

**أثر الظروف الطارئة (الجوائح) في عقد الفيديك  
مقارنا بالفقه الإسلامي ، والنظام السعودي  
(The impact of emergency conditions  
(pandemics) on the FIDIC contract compared to  
Islamic jurisprudence, and the Saudi system).**

✍ إعداد الأستاذ الدكتور

**محمد بن يحيى بن حسن النجيمي**

Muhammad bin Yahya bin Hassan Al-Nujaimi

**أستاذ ورئيس قسم القانون بكليات الشرق العربي**

**والخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة.**



## أثر الظروف الطارئة (الجوائح) في عقد الفيديك مقارنا بالفقه الإسلامي ، والنظام السعودي

محمد بن يحيى بن حسن النجيمي  
قسم القانون ، كليات الشرق العربي ، والخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي ،  
جدة ، المملكة العربية السعودية.

البريد الإلكتروني: [dr.mshg73@gmail.com](mailto:dr.mshg73@gmail.com)

### الملخص:

عقد الفيديك كثر الاعتماد عليه، وهي حروف مختصرة فرنسية (الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين) تأسس ١٩١٣م ، وهي عقود إنشاءات كبيرة وقد تقع ظروف طارئة تعيق إكمال العمل، ولذا تظهر ضرورة نظرية الظروف الطارئة ووضع الجوائح وارتباطها بعقود الفيديك لسعة انتشارها واعتماد التنمية عليها، فإذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبداً غير الأوضاع والتكاليف تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة ، فأصبح بما تنفيذاً الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، غير معتادة ، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم ، فيحق للقاضي عند التنازع تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، وإنقاص الالتزام المرهق كإذا تعهد شخص بتوريد سلعة معينة فقل المعروض في السوق منها نتيجة حرب منعت استيراد السلعة فيجوز الجمهور الوضع من الثمن بمقدار الثلث، أو دونه، وكالمرض الذي يصيب المستأجر عذر وموته كمرضه ، وكذا إذا نقصت المنفعة أو قل الزبون فيحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المعروفة ، وكذلك يصح الفسخ لرفع الضرر خلافاً للقانون في الإجارة، والمزارعة، والمعاملة عند الحنفية، وفسخ عقد الإجارة بالطوارئ عند المالكية، وبالعذر عند الحنابلة في حالات العذر لمنع الضرر و كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه، أو ماله، يثبت له الحق الفسخ، فالحاجة تدعو للفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر لزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر، وعرف الفقهاء ما عرف بأحكام العذر في فسخ عقود الإجارة، كما لو استأجر دابة فمرضت، أو بيتاً فانهدم بعض حجرات البيت، أو استأجر أرضاً زراعية فانقطع عنها الماء الذي يديرها، ففي هذه الحالات يثبت للمستأجر الحق في فسخ العقد بالعذر، فإذا زال سبب الفسخ، فإن الحق في خيار الفسخ يسقط تبعاً لذلك.

الكلمات المفتاحية: الفيديك ، الظروف ، الجوائح ، الإجارة، المنفعة.

**(The impact of emergency conditions  
(pandemics) on the FIDIC contract compared to  
Islamic jurisprudence, and the Saudi system).**

Muhammad bin Yahya bin Hassan Al-Nujaimi  
Law Department ، Colleges of the Arab East ، and  
expert at the International Islamic Fiqh Academy ،  
Jeddah ، Kingdom of Saudi Arabia.

**e-mail: dr.mshg73@gmail.com**

**Abstract:**

The FIDIC contract is highly relied upon, and it is a French abbreviation (International Federation of Consulting Engineers) founded in ١٩١٣ AD.

They are large construction contracts and emergency circumstances may occur that hinder the completion of the work, and therefore the necessity of the theory of emergency conditions and the status of pandemics and its connection to FIDIC contracts appears due to the extent of its spread and the dependence of development on it. If the circumstances in which the contract was concluded have changed significantly, other than the conditions and costs, due to general, unforeseen, urgent reasons, then the implementation of the contractual obligation will cause the obligor to suffer huge, unusual losses, and this was not the result of negligence or negligence on the part of the obligor. In the event of a dispute, the judge has the right to amend the contractual rights and obligations, in a way

that distributes the excess of the contracting party's loss to the two contracting parties, and reduces the burdensome obligation, such as if a person pledges to supply a certain commodity and the supply of it in the market has decreased as a result of a war that prevented the import of the commodity, so the public may place the price by one third, or less Likewise, annulment is valid to remove the damage in violation of the law in the case of leasing, sharecropping, and dealing with the Hanafis, and the emergency annulment of the lease contract with the Malikis, and with the excuse according to the Hanbalis in cases of excuse to prevent harm, and every excuse with which the contract cannot be fulfilled except with a harm he inflicts on himself.

**Keywords:** FIDIC ، Circumstances ، Pandemic ، Ijarah ، Benefit.

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### مقدمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ، وبعد.

فتعد العقود من أعظم ما ابتدعتها الحضارة الإنسانية من أدوات، فقد استطاع الإنسان عن طريق هذه الأداة أن يهتدي إلى أنظمة متطورة في تبادل السلع والمنافع وتنمية الموارد، وكانت نظرية القوة القاهرة أو الظروف الطارئة أو وضع الجوائح مما لفتت أنظار الباحثين وأصحاب العقود لما تحدثه من آثار خطيرة على أطراف العقد ، وقد جاءت الشريعة الغراء كاملة من أول يوم ، جاءت قبل تكوين الجماعة لتكون الجماعة على ضوئها ، وتنبهت للظروف الطارئة (وضع الجوائح) وسبقت تشريعات الدنيا كلها بالالتفات لتلك المسألة والحادثة المؤثرة على العقد وعلى التزامات وحقوق الطرفين.

والشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم ، قال الفقيه الفرنسي الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة ١٩٣٢م: "إن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف المقارنة، وفي القضاء الانكليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة"<sup>١</sup>، وقد نادى السنهوري إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية كما في مقاله الذي نشر عام ١٩٣٦م بعنوان (وجوب تنقيح القانون المدني المصري): بقوله: "نظرية الضرورة في

(١) نظرية الظروف الطارئة، عبد السلام الترماني، ص ٣٥-٣٦، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محمد رشيد قباني، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الثاني ١٩٨٠م، ص ٨٥.

الشريعة الإسلامية-وهي نظرية فسيحة المدى، وخصبة النتائج- تتسع لنظرية الظروف الطارئة...<sup>(١)</sup>، ومن العقود المشهورة جدا عالميا عقد الفيديك، فقد أصبح على مدى سنوات طويلة عقدا مهما بسبب خبرة القائمين عليه وتخصصهم الدقيق، وسأتناول نظرية الظروف الطارئة في عقود الفيديك، وأثرها، مقارنة بالفقه الإسلامي.

### المبحث الأول: تعريفات.

أولا :-توضيح مفردات عنوان البحث.

كلمة (فيديك) أو (FIDIC)<sup>(٢)</sup> حروف مختصرة للاسم الفرنسي الذي ترجمته (الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين) الذي تأسس عام ١٩١٣م بمشاركة ثلاث جمعيات وطنية للمهندسين الاستشاريين في فرنسا وبلجيكا وسويسرا<sup>(٣)</sup>، وكان أهم أهداف تشكيل هذا الاتحاد العمل على تطوير الاهتمامات المهنية للمهندسين الاستشاريين بعد الحرب العالمية الثانية وصار عدد دول أعضائه عام (٢٠٠٧م) خمسا وسبعين (٧٥) دولة تمثل معظم المهندسين الاستشاريين في العالم.

وفيما يلي - بإيجاز - أنواع عقود الفيديك النموذجية:

١- عقد الإنشاءات: يوصى باستخدامه في مشاريع الأبنية والمشاريع الهندسية التي يعد صاحب العمل تصاميمها بشكل رئيسي بمعرفته، ويوكل فيه إدارة العقد إلى المهندس الذي يختاره.

٢- عقد الأعمال الصناعية (عقد تصميم وتنفيذ) يوصى باستخدامه في مشاريع الأعمال الكهروميكانيكية والمشاريع الصناعية أو في المشاريع التي يكلف المقاول فيها إعداد التصميم

(١) السابق.

(٢) باللغة الإنجليزية The International federation of consulting Engineering

(٣) الترجمة العربية لشروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية المصممة من رب العمل، جمال الدين نصار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والجمعية المصرية للمهندسين الاستشاريين، بدون سنة نشر، ص ١٣.

بالإضافة إلى التنفيذ، وقد تم فيه الإبقاء على دور المهندس في إدارة العقد.

٣- عقد المشروع المتكامل (تسليم مفتاح): يوصى باستخدامه في المشاريع المتكاملة أي أن المقاول يكون مسؤولاً عن إعداد التصميمات كاملة إلى جانب أعمال الشراء والتشييد (تسليم مفتاح)، ويتميز هذا النموذج بتحميل المقاول مخاطر إضافية.

٤- العقد المختصر: يوصى باستخدامه في مشاريع المباني والمشاريع الهندسية ذات التكلفة الصغيرة، والتي يستغرق تنفيذها فترة قصيرة نسبياً.

#### طبيعة عقود الفيديك:

عقود الفيديك ليست عقوداً بالمعنى النظامي والقانوني؛ بل هي نماذج للعقود أعدت مسبقاً تصلح للتطبيق على أي نوع واتفاق، كما يمكن التعديل فيها<sup>(١)</sup> ولذلك تكون دائمة التطور<sup>(٢)</sup>.

#### طبقات كتب الفيديك التي يعتمد عليها:

١- الكتاب الأحمر - وهو أشهرها - الطبعة الرابعة (عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية) الصادرة عام ١٩٨٧ م، وترجمة النسخة المعدلة للفيديك في عام (١٩٩٩ م)، لكل من: دجمال نصار (مصر)، وداود خلف (الأردن)، ود نبيل عباس (السعودية)، وم/ ماجد خلوصي (مصر)، ويسمى (شروط عقد التشييد) شاملة لإرشادات أعداد الشروط الخاصة، صادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (فيديك) إصدار عام ١٩٩٩ م<sup>(٣)</sup>.

٢- الكتاب الفضي: وهو عقد تسليم المفتاح (هندسة شراء إنشاء) الصادر عام ١٩٩٩ م، وهو أكثر العقود النموذجية تطبيقاً في الواقع العملي في صناعة التشييد والبناء في الوقت الحاضر في كل دول العالم.

٣- الكتاب الأصفر الصادر عام ١٩٩٩ م في عقود التجهيزات الآلية والفيديك، أو عقد مقاولات الأعمال الميكانيكية والكهربائية، بتصميم وتوريد التجهيزات الآلية وغيرها من

(١) تعديل عقود الأشغال العامة د. محمد الحريري ص ٣٢.

(٢) القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، د سمير الجمال المجلة القانونية (٥٢) ٤٣٣ هـ.

(٣) طبعت عام ٢٠٠٨ م.



الأعمال، حيث تمت صياغته الكتاب ليصلح لعقود إنشاء المصانع، كما يصلح أيضاً استخدامه في العقود التي يقوم فيها رب العمل بإعداد التصميمات والمستندات بمعرفته أو بواسطة تابعيه.

٤- الكتاب الأخضر الصادر عام ١٩٩٩م للمشروعات الإنشائية التي تتسم بالصغر النسبي من حيث قيمتها المالية، أو التي تتسم بالقيمة الكبيرة نسبياً إذا كانت الأعمال بسيطة أو معتادة أو كانت فترة العقد قصيرة<sup>(١)</sup>.

#### عدد بنود كتب الفيديك:

تضمن الكتاب الأحمر الجديد ٢٠ بندا رئيسياً (باباً) و ١٥٩ بندا فرعياً، و ٥٨ بندا تفصيلياً فيكون إجمالي البنود الفرعية والتفصيلية ٢١٧ بندا، بينما تضمن الكتاب الأصفر الجديد ٢٠ بندا رئيسياً و ١٦٣ فرعياً و ٥٨ بندا تفصيلياً، وبلغ إجمالي البنود الفرعية والتفصيلية ٢٢١ بندا، وتضمن الكتاب الفضي ٢٠ بندا رئيسياً و ١٦٦ بندا فرعياً و ٤٧ بندا تفصيلياً، وبلغ إجمالي البنود الفرعية والتفصيلية ٢١٣ بندا<sup>٢</sup>.

#### ثانياً: تعريف الظروف الطارئة ( الجوائح) فقها ونظاماً، مع أمثلة .

عرفها بعض المعاصرين بأنها: مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها<sup>٣</sup>، فالمقصود بالطرف الطارئ هو: كل حادث عام بعد إبرام العقد غير متوقع حصوله عند التعاقد، يترتب عليه خلل كبير في تنفيذ العقد<sup>٤</sup>.

(١) موسوعة الفارس، قوانين و نظم التحكيم بالدول العربية و الخليجية و دول أخرى، فارس محمد عمران، ج٢/ص٤٣٥.

(٢) دراسة مقارنة بين شروط المقابلة لأعمال الهندسة المدنية وشروط الفيديك- الكتاب الأحمر، مصطفى عبد الله هلال، جامعة بغداد، و زياد جميل موسى النجار، جامعة الكوفة، مجلة الهندسة، ع(٣) مجلد(١٨) ٢٠١٢م، ص ٥٠.

(٣) تغير قيمة العقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، محمد خالد منصور، الجامعة الأردنية، المجلد (١)، العدد ١، ١٩٩٨، ص ١٥٣.

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج١، ص ٦٣١، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، يوسف الثلب مجلة كلية الدعوة الإسلامية، كلية الدعوة=

### أما الجوائح في الفقه :

لغة : الجوائح (بفتح الجيم) جمع جائحة ، والجائحة مادتها (ج،و،ح) : وهي الآفات التي تصيب الثمار فتهلكها، يقال: جاحهم الدهر يجوحهم ، واجتاحهم الزمان إذا أصابهم بمكروه عظيم<sup>١</sup> ، وهي الآفة المستأصلة ، والجوح هو الاستئصال والإهلاك<sup>٢</sup> ، ومنه قولهم: "يجتاح مالي"<sup>٣</sup>.

اصطلاحاً: قال الشافعي: "جماع الجوائح: كل ما أذهب الثمرة أو بعضها من أمر سماوي بغير جنابة آدمي"<sup>٤</sup>.

المبحث الثاني: خصائص عقود الفيديك ، وما يشابهها من العقود، وبيان موقف الفقه الإسلامي منها.

١- أنه عقد رضائي بين طرفين أو متعاقدين ، والتراضي شرط في البيوع لقوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ النساء ٢٩ ، وهذا أصل ثابت في العقود كافة شرعاً ، فعن داود بن صالح المدني، عن أبيه، قال: سمعت أبا سعيد الخدري يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إنما البيع عن تراض"<sup>(٥)</sup>، وفي لفظ آخر : " لا يفترقن اثنان إلا عن تراض"<sup>(٦)</sup>، وفي لفظ : " لا ينفرك المتبايعان عن بيع إلا عن تراض"<sup>(٧)</sup>،

= الإسلامية، العدد ١، ١٩٩١، ص ١٣٦، النظرية العامة في العقود الإدارية، حسين درويش عبد العال القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٥٨، ج ٢، ص ١٤٦، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، علي محمد عبد المولى القاهرة، شركة الطوبجي، ص ١٠.

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر (١ / ٣١١).

(٢) مسند أحمد ط الرسالة (١١ / ٢٦١) (٦٦٧٨) بلفظ: "أتى أعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: إن أبي يريد أن يجتاح مالي؟ قال: " أنت ومالك لوالدك...". وسنده حسن.

(٣) النهاية في غريب الحديث والأثر (١ / ٣١١) و معالم السنن (٣ / ٨٦) و تهذيب اللغة (٥ / ٨٨) وسبل السلام (٢ / ٦٦) كشف المشكل من حديث الصحيحين (٣ / ٧٢)

(٤) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح (٥ / ١٩٣٠).

(٥) سنن ابن ماجه كتاب التجارات باب بيع الخيار (٢ / ٧٣٧) (٢١٨٥). إسناده قوي ، قال البوصيري في مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه (٣ / ١٧) : هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.

(٦) مسند أحمد ط الرسالة (١٦ / ٥٣٧) (١٠٩٢٢) قال الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد =

أي لا بد أن يكون البيع بتراض الطرفين ، ولا يفترقان إلا عن رضا تام ، وهذا يبين حقيقة عقود المعاوضة - بعامه - أنها قائمة على اتفاق المتعاقدين ورضاهما<sup>(٢)</sup>، ويستدل على التراضي بالإيجاب والقبول الصادر منهما في حال كمال أهليتهما وهو ما يعرف بالصيغة ، وهي ركن العقد فقط عند الحنفية<sup>٣</sup>.

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

٣- عقد وارد على العمل كالإجارة : وقد عرفها الحنفية بأنها عقد على المنافع بعوض، فهي بيع منافع الأعيان<sup>(٤)</sup>، وعرفها المالكية بأنها تملك منفعة معلومة زمنياً معلوماً بعوض معلوم<sup>(٥)</sup> وعرفها الشافعية بأنها تملك المنفعة بعوض<sup>(٦)</sup> وعرفها الحنابلة بأنها بيع المنافع<sup>(٧)</sup> أو عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم<sup>(٨)</sup>.

وفرق المالكية بين الإجارة والكراء فخصصوا تملك منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع المتملكات باسم الكراء، وبعضهم قد يستعمل الإجارة بمعنى الكراء وبالعكس عن طريق

= (٤/ ١٠٠): "رواه أحمد، وفيه أيوب بن عتبة؛ ضعفه الجمهور، وقد وثق".

(١) مسند أحمد ط ٢ الرسالة (١٦/ ٥٣٧) (١٠٩٢٢)، قال الشيخ شعيب الأرنؤوط : إسناده قوي رجاله ثقات رجال الشيخين. مسند أحمد - قرطبة (٢/ ٥٣٦)، وحسنه الألباني في إرواء الغليل (١٢٨٣).

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

(٣) المبسوط للسرخسي ط دار الفكر (٥/ ٢٦) قال : " ركن العقد هو الإيجاب والقبول"، وانظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢/ ٢٥٣).

(٤) الهداية ٥٨/٩؛ والفتاوى الهندية ٤/٤٠٩؛ وبدائع الصنائع ٥/٢٥٥٤، حاشية ابن عابدين ٥/٢؛ تحفة الفقهاء ٥١٤/٢.

(٥) الذخيرة (٥/ ٣٧١) ومواهب الجليل ٧/٤٩٣.

(٦) الغاية القصوى في دراية الفتوى للبيضاوي، تحقيق د.علي القره داغي، ط. دار الإصلاح بالدمام: ٦١٩/٢.

(٧) المغني لابن قدامة ٥/٤٣٣؛ ويراجع المدع في شرح المقنع ٥/٨٢.

(٨) منتهى الإرادات، مع شرح البهوتي ٢/٢٤١.

المجاز<sup>(١)</sup>، قال الشيخ الدردير: "وهي والكراء شيء واحد في المعنى: هو تمليك منافع شيء مباح مدة معلومة بعوض، غير أنهم سموا العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع مالا ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء"<sup>(٢)</sup>، والعقد على المنفعة واعتبارها عقد بيع هو قول جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية، وهو الراجح - فلم يجعلوها من عقود البيع بل تملك منفعة وليست من البيوع لأن عقد البيع يكون على العين لا المنفعة<sup>(٣)</sup>.

لكنها تختلف عن البيع في أنها مؤقتة المدة خلافاً للبيع فهو مؤبد، وهي مشروعة على وفق القياس<sup>(٤)</sup> دل الكتاب على جواز إجارة الظئر الموضع<sup>(٥)</sup> للرضاعة بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾<sup>(٦)</sup> الطلاق ٦.

**والعنصر الجوهرى في عقود الفيديك أنه عقد وارد على عمل تمثل في البناء والتشييد، ومطلوب من المفاوض 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 للمفاوض حرية اختيار الوسائل والأدوات التي تكفل تحقيق النتيجة المتعاقد عليها<sup>(٧)</sup>، وهذه هي إجارة الأشخاص، وإجارة الأشخاص تقع على صورتين: أجراء خاص استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط ويسميه بعض الفقهاء "أجير الوحد" كالخادم والموظف، وأجير مشترك: يكترى لأكثر من مستأجر بعقود مختلفة، ولا يتقيد بالعمل لواحد دون غيره، كالطبيب في عيادته، والمهندس والمحامي في مكنتيهما**

(١) مواهب الجليل، ٧/٤٩٣.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ٤/٢.

(٣) اختلاف الأئمة العلماء للوزير ابن هبيرة الشيباني، كتاب الإجارة ج ٢/ ص ٢٧.

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين مشهور (٣/١٩٦).

(٥) الظئر: بكسر الظاء وسكون الهمزة) المرأة ترضع ولد غيرها.

(٦) عقد المفاوضة في الفقه الإسلامي وما يقابله بالقانون المدني زياد شفيق قرارية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح ماجستير ٢٠٠٤ ص ٢٦.

، والأجير الخاص يستحق أجره على المدة ، أما الأجير المشترك فيستحق أجره على العمل غالباً .

الأجير الخاص: هو من يعمل لمعين عملاً مؤقتاً، ويكون عقده لمدة ، ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة ؛ لأن منافعه صارت مستحقة لمن استأجره في مدة العقد<sup>١</sup> ، ويجوز أن يكون رب العمل جماعة ، ويكونوا في حكم شخص واحد 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 راعياً ليرعى أغنامهم على أن يكون مخصوصاً لهم بعقد واحد ، كان أجيراً خاصاً<sup>٢</sup> .

وهذا يمكن أن ينص عليه في عقد الفيدك ، ولكنهم تركوا هذا النص ، وهذا ينبغى في الخلاف والنزاع ، وبهذا يتبين سبق الفقه في هذا ، فالتفريق بين نوعين الأجير يترتب عليه أحكام من الضمان ، والأرش وغيره .

ولا بد في إجارة الأجير الخاص من تعيين المدة ؛ لأنها إجارة عين لمدة فلا بد من تعيينها ؛ لأنها هي المعينة للمعقود عليه ، والمنفعة لا تعتبر معلومة إلا بذلك ، وينبغي أن تكون المدة واضحة محددة ومما يغلب على الظن بقاء الأجير فيها قادراً على العمل<sup>٣</sup> ، ويجب على الأجير الخاص أن يقوم بالعمل في الوقت المحدد له أو المتعارف عليه<sup>٤</sup> بل جاء في كتب الفقه أن من استأجر أجيراً شهراً ليعمل له كذا لا تدخل فيه أيام الجمع للعرف<sup>٥</sup> ، وهذا يعتبر فيه الإجازات والعطلات الرسمية في دولة العمل ، وهذا نص الفقهاء<sup>٦</sup> ، ولم تتعرض له عقود الفيدك .

١ شرح الدر ٢ / ١٩٧، والهداية ٣ / ٢٤٥، والمهذب ١ / ٤٠٨، وحاشية الدسوقي ٤ / ٨١، والمغني مع الشرح الكبير ٦ / ٤١ .

٢ مجلة الأحكام العدلية م ٤٢٣ ، ٥٧٠ .

٣ الهداية للميرغناني ٣ / ٢٣١، وشرح الخرشي على خليل ٧ / ١١، والمهذب ١ / ٣٩٦، وكشاف القناع ٤ / ٢، والمغني ٦ / ١٢٧ .

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

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

٦ حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ٣ / ٧٤، ونهاية المحتاج ٥ / ٢٧٩ .

مما يختص به الأجير الخاص: أنه ليس للأجير الخاص أن يعمل لغير مستأجره إلا بإذنه ، وإلا نقص من أجره بقدر ما عمل ، ولو عمل لغيره مجانا أسقط رب العمل من أجره بقدر قيمة ما عمل<sup>١</sup> ، والأجير الخاص أمين مؤتمن ، فلا يضمن ما هلك في يده من مال ، أو ما هلك بعمله ، إلا بالتعدي أو التقصير ، وله الأجرة كاملة<sup>٢</sup> ، وهذا ما اتفق عليه عقد الفيديك فما فرط فيه المقاول مقصرا متعديا فإنه يضمن ، ولكن لم يبنوا ما وقع بدون تفريط والظاهر من بنود العقود أنه يضمن ، وهذا من فوارق الفقه التي فارق بها العقود الوضعية ، وأما في الفقه فإنه لا ضمان عليه لما تلف في يده من مال ، لأن العين أمانة في يده لأنه قبضه بإذن رب العمل ، فلا يضمن ، فلو ترتب على عمل المقاول فساد في الأرض أو أرض جيرانه فإنه يضمن . وأما ما هلك بعمله فإن المنافع تصير مملوكة للمستأجر ، لكونه يعمل في حضوره، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ، ويصير نائبا منابه ، ويصير فعله منسوباً إليه، كأنه فعله بنفسه، فلهذا لا يضمن<sup>٣</sup> ، بل قال المالكية: حتى لو شرط عليه الضمان ، فهو شرط يناقض العقد ويفسد الإجارة ، فإن وقع الشرط فسدت الإجارة ، فإن عمل فله أجرة مثله ، زادت على المسمى أو نقصت ، وإن أسقط الشرط قبل انقضاء العمل صحت الإجارة<sup>٤</sup> ، وهذا مما لم يفصل فيه عقد الفيديك ، بل إن بعض فقهاء الشافعية قال: إنه كالأجير المشترك فيضمن ، لقول الشافعي: "الأجراء سواء ، وذلك صيانة لأموال الناس، وكان يقول: لا يصلح الناس إلا ذاك"<sup>٥</sup>.

