

عقود الفيديك وموقف الفقه الإسلامي منها دراسة مقارنة

✍ إعداد الدكتور

سيد الشحات رمضان جمعة

الأستاذ المساعد – في كليات الشرق العربي

الرياض المملكة العربية السعودية

msaladawi@imamu.edu.sa

عقود الفيديك وموقف الفقه الإسلامي منها دراسة مقارنة

سيد الشحات رمضان جمعة

قسم الشريعة - كليات الشرق العربي - الرياض - المملكة العربية السعودية

البريد الإلكتروني : msaladawi@imamu.edu.sa

الملخص:

عقد الفيديك (FIDIC) بالفرنسية [Federation Internationale des Ingenieurs Conseils]، رمز للاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية، وهو معيار عالمي للاستشارات الصناعية، تم تطويره على مدار خمسين عاماً، ويعرف عالمياً بإقرار السلطات القضائية، وصار مرجعاً لجميع أنواع المشاريع حتى استخدمت شروطه من قبل الاتحاد العام للصناعات الدوائية الدولي، والبنك المركزي الدولي، وتضمن العديد من الشروط الدولية لأعمال البناء والهندسة المدنية، ويجب أن يكون جميع المقاولين على دراية بهذه الشروط، كما يحتوي عقد على نوعين من الشروط؛ الشروط العامة، والتطبيق الخاص لهذه الشروط، وفي مجال الهندسة يتميز عقد الفيديك بأنه يمتلك شروطاً ذات أهمية كبيرة، توفر الالتزام به إعطاء الحقوق، وتحمل المسؤولية اتجاه الأطراف المعنية بتنفيذ العقد، وقد صدر كتاب الفيديك الخاص بالاستشارات الهندسية منذ القرن الماضي، وكرّس الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين نفسه لتصنيف وثائق الإدارة الخاصة بجميع المشاريع.

وهذه العقود لها عدة مزايا أغرت الدول العالمية بالتعامل بها ولم أقف على تكييف فقهي لها فأردت أن أبين موقف الفقه الإسلامي منها عسى أن أوفق في هذا لشدة الحاجة لهذه العقود وكثرة انتشارها وقد تبين لي مخالفتها للشريعة في بعض القضايا كقضية فض النزاع والتحكيم.

كلمات افتتاحية: الفيديك - التكييف الفقهي - المهندس الاستشاري - المقاول من

الباطن - العقود المشابهة - الإجارة - الاستصناع - تسليم

المفتاح.

**FIDIC contracts and the position of Islamic
jurisprudence, including a comparative study**

Mr. Al-Shehat Ramadan Ramadan

Department of Sharia - Arab East Colleges - Riyadh -
Kingdom of Saudi Arabia

Email: msaladawi@imamu.edu.sa

Abstract :

FIDIC contract in French [Federation Internationale des Ingenieurs Conseils], symbol of the International Federation of Engineering Consultants A symbol of the International Federation of Engineering Consultants, a global standard for industrial consulting, has been developed over fifty years It is known globally by the approval of the judicial authorities, and it has become a reference for all types of projects until its conditions have been used by the International Federation for Pharmaceutical Industries and the International Central Bank It includes many international requirements for construction and civil engineering works, and all contractors must be aware of these conditions The contract also contains two types of conditions, the general conditions And special application of these conditions In the field of engineering, the FIDIC contract is characterized by having conditions of great importance Adherence to it provides the provision of rights, and the responsibility towards the parties involved in the implementation of the contract The FIDIC book on engineering consultancy has been published since the last

century, and the International Federation of Consulting Engineers has devoted itself to classifying management documents for all projects.

These contracts have several advantages that tempted international countries to deal with and did not stand for adapting to their jurisprudence, so I wanted to explain the position of Islamic jurisprudence from them, hoping that I could agree on this because of the severity of the need for these contracts and their wide spread.

Keywords: FIDIC. Fiqh opinion - Consulting. engineer - contractor- subcontracting- similar contracts- leasing- Istisna- turnkey.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ المقدمة

الحمد لله رب العالمين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ﷺ وبعد ؛
فقال رسول الله ﷺ "من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين" (١)، والفقه صالح لكل زمان ومكان، لأنه يحقق مصالح العباد، ويشمل كل صور المعاملات بينهم، ومن المعاملات التي انتشرت في شتى بلاد العالم عقود الفيديك ؛ فاحتيج لمعرفة تكييفها الفقهي ودراسة بعض بنودها، وبيان موقف الفقه الإسلامي منها ؛ لاسيما مع ندرة الدراسات الشرعية المقارنة لعقود (الفيديك) العالمية التي زاد استخدامها في الفترة الأخيرة بالبلاد الإسلامية.
أهمية الموضوع :

هذه العقود من العقود العالمية التي أقرتها أغلب الدول الأوربية، والتي قامت على طريقتها إعمار ما خلفته الحروب العالمية، وقد اعتمدها مؤسسات مالية كبرى كالبنك المركزي وغيره، وأنه يقوم على إعداد هيئة من المتخصصين من المهندسين الاستشاريين، ويعالج قضايا النزاع والتحكيم، ويبين حقوق طرفي العقد بيانا واضحا، وقد انضمت دول كثيرة إسلامية لهذا الاتحاد العالمي وأقيمت -وفق بنوده- مشاريع كبرى، وبخاصة في المشاريع الإنشائية الأساسية، والخدمات التحتية، وبسبب قلة التنظيمات التي تنظم تلك العقود، وعدم وضوح موقف الأنظمة في بعض البلدان من تلك العقود ؛ قد انسحبت بعض الشركات، فكانت الحاجة ماسة لدراسة تلك العقود، وفهمها، وتكييفها قانونيا، ثم بيان موقف الشريعة الإسلامية من بنود تلك العقود، مع بيان حكم التعامل بتلك العقود، وبيان إمكانية الاستفادة منها.

سبب اختيار الموضوع :

إضافة لما سبق، تظهر أسباب اختيار الموضوع فيما يلي :
تنوع مجالات عقود الفيديك (FIDIC) فشملت مجالات البناء، وأعمال الهندسة المدنية، ومجال الأعمال الميكانيكية والكهربائية، وعقود تسليم المفتاح، وعقود نقل التكنولوجيا... وغيرها.

(١) أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب: من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين، (٧١)، ومسلم، كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة (١٠٣٧).

تنوع صور هذه العقود النموذجية النمطية، فهي صياغة مسبقة للشروط والبنود التي يتفق عليها طرفا العقد. هذه البنود والشروط النموذجية اعتمدت عليها الشركات الكبرى، وصارت بنودها وشروطها متفقا عليها لدى الشركات، ورجال الأعمال، والمستثمرين. بل إن بعض المستثمرين يشترط أن يكون التعامل بهذه النماذج، مما ترتب على هذا انسحاب كثير من الشركات الكبرى عن الاستثمار ببعض الدول لعدم توفر التنظيمات التي أقيمت على طريقة عقود الفيديك.

وبعض الشركات الأوروبية تلزم بعض الدول بشروط وبنود عقود الفيديك. كما أن بعض الهيئات الاقتصادية الدولية المانحة للقروض، مثل البنك الدولي والصندوق الدولي للإنشاء والتعمير تشترط عند منح القروض أن تستخدم في مشروعات بعينها، وأن يتم الإنشاء وفقا للشروط والعقود النموذجية التي يصدرها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك).

لذا أصبح الإمام والتعرف على هذه العقود النموذجية ضرورة للدخول في الأسواق العالمية الجديدة لمشروعات الإنشاء والتشييد والتعمير.

كما أصبح ضرورة لجذب رؤوس الأموال، وأصبح ضرورة للتعامل مع دول العالم، بل صارت هذه العقود لغة السوق العالمية الجديدة في مجال الإنشاءات والتعمير. لعقود الفيديك دور كبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.

عقود الفيديك من عقود المقابلة، كما أن لها تعلقا بعقود الاستصناع، وعقود الإجارة على العمل، وهي من العقود التي حررها فقهاء المسلمين، فبيانها يتم إيضاح لكثير من مسائل الفقه.

وجود صلة وثيقة بين عقود الفيديك ومسائل الشرط الجزائي في حال الخلاف والنزاع، فلا بد من بيان موقف الفقه من الشرط الجزائي في تلك العقود.

يسمح في عقود الفيديك بالأوامر التغييرية؛ مما يؤثر على المفاوض، فبيان حكمها فقها وعلاقته بقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"^(١)، وبمسألة وضع الجوائح (نظرية الظروف

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٣١) وأحمد في مسنده (٥٥/٥) (٢٨٦٥) وابن ماجه (٢) / (٧٨٤) (٢٣٤٠) وحسنه جماعة من أهل العلم، قال الحاكم: "هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم"، المستدرک (٢/ ٦٦)، وقال الذهبي في التلخيص (٢٣٤٥): "على شرط مسلم"، وله طرق يقوي بعضها بعضا، واستدل العلماء به، ونقل المناوي في فيض القدير (٦/ ٤٣٢) عن العلائي أنه قال: "للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به"، =

الطارئة)، ومسائل التضخم، وكساد العملة وانقطاعها، وغلاء الأسعار، واشتراط التأمين، وأثر ذلك كله على المفاوض. ترتبط عقود الفيديك بمسألة المفاوضة من الباطن، وأثرها في النزاع والخسومة، وكذا مسائل التحكيم.

إشكالية البحث:

عقود الفيديك تناوها القانونيون بالدراسة، بخلاف فقهاء الشريعة فلم يتعرض لها -فيما أعلم- أحد من الفقهاء منذ ظهورها مع قدمها، كما أنها أثبتت نجاحا عالميا في مجال الإنشاءات والتعمير، وكثر انتشارها في بلاد المسلمين، وتعاقدت كثير من الدول بها، وأقام بعضهم قانون الإنشاءات على وفق بنودها، وقواعد فض المنازعات على طريقة عقود الفيديك، ومع ذلك لم أجد بحثا فقهيا يبين طبيعة تلك العقود، وموقف الشريعة من طلبات المفاوض، والمهندس الاستشاري، وفرضية التأمين على المفاوض، وتدخّل المهندس الاستشاري في التحكيم وفض النزاع، وكونه طرفا أو وكيل الطرف الأول صاحب العمل، وموقف الشريعة من اشتراط التحكيم لدى المحاكم الدولية غير المسلمة، وإجبار المفاوض وصاحب العمل على هذا، بل رفض كثير من المحكمين اعتبار الشريعة الإسلامية قانون التحكيم عند الخلاف والنزاع، بل ينص في بنود العقد على أن يكون التحكيم لغير شريعة الإسلام، كما حدثت وقائع عينية مشهورة لشركات كبرى^(١)، وأيضا قواعد غرامات التأخير، وقد تبين -فيما ظهر لي- وجود ثغرات في

=وقال أبو عمرو بن الصلاح: "هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد قبله جماهير أهل العلم، واحتجوا به، وقول أبي داود: إنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها يشعر بكونه غير ضعيف"، جامع العلوم والحكم (٢/ ٢١١).

(١) في قرار التحكم الذي أصدره اللورد **Asquih of Bishoptone** في النزاع بين إمارة (أبو ظبي) وشركة التنمية البترولية المحدودة (سنة ١٩٥١) طبق المحكم القانون الإنجليزي، بدعوى أنه يمثل المبادئ العامة في الدول المتحضرة، واستبعد قانون (أبو ظبي) باعتباره قانونا متخلفا لا يمكن استخدامه لتفسير أو لحكم المعاملات التجارية الحديثة، وفي سنة ١٩٥٨: رفض المحكم **G.Sausser Hall** تطبيق القانون السعودي المستمد من الفقه الإسلامي، في النزاع بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية، بدعوى (عدم احتوائه لأي حل للمشكلة المطروحة) وطبق على النزاع ما سمي بالمبادئ العامة للقانون، وكذلك فعل قرار التحكيم الصادر في سنة ١٩٧٧، بشأن النزاع بين الحكومة الليبية وبين شركتي **Texaco Galasiatic**، حيث تم استبعاد القانون الليبي بدعوى تعارضه أو مناقضته لبعض المبادئ العامة في القانون الدولي. =

بنوده ومخالفة للشريعة، فكان لابد من التنبيه عليها وبيانها، مما يعين على تحقيق الاستثمار النافع، وبخاصة في ما يعرف بالاقتصاد والتمويل الإسلامي، ومعاملات البنوك الإسلامية.

أهداف البحث :

الوقوف على طبيعة عقود الفيديك قانونياً.
الوقوف على التكيف الفقهي لعقود الفيديك.
الوقوف على مرونة الشريعة الإسلامية وعظمتها وشمولها وأصالتها.
بيان ثغرات عقود الفيديك.
بيان العقود المشابهة لعقود الفيديك، وموقف الشريعة منها.
بيان تميز الفقه الإسلامي في مسائل العقود والبيع والمعاملات المالية وشموله للعدل والمصلحة.

الدراسات السابقة:

تنوعت الدراسات السابقة لعقود الفيديك، ولكنها لم تتناول موقف الشريعة الإسلامية، ولا تكييفها الفقهي، ولا الثغرات النظامية المخالفة للشريعة، وفيما يلي بعضها:
عقد الإنشاءات في القانون المصري دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، د/ محمد محمد بدران دار النهضة العربية للنشر والتوزيع بتاريخ ٢٠٠١م.

المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية في المنازعات الهندسية: د/ محمد ماجد خلوصي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.

دراسة مقارنة بين شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية وشروط الفيديك- الكتاب الأحمر، مصطفى عبد الله هلال، جامعة بغداد، و زياد جميل موسى النجار، جامعة الكوفة، مجلة الهندسة، عدد (٣) مجلد (١٨) آذار (مايو) ٢٠١٢م.

القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، د / سمير حامد عبد العزيز الجمال، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، العدد الثاني والخمسون، ذو الحجة ١٤٣٣ هـ / أكتوبر ٢٠١٢م.

تعديل عقود الأشغال العامة د/ محمد فؤاد الحريري، الإصدار الجديد من العقود

=انظر: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، د/ أبو زيد رضوان، القاهرة ١٩٨١م، ص ١٤٦-١٤٧، هامش ٦٠.

النموذجية للإنشاءات (الكتاب الأحمر) الصادر عن اتحاد الفيديك للعام ٢٠١٧م. التحكيم وعقد المقاولة (الإنشاءات) في ضوء الفيديك جدة المملكة العربية السعودية، مجلس التعاون الخليجي، إعداد الهيئة السعودية للمهندسين، دار القرار، ٢٠١٨م. وكما سبق، فهذه البحوث تناولت عقود الفيديك من الجهة القانونية، وشرحها وتحليلها، ولم تعرج على حكمها في الشريعة، ولا موقف الشريعة من بنودها، ولا تكييفها الفقهي.

خطة البحث:

وقد جعلت هذا البحث في ستة مباحث، وخاتمة :
المبحث الأول : مفهوم الفيديك، لغة واصطلاحاً، وفيه ثلاثة مطالب.
المطلب الأول: تعريف الفيديك لغة.
المطلب الثاني: الفيديك اصطلاحاً.
المطلب الثالث: نماذج عقود الفيديك، وأهدافها، ومزاياها، وطبعات نماذجها.
المبحث الثاني: أطراف عقد الفيديك، وواجبات كل طرف، وفيه ثلاثة مطالب.
المطلب الأول: صاحب العمل.
المطلب الثاني : المقاول، واجباته وحقوقه.
المطلب الثالث: المهندس الاستشاري، واجباته وصلاحياته.
المبحث الثالث: تكييف عقود الفيديك -فقها-، وفيه سبعة مطالب.
المطلب الأول: أن يكون التشييد والمواد من المقاول المنفذ للمشروع، وفيه فرعان.
الفرع الأول: تكييفه على أنه عقد استصناع ضمن السلم.
الفرع الثاني : عقد الاستصناع الموازي.
المطلب الثاني: أن المقاول عليه التشييد والبناء فقط، والمواد من صاحب المشروع والعمل.
المطلب الثالث : عقود الفيديك عقود مقاولة، وفيه فرعان.
الأول: تعريف عقد المقاولة، لغة واصطلاحاً.
الفرع الثاني : تكييف عقد المقاولة، وفيها مسألتان.
المسألة الأولى : أن يتعهد المقاول بتقديم العمل فقط، ويقدم صاحب العمل للمواد.
المسألة الثانية : أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معاً.
المطلب الرابع : المقاولة من الباطن، وحق المقاول من الباطن، وفيه فرعان.
الفرع الأول: تعريف المقاولة من الباطن.
الفرع الثاني : حق المقاول من الباطن.
المطلب الخامس : عقد التوريد والتشغيل.
المطلب السادس : عقد البوت (B.O.T).

- المطلب السابع : عقد تسليم المفتاح.
المبحث الرابع : خصائص عقود الفيديك، وموقف الفقه الإسلامي منها.
المبحث الخامس : الشرط الجزائي في الفيديك، وموقف الفقه منه.
المبحث السادس : فض المنازعات والتحكيم في عقود الفيديك.
الخاتمة: وبها أهم النتائج والتوصيات.
الفهرس العام.

منهجية البحث:

- اعتمدت منهجية الاستقراء والتتبع لكتب الفيديك بشروطها العامة والخاصة، ثم اطلعت على تكييفها القانوني، ثم قمت بمقارنته بالشريعة الإسلامية، قدر الاستطاعة، معتمدا على المقارنة والتحليل، وفيما يلي تفصيلها :
- ١- ذكر بنود عقود الفيديك ودرستها كما هي في الترجمات المعتمدة.
 - ٢- ذكر موقف الفقه الإسلامي من تلك البنود (سلبا وإيجابا).
 - ٣- بيان تكييف العقد فقها، ثم ذكر شيء من التفصيل فيالتكييف عند الفقهاء.
 - ٤- الاعتماد على كتب الفقه المعتمد قدر المستطاع أو العزو لبحوث تناولت الموضوع.
 - ٥- بيان الراجح من أقوال الفقهاء، وبيان سبب الترجيح ما أمكن.
 - ٦- اعتماد الكتب المشهورة من كل مذهب، وأحيانا يلجأ الباحث للكتب الفرعية.
 - ٧- تخريج الحديث أو الأثر من كتب الحديث المعتمدة مع بيان حكمه ما أمكن ما لم يكن في الصحيحين، فإن كان بهما يكتفى بعزوه للصحيحين.
 - ٨- العناية بذكر القواعد الفقهية ما أمكن ذلك، مع بيان مرجع القاعدة ودليلها.
 - ٩- ذكر حجة كل قول مع بيان الراجح بدليله- قدر المستطاع-.
 - ١٠- قسمت البحث لمباحث، وقسمت المباحث لمطالب، وقسمت بعض المطالب لفروع، وبعض الفروع لمسائل إذا احتاج الموضوع لذلك.
 - ١١- أقرن بين نظر القانون للمسألة ونظرة الشريعة لنفس المسألة، وبيان الفرق بين النظرين.
 - ١٢- حصر أشهر الأقوال في المسألة الفقهية، مع الاختصار لكل مذهب بمرجع أصيل- ما أمكن-.

المبحث الأول : مفهوم عقود الفيديك.

المطلب الأول : تعريف الفيديك لغة واصطلاحاً.

لغة : كلمة (فيديك)(FIDIC) حروف مختصرة لعبارة فرنسية ترجمتها: (الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين) الذي تأسس عام ١٩١٣م، بمشاركة ثلاث جمعيات وطنية للمهندسين الاستشاريين في فرنسا وبلجيكا وسويسرا^(١)، بهدف تطوير الاهتمامات المهنية للمهندسين الاستشاريين، وبعد الحرب العالمية الثانية زادت دول أعضائه إلى خمس وسبعين دولة ليشمل معظم المهندسين الاستشاريين في مجال الإنشاءات^(٢).

المطلب الثاني: الفيديك اصطلاحاً.

هو اتحاد دولي مكون من جمعيات متعددة للمهندسين الاستشاريين مكلف بتعزيز وتنفيذ الأهداف الاستراتيجية لقطاع الهندسة الاستشارية، بالنيابة عن الجمعيات الأعضاء، ويقوم بنشر المعلومات والموارد التي يهتم بها الأعضاء، ويتوزع أعضاء فيديك على (١٠٤) دولة في العالم، يقوم بالتخطيط والتصميم ومراقبة الإنشاءات، وتقديم الاستشارات الرئيسة المتعلقة بتلك المشاريع، وبخاصة في مشاريع البنية التحتية، والمنشآت، والمعدات، وصار نشاط الاتحاد يمثل حوالي ٥٥% من الاستثمار العالمي بخاصة في البنية التحتية السنوي^(٣).

