



الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق - كلية الشريعة
قسم الفقه الإسلامي وأصوله

المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في العقود
الإدارية في الفقه الإسلامي والقانون السوري
«دراسة مقارنة»
أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب
أحمد كواره

مشاركة
الدكتور محمد العموري

إشراف
الدكتور تيسير أبو خشريف

١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م

إهداء

إلى سيد الكائنات ومَنْ هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم صلى الله عليه وسلم.

إلى بهجة الحياة، وجمالها، وضئائها، وجنتها، ومكمن رضا الله فيها، ومَنْ لهما يُخفض
جناح الذل من الرحمة، ومن تحملاً المشاق والفراق في سبيل تحصيل العلم لوجه الله
(والديّ الكريمين)

إلى شركاء الحياة، ورياحينها و زهور رياضها الفواح، ومن صبر ابتغاء رضوان الله
(إخوتي وأخواتي والأرحام الكرام).

إلى أصحاب الفضل والإحسان ومن جعلهم الله من منارات العلم والنور في هذا الزمان
(أساتذتي الكرام)

إلى كل مَنْ أكرمني الله بصحبته وجعل بيننا أواصر الأخوة في الإيمان

إلى كل من يطلب العلم والحق ابتغاء مرضاة الله عز وجل.

إلى كل صرح علمي يبث الخير والنور

أهديهم جميعاً هذا البحث.

شكر وثناء

عرفاناً بالجميل، وقراراً لذوي الفضل بفضلهم، وعملاً بقوله تعالى: ﴿لئن شكرتم لأزيدنكم﴾ [إبراهيم: ٧]، وقوله ﷺ «من لم يشكر الناس لم يشكر الله»^(١)، وقوله ﷺ: «ومن صنع إليكم معروفاً فكافنوه، فإن لم تجدوا ما تكافنونه به فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه»^(٢) أتقدم بخالص الشكر الجزيل وعظيم التقدير إلى أصحاب الفضل: المشرف الدكتور تيسير أبو خشريف، والدكتور محمد العموري، والأستاذ الدكتور صالح العلي الذين أكرموني بالنصح والإرشاد والتقويم والتوجيه لإتمام هذا البحث، فجزاهم الله خير الجزاء وأتمه وأكمله، كما أشكر جميع الأساتذة الكرام في كلية الشريعة، والأساتذة القائمين عليها على كل ما أمتعونا به من نيل العلم الشرعي، وبذلوا في سبيله ما يكون قرة عين للنبي ﷺ، والذين طالما شهد الزمان بقدرهم وجهدهم وفضلهم على جميع الطلاب الذين درسوا في هذا الصرح العلمي المشرق، ونشروا العلم والإيمان حيثما حلوا وارتحلوا، والشكر موصول إلى كل من تكرم بمد يد العون بمشورة أو إعارة كتاب، أو جهد، أو ملحوظة.

(١) سنن الترمذي، أبواب البر والصلة، باب: ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، ٣٣٩/٤، وقال الترمذي: (هذا حديث حسن).

(٢) أخرجه البخاري في الأدب المفرد، باب: من لم يجد المكافأة فليدع له، وسنن أبي داود، كتاب: الزكاة، باب: عطية من سأل بالله، ١٢٨/٢، وسنن النسائي، كتاب: الزكاة، باب: من سأل بالله، ٨٢/٥، ومسند الإمام أحمد، ٣٧/٥، وصحيح ابن حبان، باب المسألة والأخذ وما يتعلق به من المكافأة والثناء والشكر، وذكر الأمر بالمكافأة لمن صنع إليه معروف، ١٩٩/٨، والمستدرک علی الصحیحین، کتاب: البیوع، ٧٣/٢، وقال الحاكم في المستدرک: (هذا حديث صحيح الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه للخلاف الذي بين أصحاب الأعمش فيه)، وتعليق الذهبي: (على شرط البخاري ومسلم).

±

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين:
لقد أكرم الله الإنسانية بالقرآن والسنة وجعلهما كالشمس والقمر في هداية البشر، وبهما أكمل الله الدين لهذه الأمة وارتضاه لها، وجعلهما تبياناً لكل شيء، ومن معين أنوارهما يغترف العلماء في توضيح فقه المعاملات المالية، وما يزالون يرفعون في لَبَنَاتِ هذا الصرح الشامخ من خلال ما يغترفون؛ ليظهر للناس النور المقتبس الذي يضيء حياتهم في كل معاملاتهم، وقد أكرمني الله تعالى بأن أضيف لَبَنَةً صغيرة في هذا الصرح العظيم أتكلم فيها عن المقابل المالي في العقود الإدارية التي هي من عائلة المعاملات المالية.
وفي هذه المقدمة بيان لأهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وصعوبات البحث، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته وحدوده، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