كما أن 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<sup>٦</sup> ، بينما في عقد الفيديك لم ينص على مثل هذا الحكم ، بل لم يبينوا وجوب تحديد نوعية النشاط

١ ابن عابدين ٥ / ٧٠ ، والدسوقي ٤ / ٢٣ ، وكشاف القناع ٤ / ٢٥

٢ شرح الدر ٢ / ٢٩٧

٣ بدائع الصنائع ٤ / ٢١١ ، الشرح الصغير ٤ / ٤١ ، ونهاية المحتاج ٥ / ٣٠٨ ، وكشاف القناع ٤ / ٢٥ .

٤ الشرح الصغير ٤ / ٤٢

٥ المهذب ١ / ٤٠٨

٦ المغني ٦ / ١٣٤ ، وكشف الحقائق ٢ / ١٥٧ ، والشرح الصغير ٤ / ١٠ ، والمهذب ١ / ١٩٤ ، والبدائع ٤ / ١٨٤ .

من جهة الحل والحرمة وترتب المقاضاة على ذلك ، وهذا من ثغرات عقد الفيديك وبنائه على القانون الأمريكي فلذا لا يحرم ، ولا يمنع طبيعة النشاط ولم يتعرض له .

### الأجير المشترك في الفقه:

الأجير المشترك هو: الذي يعمل للمؤجر ولغيره ، كالبئاء الذي يبني لكل أحد، والملاح الذي يحمل لكل أحد في سفينته ، والأتكار الذي يحمل للناس على دوابه ، وهذا شبه اتفاق بين الفقهاء<sup>١</sup>، ولا خلاف في أن الأجير المشترك عقده يقع على العمل ، ولا تصح إجارته إلا ببيان نوع العمل أولاً ، ولا يمنع هذا من ذكر المدة أيضاً ، فإن قال للراعي: ترعى غنمي مدة شهر، كان أجيراً مشتركاً، إلا إذا شرط عليه عدم الرعي لغيره .

وهذا لم يتعرض له نموذج عقد الفيديك فلم يصرح بتحديد نوع الإجارة ، ولا اشترط على المفاوض عدم تول عمل آخر من عميل آخر ، وهذا يبين دقة الفقه الإسلامي في هذا الجانب ولا بد من تعديله وإضافته لعقود الفيديك على مقتضى التصور الفقهي الإسلامي فإنه أعدل .

والأصل أن يكون العمل من الصانع - الأجير - أو المفاوض ، 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<sup>٢</sup> .

ويجب أن تكون المنفعة التي يستأجر عليها 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 يرى الحنفية والحنابلة ، ويكون له خيار الرؤية في إجارة الأعيان عموماً عند الشافعية<sup>٣</sup> ، وهذا ما نص عليه عقد الفيديك .

وقد تحدد المنفعة بتحديد المدة وحدها ، كما تحدد بتحديد العمل ، كإجارة خياطة الثوب وقد تتحدد بالعمل والمدة معا عند الصاحبين وهو مذهب المالكية إذا تساوى الزمن والعمل ، ورواية عند الحنابلة ، وقالوا: إن المعقود عليه أولاً هو العمل وهو المقصود من العقد ، وذكر المدة مجرد التعجيل ، وإن أوفى الشرط استحق الأجر المسمى وإلا استحق أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى<sup>٤</sup> ، وذهب أبو حنيفة والشافعي - وهو رواية عند الحنابلة - إلى

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

٢ الفتاوى الهندية ٤ / ٤١٠ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ .

٣ شرح الدر ٢ / ٢٩٥ ، والمهذب ١ / ٣٩٨ ، والمغني ٦ / ٩١ .

٤ البدائع ٤ / ١٨٥ ، ومجلة الأحكام العدلية م ٥٠٥ ، وحاشية الدسوقي ٤ / ١٢ ، والمحرر ١ / ٣٥٦ ،

وكشاف القناع ٤ / ٧ .

فساد هذا العقد لأنه يفضي إلى الجهالة والتعارض؛ لأن ذكر المدة يجعله أجيرا خاصا،  
والعقد على العمل يجعله أجيرا مشتركا ، وهما متعارضان ، ويؤدي ذلك للجهالة<sup>١</sup>.

### التزامات الأجير المشترك:

يلتزم الأجير المشترك بإنجاز العمل المتعاقد عليه، وكل ما كان من توابع ذلك العمل حسب  
العرف ما لم يشترط ، فمن تعاقد مع خياط ليخيط له ثوبا فالخيط والإبرة على الخياط، كما  
هو العرف<sup>٢</sup>، إلا إذا كان هناك شرط أو تغير العرف، وهذا التوسع في العرف لا يمنعه الفقه  
الإسلامي، وإذا شرط المكتري على الأجير أن يعمل بنفسه لزمه ذلك لأن العامل تعين  
بالشرط ، فإن لم يشترط ذلك فله أن يستأجر من يعمل له 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 - مضافا إلى أستاذه الأجير الذي تم معه التعاقد<sup>٣</sup>.

وهذا المعنى من الفقهاء يحدد بوضوح المقابلة من الباطن وضوابطها ، فإن كان  
المقاول مقصودا لذاته مرادا بسبب العلم لمعنى فيه لزمه ألا يقاول من الباطن لمقاول آخر،  
ويكون مخالفا للشرط، وهذا المعنى لم يتعرض له عقد الفيديك، وهذا من ثغرات عقود  
الفيديك ، ولا بد من مراعاة رغبة وقصد صاحب العمل.

ولا خلاف في أن الأجير يلتزم بتسليم العمل ، 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 ، أما إذا كان العمل ليس في حوزة رب العمل فليس من حق الأجير المطالبة  
بالأجرة قبل الفراغ من العمل وتسليمه للمكثري ، لتوقف وجوب الأجر على ذلك.  
فالقصار والصباغ والنساج ونحوهم ممن يعملون في حوانيتهم أو دورهم الخاصة لا يستحقون  
الأجر إلا برد العمل إلا إذا اشترط التعجيل أو عجل بالفعل<sup>٤</sup>.

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.

١ البدائع ٤ / ١٨٥ ، والمهذب ١ / ٣٩٦ ، والمحرر ١ / ٣٥٦ ، وكشاف القناع ٤ / ٧  
٢ الفتاوى الهندية ٤ / ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، وحاشية الدسوقي ٤ / ٢٣ ، والمهذب ١ / ٤٠٠ ، وكشاف القناع  
٤ / ١٤  
٣ بدائع الصنائع ٤ / ٢١٢ ، والهداية ٣ / ٢٣٤ ، والمغني ٦ / ٣٤  
٤ الفتاوى الهندية ٤ / ٤١٢ ، ٤١٣



الثانية: أما إن كان العمل ليس 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 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 التضمين ، وهو قول آخر للشافعية<sup>١</sup> .

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<sup>٢</sup> .

ويقدر الضمان بناء على وقت وقوع التلف ، وهو قول الجمهور من الحنفية والشافعية في قول عندهم و الحنابلة أن العبرة في تقدير الضمان هو يوم حصول سبب الضمان ، وهو التلف أو التعدي خلافا للمالكية قدره بوقت التسليم<sup>٣</sup> .

### التزامات رب العمل إزاء الأجير المشترك.

كما يلزم صاحب العمل تسليم المقاول العين المراد إقامة البناء والمشروع عليها وما يتبعها عرفا 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 بالتعجيل 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<sup>٤</sup> .

١ حاشية ابن عابدين ٥ / ٤٠ ، وحاشية الدسوقي ٤ / ٤١ ، والفروق ٤ / ٣٠ الفرق (٢١٧) ،

والمهذب ١ / ٤١٥ ، والمغني ٦ / ١٠٧

٢ الفتاوى الهندية ٤ / ٥٠٠ ، والمغني ٦ / ١٠٩

٣ حاشية الدسوقي ٤ / ٢٨ ، وحاشية العدوي على شرح الخرشني ٧ / ٢٩ المهذب ١ / ٤٠٨ المغني لابن

قدامة ٦ / ١١٨

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

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<sup>١</sup>، وإذا تلفت العين -أرض المشروع- كأن اهارت أو حدث بها زلزال يمنع البناء عليها فإن الإجارة لا تنفسخ كما قال المالكية: "وإذا استؤجر لغنم يرعها أو دواب يقوم عليها، فماتت الغنم والدواب لم تنفسخ الإجارة، وإنما تنفسخ الإجارة بموت الأجير لا بموت المستأجر عليه"<sup>٢</sup>، وعقود الفيدك لم تفرق بين ما يستحق به فسخ عقد الإجارة وبين ما لا يفسخ عقد الإجارة.

### الجهالة في الإجارة :

قد يكون المعقود عليه مجهول أو فيه نوع جهالة لاحتمال أن الأجير يقابله ما لا يتوقعه أثناء الحفر، فاشتراط الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة لكي يصح العقد أن يعرف طبيعة الأرض التي سيحفر فيها؛ لأن الحفر يختلف باختلافها، وأجازوا تقدير الإجارة مدة وعملا، ولكن الحنفية اشترطوا بيان الموضع وطول البئر وعمقه، ويمكن ضبطه عن طريق العرف فما جرى عليه العرف صح التعاقد عليه ولو به نوع جهالة والمقياس الوسط ما يعمله الناس<sup>٣</sup>، وقول الجمهور الأصح لأن الناس لا يزالون على هذا بالعرف فهو الحكم بينهم.

فإن بين صاحب العمل ما يرفع الجهالة ثم وجد الأجير بعد الشروع في العمل أن الأرض صلبة وتحتاج إلى مئونة أشد عملا وآلات خاصة، فإنه لا يجبر عليه، ويحق له فسخ العقد، ويستحق أجرا بمقدار ما حفر بتقدير أهل الخبرة، 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، ولذلك اقترح الفيدك جدولا ماليا لاستحقاقات المقاول، وهذا أضبط ولكنها ربما لا يصلح مع كل أحد.

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

٢ التهذيب في اختصار المدونة (٣/ ٤٣٦)

٣ الفتاوى الهندية ٤ / ٤٥١، ٤٥٢، وحاشية الدسوقي ٤ / ١٧، والمهذب ١ / ٣٩٨، وكشاف القناع

وذكر الفقهاء حالة : ما لو انهارت البئر بفعل زلزال أو مألها السيل حتى إذا انهارت البئر فأدخل السيل أو الريح فيها التراب حتى سواها مع الأرض؛ ففرق الفقهاء بين حالتين : إن كانت الأرض في ملك المستأجر فلا يسقط شيء من أجرته ، 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 ، وذكر الفقهاء وإذا حفر بعض البئر ومات، قوم الحفر وأخذ ورثته بنسبته من الأجر، على ما سبق<sup>١</sup>. ولم تفرق نماذج عقود الفيديك بين الحالتين وهذا لا بد من مقارنته والفروقات بين التصورين وما يترتب عليه.

وقد أجمع الفقهاء على الإجارة الخاصة قال الله سبحانه وتعالى: {وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتهم بالمعروف واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير} (البقرة ٢٣٣)، فرفع الحرج عمن يستأجر امرأة لإرضاع ولد وهي من إجارة الأشخاص<sup>٢</sup>.

وأيضاً قوله تعالى: {أهم يقسمون رحمة ربك نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ورحمت ربك خير مما يجمعون} (الزخرف ٣٢)، وهذا يبين أهمية الإجارة في إعمار الأرض، وقوله تعالى: {أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهم لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأنتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى} (الطلاق: ٦)، أمر بإعطاء الأجر للرضاعة على عمل الرضاعة، وهو إجارة على عمل، كما قال الشافعي: "... فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقتله، وكثرة اللبن وقتله، ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه، وإذا جازت عليه جازت على مثله، وما هو في مثل معناه وأحرى أن يكون أبين منه"<sup>٣</sup>.

فالأجرة إنما تستحق بالفراغ من العمل ولا تستحق بالعقد، لأنه أوجبها بعد الرضاع ، قال الله: {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأنتمروا بينكم بمعروف}، والرضاع يختلف، فيكون صبي أكثر رضاعاً من صبي، وتكون امرأة أكثر لبناً من امرأة أخرى، ويختلف لبنها

(١) الفتاوى الهندية ٤ / ٤٥٢، وحاشية الدسوقي ٤ / ١٧، وشرح الخرشبي ٤ / ١٨، والمهذب ١ / ٤٠٩ ، وكشاف القناع ٤ / ٦.

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

(٣) الأم للشافعي (٤ / ٢٦).

فيقل ويكثر، فتجاوز الإجراءات على هذا؛ لأنه لا يوجد فيه أقرب مما يحيط العلم به من هذا... فالإجارة على ما في حكم المجهول جائزة بالإجماع.

ولا يمنع في الفقه الإسلامي أن يراقب صاحب العمل العمل بنفسه أو بوكيله ، ولكن لا يتدخل في تفاصيل الآلية والكيفية، فلرب العمل الحق في متابعة العمل ، ومتابعة مراحل له 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<sup>(١)</sup> ، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد<sup>(٢)</sup> ، 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<sup>(٣)</sup>.

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<sup>(٤)</sup>.

وبعد ما ذكره الفقهاء لو نظرنا لطبيعة عقد الفيديك لوجدنا فيه الطرف الأساس 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 وهو أجير خاص .  
٤- أنه عقد تحقيق نتيجة ، وليس بذل عناية .

من خصائص عقد الفيديك أنه وارد على العمل ، فالمقاول عليه تحقيق النتيجة المتعاقد

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

(٢) السابق ، ج ٥/ص ٣٥٧٣.

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

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

عليها وهي العمل، من حيث الإنشاء والبناء وهو محل العقد، وبالتالي فدوره لا يتوقف كما في عقود أخرى على مجرد بذل العناية الواجبة، فهذا لا يكفي ولا يعفيه من المسؤولية أن يبذل العناية، بل لا بد من تحقيق النتيجة المتفق عليها بالعقد.

وهذا هو لب الإجارة في الفقه الإسلامي فالعمل هو المعيار والجوهر الذي يستحق به الأجير أو المقاول الأجرة، فلو أحل به أو لم يتمه لم يستحق الأجرة، ولو سلم الأجير نفسه للمؤجر فلا يستحق الأجرة إلا بالعمل بعد أن يتمكن من العين أو المحل الذي سيعمل فيه، قال الشافعية: "إذا عمل الأجير في ملك المستأجر أو بحضرته وجبت له الأجرة، لأنه تحت يده، فكلما عمل شيئاً صار مسلماً له، وإن كان العمل في يد الأجير لم يستحق الأجرة بهلاك الشيء في يده، لأنه لم يسلم العمل"، وقال الحنابلة بنحو مذهب الشافعية: وهو أن الأجير لا أجر له فيما عمل في يده، لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر، فلم يستحق عوضه<sup>(١)</sup>، وذكر المالكية: "فإذا لم يحصل الغرض المطلوب لم يستحق الأجرة"<sup>(٢)</sup>.

وفي كفاية التنبيه: "وإن مات الأجير في الحج أو أحصر قبل الإحرام أي: وقد وقع العقد على عينه، لم يستحق شيئاً من الأجرة؛ لأن الأجرة تقابل المقصود"<sup>(٣)</sup>. وفي الحاوي الكبير: "من استؤجر لبناء حائط فجمع الآلة للبناء ثم لم يبن لم يستحق شيئاً من الأجرة لعدم المقصود بالعقد"<sup>(٤)</sup>.

وهذا ما تقرّر في قواعد الإجارة من أنها عقد لازم، يلزمه إتمام العمل، فإن ترك فقد ترك مقتضى العقد فلا شيء له، وللقياس على الجعالة في كونه لا يستحق الجعل إلا إذا أتم العمل<sup>(٥)</sup>.

٥- أنه عقد محدد القيمة.

حيث إنه عقد يمكن لأي من طرفيه أو أطرافه أن يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها إلى المتعاقد الآخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي محقق الوقوع كما في عقود الغرر<sup>(٦)</sup>، وهذا ما دلت عليه الشريعة من

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٥/ ٣٨٥٦).

(٢) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٠٠).

(٣) كفاية النبيه في شرح التنبيه (١١/ ٢٧٦).

(٤) الحاوي الكبير (٤/ ٢٧٣).

(٥) شرح المنتهى: (٢/ ٢٦٣)، كشاف القناع: (٤/ ٢٥)، مطالب أولي النهى: (٣/ ٦٥٦).

(٦) عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني زياد شفيق حسن قرارية، ص ٢٦. وعقد المقاولة في الفقه الإسلامي إبراهيم شاشو، كلية الشريعة، جامعة بغداد، دكتوراه، مجلة جامعة دمشق =

ضرورة تحديد القيمة في عقد الإجارة ، وألا تكون مجهولة أو مبهمة ، وهذا ما نص عليه الفقهاء ، قال في فتح القدير : "ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة"..... ولأن الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع" (١) ، وفي شرح المختصر : " لأن من جملة ما شمله أن تكون الأجرة معلومة على التحقيق" (٢) ، وفي كفاية الطالب الرباني : "واستظهر لأن رد الكراء إلى الإجارة أولى من رده إلى الجعل لأن الغاية معلومة والأجرة معلومة" (٣) ، وفي الحاوي الكبير : " وإن كان العمل معلوماً مثل أن يقول : تحفر لي كذا وكذا ذراعاً صح ذلك إذا كانت الأجرة معلومة ، فأما إذا استأجره لذلك وجعل أجرته جزءاً مما يخرج من المعدن مثل أن يقول : ثلثه ، أو ربعه ، فإن الإجارة فاسدة : لأنها مجهولة ، وله أجرة المثل" (٤) ، وفي مذهب الحنابلة : " يشترط كون الأجرة معلومة" (٥) ، وكذلك من شروط صحة الإجارة : أن تكون المنفعة معلومة؛ لأن المنفعة هي المعقود عليها، فاشتراط العلم بها كالبيع ، وأن تكون الأجرة معلومة؛ لأنها عوض في عقد معاوضة، فوجب العلم بها كالثمن.

٦- أنه عقد ممتد:

فالالتزام في عقد الفيديك ينفذ بأداءات مستمرة أو أداءات دورية، والعقد الممتد أقسام:

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 إلى أجل 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

= للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد ٢٦ - العدد الثاني- ٢٠١٠ م ، ص ٧٤٦.

وعقود الغرر هي: التي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يحدد عند العقد مقدار غنمه وغرمه بمقتضى عقده ، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر مجهول أو غير محقق الحصول، كبيع اللبن في

الضرع، لاحتمال أن يكون انتفاخاً والنظريات الفقهية د. فتحي الدريني ( ص ٣٤٤ ) .

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

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي (٧ / ٣٤).

(٣) كفاية الطالب (٢ / ٢٦٠).

(٤) الحاوي الكبير ط دار الفكر (٧ / ١٢٦٤).

(٥) الجامع لعلوم الإمام أحمد - الفقه (٩ / ٤٦٨).

إذا كان تنفيذها مؤجلاً<sup>(١)</sup>.  
والشريعة الإسلامية لا تمنع من نوعية هذه العقود ، وأما الظروف الطارئة (وضع الجوائح)  
فقد سبق بيان شيء من أحكامها .  
٧- أنه ينظر فيه إلى الاعتبار الشخصي في إبرام العقد<sup>(٢)</sup>.  
ويظهر هذا الاعتبار الشخصي جلياً ، وذلك عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من  
أصحاب المهن الحرة الماهرين ، 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 أو آلة  
بموت المؤجر ، وهذا يدل على اعتبار الشخصية في العقود .  
٨- أنه متعدد الأطراف المشاركة في العقد ، وتنوع أهدافها<sup>(٣)</sup>.  
فيشارك في تنفيذ العقد طرفان رئيسان وتحت هؤلاء أطراف متنوعة (المالك، المقاول،  
المصمم، العمال، الفنيون ، الأمن والسلامة والحراسة .... الخ)، وتختلف أهداف كل طرف  
وغاياته من تنفيذ العقد، وتشابك المصالح بينهم .  
٩- عقد محدد المدة والزمن .  
أنه عقد محدد الزمن ، ومعلوم وقت الانتهاء ، وهذا ما ذكره الفقهاء في شروط صحة  
الإجارة أن تكون المدة معلومة ، كسنة أو سنتين ، فإن كانت مجهولة ، كقوله أجزتكم 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 نعلمه ؛ لأن  
المدة هي الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة له ، فوجب أن تكون معلومة.... " <sup>(٤)</sup>.  
١٠- أنه عقد ملزم للجانبين .  
ينشأ عنه التزام لا بد منه في ذمة المتعاقدين، والإلزام قيام من كل طرف بما اتفق عليه  
المتعاقدان<sup>(٥)</sup>،

(١) المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، بدون ناشر، بدون سنة نشر، (١/٥٨٣ - ٥٨٤).

(٢) زيادة شفيق حسن قرارية، مرجع سابق، ص ٢٧ .

(٣) تقديم تحليل مطالبات المقاول في مشاريع التشييد الهندسي، حسن حمرة، جامعة دمشق، كلية الهندسة  
المدنية، رسالة ماجستير، سنة ٢٠١٤م، ص ٣٥ .

(٤) المغني لابن قدامة (٥/٢٥١).

(٥) يراجع في هذا الوسيط في شرح القانون ، د / عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٣٢ ، وعقد =

فالفيدك عقد ملزم للجانبين<sup>(١)</sup> وليس لجانب واحد، فمنذ إبرامه يترتب التزامات على عاتق كل من 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 البدل.

والشريعة الإسلامية نبهت لمبدأ حرية إنشاء العقود والإلزام فيها وسلطان الإرادة في حين لم تكن تعرفه القوانين الوضعية، وقد تطور القانون تدريجياً بالنسبة لحرية إنشاء العقود في العصور الوسطى وما بعدها، وتأثيره بالفقه الإسلامي حتى وصل إلى معرفة مبدأ سلطان الإرادة في نهاية القرن الثاني عشر الميلادي<sup>(٢)</sup> 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<sup>(٣)</sup>، كما نبهت الشريعة لركنية المعقود عليه في العقد وتعلقه بالالتزام، فجعل الفقهاء المعقود عليه ركناً في البيع، وقد استخدموا اصطلاح المعقود عليه<sup>(٤)</sup> وفي نهاية المحتاج ذكر أركان البيع: "وهي عاقد ومعقود عليه وصيغة"<sup>(٥)</sup> فالمعقود عليه ركن في العقد عند المالكية والشافعية والحنابلة وهو عند الحنفية لا يتصور العقد بدونه، وإن لم يكن ركناً لأن الركن في اصطلاحهم لا بد أن يكون من ماهية الشيء، وماهية العقد هي الصيغة فقط، وأما الركن عند الأئمة الثلاثة الآخرين فهو مالا يتصور الشيء بدونه؛ سواء أكان داخلياً في الماهية أم لا<sup>(٦)</sup>.

ونبه الفقه الإسلامي إلى ما يترتب عليه العقد، وهو 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

= البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، هارون خلف عبد الدلو، ماجستير ١٤٣٦هـ، قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون، بالجامعة الإسلامية، بغزة، ص ١١.

(١) عقد المقاول في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، زياد شفيق حسن قرارية، رسالة ماجستير، سنة ٢٠٠٤م، ص ٢٥٠.

(٢) انظر الوسيط للسنهوري ج ١ / ص ١٤٣.

(٣) العقد في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي) دكتور عباس حسنى محمد، ١٤١٣هـ / ص ١١٤.

(٤) بدائع الصنائع ١٣٨/٥.

(٥) نهاية المحتاج ٣٧٤/٣.

(٦) العقد في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي) دكتور عباس حسنى محمد، ١٤١٣هـ / ص ١١٤.