المطلب الثالث: نماذج عقود الفيديك، وأهدافها، ومزاياها، وطبقات كتبها.

يقوم الفيديك بنشر نماذج قياسية دولية للعقود الخاصة بالأعمال والعملاء، والاستشاريين، والمشاريع المشتركة، وينشر وثائق ممارسة الأعمال، والتي تشمل بيانات السياسة العامة، والإرشادات، وكتيبات التدريب في مجالات أنظمة الإدارة، كإدارة المخاطر، وإدارة البيئة، وإدارة الجودة، وغيرها من الأمور التي تتعلق بأعمال الإنشاءات. فهي مجموعة نماذج وصياغات للعقود في مجال الإنشاءات الهندسية المعمارية، يمكن لأطراف العقد العمل بموجبها، أو التعديل فيها لمرونتها^(٤)، بخاصة في مجال الإنشاءات والبناء، كما أنها تناول العلاقة التعاقدية بين المالك، والمهندس الاستشاري،

(١) الترجمة العربية لشروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية المصممة من رب العمل، د جمال الدين نصار ص ١٣.

(٢) دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات كما نظمتها الطبقات السابقة من عقد الفيديك، د/ مشاعل عبد العزيز الهاجري، ص ٩.

(٣) موسوعة الفارسي قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية، فارس محمد عمران، ج ٢/ص ٤٣٥.

(٤) القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، د سمير حامد الجمال، ص ٩.

والمقاول، وتذكر واجبات وحقوق كل منهما، والالتزامات المترتبة على كل طرف، وخطابات التنفيذ والتكليف، ومراحل التنفيذ، وطريقة تسوية الخلافات والنزاعات، وطريقة سداد المبالغ الخاصة بعملية تنفيذ الإنشاءات، وبيان الإطار القانوني المنظم للعلاقة التعاقدية بين الأطراف، وكذا بين المقاول الأصلي والمقاولين من الباطن^(١).

أهداف الفيديك:

- ١- العمل على جعل الممارسات الهندسية الاستشارية هي الأفضل، وأن تعترف بها السلطات الدولية.
 - ٢- إخراج قضايا العمل بفعالية معززة لأعلى معايير الأخلاق، والنزاهة بين جميع المشاركين في تطوير البنية التحتية في جميع أنحاء العالم.
 - ٣- الحفاظ على تمثيل فيديك لصناعة الاستشارات في جميع أنحاء العالم وتحسينها وتطويرها وتمييزها.
 - ٤- جعل الصناعات الهندسية الاستشارية قابلة للتطبيق في جميع أنحاء العالم.
 - ٥- تشجيع المهنيين الشباب في مجال صناعة الهندسة الاستشارية.
 - ٦- نشر وتقوية نماذج وأشكال العقود الخاصة بفيديك.
- فكل ما سبق سهل استخدام هذه العقود بمختلف أنواع المعاملات، وتوسعت لتشمل جميع أنواع العقود، حتى صارت ظاهرة قانونية ونظامية تستحق الدراسة والتحليل، فكان نافعا بيان موقف الفقه منها^(٢).

مزايا عقود الفيديك.

- أدى انتشار عقود الفيديك بأوروبا وغيرها إلى أن اعتمدها البنك المركزي الدولي، لمزاياها المتعددة التي منها:
- أ- أنها تحقق أعلى حماية وضممان لمصالح طرفي العقد، فليست عقوداً مجردة؛ بل هي نظام متكامل للعقود^(٣).
 - ب- أنها ذات طبيعة عملية تطبيقية فليست تنظيراً بعيداً عن الواقع^(٤).

(١) موسوعة الفارس، فارس محمد عمران، ج ٢/ص ٤٣٨.

(٢) عقود الفيديك وأثرها على المقاول والمهندس وصاحب العمل، د/عصام أحمد البهجي ص ٩.

(٣) القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، د سمير حامد الجمال، ص ١١.

(٤) تعديل عقود الأشغال العامة د/ محمد فؤاد الحريري، ص ٣٣.

- ج- أنها عقود تحقق التوازن بين حقوق والتزامات أطرافها، وتحدد مراكزهم القانونية، وتوحد قواعدها المطبقة^(١).
- د- تحقق نوعاً من الأمان للمقاولين الذين يعانون من جمود بعض القوانين والأنظمة^(٢).
- هـ- نجاح هذه النماذج عملياً في حل كثير من النزاعات بين الأطراف، ولم يصل منها إلا عدد قليل للتحكيم.
- و- تقديمها عدة مزايا للمقاول، منها: أنها تعرفه بحقوقه والتزاماته في حال الظروف الطارئة والقاهرة، وتوضح المخاطر المحتملة سلفاً، وكيفية معالجتها، وتبين آلية حساب آثارها وإمكان تلافيها، ومعرفة حقوقه والتزاماته في حال التعويضات، وكذلك معرفة حقوقه في الزيادات المالية عند تأخر تنفيذ التعليمات أو الرسومات، إضافة إلى توفير الحماية له من المخالفات التي قد تحدث في العقد، إضافة إلى بيان موقفه حال الأوامر التغييرية^(٣).

طبغات كتب الفيديك:

- ١- الكتاب الأحمر، وهو النسخة المعدلة للفيديك، عام (١٩٩٩م).
- ٢- الكتاب الفضي: عقد تسليم المفتاح عام ١٩٩٩م، وهو أكثر العقود تطبيقاً.
- ٣- الكتاب الأصفر ١٩٩٩م في عقود التجهيزات الآلية.
- ٤- الكتاب الأخضر الصادر عام ١٩٩٩م للمشروعات الإنشائية التي تتسم بالصغر النسي^(٤).

(١) القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، سمير الجمال ص: ٢٨.

(٢) عقد الفيديك د/ مشاعل الهاجري ص ٩.

(٣) عقود الفيديك وأثرها على المقاول والمهندس وصاحب العمل، د/ عصام أحمد البهجي ص ١٠.

(٤) موسوعة الفارس، فارس محمد عمران، ج ٢/ص ٤٣٥.

المبحث الثاني: أطراف عقود الفيديك، والتزاماتهم.

حددت عقود الفيديك أطراف التعاقد، وبينت حقوقهم وواجباتهم، وفيما يلي نبين بعض ما جاء في بنود عقود الفيديك عن أطراف عقد الفيديك كفي المطالب التالية :

المطلب الأول: صاحب العمل.

صاحب العمل هو: الشخص المسمى في بيانات العقد أو ملحق العطاء، ومن يخلفه قانونياً، وقيل هو الطرف الأول، وهو المالك للمشروع المسمى في وثيقة العقد^١، وقد يكون من أشخاص القانون الخاص، أو من أشخاص القانون العام - الدولة أو الأجهزة التابعة لها- وهذا من مرونة هذه العقود النموذجية فتوسعت في مسمى الطرف الأول ليشمل الأطراف متعددي الجنسية في عقود الإنشاءات.

كما أن عقود الفيديك- وبخاصة كتاب الشروط- قد حددت حقوق صاحب العمل التي منها:

تنفيذ العقد حسب المواصفات والشروط من المقاول، وحسن النية في التنفيذ، وأن يقوم المقاول بتنفيذ التصميم حسب العقد، كما أن من حقوق صاحب العمل على المقاول إنجاز تعليمات المهندس، وإصلاح أي عيب في الأشغال، مع مراعاة قواعد السلامة، ومعايير الأمن الوقائي في جميع مراحل تنفيذ العقد^٢.

وأهم واجباته ما يلي: تمكين دخول المقاول إلى الموقع لممارسة العمل، وتقديم المساعدة المطلوبة من المقاول كنسخ القوانين والأنظمة واللوائح ومعايير الأمن، ووثائق التأمين ومخططات المساحة، والتصاريح والتراخيص والأذون اللازمة، وتحفيز العاملين بالموقع على التعاون مع المقاول، كما أن على صاحب العمل أن يخبر المقاول بخصائص الأرض والمكان وطبيعته، والإخبار عن أي تغييرات طارئة، مع الوعد بتعويض المقاول عن أية إصابات أثناء العمل، كما على صاحب العمل الالتزام بدفع المستحقات المالية للمقاول في مواعيدها^٣، وقد بينت عقود الفيديك ما على صاحب العمل من التزامات، ومن

١ موسوعة الفارس، فارس محمد عمران، ج ٢/ص ٦.

٢ نموذج عقد الأشغال العامة السعودي قسم ٢، الشروط العامة فقرة (أ) مادة (١).

٣ دراسة مقارنة بين شروط المقاول لأعمال الهندسة المدنية وشروط الفيديك، مصطفى عبد الله هلال ص ٤٢.

٤ ترجمة عقود الفيديك عام ١٩٩٩م، جمال نصار، د / داود خلف، ود / نبيل عباس ود / ماجد خلوصي، ص ١٩.

٥ المواد: (٦/٥٣) و(٤/٢٠) و(مادة ٢١، ٢١، ٢٣، ٢٥) من الكتاب الأحمر.

تبعه كالمهندس الاستشاري وكل التابعين له، ووكلائه كما أن عليه سداد إيجار الآلات، وتحمل مخاطر ونتائج الحروب بالتخريب والثورات وتغيير الأنظمة التي يؤثر تغييرها على تنفيذ المشروع، وتعويض المقاول إن لزم الأمر، وتحمل الضرر المترتب على سوء وخطأ التصميم المقدمة للمقاول، وما يترتب على الزلازل والبراكين، وأن يلتزم بسداد المستحقات.

المطلب الثاني: المقاول في عقود الفيديك.

مفهوم المقاول هو: المذكور في خطاب العطاء الذي استكماله وتضمن عرضه المتعلق بأشغال المشروع، والمقدم منه لصاحب العمل^١، وهو الشخص الاعتباري أو الطبيعي المرخص له نظاماً بالقيام منفرداً أو مشتركاً مع غيره لتنفيذ عقد ما في مجالات المقولة المتعددة والمحددة نظاماً، مثل عقود البناء^٢.

ويشمل هذا كل شخص أو أشخاص طبيعيين أو اعتباريين الذين قبلهم صاحب العمل لتنفيذ العقد، ويشمل ممثليهم ووكلائهم بموافقة الدولة^٣، وهذا في حالة إذا كان صاحب العمل هو الدولة، وكذا في حالة الأشخاص متعددي الجنسية.

التزامات المقاول: قد بينته المادة (١/٤) من كتاب الفيديك الأحمر عام ١٩٩٩م، وهي: أن يقوم بتصميم الأعمال وتنفيذها وفقاً للعقد المبرم بينهما، ويقدم برنامج التنفيذ، والقيام بالتجهيزات، وتقديم الأفراد والمعدات والمواد والآلات، وتقديم الخدمات التي يحتاجها التنفيذ، مع الالتزام بالموصفات والرسومات، وعليه أن يلتزم بتعليمات المهندس، وأن ينفق على أعماله وتنفيذه من ماله حتى إتمام الأداء السليم وتسليم المشروع منفذاً كما في المادة (٢/٤) وعلى المقاول أن يعين ممثلاً له كما في المادة (٣/٤) ويجعل له كافة الصلاحيات ليتصرف نيابة عن المقاول بموجب العقد، ويكون ممثلاً له، ويجوز أن يسند تنفيذ المشروع لمقاول من الباطن، ويتحمل المقاول الأصيل كل ما يقوم به المقاول بالباطن، ويجب على المقاول التعاون مع العاملين أو أفراد ومقاولي صاحب

١ الشروط العامة لكتاب الفيديك الأحمر، ترجمة د/جمال أحمد نصار، ود/نبيل عباس، ود/ماجد الخلوصي، ود/داود خلف، ص ١٩.

٢ نظام تصنيف المقاولين السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) بتاريخ ٢٠/٣/١٤٢٧هـ، المادة (١).

٣ انظر المادة (١/ب) من نموذج عقد الأشغال العامة السعودي القسم الثاني الشروط العامة.

العمل^١، وإن تطلب الأمر تقديم ضمان التنفيذ كما نصت المادة (١٠) خلال (٢٨) يوماً، كما يلتزم المقاول تنفيذ تعليمات المهندس الاستشاري كما في المادة (١١/١)، والالتزام بتسديد مستحقات غيره، وتسليم الموقع^٢.

المطلب الثالث: المهندس الاستشاري في عقود الفيديك.

المهندس في عقود الفيديك - حسب الكتاب الأحمر، وكتاب شروط عقد التشييد النسخة التوافقية لبنوك التنمية متعددة الأطراف- أنه: الشخص المعين من صاحب العمل للقيام بأعمال المهندس^٤، وهو ليس طرفاً في عقود الفيديك كصاحب العمل أو المقاول، ولكن له دوره الحيوي في تلك العقود وتنفيذها كوكيل عن صاحب العمل للمراقبة وتبعية التنفيذ^٥، وفي تسوية المنازعات جعل الفيديك له وضعاً خاصاً مستقلاً عن رب العمل، فيصبح شبه محكم، مهمته تحكيمية في فض المنازعات كما ينص البند (٦٧)، ثم ألغي هذا الدور في الطبعة قبل الأخيرة المعدلة، فلم تعتبر المهندس محكماً^٦، لأنه قد ترتب عليه من مفساد.

صلاحيات المهندس: بينت المادة (١/٣) من كتاب الفيديك الأحمر بعض صلاحيات المهندس بموافقة صاحب العمل بموجب العقد أو بحكم الضرورة، ولا بد من النص عليها، وللمهندس أن يتخذ طاقماً من المهندسين المساعدين، ومن حق المهندس أن يصدر أي تعليمات في أي وقت للمقاول؛ كأن يضيف رسومات إضافية أو تعديل رسومات سابقة بمقتضى المصلحة^٧، فيظهر أن المهندس لا يعدو أن يكون وكيلاً، ولكنهم قد أعطوا له دوراً تحكيمياً سابقاً، وهذا مما خالف فيه الفيديك الفقه الإسلامي، كما سيأتي.

١ الأسس القانونية والفنية لصياغة عقود المقاولات (معايير الفيديك) - المحامي محمد إبراهيم إبداح ص

٧٩.

٢ فض المنازعات في عقود الفيديك دراسة مقارنة، المحامي علي سعيد اليامي ص ٤٢.

٣ فض المنازعات في عقود الفيديك دراسة مقارنة، المحامي علي سعيد اليامي ص ٤٨.

٤ عقود المقاولات الدولية، المحامي محمد إبراهيم إبداح، ص (٧٩).

٥ الشروط العامة والخاصة لعقود الإنشاءات فيديك ١٩٩٩ م (ص ١١).

٦ فض المنازعات في عقود الفيديك دراسة مقارنة، محامي علي سعيد اليامي، ٢٠١٧ م - ١٤٣٨ هـ

ص ٢٤.

٧ التنظيم القانوني لعقود تشييد البناء الصناعية بين الأطراف متعددتي الجنسية، د/محمد

الودعانيس ٢٣٢.

التزامات المهندس: أن ينفذ العقد بحسن نية واحترام شروط العقد مع رب العمل، وله سلطات إصدار بعض القرارات والتعليمات للمقاول لصالح العمل، والتفتيش على الأعمال، وإصدار شهادات التسليم خلال (٢٨) يوماً، ثم مراجعة كشوفات الحساب^١. وتعقياً على ما سبق أقول:

هذه الصلاحيات في الجملة ليس يمنع منها مانع فقهي، فالمهندس وكيل عن رب العمل يخضع لقواعد الوكالة في الفقه الإسلامي، وكذلك التزامات رب العمل -هي نفسها- ما يجب على المؤجر صاحب العين تجاه المستأجر، في الفقه الإسلامي، وكذلك لا تختلف حقوق والتزامات المقاول عن التزامات المستأجر للعين أو الأجير المشترك أو الخاص، وعقود الفيديك كيفها القانونيون على أنها عقد مقاوله بناء، وبخاصة الأحمر والبرتقالي، ولكن وقع الخلاف بين القانونيين في كونها عقد مقاوله مدنية أم مقاوله دولية^(٢).

والمعيار الدولي للعقود هو كونها محايدة مراعية للمعايير الدولية، و مناسبة للعقود المدنية والتجارية والإدارية والدولية، وأنها استرشادية ليست ملزمة للطرفين فيمكن تعديلها وفقاً للأئمة ووفقاً لحاجة مصلحة الطرفين.

معايير دولية العقد هي:

- ١- المعيار القانوني الذي يقرر دولية العقد من عدمه هو كونه متصلاً بأكثر من نظام قانوني متعدد الجنسيات، فيكون العقد حينئذ عقداً دولياً، وهذا هو رأي أغلب القانونيين في اعتبار دولية العقد.
- ٢- المعيار الاقتصادي: هو تعلق العقد بين الطرفين بمصالح التجارة العالمية الدولية، فيتجاوز الاقتصاد الوطني للدولة.
- ٣- المعيار المختلط: وهو معيار وسط بين يجمع بين المعيار الاقتصادي والقانوني، وهذا المعيار يعتبر في حالات اشتراط التحكيم الدولي^٣.

١ فض المنازعات في عقود الفيديك دراسة مقارنة، محامي علي سعيد اليامي ص ٥٤.

٢ التنظيم القانوني لعقود تشييد البناء الصناعية بين الأطراف متعددي الجنسية د/محمد الودعاني ص ٤٣٥.

٣ التنظيم القانوني لعقود تشييد البناء الصناعية بين الأطراف متعددي الجنسية د/محمد الودعاني ص ٤٤٠.

المبحث الثالث: تكييف عقود الفيديك - فقها - وفيه سبعة مطالب.

ينبغي ذكر صور عقد الفيديك الممكنة، وعلى ضوءها يمكن تكييف تلك العقود، فمحل العقد والمعقود عليه فيها هو: تشييد منشأة حسب مواصفات معينة، بمقابل مالي محدد، وهذا له صور تظهر في المطالب التالية :

المطلب الأول: أن يكون التشييد والمواد من المقاول المنفذ للمشروع، وفيه فرعان.

الفرع الأول: كيف على أنه عقد استصناع ضمن السلم.

لو تحمل المقاول التنفيذ مع مواده وتكلفته على حسب المواصفات؛ فتكون عقود الفيديك للتشييد والبناء عقود استصناع في هذه الحالة، وهو من عقود السلم عند الجمهور، وقسم من أقسامه يلزم توفر شروطه له، كما هو مذهب الجمهور - وزفر من الحنفية^(١)، وهو مذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) - ولا يكون عقدا مستقلا بل هو ضمن عقود السلم، فيصح الاستصناع عندهم بشروط السلم، فيشترط فيه ما يشترط في السلم من تسليم جميع الثمن في مجلس العقد^(٥).

فالاستصناع عقد سلم عند جمهور الفقهاء، قال في الإنصاف^(٦): "ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، واقتصر عليه في الفروع^(٧)"، وقال الهاشمي^(٨): "لا يجوز استصناع القماقم، أو الخفاف، والطسوت، والأباريق، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجوز استحسانا لا قياسا، دليلنا: أنه باع ما ليس عنده على

١ بدائع الصنائع ٦/١٦٧٨.

٢ المدونة الكبرى ٩/١٨ - ١٩، و مواهب الجليل ٤/٥٣٩.

٣ المجموع شرح المهذب ١٣/١٠٩.

٤ الإنصاف ٤/٣٠٠، وكشاف القناع عن متن الإقناع (٣/١٦٥).

٥ عقد الاستصناع، إعداد: الشيخ كمال الدين جعيط، ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السابع، ص ٩٦٠، الدورة السابعة بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢ هـ، الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢ م.

(٦) الإنصاف للمرداوي (٤/٣٠٠).

(٧) الفروع (٦/١٤٧).

٨ هو أبو جعفر عبد الخالق بن عيسى العباسي الهاشمي (٤١١ - ٤٧٠ هـ).