- ١- جدية الموضوع ومواكبته لمتطلبات العصر من حيث إبراز مرونة الفقه الإسلامي وشمول أحكامه لكل المستجدات والنوازل، كما أن الموضوع يجمع بين الأصالة والمعاصرة، فقد أصل الفقهاء المتقدمون عدداً من مسأله، وفيه نوازل كثيرة لم يتناولها الفقهاء بشكل مباشر.
- ٢- إن دراسة المقابل المالي في العقود الإدارية تسهم في تبين أحكام عقود ذات أهمية بالغة على المستوى الحكومي، فالعقود الإدارية من الوسائل الضرورية في إنجاز مشاريع الإدارة العامة، ومؤسساتها، كالمدارس والمستشفيات والطرق والمشاريع الضخمة، والمنشآت التحتية وغيرها...، وتحتاجها الإدارة بجميع أنواعها سواء أكانت عقود أشغال عامة أم توريد أم التزام وغيرها...، ودراسة المقابل المالي في هذه العقود دراسة مقارنة، يوضح أدق تفاصيل الالتزامات والحقوق المترتبة على هذه العقود شرعاً وقانوناً؛ وبذلك تتحقق كل من المصلحة العامة المنشودة للإدارة والمصلحة الأخرى للمتعاقد معها.
- ٣- حاجة فقه المعاملات المالية إلى متابعة العقود المعاصرة والمستجدة بضبط مفاهيمها وقواعدها وتكييفها وتخريجها التخريج الصحيح على العقود المشروعة، وإسقاط أحكامها عليها كلما أمكن ذلك، وسنرى أن المقابل المالي يختلف تكييفه حسب تكييف العقد الذي ينطوي تحته مما يستلزم دراسة معمقة للوقوف على حقيقة العقود الإدارية ومن ثم بيان المقابل المالي المناسب له، وأحكامه.

ثانياً: أسباب اختيار البحث:

تتجلى أسباب اختيار البحث في النقاط الآتية:

- ١- رغبتني في التعمق في العقود المالية، وخاصة العقود الإدارية ذات الدراسة المقارنة بين الشرع والقانون. وذلك لأن الدراسات الشرعية المعمقة، والدراسات المقارنة فيها قليلة.

٢_ عدم وجود دراسة متخصصة في تفصيل أحكام المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية بأنواعها كلها من الناحيتين الشرعية والقانونية؛ ولذا رأيت أن أفرد هذا القسم من المعاملات المالية بمصنف مستقل يحدد معالمه ويبين موضوعه وتفصيله كلها.

٣_ وجود توصيات تحض على التعمق في دراسة العقود الإدارية من الناحية الشرعية ومقارنتها بغيرها من الدراسات القانونية، ومن هذه التوصيات ما أوصى به الدكتور نذير بن محمد الطيب أوهاب في توصياته في كتابه نظرية العقود الإدارية قائلاً: (دعوى عامة إلى الجامع الفقهي ومراكز البحوث والدراسات الشرعية للالتفات إلى العقود الإدارية بمختلف أنواعها، وإعطائها ما تستحق من دراسة تليق والمصلحة التي تغطيها على مستوى التعامل في المجتمع... كما أوصي الباحثين وطلبة العلم بمزيد من الدراسات المعمقة...) ^(١) وقال في معرض حديثه عن أهمية هذه العقود: (وعقد هذا شأنه حري بالعاكفين على الفقه بحثاً ودراسة أن يولوه شيئاً من اهتمامهم الجادة؛ حتى لا يظل خارج دائرة الأحكام الشرعية، ويدخل زمرة الأحكام الفقهية التفصيلية) ^(٢)، وقال أيضاً في معرض حديثه عن مفهوم العقود الإدارية (... عساه أن يفتح كوة للمهتمين من أهل العلم يلجؤون من خلالها لبسط البحث حول هذا النوع من العقود، وذلك بوضع قواعده، وبيان تطبيقاته السابقة واللاحقة) ^(٣).

٤_ إثراء المكتبة المالية بما تحتاجه من الدراسات الشرعية والدراسات المقارنة.

ثالثاً: صعوبات البحث:

اعترض طريقي في دراسة هذا البحث عددٌ من العوائق والصعوبات، ومن أهمها:

١_ ترامي فقرات الموضوع، وتشتت جزئياته في بطون الكتب القديمة والمعاصرة.

٢_ قلة المصادر والمراجع المسلّطة للضوء على كثير من جزئياته في الدراسة المقارنة؛ كما أنّ كثيراً من صوره جديدة في ساحة التعاملات المالية المعاصرة، كما في أنواع عقود الامتياز، وعقود البوت، وغيرها... .

رابعاً: الدراسات والجهود السابقة:

لم أجد بعد البحث والتتبع مَنْ أفرد الحديث عن المقابل المالي في العقود الإدارية في دراسةٍ مستقلةٍ معمقةٍ مقارنةٍ بين الفقه الإسلامي والقانون، مبيّنة التكليف والأحكام والآثار والتطبيقات وفق خطتي لهذا البحث، وإنما وجدت دراسات تكلمت عن أمور معيّنة في العقود الإدارية، منها:

(١) نظرية العقود الإدارية، ٢٥٢

(٢) المرجع نفسه، ٨

(٣) المرجع نفسه، ٧٩

١_ (عقد التوريد في الفقه الإسلامي، دراسة تأصيلية)، وهي أطروحة دكتوراه للباحث إبراهيم شاشو، قام بتقديمها إلى كلية الشريعة بجامعة دمشق، تحت إشراف الأستاذ الدكتور أسامة الحموي، دمشق، ٢٠١١م. وقد تناول الباحث دراسة عقد التوريد مبيناً أغراضه، وأنواعه، وتكييفه، وحكمه، وأركانها، وأحكام إبرامه، وآثاره، وما يتعلق بإجراءاته، وبعض تطبيقاته، وما يتعلق بشأن الخلاف فيه بين أطرافه.