فهى تمثل مجموع الالتزامات والمطالبات التى تؤكد حكم العقد وتنفيذه<sup>(١)</sup> مثل الالتزام بتسليم المبيع وأداء الثمن بضمان خلو المعقود عليه من العيوب ، وهكذا ويلاحظ هنا أن الفقه الإسلامى لم يستعمل اصطلاح الالتزامات وإنما اكتفى باصطلاح الحقوق أى حقوق العقد وهى حقوق ملزمة وعبر عن الإلزام بالإجبار ، وفي هذا يقول ابن قدامة: "وإن اختلفا في التسليم فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن... وقال أبو حنيفة ومالك: يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن للبائع حيس المبيع على تسليم الثمن ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالرهن"<sup>(٢)</sup>، فهذا خلاف بين الفقهاء في مدى الحق في الحيس.

وتعبير الفقهاء عن التزام البائع بتسليم الشئ 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 بهذا التعبير (شروط مقتضى العقد) ومقتضى العقد هو حكمه ، وشروط مقتضى العقد هى: 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"<sup>(٣)</sup> ولذا نجد الفقهاء يعبرون عن حكم العقد بمقتضاه ، ويعبرون عن حقوق العقد :شروط مقتضى العقد ، إذا اشترط المتعاقدان هذه الشروط التي

(١) جاء في البدائع: "وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع شيء من الحقوق إلى الوكيل وإنما يرجع إلى الموكل ألا ترى أن حكم تصرف الوكيل يقع للموكل فكذا حقوقه لأن الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع.. ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة إليه.. إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لأن الوكيل إنما فعله بأمره وإنابته.."، فكان إثبات أصل الحكم للموكل وإثبات توابعه (حقوق العقد) للوكيل وضع الشئ في موضعه. البدائع ٦/٣٣، ٣٤، وجاء في المغني: "وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك (الحكم) من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل... ولنا: أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له ، وقولهم إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم". وانظر: المغني لابن قدامة ١/٤١، فالفقهاء يقصدون من حكم عقد البيع انتقال الملكية ومن حقوق العقد الالتزامات الملصقة بتنفيذ الحكم مثل تسليم وأداء الثمن.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٢١٨، ٢١٩.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/٢٤٩.

هي أصلاً من مقتضى العقد أي تابعة لحكمه فلا حاجة لاشتراطها ، وهنا 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 ، ونضرب مثلاً لذلك : بعقد البيع في القانون المدني المصري فإن المادة<sup>(١)</sup> 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<sup>(٢)</sup>.

وأما آثار العقد في 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 السنهوري<sup>(٣)</sup> عن بعضهم أن العقد ذاته ينقل الملكية - وهذا هو ما يعبر عنه الفقه بأن حكم عقد البيع هو نقل الملكية ، دون ذكر أي التزام في هذا الشأن لأن النقل يتم بأمر الشارع أي 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 ذاته ، وأما الالتزام فمحلله هو القيام بتنفيذ متطلبات حكم العقد - تسليم محل العقد - ومن هذا يتضح لنا أن الفقه الإسلامي جاء دقيقاً في تعبيراته خلاف القوانين الوضعية.

ومما سبق : ظهرت خصائص عقد الفيديك في الأنظمة والقوانين مقارنة بالشريعة الإسلامية ، وأن خصائص العقد والالتزامات المترتبة عليه ، وركنية العوض والالتزامات المترتبة على العقد قد نبهت إليها الشريعة بصورة أدق مما هو في القوانين والأنظمة الوضعية ، كما

(١) العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) دكتور عباس حسنى محمد ، ١٤١٣هـ / ص ١١٥.

(٢) الوسيط للسنهوري ٢/٧٧٠ هامش (٢) ، نقلاً عن العقد في الفقه الإسلامي دكتور عباس حسنى محمد ١٤١٣هـ / ص ١١٤.

أنها أسبق من هذه القوانين، ولذلك لا بد -من الجهة النظامية -مراعاة الشريعة في تنظيم عقود الفيديك، وألا يعتبر فيها الأنظمة الوضعية والقانون الوضعي فقط فلا بد من ربطها بالشريعة الإسلامية، وعرض بنود ومواد هذه العقود على الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، فقد ظهر تفوق الفقه الإسلامي على الأنظمة والقوانين الوضعية حتى الحديثة منها.



### المبحث الثالث: أهمية عقود الفيديك .

- أ- عقود الفيديك أصبحت جزءاً أساسياً من عالمنا المعاصر المليء بالتعقيدات والأنشطة التجارية، ودخل في أكثر الاتفاقات المبرمة في المعاملات اليومية (١).
- ب- عقود الفيديك تحقق التوازن بين حقوق والتزامات أطرافها، وتحدد مراكزهم القانونية بهدف تنظيم أعمال البناء، وتوحيد القواعد القانونية المطبقة بشأنها، مما يسمح باستخدامها على نطاق واسع لأنواع مختلفة من المشاريع الهندسية الدولية والمحلية (٢).
- ج- أنها تحدد حقوق ومسؤوليات كل طرف من أطرافه بدقة ووضوح، إضافة إلى أنها وضعت آليات موثوقة لحل الإشكاليات المتوقعة أثناء التنفيذ، كما هو في الشروط العامة لكتاب الفيديك الأحمر الصادر عام ١٩٩٩م، لذلك اعتمده أكثر من أربعين دولة في العالم، ومنها بعض الدول العربية: دولة الإمارات، والأردن، ومصر، وعمان، والبحرين، وفلسطين، والسعودية عام (٢٠٠٨-٢٠٠٩م) (٣).
- د- حاجة المتعاقدين عند صياغة العقود إلى الوصول إلى اختيار أفضل نموذج ممكن اعتماده للعقد المزمع إبرامه، للمحافظة على مصالحهم بأقل مجهود، وفي أقصر وقت مع توفير نفقات ومصاريف الصياغة وأتعاب المحامين.
- هـ- انتشار الصناعات المتماثلة بين دول العالم المختلفة بسبب تشابه السلوك الإنساني، وبالتالي تشابه الحاجات الإنسانية، مما يدفع دول العالم المختلفة إلى إنتاج الأشياء المتماثلة

(١) القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، د سميح حامد عبد العزيز الجمال المحلّة القانونية، ع ٥٢ ذو الحجة ١٤٣٣هـ.

(٢) سميح حامد الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة-، عدد: ٥٢، ذو الحجة ١٤٣٣هـ أكتوبر ٢٠١٢م، ص: ٢٨، و مركز الإسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات، ٦/ نوفمبر/ ٢٠١٣م، الإسكندرية، مصر.

(٣) جريدة الرياض، السبت ٤ جمادى الآخرة ١٤٤٠هـ -  
<http://www.alriyadh.com/1520916م2019فبراير9>

لتلبية تلك الحاجات<sup>(١)</sup>، مما يستلزم تطبيق قواعد متماثلة على تلك العقود المتشابهة، لئلا تختلف من مكان إلى آخر لا سيما إذا كانت هذه السلع والأشياء يتم تداولها عبر دول العالم المختلفة.

و- كما أن العقود النموذجية تحل مشكلة قصور الأنظمة، وتأخرها في علاج المشكلات القانونية المتعلقة ببعض العقود بسبب عدم كفاية القواعد القانونية والنظامية في علاج جميع المشكلات المتعلقة بالعقود، خاصة العقود التي تنصب موضوعاتها على أمور فنية أو تقنية تتطور بسرعة كبيرة، ولا تستطيع الأنظمة ملاحقة هذا التطور<sup>(٢)</sup>، لأن الذي يقوم بصياغتها عادة أصحاب الخبرة والمتعاملون في مجالات هذه العقود، وهم يستطيعون في كل وقت تعديل تلك الصياغة بما يتفق مع الحاجة العملية.

ز- ومن المعلوم أن الهدف من تبني الدول المختلفة للعقود النموذجية التي استقرت أحكامها على المستوى الدولي، هو إبعاد الحرج الذي قد يتولد لدى معظم المقاولين الدوليين الذين تتوفر لديهم الإمكانيات الفنية لتنفيذ المشاريع الضخمة، والذي قد ينجم من جراء التخوف من تطبيق أحكام القوانين الوطنية لتنظيم تنفيذ تلك المشاريع، إذ عادة ما يفضل هؤلاء المقاولون التعاقد وفقا لأحكام عقود نموذجية، تحقق لهم المعرفة الجيدة بنودها، مع ما يرتبط بذلك من نجاح، واستقرار للعلاقة العقدية<sup>(٣)</sup>.

ح- أنها تتناسب مع عقود البناء والتشييد والتحول ال(BOT)، وستكثر عقود البناء والتوريد والتشييد (EPC).

ط- كما أن هذه العقود تضيء على المشاريع حدا أدنى من المقاييس الهندسية العالمية المعتمدة مما يجعلها موثوقة لدى المنظمات والمؤسسات المالية الدولية وفي مقدمتها البنك الدولي، والمقرضين الدوليين، وأيضا هذه العقود تحقق مبدأ الكفاية الذاتية، كما أنها تضع إطارا تعاقديا لتخطي مشكلات الانشاءات الدولية والمحلية.

ي- تحدد الاشتراطات العامة لغالبية العقود، وهي تعطي توازن في إصداراتها الجديدة بين مسؤوليات المالك والمقاول والاستشاري، كما تمتاز بأنها لغة عالمية تجمع بين المهندسين المتخصصين في هذا المجال، ولأهمية عقود الفيدك فقد اعتمده (أي الكتاب الأحمر) البنك الدولي في اللائحة أو الوثيقة النموذجية للمناقصات وإسناد الأعمال التي أصدرها في

(١) د/ أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) تعديل عقود الأشغال العامة د/ محمد فؤاد الحريري، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) د/ مشاعل عبدا لعزیز الهاجري، عقد الفيدك لمقاولات اعمال الهندسة المدنية، بحث مقدم في دورة عن المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين في الفترة من ١٧ حتى ٢١ مارس ٢٠٠٧، وحدة الدورات التدريبية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص ٩.

عام ١٩٩٥م<sup>(١)</sup>.

ك- يتميز عقد الفيديك بأنه ذو كفاءة عالية ، وقد بنى على خبرات طويلة مكتسبة ومتراكمة.

وأيضاً ، فعقد الفيديك قادر على حماية مصالح أحد الطرفين أو جميعهم بما يحقق التوازن العملي و المالي ، ويعتبر قاعدة مشتركة لتقييم العروض.

ل- كما أن التوزيع في العقد يكون عادلاً ومتوازناً للمخاطر والمسؤوليات بين أطراف العقد ، إضافة إلى أنه من المبادئ الأساسية في العقد ألا يمكن أن يكون المقاول ملزماً ، أو أن يسعر بنود العقد إلا إذا كانت الظروف معروفة له أو متوقعة منه عند إعدادها للعطاء.

م- في عقد الفيديك يحصل المقاول على مزايا عديدة ، منها :

معرفته بالمخاطر المحتملة، وزيادة قدرته على حساب آثارها، وتسليم إثبات توافر الموارد المالية لدى المالك، وكذلك معرفة حقوقه في الزيادات المالية عند تأخر تنفيذ التعليمات أو الرسومات، ومعرفة حقوقه عند وجود تغيير في الأوامر الصريحة أو الضمنية، إضافة إلى توفير حماية للمقاول من المخالفات التي قد تحدث في العقد<sup>(٢)</sup>.

ن- كما أن عقود الفيديك تناسب عقود البناء والتشييد والتحويل أو التمليك (BOT)، و عقود البناء والتوريد والتشييد والتي تعرف اختصاراً ب (EPC).



**المبحث الرابع : تكييف عقد الفيديك فقها ونظاما.**

**طبيعة عقود الفيديك دولياً :**

قبل الخوض في تكييف الفيديك نذكر طبيعته القانونية ليتسنى تكييفه :

يعتبر المعيار الدولي للعقود بأن تكون محايدة لتناسب التعددية الجنسية ، وتناسب توظيفها في أي صورة من صور العقود ؛ سواء ضمن العقود المدنية أم التجارية أم الإدارية أم الدولية، وهي في حقيقتها عقود استرشادية ، ونماذج للعقود يمكن لمستخدميها الاستفادة منها والاستعانة بها، وليست ملزمة للطرفين ، ويمكن إجراء تعديلات عليها بما يتناسب مع حاجة ومصصلحة الطرفين ، ووفقاً للأنظمة الحاكمة في بلد المشروع، وهذا أمر حسن في تلك

(١) موسوعة الفارس، قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية و الخليجية و دول أخرى ، فارس محمد عمران، ج ٢/ص ٤٣٥.

(٢) دنبييل عباس ، من مقال في الجريدة الاقتصادية ، ( جريدة العرب الاقتصادية الدولية) ، يوم السبت، بتاريخ ٢٣ فبراير ٢٠١٩م ، و ١٨ جمادى الثانية ، عام ١٤٤٠هـ ، وقد ذكر كذلك أن : " عشرين شركة عالمية قد تراجعت عن تنفيذ مشاريع استثمارية في السوق السعودية، بسبب عدم تطبيق عقد المقاوله الموحد (فيديك) وبسبب العائق الشرعي "

العقود مما جعلها واسعة الانتشار والتطبيق، وهذه العقود من مرونتها أنها تسمح لأطراف متعددي الجنسية من ممارستها، ويمكنها أن تكون دولية لتوفر المعايير الدولية فيها، وأول تلك المعايير الدولية:

١- هو المعيار القانوني الذي يقرر دولية العقد من عدمه، وقانونية العقد هي اتصالها بأكثر من نظام قانوني، فأحد الطرفين من بلد لها نظام والآخر من بلد آخر، وهذا هو رأي أغلب القانونيين في اعتبار دولية العقد<sup>١</sup>.

٢- المعيار الاقتصادي: بينما اعتبر بعض القانونيين أن العقد إذا انطوي على روابط اقتصادية تتجاوز الوطن وتنقل الأموال بينها، وبخاصة في عقود الإنشاءات الدولية الصناعية الكبرى بين الأطراف متعددي الجنسية؛ يكون دولياً.

٣- المعيار المختلط: بينما ذهب بعضهم إلى اعتبار الدولية إذا جمعت بين المعيارين، وهو اختيار وسط بين المعيار القانوني والاقتصادي، وهو اختيار القانون الفرنسي الحديث، وهذا يصلح في اشتراط التحكيم الدولي<sup>٢</sup>.

### تكييف عقد الفيديك قانوناً.

عقود الفيديك كیفها القانونيون على أنها عقد مقاوله بناء- وبخاصة الكتاب الأحمر والبرتقالي - وعقد مقاوله البناء هو: اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة محددة<sup>(٣)</sup>، ولكن اختلفوا في كونها عقد مقاوله مدنية أم مقاوله دولية لأن فيها أطراف متعددي الجنسية، ولعل الأقرب -قانونياً- أن عقود الفيديك عقود مقاوله، والمقاوله قد تكون مدنية، وقد تكون دولية، أو إدارية، وهي عقود استشارية وضعت كمحاولة لتوحيد الإجراءات والشروط في العقود الهندسية للتشييد، وهذا يجعلها عقوداً حيادية<sup>٤</sup>.

### تكييف عقد الفيديك والعقود المشابهة فقهاً.

ينبغي ذكر صور عقد الفيديك الممكنة، وعلى ضوءها يمكن تكييفها، فمحل العقد والمقود

(١) التنظيم القانوني لعقود تشييد البناء الصناعية بين الأطراف متعددي الجنسية، دراسة مقارنة

، دكتوراة، د.محمد الودعاني الدوسري، كلية الشريعة الجامعة الإسلامية، عام ١٤٣٧ -

٤٣٨هـ، ص ٤٤٠.

(٢) السابق ص ٤٤٠.

(٣) المعجم الوسيط ٧٧٣/٢. والقانون المصري (٦١٢)، والمدني السوري (٦٤٥) والمدني الليبي (٦٨٤) والمدني العراقي.

(٤) التنظيم القانوني لعقود تشييد البناء الصناعية بين الأطراف متعددي الجنسية، د.محمد الودعاني.

ص ٤٣٥.

عليه فيها هو: تشييد منشأة حسب مواصفات بمقابل مالي محدد، وهذا له صور :  
أ- أن يكون التشييد والمواد من المقاول المنفذ للمشروع:

لو تحمل المقاول التنفيذ مع مواده وتكلفته على حسب المواصفات فتكون عقود الفيدك للتشييد والبناء عقود استصناع ، وهو من عقود السلم ومن ضمنها عند الجمهور ، كما هو مذهب مالك والشافعي وأحمد فليس عقدا مستقلا بل هو من عقود السلم<sup>١</sup> ، خلافا للحنفية الذين جعلوه عقدا مستقلا<sup>٢</sup> ، وعقد الاستصناع هو : اتفاق بين المستصنع (طالب صنعة أو متاعا) من الصانع أن يصنع له شيئا موصوفا في الذمة وصفا منضبطا بمواد يتحملها الصانع بمقابل يتفق عليه<sup>٣</sup> ، وهذا هو عقد الفيدك إذا التزم المقاول تقديم المواد والتنفيذ والتشييد فينطبق على عقد الاستصناع<sup>٤</sup> ، فالاستصناع عقد يشبه بيع السلم من جهة أنه يبيع المعدوم وأن المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع ولذلك تم إيراده بعد السلم ، والاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء، أي: دعا إلى صنعه ، أي: تطلب من الصانع العمل.

واصطلاحا: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل فالمعقود عليه هنا هو العين والعمل معا.

والسلم عام للمصنوع وغيره والاستصناع خاص بما اشترط فيه الصنع والسلم يشترط فيه تعجيل الثمن في حين أن الاستصناع لا يشترط فيه ذلك ، فالاستصناع يتفق مع السلم بصورة كبيرة؛ فالأجل الذي في السلم هو ما وصف في الذمة، ويؤكد ذلك أن الفقهاء ذكروا مبحث الاستصناع ضمن السلم.

ب- الصورة الثانية: أن المقاول عليه التشييد فقط ، والمواد والتصاميم على صاحب المشروع والعمل.

وفي هذه الصورة يقوم المقاول بالتشييد فقط وفق التصاميم والمقاييس التي يقوم بها صاحب العمل والمشروع ، والأدوات والمواد من صاحب العمل، وهذا يكون تكييفه على عقد

١ بدائع الصنائع ج ٥/ص ٣ ، وعقد الاستصناع كاسب البدران ص ١٧٩- ١٩٥ ، عقد الاستصناع مصطفى الزرقا ، ص ٢٦- ٢٧، ٤٦، ٢٧ ، والجمالة والاستصناع لشوقي دنيا، ص ٣٣- ٣٥ ، بيع المراجعة د. محمد الأشقر ص ١٦٧-١٦٩ ، ومجلة المجمع الإسلامي الفقهي ع (٧) ج ٢/ ص ٧٧٧ ، الاستصناع عبدالرحمن العثمان، ص ٣٦ - ٣٨ ..

٢ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ٢) ، التنف في الفتاوى للسغدري (٢/ ٥٧٨) ، وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السابع بجدة (١٢٤١٢ هـ الموافق ١٩٩٢ م) : "إن عقد الاستصناع هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط".

٣ الاستصناع لسعود الشبيبي ، ص ٦٤٠-٦٤٤ .

٤ البدائع (٦/ ٢٦٧٧).

الإجارة على العمل كمن استأجر أجزيرا يبيني له جدارا أو يحصد له زرعاً أو يجمع له ويخرف له تمرا، فهو عقد إجارة على العمل سواء كان محدد العمل والزمان، أم غير محدد كأن يكون موصوفاً في الذمة، مقابل أجره مسماة، وهو عقد جائز ولا خلاف بين الفقهاء على جوازه، وقد اتفق الفقهاء على إجارة الأشخاص على كل فعل مباح.

وعقد الفيديك في الحقيقة هو إجارة عمل من شخص صاحب المحل والمشروع والعمل للمقاول المنفذ للمشروع، والمحل هو عمل موصوف في الذمة حسب المواصفات المقاييس المقدمة من صاحب العمل مقابل ثمن وأجره معلومة في مدة محددة، فهو في حقيقته عقد إجارة على العمل، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي<sup>١</sup>.

### تكييف عقود الفيديك على أنها عقود مقاوله:

**عقد المقاوله (أ)** كلمة (مقاوله) ترجمة عربية للمصطلح الفرنسي بمعنى مشروع، ومنشأة، ومؤسسة (ب)، والمقاوله مشاركة من أطراف متعددة، وتقالوا أي تفاوضا والمقاوله المفاوضة والمجادلة (ج).

اصطلاحاً: "اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة"<sup>٢</sup>، وقد اختار مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي أعدته جامعة

(١) قرار رقم (١٢٩) (٣/١٣) من مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته الرابعة عشرة بالدوحة بدولة قطر من ٨-١٣ من ذي القعدة ١٣٢٣هـ الموافق ١١-١٦ يناير كانون الثاني ٢٠٠٣م.

(٢) المقاوله - على وزن مفاعلة - أصل اشتقاقها الفعل: قال، يقول، قولاً، وقولة، ومقالاً، وتطلق في اللغة على معنيين: المجادلة، يقال: قاله في الأمر، أي جادله، والثاني: المفاوضة، يقال: تقاولنا: أي تفاوضنا. انظر: مختار الصحاح (ص: ٢٦٢)، وشمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم (٨/ ٥٦٨٢)، وعقد التوريد والمقاوله في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة (ص: ١٦).

(٣) يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية د. ت، ص ٣٩٩. وهي ترجمة لكلمة (مقاوله) ترجمة عربية للمصطلح الفرنسي (ENTREPRISE) الذي له عدة معانٍ منها: مشروع، منشأة، مؤسسة.

(٤) لسان العرب مادة (ق، و، ل).

(٥) المادة (١٢٤) من مجلة الأحكام العدلية: "الاستصناع عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً؛ فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع". عقد التوريد والمقاوله في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة (رؤية شرعية) بحث مقدم إلى مؤتمر الإسلام والتحديات المعاصرة المنعقد بكلية أصول الدين في الجامعة الإسلامية في الفترة: ٢-٣/٤/٢٠٠٧م إعداد: د. أحمد ذياب شويديح أ. عاطف أبو هريدي ص ١٦. عقد المقاوله: الإنشاء والتعمير، حقيقته - تكييفه - صورته، أ. د. محمد جبر الألفي ص ٤. عقد المقاوله في الفقه الإسلامي، إبراهيم شاشو رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد ٢٦ - العدد الثاني - ٢٠١٠م، ص ٧٤٥، عقد المقاوله، د/ محمد عبد الرحيم عنبر، ١٩٧٧، ص ٧١.



الدول العربية تعريفاً مقارناً في مادته (٧٣١) على أن: "المقاوله عقد يلتزم أحد المتعاقدين بمقتضاه بصنع شيء، أو أداء عمل، لقاء أجر"<sup>(١)</sup>.  
وعقد المقاوله قد يكون مباشرة بين المقاول والمستفيد، أو بين المقاول الأصلي ومقاول من الباطن، أو بين المستفيد ومؤسسة مالية تتعهد بإقامة المنشآت وهو (الاستصناع الموازي)<sup>(٢)</sup>.  
وفي النظم التجارية تعتبر المقاوله عملاً تجارياً إذا قام بها شخص طبيعي أو معنوي قد اكتسب صفة (التاجر)، وهذه الصفة تختلف باختلاف النظم<sup>(٣)</sup>، والمقاوله عقد معاوضة رضائي يلتزم فيه المقاول صناعه شيء كسيارة، أو أداء عمل كإقامة بناء وإشراف عليه، في مقابل التزام الطرف الآخر بتقديم بدل نقدي متفق عليه، إما شهرياً، وإما بنسبة معينة مثل (١٥ أو ١٠%) من النفقات الفعلية، أما تقديم مواد العمل فهو على حالتين: إما أن يتعهد المقاول بتقديم العمل فقط، ويقدم صاحب العمل بتقديم المواد، وإما أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معا.

تكييف عقد المقاوله في الفقه الإسلامي :

عقد المقاوله-بوجه عام-قد يشتهر بعدة عقود أخرى؛ كعقد البيع، وعقد السلم، وعقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، وعقد الوكالة، وعقد الجعالة، وعقد الاستصناع، وعلى ضوء التزام المقاول بتقديم العمل والمواد، أو بتقديم العمل فقط وفيما يلي بيانه:

#### الفرع الأول: التزام المقاول بتقديم العمل والمواد.

أقرب العقود الفقهية شبهاً بعقد المقاوله الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد: هو عقد (الاستصناع) الذي جعله الحنفية عقداً مستقلاً عن عقد السلم وعن عقد الإجارة<sup>(٤)</sup> بخلاف جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(٥)</sup>

(١) قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي أعدته جامعة الدول العربية مادة (٧٣١).