غير وجه السلم فيجب أن لا يصح كما لو اصطنع ثوبا^(١)، وقال الطحاوي: "وقال مالك لا بأس باستصناع القمقم والطست والخف ونحوه مما يعرف ويعلم، وإن كان لا يعلم فلا خير فيه؛ سواء عجل الأجر أو لم يعجل، وقال أبو حنيفة: إن ضرب له أجل فهو سلم، وقال أبو يوسف ومحمد لا يصير سلما، وقال مالك إن ضرب له أجلا جاز وكان سلما، وإن لم يضرب له أجلا لم يجز، وقال الثوري والشافعي لا يجوز الاستصناع من ذلك إلا أن يكون شيئا معلوما فيجوز على شرائط السلم"^(٢).

والاستصناع هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(٣)، كما عرفه الكاساني، لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا؛ فكان مأخذ الاسم دليلا عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما، وهذا العقد يسمى استصناعا، واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع؛ فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما^(٤)، فهو مبيع في الذمة، وهذا السلم، لكن الفرق أنه شرط فيه العمل، فيتفق مع السلم بصورة كبيرة وإن وقع الخلاف بين مشايخ الحنفية في كون الاستصناع بيعا أم مواعدة، فقال الكاساني - رحمه الله -: "وأما معناه: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح؛ بدليل أن محمدا - رحمه الله - ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العداة، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى فيه الواجب - لا الموعود -"^(٥)، فالسلم عام للمصنوع وغيره، والاستصناع خاص بما اشترط فيه الصنع (شرط فيه العمل)، والسلم يشترط فيه تعجيل الثمن، في حين أن الاستصناع ليس التعجيل شرطا فيه، كما أن الأجل من الفروق بين السلم والاستصناع عند أبي حنيفة خلافا للمصاحبين، فذكر الكاساني: "أن لا يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلا؛ صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد

١ رؤوس المسائل في الخلاف على مذهب أحمد، دار خضر للطباعة والنشر ١٤٢١-٢٠٠٠م، الطبعة الأولى (١/٤٩٥).

٢ مختصر اختلاف العلماء (٣/٣٥).

٣ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/٢).

٤ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/٢).

٥ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/٢).

منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم (وهذا) قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال - ضرب فيه أجلا أو لم يضرب - ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع - كالثياب ونحوها - أجلا؛ ينقلب سلما في قولهما جميعا^١.

كما أن المبيع في السلم دين تتحمله الذمة عند الحنفية، أما في الاستصناع فيرى جمهورهم أن المعقود عليه عين المستصنع وله تعلق بالذمة، كما أن الثمن في السلم يدفع في مجلس العقد عندهم، أما في الاستصناع فقد يدفع كله، أو بعضه، وقد لا يدفع منه شيء، بل يكون ديناً حتى يسلم المصنوع، كما أن التأجيل في السلم للاستمهال، وفي الاستصناع للاستعجال، والسلم يكون في المثليات فقط. والاستصناع في المثلي وغير المثلي^٢ كما أن المبيع في السلم دين تتحمله الذمة، وهو إما مكيل، أو موزون، أو معدود متقارب، أو مذروع، أما المبيع في الاستصناع هو تصنيع عين لا دين كاستصناع أثاث، أو حذاء، أو خياطة ثوب، كما أن عقد السلم لازم، وعقد الاستصناع غير لازم. لا قبل الصنع ولا بعد الفراغ منه. فلكل من المتعاقدين الخيار في الإمضاء والفسخ والإنجاز، لأن العقد غير لازم - على خلاف بينهم^٣.

فالاستصناع يجوز بدون شرط السلم، عملاً بمبدأ التيسير الذي اشتملت عليه الشريعة، وما ورد من أدلة كاستصناعه ﷺ واستصناع صحابته من بعده قرناً بعد قرن ليومنا هذا.

فعقد (الاستصناع) عقد مستقل - كما هو رأي الحنفية^٤ - عن عقد السلم، ومستقل عن عقد الإجارة^(٥)، وإن كان عقد الاستصناع يقارب الإجارة كثيراً، كما إذا طالب المستصنع

السابق.

٢ للاستزادة في هذه المسألة يراجع: بحوث الاستصناع المقدمة في مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢ هـ الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢ م، وقد نشرت في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع ص ٩٤٠، وما بعدها، وصدور قرار المجلس رقم (٧/٣/٦٧) ومنها: الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منها. د. حسن علي الشاذلي، وبحث د/سعود الثبيتي، والاستصناع، كمال الدين جعيط، والاستصناع والمقاولاتفي العصر الحاضر، إعداد فضلة الشيخ مصطفى كمال التارز.

٣ البحوث السابقة بالعدد السابع من مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في مؤتمره السابع بجدة.

٤ النتف في الفتاوى للسعدي (٢/ ٥٧٨).

(٥) حاشية ابن عابدين (٤/ ٢١٣).

من الصانع مائة خف على أن يصنعها بصفة كذا، فهو عقد استصناع أقرب إلى الإجارة منه إلى السلم لانصبابه على المنفعة وهي العمل والتصنيع، ومن جعله من السلم فبسبب انصبابه على الذوات والأعيان، ويكون العقد - في هذه الصورة - قد جمع بين المنفعة وبيع الذات لأن الخام والمواد من الصانع و، هذه مشابهة لعقد السلم، وقد أجمع الناس على جواز ذلك، وعملوا به في سائر الأعصار من غير تكرر... وفيه معنى عقدين جائزين السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستتجار الصانع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين؛ كان جائزاً^(١).

فلاستصناع من أكثر العقود التي يحتاجها الإنسان في حياته، ولذا كانت تُسمى بإيجار أهل الصنائع، أو إيجار الأشخاص وأهل الصنائع^(٢)، ولا يزال الناس يستصنعون، ولأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً كالناسي للتسمية، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل به، وهذا هو قول جمهور فقهاء الحنفية^(٣).

وثمة مسألة لا بد من التعرّيج عليها، وهي: لزوم عقد الاستصناع لأثرها في عقود المقاولات: ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الاستصناع مواعدة، وليس بيعاً، وإنما ينعقد بيعاً عند الفراغ من العمل وقبضه وتسليمه للمستصنع طالب الصنعة فحينئذ يكون بيعاً بالتعاطي^(٤)، كما قال الكاساني: "فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح"^(٥)، ويؤكد أنه الصانع يجوز له ألا يعمل، ولا يجبر على العمل، ويجوز أن يتصرف في المستصنع قبل قبضه، وهذا مخالف لعقد السلم، وللمستصنع ألا يقبل ما يأتي به، ويرجع عنه^(٦)، فيرى جمهور الحنفية أن عقد الاستصناع غير لازم، من وقت انعقاده إلى وقت رؤية المستصنع الشيء المصنوع؛ ولهذا جاز للصانع أن يمتنع من الصنع، أو أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع، وجاز للمستصنع أن

(١) بدائع الصنائع (٢/٥).

(٢) موضوعات في القانون للمهندسين، نبيل عبد البديع، كلية الهندسة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨م، ص ١٠٠، والموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، الجزء الخامس (مادة ٦٢٧-٧٤٦) للمستشار أنور العمروسي، محكمة الاستئناف، ص ٢٢١.

(٣) العناية على الهداية (٣٥٥/٥).

(٤) فتح القدير (٣٥٥/٥).

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢/٥).

(٦) المبسوط للسرخسي (ج ١٢، ص ١٣٩).

يرجع في العقد قبل رؤيته الشيء المصنوع^(١)، وهو قول جماعة من القدامى والمعاصرين^(٢)، وهذا الرأي - عدم لزوم الاستصناع- لو طبق على عقد المقاولة لأدى لفساد كبير، لأنها تكلف مبالغ ضخمة، وعدم لزوم العقد يحدث مفاصد عظيمة، وبخاصة مقاولات الإنشاء والتعمير الكبيرة مما يؤدي إلى ضرر فاحش وفساد كبير في التعامل^(٣)، وذهب بعض كبار فقهاء الحنفية إلى أن عقد الاستصناع عقد لازم لكل من المتعاقدين من البداية^(٤)، وهو ما رجحته مجلة الأحكام العدلية التي وضعها بعض أكابر علماء الحنفية المتأخرين على سبيل الاجتهاد الاستصلاحي^(٥) حين اتسعت مجالات الاستصناع لدرجة لا يمكن تجاهلها، ولا يستقيم الأمر بغير إلزامية عقد الاستصناع، فنصت المجلة في مادتها (٣٩٢) إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً^(٦)، ونسب القول بلزوم عقد الاستصناع صاحبالمحيط البرهاني للإمام أبي يوسف- وإن كان النقل مخالفاً للنقل المشهور عنه-؛ كما جاء في المحيط البرهاني: "وقال أبو يوسف: "يُجبر المستصنع دون الصانع، وهو رواية عن أصحابنا، ثم رجح أبو يوسف عن هذا..."^(٧)، وهو ما استقر عليه رأي فقهاء مجمع الفقه الإسلامي: "أن عقد الاستصناع-وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة- ملزم للطرفين..."^(٨)، فالاستصناع عقد لازم بعد إتمام العقد.

الفرع الثاني : عقد الاستصناع الموازي.

قد يحتاج الشخص (الطبيعي أو المعنوي) لإنشاء أو تعميم؛ كبناء مسكن أو مصنع أو مجمع تجاري، وليس لديه المال الكافي الذي يمكنه من التعاقد مع المقاولين، فيلجأ إلى مؤسسة مالية تقوم بهذه العملية عن طريق تعاقدها مع من تتعامل معهم من المقاولين

- (١) فتح القدير (٣٥٥/٥)، وبدائع الصنائع (٢٠٩/٥-٢١٠).
- (٢) للاستزادة يراجع: عقد المقاولة، أ.د محمد جبر الألفي ص ٨، وعقد المقاولة، الدكتور علي السالوس، ص ٢٥٥.
- (٣) عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورته)، أ.د محمد جبر الألفي ص ٩.
- (٤) حاشية ابن عابدين (٢١٣/٤)، الفتاوى الهندية: ٢٠٨/٢.
- (٥) عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورته)، أ.د محمد جبر الألفي ص ١٠.
- (٦) المادة (٣٩٢): "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع...".
- (٧) المحيط البرهاني (١٣٦/٧).
- (٨) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ص ١٤٤.

والمهندسين على أساس المواصفات والتوصيات المبينة في العقد المبرم بين المؤسسة المالية والمستفيد، وبعد إتمام العمل تتسلمه المؤسسة المالية، وتقوم بتسليمه إلى المستفيد، وخلال فترة العمل في المشروع يدفع المستفيد للمؤسسة المالية ثمن الإنشاءات وفق الاتفاق - غالبًا ما يكون على هيئة أقساط دورية - تنتهي بتسليمه العمل كامل المواصفات، أما علاقة المؤسسة المالية بالمقاول؛ فقد يكون الثمن معجلًا أو مؤجلًا أو منجمًا، وفق شروط العقد^(١)، وهذا يجعل العقد عقدين:

١ - عقد مقاول (استصناع)، طرفاه المستفيد والمؤسسة المالية، ومحله عملية إنشاء أو ترميم.

٢ - وعقد مقاول آخر (استصناع) طرفاه المؤسسة المالية والمقاول، ومحله نفس العمل المتفق عليه في العقد الأول.

ونظرًا لأن المستفيد متعاقد مع مؤسسة مالية لا تقوم بنفسها بالإنشاء أو الترميم، فيجب مراعاة الفصل التام بين المستفيد والمقاول الذي تعاقد مع المؤسسة المالية على تنفيذ المشروع، وذلك بعدم الربط بين العقدين، أو توكيل المستفيد في الإشراف أو التسليم أو غير ذلك؛ حتى لا تتحول العملية إلى مجرد قرض غير حسن، وكل من العقدين يكون مشروعًا، وهذا ما أشار إليه قرار الجمع الفقهي رقم: (٦٥) (٧/٣) (٢)، وقد ورد ضمن توصيات وفتاوى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الذي انعقد بالجامعة الأردنية سنة ١٤١٤هـ، ما يلي: "يرى المؤتمر جواز استعمال السلم الموازي، والاستصناع الموازي، مع مراعاة عدم الربط التعاقدية بين العقدين المتوازيين في السلم والاستصناع، وعدم إساءة استعمال هاتين الصيغتين باتخاذهما ذريعة للمحذور"^(٣).

المطلب الثاني: أن المقاول يبني فقط، والمواد والتصاميم من صاحب المشروع.

في هذه الصورة يقوم المقاول بالتشييد فقط، وفق التصاميم والمقاييس التي يقوم بها صاحب العمل والمشروع، والأدوات والمواد من صاحب العمل، فيقوم المقاول بالتنفيذ لصالح الأول حسب المواصفات المقدمة من صاحب العمل ولا يتحمل المقاول

(١) عقد المقاول (الإنشاء والتعمير والبناء) حقيقته تكيفه صورة، أ.د. محمد جبر الألفي ص ١٧.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ١٤٤ - ١٤٥.

(٣) عقد الاستصناع الموازي أ.د. محمد جبر الألفي، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ج ١

المواد، فيكيف على أنه إجارة عمل^١، كمن استأجر أجيروا بيني له جدارا فيكون عقد إجارة على العمل سواء كان محدد العمل والزمان، أم غير محدد كأن يكون موصوفا في الذمة مقابل أجره مسماة، وهو عقد جائز، ولا خلاف بين الفقهاء على جوازه، وقد اتفق الفقهاء على إجارة الأشخاص، وعقد الفيديك في الحقيقة إجارة على عمل، فيقوم صاحب المشروع باستئجار المقاول للعمل، ويكون محل الإجارة عمل موصوف في الذمة.

المطلب الثالث : عقود الفيديك عقود مقاول، وفيه فرعان.

الأول: تعريف عقد المقاول، لغة واصطلاحاً.

المقاول من الفعل (قال) بوزم مفاعلة، وهي المجادلة والمفاوضة^(٢)، ووزن المفاعلة تقتضي مشاركة من أطراف متعددة كالمبارزة والمقاتلة^(٣) وهي ترجمة عربية للمصطلح الفرنسي بمعنى مشروع^(٤).

واصطلاحاً: اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة^(٥)، وقد اختار مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي أعدته جامعة الدول العربية تعريفاً مقارباً لهذا في مادته

(٧٣١)^(٦)، وفي النظم التجارية تعتبر المقاول عملاً تجارياً إذا قام بها شخص طبيعي أو معنوي قد اكتسب صفة (التاجر)، وهذه الصفة تختلف باختلاف النظم^(٧)، كما أنها عقد معاوضة رضائي يلتزم فيه المقاول بصناعة شيء، أو أداء عمل كإقامة بناء، في مقابل التزام الطرف الآخر بتقديم بدل نقدي، إما شهرياً، وإما بنسبة معينة مثل (١٥) أو

(١) قرار (١٢٩) (٣/١٣) مجمع الفقه الإسلامي، دورته ٤ قطر من ٨-١٢/١٢/١٣٢٣هـ-١١-١٦ يناير ٢٠٠٣م.

(٢) مختار الصحاح (ص: ٢٦٢).

(٣) المحيط في اللغة (١/ ٤٩٩) ومعجم لغة الفقهاء (ص: ٤٥٢).

(٤) المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، يوسف شلالة، المعارف، الإسكندرية ص ٣٩٩.

(٥) القانون العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٦م، اعتماد مجلس وزراء العدل العرب، رقم ٢٢٨، ١٢/١٢.

(٦) قانون المعاملات المالية العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية، إعداد جامعة الدول العربية، بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٦م، رقم ٢٢٨، ١٢/١٢.

(٧) نظام المحكمة التجارية السعودي، المادة ٢/د. وعقد التوريد والمقاوله د. أحمد شويح ص ١٦

١٠٪ من النفقات الفعلية.

الفرع الثاني : تكييف عقد المقاولة، وفيها مسألتان.

المسألة الأولى : أن يتعهد المقاول بتقديم العمل فقط، ويقدم صاحب
العمال للمواد.

عقد المقاولة قد يشتهر بعدة عقود؛ كعقد البيع، وعقد السلم، وعقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، والوكالة، والجماعة، والاستصناع^(١)، فأقرب العقود الفقهية شبهة بعقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل - فقط - هو عقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، وهو جائز بغير خلاف بين أهل العلم^(٢)، قال الكاساني: "فإن أسلم إلى حدّاد حديدًا ليعمل له إناءً معلومًا بأجر معلوم، أو جلدًا إلى خفّاف ليعمل له خفًّا معلومًا بأجر معلوم، فذلك جائز، ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار، فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمه حديدًا مثله"^(٣)، ويبقى بعد ذلك تحديد نوع هذه الإجارة تبعًا لمن يمارسها، هل هو أجير خاص، أو أجير مشترك؟ ونستبعد أن يكون المقاول الذي يقدم العمل فقط أجيرًا خاصًا؛ لأن المستأجر لا يختص بنفعه في مدة العقد دون سائر الناس^(٤)، ولأنه لا يستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فالأقرب اعتباره أجيرًا مشتركًا، فالأجير المشترك هو الصانع^(٥)، وذلك لأن المستأجر لا يقتصر على صاحب العمل فقط بنفعه في مدة العقد دون سائر الناس، ولأنه لا يستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، ولذا كان الصواب - فيما يظهر - أن نوع الإجارة - هنا - هي إجارة الأجير المشترك، كما قال الموفق ابن قدامة: (فالأجير المشترك هو الصانع)^(٦)، والإجارة جائزة بالإجماع^(٧)، ويكيف عقد الاستصناع - في هذه الحالة - على أنه إجارة - أجير مشترك^(٨) - في حالة التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه، ولا يلتزم ترك العمل لغيره، ويقدم رب العمل المواد اللازمة له، مثل بناء وخياطة

(١) عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير، حقيقته - تكييفه - صورته، أ.د محمد جبر الألفي ص ٤.

(٢) بدائع الصنائع ٤/١٧٤، مغني المحتاج ٢/٣٣٢، الإقناع (١/٢٧٠).

(٣) بدائع الصنائع: ٤/٥.

(٤) المغني ٦/١٠٦.

(٥) المغني لابن قدامة ٦/١٠٦.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني (٤/٥)، والممتع في شرح المقنع (٦٩٥) (٢/٧٤٥).

(٧) الأجير المشترك يستحق الأجرة بالعمل، ويضمن ماتلف وإن لم يفطر، والخاص: من يعمل لغيره

مؤقتاً مرشد الحيران (ص: ٨١)، ومواهب الجليل (٨/١٧٠)، ونهاية المطلب (٨/١٥٧).

ثوب، وحمل إلى موضع معين، وصباغة ملابس، وإصلاح حذاء، ونحوه^(١).
والمراد بالأجير المشترك أو العامهه: الذي يعمل لعامة الناس، كالصباغ والحداد والكواء
ونحوهم، وليس الأجير الخاص أو أجير الوحد، وهو: الذي يعمل لشخص واحد مدة
معلومة، كما قال السغددي في التتف في الفتاوى: "الأجير المشترك فهو الذي يتقبل
الأعمال من الناس..."^(٢).

ويكون عقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل فقط ؛ عقدا مستقلا ملزما
للطرفين، ويخضع لاتفاق طرفيه بما لا يخالف نصا شرعيا أو حُكْمًا فقهيًا مجمعًا عليه، أو
قاعدة شرعية، وقد أصبحت المقاولة مستقلة عن الاستصناع، وليست وكالة، لأن المقاول
لا يخضع لإرادة رب العمل، بل يعمل مستقلاً، كما عقود مقاولات البناء والتشييد ذات
الأجر الثابت يتحمل فيها رب العمل مخاطر الانخفاض في تكاليف تنفيذ الأعمال،
ومخاطر الزيادة فيها عما كان مقدرا وقت التعاقد^(٣).

المسألة الثانية: أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معا.

فأقرب العقود الفقهية شبهًا بعقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد معا: هو
الاستصناع، ويترجح لدى الباحث - وهو قول جماعة من الفقهاء - أن عقد المقاولة - الذي
يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد - يكون عقدًا مستقلاً، ملزماً للطرفين، يسمى عقد
مقاولة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق الطرفين، بما لا يخالف حُكْمًا فقهيًا ولا نصا
شرعياً^(٤)، ولا داعي لتخريجها أو تكييفها على عقود فقهية قديمة، والأصل في تعامل الناس
الجواز حتى يشتمل التعامل على حرام، والعرف معتبر، والشريعة جاءت لتعليم الناس الشرع لا
العرف، فالأصل بقاء العرف حتى يأتي دليل يمنعه، ولم تحرم الشريعة كل تعاملات الجاهلية بل
أقرت كثيرا منها.