٢_ (عقود المناقصات في الفقه الإسلامي): وهي رسالة ماجستير للباحث عاطف محمد حسين أبو هريبيد قام بتقديمها إلى كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة في فلسطين، تحت إشراف الدكتور أحمد ذياب شويديح، ١٤٢٢ هـ — ٢٠٠٢ م. وقد حصلت على الرسالة مطبوعة من قبل دار النفائس، عمان، ٢٠٠٦م. وقد تناولت هذه الدراسة مشروعية عقود المناقصات ومعظم أحكامها وضوابطها، وبعض تطبيقاتها.

٣_ المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، للطالبة عزة محمد سلمان، بإشراف الدكتور مهند نوح، والبحث هو رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة دمشق، ٢٠١٣م، وقد هدف البحث في الفصل الأول إلى بيان النظام القانوني للثمن والوسائل المتبعة في تحديده واستيفائه، وفي الفصل الثاني تناولت الباحثة الحديث عن النظام القانوني لعائد الاستثمار وتحديده، والعلاقات المالية في عقود تفويض المرافق العامة.

وأما صلة هذه الدراسات بموضوع الدراسة:

فعقد التوريد _وهو أحد عقود الشراء العام_ للدكتور إبراهيم شاشو، يتصل مع دراستي للمقابل المالي من ناحية الحديث عن تصور عقد التوريد، وتكييفه، وحكمه، وحال المقابل المالي فيه، كما أن الدكتور إبراهيم شاشو كان يسلط الضوء على العقد ككل، أما إضافة هذه الدراسة فهي التعمق في دراسة المقابل المالي على وجه الخصوص، بجميع أحكامه، ليس في عقد التوريد فحسب، بل في جميع أنواع العقود الإدارية.

وأما بحث عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، فصلته بموضوع الدراسة من حيث الحديث عن حال المقابل المالي وقت إبرام العقد بطريق المناقصة، وما يتعلق بذلك، وتتمثل إضافة الرسالة بتسليط الضوء على هذه الحالة من حالات طرق التعاقد، وبيان الوجه الصواب فيها، وما يتعلق بذلك من أحكام، ثم إضافة حالات أخرى لطرق التعاقد في العقود الإدارية، وبيان أحكام المقابل المالي فيها، وفي كل العقود الإدارية بالتفصيل.

وأما بحث المقابل المالي في العقود الإدارية، لعزة محمد سلمان، فهو دراسة قانونية فقط لبعض مباحث المقابل المالي التي اشتملت عليها خطة هذه الدراسة، وتتمثل صلة هذه الدراسة بتلك الدراسة من حيث الحديث عن بعض جوانب المقابل المالي في القانون، كطبيعة المقابل المالي، وتحديده، واستلامه وتسليمه، والعلاقات بين المتعاقدين.

وفي اقتصار البحث على ما يحيط بهذه النقاط يكون قد أغفل كثيراً من الجوانب الهامة في دراسة المقابل المالي مما ذكرته في هذا البحث، كالتكييف الحقيقي للعقود الإدارية، وتكييف المقابل المالي في كل عقد على وجه الدقة_ وهذا بحث هام وكبير، وكضوابط المقابل المالي، وشروطه، وأنواعه، وشروط عملية التعاقد التي يكون فيها، وأحكامه الشاملة في العقود الإدارية من بدايتها إلى نهايتها، بالإضافة إلى التطبيقات المعاصرة له.

خامساً: الجديد في البحث:

إنَّ الجديد في البحث هو التأصيل الشرعي، والهيكلي العام، والصيغة الشرعية، والضوابط المعتمدة للمقابل المالي في العقود الإدارية؛ ليتضح الشكل والمضمون الكامل للبحث في إطار منظم يكشف عن كل أحكام المقابل المالي للعقود الإدارية. وكذلك بيان النظام القانوني للمقابل المالي في العقود الإدارية والوسائل المتبعة لتحديد الطرق المتبعة لاستيفائه.

سادساً: أهداف البحث:

يهدف البحث إلى الوصول إلى دراسة متكاملة للمقابل المالي في العقود الإدارية، في الفقه الإسلامي والقانون السوري، لتحديد مفهومه، وتكييفه، وشروطه، وضوابطه، وكيفية تحديده، واستلامه، وتسليمه، ووقت استحقاقه، وأحكامه المتنوعة من بداية العقود الإدارية وحتى نهايتها، وما قد يتعرض له من فساد، وتعديل، وفسخ، وإقالة، وضمان، وتصفية، وأضرار، وتعويض، وما إلى ذلك من جميع الأحوال التي قد ترد في هذه العقود الهامة؛ لتكون هذه الدراسة بمثابة مرجع مهم في ضبط أحكام القضايا المالية في العقود الإدارية. كما تهدف الدراسة إلى الكشف عن جميع الإجراءات المالية، والقضايا المشكّلة، والحالات الغامضة المتعلقة بهيكل المقابل المالي في العقود الإدارية؛ لتشخيصها وتوضيح أحكامها في الجانب الشرعي والقانوني. وكل ذلك لأنَّ المقابل المالي هو أهم أمر بالنسبة للمتعاقد مع الجهة الإدارية، وهو الدافع الأساسي له لقبول التعاقد والخضوع لالتزاماته، ولولاه لما أقدم على التعاقد أصلاً، فمن خلاله يرى التعاقد أنه يعرض جميع الأعمال والتكاليف التي ينفقها في سبيل إنجاز هذا العقد مع تحقيق الأرباح التي يسعى إليها. كما أن للمقابل المالي الأثر العظيم في تقدير الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد؛ مما يستدعي ضرورة بيان أحكامه الشرعية التي تقي العاقد من جميع التبعات الناشئة عن المخالفات الشرعية لأحكامه. كما أن دراسة المقابل المالي من الناحية الشرعية والقانونية تفيد الباحثين في كلا الناحيتين للوصول إلى ما يرجون معرفته، ويسهل على العاقد في هذه العقود معرفة ما يهمهم من كلا الناحيتين بالنسبة للمقابل المالي.