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

(٣) نظام المحكمة التجارية السعودي، المادة ٢/د.

(٤) التنف في الفتاوى للسغدي (٢/٥٧٨): "وكان أبو حنيفة يقول إذا بين المستصنع له أجلا معلوماً؛ فهو سلم، وكان أبو يوسف ومحمد يقولان: الاستصناع لا يكون سلماً بوجه من الوجوه كما أن السلم لا يكون استصناعاً".

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٠٩/٥) وحاشية ابن عابدين، حاشية: ٢١٣/٤، الفتاوى الهندية:

٢٠٧/٢، مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، البنك

الإسلامي للتنمية-المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط ٢: ١٤٢٠هـ.

بحث عقد الاستصناع (ص: ١٧).

(٦) الخطاب، مواهب الجليل: ٤/٥٩٣ - ٥٤٠، الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير:

والشافعية<sup>(١)</sup> والحنابلة<sup>(٢)</sup> جعلوا عقد الاستصناع ضمن عقد السلم، وكما سبق أن الحنفية<sup>(٣)</sup> أجازوه استحساناً<sup>٤</sup>، على خلاف القياس<sup>٥</sup>، فالاستصناع سلم، والسلم بيع عند المالكية وسلم بالصناعات عند الشافعية، والقاضي من الحنابلة يمنع استصناع سلعة على غير وجه السلم: "ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، واقتصر عليه في الفروع"<sup>(٦)</sup>، وقال الهاشمي: "لا يجوز استصناع القماقم أو الخفاف والطنسوت والأباريق، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجوز استحساناً لا قياساً، دليلنا أنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم فيجب أن لا يصح كما لو اصطنع ثوباً وشقه مازر"<sup>٧</sup> وقال الطحاوي: (وقال مالك لا بأس باستصناع القماقم والطنسوت 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 سلماً، وقال مالك إن ضرب له أجلاً جاز وكان سلماً وإن لم يضرب له أجلاً لم يجز، وقال الثوري والشافعي لا يجوز الاستصناع من ذلك إلا أن يكون شيئاً معلوماً فيجوز على شرائط السلم)<sup>٨</sup>.

والفرق بين عقد الاستصناع وعقد السلم؛ أن عقد الاستصناع يقارب الإجارة كثيراً، ويكون في بعض الأحيان المادة الخام من البائع والعمل من البائع، ويقع مثلاً في صنع

(١) النووي، روضة الطالبين: ٣/٤.

(٢) المرادوي، الإنصاف: ٣٠٠/٤.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ - ٢١٠. مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، البنك الإسلامي للتنمية - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط ٢: ١٤٢٠هـ.

(٤) تحفة الفقهاء (٢/٣٦٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ط الكتاب العربي (٥/٢٠٩).

(٥) بحوث المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في مؤتمره السابع المنعقد بجمدة لعام ١٤١٢ هـ، الاستصناع لسعود التبيتي، صفحة: ٦٤٥-٦٦٠، عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا، صفحة: ١٨، والجعالة والاستصناع لشوقي دنيا، صفحة: ٢٨-٣٠، بيع المراجعة لمحمد الأشقر صفحة: ١٦١-١٦٣، الاستصناع لعبدالرحمن العثمان، صفحة: ١٣ - ٢٤.

(٦) الإنصاف للمرادوي (٤/٣٠٠) والفروع (٦/١٤٧) وكشاف القناع عن متن الإقناع (٣/١٦٥).

(٧) رؤوس المسائل في الخلاف على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل (٤٦٧) (١/٤٩٥): "مسألة لا يجوز استصناع القماقم والخفاف والطنسوت والأباريق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز استحساناً لا قياساً؛ دليلنا أنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم فيجب أن لا يصح كما لو اصطنع ثوباً وشقه مازر".

(٨) اختلاف الفقهاء: ٣/٣٥.... ومختصر اختلاف العلماء (٣/٣٥).

الخفاف، يقول له مثلاً: أريد مائة خف على أن تصنعها لي، قالوا: إنه يجوز أن يكون هذا من عقد الاستصناع، وهو أقرب إلى الإجارة منه إلى السلم، ولكنه دخل في بيع السلم وقارب بيع السلم لانصبابه على الذوات والأعيان، وقارب الإجارة لانصبابه على المنفعة وهي العمل والتصنيع، فهو يجمع بين المنفعة وبين البيع للذات، فهو من ناحية الطلب يقول: أريد أن تصنع لي -مثلاً- مائة خف، فهذا إجارة، ومن جهة كون الخاف من البائع ويلتزم به فهو أشبه بعقد السلم، ومن هنا شرك بين البيع وبين الإجارة، فأفردوه بقولهم: عقد الاستصناع، قال الكاساني: "يجوز استحساناً؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نُكْرٍ... ولأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين؛ كان جائزاً"<sup>(١)</sup>.

وحجة الحنفية أن الاستصناع بيع من البيوع، جاز استحساناً على خلاف القياس؛ لحاجة الناس إليه فالناس تعاملوا به في جميع الأعصار من غير نكير، فكان إجماعاً منهم على الجواز<sup>(٢)</sup>، وهو من أكثر العقود التي يحتاجها الإنسان في حياته، ولذا كانت تُسمى "إيجار أصل الصنائع"<sup>(٣)</sup>، ولا يزال الناس يستصنعون من غير نكير، ولأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً؛ كالناسي للتسمية، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل<sup>(٤)</sup>، وهذا هو قول جمهور فقهاء الحنفية، بينما ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الاستصناع مواعدة، وليس بيعاً، وإنما ينعقد بيعاً عند الفراغ من العمل وقبضه وتسليمه للمستصنع طالب الصنعة والعمل<sup>(٥)</sup>، وحينئذ يكون بيعاً بالتعاطي<sup>(٦)</sup>؛ ويؤكد أنه الصانع يجوز له ألا يعمل، ولا يجبر على العمل، وهذا مخالف لعقد السلم، وللمستصنع ألا يقبل ما يأتي به، ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة<sup>(٧)</sup> وهو قول الحاكم الشهيد<sup>(٨)</sup>، ومحمد بن مسلمة،

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ - ٢١٠.

(٣) موضوعات في القانون للمهندسين، نبيل عبد البديع، كلية الهندسة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨، ص ١٠٠.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ - ٢١٠ و البابرتي، العناية على الهداية - مع فتح القدير: ٣٥٥/٥.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥.

(٦) ابن الهمام، فتح القدير: ٣٥٥/٥، ونسب هذا الرأي إلى الحاكم الشهيد، والصفار، ومحمد بن سلمة، وصاحب المنثور.

(٧) عقد المقالولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة)، أ.د محمد جبر الألفي ص ٨.

(٨) المبسوط للسرخسي: ج: ١٢، صفحة: ١٣٩.

وأبو القاسم الصفار ، ومحمد بن سلمة<sup>١</sup>، والسمرقندي ، وغيرهم ، واختاره من المعاصرين :  
د. علي السالوس<sup>٢</sup>.

وهذا الرأي - عدم لزوم الاستصناع- لو انسحب على عقد المقاولة لأدى لفساد كبير ،  
فعقود المقاولات تكلف مبالغ ضخمة ، فلا بد أن تكون لازمة للطرفين ، فجمهور فقهاء  
الحنفية يرون 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 يرجع في العقد قبل رؤيته الشيء المصنوع<sup>(٣)</sup>، وتطبيق ذلك  
على مقاولات الإنشاء والتعمير - في صورها المعاصرة - يؤدي إلى ضرر فاحش وفساد كبير  
في التعامل<sup>(٤)</sup>.

ولكن عددًا من كبار فقهاء الحنفية يرون أن عقد الاستصناع لازم لكل من المتعاقدين منذ  
البداية<sup>٥</sup>، وهذا القول هو الذي تبنته مجلة الأحكام العدلية على سبيل الاجتهاد  
الاستصلاحي<sup>(٦)</sup>، حين اتسعت مجالات الاستصناع لدرجة لا يمكن تجاهلها ، ولا يستقيم  
الأمر بغير إلزامية الاستصناع ، فنصت المجلة في مادتها (٣٩٢) إذا انعقد الاستصناع فليس  
لأحد العاقدين الرجوع<sup>(٧)</sup>، وهو ما استقر عليه رأي مجمع الفقه الإسلامي في جدة في  
دورته السابعة سنة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م، حين قرر: "أن عقد الاستصناع-وهو عقد وارد  
على العمل والعين في الذمة- ملزم للطرفين، إذا توافرت فيه الأركان والشروط"<sup>(٨)</sup>.  
فالاستصناع عقد لازم بعد إتمام العقد؛ وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية التي وضعها  
بعض أكابر علماء الحنفية المتأخرين، حيث جاء فيها: "وإذا انعقد الاستصناع ، فليس لأحد  
العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع  
مخيراً"<sup>٩</sup>.

(١) فتح القدير للسيواسي ، ج : ٧ ، صفحة : ١١٥ .

(٢) مجلة المجمع الفقهي ، بحث الدكتور علي السالوس ، صفحة : ٢٥٥

(٣) ابن الهمام، فتح القدير: ٣٥٥/٥، الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥-٢١٠، الفتاوى الهندية:  
٢٠٧/٢.

(٤) عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة) ، أ.د محمد جبر الألفي ص ٩ .

(٥) ابن عابدين، الحاشية(٤/٢١٣) ، الفتاوى الهندية: ٢٠٨/٢ .

(٦) عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة) ، أ.د محمد جبر الألفي ص ١٠ .

(٧) المادة (٣٩٢): "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع...".

(٨) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دمشق: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ص ١٤٤، وانظر بحوث  
الاستصناع التي قدمت في تلك الدورة.

(٩) (المادة ٣٩٢).

والقول بلزوم عقد الاستصناع عزاه صاحب المحيط البرهاني للإمام أبي يوسف - وإن كان هذا النقل مخالفاً للنقل المشهور عنه، لكن المجلة بنت عليه-؛ كما جاء في المحيط البرهاني: "وقال أبو يوسف رحمه الله: "يُجبر المستصنع دون الصانع وهو رواية عن أصحابنا رحمهم الله، ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما بل يُجبر الصانع على العمل ويُجبر المصنوع على القبول".<sup>(١)</sup>

ويترجح لدى الباحث -وهو قول جماعة من الفقهاء- أن عقد المقاولة - الذي يلتزم فيه المفاوض بتقديم العمل والمواد - يكون عقداً مستقلاً، ملزماً للطرفين، يسمى عقد مقاولة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق الطرفين، بما لا يخالف حكماً فقهياً مجمماً عليه، أو قاعدة أمره نص عليها نظام داخلي، أو اتفاقات دولية لا تخالف المبادئ العامة في الشرع الإسلامي<sup>(٢)</sup>، والأولى أن تكون هذه العقود مستقلة وتخضع للقواعد الشرعية العامة ولا داعي لتخريبها أو تكييفها على عقود قديمة، والأصل في تعامل الناس الجواز حتى يشتمل 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 كثيراً منها. وتحتزم المحاكم الدولية ومحاكم كثير من الدول في أوروبا وأمريكا إصدارات الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين الفيديك، وتعتبر بشروط بالشروط النموذجية لعقود المقاولات في الإنشاء والتعمير كما في الكتاب الأحمر<sup>(٣)</sup>.

#### الفرع الثاني: التزام المفاوض بتقديم العمل فقط<sup>(٤)</sup>.

أقرب العقود الفقهية شبهة بعقد المقاولة الذي يلتزم فيه المفاوض بتقديم العمل -فقط- هو عقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، وهو جائز بغير خلاف بين أهل العلم<sup>(٥)</sup>، قال الكاساني: "فإن أسلم إلى حدّاد حديدًا ليعمل له إناءً معلومًا بأجر معلوم، أو جلدًا إلى خفّاف ليعمل له خفّافًا 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"<sup>(٦)</sup>، ويبقى بعد ذلك تحديد نوع هذه الإجارة تبعًا لمن يمارسها، هل هو أجير

(١) المحيط البرهاني (٧/ ١٣٦).

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

(٣) محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين)، دار النهضة العربية، القاهرة: ٢٠٠١، ص ٢ - ٤.

(٤) السابق.

(٥) ابن قدامة، المغني ومعه الشرح الكبير: ١٠٥/٦ - ١٠٦.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع: ٤/٥.

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<sup>(١)</sup>، ولأنه لا يستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فالأقرب اعتباره أجيرًا مشتركًا، فالأجير المشترك هو الصانع<sup>(٢)</sup> وذلك لأن المستأجر لا يقتصر على صاحب العمل فقط بنفعه في مدة العقد دون سائر الناس<sup>(٣)</sup>، 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)<sup>(٤)</sup>.

والإجارة جائزة بالإجماع، كما قال ابن قدامة: "بغير خلاف بين أهل العلم"<sup>(٥)</sup>؛ وقال الكاساني في البدائع: "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"<sup>(٦)</sup>.

ويكيف عقد الاستصناع على أنه إجارة -أجير مشترك<sup>(٧)</sup>- في حالة اقتضار التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه، ولا يلتزم ترك العمل لغيره، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك، وهكذا شأن القائمين بإجارة الأعمال أو الاستصناع، وهي: التي تعقد

(١) ابن قدامة، المغني: ١٠٦/٦.

(٢) السابق.

(٣) ابن قدامة، المغني: ١٠٦/٦.

(٤) السابق.

(٥) ابن قدامة، المغني ومعه الشرح الكبير (١٠٥/٦ - ١٠٦).

(٦) بدائع الصنائع للكاساني (٤/٥).

(٧) فرق الفقهاء بين الأجير المشترك والأجير الخاص، فالمشترك هو الذي يقبل العمل من أكثر من شخص، كما في مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لقدري باشا الحنفي (ص: ٨١): "الذي يعمل لا لواحد مخصوص ولا لجماعة مخصوصين... عملاً غير مؤقت أو عملاً مؤقتاً بلا اشتراط التخصيص عليه، والأجيرة المشترك لا يستحق الأجرة إلا إذا عمل"، والأجير المشترك يضمن ماتلف في يده وإن لم يفرط، وهذا كان مذهب الصحابة آخرًا، قال علي بن أبي طالب لعمر لا يصلح الناس إلا ذلك، يعني تضمين الصانع.

والأجير الخاص: هو الذي يعمل لغيره واحداً كان أو أكثر عملاً مؤقتاً مع اشتراط التخصيص عليه وعدم العمل لآخر... انظر: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (٨/ ١٧٠)، و الجامع لمسائل المدونة (١٧/ ٣٨٣)، ونهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٨/ ١٥٧) والشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة (٦/ ١٢٠).

على عمل معلوم، كبناء وخياطة ثوب، وحمل إلى موضع معين، وصباغة ملابس، وإصلاح حذاء ونحوه<sup>(١)</sup>.

والمراد بالأجير المشترك أو العام، هو: الذي يعمل لعامة الناس، كالصباغ والحداد والكواء ونحوهم، وليس الأجير الخاص أو أجير الوحد، وهو: الذي يعمل لشخص واحد، لمدة معلومة، قال في النتف في الفتاوى: "الأجير المشترك فهو الذي يتقبل الأعمال من الناس مثل الصباغ والقصار والنساج والإسكاف والحداد والراعي للقوم أو للقرية ونحوهم"<sup>(٢)</sup>.

#### الترجيح:

عقد المقاولة الذي يلتزم فيه الماقل بتقديم العمل فقط عقد مستقل ملزماً للطرفين، ويسمى عقد مقاولة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق طرفيه بما لا يخالف حكماً فقهياً مجمماً عليه، أو قاعدة أمرة نص عليها نظام داخلي أو اتفاق دولي غير مخالف للمبادئ العامة في الشرع الإسلامي<sup>(٣)</sup>.

فعقد المقاولة أصبح منفصلاً عن كل من عقدي الاستصناع، والإيجار بعد أن كان مختلطاً بهما في الجملة، وصار عقد المقاولة عقداً ملزماً للجانبين، وهو من عقود المعاوضة، ويقع بالتراضي على العمل المطلوب تأديته من الماقل، وعلى المقابل (الأجر) الذي يتعهد رب العمل بأدائه.

وأصبح عقد المقاولة متميزاً عن عقدي العمل والوكالة، والذي يميز عقد المقاولة عن عقد العمل هو: أن الماقل لا يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ومن ثم فلا يعتبر الماقل تابعاً لرب العمل، ولا يسأل رب العمل عن الماقل مسؤولية المتبوع عن تابعه.

#### أنواع عقود المقاولة:

أولاً: باعتبار محدودية الأسعار من عدمها، وتنقسم إلى عدة أنواع.

أ- عقود الأسعار المحددة، وهي نوعان:

عقود الفئة الشاملة: يسمى عقد المقطوعية (٤) أي ذات أجر إجمالي ثابت لا يتغير، وهذا العقد يناسب أعمال المقاولات المتوسطة والكبيرة الحجم، وبمقتضى العقد ينجز الماقل

(١) انظر: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (٨ / ١٧٠)، والجامع لمسائل المدونة (١٧ / ٣٨٣)، ونهاية

المطلب في دراية المذهب للجويني (٨ / ١٥٧) والشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة (٦ / ١٢٠).

(٢) النتف في الفتاوى للسعدي (٢ / ٥٦١).

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

(٤) د/محمد ليب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، سنة

٢٠٠٨م، ط١، ص ٥٤.

الأعمال المطلوبة في مقابل مبلغ محدد ومعين من المال يتم دفعه دفعة واحدة عند إتمام الأعمال<sup>(١)</sup>.

وهذا لا حرج فيه من جهة الفقه الإسلامي و الإجارة في الغالب بين الناس تقوم على هذا يستحق الأجير الأجرة بعد انتهاء العمل دفعة واحدة<sup>(أ)</sup>، فثبات الأجر هو المشهور بين المؤجر والأجير لا يتغير بتغير تكلفة تنفيذ الأعمال عما قدره المفاوض، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الأجر الثابت مقدرا إجمالاً<sup>٢</sup>، ولكن إذا جاءت نازلة أو جائحة كارتفاع سعر العمالة أو ارتفاع سعر المواد أو وقوع نازلة بالبلد تغير السعر أو جائحة تحتاح الاقتصاد، فهل يراعي تغير الأجر المقطوع به الثابت عند الفقهاء؟، وللإجابة عن هذا نذكر موقف الفقهاء من الجائحة:

اختلف الفقهاء في تفسير حديث جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ (لو بعث من أخيك ثمر فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ من مال أخيك بغير حق...أرأيت لو منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟)<sup>٣</sup>، وحديث جابر -الآخر - قال: (أمر النبي صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح)، فذهب مالك وأهل المدينة إلى أن الجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً، ولا يكون ما دون ذلك جائحة، وقال أحمد بن حنبل وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث: الجائحة موضوعة في القليل والكثير، وذهب الليث والكوفيون والشافعي إلى أن الجائحة في مال المشتري، ولا يرجع على البائع بشيء<sup>٤</sup>، وقال ابن قدامة<sup>٥</sup> في المغني: ما تهلكت الجائحة من الثمار من ضمان البائع في الجملة، وبهذا قال أكثر أهل المدينة، منهم: يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث... أن ظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضب، فلا يلتفت إليه...وعنه رواية أخرى: أن

(١) تعديل عقود الأشغال العامة د/ محمد فؤاد الحريري، د/ محمد سعد عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٢) د/ محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاوله، بنود دار نشر، جمهورية مصر العربية، سنة ١٩٧٧، ص ٦٦.

(٣) شرح أحكام عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٨م، الطبعة الأولى، ص ٥٤.

(٤) البخاري كتاب البيوع باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع(٣/٧٧)(٢١٩٨) ومسلم كتاب المساقاة باب وضع الجوائح (٣/١١٩٠) ١٥٥٥، واللفظ لمسلم.

(٥) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٦/٣١٩) و التهذيب في اختصار المدونة (٣/٤٣١).

٦ "المغني" (٤/٢٣٣) نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار (١١/٥٢٥).



ما كان دون الثلث فهو من ضمان المشتري، وهو مذهب مالك والشافعي في القسّم وهو رواية عن أحمد<sup>١</sup>... وإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن".  
**وفي تحديد الجائحة** قال ابن قدامة: "الجائحة: كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والجراد والعطش".

وضيها المالكية - كما قال ابن زرقون- في "شرح الموطأ": والذي يوضع من الجوائح عند ابن القاسم: كل ما لا يستطيع دفعه وإن علم به، والذي يستطيع دفعه إن علم به ليس بجائحة، كالسارق، وهو مذهب ابن نافع في "المدونة"، وقال مطرف وابن الماجشون: لا تكون جائحة إلا ما أصاب الثمر من أمر السماء؛ من عفن أو برد أو عطش أو فساد بحر أو برد أو بكسر الشجر، وأما صنع الآدمي فليس بجائحة.  
بينما قال ابن القاسم في "المدونة": كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان فهو جائحة سارقا كان أو غيره.

وإذا كانت الجائحة من قبل العطش فقال مالك وابن القاسم في "الواضحة": يوضع قليل ذلك وكثيره؛ كانت تشرب مطرا أو غيره، وأما الجائحة بكثرة المطر فهو نوع من العفن يوضع كثيره دون قليله<sup>٢</sup>.

#### وفرق المالكية بين نوع الثمر الذي توضع فيه الجائحة :

فكل مبيع يحتاج إلى بقائه في أصله لانتهاه صلاحه وطيبه كثمرة النخل والعنب؛ إذا اشترى عند بدو صلاحه، وثمرته التفاح والتين والبطيخ والورد والياسمين... فلا خلاف عندنا في وضع الجائحة فيه، وأما ما لا يحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نضارة كالتمر اليابس والزرع، فلا خلاف أنه لا توضع فيه جائحة، لأن تسليمه قد كمل، وهو كالصبرة الموضوعة في الأرض، وأما ما يحتاج إلى بقائه في أصله لحفظ نضارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه، وكالقصيل والقصب والقرط والبقول والأصول المغيبة، فروى ابن القاسم في المدونة: إن اشترى التمر في رءوس النخل وقد طابت طيبا بينا، فأصابتها جائحة، فليس على البائع شيء، لأنه مثل ما في الجرن<sup>٣</sup>.

وأصل الخلاف في هذه المسألة: هو اختلافهم فيما إذا أصابت الآفة الثمرة بعد أن يخلي البائع بين الثمرة وبين المشتري فيقبضها على مذهب أبي حنيفة والشافعي، وأحمد، سواء

١ مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١٠٠) و اختلاف الأئمة العلماء (١/ ٣٨١)

٢ المنتقى شرح الموطأ (٤/ ٢٣٢) القبس (ص: ٨١٣) ونخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار (١١/ ٥٢٦).

٣ نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار (١١/ ٥٢٦).

كانت الثمرة مما تحتاج إلى التبقية أو لم تكن<sup>١</sup>.

وفي عقود الفيديك أن الظروف الطارئة (القوة القاهرة) معتبرة، ولا بد من مراعاته ومراعات تحول الأسعار بما يتفق مع قول جمهور الفقهاء من اعتبار الجائحة وقد عالجتها في الباب التاسع عشر، المواد (١٩) في سبعة بنود، فعرفوا القوة القاهرة بأنها حدوث ظرف استثنائي خارجا عن سيطرة أي طرف ولا يمكن لهذا الطرف أن يكون قد احتاط له بشكل معقول عند إبرام العقد ولم يكن له تجاوزه بشكل معقول وأنه لا يعزى بشكل جوهري للطرف الآخر، وساق أمثلة عليها كالحرب، والتمرد وأعمال الثورة والشغب والحرب الأهلية والاضطرابات والذخائر الحربية والكوارث الطبيعية كالزلازل والبراكين والأعاصير والعواصف...<sup>٢</sup>.

ب- عقود غير محددة (عقود القياس) :

وهي العقود المبرمة بمقتضى مقياس على أساس الوحدة (القياس)، ويكون الأجر في هذه العقود المبرمة بأن تكون المحاسبة طبقا للكميات المنفذة على الطبيعة، وبذلك تكون عقود مقاولات البناء والتشييد ذات الأجر الثابت هي العقود التي يتحمل فيها رب العمل مخاطر الانخفاض في تكاليف تنفيذ الأعمال، ويتحمل المقاول مخاطر الزيادة فيها عما كان مقدرا وقت التعاقد، بينما تكون عقود مقاولات البناء والتشييد ذات الأجر الإجمالي كأحد نوعي عقود الأجر الثابت، وبالإضافة إلى خصائص العقد الثابت، هي التي يتحمل فيها رب العمل مخاطر الانخفاض في كميات البنود المنفذة، ويتحمل المقاول مخاطر الزيادة فيها عما كان مقدرا وقت التعاقد<sup>٣</sup>.