وتعتمد المحاكم الدولية - وكذا محاكم كثير من الدول في أوروبا وأمريكا - إصدارات
الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك)، وتعتبر بشروطه النموذجية لعقود
المقاولات في الإنشاء والتعمير كما في الكتاب الأحمر^(٥).

(١) الجامع لمسائل المدونة (١٧ / ٣٨٣)، ونهاية المطلب (٨ / ١٥٧).

(٢) التتف في الفتاوى للسغددي (٢ / ٥٦١).

(٣) المادة (٦٥٧) و(٦٥٨) القانون المصري المدني في عقود الإنشاء.

(٤) عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورته)، أ.د محمد جبر الألفي ص ١٣.

(٥) عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي
للمهندسين) محمد بدران، ص ٢.

المطلب الرابع : المقابلة من الباطن، وحق مقابلا للباطن.

عقد المقابلة تتنوع صوره ؛ فقد يبرم العقد مباشرة بين المستفيد والمقابل، وهذا الأشهر والأكثر انتشارا، وقد يبرم العقد الرئيس بين المستفيد والمقابل، ثم يُبرم عقد آخر-أو عقود أخرى- بين المقابل وغيره من المقاولين الذين يلتزمون بصنع شيء أو أداء عمل من أعمال المقابلة الأولى (المقابلة من الباطن)، وقد يُبرم المستفيد عقد مقابلة مع مؤسسة مالية، ثم تُبرم هذه المؤسسة المالية عقودًا مع مقاولين يلتزمون بتنفيذ المقابلة التي تم الاتفاق عليها مع المستفيد، فبالتالي يتم فيها إبرام العقد مباشرة بين المقابل والمستفيد^(١)، وفيما يلي بيان تلك المسائل من خلال فرعين:

الفرع الأول: تعريف المقابلة من الباطن.

هي اتفاق بين المقابل المتعاقد مع المالك صاحب العمل، وبين مقاول ثانٍ من الباطن، محله إسناد ما تم تعاقد عليه من إنشاءٍ وتعميرٍ مع المستفيد، ليقوم المقابل الثاني بتنفيذه كله أو جزء منه، مقابل أجر محدد^(٢)، ويطلق على المقابل الثاني: المقابل من الباطن، أو المقابل الثانوي، أو الفرعي، ويسري على عقد المقابلة من الباطن نفس التكييف من أنه عقد استصناع، فإذا التزم المقابل الثاني بتقديم العمل والمواد لتنفيذ ما تم إسناده إليه؛ كمقابلة الكهرباء أو مقابلة التكييف أو مقابلة الإنشاءات الصحية في المبنى الذي تم إنشاؤه؛ يكون العقد الذي أبرم مع المقابل الأصلي عقد استصناع، ولا مانع من تسميته عقد مقابلة من الباطن^(٣)، أما إذا كان المقابل الثاني قد التزم بتقديم العمل فقط - كإجراء التركيبات المختلفة - فإن العقد الذي بينه وبين المقابل الأصلي يسبغ عليه صفة الأجير المشترك، إلا إذا كان يخضع طوال مدة العقد لإشراف المقابل الأصلي، ويستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فإنه حينئذ يكون أجيرًا خاصًا لدى المقابل الأول، ولا مانع من تسمية العقد في الحالين عقد مقابلة من الباطن، وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية لصورة التعامل بالمقابلة من الباطن، واعتبروها مشروعًا إذا توافر فيها شرطان، أولهما: ألا يشترط المستفيد على المقابل الأصلي مباشرة العمل بنفسه، والشرط الثاني: ألا تكون شخصية المقابل الأصلي محل اعتبار عند المستفيد؛

(١) عقد المقابلة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة) أ.د محمد جبر الألفي ص ١٦ .

(٢) عقد المقابلة من الباطن، مصطفى الجارحي، ص ٣١ .

(٣) عقد المقابلة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة)، أ.د محمد جبر الألفي ص

لما يأنسه فيه من كفاءة وأمانة، أو لوجود معنى خاص فيه. وهذا ما نبه إليه فقهاء الحنفية، كما جاء في فتح القدير: "وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه، ليس له أن يستعمل غيره؛ لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه، فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه، وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله؛ لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالأستعانة بغيره، بمنزلة إيفاء الدين" (١)، وقال به غيره من الفقهاء كابن عرفة المالكي (٢) وابن قدامة الحنبلي (٣).

الفرع الثاني: حق المقاول من الباطن.

يلتزم المقاول الأصلي بنصوص العقد الذي أبرم بين صاحب العمل والمقاول الأصلي، والعلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني تحكمها نصوص عقد المقاولة من الباطن، الذي تم إبرامه بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني؛ حيث يلتزم المقاول الثاني بإنجاز العمل الذي أسند إليه في المدة المتفق عليها، وتسليم العمل بعد إنجازه للمقاول الأصلي، كما يلتزم بأحكام الضمان التي قررها الفقهاء، كما نبه على هذا السرخسي في المبسوط: "وإنما يصح الضمان بما هو مستحق على الأصيل للمضمون له... (٤)، أما المقاول الأصلي فإنه يلتزم بتسليم العمل محل العقد، وبدفع الأجر المتفق عليه مع المقاول الثاني، وللمقاول من الباطن الحق في حبس المعقود عليه حتى يستوفي أجره (٥)، وإذا تضرر المالك بسبب حبس العين؛ فإن المالك يرجع بالضمان على المقاول الأصيل، ولذا تكون العلاقة بين المستفيد صاحب العمل والمقاول من الباطن غير مباشرة بالنسبة للمستفيد؛ لأنه لا تربط بينهما أية علاقة عقودية، وبالتالي فلا يجوز للمستفيد أن يطالبه بتنفيذ ما اتفق عليه مع المقاول الأصلي، كما لا يحق للمقاول من الباطن مطالبة المستفيد بالأجر المتفق عليه مع المقاول الأصلي (٦)، ومع ذلك فإن المقاول من الباطن له تعلق بالعين المملوكة للمستفيد، وقام بالعمل فيها بناءً على الإذن الضمني الذي حوَّله إياه تعاقد مع المقاول الأصلي، وله الحق في حبس العين التي اشتغل

(١) بدائع الصنائع ٥/٢١٠ والمبسوط (٢٣/٢٢٣) والمحيط البرهاني (٧/٥٩٣).

(٢) المختصر الفقهي لابن عرفة (٨/٣٢٨).

(٣) المغني (٦٢٠) (٨/٣٦) والواضح في شرح الخرقى (٦٨٤) (٢/٣٠٣).

(٤) المبسوط للسرخسي (٢٣/١٢٧).

(٥) المدونة الكبرى ج ٤ ص ٤٤٨.

(٦) المبسوط ٩/١٦، المدونة: ٤/٤٤٧، روضة الطالبين: ٥/٢٤٣، المغني: ٦/١٠٩.

بالصنعة فيها حتى يحصل على أجره^(١)، كأن لم يتمكن من الحصول على أجره المعين في عقد المقاولة من الباطن، فيرجع على المستفيد الذي لا تربطه به علاقة عقدية ليحصل على أجره، بناءً على ما يلي:

١- لقاعدة: "أن من تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير، فإن ما فعله يعتبر ملزماً للمستفيد، دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة"^(٢)، وذلك لأن المستفيد قد استفاد بالفعل، وهذه الفائدة مقابلها أجر لا بد من بذله، كما جاء في الذخيرة: "كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره، فعليه رد مثله في القيام بالمال، وعليه أجرة المثل في العمل إن كان لا بد من الاستئجار عليه... ونحن نعتمد على العوائد فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال"^(٣)، وجاء في إعلام الموقعين: "الشأن فيمن عمل في مال غيره عملاً بغير إذنه ليتوصل بذلك العمل إلى حقه، أو فعله حفاظاً لمال المالك واحترازاً له من الضياع، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله"^(٤)، وقال: "من عمل في قناة رجل بغير إذنه، فاستخرج الماء، فإن لمن عمل أجراً في نفقته، إذا عمل ما يكون منفعة لصاحب القناة، نص عليه أحمد"^(٥)، وإذا ثبت ذلك:

أ- فإن العدل يقتضي أن للمقاول من الباطن حق الرجوع على المستفيد مباشرة^(٦)، وبالمقابل: يحق للمستفيد أن يسأل المقاول من الباطن عما يكون قد ارتكب من أخطاء في تنفيذ العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، ولكنه يتعلق بالعين المملوكة له، وفي تحديد طبيعة هذه المسؤولية-قانونياً- قضت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بأنها مسؤولية عقدية، في حين قضت الدائرة الثالثة في نفس المحكمة بأنها مسؤولية تقصيرية، لعدم وجود علاقة تعاقدية بين المستفيد والمقاول من الباطن، وإزاء هذا التناقص

- (١) بدائع الصنائع ٢١٠/٥، المدونة: ٤٤٨/٤، المهذب: ٤١٠/١، ومنتهى الإرادات: ٣٩٣/١.
(٢) إعلام الموقعين ٤١٩/٢، وانظر: عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورته)، أ.د. محمد جبر الألفي ص ٤٥.
(٣) الذخيرة للقراي (١٠٢/٤).
(٤) إعلام الموقعين لابن القيم (٤١٩/٢).
(٥) إعلام الموقعين (٤١٥/٢).
(٦) القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، أحمد منير فهمي، مجلس الغرف التجارية، ص ٤٤.

قررت الجمعية العمومية لمحكمة النقض - بفرنسا (١) - حسم هذا النزاع باعتبار أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية عقدية (٢).

ب- كما أن من قواعد الشريعة والعدالة أن المباشر إذا انعدم فيرجع المتضرر للمتسبب، لثلاث تضييع الحقوق ولا يرفع الضرر، وهذا من قواعد الضمان، قال في الفروق: "إذا اجتمع من أسباب الضمان الثلاثة سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين كمن حفر بئرا لإنسان ليقع فيه؛ فجاءه آخر فألقاه فيه؛ فهذا مباشر والأول متسبب فالغالب تقدم المباشرة على التسبب... وقد لا تقدم المباشرة على التسبب لضعفها عنه؛ بل إما أن يجعل الضمان على المباشر والمتسبب معا إذا كانت المباشرة مغمورة كقتل المكروه... (٣)، وقال في إعلام الموقعين: "المباشر للتلف... لما لم يمكن الإحالة عليه ألغى فعله، وصار الحكم للسبب... (٤)".

المطلب الخامس: عقد التوريد والتشغيل.

من العقود المشابهة للفيديك، عقد التوريد والتشغيل، وفي اللغة من الورد بالكسر، وهو الإشراف على الماء (٥).

اصطلاحاً: عرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (١٠٧) (١٢/١) بشأن عقود التوريد والمناقصات في دورته الثانية عشرة بالرياض عام ١٤٢١ هـ بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلوما مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه".

وكيف عقد التوريد - فقها - بأنه عقد يبيع يتأجل فيه البدلان (المبيع، والضمن) (٦) - وهو أشبه شيء في الفقه بعقد الاستصناع، وأجاز بعض الفقهاء فيه عدم تعجيل الثمن،

١ محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى بتاريخ: ١١/٢/١٩٦٤ م.

(٢) مالوري وإينيس، القانون المدني - العقود الخاصة، كوجاز - باريس: ١٩٩٢ م. ص ٤١٤، فقرة:

٧٥٦، نقلا عن: عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورته)، أ.د محمد

جبر الألفي ص ١٨.

(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق للفروق (٢/٢٠٦).

(٤) إعلام الموقعين (٢/٣١).

(٥) لسان العرب (٣/٤٥٦) مادة (و، ر، د).

(٦) قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة التعاون الإسلامي (١٠٧) (١٢/١).

خلافًا للسلم الذي يشترط فيه تعجيل الثمن، ولكنه يشبه السلم من وجه آخر أن الآجال فيه معلومة، يعني: آجال التسليم، وآجال الدفع^(١). وهذا يشبه ما عرف عند فقهاء الحنفية^(٢) بعقد الاستحجار^(٣)، وإن كان البدلان مجهولان؛ لكن ضبط الوصف، وضبط الآجال في الدفع والتسليم يجعله معلوماً، فالمنهية المنهي عنها إلى إمكان العلم والضبط لوصفها فهو: "بيع شيء موصوف، ومواصفات العقد محددة معينة دقيقة للأمور التي يقدمها المورد من خلال الاتفاق العام والإطار العام الذي تم مع هذه الجهة، فهو بيع مفصل ودقيق، وقد أقر الحنفية بيع الاستحجار. فيكون عقد التوريد بيع من البيوع المتعارف عليها والمتفق على مضمونها، ولا إشكال فيه من الناحية الشرعية وقد سماه الفقهاء بيع الاستحجار. وجاء في قرار مجمع الفقه رقم (٦٦) (٧/٣) بالدورة السابعة بجدة سنة (١٤١٢هـ) (٤) ما يلي:

عقد التوريد: "إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه".

وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣) إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل، فهذا يتم بإحدى طريقتين:

أ- أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم فيجوز بشروطه المعتمدة شرعاً المبينة في قرار المجمع رقم (٨٥) (٩/٢).

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (١٠٧) (١٢/١) بشأن عقود التوريد والمناقصات في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١هـ. ١ رجب ١٤٢١هـ الموافق ٢٣ - ٢٨ أيلول (سبتمبر) ٢٠٠٠م.

بالرباط عام ١٤٢١هـ، نشر في مجلة مجمع الفقه العدد التاسع، ص ٨٢٦.
(٢) قال في البحر الرائق (٦/٢٤٣): "هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستحجار منه".

(٣) بيع الاستحجار وتطبيقاته المعاصرة في المعاملات المصرفية، د محمد سعيد محمد سعد صالح، حولىة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، المجلد الأول من العدد الخامس والثلاثين، الإسكندرية، ص ٢٢٤.

(٤) عقود التوريد والمناقصة، إعداد، القاضي محمد تقي العثماني ص ٦٧٢، ضمن مجلة مجمع الفقه العدد التاسع.

ب- إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا لا يجوز لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين، وقد صدر قرار المجمع رقم (٤٠) و (٤١) المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه، فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ^(١)، أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم^(٢).

فما سبق يكيّف عقد التوريد على أنه استصناع، أو استجرار، أو سلم، وهو وعد ملزم، ويترجح التكييف بحسب الصورة التي يتم التعاقد عليها، كما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٣).

المطلب السادس: عقد البوت (B.O.T).

تعريفه: كلمة (B.O.T) اختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية هي: البناء (Build)، والتشغيل (Operate)، والنقل (Transfer)، ويقصد به: "المشروعات العامة التي يقوم

القطاع الخاص المحلي، أو الأجنبي بتمويلها، ويقوم بتصميم وبناء وإدارة المشروع، وذلك خلال فترة محددة، تقوم فيها العلاقة التعاقدية بين الدولة ومنفذ المشروع (شركة المشروع) على أساس عقد الامتياز الذي يخول بمقتضاه لشركة المشروع الحصول على عائدات المشروع خلال فترة الامتياز، على أن يقوم الأخير عند انتهاء تلك الفترة المحددة بتحويل ملكية أصول المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة كما هو متفق عليه في العقد، ودون أى مقابل يدفع من قبل الحكومة"^(٤).

وفيما يلي بيان تكييفه:

يمكن التكييف الفقهي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حسب مراحل هذا العقد

(١) أي المؤجل بالمؤجل أو النسيئة بالنسيئة... أو الدين بالدين. العين (٥/٤٠٧).

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته ١٢ بالرياض بالسعودية ١٤٢١/٦/٢٥ هـ. ٢٨/٩ م. ٢٠٠٠.

(٣) قرار رقم: ١٠٧ (١ / ١٢)، بشأن موضوع عقود التوريد والمناقصات: "العقد استصناع تنطبق عليه أحكامه، وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع رقم (٦٥) (٣ / ٧)".

(٤) حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، د ناهد علي حسن السيد، بحوث مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، بالشارقة بالإمارات، ص ٥.

وهي ثلاثة: البناء، والتشغيل، والتحويل أو نقل الملكية^(١)، فذهب بعض الباحثين^(٢) إلى أن عقد البناء والتشغيل والتملك أو التحويل عقد قديم عرف في التاريخ الإسلامي، وأجده فقهاء الإسلام، كما جاء في البيان والتحصيل: "قال ابن القاسم في رجل قال لرجل: أعطني عرصتك هذه أبنيتها بعشرة دنانير، أو بما دخل فيها، على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت"^(٣)، والعرصة هي الأرض البور أو البيضاء يستأجرها المستأجر ولا يدفع شيئاً عند العقد^(٤)، وتكون أجرة الإجارة هي البناء الذي يبنيه على هذه الأرض بعد أن ينتفع بسكنها مدة من الزمن، ثم يرد الأرض وبنائها لأصحابها، وكذلك مسألة إعمار الأوقاف إذا خربت وتعطلت منافعها ولا يجد القائمون عليها من التمويل ما يحقق الاستفادة منها، ومضت على ذلك السنون الطويلة وليس للوقف موارد لعمارتها، وإحيائه، ففكر الفقهاء القائلون بجواز استبدال الوقف في إيجاد حل للإفادة من الوقف بإعمارها بأساليب من بينها عقد (البناء، والإشغال) وإن لم يكن معروفاً بهذا الاسم وذلك بعد استيفاء المتعاقد تكاليف الإعمار بسكنه، واستثماره مدة معلومة، ثم إعادة عين الوقف لأصحابه ليؤدي الوظيفة التي حبس من أجلها، كما قال ابن عابدين^(٥): "إن الخان لو احتاج إلى المرمة أجز بيتاً، أو بيتين، وأنفق عليه، وفي رواية يؤذن للناس بالنزول سنة، ويؤجر سنة أخرى، ويرم من أجرته، وقال الناطفي: القياس في المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته محيط"، ومثله ما جاء في البيان والتحصيل عند المالكية^(٦)، فالفقهاء عرفوا عقد البناء والتشغيل والتحويل أو الملك، وجعله بعضهم من عقود الإجارة والكراء^(٧)، فأخذ الأجرة من المستخدمين المنتفعين بالمشروع بمثابة السكن في العرصة^(٨) مقابل بنائها والانتفاع

(١) عقد البناء والتشغيل والتحويل، هارون خلف عبد الدلو، ماجستير، كلية الشريعة، قسم الفقه، الجامعة الإسلامية ص ٥٢.

(٢) حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT. د. ناهد علي حسن السيد، ضمن بحوث عقود البوت بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة ١٩.

(٣) البيان والتحصيل (٨/ ٤٦٢).

٤ النواذر والزيادات (١/ ٣٠) الذخيرة للقرافي (٦/ ١٤٣).

(٥) حاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٤/ ٣٧٦).

(٦) البيان والتحصيل (٩/ ١٦).

(٧) عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك، أ. د. عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٢١.

(٨) بوزن الضربة بإسكان الرء، كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء... الصحاح =

بها، وهو يمثل قيمة البناء، واسترداد رأس مال المشروع والأرباح المتوقعة منه بمثابة ارتفاع ساكن العرصه، مقابل بنائها، وهذا أحد تكييفات المسألة عند الفقهاء.

والتكييف الثاني أنه عقد مستقل: "العقد بتركيبته الكاملة عقد كامل جديد متعدد الأنواع، متفاوت المراحل، يخرج أصالة على القاعدة الفقهية المشهورة: (الأصل في العقود الإباحة) فيكون عقداً جديداً من عقود المعاملات الحديثة يشتمل على عقد مقاوله، وعقد إجارة، وعقد صيانة، وعقد إعادة الملك فهو عقد متعدد" (١).

كما يمكن أن يقال: إنه عقد استصناع: "تغليياً؛ حيث هو أساس العقد، ومعظمه، لا وجود للمشروع دونه، وما عداه مما يأتي بعده من العقود مبني عليه، يخرج هذا العقد شرعاً بأوصافه السابقة في مرحلته الأولى (البناء) على عقد (الاستصناع)، وخرجه بعضهم قياساً على مسائل إعمار الوقف الخراب - كما سبق - (٢).