سابعاً: الأسئلة التي يحاول البحث الإجابة عنها:

١. ما هي العقود الإدارية وما هو تكييفها؟

٢. ما هو المقابل المالي، وما هو تكييفه في العقود الإدارية؟
٣. ما هي أنواع المقابل المالي في عقود الشراء العام وعقود التفويض العام؟
٤. ما هي شروط المقابل المالي لكل أنواعه، وما هي شروط عملية التبادل؟
٥. ما هي مراحل المقابل المالي في عقود الشراء العام، ومراحلها في عقود التفويض العام؟
٦. ما هي آلية تحديد المقابل المالي في العقود الإدارية، وطبيعته، وما هي الصور المعاصرة في تحديده؟
٧. ما هي أحكام المقابل المالي بأنواعه شرعاً وقانوناً، من حيث الزمان، والمكان، والاستحقاق، والتسليم، والصحة والفساد؟
٨. ما هي أحكام سلطات الإدارة في التصرف بالمقابل المالي للمتعاقد في العقود الإدارية، (التعديل، الضمان، الجزاءات، نظرية فعل الأمير...؟)
٩. ما هي نقاط الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون في سائر دراسة المقابل المالي، وما تقييمها، والنتائج المترتبة على ذلك؟.

ثامناً: منهج البحث:

ومن أجل تحقيق أهداف البحث، فسأستخدم المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وما يتفرع عنه من مناهج الاستقراء والاستنباط، معتمداً على ما قرره فقهاء المذاهب المعتمدة في مصادرهم، بغية الوصول إلى التكييف الفقهي الصحيح للعقود الإدارية، والمقابل المالي فيها.

وكذلك أقارن مع الجانب القانوني والتشريعات واجتهادات المحاكم الإدارية للإجابة على الإشكالات المطروحة حيثما وجدت.

وفي تناولي للدراسة الشرعية والقانونية فإن أسلوب الدراسة تنوع بين مزج وفصل لدراسة فقرات البحث، وكثيراً ما أمزج بين الدراستين وذلك للتشابه الكبير في الأمور المتفق عليها في أساسيات هذه العقود، كالاتفاق على شروط العقود الإدارية وأنواعها، وأفصل بين فقرات الدراسة الشرعية والدراسة القانونية غالباً إذا كان بينهما نوع من التباين والطبيعة الخاصة لكل منهما، وقد أبدأ بدراسة الفقرة الشرعية، وأحياناً أبدأ بدراسة الفقرة القانونية، حسب حاجة البحث في التوضيح، وحسب ما يستلزم البحث وخطته من ترتيب وتفصيل، ففي عقد الالتزام مثلاً، إذا أردنا تعريفه بمضمونه المعاصر عند الفقهاء القدامى، فإننا لا نجد تعريفاً له في كتبهم؛ لأنه عقد حديث معاصر بتسميته ومضمونه، فأذكر ما يتعلق بذلك عند علماء القانون، ثم أقوم ببذل الجهد في التوضيح والتبيين في الفقه الإسلامي حسب خطة البحث.

وفي كثير من الأحيان اخترت الدراسة المنفصلة لجزئيات البحث في الجانب الشرعي عن الجانب القانوني، لتسهيل الرجوع إلى المعلومات بتمامها في الجانبين دون تعقيد وتداخل، ولإعطاء الصورة الواضحة

والكاملة لهيكل الجزئية المدروسة من جميع حيثياتها، ولترتيب الجزئيات المتعاقبة المتلاحقة بما يتناسب مع كلا طبيعة الدراستين.

وحرصت على ربط المسائل بعضها ببعض، أو أذكر القاعدة التي بُنيت عليها المسألة أو الأصل الذي ترجع إليه، لكي يحصل المطلوب وتتم الفائدة، وأحياناً أختصر في عرض بعض الأحكام القانونية؛ خشية الإطالة، أو لوضوح الحكم.

وقد أخذت حين العرض الفقهي بذكر المذاهب الأربعة مرتبة ترتيباً زمنياً، فالمذهب الحنفي ثم المالكي، ثم الشافعي، ثم الحنبلي، وقد أتعرض للظاهرية عند الحاجة، وقمت بعزو أقوال الفقهاء إلى كتبهم في الحاشية، وفي حال وجود اختلاف في المذهب الواحد أذكره مع بيان ترجيح أصحابه حيثما وجدته، واستشهدت بكثير من نصوصهم من كتبهم المعتمدة في الفتوى وغيرها، وذكرت ما احتوته المسائل من تحرير محل النزاع، وما اشتملت عليه من أدلة ومناقشة، ومن ثم الترجيح مع سببه.