ثانيا : تقسيم عقد المقاولة باعتبار مباشرة العقد بين المقاول والمالك (صور إبرام عقد المقاولة)، وبرزت في الواقع العملي عدة صور لإبرام عقد المقاولة:

- ١ - فقد يبرم العقد مباشرة بين المستفيد والمقاول.
- ٢ - وقد يبرم العقد الرئيس بين المستفيد والمقاول، ثم يبرم عقد آخر - أو عقود أخرى - بين المقاول وغيره من المقاولين الذين يلتزمون بصنع شيء أو أداء عمل من أعمال المقاولة الأولى (المقاولة من الباطن).
- ٣ - وقد يبرم المستفيد عقد مقاولة مع مؤسسة مالية، ثم تبرم هذه المؤسسة المالية عقودا مع مقاولين يلتزمون بتنفيذ المقاولة التي تم الاتفاق عليها مع المستفيد (الاستصناع الموازي)، فتلك

(١) اختلاف الأئمة العلماء (١/ ٣٨٢)

(٢) شروط عقد التشييد (الفيديك) عام ١٩٩٩م ترجمة دجمال نصار، د داود خلف، د ماجد خلوصي، ود نبيل عباس، ص ٨٤-٨٦.

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

صور ثلاث وفيما يلي بيانها:

### أولاً: عقد المقاولة مباشرة بين المفاوض والمستفيد.

في هذه الصورة التي يتم فيها إبرام العقد مباشرة بين المفاوض والمستفيد، وهي الصورة المعتادة، وسبق بيان جواز عقد الاستصناع ، وأنه عقد لازم لكل من طرفيه بمجرد انعقاده، متى توافرت أركانه وشروطه<sup>(١)</sup>.

### ثانياً : عقد المقاولة من الباطن.

هو اتفاق بين المفاوض المتعاقد مع المالك صاحب العمل ، وبين مفاوض ثانٍ من الباطن ، محله إسناد ما تم تعاقده عليه من إنشاء وتعمير مع المستفيد، ليقوم المفاوض الثاني بتنفيذه كله أو جزء منه، مقابل أجر محدد<sup>(٢)</sup>، ويطلق على المفاوض الثاني: المفاوض من الباطن، أو المفاوض الثانوي، أو المفاوض الفرعي<sup>(٣)</sup>.

يسري على عقد المقاولة من الباطن نفس التكييف السابق من أنه عقد استصناع ، فإذا التزم المفاوض الثاني بتقديم العمل والمواد لتنفيذ ما تم إسناده إليه؛ كمقاوله الكهربائي أو مقاوله التكييف أو مقاوله الإنشاءات الصحية في المبنى الذي تم إنشاؤه، يكون العقد الذي أبرم مع المفاوض الأصلي عقد استصناع ، ولا مانع من تسميته عقد مقاوله من الباطن<sup>(٤)</sup>، أما إذا كان المفاوض الثاني قد التزم بتقديم العمل فقط - كإجراء التركيبات المختلفة - فإن العقد الذي بينه وبين المفاوض الأصلي يسبغ عليه صفة الأجير المشترك، إلا إذا كان يخضع طوال مدة العقد لإشراف المفاوض الأصلي، ويستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فإنه حينئذ يكون أجيراً خاصاً لدى المفاوض الأول، ولا مانع من تسمية العقد في الحالتين: عقد مقاوله من الباطن.

وبنه فقهاء الشريعة الإسلامية لتلك الصورة من التعامل وهي المقاولة من الباطن ، واعتبروها مشروعاً إذا توافر فيها شرطان:

أولهما : ألا يشترط المستفيد على المفاوض الأصلي مباشرة العمل بنفسه .

والشرط الثاني : ألا تكون شخصية المفاوض الأصلي محل اعتبار عند المستفيد ؛ لما يأنسه فيه من كفاءة وأمانة ، وهذا ما نبه إليه فقهاء الحنفية ، كما جاء في فتح القدير: "وإذا شرط

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

(٢) عقد المقاولة من الباطن، مصطفى الجارحي، دار النهضة العربية، القاهرة: ١٩٨٨، ص ٣١، عزت عبدالقادر، عقد المقاولة، دار الألفي - القاهرة: ٢٠٠١م، ص ١٧٧/١٧٨ .

(٣) مسؤولية المفاوض والمهندس في عقد المقاولة، أحمد المومني ، مكتبة المنار، ط ١: ١٤٠٧هـ، ص ١٨٥ .

(٤) عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة) ، أ.د محمد جبر الألفي ص ١٦ .

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 وبلاستعانة بغيره، بمنزلة إيفاء الدين<sup>(١)</sup>. وفي المبسوط: "وإن كان الشرط على الزارع أن يعمل بنفسه لم يجز الضمان لأن ما التزمه العامل هنا لا تجري النيابة في إيفائه"<sup>(٢)</sup>.

وفي المختصر لابن عرفة المالكي: "وكان استأجره على أن يعمل بنفسه فاستأجر عليه غيره لما وجب لصاحبه أخذه"<sup>(٣)</sup>، وقال ابن قدامة في المغني: "وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة، لكنه لا يقوم غير الأجير مقامه، كالنسخ، فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط، لم يكلف إقامة غيره مقامه، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير؛ لأن الغرض لا يحصل من غير النسخ، كحصوله منه، فأشبه ما لو أسلم إليه في نوع، فسلم إليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الأعيان"<sup>(٤)</sup>.

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع: "فإذا كانت الإجارة على عمل في الذمة، لكن لا يقوم غير الأجير مقامه - كالنسخ - فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط، لم يكلف إقامة غيره مقامه، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير"<sup>(٥)</sup>، وجاء في فقه السنة: "وهذا في حالة ما إذا كان الطرف الآخر قد اشترط عليه أن يعمل بنفسه، فإذا لم يكن قد اشترط عليه هذا الشرط فإن المساقاة لا تنفسخ بل على العامل أن يقيم غيره مقامه"<sup>(٦)</sup>، وفي هذه الحالة يلتزم المقاول الأصلي بنصوص العقد الذي أبرم بين صاحب العمل والمقاول الأصلي، والعلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني تحكمها نصوص عقد المقاول 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، وقال في المبسوط: "وإنما يصح الضمان بما هو مستحق على الأصيل للمضمون له..."<sup>(٧)</sup>.

- (١) فتح القدير لابن الهمام: ١٦٣/٧، وفي نفس المعنى بدائع الصنائع، للكاساني: ٢١٠/٥.
- (٢) المبسوط للسرخسي ط دار الفكر (٢٢٣/٢٢٣) و المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥٩٣/٧).
- (٣) المختصر الفقهي لابن عرفة (٣٢٨/٨).
- (٤) المغني لابن قدامة-تحقيق التركي (٦٢٠/٨) و الواضح في شرح الخرقي (٦٨٤/٢) (٣٠٣/٢).
- (٥) الشرح الكبير، مع المقنع والإنصاف، ابن قدامة، تحقيق: عبدالله التركي ٤٦٢/١٤، مواهب الجليل للحطاب: ٣٩٥/٥.
- (٦) فقه السنة للشيخ سيد سابق (٣٤٩/٣).
- (٧) المبسوط للسرخسي (١٢٧/٢٣).

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<sup>(١)</sup>، وإذا تضرر المالك بسبب حبس العين، فإن المالك يرجع بالضمان على المقاول الأصلي، ولذا تكون العلاقة بين المستفيد صاحب العمل والمقاول من الباطن تعتبر 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<sup>(٢)</sup>، 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 بالصناعة فيها حتى يحصل على أجره<sup>(٣)</sup>، كل هذا وغيره يميز للمقاول من الباطن - إذا لم يتمكن من الحصول على أجره المعين في عقد المقاولة من الباطن - أن يرجع على المستفيد الذي لا تربطه به علاقة عقدية ليحصل على أجره، بناءً على:

١- قاعدة: "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"<sup>(٤)</sup>، وذلك لأن المستفيد قد استفاد بالفعل، وهذه الفائدة مقابلها أجر لا بد من بذله، جاء في الذخيرة: "كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره، فعليه رد مثله في القيام بالمال، وعليه أجره المثل في العمل إن كان لا بد من الاستئجار عليه... ونحن نعتمد على العوائد فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال"<sup>(٥)</sup>.

وجاء في إعلام الموقعين "الشأن فيمن عمل في مال غيره عملاً بغير إذنه ليتوصل بذلك العمل إلى حقه، أو فعله حفاظاً لمال المالك واحتراماً له من الضياع، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله"<sup>(٦)</sup>، 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"<sup>(٧)</sup>، فإذا ثبت

(١) الكاساني، الموضع نفسه، سحنون، المدونة الكبرى، طبع دار صادر - بيروت: ١٣٢٣هـ، ج ٤ ص ٤٤٨.

(٢) السرخسي، المبسوط: ٩/١٦ - ١٠، روضة الطالبين: ٢٤٣/٥، المدونة: ٤٤٧/٤، ابن قدامة، المغني: ١٠٩/٦.

(٣) بدائع الصنائع: ٥/٢١٠، المدونة: ٤/٤٤٨، منتهى الإرادات: ١/٣٩٣، المهذب: ١/٤١٠.

(٤) عقد المقاولة (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة)، أ.د محمد جبر الألفي ص ٤٥.

(٥) القراني، الذخيرة: ٤/١٠٢.

(٦) ابن القيم، إعلام الموقعين: ٢/٤١٩.

(٧) المرجع نفسه: ٢/٤١٥.

ذلك:

أ- فإن العدل يقتضي أن للمقاول من الباطن حق الرجوع على المستفيد مباشرة<sup>(١)</sup>، 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، قضت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بأنها مسؤولية عقدية<sup>(٢)</sup>، في حين قضت الدائرة الثالثة في نفس المحكمة بأنها مسؤولية تقصيرية، لعدم وجود علاقة تعاقدية بين المستفيد والمقاول من الباطن<sup>(٣)</sup>، وإزاء هذا التناقض قررت الجمعية العمومية لمحكمة النقض حسم هذا النزاع باعتبار أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية عقدية<sup>(٤)</sup>.

ب- كما أن من قواعد الشريعة والعدالة أن المباشر إذا انعدم فيرجع المتضرر للمتسبب لثلا تضيع الحقوق ولا يرفع الضرر، وهذا من قواعد الضمان.

قال في الفروق: "إذا اجتمع من أسباب الضمان الثلاثة سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين كمن حفر بئراً 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 بقتل المكره..."<sup>(٥)</sup>، وقال في إعلام الموقعين "المباشر للتلف... لما لم يمكن الإحالة عليه ألغى فعله، وصار الحكم للتسبب..."<sup>(٦)</sup>.

### ثالثاً: عقد الاستصناع الموازي.

قد يحتاج الشخص (الطبيعي أو المعنوي) لعملية إنشاء أو تعميم؛ كبناء مسكن أو مصنع أو مجمع تجاري، وليس لديه التمويل الكافي الذي يمكنه من التعاقد مع أحد المقاولين، فيلجأ إلى مؤسسة مالية تقوم بهذه العملية عن طريق تعاقدها مع من تتعامل معهم من المقاولين والمهندسين على أساس المواصفات والتوصيات المبينة في العقد المبرم بين المؤسسة المالية والمستفيد، وبعد إتمام العمل تتسلمه المؤسسة المالية، وتقوم بتسليمه إلى المستفيد، وخلال

(١) القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، أحمد منير فهمي، مجلس الغرف التجارية السعودية، د.ت، ص ٤٤.

(٢) عقد المقاول (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة)، أ.د محمد جبر الألفي ص ١٨.

(٣) السابق.

(٤) السابق.

(٥) للقرافي = أنوار البروق في أنواع الفروق (٢/ ٢٠٦).

(٦) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢/ ٣١).

فترة العمل في المشروع يدفع المستفيد للمؤسسة المالية ثمن الإنشاءات وفق الاتفاق - غالباً ما يكون على هيئة أقساط دورية - تنتهي بتسليمه العمل كامل المواصفات ، أما في العلاقة بين المؤسسة المالية والمقاول، فقد يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً، وفق شروط العقد<sup>(١)</sup>.

### يتضح من ذلك أننا إزاء عقدين منفصلين:

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

٢ - وعقد مقاوله آخر (استصناع)، طرفاه المؤسسة المالية والمقاول، ومحله نفس العملية المتفق عليها في العقد الأول.

ونظراً لأن المستفيد متعاقد مع مؤسسة مالية لا تقوم بنفسها بالإنشاء أو التعمير، 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 التسلم أو غير ذلك؛ حتى لا تتحول العملية إلى مجرد قرض غير حسن.

إذا تقرر ذلك، فإن كلاً من العقدين يكون مشروعاً، ويمكن أن يطبق بشأنه قرار المجمع الفقهي رقم: (٦٥) (٧/٣)، ونصه:

أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي.

أ - بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب - أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة<sup>(٢)</sup>.

وقد ورد ضمن توصيات وفتاوى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية،

(١) عقد المقاوله (الإنشاء والتعمير والبناء) (حقيقته تكييفه صورة)، أ.د محمد جبر الألفي ص ١٧ ، وعقد الاستصناع، محمد سليمان الأشقر ، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس - عمان: ١٤١٨ - ١٩٩٨م، ج ١ ص ٢٤٠، مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص ٢٩ - ٣٦.

(٢) العناية شرح الهداية (٦ / ٤٥٢) ، وقال حاشية الصاوي على الشرح الصغير = بلغة السالك لأقرب المسالك (٣ / ٢٨٧): " يشترط تعجيل رأس المال ولا تأجيل الثمن " ، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص ١٤٤ - ١٤٥.

الذي انعقد بالجامعة الأردنية سنة ١٤١٤هـ، ما يلي: "يرى المؤتمر جواز استعمال السلم الموازي، والاستصناع الموازي، مع مراعاة عدم الربط التعاقدى بين العقدين المتوازيين في السلم والاستصناع، وعدم إساءة استعمال هاتين الصيغتين باتخاذهما ذريعة للمحذور"<sup>(١)</sup>.  
وعقد المقاوله بناء وتشبيد فقط ، وأطرافه ثلاثة (مالك ومقاول ومهندس استشاري) ، أما عقد تسليم المفتاح، وفيه يسبق البناء تصميم ورسومات ، أي أن الطرف المتعاقد مع المالك - رب العمل - يصمم ويجهز الرسومات الخاصة بالمبنى ثم يتولى عملية التشبيد والبناء ، وقد يكون أطرافه طرفين فقط، وهما المالك والمقاول ، ويكون المهندس الاستشاري تابعاً لرب العمل ، ومن هنا نجد أوجه التمييز بين العقدين.

#### عقد التوريد والتشغيل :

من العقود المشابهة لعقد الفيديك ، عقد التوريد والتشغيل ، وفيما يلي تعريفه :

تعريف التوريد لغة :

التوريد: في اللغة مشتق من الورد بالكسر ، وهو الإشراف على الماء، والورد والتوريد والاستيراد بمعنى واحد<sup>(٢)</sup>.

#### اصطلاحاً :

عقد التوريد من العقود المعاصرة ليس له تعريف في كتب الفقه فعرفته بعض الكتب القانونية والبحوث المعاصرة ، بأنه : " عقد بين جهة إدارية عامة ومنشأة خاصة (أو عامة) ، على توريد أصناف (سلع، مواد) محددة الأوصاف، في تواريخ معينة، لقاء ثمن معين، يدفع على نجوم (أقساط)"<sup>(٣)</sup>.

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (١٠٧) (١٢/١) بشأن عقود التوريد والمناقصات في دورته الثانية عشرة بالرباط عام ١٤٢١هـ بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلوماً مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه"<sup>(٤)</sup>.

وذكر الدكتور مصطفى الزرقاء بأنه: (التعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية للدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس)<sup>(٥)</sup>.

(١) عقد الاستصناع الموازي أ. د. محمد جبر الألفي ، و بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع

سابق، ج ١ ص ٢٤٨ .

(٢) لسان العرب (٤٥٦/٣).

(٣) السابق (٨٢٦ /٩).

(٤) السابق (١٩٧٧ /١٢) .

(٥) المدخل الفقهي العام ، للزرقا ، ٧١٠/٢ .



وبناء على ما سبق يمكن تكييف عقد التوريد -فقها- بأنه عقد بيع يتأجل فيه البدلان (المبيع، والثلث) (١) -وهو أشبه شيء في الفقه بعقد الاستصناع المعروف عند الحنفية، إذ أجازوا فيه عدم تعجيل الثمن، خلافاً للسلم الذي يشترط تعجيل الثمن، ولكنه يشبه السلم من وجه آخر أن الآجال فيه معلومة، يعني: آجال التسليم، وآجال الدفع (٢). وهذا يشبه ما عرف عند فقهاء الحنفية (٣) بعقد الاستحجار (٤)، وإن كان البدلان مجهولان ولكن الوصف وضبط الآجال في الدفع والتسليم جعله معلوماً، وأخرجه من الجهالة المنهي عنها: "فهو بيع شيء موصوف وهناك مواصفات معينة دقيقة للأمر التي يقدمها المورد من خلال الاتفاق العام والإطار العام الذي تم مع هذه الجهة، فإذا هو في النتيجة ينقلب من اتفاق إلى بيع مفصل ودقيق، وهو ما قرره الحنفية بأنه (بيع الاستحجار)... فإذا عقد التوريد هو في الواقع بيع من البيوع المتعارف عليها والمتفق على مضمونها، ولا إشكال فيه من الناحية الشرعية وقرره الفقهاء تحت ستار ما يسمى ببيع الاستحجار (٥).

وقد يكيف عقد التوريد على أنه عقد استصناع كما في قرار مجمع الفقه رقم (٦٦) (٧/٣) من الدورة السابعة للمجمع المنعقدة في جدة سنة (١٤١٢ هـ) (٦) فقد نص القرار على ما يلي:

#### عقد التوريد:

**أولاً:** عقد التوريد: عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعة معلومة، مؤجلة، بصفة دورية، خلال فترة معينة، لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه.

**ثانياً:** إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه. وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣).

**ثالثاً:** إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل، فهذا يتم بإحدى طريقتين:

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

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٨٢٦ / ٩).

(٣) قال في البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (٦ / ٢٤٣): "هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستحجار منه".

(٤) عقد الاستحجار صورته وأحكامه، أسامة عمر الأشقر، كلية الشريعة جامعة قطر، ص ٤.

(٥) بحوث دورة (عقد التوريد والمناقصات) قسم المناقشات، وهو مناقشة د وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي مجلد ١٢ / ص ٨٢٥.

(٦) عقود التوريد والمناقصة، إعداد، القاضي محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجلد ١٢ / ص ٦٧٢ ..

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

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 الكاليء بالكاليء<sup>(١)</sup>، أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم<sup>(٢)</sup>.

فما سبق قد يكيف عقد التوريد على أنه استصناع أو استجرار أو سلم، أو وعد ملزم، والذي يترجح أنه بحسب الصورة التي يتم التعاقد عليها يكيف عقد التوريد كما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي.

وعقود التوريد لا تختص بالمنقولات، فقد تكون عقوداً صناعية<sup>(٣)</sup>.

### عقد البوت (B.O.T)<sup>(٤)</sup>:

من العقود المشابهة للفيديك، عقد البوت وفيما يلي بيانه :

كلمة بوت اختصار لثلاث كلمات هي: بناء (Build)، وتشغيل (Operate)، ونقل الملكية (Transfer)، فهو عقد بناء وتشغيل، وإعادة الملكية، وهو - غالباً - ما يكون مختصاً بمشاريع البنية التحتية<sup>(٥)</sup> وهو نموذج من نماذج العقود الدولية للإنشاءات. وعقد (البوت) وهو: أن يتولى مستثمر معين من القطاع الخاص - بعد الترخيص له بذلك من الدولة أو الحكومة المختصة - تشييد وبناء مشروع معين من مشروعات البنية الأساسية، مثل إنشاء (مطار، أو طريق، أو محطة كهرباء)، وهذا على حسابه على أن يتولى إدارة المشروع بعد بنائه لمدة معينة تتراوح من (٣٠-٥٠) سنة<sup>(٦)</sup>.

وخلال هذه المدة التي يتولى فيها المستثمر تشغيل المشروع يحصل على تكاليفه التي تكبدها

(١) أي المؤجل بالمؤجل أو النسيفة بالنسيفة. العين (٥/٤٠٧).

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١ هـ. ١ رجب ١٤٢١ هـ الموافق ٢٣ - ٢٨ أيلول (سبتمبر) ٢٠٠٠ م.

(٣) مجلة البحوث الإسلامية، عدد (٩١) من رجب إلى شوال لسنة ١٤٣١ هـ (٩١/٢١٦).

(٤) لمزيد من التفاصيل يراجع: د/ جابر جاد نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢ م.

(٥) د/ عبد اللطيف القرني، الاقتصادية، بتاريخ ١٧/سبتمبر/٢٠١٨ م / ٧ / محرم / ١٤٤٠ هـ.

(٦) يراجع د/ ماهر محمد حامد احمد، النظام القانون لعقود البوت (B.O.T) الانشاء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق ن سنة ٢٠٠٤ م.

وأرباحه من خلال العوائد والرسوم التي يؤديها مستخدمو هذا المشروع بعناصره المختلفة إلى الدولة، وهذا العقد هو أحد نماذج عقود الفيدك الواردة بالكتاب البرتقالي الصادر عام ١٩٩٥م.

ويمكن التكييف الفقهي<sup>(١)</sup> لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T):  
مراحل هذا العقد ثلاثة: البناء، والتشغيل، والتحويل أو نقل الملكية<sup>(أ)</sup>، فذهب بعض الباحثين<sup>(٣)</sup> إلى أن عقد البناء والتشغيل والتملك أو التحويل عقد قديم عرف في التاريخ الإسلامي، فعن ابن عون قال: "كان محمد يكره أن يستأجر العرصة فيبني فيها من أجزها"<sup>(٤)</sup>، والعرصة هي الأرض البور أو البيضاء يستأجرها المستأجر ولا يدفع شيئاً عند العقد، وتكون أجرة الإجارة هي البناء الذي يبنيه على هذه الأرض بعد أن ينتفع بسكنها مدة من الزمن، ثم يرد الأرض وبناءها لأصحابها، وهو ما يعرف بحق الامتياز في الزمن المعاصر حيث تقوم الدولة -مثلاً- بمنح أرض لشركة ما لتبني عليها بناء ثم ترده بعد فترة من الزمن، وجاء 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، قال: إن سمى عدة ما يبنيتها به، وما يكون عليه في كل سنة، فذلك جائز، وإن لم يسم فلا خير فيه، قال محمد بن رشد... وهو كما قال"<sup>(٥)</sup>.  
وفي الذخيرة: "قال ابن القاسم أعرت أرضك عشر سنين للغرس ويسلم اليك بعد المدة بغرسها ويغتلها هو في المدة؟ يتمتع للجهل بحال المال، وجوزة أشهب كالبنيان إذا سمى مقدار الشجر"<sup>(٦)</sup>، وكذلك مسألة إعمار الأوقاف إذا خربت وتعطلت منافعتها، ولا يجد القائمون عليها من التمويل ما يحقق الاستفادة منها، ومضت على ذلك السنون الطويلة

(١) التكييف الفقهي هو: "تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من الجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة"، التكييف الفقهي للوقائع والمستجدات الفقهية، محمد عثمان شبير، ص ٣٠.

(٢) عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، هارون خلف عبد الدلو، رسالة ماجستير ١٤٣٦هـ، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية ص ٥٢.

(٣) حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT د. ناهد علي حسن السيد، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (الفكر) (٥/ ٣٧٧).

(٥) البيان والتحصيل (٨/ ٤٦٢)، و النوادر والزيادات (١/ ٣٠).

(٦) الذخيرة للقرافي (٦/ ١٤٣).

وليس للوقف موارد لعمارته، وإحيائه، فمن ثم فكر الفقهاء القائلون بجواز استبدال الوقف في إيجاد حل للإفادة من الوقف بإعمارته بأسلوب من أساليب عدة، كان من بينها عقد (البناء، والإشغال) وإن لم يكن معروفاً بهذا العنوان، وذلك بعد استيفاء المتعاقد تكاليف الإعمار بسكنه، واستثماره مدة معلومة، ثم إعادة عين الوقف لأصحابه ليؤدي الوظيفة التي حبس من أجلها، كما قال العلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين<sup>(١)</sup>: "مطلب في الوقف إذا خرب ولم يمكن عمارته: قال في الدر المنتقى إن الخان لو احتاج إلى المرممة آجر 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"<sup>(٢)</sup>. ومن هذا أيضاً ما جاء في البيان والتحصيل: "وسئل مالك عن رجل تكارى عرصه خربة على أن ينفق عليها، ويكون كراؤها كذا وكذا، قال مالك: أرى أن يسمى ما ينفق فيها ويقاصه بذلك في كراء ما تكارى به من السنين، فقبل له: أفيجعل كراءها دراهم؟ قال: بل أجزاء يجعل نفقته عشرة دنانير، وكراءها إياها عشرين سنة، في كل سنة نصف دينار، أو أقل من ذلك، أو أكثر من السنين والأجزاء، فعلى هذا يتكارى المتكارون، ويكري صاحب الدار"<sup>(٣)</sup>.