وقد أتت الحرائق على الوقف في الأناضول وعجز الوقف عن الإعمار فاستحدث الفقهاء نظاماً جديداً لإعمار الوقف مثل الحكر (بفتح الحاء والكاف) والاستحكار، والإجارتين، والمرصد، والمشاركة المتناقصة والإجارة المنتهية بالتمليك والإجارة التمويلية، وعرف نظام الحكر أو الإحكار الفقهاء قديماً (٣) بقولهم - اصطلاحاً -: "عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغراس أو لأحدهما" (٤).

فالقول عقد إجارة كما جاء عن التابعين، وعن مالك وأصحابه، والصورة التي ذكروها تنطبق على عقد البناء والتشغيل والتحويل، وإن كان اعتباره عقداً مستقلاً أولى.

المطلب السابع: عقد تسليم المفتاح.

من العقود المشابهة للفيديك؛ عقد تسليم المفتاح، وفيما يلي بيان تعريفه:
لغة: تسليم مصدر الرباعي المضعف سلم، بمعنى أعطى خلاف منع، والمفتاح: اسم آلة يفتح بها قفل الباب أو مغلقه، وتسليم المفتاح معناه: تسليم المبنى كاملاً من أول تصميمه حتى نهايته وصلاحيته كونه صالحاً للسكن أو للعمل أو لما أراد منه الطرف

= (٣/ ١٠٤٤).

(١) عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك عبد الوهاب أبو سليمان، ص ١٦.

(٢) عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك عبد الوهاب أبو سليمان ص ٢١.

(٣) أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، ص ٣٩.

(٤) حاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٦/ ٣٢).

الأول صاحبه أو العميل^(١).

اصطلاحاً: "عقد يلتزم المورد بمقتضاه وبمقابل بتأسيس ثم تسليم مُصَنَّع في حالة صالحة للاشتغال، حسب المؤهلات التي يظهرها أثناء تشغيله"^(٢)، فهو عقد مركب فبعضه بيع، وبعضه مقاوله، وبعضه استصناع وتصميم وإنشاء وبناء وإجارة^(٣)، وقد جاء عقد بناء وتسليم المفتاح في (الكتاب البرتقالي) الذي صدرت الطبعة الأولى منه عام ١٩٩٥م، يقوم رب العمل بتوفير التمويل اللازم للمشروع من أمواله الخاصة، أو بقروض يؤمنها بمعرفته، وعلى رب العمل في هذه الحالة سداد مستحقات المقاول أولاً بأول^(٤). وهذا العقد هو عقد استصناع لأن العامل أو الشركة تقوم باستصناع بيت أو شقة وتسلمها لصاحبها، وهو من عقود المقاوله.

(١) عقد تسليم مفتاح، أ.د. محسن شفيق، ص ١١، وعقد المفتاح في اليد، إلياس ناصيف، ص ٢٩.
(٢) عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية) أ. د. محسن شفيق، ص ١١.
(٣) عقد الترخيص التجاري، لطيفة بنخير، دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، ص ٩٠.
(٤) عقد تسليم المفتاح، أ.د. محسن شفيق، محاضرات لطلبة دبلوم الدراسات العليا، جامعة القاهرة ١٩٨٢، ص ١.

المبحث الرابع : خصائص عقود الفيديك، وموقف الفقه الإسلامي منها.

١- أنه عقد رضائي بين طرفين أو متعاقدين، والتراضي شرط في البيوع ﴿...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾ النساء ٢٩، وهذا أصل بالعقود كافة شرعاً، لقوله ﷺ: "إنما البيع عن تراض"، وفيلفظ آخر: "لا يفترق اثنان إلا عن تراض" وفي لفظ: "لا يفترق المتبايعان عن بيع إلا عن تراض" (١)، وهذا يبين حقيقة عقود المعاوضة (٢)، ويستدل على التراضي بالإيجاب والقبول الصادر منهما في حال كمال أهليتهما بما يعرف بالصيغة، وهي ركن العقد عند جميع الفقهاء لكنها فقهاء الحنفية اقتصروا عليها.

٢- أنه عقد معاوضة: فالمقاول يأخذ عوضاً على عملة كعقد الاستصناع والإجارة، وبما أنه عقد معاوضة فهو ملزم للطرفين، ويخضع لقواعد الفسخ والإقالة ورفع الجائحة، وليس من عقود التبرع والإرفاق.

٣- أنه عقد وارد على العمل كالإجارة، وهي: عقد على المنافع بعوض (٣)، والإجارة بيع عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية (٤)، لكنها مؤقتة المدة، والعنصر الجوهرى في عقود الفيديك أنه عقد وارد على عمل تمثل في البناء والتشييد، ومطلوب من المقاول القيام به، ولا يخضع لأي نوع من أنواع التبعية أو الإشراف من جانب صاحب العمل، فيقوم بالعمل باستقلال تام فيما يتعلق بالوسائل والآلات التي يختارها لإنجاز العمل، فتترك للمقاول حرية اختيار الوسائل والأدوات التي تكفل تحقيق النتيجة المتعاقد عليها (٥)، وهذه هي إجارة الأشخاص، وإجارة الأشخاص تقع على صورتين: أجير خاص استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط "أجير الـوحـد" كالحاد م والموظف، وأجير مشترك : يُكْتَرَى لأكثر من مستأجر بعقود مختلفة، ولا يتقيد بالعمل لواحد دون غيره، كالطبيب في عيادته، والمهندس والمحامي في مكنتيهما، والأجير الخاص يستحق أجرة

(١) مسند أحمد (١٦ / ٥٣٧) (١٠٩٢٢) قال الهيثمي (٤ / ١٠٠): "فيه أيوب بن عتبة؛ ضعفه الجمهور، وقد وثق".

(٢) الإهاء التعسفي لعقد المقاولة في مجال البناء والتشييد، هبة غازي محمد الدباغ، ص ٢٧.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٥٥٤، حاشية ابن عابدين ٥/٢، والذخيرة للقرافي (٥ / ٣٧١).

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٤ / ١٧٣)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢ /

٣٦٨)، وانظر: اختلاف الأئمة العلماء للوزير ابن هبيرة الشيباني، كتاب الإجارة ج ٢ / ص ٢٧.

(٥) عقد المقاولة في الفقه الإسلامي زياد شفيق قرارية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، ماجستير ٢٠٠٤م، ص ٢٦.

٦ الهداية ٣ / ٢٤٥، حاشية الدسوقي ٤ / ٨١، والمهذب ١ / ٤٠٨، والمغني ٦ / ٤١.

على المدة، أما الأجير المشترك فيستحق الأجرة على العمل غالباً، ويجوز أن يكون رب العمل جماعة، ويكونون في حكم الشخص الواحد كقرية أو مدينة أو مؤسسة، فلو استأجر أهل قرية معلماً أو إماماً أو مؤذناً، وكان خاصاً بهم كان أجيراً خاصاً، وكذا لو استأجر أهل قرية راعي اليرعى أغنامهم على أن يكون مخصوصاً بهم بعقد واحد، كان أجيراً خاصاً، ولم يُنصَّ على ذلك في عقود الفيديك، وهذا ينفع في حال الخلاف والنزاع، وبهذا يتبين سبق الفقه في هذا، فالتفريق بين نوعين الأجير يترتب عليه أحكام من الضمان، والأرش وغيره، فلا بد في إحارة الأجير الخاص من تعيين المدة؛ لأنها إحارة عين لمدة فلا بد من تعيينها؛ لأنها هي المعينة للمعقود عليه، والمنفعة لا تعتبر معلومة إلا بذلك، وينبغي أن تكون المدة واضحة محددة ويغلب على الظن بقاء الأجير فيها قادراً على العمل^(أ)، ويجب على الأجير الخاص أن يقوم بالعمل في الوقت المحدد له أو المتعارف عليه^(ب)، ولا تدخل فيه أيام الجمع للعرف^(ج) والإجازات كما نص الفقهاء^(د)، ولم تتعرض له عقود الفيديك، وبخاصة في الأجرة على الوقت.

ومما يختص به الأجير الخاص: أنه ليس له أن يعمل لغير مستأجره إلا بإذنه، وإلا نقص من أجره بقدر ما عمل، ولو عمل لغيره مجاناً أسقط رب العمل من أجره بقدر قيمة ما عمل، والأجير الخاص أمين مؤتمن، فلا يضمن ما هلك في يده من مال، أو ما هلك بعمله، إلا بالتعدي أو التقصير، وله الأجرة كاملة^(هـ)، وهذا ما اتفق عليه عقد الفيديك، فما فرط فيه المقاول مقصراً معتدياً فإنه يضمن، ولكن لم ينو ما وقع بدون تفريط كأن يفسد بعض أدوات وآلات صاحب العمل أو تتضرر الأرض أو البنايات المجاورة أو الطريق أو الجيران، فلم تبينها الفيديك، والظاهر من بنود العقود أنه يضمن، وهذا ما فارق فيه الفقه عقود الوضع، ففي الفقه لا ضمان عليه لما تلف في يده من مال، لأن العين أمانة في يده لأنه قبضه بإذن رب العمل، فلا يضمن، إلا إن قصر.

والمنافع تصير مملوكة للمستأجر، لأن الأجير يعمل في حضور صاحب العمل وبإذنه، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح، ويصير نائباً منابه، ويصير فعله منسوباً إليه، كأنه

١ مجلة الأحكام العدلية م ٤٢٣.

٢ الهداية ٣ / ٢٣١، وشرح الخرشي ٧ / ١١، والمهذب ١ / ٣٩٦، وكشاف القناع ٤ / ٢.

٣ مجلة الأحكام العدلية م ٤٩٥، وكشاف القناع ٤ / ٢ - ٢٥، والمغني ٦ / ٤١.

٤ حاشية ابن عابدين ٥ / ٧٠، ونهاية المحتاج ٥ / ٢٧٩.

٥ نهاية المحتاج ٥ / ٢٧٩.

٦ حاشية ابن عابدين ٥ / ٧٠، وحاشية الدسوقي ٤ / ٢٣، وكشاف القناع ٤ / ٢٥.

فعله بنفسه، فلماذا لا يضمن الأجير ما ترتب على عمله^(١)، بل قال المالكية: حتى لو شرط عليه الضمان، فهو شرط يناقض العقد ويفسد الإجارة، فإن وقع الشرط فسدت الإجارة، فإن عمل فله أجره مثله، زادت على المسمى أو نقصت، وإن أسقط الشرط قبل انقضاء العمل صحت الإجارة^(٢).

وهذا من الثغرات في عقود الفيديك فلم تفصل فيه، وأهملوه ولم يتعرضوا له. وأيضا مما أهمله الفيديك؛ عدم التفريق بين ما حرم العمل فيه والإجارة عليه، ولكن الفقهاء فصلوا بين ما حرم العمل فيه والإجارة عليه، فنصوا على أنه: "ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها، ولا على حمل الخنزير، وبهذا قال الجمهور"^(٣)، بينما في عقد الفيديك لم ينص على مثل هذا الحكم، بل لم يبنوا وجوب تحديد نوعية النشاط من جهة الحل والحرم وترتب المقاضاة على ذلك، وهذا من ثغرات عقد الفيديك وبنائه

على القانون الغربي الوضعي - ولا بد من تعديل تلك البنود لتواءم والشريعة الإسلامية التي تحرم بعض الأنشطة.

الأجير المشترك هو: الذي يعمل للمؤجر ولغيره، كالبئنا الذي يبني لكل أحد، والملاح الذي يحمل لكل أحد في سفينته، والأكار الذي يحمل للناس على دوابه، وهذا شبه اتفاق بين الفقهاء^(٤).

ولا خلاف في أن الأجير المشترك عقده يقع على العمل، ولا تصح إجارته إلا ببيان نوع العمل أولا، ولا يمنع

هذا من ذكر المدة، فإن قال للراعي: ترعى غنمي شهرا، كان أجيرا مشتركا، إلا إذا شرط عليه ألا يرعى لغيره

ولم تتعرض لهذا عقود الفيديك فلم تصرح بتحديد نوع الإجارة، ولا اشترطت على المقاول عدم تولي عمل آخر من عميل آخر، وهذا يبين دقة الفقه الإسلامي في هذا

١ بدائع الصنائع ٤ / ٢١١، والشرح الصغير ٤ / ٤١، ٤٢، والمهذب ١ / ٤٠٨، وكشاف القناع ٤ / ٢٥.

٢ الشرح الصغير ٤ / ٤٢

٣ المغني ٦ / ١٣٤، ١٣٦، ١٣٨، والشرح الصغير ٤ / ١٠، والمهذب ١ / ١٩٤، والبدائع ٤ / ١٨٤، ١٩١.

٤ حاشية الدسوقي ٤ / ٤، والمهذب ١ / ٤٠٨، وكشاف القناع ٤ / ٢٦.

الجانِب، وهذا يعين على حل النزاع، ولا بد من تعديله وإضافته لعقود الفيديك على مقتضى التصور الفقهي الإسلامي فإنه أعدل.

والأصل أن يكون العمل من الصانع - الأجير - أو المقاول، والعين - أرض المشروع - من صاحب العمل، غير أن العرف لا يمنع أن يحدث تعديلات في هذا الاتفاق، ولا يخرج ذلك من كونه عقد إجارة إلى عقد استصناع^(١)، ويجب أن تكون المنفعة محددة معلومة القدر، وهذا ما نصت عليه عقود الفيديك، وقد تحدد بتحديد محلها ونوعها ومواصفاتها، ويكون للأجير المشترك خيار الرؤية في كل عمل يختلف باختلاف المحل كما نص الفقهاء الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣)، ويكون له خيار الرؤية في إجارة الأعيان عموماً عند الشافعية^(٤)، وهذا ما نص عليها الفيديك.

التزامات الأجير المشترك: يلتزم الأجير المشترك بإنجاز العمل المتعاقد عليه، وكل ما كان من توابع ذلك العمل لزم الأجير حسب العرف ما لم يشترط غير ذلك، فمن تعاقد مع خياط ليخيط له ثوباً فالخياط والإبرة على الخياط، كما هو العرف^(٥) إلا إذا وجد شرط أو تغير العرف، وهذا التوسع في العرف لا يمتنع فقهاً.

وإذا شرط المكترى على الأجير أن يعمل بنفسه لزمه ذلك - كما سبق في المقابلة بالباطن - لأن العامل تعين بالشرط، فإن لم يشترط ذلك فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق عمل في الذمة إلا إن كان العمل لا يقوم فيه غيره مقامه كالنسخ لأن الغرض لا يحصل من غيره كحصوله منه، وكذا كل ما يختلف باختلاف العامل، مع ملاحظة أن الصانع إذا ما استعان بتلميذه كان عمل التلميذ - المساعد - مضافاً إلى أستاذه الأجير الذي تم معه التعاقد^(٦)، ولم يتعرض عقد الفيديك لتلك الجزئية ولا عالجها وهذا من ثغرات الفيديك،

١ الفتاوى الهندية ٤ / ٤١٠، ٤٥٥، ٤٥٦

٢ قال في حاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٦/٧٧): "للأجير المشترك خيار الرؤية في كل عمل يختلف باختلاف المحل".

٣ المستوعب للسامري (٢/١٧) والمغني ٦ / ٩١.

٤ المهذب ١ / ٣٩٨، والروضة: ٥/٢٢٦

٥ الفتاوى الهندية ٤ / ٤٥٥، ٤٥٦، حاشية الدسوقي ٤ / ٢٣، والمهذب ١/٤٠٠، وكشاف القناع ٤/ ١٤.

٦ بدائع الصنائع ٤ / ٢١٢، والمغني ٦ / ٣٤

، ولا بد من مراعاة رغبة وقصد صاحب العمل، واستحقاق الأجرة في الإجارة عند الفقهاء : بتسليم العمل ولو بعضه، كأن يستأجر رجلا ليبنى له جدارا أو دارا أو يحفر له قناة أو بئرا، فكلما أتم منه قدرا حق له أن يطالب بما يقابله من أجر، لأن التسليم قد تحقق، ولو جزئيا، وهذا إن الأجير يعمل لدى صاحب العمل، أما إذا كان العمل ليس عند رب العمل كأن يكون للأجير دكان، فليس من حق الأجير المطالبة بالأجرة قبل الفراغ من العمل وتسليمه للمكثري، لتوقف وجوب الأجر على ذلك، فالقصار والصبغ والنساج ونحوهم ممن يعملون في حوانيتهم أو دورهم الخاصة لا يستحقون الأجر إلا برد العمل إلا إذا اشترط التعجيل أو عجل بالفعل^(١).

وهذا ما قاربت منه عقود الفيديك في أن استحقاق أجرة المقاول بعد خطاب التسليم، ولكن الفقهاء كانوا أدق ممن صاغ عقود الفيديك ؛ فإنهم فرقوا بين حالتين :

الأولى: إن كان العمل بحوزة صاحبه فكل مرحلة أتمها المقاول فله حق أخذ الأجرة.

الثانية: أما إذا لم يكن العمل بحوزة صاحب العمل؛ فلا يستحق الأجرة إلا بإتمام العمل، وهذا أدق، كما أن هذا ينفع في حالة الظروف الطارئة، أو وضع الجوائح.

تضمين الأجير المشترك:

اتفق الفقهاء على أن الأجير المشترك إذا تلف عنده المتاع بتعد أو تفريط جسيم فإنه يضمن، أما إذا تلف بغير هذين ؛ ففيه تفصيل عند الفقهاء، فذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني، والحنابلة إلى أن جعلوا التلف واحدا بفعله قصد أم لم يقصد، ولم يفرقوا بين حالة التقصير وعدمها، وبين القصد أو غير القصد، وألزموه بالضمان، وهو مروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما، واحتجوا بأن هذا يحفظ أموال الناس، فأفتوا بتضمين الصانع لأن الناس لا يصلحهم إلا ذلك، وكذلك التلف إن كان بغير فعله، وكان يمكنه دفعه أو كان يتعلق بأمور السلامة والأمن كالسرقة والحريق، وإلى هذا ذهب بعض متأخري المالكية وهو قول للشافعية، أما زفر الحنفي وبعض المالكية ذهبوا إلى عدم التضمن، وهو قول آخر للشافعية^(٢).

وذهب أبو حنيفة إلى وجوب الضمان إذا كان التلف بفعله سواء قصد أم لا، وذهب ابن أبي ليلى إلى تضمين الأجير المشترك مطلقا في جميع الأحوال^(٣)، ويقدر الضمان

١ الفتاوى الهندية ٤ / ٤١٢ - ٤١٣ .

٢ البدائع ٤ / ٢١٢، حاشية الدسوقي ٤ / ٢٨، والمهذب ١ / ٤١٥، والمغني ٦ / ١٠٧ .

٣ الفتاوى الهندية ٤ / ٥٠٠، والمغني ٦ / ١٠٩ .

بناء على وقت وقوع التلف، وهو قول الجمهور من الحنفية والشافعية- في قول عندهم- و الحنابلة- فجعلوا العبرة في تقدير الضمان يوم حصول سبب الضمان، وهو التلف أو التعدي خلافا للمالكية قدره بوقت التسليم^(١)، وهذا لم يتعرض لتفصيله عقود الفيديك إلا أنهم بينوا أن الضمان لازم ولكن لم يبينوا متى يعتبر بوقت الضمان. كما أنهم لم يفرقوا بين نوعي الأجير وتفصيل الضمان في كل نوع.

التزامات رب العمل إزاء الأجير المشترك.