وبالنسبة للمتن والخواشي فعندما أنقل نصاً حرفياً بين قوسين أعزو في الحاشية إلى المصدر فوراً دون أن أذكر كلمة (يُنظر)، وأما إن نقلت من المصدر مضمون العبارة ومفهومها ومعناها فإني أضعها بصياغتي وأكتب في الحاشية كلمة (يُنظر).

وقمت ببيان أرقام الآيات وسورها بعد ذكر الآية حيثما وجدت. يمثل هذا الشكل [البقرة: ١٨٢]، ورجعت إلى كتب التفسير؛ لبيان وجه الاستدلال بالآية، وأما عن تخريج الأحاديث فإن كان الحديث في الصحيحين فأكتفي بتخريجه من أحدهما أو كليهما، وأما إن لم يكن فيهما فأخرجه من باقي الكتب الستة حيثما كان مع ذكر الحكم عليه، وأما إن لم يكن في الكتب الستة، فأذكر تخريجه والحكم عليه عند العلماء حيثما أجد من مصادره المعتبرة، واعتمدت في التخريج ذكر اسم الكتاب المخرّج منه، وكذلك ذكر الكتاب الذي اندرج تحته الحديث من هذا الكتاب، وذكر الباب، والجزء، والصفحة، وترجمت للأعلام من الصحابة والعلماء المتقدمين الواردة أسماؤهم في متن البحث إلا ما كان منهم ضمن نص منقول، وذكرت التعاريف الفقهية من مصادرها الفقهية، ورجعت إلى كتب علوم الحديث؛ لشرح وجه الاستدلال بالحديث وبيانه، وكذلك رجعت إلى كتب الأصول حيثما احتجت لبيان الفقرة المدروسة في علم الأصول، ووضعت في آخر البحث الفهارس التي تسهّل للقارئ الرجوع إلى الموضوع الذي يريد، ورتبت الآيات في الفهرس حسب ترتيب الآية في القرآن الكريم، مع ذكر رقم الصفحة من البحث، ورتبت الأحاديث في فهرس الأحاديث ترتيباً ألفبائياً مع ذكر رقم صفحته من البحث، وكذلك الآثار، ورتبت الأعلام كذلك ألفبائياً حسب اسم الشهرة مع حذف (أل) التعريف، وكلمتي (ابن، وأب) من ذلك الاسم وإن اجتمعتا، ثم ذكرت فهرس المصادر والمراجع مرتباً ألفبائياً لكل صنف من أصناف العلوم كالتفسير، والحديث الشريف وعلومه، والأصول...، وفي مصادر الفقه راعيت ذلك مع الترتيب الزمني للمذاهب الفقهية، ثم ذكرت الفهرس العام لجميع محتويات البحث.

تاسعاً: حدود البحث:

العقود الإدارية هي أحد نوعي العقود التي تبرمها الجهات الحكومية، إذ تبرم الجهات الحكومية عقوداً عادية لا تختلف عن العقود التي يبرمها الأفراد، بحيث يكون العاقدان متساويين عند العقد من حيث القدرة على إضافة الشروط والرضا بها، وتكون أحكام العقد خاضعة لقانون النظام الخاص^(١)، وهذه العقود تسمى (عقود الإدارة الخاصة).

وهناك العقود التي تبرمها الجهات الحكومية وفق قانون النظام العام^(٢) بحيث تحتوي العقود على شروط غير مألوفة، فتتمتع الإدارة فيها بامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، فالمساواة مفقودة بين الطرفين من حيث الشروط والجزاءات وغيرها، وهذه هي المسماة (بالعقود الإدارية)^(٣).

عاشراً: خطة البحث:

بدأت الدراسة بفصل تمهيدي أتحدث فيه عن مفهوم العقود الإدارية، ومفهوم المقابل المالي وأنواعه. وقسمت البحث إلى ثلاثة أبواب وخاتمة.

وخصصت الباب الأول للحديث عن المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقود الشراء العام. فتناولت في الفصل الأول تكييف المقابل المالي في عقود الشراء العام، بما فيها من عقود الأشغال العامة وعقود التوريد والخدمات. ثم تناولت في الفصل الثاني شروط المقابل المالي وضوابط عملية التبادل وأحكامها في عقود الشراء العام.

وأما الفصل الثالث فتحدثت فيه عن آلية تحديد المقابل المالي والوفاء به في عقود الشراء العام. وخصصت الباب الثاني للحديث عن المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقود التفويض العام. فتناولت في الفصل الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الالتزام والامتياز وضباطه وأنواعه.

-
- (١) القانون أو النظام الخاص: (هو الذي يحكم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، أو بينهم وبين إحدى جهات الحكومة عندما تتصرف كالأفراد، دون استناد إلى ما لها من سلطات). القانون الإداري، للحلو، ٧، ويُنظر العقود الإدارية، للبناء، ٥، والقانون الإداري الذي ينظم العقود الإدارية هو أحد فروع القانون العام. يُنظر العقود الإدارية، للبناء، ٥.
- (٢) القانون أو النظام العام: (هو مجموعة القواعد المنظمة للروابط التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة الأخرى طرفاً فيها، باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة). العقود الإدارية، للبناء، ٥، أما القانون أو النظام الخاص: (هو الذي يحكم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، أو بينهم وبين إحدى جهات الحكومة عندما تتصرف كالأفراد، دون استناد إلى ما لها من سلطات). القانون الإداري، للحلو، ٧. ويُنظر العقود الإدارية، للبناء، ٥.
- (٣) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٨٦ وما بعدها، مطبعة جامعة عين شمس، ط٥، ١٩٩١م، والعقود الإدارية، للبناء، ٢١ وما بعدها، والقانون الإداري، للحلو، ٥٦٥.