فهذه النقولات عن أهل العلم والآثار تدل على أن أهل الإسلام عرفوا عقد البناء و التشغيل والتحويل أو الملك، وجعلوه من عقود الإجارة والكراء كما هو في مذهب المالكية - كما سبق - ففي عقد (البناء والتشغيل والتحويل) أخذ الأجرة من المستخدمين المنتفعين بالمشروع بمثابة السكن في العرصة<sup>(٤)</sup> مقابل بنائها والانتفاع بها، وهو يمثل قيمة البناء، واسترداد رأس مال المشروع والأرباح المتوقعة منه بمثابة انتفاع ساكن العرصة، مقابل بنائها.

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 حديثاً يشتمل على عقد مقاوله، وعقد إجارة، وعقد

(١) حاشية رد المختار ج ٣، ص ٣٨٢.

(٢) عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك، عبد الوهاب أبو سليمان، مجمع الفقه الإسلامي بجددة الدورة التاسعة عشرة بالإمارات. ص ٢١

(٣) البيان والتحصيل (٩ / ١٦).

(٤) العرصة: بوزن الضرية بإسكان الراء، كل بقعة واسعة بين الدور بلا بناء، أو ساحة الدار والجمع العراض والعرصات. الصحاح (٣ / ١٠٤٤) والوسيط (٢ / ٥٩٣).

صيانة، وعقد إعادة الملك فهو عقد متعدد متنوع...<sup>(١)</sup>.

كما يمكن أن يقال: إنه عقد استصناع: "يخرج عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك (b.o.t) على عقد الاستصناع تالياً؛ فهو 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)"<sup>(٢)</sup>.

وخرجه بعضهم على مسائل إعمار الوقف الخراب كما سبق، القياس على إعمار الوقف الخراب "يخرج هذا العقد على بعض مسائل الأوقاف إذا خربت وتعطلت منافعها، ولا يجد القائمون عليها من التمويل ما يحقق الاستفادة منها، ومضت على ذلك السنون الطويلة وليس للوقف موارد لعمارة، وإحيائه، فمن ثم فكر الفقهاء القائلون بجواز استبدال الوقف في إيجاد حل للإفادة من الوقف بإعماره بأسلوب من أساليب عدة، كان من بينها عقد (البناء، والإشغال) وإن لم يكن معروفاً بهذا العنوان، وذلك بعد استيفاء المتعاقد تكاليف الإعمار بسكنه، واستثماره مدة معلومة، ثم إعادة عين الوقف لأصحابه ليؤدي الوظيفة"<sup>(٣)</sup>.

وقد أتت الحرائق على الوقف في الأناضول وعجز الوقف عن إعماره فاستحدث الفقهاء نظاماً جديداً لإعمار الوقف الحكر والاستحكار والإجارتين والمرصد، والمشاركة المتناقصة والإجارة المنتهية بالتملك والإجارة التمويلية.

وقد عرّف الفقهاء الحكر (بفتح الحاء والكاف)<sup>(٤)</sup>، ما احتبس مما يؤكل انتظارا لغلائه<sup>(٥)</sup>، واصطلاحاً: عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغراس أو لأحدهما، أو هو: احتباس الوقف العقاري تحت أجرة معلومة<sup>(٦)</sup> سواء في ذلك خصصت الأرض منذ بدء الوقف أو طرأ عليها إجارة لمدة معينة. وكل ما بينه المحتكر أو يغرسه لنفسه بعد إذن الواقف أو ناظر الوقف فهو ملك له، يحق له

(١) عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك عبد الوهاب أبو سليمان، مجمع الفقه الإسلامي بجدّة الدورة التاسعة عشرة بالإمارات. ص ١٦.

(٢) السابق ص ١٦.

(٣) السابق ص ٢١.

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

(٥) الاختيار لتعليل المختار ٤ / ١٦٠، وابن عابدين ٥ / ٢٥٥، والحكر وتقديره محمد شفيق باشا (ص ٩)، أحكام الوقف والموارث (ص ١٤٥).

(٦) حاشية ابن عابدين (٣ / ٣٩١)، وهو تعريف الرملي الشافعي كما في الفتاوى الخيرية (٢ / ١٢٦).

بيعه ووقفه وتوريثه على أساس من العقد الذي قام عليه الحكر، وتؤخذ أجرة الحكر على حسب المثل الذي يقرره أصحاب الخبرة.

ولا يؤمر المستحكر بقلع غرسه ولا هدم بنائه، إلا إذا صح إخراجها بوجه شرعي، وإذا ارتفع أجر المثل بزيادة كبيرة فإنه يلزم برفع الأجرة فإن امتنع أمر بالخروج، فإذا انتهى عقد الإجارة وأراد استبقاء الوقف بيده، فهو أحق به على رأي طائفة من الفقهاء منهم ابن عابدين وغيره من الأحناف منعا للإضرار بالمحتكر، لاسيما إذا كان يدفع أجرة المثل، والمحتكر شبيهه بالمالك للعقار، لأنه يتصرف فيه بناء وغرسا وبيعا وشراء على محتكر آخر، وتوريثا لورثته بنفس العقد، إلا أنه يختلف عن المالك في أنه لا سبيل له إلى استغلال الوقف إلا بالإجارة، أما المالك فيستطيع استغلال الملك في وجوه أخرى. والحكر له فائدة في باب الوقف، فهناك كثير من الأوقاف تتعطل بسبب التقادم أو لعدم وجود من يقوم عليها، ولم تعد تدبر ريعا لبنائها والحفاظ على جدتها، فتؤجر حكرًا بثلث المثل على من ينتفع بها ويدفع أجرتها ويقوم بتطويرها وإصلاحها. واختلف الفقهاء في تأجير الوقف لمدة طويلة، فمنع فريق منهم ذلك خوفا على الوقف من الإضرار والإهمال، وأجازه آخرون إذا ما اتخذت التدابير والشروط التي تحول دون ذلك من إهمال أو اندثار أو إضرار، وقال في رد المختار: "إذا كان له فيها حق القرار، وهو المسمى بالكردار على ما قدمناه مبسوطا في مسألة الأرض المحتكرة من أن له الاستبقاء بأجرة المثل دفعا للضرر عنه، مع عدم الضرر على الوقف" (١)، وقال: "الاستحكار عقد إجارة يقصد بها استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما" (٢) وكما تقدم فإن نظام الحكر من أشهر طرائق الوقف وأكثرها ورودا في الدفاتر... ولعلنا نأخذ مثلا على ذلك للتعرف على صيغة التعاقد في الحكر، فمن ذلك ما ورد في الكشف رقم (١٧٥) صحيفة ٨٧ (دفتر الوقوف) ما نصه: (صورة كشف صادر من دفتر مسقفات المرحوم السلطان محمد قايتباي فيما هو آت الذكر أدناه: عما هو خاص باسم المحترم الشريف على باشا نجل المرحوم الشريف عبد الله باشا نجل المرحوم الشريف محمد بن الشريف عبد المعين بن عون، وذلك كامل الدكان الكائن بمكة المشرفة بالمشعر الحرام خط المسعى تحت ريع الصيارف من حارة القرارة الذي يحده ويحيط به حدود أربعة...) إلى قوله: (بما على كامل الدكان المذكور من الحكر لجهة الوقف في كل عام قرشان تسلم بيد مدير الأوقاف) (٣).

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المختار) (٤/ ٤٠٤).

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المختار) (٦/ ٣٢).

(٣) الوقف في الشريعة والقانون، زهدي يكن، دار النهضة العربية بيروت. ١٣٨٨هـ، ص ١٢٢، =

وأيضاً نظام الإيجارين، وهو تأجير الأراضي (الحكومية) وأوقاف الإيجارين للمتصرفين ب عقود إجارة غير محدودة المدة الذي نظمته بعض القوانين من المواضيع التي يدور جدل في شرعيتها، ومن المعلوم أن مالك الأرض الحكومية هو بيت المال، ويؤجر حق التصرف فيها للراغبين مقابل إيرادات دخولها، لأن مشروعية عقد الإجارة الطويلة يتعرض للجدل والنقاش، أمام عقد الإجارة غير محدود الأمد فغير جائز في الشريعة الإسلامية، فمن شروط الصحة لانعقاد عقد الإجارة تعيين المدة، والعقد الذي لم تعين فيه مدة معينة عقد فاسد، وذكر في بعض كتب الفقه باسم "شروط صحة الإجارة"، أن بيان المنفعة على وجه مانع للمنازعة شرط...، و"بيان مدة الإجارة تبين المنفعة"، و"إذا توافرت شروط انعقاد الإجارة وانعدم شرط من شرائط الصحة تكون الإجارة فاسدة" (١)، والفرق بين الإيجارين وبين الحكر أن البناء في الحكر ملك للمستحكر، لأنه أنشأه بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم الأجرة المعجلة، أما في عقد الإيجارين فإن البناء والأرض ملك الوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقد مبني متوهن يتم تجديده وتعميره بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف (٢).

### والراجع :

أنه عقد إجارة كما جاء عن التابعين، وعن مالك وأصحابه، فقد جعلوه من باب الإجارة، والصورة التي ذكروها تنطبق على عقد البناء والتشغيل والتحويل، واعتباره عقداً مستقلاً أولاً أو يكون أحد أنواع الإجارة.

**عقد تسليم المفتاح :** وهو من العقود المشابهة للفيديك ؛ عقد تسليم المفتاح، وفيما يلي بيان تعريفه:

لغة : تسليم مصدر الرباعي المضعف سَلَّم، بمعنى أعطى عكس منع، و المفتاح : اسم آلة يفتح بها قفل الباب أو مغلاقه، وتسليم المفتاح معناه: تسليم المبنى كاملاً من أول تصميمه حتى نهايته وصلاحيته كونه صالحاً للسكن أو للعمل أو لما اراد منه الطرف الأول صاحبه أو

---

=ومنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، رئاسة الشؤون الدينية، جمادى الآخرة ١٤٣٢ هـ. وصحيفة

مكة (الثلاثاء ١٧ محرم ١٤٣٦ - ١١ نوفمبر ٢٠١٤):

<https://makkahnewspaper.com/article/٧٣٢٩٧>

(١) أساليب استثمار الوقف وأسس إدارتها، د نزيه حماد، بحث مقدم لندوة ( نحو دور تنموي للوقف) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ١٩٩٣م ص ١٧٥، ونظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية، للمحامي والوزير عمر مسقاوي ص ٢٩٦.

(٢) حقيقة نظام البناء التشغيل ونقل الملكية، د/ ناهد علي حسن السيد، ص ٢٠.

العمل<sup>(١)</sup>.

**اصطلاحاً:** هو: عقد يلتزم المورد بمقتضاه وبمقابل مادي، بتأسيس و تحقيق ثم تسليم مُصنَّع في حالة صالحة للاشتغال، حسب المؤهلات التي يظهرها أثناء تشغيله<sup>(٢)</sup>، فهو عقد مركب فيبعضه بيع، وبعضه مقاوله، وبعضه استصناع وتصميم وإنشاء وبناء وإجارة<sup>(٣)</sup>، وقد جاء عقد تسليم المفتاح بناء وتسليم المفتاح في (الكتاب البرتقالي) الذي صدرت الطبعة الأولى منه عام ١٩٩٥م، وفي الكتاب البرتقالي 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<sup>(٤)</sup>.



### المبحث الخامس: الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي (وضع الجوائح).

ذكر الفقهاء ما يسمى بالظروف الطارئة التي تؤثر على العقود باسم الجوائح، وعرفوا الجائحة بأنها: "كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والعطش والسييل"<sup>(٥)</sup>، وهذا الأصل جاء في الشريعة، فعن جابر بن عبد الله، رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لو بعث من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»<sup>(٦)</sup>، وعن جابر: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح»<sup>(٧)</sup>. وذكر الفقهاء أن في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يقع تغير جوهر في الأسعار<sup>(٨)</sup>.

- (١) عقد تسليم مفتاح، أ.د. محسن شفيق، محاضرات لطلبة دبلوم الدراسات العليا، جامعة القاهرة ١٩٨٢، ص ١١، وعقد المفتاح في اليد، إلياس ناصيف، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، ص ٢٩.
- (٢) عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية) أ.د. محسن شفيق، دار النهضة العربية، ١٩٧٥م، ص ١١.
- (٣) عقد الترخيص التجاري، لطيفة بنخير، دكتوراه، جامعة الحسن الثاني ٢٠٠١/٢٠٠٢، ص ٩٠، والمشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، د. وفاء مزيد فلهوط، ص ٣٣٤-٣٣٥.
- (٤) عقد تسليم المفتاح، أ.د. محسن شفيق، محاضرات لطلبة دبلوم الدراسات العليا، جامعة القاهرة ١٩٨٢، ص ١.
- (٥) المغني لابن قدامة (٢١٦/٤).
- (٦) صحيح مسلم (٣/١١٩٠) (١٥٥٤).
- (٧) صحيح مسلم (٣/١١٩١) (١٥٥٤).
- (٨) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/٨٤٥). وقرارات مجلس الجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، ص ٩٩.



والحديث ظاهر في رعاية الظروف الطارئة، على الرغم من وجود العقد الذي مقتضاه أن البائع بعد تسليمه المبيع إلى المشتري؛ قد خرج من ضمانه، في حين أن هذا الحديث يدل على أنه في حالة حدوث جائحة فإن البائع يظل ضامناً، بحيث لا يجوز له أخذ الثمن، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: للحنفية، والشافعي في الجديد: يرون أن وضع الجوائح ليس من الواجبات، وإنما هو مستحب، وأن المشتري هو الضامن بعد تسليمه المبيع<sup>١</sup>.

الرأي الثاني: لمالك وأحمد والشافعي في القديم وأكثر أهل المدينة، وجماعة من أهل الحديث يذهبون إلى أن ما تملكه الجائحة من الثمار يكون من ضمان البائع.

لكن هؤلاء اختلفوا على رأيين فذهب جماعة منهم: أحمد - في ظاهر المذهب - إلى عدم التفرقة بين قليل الجائحة وكثيرها، وذهب مالك، والشافعي في القديم، وأحمد - في رواية أخرى - إلى أن المعيار في ذلك هو الثلث<sup>٢</sup>.

ومقاصد الشريعة من أهمها مراعاة مصالح العباد وتحقيق التوازن، وهذا يتحقق بالقول بوضع الجائحة ومثل الفقهاء المعاصرون للجوائح المعاصرة: مسألة التضخم<sup>٣</sup>، وأثرها على أداء الحقوق، "كهبوط العملة هبوطاً فاحشاً تجاوز ثلثي قيمة النقد وقوته الشرائية عند العقد في البيع وعند القبض في القرض، وبقي من قيمته أقل من الثلث، فإنه حينئذ يعتبر فاحشاً، ويوجب توزيع الفرق على الطرفين أخذاً من الأدلة الشرعية، والآراء الفقهية التي تحدد حد الكثرة بالثلث"<sup>٤</sup>، وقال ابن قدامة: "قال أحمد: إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة، ولأن الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة، بدليل حديث هشام بن عروة، عن أبيه، عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الوصية: "الثلث، والثلث كثير"<sup>٥</sup>، فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة، فلهذا قدر به<sup>٦</sup>.

١ تحفة الفقهاء ٥٦/٢؛ وبداية المجتهد: ٢ / ١٨٦؛ وشرح النووي: ٥ / ٤٨٣؛ والمغني ٤ / ١١٨ - ١٢٠؛ ومجموع الفتاوى ٣٠ / ٢٧٩.

٢ الحاوي الكبير ط دار الفكر (٥ / ٤٢٩)، ومجموع الفتاوى ٣٠ / ٢٧٩ وبداية المجتهد: ٢ / ١٨٦.  
٣ ومع الاختلاف في تعريف التضخم فإنه: الزيادة المفرطة بالنقود المتداولة مع انخفاض القدرة على الشراء، التضخم وعلاجه، على ضوء القواعد العامة، من الكتاب والسنة وأقوال العلماء أ. د. علي محيي الدين القره داغي.

٤ بحث مقدم إلى الدورة التاسعة لجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ص ٧.  
٥ البخاري كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث، ٥ / ٣٦٣، ٣٦٩؛ ومسلم كتاب الوصية باب الوصية بالثلث ٣ / ١٢٥٠. واللفظ للبخاري.

٦ المغني لابن قدامة: ٤ / ١١٩ - ١٢٠.

ومبدأ وضع الجائحة استثناء من قاعدة ضمان المبيعات بعد قبضها من المشتري.  
وفي توصيات مجلس الجمع:

- ١- إن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة كالحرب ونحو ذلك. بل الحنفية يسوغون فسخ الإجارة أيضا بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضا بطريق الأولوية فيمكن القول إنه محل اتفاق، وذكر ابن رشد بعنوان: (أحكام الطوارئ) أنه: (عند مالك أن أرض المطر (أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط) إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكثري فلم ينبت الزرع لمكان القحط (أي بسببه) أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعدرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكثري من زرعها).<sup>١</sup>
- ٢- وذكر ابن قدامة المقدسي إنه: (إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع أو نحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة. فأما إذا كان الخوف خاصا بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه... لم يملك الفسخ، لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه).<sup>٢</sup>
- ٣- وقد نص النووي على أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواء أكانت إجارة عين أم ذمة وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض أو حانوتا لحرفة فندم. أو هلكت آلات تلك الحرفة أو استأجر حماما فتعذر الوقود، وقال: وكذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فعادوا واحتاج إلى الدار أو تأهل قال: فلا فسخ في شيء من ذلك إذ لا خلل في المعقود عليه.<sup>٣</sup>
- ٤- ما يذكره العلماء في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك مما هو عام حيث يقررون سقوط ما يقابل المهالك بالجوائح من الثمن وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه.
- ٥- ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية: إن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس، مثل الحمام والفندق والقيسارية، فنقصت المنفعة المعروفة لقلة الزبون أو الخوف أو حرب أو تحول سلطان ونحوه فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة.<sup>٤</sup>
- ٦- وقال ابن قدامة: (ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت

١ في بداية المجتهد (١٩٢/٢) من طبعة الخانجي الأولى بالمطبعة الجمالية بمصر).

٢ المغني، كتاب الإجارة من المغني (المطبوع مع الشرح الكبير: ٣٠/٦)

٣ روضة الطالبين (٢٣٩/٥)

٤ مختصر الفتاوى (ص ٣٧٦).

الطريق إليه لخوف حادث ، أو أكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة (جاز)¹. وقال الكاساني: "إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره، فاستأجر رجلا لقلعها، فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلا وشرعا"²، وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعدار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة. ٧-قضى رسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تجتاح الثمار ببرد أو صقيع، أو جراد، أو دودة، ونحو ذلك من الآفات، أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها ما يعادل قيمة ما أتلفته الجائحة، وإن عمت الثمر كله تسقط الثمن كله.

٨-قال رسول الله ﷺ فيما ثبت عن موسى بن عقبة قال: حدثنا إسحاق بن يحيى بن الوليد، عن عبادة بن الصامت: "لا ضرر ولا ضرار"، وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية وفرعوا عليها أحكاما لا تخصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب، ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقا لنظامه الشرعي يكون ملزما لعاقديه قضاء، عملا بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١) ، ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد المجمع في مقاييس التكليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه، أسقطته أو خففته ، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة ومشقته في الصيام وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تديرا استثنائيا بدفع الحد المرهق منها، وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، وأتى عليه بكثير من الأمثلة من أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة).

فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثر لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيرا بمثل تلك الأسباب الطارئة الآتفة الذكر توجب عندئذ تديرا استثنائيا.

١ المغني (المطبوع مع الشرح الكبير) (٢٩/٦).

٢ بدائع الصنائع (١٩٧/٤).

ويقول ابن القيم: "إن الله أرسل وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السموات والأرض وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من شرع الله في شيء وحيثما ظهرت دلائل العدل وسفر وجهه فثم شرع الله وأمره"، وقصر العقادين إنما تكشف عنه وتحده ظروف العقد، وهذا القصر لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني<sup>١</sup>، ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء، ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في القضية المستجدة الأهمية، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:

١- في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بما تنفيذه الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناءً على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات. فهذه النظرية التي تنبثق من قواعد العدالة والمصالح العامة وقاعدة وحديث: "لا ضرر ولا ضرار" - كما سبق - تتفق تماماً مع العلاج الذي ذكرناه والذي ذهب إليه بعض المالكية، ورجحوه، وقد أقره الجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الرابعة في ١٤٠٢ هـ قواعد مهمة انبثقت من نظرية الظروف الطارئة<sup>٢</sup>.

وهذا الربط بين هذه النظرية، وبين تغير قيمة النقود والحكم بقيمتها يوم التعاقد نجده في بعض الأحكام التي صدرت في مصر إثر سقوط الفرنك والمارك في العقد الثاني من هذا القرن، فقد صدر حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر في ١٩٢٥/٣/٤ م، وحكمها الآخر في ١٩٢٥/٩/٥ م، وحكمها الثالث في ١٩٢٦/٣/١٨ م فقد حكمت في جميعها بأن يكون السداد طبقاً لسعر المارك يوم التعاقد.

١ أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٢٣١/١

٢ مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩/٩٨٧).

وقد ربط بعض الباحثين بين هذه النظرية وبين تغير قيمة النقود، وأصلها، فقال: "على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مسائل النقد في الفقه الإسلامي يظهر واضحاً فيما قرره ابن عابدين في العقود المعقودة بالقروش، إذا هبطت قيم العملات التي كان يحصل بها الوفاء هبوطاً متفاوتاً، فقد رأى أن الضرر الناشئ من هذا الهبوط لا يجوز أن يتحملة أحد العاقدين وحده، وإنما يجب أن يتحملة الاثنان معاً، وذلك بالوفاء من الأوسط من تلك العملات، وقد بنى رأيه على نية المتعاقدين، وعلى حديث (لا ضرر ولا ضرار)، وهو من قواعد نظرية الضرورة التي قامت على مبدأ العدالة، وهذا الرأي يطابق ما أخذ به القانون المصري والسوري من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"<sup>١</sup>، فنظرية الضرورة في الفقه الإسلامي بتطبيقاتها التي عرضنا لها، تتسع لنظرية الظروف الطارئة، ونظرية التضخم، ونظرية وضع الجوائح<sup>٢</sup> وتشبهها مسألة كساد النقد وعلاقته بالديون التي في الذمة سواء كانت ناشئة من بيع أو قرض أو إجارة، فهل يُعطى المدين المثل أو القيمة؟، اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا عبرة بالكساد في الديون والالتزامات في الذمة، وليس للدائن إلا النقد المعين مادام أنه موجود، وسواء أكان الدين من بيع أو إجارة أو قرض، وهذا القول هو المشهور عند المالكية، والمعتمد عند الشافعية<sup>٣</sup>.

ومثله مسألة انقطاع النقود، وهي: أن لا يوجد النقد في السوق، وإن كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت<sup>٤</sup>، فإن كان في الذمة نقد معين، ثم انقطع فما هو الحكم في ذلك؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الواجب إذا انقطع النقد المثل، إن كان له مثل وإلا فالقيمة، وإلى هذا ذهب المالكية<sup>٥</sup>، والشافعية<sup>٦</sup>، إلا أن المالكية قالوا: تقدر القيمة بأبعد الأجلين العدم، والاستحقاق.

وأما الشافعية فقالوا: تقدر في آخر وقت وجودها والقدرة عليها، لأنه آخر وقت كانت

١ مجلة المحاكم المختلطة عام ١٩٢٥م، ١٩٢٦م؛ ويراجع د. عبد السلام الترماني: نظرية الظروف

الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة بالشرعية الإسلامية، ط. دار الفكر ١٩٧١م ص ٨٦، ٨٧.

٢ الحاوي الكبير ١٤٩/٥، و حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ١١٩/٥.

٣ حاشية الدسوقي ٤٥/٣، منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عlish ٥٣١/٤. الخرشي على مختصر خليل ٥٥/٥، و الحاوي الكبير ١٤٩/٥.