كما يلزم صاحب العمل تسليم المقاول العين المراد إقامة البناء والمشروع عليها وما يتبعها عرفاً إلا ما شرط، وهو ما يعرف بالتمكين من العين للعمل فيها، وعليه أن يدفع الأجرة للأجير المشترك بعد انقضاء العمل وتسلمه، ما لم يكن بينهما شرط بالتأجيل أو بالتأجيل، ويجب التسليم بعد الفراغ من العمل وبخاصة إذا كان العمل له أثر في العين كإنشاء مبنى أو تركيب معدات، فلو سقط المبنى قبل التسليم ضمنه المقاول بالكامل^(٢)، وتنقضي إجارة الأجير المشترك بإتمام العمل وتسليمه، كما تنقضي بهلاك العين محل العمل، أو بموت أحد الطرفين، قال في مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: "تنفسخ الإجارة بموت المؤجر أو بموت المستأجر إذا عقدها لنفسه لا لغيره بالتوكيل عنه فإن مات الوكيل بإجارة أو استئجار فلا تبطل الإجارة بموته"^(٣)، وإذا تلفت العين -أرض المشروع- كأن انهارت أو حدث بها زلزال يمنع البناء عليها؛ فإن الإجارة لا تنفسخ كما قال المالكية: "وإذا استؤجر لغنم يرعاها أو دواب يقوم عليها، فماتت الغنم والدواب لم تنفسخ الإجارة، وإنما تنفسخ الإجارة بموت الأجير لا بموت المستأجر عليه"^(٤).

وهذا- كذلك- من الثغرات في عقود الفيديك، ومن الفروقات بين الفقه والفيديك، فعقود الفيديك لم تفرق بين ما يستحق به فسخ عقد الإجارة وبين ما لا يفسخ به عقد الإجارة، ولم تفصل في تلف العين أو الأرض المقام عليها المشروع، وأثره على العقد. **الجهالة في الإجارة:** قد يكون المعقود عليه مجهولاً أو فيه نوع جهالة لاحتمال أن الأجير يقابله ما لا يتوقعه أثناء الحفر كصخور أو أرض تنهار غير ثابتة، فاشتراط

١ حاشية الدسوقي ٤ / ٢٨، والمهذب ١ / ٤٠٨ المغني ٦ / ١١٨

٢ حاشية ابن عابدين ٥ / ٣٩، وحاشية الدسوقي ٤ / ٣٦، والمهذب ١ / ٤٠٦، وكشاف القناع ٤ / ٢٧.

٣ مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان (ص: ٩٠).

٤ التهذيب في اختصار المدونة (٣ / ٤٣٦).

الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة^(١) لكي يصح العقد أن يعرف المقاول والأجير طبيعة الأرض التي سيحفر فيها؛ لأن الحفر يختلف باختلافها، كما أجازوا تقدير الإجارة مدة وعملا، ولكن الحنفية اشترطوا بيان الموضع، وطول البئر وعمقه، ويمكن ضبطه عن طريق العرف فما جرى عليه العرف، وحينئذ يصح التعاقد عليه ولو به نوع جهالة، والمقياس الوسط ما يعمله الناس، فإن بيّن صاحب العمل بيانا يرفع الجهالة، ثم وجد الأجير - بعد الشروع - أن الأرض صلبة تحتاج إلى مئونة أشد عملا وآلات خاصة؛ فإنه لا يجبر عليه، ويحق له فسخ العقد، ويستحق أجرا بمقدار ما حفر بتقدير أهل الخبرة والعلم، وهذا يوافق ما قرره عقد الفيدك أن صاحب العمل مكلف بالمقاييس والتجارب والاختبارات التي تبين نوع التربة، فإن واجه المقاول ما لم يكن بالحسبان فله فسخ العقد وطلب أجره ما حفر وما أقامه على أرض المشروع، وكلما أقام شيئا من المشروع فله أخذ أجره كاملا، كما نص الفقهاء: أنه لو حفر بعض البئر، وأراد أن يأخذ حصتها من الأجر، فإن كان في ملك المستأجر فله ذلك كلما حفر شيئا صار مسلما إلى المستأجر^(٢)، "فإذا استأجر حفارا ليحفر له حوضا عشرة في عشرة بعشرة دراهم، فحفر خمسة في خمسة؛ استحق من الأجر بنسبة ما حفر... وإذا حفر بعض البئر ومات، قوم الحفر وأخذ ورثته بنسبته من الأجر"^(٣).

ولذلك اقترح الفيدك جدولا ماليا لاستحقاقات المقاول، وهذا أضبط وأنفع عند التنازع والتحكيم، ومن دقة الفقهاء أنهم ذكروا حالة ما: "لو انهارت البئر بفعل زلزال أو ملأها السيل حتى إذا انهارت البئر فأدخل السيل أو الريح فيها التراب حتى سواها مع الأرض؛ ففرق الفقهاء بين حالتين: أ- إن كانت الأرض في ملك المستأجر فلا يسقط شيء من أجرته... ب- وإن كانت في ملك غيره ليس للأجير أن يطالبه بالأجرة ما لم يفرغ من الحفر ويسلمها إليه، حتى لو انهارت، فامتألت قبل التسليم لا يستحق الأجر"^(٤).

١ الفتاوى الهندية ٤ / ٤٥١، وحاشية الدسوقي ٤ / ١٧، والمهذب ١ / ٣٩٨، وكشاف القناع ٤

٦ /

٢ المقدمات الممهدة (٢ / ١٨٠).

٣ كشف القناع ٤ / ٦.

٤ الفتاوى الهندية ٤ / ٤٥٢، وشرح الخرشبي ٤ / ١٨، وكشاف القناع ٤ / ٦، والمهذب ١ / ٤٠٩

ولم تفرق نماذج عقود الفيديك بين الحالتين، وهذا لا بد من اعتباره، واعتبار الفروقات بين التصورين وما يترتب على كل حالة، وقد أجمع الفقهاء على الإجارة الخاصة^(١)، والأجرة إنما تستحق بالفراغ من العمل ولا تستحق بالعقد كما نص القرآن قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(٢) الطلاق: ٦، فاستحقت الأجر بالرضاع وهو يختلف، فيكون صبي أكثر رضاعاً من آخر، وتكون امرأة أكثر لبناً من أخرى، فتجوز الإجارات على هذا مع الجهالة؛ لأنه لا يوجد فيه أقرب مما يحيط العلم به من هذا، والصواب أن الإجارة على ما فيه جهالة جائزة بالإجماع.

ولا يمنع في الفقه الإسلامي أن يراقب صاحب العمل العمل، ولكن لا يتدخل في تفاصيل الآلية والكيفية، فلرب العمل الحق في متابعة العمل، ومتابعة مراحلها لأنه الطرف الأول للعقد، كالأجير الخاص، فله أن يتابعه صاحب العمل، ويبيدي له النصائح، ويسدي له التعديلات إن خالف بعض مقتضيات وشروط العقد، وسواء قام هو بنفسه بهذه المهمة أو نائبه المهندس الاستشاري، وهذا من حقوق العقد، وهي: "الأعمال التي لا بد منها للحصول على الغاية والغرض من العقد، مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن، والرد بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط، وضمن رد الثمن إذا استحق المبيع مثلاً^(٣)، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد^(٤)، وقد اتفق الفقهاء على أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل في العقود التي تتم بالإيجاب والقبول كالبيع، تنصرف حقوق العقد إلى الموكل، وهذا لا خلاف فيه بينهم^(٥)."

أما إن أضاف العقد إلى نفسه، فالقاعدة العامة في التوكيل بالبيع والشراء: أن حقوق العقد ترجع - عند الجمهور - إلى الوكيل، فهو الذي يلتزم بتسليم المبيع ويقوم بتسليمه فعلاً وبقبضه، وهو الذي يقبض الثمن ويطلب به، ويخاصم في الرد بالعيب، ونحو ذلك، وعند الحنابلة ترجع إلى الموكل، وقال الحنفية: الوكالة: منها ما لا حقوق له إلا ما أمر به الوكيل، كالوكالة بتقاضي الدين، والوكالة بالملازمة ونحوهما ومنها ما تعود حقوقه للوكيل، ومنها ما تعود حقوقه للموكل^(٦).

وبعد ذكر تقريرات الفقهاء لو نظرنا لطبيعة عقد الفيديك لوجدنا فيه الطرف الأساس

(١) واجبات العمال وحقوقهم في الشريعة الإسلامية مقارنة مع قانون العمل الفلسطيني (١/ ١٤).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، د وهبة الزحيلي، ج ٥/ص ٣٥٧٣.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ج ٥/ص ٣٥٧٣.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، د وهبة الزحيلي، ج ٥/ص ٧٣٤.

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، د وهبة الزحيلي، ج ٥/ص ٧٣٤.

هو رب العمل والمهندس الاستشاري فيه وكيل، فينطبق عليه قواعد الوكالة، فالأصل أن حقوق العقد ترجع لصاحب العمل إلا ما كان مشروطاً في العقد بنصه، ومن هنا يحق لرب العمل متابعة الوكيل نفسه والمقاول وإبداء الاقتراحات.

وكما سبق فإن المتابعة للعمل من حق العاقد في العقد، فلماذا يمنع منها؟، وهذا من الثغرات في نظام عقود الفيديك، فإن المقاول في الحقيقة مستأجر أجنبياً خاصاً. كما أنهم جعلوا في النسخ القديمة للكتاب الأحمر للمهندس الاستشاري دوراً تحكيمياً، وهذا يناهض مبدأ الوكالة لأن المحكم ليس طرفاً بالاتفاق، وجعله محكماً يكون طرفاً وهذا لا يؤمن معه الحيف، ولذلك ألغوا هذا الدور فيما بعد في الطبعة الجديدة.

٤- ومن خصائص عقد الفيديك: أنه عقد محدد القيمة، وهو ما يمكن لطرفيه أو أطرافه أن يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي محقق الوقوع كما في عقود الغرر^(١)، وهذا ما دلت عليه الشريعة من ضرورة تحديد القيمة في عقد الإجارة، وألا تكون مجهولة أو مبهمه، وهذا ما نص عليه الفقهاء، قال في فتح القدير: "ولانصح حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة..... ولأن الجهالة في العقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع"^(٢)، وجاء في شرح مختصر خليل: "لأن من جملة ما شمله أن تكون الأجرة معلومة على التحقيق"^(٣)، وجاء في كفاية الطالب الرباني: "واستظهر لأن رد الكراء إلى الإجارة أو لمنزله إلى الجعل لأن الغاية معلومة والأجرة معلومة"^(٤)، وكذا في الحاوي الكبير: "وإن كان العمل معلوم أمثل أن يقول: تحفر لي كذا وكذا ذراعاً صح ذلك إذا كانت الأجرة معلومة، فأما إذا استأجره لذلك وجعل أجرته جزاء مما يخرج من المعدن مثل أن يقول: ثلثه، أو ربعه، فإن الإجارة فاسدة: لأنها مجهولة، وله أجرة المثل"^(٥)، وفي مذهب الحنابلة: "يشترط كون الأجرة معلومة"^(٦)، وكذلك من شروط صحة الإجارة: أن تكون المنفعة معلومة؛ لأن المنفعة

(١) عقد المقاول في الفقه الإسلامي زياد شفيق حسن قرارية، ص ٢٦، وعقد المقاول إبراهيم شاشو ج ٢٦، ص ٧٤٦.

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام (٩/ ٦١).

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ٣٤).

(٤) كفاية الطالب (٢/ ٢٦٠).

(٥) الحاوي الكبير (٧/ ١٢٦٤).

(٦) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح (١/ ٤٢٣)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن =

هي العقود عليها، فاشترط العلم بها كالبيع، وأن تكون الأجرة معلومة؛ لأنها عوض في عقد معاوضة، فوجب العلم بها كالثمن.
هذا ما وافق فيه عقد الفيديك الفقه الإسلامي.
٥- أنه عقد ممتد:

حيث إن الالتزام في عقد الفيديك ينفذ بأداءات مستمرة أو أداءات دورية، والعقد الممتد أقسام هي:

أ- عقد ذو تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار وعقد العمل.
ب- عقد ذو تنفيذ دوري، كعقد التوريد، وعقد الفيديك يشمل القسمين معاً، ويقابل العقد الممتد العقد الفوري التنفيذ، كعقد البيع الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة، وقد يتراخى تنفيذ العقد إلأجل يحدد اختيارياً أو إجبارياً، ويترتب على هذا القسم أمران:
أ- لا ينسحب الفسخ في العقد الممتد أثره على الماضي، لأن ما تقدمه لا يمكن إعادته، فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة إلى الزمن الآتي بعد الفسخ.

ب- العقود الممتدة تكون عرضة للظروف الطارئة، أما العقود الفورية فلا تكون كذلك إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً^(١)، والشريعة الإسلامية لا تمنع نوعية هذه العقود.

٦- أنه ينظر فيه إلى الاعتبار الشخصي في إبرام العقد، ويظهر هذا الاعتبار الشخصي جلياً، وذلك عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من أصحاب المهن الحرة المهرة، كما هو الحال بالنسبة للطبيب والمحامي والرسام والراعي والحفار، إذ يعتمد تحقيق النتيجة المنتظرة على مدى الثقة والخبرة عند المقاول المهني، ويبرر انقضاء العقد بموت المقاول لاعتماده على الاعتبار الشخصي.

والاعتبار الشخصي موجود في عقود كثيرة في الفقه الإسلامي، وهو الأصل في عقد العقود ولذلك تنفسخ الإجارة سواء كانت إجارة على عمل كالاستصناع أو إجارة دابة بموت المؤجر، وهذا يدل على اعتبار الشخصية في العقود.

٧- أنه متعدد الأطراف المشاركين بالعقد^(٢): فيشارك في تنفيذ العقد طرفان رئيسان، وتحت هؤلاء أطراف متنوعة (المالك، المقاول، المصمم، العمال، الفنيون، وعمال

=راهويه (٦ / ٢٥٦٥) وكشاف القناع عن متن الإقناع (٣ / ٥٢٥) ومعونة أولى النهى شرح المنتهى (٩٧٢) (٦ / ٥٨).

(١) المدخل الفقهي العام، الزرقا، (١ / ٥٨٣ - ٥٨٤).

(٢) تقديم تحليل مطالبات المقاول في مشاريع التشييد الهندسي، حسن حمرة ماجستير، ص ٣٥.

الأمن والسلامة والحراسة... الخ)، وتختلف أهداف كل طرف وغاياته من تنفيذ العقد، وتشابك المصالح بينهم.

٨- عقد محدد المدة والانتهاء: فهو معلوم زمن التنفيذ، ووقت الانتهاء، وهذا ما ذكره الفقهاء في شروط صحة الإجارة أن تكون المدة معلومة، كسنة أو سنتين، فإن كانت مجهولة، كقوله أجزتك بيتي أو دكاني ما دمت حياً، أو نحو ذلك، لم تصح الإجارة، كما قال في المغني: "الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة كشهر وسنة، ولا خلاف في هذا؛ لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه، المعرفة له، فوجب أن تكون معلومة..."^(١).

٩- أنه عقد ملزم للجانبين: ينشأ عنه التزام لا بد منه في ذمة المتعاقدين، والإلزام قيام كل طرف بما اتفق عليه^(٢)، فالفيديك عقد ملزم للجانبين^(٣) فمنذ إبرامه يترتب التزامات على عاتق أطرافه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، والمهندس الاستشاري يلتزم بالإشراف على الأعمال وضمان جودتها، وصاحب العمل يلتزم بعد تسليم العمل منجزاً أن يدفع البذل.

والشريعة الإسلامية نبهت لمبدأ حرية إنشاء العقود في حين لم تكن تعرفه القوانين الوضعية، وقد تطور القانون تدريجياً بالنسبة لحرية إنشاء العقود في العصور الوسطى وما بعدها، فتأثرت بالفقه الإسلامي حتى وصل إلى معرفة مبدأ سلطان الإرادة في نهاية القرن الثاني عشر الميلادي^(٤) أي ما بعد نزول الشريعة الإسلامية بستة قرون، ولم يعرف الإنجليز حتى القرن الرابع عشر القوة الملزمة للعقد إلا إذا أفرغ في وثيقة رسمية، بل إن الوثيقة الرسمية كانت هي التطور الذي انتهى إليه القانون الإنجليزي في منتصف القرن الرابع عشر الميلادي^(٥).

كما نبهت الشريعة لركنية المعقود عليه في العقد وتعلقه بالالتزام، فجعل الفقهاء المعقود عليه ركناً في البيع، وقد استخدموا اصطلاح المعقود عليه^(٦) كما في نهاية المحتاج ذكر

(١) المغني (٥/٢٥١).

(٢) الوسيط في شرح القانون، د/عبد الرزاق السنهوري ص ٣٢، وعقد البناء والتشغيل والتحويل، ص ١١.

(٣) عقد المقاول في الفقه الإسلامي زياد شفيق حسن قرارية، ماجستير، سنة ٢٠٠٤م، ص ٢٥٠.

(٤) انظر الوسيط للسنهوري ج ١ / ص ١٤٣.

(٥) العقد في الفقه الإسلامي دكتور عباس حسنى محمد ص ١١٤.

(٦) بدائع الصنائع ٥/١٣٨.

أركان البيع: "وهي عاقد ومعقود عليه وصيغة" (١) فالمعقود عليه ركن في العقد عند أكثر الفقهاء خلافا لبعضهم (٢).

والذي يترتب عليه العقد هو الالتزام: فيترتب على كل عقد حكم خاص به، بأمر الشارع، فحكم عقد البيع هو نقل ملكية كل من الشيء المبيع والتمن، وحكم عقد الإجارة نقل ملكية كل من المنفعة والأجرة... ولكل عقد حقوق تتعلق بحكمه فهي تمثل مجموع الالتزامات والمطالبات التي تؤكد حكم العقد وتنفيذه (٣) مثل الالتزام بتسليم المبيع وأداء الثمن بضمان خلو المعقود عليه من العيوب، كما أن الفقه الإسلامي لم يستعمل اصطلاح الالتزامات، وإنما اكتفى باصطلاح الحقوق؛ أي حقوق العقد، وهي حقوق ملزمة، وعبر عن الإلزام بالإجبار كما قال ابن قدامة: "وإن اختلفا في التسليم؛ فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والتمن في الذمة؛ أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن... وقال أبو حنيفة ومالك: يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن" (٤)، فهذا خلاف بين الفقهاء في مدى الحق في الحبس.

وعبر الفقهاء عن التزام البائع بتسليم الشيء المبيع بالإجبار، وكذلك عن التزام المشتري بتسليم الثمن، والإجبار هو الإلزام، ولكن الفقهاء - كما ذكرنا من قبل - درجوا على التعبير بالحق بدلاً من الالتزام، ويلاحظ أيضاً أن الفقهاء قد يعبرون عن هذه الحقوق ب(شروط مقتضى العقد)، ومقتضى العقد هو حكمه، وشروط مقتضى العقد هي: حقوق العقد إذا اشترطها المتعاقدان من باب التأكيد، لأن شرطها كعدمها إذ إنها لازمة بموجب العقد، وفي هذا يقول ابن قدامة: "والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام، أحدها: ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد" (٥) ولذا نجد الفقهاء يعبرون عن حكم العقد بمقتضاه، ويعبرون عن حقوق العقد: شروط مقتضى العقد، إذا اشترط المتعاقدان هذه الشروط التي هي أصلاً من مقتضى العقد أي تابعة لحكمه فلا حاجة لاشتراطها، وهنا

(١) نهاية المحتاج ٣/٣٧٤.

(٢) العقد في الفقه الإسلامي، دكتور عباس حسني محمد ص ١١٤.

(٣) البدائع ٦/٣٣، ٣٤، و المغني ٥/١٤١، ١٤٢.

(٤) المغني ٤/٢١٨، ٢١٩.

(٥) المغني ٤/٢٤٩.

تبرز دقة الفقه الإسلامي في تصور العقد، وفي تعبيره عن هذا التصور في حين أن القانون وقع في الخلط بين الأثر الأصلي المترتب على العقد بقوة القانون - «وهو يقابل حكم العقد بقوة الشرع»- وبين الالتزامات المترتبة على العقد، وهي آثار تابعة للأثر الأصلي، ففي عقد البيع في القانون المدني المصري في المادة (٤١٨) منه تنص على الآتي: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي"، فالقانون وقع في خلط معيب للغاية لأنه تكلم عن حكم العقد، وهو الأثر الأصلي الذي يترتب على العقد وكأنه لم يقع بعد فنقل ملكية المبيع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع يتم بمجرد العقد وأما ما يلتزم به المتعاقدان فهو تنفيذ ما يترتب على هذا الأثر أو الحكم (١).