وتناولت في الفصل الثاني: أحكام عائد الاستثمار، الرسم (التعرفة) وتحديد، والمزايا المالية في عقود التفويض العام.

وخصصت الباب الثالث للحديث عن الآثار المترتبة على العقود الإدارية بالنسبة للمقابل المالي في الفقه الإسلامي والقانون.

فتناولت في الفصل الأول: المقابل المالي وقت العقد واستحقاقه وأثر فساد العقد والتعديل والفسخ والإقالة فيه.

وتناولت في الفصل الثاني المقابل المالي حال الإخلال بالتزامات العاقدین وتطبيقاته المعاصرة.

ثم ذكرت في آخر الدراسة الخاتمة وتشمل النتائج والمقترحات، ثم وضعت فهارس البحث.

فصل تمهيدي

مفهوم العقود الإدارية والمقابل المالي

ويتضمن ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية**
- المبحث الثاني: مفهوم المقابل المالي في العقود الإدارية**
- المبحث الثالث: أنواع المقابل المالي في العقود الإدارية**

المبحث الأول مفهوم العقود الإدارية

ويتضمن ستة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقد

المطلب الثاني: تعريف الإدارة

المطلب الثالث: تعريف العقود الإدارية

المطلب الرابع: شروط العقود الإدارية

المطلب الخامس: أنواع العقود الإدارية

المطلب السادس: المرفق العام

العقود الإدارية مركب إضافي من لفظتين، ومعرفة حقيقة هذا المركب الإضافي تتوقف على معرفة آحاد ألفاظه، ثم بيان معنى المركب الإضافي باعتباره مصطلحاً، وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول: تعريف العقد:

أولاً: تعريف العقد لغة:

(العقد: هو العهد والجمع عقود، وهي أوكد العهود، فيقال: عهدت إلى فلان كذا وكذا، تأويله: ألزمته ذلك، فإذا قلت عاقدته، أو عقدت عليه، فمعناه: أنك ألزمته ذلك باستيثاق)^(١).

ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً:

يطلق لفظ (العقد) على معنيين المعنى العام والمعنى الخاص.

١- أما معناه العام: فالمراد به كل ما ينتج التزاماً شرعياً، سواء أكان هذا الالتزام ناشئاً عن اتفاق بين طرفين، أم نتيجة لإرادة الشخص وعزمه المبرم على إنشاء التزام شرعي معين يُلزم به نفسه^(٢).

٢- العقد بالمعنى الخاص:

عرّف الفقهاء العقد بتعريفات متقاربة، فقد جاء في البحر الرائق: (تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً)^(٣)، وزاد في العناية: (على وجه يظهر أثره في محله)^(٤)، وفي بداية المجتهد: (والعقد هو ارتباط الإيجاب والقبول)^(٥)، فهذه التعريفات تجتمع حول معنى بارز وهو الالتزام الصادر من طرفين، وهذا هو المراد الغالب لدى معظم الفقهاء عندما يطلقون لفظ العقد^(٦).

(١) لسان العرب، لمحمد ابن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، ط ١. مادة: (عقد).

(٢) يُنظر أحكام القرآن للحصاص، ٢/٢٩٥، للإمام أبي بكر أحمد بن علي الجصاص، دار الفكر، بيروت، د.ت، د.ط، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي ١٤٠٥ هـ. وإن كان الإمام الجصاص قد شرط أن يكون التزامه بشيء يتحقق في المستقبل لأن القاعدة عنده أن العقد التزام بما يمكن الوفاء به، ٢/٢٩٥. ويُنظر أحكام القرآن: لمحمد بن عبد الله بن العربي، ٢/٥٢٦، تحقيق: محمد البجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٣٨٧ هـ. وأحكام القرآن: للإمام الشافعي، ٢/٦٦، تحقيق: أ. عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٥ هـ.

(٣) البحر الرائق: لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري، ٥/٢٨٣، دار المعرفة، الطبعة: الثالثة، ١٩٩٣، بيروت.

(٤) العناية شرح الهداية: لمحمد بن محمد بن محمود الباري، ٦/٢٤٩، دار الفكر، د.م، د.ت.

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، ٢/١٢٩، دار الفكر، بيروت.

(٦) يُنظر بدائع الصنائع للإمام الكاساني، ٦/٢٩٩٠، مطبعة الإمام بالقاهرة، د.ت. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد بن عرفة الدسوقي، ٣/٥، طبعة الاستقامة بالقاهرة. ويقول الدردير (لا يكون العقد إلا بين اثنين). والشرح

المطلب الثاني: تعريف الإدارة:

أولاً: تعريف الإدارة لغة:

هي مصدر أدار يدير^(١)، ويستخدم في المعنويات، فيقال أدرت فلاناً على الأمر، أي حاولت إلزامه إياه، وأدرته عن الأمر إذا طلبت منه تركه، وأدار الوزير العمل: أشرف عليه^(٢)، كما ويُستعمل هذا الفعل في إدارة الشؤون سواء أكان ذلك مؤسسة علمية أم عملية، أم على مستوى الأسرة، وجاء في لسان العرب: (مداورة الشؤون ومعالجتها، والمداورة المعالجة)^(٣)، وعلم الإدارة: علم يتعلق بكيفية إدارة الأعمال^(٤).