٤ حاشية ابن عابدين ٥٦٩/٤.

٥ الخرشي على مختصر خليل ٥٥/٥، منح الجليل على مختصر خليل، محمد عlish ٥٣١/٤.

٦ الحاوي الكبير ١٥٠/٥.

عينها مستحقة فيه<sup>١</sup>.

القول الثاني: وقال به أبو حنيفة، وهو مثل قوله في كساد النقود فذهب إلى فساد عقد البيع ، ووجوب رد المبيع إن كان قائماً، وإلا فمثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً<sup>٢</sup>.  
والقول الثالث: أنه يجب دفع قيمة النقد المنقطع: وإلى هذا ذهب الحنابلة<sup>٣</sup>، وأبو يوسف  
ومحمد بن الحسن من الحنفية<sup>٤</sup>، إلا أن الحنابلة ، ومحمد بن الحسن قالوا: بأن تقدير القيمة  
يكون في آخر يوم تعامل الناس به، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، وأما أبو يوسف فيرى أن  
تقدير القيمة في يوم ثبوت الدين في الذمة، والأظهر أن الواجب القيمة ، ويكون التقدير  
يوم ثبوت الدين في الذمة، ويرى بعض الباحثين: أنه لم تعد مشكلة انقطاع النقد من  
المشاكل التي تواجه السلطات ، لأن إصدار الأوراق النقدية لم يعد مرتبطاً بكمية معينة من  
الغطاء المصري فتطبع كل دولة الأوراق النقدية طبقاً لحاجتها، وبشروط ميسرة، ولذا فلا  
يتصور انقطاع النقد في هذا العصر<sup>٥</sup>.

### تأثير الظروف الطارئة على التزامات المقاول في الفقه:

إذا طرأ بعد إبرام عقد المعاولة أو التوريد أو نحوهما من العقود ذات التنفيذ المتراخي ما  
يوجب تغيراً كبيراً في الأسعار بأسباب طارئة عامة ، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال  
من الملتزم، فإنه يحق للقاضي وحده في هذه الحال عند التنازع، وبناء على طلب المقاول أو  
المورد تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر الزائد والخسارة اللاحقة على  
الطرفين المتعاقدين، كما يجوز للقاضي أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه إذا رأى أن فسخه  
أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق  
في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد.

### حلول الفقهاء في مسألة الظروف الطارئة:

من الحلول الشرعية اعتبار وضع الجوائح كما سبق، وقد ذكر الفقهاء حلولاً كثيرة لمعالجة  
تغير قيمة النقود ، أو انعدامها ، أو شحها أو انقراضها، وإبطال رواجها، فمنها التحكم في  
سعر الفائدة (التسعير)، واللجوء إلى التسويات القضائية، فلم يهمل الفقه الإسلامي ما  
يطرأ على العقود من تغيير بسبب خارجي عن إرادة الإنسان أو بسبب من قبل العاقدين  
لتحقيق مصلحة، فمن الحلول التي ساقها بعض الباحثين :

١ الحاوي الكبير ١٥٠/٥.

٢ حاشية ابن عابدين ٥٦٩/٤.

٣ المغني ٤٤١/٦، كشاف القناع ٣١٥/٣.

٤ حاشية ابن عابدين ٥٦٩/٤.

٥ آثار التغيرات في قيمة النقود، موسى آدم، ص ٣٧٦، الأوراق النقدية، أحمد حسن، ص ٣٤٩.

مفهوم الربط القياسي في حالة القرض<sup>١</sup> في بحثه معالم الاقتصاد الإسلامي، فقال: (إن ربط أصل القرض بتغير الأسعار في الحدود التي تناسب مع التضخم والانكماش يبدو افتراضاً منطقياً)<sup>٢</sup>، وبخاصة في العقود الكبيرة طويلة الزمن، فتربط مؤسسات النقد المالية (البنوك المركزية) بسعر التغير الثابت بين البنوك في التبادل المالي (السايبور = اللايبور)<sup>٣</sup>، وهو معدل سعر الأخذ والعطاء بين الشركات بعضها ببعض والبنوك بعضها ببعض بخاصة، وهذا يرتبط بالحالة الاقتصادية للبلد ومقدار السيولة النقدية وحجم الناتج المحلي، والعقود الكبيرة ينبغي أن تخضع لمثل هذه الطريقة، وفي ندوة مكة حول النقود والمصارف في الاقتصاد الإسلامي من قبل الدكتور عمر شابرا<sup>٤</sup>، والدكتور سلطان أبو علي اقترحا مقياس الربط القياسي<sup>٥</sup>، ثم توالى بعد ذلك الدراسات والبحوث حول قضية الربط القياسي من قبل الفقهاء والباحثين الشرعيين<sup>٦</sup>.

وهذا ما يسميه الاقتصاديون المتغير الاقتصادي، وهو (مصطلح يطلق على أي كمية قابلة للتغير بالزيادة أو النقصان: كالادخار، والاستثمار، ومستوى الأسعار وغير ذلك)<sup>٧</sup>، وهذا من الحلول العصرية التي تناولها الباحثون.

أما طريقة استعمال الربط القياسي في الحفاظ على القيمة الحقيقية للمتغيرات الاقتصادية

١ الباحث محمد أفضل عام ١٣٩٧هـ، الموافق ١٩٧٧م ندوة ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص (٣٦).

٢ موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية ص (٢٨٣).

٣ السايبور: نسبة الفائدة بين البنوك عند اقتراض بنك من بنك آخر بالسعودية. مؤسسة النقد العربي السعودي (ساما) واللايبور: سعر الفائدة السائد بين بنوك لندن ويستخدم كمقياس مرجعي على نطاق واسع، تحت إشراف جمعية المصرفيين البريطانيين.

٤ صاحب كتاب: النظام الاقتصادي في الإسلام، مناقشة أهدافه وطبيعته، وكتاب: مستقبل الاقتصاد من منظور إسلامي، حصل على جائزة الملك فيصل عام ١٤٠٩هـ - ١٩٩٠م على جهوده في كتاب "نحو نظام نقدي عادل" من اتباع منهج أصيل، وفهم عميق لأسس الشريعة، ومشكلات العصر المالية، والتوصل إلى نتائج واضحة تبين فساد النظام النقدي المتبع في الدول المتقدمة مادياً، كما تبين أن الشريعة الإسلامية هي القادرة على حل المشكلات المعاصرة حلاً عادلاً تصلح به أحوال البشر كلها.

٥ نحو نظام نقدي عادل للدكتور شابرا ص ٥٦، ندوة ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص (٣٦-٣٧).

٦ نحو نظام نقدي عادل للدكتور شابرا ص (٥٦)، ندوة ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص (٣٦-٣٧).

٧ موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية ص (٢٨٣).

التي تقاس عادة بالوحدات النقدية، فذلك عن طريق ربط تلك المتغيرات بأرقام قياسية يمكنها تحويل هذه المتغيرات إلى مقادير حقيقية يعرف بها ما طرأ من نقص في القوة الشرائية التبادلية ، ويعوض ذلك النقص ، وقد استعمل الاقتصاديون هذه الأداة في المحافظة على مستوى ثابت لقيمة الأجور ، والرواتب التقاعدية ، والضرائب ، والإعانات الحكومية ، والقروض، والعقود وغير ذلك مما يتأثر بالتضخم النقدي، ومثال ذلك: إذا اتفق عامل في عقد عمل مدته سنتان على أن أجرته للشهر ألف ريال، فطراً تضخم بعد سنة من العقد نسبه ثلاثون في المائة ، فإن هذا يعني أن قيمة الأجرة بعد سنة قد نقصت ثلاثين في المائة، فأجر العامل لم ينقص من حيث العدد، لكنه نقص من حيث القيمة، فما كان يحصله بألف ريال لا يمكنه تحصيله بعد حدوث التضخم إلا بألف وثلاثمائة ريال، فاستعمال التقييس والربط القياسي يفيد تعديل الأجر بزيادة قدرها ثلاثون في المائة ، بحيث يصير الأجر بعد حدوث التضخم النقدي ألفاً وثلاثمائة ريال، وهكذا يتم تعديل النقص بزيادة الأجر بمقدار ما حصل من نقص قيمة النقود الشرائية التبادلية بصفة تلقائية، وبهذا تظل قيمة الأجور الحقيقية ثابتة على ما جرى عليه التعاقد، وكذلك هي الحال في الرواتب التقاعدية ، وسائر ما يتأثر بالتضخم النقدي من الالتزامات ، وعقد المقاولات وعقود البناء والتصميم ، وعقود التوريد من أولى ما يتأثر بتلك المتغيرات مثل الراتب التقاعدي وأجور العمال ، فاعتبار هذه الطريقة في تلك العقود -لا سيما عقود التصميم والبناء- من المهمات بمكان.



#### المبحث السادس : في الظروف القاهرة والطارئة في عقد الفيديك.

نظرية الظروف الطارئة التي تفاجئ المتعاقدين أثناء تنفيذ العقود بخاصة عقد الأشغال والإنشاءات لم تولد فجأة في الفكر القانوني بل مرت بمراحل كثيرة ، وتطورت في الأنظمة القانونية المختلفة ، وكان السبب في ذلك تحقيق العدالة في نظرهم، ونتيجة لهذا التطور الحديث في المفاهيم والمصالح أجبر كثيراً من الدول أن تعمل معا وتعاون على تحقيق العدالة من خلال تبادل المعلومات والخبرات الفنية ، ولذا أخذت نظرية الظروف الطارئة حيزاً كبيراً من الدراسة ، وعقدت لها نماذج الفيديك باباً كاملاً.

كما أن هذه النظم والقوانين لم تحدد مفهوماً متفقاً عليه في بنود عقودهم محددًا لما يكون ظرفاً طارئاً بالضبط ، أو حادثاً قهرياً وعدم التحديد قد يسبب تنازعا بعد ذلك ، كمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند التحكيم والتنازع<sup>١</sup> .

ولكن الشريعة الإسلامية نبهت للظروف الطارئة ووضع الجوائح من قديم ، وبينت بعض

١ أثر الظروف الطارئة في عقدي الأشغال العامة والفيديك ، رسالة دكتوراة ، جمال محمود مخيمر ، كلية الحقوق ، بني سويف ، مصر .



الأمثلة التي تكون بدون اختيار الإنسان كالرياح ، والمطر ، والعواصف ، أو التي تكون من كساد النقود ، أو ما يسمى التضخم .

وفي عام ١٩٩٩م أصدرت منظمة الفيديك (FIDIC) الطبعة الأولى من شروط عقد المقاولة ، الأعمال البناء الهندسية المصممة بواسطة رب العمل ، و هذا العقد يمكن تسميته بالكتاب الأحمر الجديد ، وقد أفرد واضعو عقود الفيديك المادة (١٩) من الكتاب الأحمر ٩٩ ، لتنظيم موضوع القوة القاهرة ، وآثارها على العلاقة العقدية بين الطرفين ( رب العمل و المقاول):

تعريف القوة القاهرة : وفقا للمادة الفرعية (١٩ / ١) و عنوانها : تعريف القوة القاهرة : فإن مصطلح القوة القاهرة أينما ورد في المادة (١٩) يعني الحدث أو الظرف الاستثنائي الذي تتوافر فيه أربعة شروط ، هي :

أ- أن يكون فوق سيطرة الأطراف .

ب - ألا يكون الأطراف على علم به قبل إبرام العقد .

ج - أن يكون قد قام بعد عدم استطاعة الأطراف تجنبه أو تجاوزه .

د- ألا يكون قد تسبب فيه طرف من أطراف العقد .

ثم بعد هذا التعريف أوردت المادة الفرعية ( ١ / ١٩ ) أمثلة على ما قد يعتبر قوة القاهرة ، و أكدت على أنها مجرد أمثلة ، وليست على سبيل الحصر ، كما أكدت على أن هذه الأمثلة تعتبر قوة القاهرة إذا توافرت فيها الشروط الأربعة المشار إليها (أ،ب،ج،د) وهذه الأمثلة هي :

١- الحرب ، أعمال العدوان ، الغزو ، فعل الأعداء الأجانب .

٢- التمرد ، الإرهاب ، الثورة ، الانقلاب ، الحرب الأهلية ، والشعب ، الاضطراب ، انعدام النظام .

٣- حركات الإخلال بالنظام أو الحصار بواسطة الآخرين .

٤- ذخائر الحرب ، والمواد المتفجرة ، والإشعاعات الأيونية ، و التلوث بالنشاط الإشعاعي ، باستثناء ما يرجع لاستخدام المقاول للمتفجرات .

٥- الكوارث الطبيعية ، كالزلازل و الإعصار و العواصف و النشاط البركاني .

وهي نفسها الأمثلة الواردة في مخاطر رب العمل أو المخاطر التي يتحملها رب العمل ، من الشروط العامة من عقد مقاولة أعمال الهندسة المدنية في طبعته الرابعة ( الكتاب الأحمر ) .

### الآثار المترتبة على وقوع القوة القاهرة :

جاء في المادة (١٩ / ٢) الإخطار عن القوة القاهرة:

١- الإخطار بوجود القوة القاهرة :

إذا كان أحد الأطراف قد منع أو سوف يمنع من تنفيذ بعض التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد بسبب قوة القاهرة ، فسيقوم بإخطار الطرف الآخر بالحدث أو الظرف المكون للقوة

القاهرة محددًا فيه الالتزامات التي صار تنفيذها أو سببها ممتنعًا خلال مدة ١٤ يومًا من تاريخ العلم أو من تاريخ وجوب العلم بهذا الحدث أو الظرف الطارئ، ويتبين أن المستفيد الأكبر من هذا الشرط هو المقاول لأن الملتزم بدفع النقود - في الغالب - هو رب العمل وليس المقاول.

كما أن المادة (١٩ / ٣) تفيد بالالتزام الطرفين الحد من التأخير قدر الإمكان .

#### عواقب القوة القاهرة :

وفقًا للمادة الفرعية (١٩ / ٤) بينت عواقب القوة القاهرة أنه إذا حيل بين المقاول وبين تنفيذ أي من التزاماته بموجب العقد بسبب القوة القاهرة التي تم الإخطار عنها وتأخر المقاول بسببها أو تحمل تكاليف بسببها فله :

أ- مد في الوقت عن هذا التأخير .

ب - إذا كان الحدث أو الظرف أحد الأنواع السابقة ؛ فالمقاول يستحق مدفوعات عن هذه التكاليف التي تكبدها ، وعلى المهندس الاستشاري أن يقوم بتحديد المدة والتكاليف ، وهذا دوره في هذه الحالة .

#### أثر القوة القاهرة على مقاولي الباطن :

إذا كان أي مقاول باطن مستحقًا للإعفاء بسبب القوة القاهرة فإن هذا لا يعني إعفاءه من مسؤولية ما تسبب فيه إذا لم يقم به ، ويكون مطالبًا بما قصر فيه لأن تلك الأحداث لا تعفي المقاول .

٥- الإنهاء الإجباري للعقد :وفقًا للمادة الفرعية (١٩ / ٦) و عنوانها : الإنهاء و الدفع والألغاء الاختياريين

فإنه إذا امتنع من تنفيذ كل الأعمال بصورة جوهرية لمدة (٨٤) يومًا متواصلة بسبب القوة القاهرة التي تم إرسال الإخطار بشأنها والإعلام بها بموجب المادة (١٩ / ٢) ، أو امتنع التنفيذ لفترات متتالية تتجاوز مجموعها أكثر من (١٤٠) يومًا بسبب نفس القوة القاهرة التي تم إرسال الإخطار بشأنها، فعندها يمكن لأي طرف أن يرسل إلى الطرف الآخر إشعارًا بإنهاء العقد .

ويصبح العقد مفسوخًا ومنتهيًا خلال سبعة أيام من تاريخ توجيه الخطاب أو الإخطار ، وعليه يقوم المهندس بتقدير قيمة ما قدمه المقاول من أعمال ويقوم بتقدير قيمة الأعمال التي تم تنفيذها، وإصدار مستخلص ماليي :

أ- المبالغ الواجبة الدفع مقابل أي عمل تم تنفيذه بالسعر المحدد في العقد .

ب- تكلفة التجهيزات والمواد التي قام به المقاول للتشغيل التي تسلمها المقاول أو صار ملتزمًا باستلامها ، وهذه الآلات والمواد تصبح ملكًا لرب العمل و تحول إليه تبعه هلاكها حال تسديده لأثمانها ، ويتعين على المقاول تسليمها ووضعها تحت تصرف رب العمل .

- ج- أي تكلفة أو مصاريف تكلفها المقاول نتيجة الظروف الطارئة .  
د- تكلفة نقل المعدات التي يقوم بها المقاول .  
هـ- تكلفة ترحيل موظفي المقاول وعماله الذين استخدموا في أعمال التشغيل بتاريخ إنهاء العقد.

#### الإخلاء من مسئولية الأداء والتنفيذ بموجب القانون:

وفقا لنص المادة الفرعية (١٩ / ٧): الإغفاء من مسئولية التنفيذ بموجب القانون: ودون الإخلال بأي حكم آخر في المادة ١٩، إذا طرأ أي حدث أو ظرف خارج عن سيطرة الطرفين حتى جعل وفاء أحد الطرفين بالتزاماته مستحيلا أو كليهما أو مخالفا للقانون، أو يؤدي بمقتضى القانون الذي يحكم العقد إلى إعفاء الطرفين من الاستمرار في تنفيذ العقد، وبعد إخطار أي من الطرفين الآخر بذلك ظرف أو الحدث:  
أ - يُعفى الطرفان من مواصلة التنفيذ، وبدون الإجحاف بحق أي منهما بخصوص أي إخلال سابق بالعقد.

ب- ويكون المبلغ المستحق للدفع من قبل صاحب العمل إلى المقاول هو نفس ما يستحق دفعه بموجب المادة (١٩ / ٦) كما لو أن العقد قد تم إنفاؤه بموجبها.  
المبحث السابع: موقف الفقه الإسلامي من الظروف الطارئة في الفيديك، مقارنة بين الفقه الإسلامي ونظام الفيديك.

بعد عرض نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وفي عقود الفيديك نركز في هذا المبحث على موقف الفقه الإسلامي من تفاصيل تلك النظرية في عقود الفيديك:

#### أولا: شروط العقد الذي تجري فيه نظرية الظروف الطارئة.

يشترط في تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام ناشئا عن عقد ثنائي الطرفين كعقود الفيديك أو التوريد،  
أو الإجارة، أم كان أحادي الطرف كعقود الإرادة المنفردة، والعقد الذي تتحقق فيه النظرية يشترط فيه شروط ثلاثة هي:

أ- الشرط الأول: أن يكون العقد متراخى التنفيذ عن وقت إبرامه، بوجود فترة من الزمن بين إبرام العقد وتنفيذه ليتصور طروء العذر والظرف الاستثنائي المؤثر على تنفيذ العقد، وتختلف ظروف إبرام العقد عن ظروف تنفيذه<sup>١</sup>.

١ النظرية العامة للضرورة في الفقه الإسلامي، محمد المعيني، بغداد، مطبعة العاني، ١٩٩٠، ص ١٥٦.  
وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٢، (ط٣)، ص ٣١٨.

وهذه العقود التي يتحقق فيها هذا الشرط -التراخي- هي:

١- عقود المدة، أو المستمرة: يكون الزمن عنصراً جوهرياً كالإجارة كعقد المزارعة عند الحنفية<sup>١</sup> وبيع الثمر على الشجر بعد بدو صلاحه عند المالكية والحنابلة<sup>٢</sup>، وعقود التوريد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أن يورد للآخر شيئاً يتكرر لمدة معينة .

٢- العقود الفورية المؤجلة التنفيذ: ليس الزمن عنصراً فيها كعقد البيع. الشرط الثاني: ألا يكون العقد المتراخي التنفيذ من العقود الاحتمالية، فيمكن لكل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد.

الشرط الثالث: أن يكون العقد ملزماً للجانبين، وفيه حقوق متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، كعقد البيع، وعقود الإيجار، والقرض، والعارية، والشركة، والمقاول، بخلاف عقد الوديعة ولكن الصحيح الموافق للشريعة أن النظرية تنطبق على النوعين من العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد، لأن الحكمة من نظرية الظروف الطارئة إزالة الإرهاق وتحقيق العدل في التعامل<sup>٣</sup>.

### ثانياً : شروط الظرف الطارئ (شروط الجوائح).

الشرط الأول: أن يكون الظرف أو الحادث استثنائياً غير مألوف، أي نادر الوقوع، سواء أكان هذا الحادث سماوياً كالجوائح، والفيضان، والجراد... والزلازل، والوباء، أم كان من الآدميين كالحرب، والثورة، أو فرض تسعير جبزي أو إغائه، وأما إذا كان الحادث مألوفاً، فلا يعتد به<sup>٤</sup>، كما ينبغي التنبيه إليه مراعاة الزمان والمكان فما يكون استثنائياً في بلد قد يكون عادياً في بلد آخر .

الشرط الثاني: أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً على كل الناس فيشمل أثره عدداً كبيراً من الناس كأهل بلد، أو إقليم معين، أو طائفة معينة منهم كالزراع، وهذا مخالف للشريعة الإسلامية فلم تعتد بالعمومية إلا في بعض المسائل كالجوائح عند المالكية والحنابلة، حيث اشترطوا أن تكون الجائحة عامة كالجراد، والمطر، والبرد، والطير الغالب، تحقيقاً للعدالة بين المتعاقدين - بل يستوي في الحادث الاستثنائي أن يكون عاماً أم خاصاً لاحقاً بشخص، أي من المتعاقدين، فجميع النظريات الفقهية المتعلقة بالأعذار، أو الجوائح، أو نظرية تغير القيمة

١ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٤، ص ١٩٧، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج ٣، ص ٣٩٩.

٢ المنتقى شرح الموطأ ج ٤، ص ٢٣٢، وبداية المجتهد ج ٢، ص ١٥٦، ومجموع الفتاوى، ج ٢٠، ص ٢٨٢.

٣ نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، د/أحمد الصويغى، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية ج ٣، ع (٢)، ٤٢٨، ١٤٢٨/٥١ / ٢٠٠٧ م.

٤ النظريات الفقهية، الدريني، ص ١٥٠، نظرية الضرورة الشرعية، الزحيلي، ص ٣١٨.

لا تأخذ به، وتكتفى في ذلك بأن يكون الحادث فردياً لا يتعدى أثره حدود الالتزام الذي يتحمل المتعاقد وحده<sup>١</sup>.

قال ابن يونس: (كل ما منع المكتري من السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب، فهو بمنزلة ما لو منعه أمر من الله، كأنه دمار الدار، أو امتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض، فلا كراء عليه في ذلك كله)<sup>٢</sup>، وجاء في المدونة: (أن الجراد جائحة عند مالك وكذلك النار، والبرد، والمطر، والطير الغالب)<sup>٣</sup>.

### ثالثاً : الجزء في نظرية الظروف الطارئة .

الجزء والأثر في نظرية الظروف الطارئة يكون :

أولاً: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ثانياً: فسخ العقد.

أما أولاً: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فيكون على أنواع:

أ- كوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً بشرط عدم الضرر ، قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "ولو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو اكتري إلى مكة، فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز"<sup>٤</sup>، وهذا ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي، فقد جاء في القرار السابع ما نصه: (ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال)<sup>٥</sup>.

ب- زيادة الأجر مقابل الالتزام المرهق لتقليل الخسارة كما في عقد التوريد، قال ابن عابدين رحمه الله في تغير قيمة النقود من وجوب التصالح بين المتعاقدين لتوزيع العبء الطارئ بينهما، ومن خلاله يتقاسم كل من البائع والمشتري، أو المقرض والمقترض الضرر الناشئ عن تغير قيمة النقود. حيث قال: (أما إذا صار ما كان قيمته مائة من نوع يساوي تسعين، ومن نوع آخر خمسة وتسعين، ومن آخر ثمانية وتسعين، فإن ألزمتنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بالمئة فقد اختص الضرر به، وإن ألزمتنا المشتري بدفعه بتسعين اختص الضرر به،

١ النظريات الفقهية الدريني، ص ١٥٠، ١٤٧، الظروف الطارئة دالثلب، ص ١٥٧، الظروف الاستثنائية التي

تطرأ على العقد، ص ١٢٤.

٢ أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج ٢، ص ٤٣٥.

٣ المدونة الكبرى، ج ١٢، ص ٣٧-٣٨.

٤ المغني، ج ٦، ص ٣٠.

٥ قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي من دورته الأولى عام ١٣٩٨هـ،

ص ٩٩-١٠٤.