وأما آثار العقد في عقد الفيديك، فهي نفسها آثاره في الفقه الإسلامي، فقد كان الفقه الإسلامي معبراً بدقة عن آثار العقد في الوقت الذي كان فيه القانون الروماني لا يعرف التصور الصحيح للعقد، وهو لم يعرفه أبداً بل إن القوانين الأوروبية التي نشأت عن القانون الروماني لم تعرف هذا التصور الصحيح، وقد ظهر في العصر الحديث من ينادي بالتصور الصحيح للعقد طبقاً لما سبق إليه الفقه الإسلامي كما ذكر بعضهم (٢) عن بعضهم أن العقد نفسه ينقل الملكية - وهذا هو ما يعبر عنه الفقهاء بحكم عقد البيع، دون ذكر أي التزام في هذا الشأن لأن النقل يتم بأمر الشارع بقوة النص الشرعي وأما الالتزام الناشئ عن العقد فهو الالتزام بتسليم الشيء المبيع والالتزام بتسليم الثمن، ولذلك فإنه ليس صحيحاً أن البائع يلتزم بنقل حق عيني، فهذا تعبير فاسد، لأن البائع ملتزم بتسليم الشيء المبيع، والمشتري ملتزم بتسليم الثمن، وهذا هو ما عبر عنه الفقهاء بدقة بأنه حقوق العقد التي تؤكد حكمه وهو نقل الملكية، ومن ثم فإنه ليس صحيحاً أن المحل (المعقود عليه) هو محل في الالتزام الناشئ عن العقد، فالصحيح أن المعقود عليه هو محل العقد، وأما الالتزام فمحلله هو القيام بتنفيذ متطلبات حكم العقد أي تسليم محل العقد، ومن هذا يتضح لنا أن الفقه الإسلامي أدق تعبيراً من القوانين الوضعية.

ومما سبق : ظهرت خصائص عقد الفيديك في الأنظمة والقوانين مقارنة بالشريعة الإسلامية، وأن خصائص العقد والالتزام المترتب عليه، وركنية العوض والالتزام المترتبة

(١) العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) دكتور عباس حسني محمد ص ١١٥.

(٢) العقد في الفقه الإسلامي دكتور عباس حسني محمد، ١٤١٣هـ / ص ١١٤.

على العقد قد نبهت إليها الشريعة بصورة أدق مما هو في القوانين والأنظمة الوضعية، كما أن الشريعة أسبق من هذه القوانين. ولذلك لا بد -للجهة النظامية- مراعاة الشريعة في تنظيم عقود الفيديك، وألا يعتبر فيها الأنظمة الوضعية والقانون الوضعي فقط، وعرض بنود ومواد هذه العقود على الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، فقد ظهر تفوق الفقه الإسلامي على الأنظمة والقوانين الوضعية حتى الحديثة منها.



المبحث الخامس: الشرط الجزائي في الفيديك، وموقف الفقه منه.

ومن جملة الشروط في عقد الفيديك؛ الشرط الجزائي^(١)، والشرط الجزائي في عقد الفيديك وفي غيره من العقود جاء به قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية قرار رقم: ١٠٩ (١٢/٣): "لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير"..... وقراره في الاستصناع رقم ٦٥ (٧/٣)، ونصه: "يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة".... وبناء على هذا، يجوز هذا الشرط في عقود المقاولات، وفي عقد التوريد، وفي عقد الاستصناع... والضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي^(٢)، فيجوز أن يشترط المتعاقدان شرطاً جزائياً في العقد -برضا الطرفين - عند ابتداء العقد أو بعد انعقاده قبل حصول الضرر، وقد تحوي عقود المقاولات والاستصناع والتوريد والبوت والفيديك شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم، أو أسبوع يتأخر فيه عن إنجاز العمل، ويستدل لهذا بما رواه البخاري معلقاً

(١) عرفه الشيخ الصديق الضرير بأنه: "هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن على المدين، إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو تأخر في تنفيذه، الشرط الجزائي: الشيخ الصديق الضرير مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ / المجلد ٢ / ص ٥٠.

(٢) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١ هـ - ١٠ رجب ١٤٢١ هـ الموافق ٢٣ - ٢٨ أيلول (سبتمبر) ٢٠٠٠ م.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ج ٢، ص ٩١.

عن ابن عون، قال ابن سيرين: "قال رجل لكرّيه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا؛ فلك مائة درهم، فلم يخرج، قال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مُكره فهو عليه"^(١)، ويشهد بهذا أن الأصل في العقود والشروط الجواز والإباحة، كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها و يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله"^(٢)، وقال ابن القيم: "وجمهور الفقهاء على خلافه . أي: ابن حزم . وأن الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا ما أبطله الشارع أو نهي عنه"^(٣)، يؤكد صحته ما فيه من المصلحة، وسدّ لأبواب الفوضى، والتلاعب بحقوق العباد، ومنع إلحاق الضرر بهم.



المبحث السادس: فض المنازعات والتحكيم في عقود الفيديك.

النزاع هو خصومة بين طرفي العقد أو بين طرف العقد ووكيل الطرف الأول، وهو نزاع عقدي ينشأ نتيجة الاختلاف في تفسير البنود أو تنفيذها، أو تعارض بعض البنود، أو بسبب صعوبة المطالبات الخاصة للمهندس الاستشاري على المفاوض، وقد ينشأ نتيجة تأخر تقديم المطالبة عن موعدها المحدد وهذا صعب على المفاوض مما يؤخره عن المدة ويسقط حقه في المطالبة، وهذا من ثغرات الفيديك فقد اعترض بعضهم أن المدد قصيرة^(٤)، وفيما يلي بيان طرائق الفيديك لفض المنازعات :

أولاً: الوسائل الودية لفض المنازعات.

الوسائل البديلة عن القضاء أصبحت ضرورية لما توفره من وقت وسهولة التعامل فيها، وأهم هذه الوسائل:

أ- الصلح. ب- الوساطة. ج- مجالس تسوية الخلافات. د- المهندس الاستشاري.

أ- الصلح: جاء في المادة (٥/٢٠) من الكتاب الأحمر تنبيه المتعاقدين على ضرورة فض النزاعات بطريقة ودية قبل التحكيم، وأهم الطرق الودية، الصلح، ويكون الصلح بين أطراف العقد وحل النزاع بصورة ودية إما أمام القضاء (صلح قضائي) أم خارج

(١) صحيح البخاري كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط... (١٩٨/٣).

(٢) القواعد النورانية ص ٢٦١.

(٣) إعلام الموقعين ١/٣٤٤.

٤ فض المنازعات في عقود الفيديك دراسة مقارنة، محامي علي سعيد اليامي ص ٥٦.

القضاء، والقاضي يقوم بتحديد للمكان والزمان، وغير القضائي يقوم به الطرفان، ولا يتعارض هذا والفقه الإسلامي، فالصلح جائز بالإجماع^(١)، وهو عقد وضع لرفع المنازعة بين المتخاصمين بالتراضي^(٢)، وينعقد بالإيجاب والقبول^(٣)، ويشترط في الصلح أن يكون جائزا بأن يوافق الشرع فلا يحل حراما، ولا يجرم حلالا، ولا يكون فيه جور على أحد، وشروطه: أهلية المتصلحين، وألا يكون أحد المتصلحين كاذبا في دعواه، وأن يكون المصلح قاصدا العدل، ويكون الصلح بين المتخاصمين في الأموال، وهو ثلاثة أنواع: صلح على إقرار، و صلح على إنكار، و صلح عن السكوت^(٤)، ويشترط في المصلح: أن تكون له عليه ولاية.

لزوم عقد الصلح: الصلح من العقود اللازمة في حق العاقدين، وإنه ليعتبر بأقرب العقود إليه^(٥)، فالصلح عن الأعيان مع الإقرار: جائز في الجملة باتفاق الفقهاء، وهو نوعان: صلح عن الأعيان، و صلح عن الديون....

والصلح عن الأعيان: صلح معاوضة، و صلح حطيطة^(٦).

ب- الوساطة: هي تدخل طرف ثالث محايد بين الطرفين للتفاوض والمصالحة^(٧) فيقوم الوسيط بتقريب وجهات النظر بين الطرفين وتيسير التواصل والتفاوض، وهو المعروف في نظام التجارة الدولية ب(ADR)، وهي بسيطة تقرب وجهات النظر للتوفيق بين الطرفين، ووساطة تحت ظل القضاء لها هيئة يرأسها الوسيط وفيها وكلاء عن الطرفين، ووساطة استشارية بأن يكون الوسيط مستشارا أو محاميا، ووساطة

١ البهجة شرح التحفة (١ / ٢١٩) والإقناع في مسائل الإجماع (٢ / ٣٧) و شرح منتهى الإرادات (٢ / ٢٦٠)

٢ روضة الطالبين (٤ / ١٩٣)، ومجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (ص ٤٩٤)، شرح منتهى الإرادات (٢ / ٢٦٠)

٣ مجلة الأحكام العدلية (ص ٢٩٧) ومرشد الحيران (ص ٢٧٩) ومجلة الأحكام على مذهب أحمد (ص ٤٩٤).

٤ الكفاية في شرح الهداية (٧ / ٣٧٧)، ومرشد الحيران (ص ٢٧٩)، والمغني (٧ / ٥).

٥ بدائع الصنائع (٦ / ٤٠)، الأم (٣ / ٢٢١) وكشاف القناع (٣ / ٣٨٥) إعلام الموقعين (٣ / ٣٧٠).

٦ بدائع الصنائع (٦ / ٥٤)، ودرر الحكام (٤ / ٥١) شرح المجلة للأناسي (٤ / ٥٧٣) والمبدع (٤ / ٢٨٣).

٧ التحكيم بالصلح والتوفيق، حمزة أحمد الحداد ص ٢.

التحكيم: وهي التي يكون الوسيط فيها محكما إذا لم يتم الوساطة، ووساطة قضائية: وهي معمول بها في النظم الأنجلوسكسونية تقوم بها المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح الوساطة (المخلف المدني) (CIVIL JURY).

وتتميز الوساطة بأنها تقلل عدد الدعاوى المحالة للقضاء، وهي محدودة التكاليف مبنية على الواقع العملي، وفيها خصوصية تقوم على إرضاء الطرفين، مع مرونة ومحافظة على العلاقات الودية، تعين على التسوية.

وقد تكلم فقهاء الإسلام عن الوساطة، ولم يخصصوها بباب مستقل كالتحكيم والصلح، وذكروها ضمن الصلح وإجراءات ما قبل التقاضي، فجاء في الإقناع: "وإن لم يكن فيه ممن يصلح كتب إلى ثقات من أهل ذلك الموضوع ليتوسطوا به بينهما" (١)، وتكون الوساطة في ما بعد عن القاضي، وهي محاولة للصلح أو التحكيم من أهل منطقة الخصمين، ويكون ملزما لإلزام القاضي به، ويقوم بها ثقات من أهل ذلك الموضوع وساطة لقطع الخصومة مع عدم المشقة الحاصلة بالإحضار" (٢)، والوساطة ليست بقضاء بل صلح بين الخصمين قبل رفعه للقضاء، وجاء في الموسوعة الفقهية: "ثم يردان إلى الوساطة فإن أفضى الحال إلى الصلح، وإلا بت القاضي الحكم بينهما بالأيمان" (٣).

ج- دور مجالس تسوية الخلافات في حل منازعات الفيديك، ومجالس مراجعة المطالبات: تقوم مجالس تسوية الخلافات بالبت في النزاع بصفة سريعة، وقد نص الفيديك على تعيين مجلس لفض النزاع من بداية العقد وبخاصة في أمور المقاول من الباطن، ويكون عددهم ثلاثة يتمتعون بالخبرة اللازمة الفنية والقانونية، وتعالج مجالس فض النزاعات ما قد ينشأ ما بين الطرفين أو ما بين المهندس والمقاول، ويكون قرار المجلس ملزما للطرفين ويتعين تنفيذه (٤)، ولا مانع في الفقه الإسلامي من تكوين مجالس لفض المنازعات، وهياكل طرائق التحكيم والصلح.

١ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤ / ٣٨٩)

٢ كشف القناع عن متن الإقناع (٦ / ٣٣٠) والمستوعب (٦١٦) (٢ / ٥٦٥)

٣ الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٨ / ١٣٨).

٤ دور مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك ١٩٩٩ م، د /مراد على محمد الطراونة، جامعة الشقراء بالمملكة العربية السعودية قسم القانون الخاص، مجلة القانون العدد الثلاثون- الجزء الثاني، ص ٧٠٤، الاتجاهات الحديثة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B. O. T): دراسة مقارنة، د/كمال طلبة المتولي سلامة، ص ٢٣٢.

د- دور المهندس الاستشاري في تسوية النزاع :

المهندس يكون ممثلاً عن رب العمل، وقد يكون دوره البت في طلبات المفاوض ووفق الشروط العامة ويتحول لشبه محكم في مجلس فض المنازعات، فله دور مزدوج، وكان الفيديك قديماً يعطي للمهندس دور التحكيم في فض النزاعات، ولكن تم تعديل المادة (٦٧) من الشروط العامة بإيجاد بديل عن دور المهندس، وهو إقامة هيئة تسوية المنازعات، وهذا موافق للفقه الإسلامي فالمهندس في الحقيقة وكيل عن الطرف الأول وهو خصم، والوكيل لا يكون حكماً، والوكيل يمنع في الفقه الإسلامي من التصرف لنفسه يبيعاً وشراءً، فمن باب أولى لا يكون حكماً، كما جاء في الفتاوى الهندية: "ولو أمره أن يبيع من نفسه أو يشتري لم يجز" (١)، وجاء في شرح منتهى الإرادات: "ولا يصح بيع وكيل لنفسه بأن يشتري ما وكل في بيعه من نفسه لنفسه... إلا بأن أذن موكل لوكيله في بيعه لنفسه... فيصح إذا تولى طرفي العقد فيهما..." (٢)، وقال في الإنصاف: "ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، هذا المذهب وعليه الجمهور" (٣)، فليس للوكيل حكم في فض النزاع لأنه وكيل عن الطرف الأول، فربما يكون خصماً وأجرته يأخذها من صاحب العمل فلا يؤمن حيفه.

وقد أدخل القائمون على صياغة عقود الفيديك النموذجية تعديلاً مهماً للغاية على دور المهندس الاستشاري عند إصدار ملحق للطبعة الرابعة من الكتاب الأحمر في عام ١٩٩٦م، حيث وضع نصاً بديلاً للبند (٦٧) من الشروط العامة للطبعة الرابعة من الكتاب الأحمر في القسم (أ)، ومفاد هذا التعديل أن: "يتم توفير بديل للمهندس الاستشاري من خلال تعيين ثلاثة خبراء مستقلين محايدين أو خبير واحد مستقل محايد عند بداية العقد، ليقوم بالإطلاع باستمرار على سير العمل... وبالتالي يكون قادراً على حل المنازعات لحظة نشوئها" (٤)، وقد عُرف هذا الحل البديل بمجلس فض المنازعة، ولذا جاءت الشروط العامة لكتاب الفيديك الأحمر الجديد الصادر عام ١٩٩٩م خالية من النص على الدور التحكيمي أو شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في تسوية المنازعات بين طرفي العقد (٥)، والمحكم يعمل مستقلاً تمام الاستقلال عن الخصوم، وبمجرد

١ الفتاوى الهندية (٣/ ٥٨٩).

٢ شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (٢/ ١٩٤).

٣ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/ ٣٧٥).

(٤) عقد الإنشاءات في القانون المصري، د. محمد محمد بدران، ص ٢٥١.

(٥) أثر الظروف الطارئة في عقدي الأشغال العامة والفيديك د. جمال محمود مخيمر، رسالة دكتوراه

اعتماد وثيقة التحكيم تثبت له الصفة القضائية بين أطراف النزاع، ولا يتمكن الخصوم من التدخل في عمله، وحكمه مفروض عليهم لازم لهم.

وواجبه هو الفصل في النزاع بالعدل بين الطرفين كأنه قاض تم تعيينه باتفاق الخصوم ويمارس عمله وفق المقتضى القضائي الشرعي، وليس وفق رغبة، فليس المحكم وكيلًا أو ممثلًا لطرف من أطراف النزاع، أو مدافعًا عنه أو يتحمل عبئًا في إثبات حق لطرف، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (النساء: ٥٨).

ثانياً: التحكيم لفض المنازعات.

التحكيم يلجأ إليه بعد الصلح والوساطة وتدخل المهندس الاستشاري، وبعد نفاذ الوسائل غير القضائية والوسائل الودية، ويجعل نموذج عقود الفيديك للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس ما لم يتفقوا على غير ذلك، كأن يجيلوا التحكيم لمركز التحكيم بالقاهرة، أو مركز دول الخليج العربية، وغالباً ما يتبعون قواعد التحكيم وفق قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال) (١) لسنة ١٩٧٦ م.

حكم التحكيم ملزم :

عقد التحكيم غير لازم في أوله، وبعد الحكم يكون لازماً، كما ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز الرجوع بعد صدور الحكم، واختلف قول المالكية، واشترط الشافعية رضا الطرفين، وعند الحنابلة فيه الوجهان، ويلزم إن تراضيا الطرفان^٢.

تنفيذ الحكم: أثر التحكيم يظهر في لزوم الحكم ونفاذه، نتيجة للولاية التي نشأت من اتفاق التحكيم، فإذا رضي الخصمان بالحكم فينفذ، وإذا سخطه أحدهما أو كلاهما فيرد للقضاء، واختلف الفقهاء في مدى سلطة القضاء إذا رفع إليه حكم المحتكم إليه، فعند الحنفية لا يجوز القاضي أن يأمر بتنفيذ، بل ينظر فيه (٣)، وعند المالكية: لا يجوز للقاضي أن ينظر في حكم المحتكم إليه، بل يمضي حكمه ويأمر بتنفيذه، ولا ينقضه إلا إذا كان جوراً بيناً، وسواء في ذلك أكان هذا الحكم يوافق مذهبه أم كان مخالفاً له؛ (لأن حكم

ص ٣١٩.

١ الهيئة القانونية الرئيسة التابعة لمنظومة الأمم المتحدة بمجال القانون التجاري الدولي.

٢ البحر الرائق ٧ / ٢٦، تبصرة الحكام ١ / ٤٣، ومغني المحتاج ٤ / ٣٧٩، ومطالب أولي النهى ٦ / ٤٧٢.

٣ البحر الرائق ٧ / ٢٧، حاشية ابن عابدين ٥ / ٤٣١.

المحكم يرفع الخلاف) (أ)، وعند الشافعية، والحنابلة (ب) لا يجوز للقاضي أن ينقض حكم المحكم إليه إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة، والذي يترجح هو مذهب المالكية لأنه أعدل، ولأن حكم الحاكم لا ينقض حكم غيره.

التحاكم للمحاكم الدولية الوضعية في حالة النزاع.

الإسلام جاء لإقامة العدل وأداء الأمانات والله تعالى حكم عدل في حكمه تمام المصلحة، وليس في نهيه إلا المفسدة، فكل خير في أوامره وكل شر في نواهيه، وحكم الله تعالين الناس - آمنوا أم لم يؤمنوا - هو العدل المحض والمصلحة التامة، قال تعالى:

﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ المائدة: ٥٠، وحكم الله تعالى واجب التطبيق، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَحْذَرُهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ... ﴾ المائدة: ٤٩، وجعلت الشريعة العدل والفصل في الخصومات مرتبطا بالعمق، قال تعالى: ﴿ قَالَتِ الْمَلَائِكَةُ لَئِنَّكِ لَأَنْتَ وَأُولُو عَيْتِكَ إِثْبَابٌ فَأَعْوَجْنَا لَسَانَكِ فَعَلْتِ الْبَاطِلَ ﴾ الحديد: ٢٥

احتكام غير المسلم إلى محاكم إسلامية.

تحكم ولاية القاضي المسلم على غير المسلم بقاعدة (لهم ما لنا وعليهم ما علينا) (أ)، وقاعدة: (أمرنا بتركهم وما يدينون) (ب)، فغير المسلم يلتزم بأحكام البلد الذي يعيش فيه، جنائيا كان أم مدنيا، كالمسلم سواء بسواء (ج)، كما قال عمرو بن العاص (إني

١ الشرح الصغير: ٤ / ١٩٩ - ٢٠٠؛ مواهب الجليل: ٦ / ١١٢.