ثانياً: تعريف الإدارة اصطلاحاً:

لم يرد في كتب فقه الشريعة الإسلامية تعريفٌ للإدارة بالمعنى الاصطلاحي الحديث، رغم تناول الشريعة الإسلامية الغراء لتفصيل أحكامها، كما في أبواب الولاية العامة، وغيرها. وجاء في معجم المصطلحات الفقهية والقانونية: (الإدارة اصطلاحاً: هي كل جهاز أو مجموعة من الأجهزة، منحتها السلطة السياسية الصلاحيات والوسائل لتحقيق رغبات الشعب وتسيير أموره ومصالحه ضمن إطار القوانين المرعية)^(٥). ويرادف مصطلح الإدارة المراد في هذه الدراسة مصطلح معاصر مشهور هو: (الدولة)، وتُعرف الدولة بأنها: (مؤسسة سياسية وقانونية تقوم حين يقطن جموع من الناس بصفة دائمة في إقليم معين، ويخضعون لسلطة عليا، تمارس سيادتها عليهم)^(٦). والمراد بالإدارة: هي كل شخص معنوي عام، سواء أكان مركزياً أم غير مركزي، ومن أمثلة الشخص العام غير المركزي: المرافق العامة التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، والاستقلال المالي، كالهئات العامة، والمؤسسات العامة^(٧).

الصغير للدردير، ٣٤/٢، ط: عيسى البابي الحلبي بالقاهرة، ومعه بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك: للعلامة أحمد بن محمد الصاوي.

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (دور).

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (دور).

(٣) لسان العرب، مادة: (دور)، ويُنظر الإدارة في سورة يوسف عليه السلام، لنايف شعبان عبد الله قرموط، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٩م-١٤٣٠هـ.

(٤) معجم الطلاب، د. محمد إسماعيل الصبيني، حيمور حسن يوسف، ٥٠، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩١م، مادة (أدار).

(٥) معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، د. جرجس جرجس، ٣٣، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى.

(٦) الوجيز في القانون الدولي مقارناً بأحكام الفقه الإسلامي، د. محمد عزيز شكري، ٤٢، منشورات جامعة دمشق، دمشق.

المطلب الثالث: تعريف العقود الإدارية:

لم يجد الباحث في المدونات الفقهية تعريفاً شرعياً مباشراً لهذا المصطلح؛ لأنه من المصطلحات المستحدثة، ولكن هذا العقد عُرف معنىً وعملاً، من خلال تطابق صوره مع بعض العقود المشروعة في الفقه الإسلامي كالإجارة والاستصناع وغيرها.

يُعرف العقد الإداري بأنه: (عقد تبرمه جهة إدارية، أو من يقوم مقامها، مع جهة خاصة، بشأن تسيير مرفق عام، مستخدمة نفوذها السلطاني)^(٢).

ومعنى تسيير المرفق العام توضيح في تعريف آخر: (.القيام بالأشغال أو الخدمات أو الدراسات أو توريدات لها صلة بالمرفق العام)^(٣).

واستخدام النفوذ السلطاني وأسلوب القانون العام توضّح في تعريف آخر حيث: (...تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وذلك إما بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك في تسيير المرفق العام)^(٤).

وهذه التسمية للعقود الإدارية_ بإضافة لفظ (الإدارية) للعقود_ جاءت من ناحية عناية الإدارة ورعايتها لمصلحة المرفق العام ومصلحة المنتفعين به، وهم من وجب لهم حفظ مصالحهم العامة.

وبعد أن عرّفت العقد، والإدارة، والعقود الإدارية، لابد أن أعرج على شروط العقود الإدارية، وهذا ما سأوضحه في المطلب الآتي.

-
- (١) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ١٨-١٩، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٦ م.
- (٢) نظرية العقود الإدارية، للدكتور نذير بن محمد الطيب أوهاب، ٨١، معهد الإدارة العامة، مركز البحوث، السعودية، ٢٠٠٦ م. ويُنظر موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، حمدي ياسين عكاشة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٤. و العقود الإدارية، محمود عاطف البنا، ١٩، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٨٤ م. ومبادئ وأحكام العقود الإدارية، د. محمد عبد العال السناري، ١١، دار النهضة العربية. والتطبيقات العملية للعقد الإداري في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا، د. محمد رشاد عمران، ٢، مذكرة، ٢٠٠٣ م. و الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٥٩.
- (٣) فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة في عقد الأشغال العامة، نسيم محمد بني عامر، ٢، بحث مقدم في جامعة اليرموك، كلية القانون، الأردن .
- (٤) مبادئ القانون الإداري، زين العابدين بركات، ٥٨٢، جامعة دمشق، ١٩٨٦.