فينبغي وقوع الصلح على الأوساط<sup>١</sup>، وقد قرر ذلك المجمع الفقهي الإسلامي في قراره السابع الذي جاء فيه: (في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاومات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بما تنفيذه الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزامه، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق، والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين)<sup>٢</sup>. ج- إنقاص الالتزام المرهق: كما إذا تعهد شخص بتوريد سلعة معينة، ثم يقل المعروض في السوق من هذه السلعة نتيجة لحادث طارئ كحرب منعت استيراد السلعة، فينقص الكمية التي في العقد<sup>٣</sup>، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، فيجوزون الوضع والحط من الثمن عن المشتري بمقدار ما أصاب ثماره المشتراة من جائحة بالثلث، أو دونه على خلاف في ذلك عند المالكية والحنابلة<sup>٤</sup>، وجاء في الفتاوى الهندية: "أن المرض الذي يصيب المستأجر يعد عذراً، وموت المستأجر، كمرضه يعتبر عذراً يجيز الفسخ، فلو مات من استأجر دابة ليسافر عليها وكان الموت قد فاجأه في جزء من الطريق، إذا لتعين عليه وفاء الأجير بقدر ما سافر، ويطل بحساب من يبقى"<sup>٥</sup>، وقال الخطاب: "سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم، قال: فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم"<sup>٦</sup>، وقال ابن تيمية: "إذا استأجر ما تكون منفعة إيجاره للناس، مثل الحمام، والفندق، والقيصرية، ونحو ذلك، فنقصت المنفعة المعروفة، مثل أن ينتقل جيران المكان، ويقل الزبون لخوف، أو خراب، أو تحويل ذي سلطان لهم، فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المعروفة"<sup>٧</sup>.

١ مجموعة رسائل ابن عابدين، ص ٥٥.

٢ قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي من دورته الأولى عام ١٣٩٨هـ، ص ٩٩-١٠٤.

٣ الوسيط للسنهوري، ج ١، ص ٦٤٧، نظرية الالتزام في القانون المغربي، للبرعي ص ٢٢٢.

٤ حاشية الدسوقي ص ١٨٣. بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٨٨، والمغني ج ٤، ص ١١٩، ومجموع الفتاوى ج ٣٠، ص ٢٧٩.

٥ الفتاوى الهندية، ج ٤، ص ٤٤٥. وانظر: الحصفكي، الدر المنتقى، ج ٢، ص ٤٠١.

٦ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٢، (ط ٣)، ج ٥، ص ٤٣٢.

٧ مجموع الفتاوى، ج ٣٠، ص ٣١١.

**ثانياً:** فسخ العقد: لا يجوز للقاضي في القانون الوضعي فسخ العقد لكن بتخفيف الالتزام، ولكن الفقه الرباني الإسلامي يجوز فسخ عقود الإجارة، والمزارعة، والمعاملة عند الحنفية، وفسخ عقد الإجارة بالطوارئ عند المالكية، وبالعدر عند الحنابلة في الحالات التي يأخذون فيها بالعدر، لمنع الضرر، وكل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه، أو ماله، يثبت له الحق الفسخ، فالحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر.

وعرف الفقهاء ما عرف بأحكام العذر في فسخ عقود الإجارة، كما لو استأجر دابة فمرضت، أو بيتاً فأنهزم بعض حجرات البيت، أو استأجر أرضاً زراعية فانقطع عنها الماء الذي يديرها، ففي هذه الحالات يثبت للمستأجر الحق في فسخ العقد بالعدر، فإذا زال سبب الفسخ، فإن الحق في خيار الفسخ يسقط تبعاً لذلك، فإن بنى المؤجر الحائط الذي انهار قبل أن يفسخ المستأجر العقد بالعدر لم يكن للأجير حق الفسخ لزوال العيب الموجب للفسخ، وكذا الحال إذا برئت الدابة مما أصابها، أو تدفق الماء بعد انقطاعه<sup>٣</sup>.

قال الإمام الزيلعي: (تفسخ الإجارة بالعيب، لأن العقد يقتضى سلامة البديل عن العيب، فإذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع، والمعقود عليه في هذا الباب المنافع، وهي تحدث ساعة فساعة، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار، كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض، ثم إذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب، فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البديل كما في البيع، فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ، والعقد يتجدد ساعة فساعة، فلم يوجد فيما يأتي بعده، فسقط خياره)<sup>٤</sup>.

ومما سبق يتبين تفوق الفقه الإسلامي المأخوذ من الشريعة الإسلامية الربانية على القانون الوضعي واتساقها التام مع العدل ورفع الضرر وتحقيق المصلحة، ونقص القانون الوضعي عن تحقيق كامل العدل ورفع كامل الضرر.



١ بعض القوانين، وخالف القانون البولوني واليوناني فأجازا للقاضي فسخ العقد كله.  
٢ الوسيط، ج١، ص٦٤٧، الوسيط في القانون المدني، ج١، ص٤١٦. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، ص٢٠٠.  
٣ البحر الرائق، ج٨، ص٤١، التاج والإكليل، المهذب، ج١، ص٤٠٥، المغني ابن قدامة ج٥، ص٤١٨.  
٤ تبين الحقائق، ج٥، ص١٤٣-١٤٤.

## الخاتمة

### والنتائج والتوصيات

- ١- تعد نظرية الظروف الطارئة ووضع الجوائح في غاية الأهمية وبخاصة ارتباطها بعقود الفيدك لسعة انتشارها واعتماد التنمية الحديثة عليها.
- ٢- أهمية نظرية الظروف الطارئة وتحرير الخلاف الفقهي فيها.
- ٣- أهمية تطبيقات الفقهاء العملية على الجوائح .
- ٤- ضرورة تحرير محل الخلاف وترجيح القول المعتمد على الأدلة ومراعاة المصلحة العامة للعقود.

### ثانياً: التوصيات.

- ١- ضرورة تنظيم نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها العملية بتوسع أكثر لتشمل الجوائح الحالية.
- ٢- صياغة عقود التصميم والبناء لتتماشى مع التطور المتسارع في مجال.
- ٣- نظرية الظروف الطارئة لها أثر كبير في صياغة العقود
- ٤- تحقيق الصياغة السليمة لعقود التصميم والبناء يتطلب الأمر معرفة وفهم البنود التي تقوم عليها عقود الفيدك النموذجية وربطها بالظروف الطارئة.
- ٥- ضرورة مراعاة صياغة الأنظمة العربية المعالجة لموضوعات الإنشاءات العامة وغيرها فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة.



## قائمة المراجع

- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ) إشراف: زهير الشاويش الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت الطبعة: الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد الناشر: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥ هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧ هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- بدائع الفوائد، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان .
- الترجمة العربية لشروط عقد التشييد للمباني والأعمال الهندسية المصممة من رب العمل، جمال الدين نصار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والجمعية المصرية للمهندسين الاستشاريين، بدون سنة نشر.
- الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤ هـ) المحقق: جزء ١، ٨، ١٣: محمد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب جزء ٣ - ٥، ٧، ٩ - ١٢: محمد بو خبزة الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.

- رد المختار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق- عمان الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
- سنن أبي داود المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ) المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي الناشر: دار الرسالة العالمية الطبعة: الأولى ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- سنن الترمذي، المؤلف: لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي (٢٠٩ ، ٢٧٩ هـ) المحقق: بشار عواد معروف الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت سنة النشر: ١٩٩٨م.
- سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي، المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي المحقق: مكتب تحقيق التراث الناشر: دار المعرفة بيروت الطبعة: الخامسة ١٤٢٠هـ.
- سنن سعيد بن منصور المؤلف: أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: ٢٢٧هـ)، اسم المحقق: د. سعد بن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد، الناشر: دار العصيمي الرياض الطبعة: الأولى ١٤١٤هـ.
- سنن سعيد بن منصور المؤلف: أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: ٢٢٧هـ) المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي الناشر: الدار السلفية - الهند الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م.
- السنن لابن ماجه المؤلف: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

- السنن للدارمي = مسند الدارمي، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بھرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (المتوفى: ٢٥٥هـ) المحقق: نبيل هاشم الغمري الناشر: دار البشائر (بيروت) الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- صحيح البخاري = الجامع الصحيح المختصر من سنن النبي ﷺ وأحواله، المؤلف: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (المتوفى: ٢٥٦هـ) حسب ترقيم فتح الباري الناشر: دار الشعب - القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ - ١٩٨٧م.
- صحيح مسلم = الجامع الصحيح المؤلف: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري الناشر: دار الجيل بيروت، دار الأفاق الجديدة. بيروت.
- عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي المؤلف: هارون خلف عبد الدلو، رسالة ماجستير، ١٤٣٦هـ، قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون، بالجامعة الإسلامية، بغزة.
- عقد التشييد لأعمال البناء والهندسة المصممة من رب العمل، ترجمة: مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، الطبعة الإنجليزية الأولى عام ١٩٩٩م، الطبعة العربية الأولى ١٩٩٨م.
- العقد المدني، أركانه، آثاره، بطلانه المؤلف: د. مصطفى مجدي هرجة، دار محمود للنشر و التوزيع ٢٠٠٢م.
- عقد المقاوله الموحد (نموذج) عقد أشغال عامة، حسب ما تضمنه قرار مجلس الوزراء الموقر، رقم ١٣٦ وتاريخ ١٣/٦/١٤٠٨هـ، المملكة العربية السعودية المؤلف: وزارة الأشغال العامة والإسكان دائرة العطاءات المركزية، دفتر عقد المقاوله الموحد للمشاريع الإنشائية الجزء الأول الشروط العامة (فيدك ١٩٩٩م).
- عقود الإنشاء، ونظام البناء والتشغيل والتحويل (b.o.t)، المؤلف: المعهد العربي للتخطيط بالكويت، سلسلة دورية العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر (تشرين)

..م٢٠٠٤

- العناية شرح الهداية، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (المتوفى: ٧٨٦هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
- الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي (المتوفى: ٦٨٤هـ) الناشر: عالم الكتب الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، أرقام القرارات: ١ - ١٧٤، الدورات: من الدورة الأولى في عام (١٤٠٦هـ) - إلى الدورة الثامنة عشرة في عام (١٤٢٨هـ)، المؤلف: جميل أبو سارة تم جمعها من موقع " المجمع " على الإنترنت، ومن القرارات المطبوعة والمصورة، مع كثير من المراجعة والتدقيق.
- لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.
- مجلة الأحكام العدلية المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية المحقق: نجيب هوايني الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
- مجموع الفتاوى المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ) المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية عام النشر: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

- المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) الناشر: دار الفكر (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي)، المحقق: أ. د. سائد بكداش الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار السراج الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
- مسند أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، (المتوفى: ٢٤١هـ) المحقق: السيد أبو المعاطي النوري الناشر: عالم الكتب - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- المعجم الوسيط، المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار) الناشر: دار الدعوة.
- معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون الناشر: دار الفكر عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- المغني، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلوط: عالم الكتب، الرياض - السعودية، الطبعة: الثالثة.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، المؤلف: مجموعة مؤلفين، صادرة عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ) الأجزاء ١- ٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت، الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر.
- النتف في الفتاوى للسعدي، المؤلف: أبو الحسن علي بن الحسين السعدي المحقق:

صلاح الدين الناهي، الطبعة: مؤسسة الرسالة- بيروت تاريخ الطبع: ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.

- نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محمد رشيد قباني
- نظرية الظروف الطارئة، عبد السلام الترماني.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- الوسيط في شرح القانون المدني، المؤلف: عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- الوسيط في شرح نظام العمل في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي م/٥١، وتاريخ ٢٣ / ٨ / ١٤٢٦ هـ، وفقاً لأحدث التعديلات، المؤلف: خالد السيد محمد عبد الحميد موسى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، بدون تاريخ.

## References

- 'iirwa' alghalil fi takhrij 'ahadith manar alsabil ,almualafi: muhamad nasir aldiyn al'albanii (almutawafaa : 1420hi) 'iishrafi: zuhayr alshaawishalnaashir: almaktab al'iislami - bayrut altabeata: althaaniat 1405 hi - 1985m.
- 'iielam almuqiein ean rabi alealamina, almualafu: 'abu eabd allah muhamad bin 'abi bakr bin 'ayuwba almaeruf biaibn qiam aljawzia (almutawafaa: 751 ha),qadim lah waealaq ealayh wakharaj 'ahadithah watharahu: 'abu eubaydat mashhur bin hasan al salman,sh ark fi altakhriji: 'abu eumar 'ahmad eabd allah 'ahmadalnaashir: dar aibn aljawzi lilmashr waltawzie, almamlakat alearabiat alsaeudiat altabeati: al'uwlaa, 1423 h.
- al'iinsaf fi maerifat alraajih min alkhilafi, almualafi: eala' aldiyn 'abu alhasan eali bin sulayman almardawi aldimashqii alsaalihii alhanbalii (almutawafaa: 885h),alnaashir: dar 'iihya' alturath alearabii, altabeati: althaaniat - bidun tarikhi.
- badayie alsanayie fi tartib alsharayiei, almualafi: eala' aldiyn, 'abu bakr bin maseud bin 'ahmad alkasanii alhanafii (almutawafaa: 587hi)alnaashir: dar alkutub aleilmiat altabeati: althaaniati, 1406h - 1986m.
- badayie alfawayidi, almualafa: muhamad bin 'abi bakr bin 'ayuwba bin saed shams aldiyn abn qiam aljawzia (almutawafaa: 751hi),alnaashir: dar alkitaab alearabii, bayrut, lubnan .
- altarjamat alearabiat lishurut eqd altashyid lilmabani wal'aemal alhandasiat almusamamat min rabi aleamal , jamal aldiyn nasaar markaz alqahirat al'iiqlimii liltahkim altijarii alduwalii ,waljameiat almisriat lilmuhandisin alaistishariiyin , bidun sanat nashra.
- aldhakhirat ,almualafu: 'abu aleabaas shihab aldiyn 'ahmad bin 'iidris bin eabd alrahman almalikiu alshahir bialqarafii (almutawafaa: 684hi) almuhaqiqi: juz' 1, 8, 13: muhamad hajiy ,juz' 2, 6: saeid

- 'aerab juz' 3 – 5, 7, 9 – 12: muhamad bu khabzatalnaashir: dar algharb al'iislami- bayrut altabeata: al'uwlaa, 1994 mi.
- rad almuhtar ealaa alduri almukhtar ,almualafi: abn eabdin, muhamad 'amin bin eumar bin eabd aleaziz eabidin aldimashqii alhanafii (almutawafaa: 1252hi)alnaashir: dar alfikiri-birut altabeata: althaaniati, 1412h - 1992m .
  - rudat altaalibin waeumdat almufatin ,almualafu: 'abu zakariaa muhyi aldiyn yahyaa bin sharaf alnawawiu (almutawafaa: 676hi) tahqiqu: zuhayr alshaawishalnaashir: almaktab al'iislamia, bayrut- dimashqa- eamaan altabeata: althaalithata, 1412h / 1991m.
  - sunan 'abi dawud almualafu: 'abu dawud sulayman bin al'asheath bin 'iishaq bin bashir bin shidad bin eamrw al'azdi alssijistany (almutawafaa: 275hi) almuhaiqiqi: sheayb al'arnawuwt - mhammad kamil qarrah bilalialnaashir: dar alrisalat alealamiat altabeatu:al'uwlaa1430 hi - 2009m.
  - sunan altirmidhii ,almualif : li'abi eisaa muhamad bin eisaa altirmadhi(209 , 279 hi)almuhaiqiq : bashaar eawaad maerufalnaashir : dar algharb al'iislami - bayrut sanat alnashr : ١٩9٨ mi.
  - sunan alnisayiyu bisharh alsuyutii wahashiat alsindi, almualafi: 'abu eabd alrahman 'ahmad bin shueayb alnisayiyi almuhagaqa: maktab tahqiq alturathalnaashir: dar almaerifat bibayrut altabeata: alkhamisat 1420h.
  - snan saeid bin mansur almualafa: 'abu euthman saeid bin mansur bin shuebat alkhirasaniu aljuzjaniu (almutawafaa: 227hi),asim almuhaiqiq: du. saed bin eabd allh bin eabd aleaziz al hamid,alnaashir: dar aleasimii alriyad altabeatu: al'uwlaa 1414h.
  - snan saeid bin mansur almualafa: 'abu euthman saeid bin mansur bin shuebat alkhirasanii aljuzjaniu (almutawafaa: 227hi) almuhaiqiqi: habib alrahman al'aezamiualnaashir: aldaar alsalafiat - alhind altabeatu: al'uwlaa, 1403h -1982m.
  - alsunan liabn majah almualafu: 'abu eabd allah muhamad bin yazid



- alqizwini (almutawafaa: 273hi)alnaashir: dar alfikr - bayrut tahqiqu: muhamad fuad eabd albaqi.
- alsunin lildaarmi= musnad aldaarmi, almualafu: 'abu muhamad eabd allah bin eabd alrahman bin alfadl bin bahram bin eabd alsamad aldaarmii, altamimi alsamarqandi (almutawafaa: 255hi) almuhaqiq: nabil hashim alghamarialnaashir: dar albashayir (birut) altabeatu: al'uwlaa, 1434h - 2013m.
  - shih muslim =aljamie alsahih almualaf : 'abu alhusayn muslim bin alhajaaj bin muslim alqushayri alnaysaburiualnaashir : dar aljil bayrut , dar al'afaq aljadidat bayrut.
  - eqaid albina' waltashghil waltahwil watatbiqatuh fi alfiqh al'iislamii almualif :harun khalf eabd aldaw , risalat majistir ,1436h , qism alfiqh almuqaran bikuliyat alsharieat walqanun , bialjamieat al'iislati , bighazati.
  - eqad altashyid li'aemal albina' walhandasat almusamamat min rabi aleumli, tarjamat :maktab alshalaqani lilaistisharat alqanuniat walmuhamaat , altabeat al'ijnliziat al'uwlaa eam 1999m, altabeat alearabiat al'uwlaa 1998m.
  - aleiqd almadani, 'arkanuh , atharuhu, butlanuh almualaf :da mustafaa majdi harajat , dar mahmud llnashr w altawzie 2002 mi.
  - eqad almuqawalat almuhadi(nmudhj)eqad 'ashghal eamatan ,hasab ma tadamanah qarar majlis alwuzara' almuaqar , raqm 136 watarikh 13/6/1408h , almamlakat alearabiat alsaeudiat almualaf : wizarat al'ashghal aleamat wal'iiskan dayirat aleata'at almarkaziat ,dafatar eqd almuqawalat almuahad lilmasharie al'ijnshayiyat aljuz' al'awal alshurut aleama (fidik 1999m).
  - euqud al'ijnsha' , wanizam albina' waltashghil waltahwil (b.o.t),almualafu: almaehad alearabiu liltakhtit bialkuayt ,silsilat dawriat aleadad alkhamis walthalathun , nufimbir (tshrin) 2004μα..
  - aleinayat sharh alhidayati, almualafi: muhamad bin muhamad bin mahmud, 'akmal aldiyn 'abu eabd allah aibn alshaykh shams aldiyn

- aibn alshaykh jamal aldiyn alruwmi albabirti(almutawafaa: 786hi)alnaashir:dar alfikr altabeatu: bidun tabeat wabidun tarikhi.
- alfatawaa alkubraa liabn taymiati, almualafi: taqi aldiyn 'abu aleabaas 'ahmad bin eabd alhalim bin eabd alsalam bin eabd allh bin 'abi alqasim bin muhamad abn taymiat alharaanii alhanbalii aldimashqii (almutawafaa: 728ha),alnaashir: dar alkutub aleilmiat altabeati: al'uwlaa1408h-1987m.
  - alfuruq = 'anwar alburuq fi 'anwa' alfuruqu, almualafu: 'abu aleabaas shihab aldiyn 'ahmad bin 'iidris bin eabd alrahman almaliki alshahir bialqurafi (almutawafaa: 684hi)alnaashir: ealam alkutub altabeati: bidun tabeat wabidun tarikhi.
  - qararat watawsiat majmae alfiqh al'iislamii altaabie limunazamat almutamar al'iislamii, 'arqam alqararati: 1 – 174, aldawrat: min aldawrat al'uwlaa fi eam (1406h) - 'iilaa aldawrat althaaminat eashrat fi eam (1428h),almualif : jamil 'abu sarat tama jameuha min mawqie " almujaamae " ealaa al'iintirnti, wamin alqararat almatbueat walmusawarati, mae kathir min almurajaeat waltadqiqi.
  - majalat al'ahkam aleadliat almualafu: lajnat mukawanat min eidat eulama' wafuqaha' fi alkhilafat aleuthmaniat almuhaqaqi: najib hwawinialnaashir: nur muhamad, karkhanh tjart kutub, aram bagh, kratshi.
  - majmue alfatawaa almualafi: taqi aldiyn 'abu aleabaas 'ahmad bin eabd alhalim bin taymiat alharaani (almutawafaa: 728hi) almuhaqiq: eabd alrahman bin muhamad bin qasimalnaashir: majmae almalik fahd litibaeat almushaf alsharifi, almadinat alnabawiati, almamlakat alearabiat alsueudiat eam alnashri: 1416h/1995m.
  - almajmue sharh almuhadhab ((mae takmilat alsabaki walmutieii)),almualafu: 'abu zakariaa muhyi aldiyn yahyaa bin sharaf alnawawii (almutawafaa: 676hi)alnaashir: dar alfikr (tabeatan kamilatan maeaha takmilat alsabakii walmutieiu),almuhaqaqa: 'a. da. sayid bikidashalnaashir: dar

- albashayir al'iislamiati, dar alsiraj altabeati: al'uwlaa, 1432h - 2011m.
- msanad 'ahmad bin hanbul, almualafu: 'abu eabd allh 'ahmad bin muhamad bin hanbal bin hilal bin 'asad alshiybani,(almutawafaa : 241hi) almuhaqiq : alsayid 'abu almaeati alnuwrialnaashir : ealim alkutub - bayrut altabeat : al'uwlaa , 1419h 1998 mi.
  - almuejam alwasiti, almualafi: majmae allughat alearabiat bialqahira ('iibrahim mustafaa / 'ahmad alzayaat / hamid eabd alqadir / muhamad alnajar)alnaashar: dar aldaewati.
  - muejam maqayis allughati, almualafi: 'ahmad bin faris bin zakariaa alqazwini alraazi, 'abu alhusayn (almutawafaa: 395hi), almuhaqiq: eabd alsalam muhamad harunalnaashir: dar alfikr eam alnashri: 1399h - 1979m.
  - mighni almuhtaj 'iilaa maerifat maeani 'alfaz alminhaji, almualafi: shams aldiyini, muhamad bin 'ahmad alkhatib alshirbinii alshaafieii (almutawafaa: 977hi)alnaashir: dar alkutub aleilmiat altabeati: al'uwlaa, 1415h - 1994m.
  - almawsueat alfiqhiat alkuaytiati, almualaf : majmueat mualafin , sadirat ean :wizarat al'awqaf walshuyuw al'iislamiat - alkuayt eadad al'ajza'i:45 juz'an altabeati: (man 1404 – 1427 ha)al'ajza'i1– 23: altabeat althaaniatu, dar alsalasil - alkuaytu, al'ajza' 24 – 38: altabeat al'uwlaa, matabie dar alsafwat - masr.
  - alntif fi alfatawaa lilsaghadi, almualafi: 'abu alhasan eali bin alhusayn alsaghadi almuhaqaqa: salah aldiynalnaahi, altabeatu: muasasat alrisalati- bayrut tarikh altabei: 1404h - 1984m.
  - nazariat alzuruf altaariat fi alfiqh al'iislami walqanun alwadei, muhamad rashid qabaani
  - nazariat alzuruf altaariati, eabd alsalam altirmanini.
  - alhidayat fi sharh bidayat almuftadi, almualafi: eali bin 'abi bakr bin eabd aljalil alfirghaniu almarghinani, 'abu alhasan burhan aldiyn (almutawafaa: 593hi),almuhaqaqi: talal yusif,alnaashir: dar ahya'

alturath alearabii - bayrut - lubnan.

- alwsit fi sharh alqanun almadanii, almualafi: eabd alrazaaq alsanhuri, dar 'iihya' alturath alearabii , bayrut, lubnan.
- alwasit fi sharh nizam aleamal fi almamlakat alearabiat alsueudiat alsaadir bialmarsum almalakii mi/51, watarikhi23 /8 1426hi, wfqaan li'ahdath altaedilati, almualafi:khalid alsayid muhamad eabd alhamid musaa,markaz aldirasat alearabiat lilnashr waltawzie, bidun tarikhi.