٢ مغني المحتاج ٤ / ٣٧٩، ومطالب أولي النهى ج ٦ / ٤٧١.

٣ موسوعة القواعد الفقهية، د/ محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي (١ / ٢ / ١٣٧).

٤ بدائع الصنائع (٢ / ٢٧٥) تأسيس النظر ص ١٩، والأشباه والنظائر ص ٣٢٥.

٥ بدائع الصنائع ٧ / ١٣٤ مواهب الجليل ٣ / ٣٥٥؛ المهذب: ٢ / ٣٥٨؛ مطالب أولي النهى ج ٦ / ٤٧١.

لأقيم الحدود في صحن داري، على المسلم والذمي^(١)، وكان القاضي يقضي بين النصارى، ويجعل لهم يوماً، ثم أدخلوا المسجد ليقضى بينهم بعد ذلك^(٢).
وأما القضاء فباتفاق الأئمة لا يقضي بين المسلمين إلا المسلم العالم بشريعتهم، وشرط القاضي الإسلام وهو من العدالة عند بعضهم وبعضهم فصل بينهما^(٣) والقضاء ولاية ولا تجوز لكافر على مسلم، ولا خلاف بين علماء المسلمين على أن القاضي المسلم لا يجوز له أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية^(٤).

احتكام المسلم إلى محاكم غير إسلامية:

احتكام المسلم إلى محاكم غير إسلامية مما عمت به البلوى، فأغلب البلاد الإسلامية واقعة تحت حكم قانون خليط غير إسلامي ومقيدة باتفاقات دولية مأخوذة من مبادئ القانون الدولي^(٥)، وقد اجتهد الفقهاء في بعض الحلول^(٦) وربطوها بالقدرة على إظهار الدين وشعائره^(٧)، وساء الوضع بزماننا^(٨).

التحكيم الدولي.

- ١ أخرجها ابن سعد في الطبقات الكبير (٥ / ٧١) (٥٩٠٠) قال: أخبرنا محمد بن عمر، قال: حدثنا أسامة بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن جده، قال: سمعت عمرو بن العاص...، ومن طريقه في تاريخ دمشق لابن عساكر (٤٤ / ٣٢٧) وفيها محمد بن عمر الواقدي.
- ٢ كتاب الولاية والقضاء، ص ٣٥١، ٣٩٠؛ رفع الإصر عن تاريخ قضاة مصر (١ / ١٣٢).
- ٣ بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢: وكفاية الأختيار ج ١ / ص ٥٤٩.
- ٤ المدونة الكبرى (٤ / ١٦٢)؛ الأم (٤ / ١٣٠)، وانظر: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٢٨.
- ٥ أصول التنظيم الإسلامي الدولي، عبد الله الأشعل، ص ٣٢٩ - ٣٣٠.
- ٦ بدائع الصنائع: ٧ / ٣٠، وشرح الخرشني علي مختصر خليل: ٣ / ٢٢٦؛ نهاية المحتاج (٨ / ٨٢)؛ الإنصاف (٤ / ١٢١).
- ٧ نهاية المحتاج (٨ / ٨٢) روضة الطالبين (١٠ / ٦).
- ٨ فتوى الشيخ محمد رشيد رضا عن مسألة الحكم بالقوانين الإنكليزية في الهند، تفسير المنار: ٦ / ٣٣٥ - ٣٣٨.

محكمة العدل الدولية أداة لفض المنازعات، كحلف الفضول في نصرة المظلوم الذي أقره الرسول ﷺ^(١)، ونصت المادة (١/٣٦) "أن ولاية المحكمة يكون اختيارياً"، ولذا ذهب بعض الباحثين إلى أنه لا مانع من احتكام المسلمين إليها إذا كان الطرف الآخر من غير المسلمين، أما احتكام المسلمين إلى المحكمة الدولية في نزاعهم مع المسلمين فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز التحاكم إليها ولا أن تتعدد الدول الإسلامية، فأمة الإسلام أمة واحدة، والتعدد خلاف الأصل ومضنة الخلاف وذهاب الدولة الواحدة، كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَدْرَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَأَصِيرُوا﴾^(٢)، الأنفال ٤٦، وقال أبو عبيد: الريح هو الدولة^(٣)، فالأصل ألا يحتكم لغير المسلم في نزاع المسلم مع المسلم، ولكن جوزه بعض المعاصرين ضرورة لتعدد الدول وتنازعها، لأن التعدد نفسه ضرورة طارئة، قال البغدادي^(٤) (لا يجوز أن يكون في الوقت الواحد إمامان واجبي الطاعة... إلا أن يكون بين البلدين بحر مانع من وصول نصرة أهل كل واحد منهما إلى الآخرين، فيجوز حينئذ لأهل كل واحد منهما عقد الإمامة لواحد من أهل ناحيته)، وقال الجويني: "عقد الإمامة لشخصين في صقع واحد متضايق الخطط والمخالف غير جائز، وقد حصل إجماع عليه، وأما إذا بعد المدى، وتخلل بين الإمامين شسوع النوى، فلاحتمال في ذلك مجال، وهو خارج عن القواطع"^(٥) وقال ابن حزم: (اتفق من ذكرنا على أنه: لا يجوز كون إمامين في وقت واحد في العالم...)^(٦)، وقال: "اجتمع عندنا بالأندلس في صقع واحد خلفاء أربعة... وتلك فضيحة لم ير مثلها)، ومثله عبد الواحد المراكشي^(٧)، فإذا أجزت تعدد الدول الإسلامية المستقلة-ضرورة- وثار نزاع بين بعضها، فلا يجوز الحكم إلا بالشرعية الإسلامية قال تعالى: ﴿إِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ

١ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦ / ٣٦٧) مراسلاً، وقال الهيثمي في المجموع (٨ / ١٧٢): رجاله رجال الصحيح.

٢ الأحكام السلطانية: ٧، ٣٧

٣ أصول الدين، بيروت: ١٩٨١، ص ٢٧٤

٤ الإرشاد للجويني، ص ٤٢٥، وانظر للاستزادة: جواهر الإكليل: ١ / ٢٥١؛ مغني المحتاج: ٤ / ١٣٢

٥ الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم، ج ٤، ص ٨٨

٦ في تاريخ المغرب والأندلس، أحمد مختار العبادي، ط ٢: ١٩٨٦، ص ٢٧٩.

تَأْيِيدًا ﴿النساء: ٥٩﴾ (١) وجاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي: "إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلًا، لما هو جائز شرعًا" (٢)، وقد جاوز بعض العلماء ذلك ضرورة (٣) لئلا تضيق الحقوق فجاز الاختصاص لسُلطان تلك البلاد" (٤) كالعز بن عبد السلام قرر ذلك جلبًا للمصالح العامة، ودفعًا عن المفاسد الشاملة (٥) وكذا الشيخ صديق حسن خان قال: "ومن حكم عليه بغير الشريعة المحمدية إن كان يلزم عليه تحريم حلال وتحليل حرام... وعليه رد ذلك إلا أن يكره عليه... وإن حكم عليه بما يوافق الشريعة المحمدية قبل ضرورة (٦)، ولا بد أن من تقييد الجواز بضوابط: ١- تعذر استخلاص الحق أو الوصول إليه إلا بهذه الطريقة فحسب. ٢- الاقتصار على المطالبة بالحق فحسب وأخذه عند الحكم بلا زيادة. ٣- كراهة القلب للاحتكام إلى غير القضاء الشرعي. ٤- بقاء هذا الترخيص في حال الضرورة، ولذا كانت فكرة محكمة العدل الإسلامية ضرورية (٧) مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل الإسلامية، لتكون حكمًا وقاضيًا فيما ينشأ بين الدول الإسلامية من خلافات (٨)، وأن القانون الواجب التطبيق بها هو الشريعة الإسلامية، وتسترشد المحكمة بالقانون الدولي، والاتفاقات الدولية، أو العرف الدولي المعمول به، أو المبادئ العامة للقانون، أو الأحكام الصادرة عنها.

- ١ التضامن ومنظمة التعاون الإسلامي صلاح عبد البديع شليبيص ١٢٣.
- ٢ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، المجلد الرابع، ص ٥، في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ - ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ الموافق ١ - ٦ نيسان (أبريل) ١٩٩٥ م، والقرار رقم: ٩٥ / ٨ / ٩٥.
- ٣ قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١ / ٨٥) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٥ / ٤٢٥)
- . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧ / ٤١٢) النجم الوهاج في شرح المنهاج (١٠ / ١٥١).
- ٤ السير الكبير ج ٤ / ص ١٦٩، وفي شرح السير الكبير (٤ / ١٦٦): "ولو أن مسلمين مستأمنين أو أسيرين...".
- ٥ مجلة المجمع (ع ٩، ج ٤ ص ٥).
- ٦ العبرة مما جاء في الغزو والشهادة والمجزة ص ٢٥٢
- ٧ قرار القمة الإسلامية الثالثة رقم ٣ / ١١ - س، (دورة التضامن الإسلامي) قرار إنشاء محكمة العدل الإسلامية الدولية.
- ٨ منظمة التعاون الإسلامي؛ توفيق بوعشبة، ص ٢٨٤؛ محكمة العدل الدولية الإسلامية، الأشعل، والتضامن ومنظمة المؤتمر، شليبيص ٨٩.

الخاتمة

وفيها أهم النتائج والتوصيات

أهم النتائج:

عقد الفيديك من العقود المهمة جدا في زماننا. تتفق كثير من بنوده مع الشريعة الإسلامية. تعددت مزايا عقود الفيديك، وبخاصة فيما يتعلق بآلية فض النزاع. في عقود الفيديك عدة ثغرات تخالف الفقه الإسلامي. عقود الفيديك تكيف على إنها عقد استصناع إن كانت المواد من المقاول، وتكيف على إنها إجارة إن كانت المواد من صاحب العمل. وقع خلل في دور المهندس الاستشاري في الفيديك في التحكيم، فإنه يكون محكما وفي نفس الوقت خصما. المقاوله من الباطن في الفيديك يعود صاحبها على صاحب العمل إن لم يتوفر المقاول.

من حق المقاول من الباطن أن يجس العين ليستوفي حقه. يجوز التحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية بضوابط وشروط كحالات الضرورة وعدم استنقاذ الحق.

سلوك مراحل الإصلاح قبل التحكيم والقضاء، مثل الوساطة والصلح، وتكوّن لجان لهذا، تقليلا للنزاعات المحتملة، وتشجيعا للمستثمرين على الاستثمار البناء في بلاد المسلمين.

التوصيات:

ينبغي الإكثار من الدراسات الشرعية عن عقود الفيديك وبخاصة ما يتعلق بالظروف الطارئة والأوامر التغييرية. لابد من معالجة شرط التأمين الذي تشترطه عقود الفيديك على صاحب العمل، ليكون وفق الشريعة.

في حال الظروف الطارئة لابد من ضبط موقف الشريعة من تكاليف البناء الزائدة على المقاول، وقد رأيت أن يقدم معيارا ومعادلة دقيقة تقيس حجم التضخم الذي على أساسه تقدر وحدات الزيادة.

ضرورة النظر في تنفيذ محكمة العدل الدولية الإسلامية التي تتولى مسائل النزاع بين الدول المسلمة.

ضرورة تكوين دراسات واضحة مقارنة لبنود الفيديك، وتكوين هيئة دائمة للنظر فيها ليكون المستثمر على بينة عند إنشاء المشاريع.

تغيير الأنظمة واللوائح بمعيار الشريعة وعرضها عالميا ليتسنى لعقود الفيديك اعتبارها ورفض المخالف للشريعة

تكوين دراسات علمية فقهية نظامية لعقود إنشاءات بالمعايير الإسلامية.

إصدار نماذج موحدة لعقود الإنشاءات مرجعيتها الفقه الإسلامي.



قائمة أهم المراجع

- أثر الظروف الطارئة في عقدي الأشغال العامة والفيديك، جمال مخيمر، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة بني سويف.
- أحكام عقد التصميم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، خالد بن ناصر بن محمد الحجاج القاضي بديوان المظالم، الناشر، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ١٤٣٧هـ.
- أساليب استثمار الوقف وأسس إدارتها، د نزيه حماد، بحث مقدم لندوة (نحو دور تنموي للوقف) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ١٩٩٣م.
- الاستثمار في عقود المشاركات في المصارف الإسلامية: دراسة فقهية مقارنة، أحمد محمد لطفي أحمد، دار الفكر والقانون المنصورة، الطبعة الأولى ٢٠١٣م.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم: دار الكتب العلمية - بيروت الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (٩٧٧هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي (٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- الإنهاء التعسفي لعقد المقاولة في مجال البناء والتشييد دراسة مقارنة، هبة غازي محمد الدباغ الطبعة الأولى ٢٠١٦م مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (٩٧٠هـ) وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ) وبالhashية: منحة الخالق لابن عابدين الناشر: دار الكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد

- القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (٥٩٥هـ) الناشر: دار الحديث - القاهرة الطبعة:
بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (٥٨٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
 - البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٢٠هـ) حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م
 - تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: علي عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣م.
 - التحكيم وعقد المقاولة (الإنشاءات) في ضوء الفيديك جدة المملكة العربية السعودية، مجلس التعاون الخليجي، إعداد الهيئة السعودية للمهندسين، دار القرار.
 - الترجمة العربية لشروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية المصممة من رب العمل، دجمال الدين نصار.
 - الترجمة العربية لشروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية المصممة من رب العمل المترجم: جمال نصار.
 - الترجمة العربية لعقد الفيديك، شروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية (الشروط الخاصة)، ترجمة: مكتب الشلقائي للاستشارات القانونية والحمامة، الطبعة الإنجليزية الأولى عام ١٩٩٩م، طبعة الترجمة الأولى ١٩٩٤م.
 - تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية (نماذج عقود الفيديك)، دأحمد شرف الدين، دار النسر الذهبي القاهرة ٢٠٠٥م، الطبعة الثالثة.
 - تعديل عقود الأشغال العامة د/ محمد فؤاد الحريري، الإصدار الجديد من العقود النموذجية للإنشاءات (الكتاب الأحمر) الصادر عن اتحاد الفيديك للعام ٢٠١٧م.
 - تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير، دراسة مقارنة بين القانون

- المصر وعقود الفيديك النموذجية، محمد فؤاد الحريري، ٢٠١١م دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- الجامع للترمذي = سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت تحقيق: أحمد محمد شاکر وآخرون.
 - الحاوي الكبير، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (٤٥٠هـ) دار النشر / دار الفكر بيروت.
 - حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، د/ ناهد علي حسن السيد، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، الإمارات.
 - دراسة مقارنة بين شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية وشروط الفيديك- الكتاب الأحمر، مصطفى عبد الله هلال، جامعة بغداد، وزياد جميل موسى النجار، جامعة الكوفة، مجلة الهندسة، عدد (٣) مجلد (١٨) (مايو) ٢٠١٢م.
 - الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي (٦٨٤هـ) المحقق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة دار الغرب الإسلامي - بيروت الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
 - رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي (١٢٥٢هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
 - روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
 - سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي دار الفكر، محمد محيي الدين عبد الحميد.
 - السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، و مؤلف الجوهر النقي: علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني المحقق: الناشر: مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر

- آباد الطبعة: الطبعة الأولى . ١٣٤٤ هـ.
- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي (٤٥٨هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
 - السنن لابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣هـ) دار الفكر - بيروت محمد فؤاد عبد الباقي.
 - شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني في مآذلهغه الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (١٠٩٩هـ) ضبطه وصححه وخرج آياته: عبدالسلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م.
 - شرح النووي على صحيح مسلم = المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ) الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت الطبعة: الثانية، ١٣٩٢ هـ.
 - الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية، ترجمة: مكتب الشلقائي للاستشارات القانونية والمحاماة، الطبعة الإنجليزية الأولى عام ١٩٩٩م، الطبعة العربية الأولى عام ٢٠٠٢ م.
 - الشروط العامة والخاصة لعقود الإنشاءات (فيديك) ١٩٩٩م وعقد التشييد، الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)، ترجمة: د م/ جمال الدين أحمد نصار، عضو المكتب التنفيذي للفيديك، مصر، والمهندس داود خلف الأردن، ود م /نبيل عباس السعودية، وم ماجد خلوصي مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م
 - الشروط العامة والخاصة لعقود الإنشاءات (فيديك) ١٩٩٩م وعقد التشييد، الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)، ترجمة: د م/ جمال الدين أحمد نصار، عضو المكتب التنفيذي للفيديك، مصر، والمهندس داود خلف الأردن، ود م /نبيل عباس السعودية، وم ماجد خلوصي مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م
 - صحيح البخاري = الجامع الصحيح المختصر من سنن النبي ﷺ وأحواله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (٢٥٦هـ) حسب ترقيم فتح

- الباري الناشر: دار الشعب - القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ - ١٩٨٧ م.
- صحيح مسلم = الجامع الصحيح، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري الناشر: دار الجيل بيروت، دار الأفق الجديدة - بيروت.
- عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء (دراسة في ضوء عقد الفيديك) د / محمد سعد خليفة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٤ م.
- عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، د. عبد الستار أبو غدة عضو المجمع، الدورة التاسعة عشرة، منتدى المحاسب العربي.
- عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، هارون خلف عبد الدلو، رسالة ماجستير، ١٤٣٦هـ، قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون، بالجامعة الإسلامية، غزة.
- عقد المقابلة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، زياد شقيق حسن قرارية رسالة ماجستير، فلسطين المدينة: نابلس الجامعة: النجاح الوطنية الكلية: الدراسات العليا.
- العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي: دراسة مقارنة محلية ودولية، ذكريا المصري، ٢٠١٤م، دار الفكر والقانون.
- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين بن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (٧٨٦هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
- فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير [شرح الوجيز في الفقه الشافعي للغزالي] عبد الكريم بن محمد الراجحي القزويني (٦٢٣هـ)، الناشر: دار الفكر.
- فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (٨٦١هـ)، دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

- الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المالكي الشهير بالقرافي (٦٨٤هـ) الناشر: عالم الكتب الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، أرقام القرارات: ١ - ١٧٤، الدورات: من الدورة الأولى في عام (١٤٠٦هـ) - إلى الدورة الثامنة عشرة في عام (١٤٢٨هـ) جميل أبوسارة.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسطان العلماء (٦٦٠هـ) راجعه وعلق عليه: طه عبدالرؤوف سعد الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة.
- القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، بحث منشور بمجلة جامعة بنها، مصر، عدد (٥٢) السنة السادسة والعشرون، شهر أكتوبر ٢٠١٢م الموافق ذي الحجة ١٤٣٣هـ.
- القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، د/سمير حامد الجمال، مجلة الشريعة والقانون ١٠/٢٠١٢م.
- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواوي الناشر: نور محمد، كارخانتهجار تكتب، آرامباغ، كراتشي.
- مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (٧٢٨هـ) المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية ١٩٩٥م.
- المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكيو المطيعي)، أبو زكريا محيي الدين النووي (٦٧٦هـ) دارالفكر.
- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الحنفي الرازي (٦٦٦هـ) المحقق: يوسف الشيخ محمد الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ.
- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا: سنة النشر: ١٤٢٥ - ٢٠٠٤م.
- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، قدرى باشا الحنفي، المطبعة الكبرى

- الأميرية ببولاق، الثانية ١٣٠٨
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبدالقادر / محمد النجار) الناشر: دار الدعوة.
 - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (٩٧٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
 - المغني، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى : ٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبدالفتاح محمد الحلوط: عالم الكتب، الرياض - السعودية، الطبعة: الثالثة.
 - الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة مؤلفين، صادرة عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا دار السلاسل - الكويت، الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر.
 - الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني (بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية)، أجمد أنور العمروسي، أشرف عبد الوهاب، دار العدالة للنشر والتوزيع، ٢٠١٥ م.
 - التنف في الفتاوى للسعدي، أبو الحسن علي بن الحسين السعدي المحقق: صلاح الدين الناهي، الطبعة: مؤسسة الرسالة - بيروت تاريخ الطبع: ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
 - الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (٥٩٣هـ) طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
 - الوسيط في شرح القانون المدني، الدكتور عبدالرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