المطلب الرابع: شروط العقود الإدارية:

تختص العقود الإدارية في الشرع^(١) والقانون عن غيرها من العقود بثلاثة شروط هامة، بحيث إذا فُقد أحد هذه الشروط لم تعد تلك العقود عقوداً إدارية:

أولاً: أن تكون الإدارة طرفاً فيها: والمقصود بذلك أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص النظام العام^(٢)، والأشخاص المعنوية الإقليمية (المحافظة والمدينة والمركز والقرية)، ويمثل هذه الأشخاص وحدات الجهاز الإداري للدولة كالوزارات والمصالح الحكومية، ووحدات الإدارة المحلية للمحافظة والمدن والقرى والأحياء، أو من خلال أحد الأشخاص المعنوية المرفقية كالمؤسسات والهيئات العامة^(٣) وغيرها من أشخاص النظام العام كالنقابات المهنية^(٤).

ثانياً: أن يتصل العقد بمرفق عام: سواء من حيث تنظيمه أم إدارته أم تنفيذه أم بنائه أم صيانته أم تسييره أم استغلاله، أم المساهمة في ذلك؛ وذلك لأن الاتصال بالمرفق العام هو سبب وجود العقود الإدارية التي تخضع لقواعد متميزة عن قواعد العقود المدنية، بقصد تحقيق مصلحة مرفق من المرافق العامة ولما يقتضيه من تغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة.

وللمرفق العام عدة معان، أبرزها معنيان^(٥) هما:

المعنى الأول: الخدمة أو النشاط أو الحاجة التي تُقدم للمستفيدين، سواء أكان هذا النشاط صادراً عنها مباشرة أم عن طريق ملتزم تحت إشرافها، فمعنى المرفق على هذه الركيزة: موضوعي أو وظيفي أو مادي.

المعنى الثاني: الجهاز الذي يقدم الخدمة أو الحاجة للمستفيدين، فمعنى المرفق هنا عضوي أو شكلي.

فالمرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة، أو تشرف على إدارته، ويعمل بانتظام واستمرار، وتستعين في إنشائه وتسييره بسلطات الإدارة؛ لتزويد الجمهور بالحاجات العامة، ولا يهدف هذا المشروع إلى

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، ٦٣ وما بعدها.

(٢) ينظر معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، د. مصطفى عبد المقصود سليم، ٨٥، ١٢٤، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.

(٣) يُنظر الوجيز في العقود الإدارية، د. جابر جاد نصار، ٣٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

(٤) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ٣٢ .

(٥) يُنظر القانون الإداري، د. طعيمة الجرف، ٢٤١ وما بعدها، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ط: ٤، ١٩٧٨م. ومعيار تمييز العقد الإداري، د. عمر حلمي، ١١٠ وما بعدها. ومظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عياد، ١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣. ومعيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، د. مصطفى سليم، ٥٦.

تحقيق ربح من وراء تزويده للمتعاملين معه بالحاجات العامة، بل يقصد المساهمة في حماية النظام العام، وخدمة المصالح في الدولة^(١).

فإذا انقطعت صلة العقد بالمرفق العام، فقد انتفى عنه الوصف الإداري، حتى ولو كان أحد أطرافه شخصاً عاماً.

وتطبيقاً لذلك يخرج عن نطاق العقد الإداري: تأجير إحدى الهيئات العامة لقطعة أرض من أملاكها الخاصة لأحد الأفراد لإقامة مصنع خاص لها؛ لأنه لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وإنما العقد يستهدف استغلال الهيئة المؤجرة لأموالها، شأنها في ذلك شأن الأفراد المالكين لعقارات، وانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة انتفاعاً خاصاً^(٢).

ثالثاً: استخدام وسائل القانون العام في القانون، وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في العقود المدنية التي تقوم على أعمال مبدأ المساواة والتوازن بين طرفيها^(٣)، كشرط حق الإدارة بفسخ العقد متى شاءت.

والشروط غير المألوفة هي: (الشروط التي تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد)^(٤).

وتعبر الإدارة عن إرادتها باتباع القانون العام عن طريق تضمين عقودها الإدارية شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، ولو كانت شرطاً واحداً^(٥).

(١) يُنظر الموسوعة الإدارية الحديثة، ١٠٩٧/٢٢، والأسس العامة للعقود الإدارية، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ٢٧.
(٢) يُنظر عقود المناقصات الإدارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية تأصيلية مقارنة، د. محمد خميس العجمي، ٣٩-٤٠، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، القاهرة، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢م.

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ٣٢. ثم إنه إن لم يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة فإنه يكفي للحكم على العقد بأنه عقد إداري وجود امتيازات السلطة العامة؛ من حق التدخل وفرض الجزاءات أو الفسخ أو ... طبقاً للمصلحة العامة، أو الإحالة إلى القضاء الإداري، أو أن هذه الشروط غير مألوفة في القانون الخاص. يُنظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب، ٧٠.

(٤) الموسوعة الإدارية الحديثة، ٢٨٤/٣٥. ويرى الدكتور أحمد عثمان عياد والدكتور ثروت بدوي أن الشروط الغير مألوفة: هي شروط تنطوي على عناصر السلطة العامة، وتعد أحد مظاهر تلك السلطة، ومن ثم فإن هذه الشروط يستحيل تحقيقها في عقود الأفراد؛ لأنها تستمد وجودها من وجود السلطة العامة كطرف في العقد. يُنظر مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عثمان عياد، ٥٧. والنظرية العامة في العقود الإدارية، د. ثروت بدوي، ١٥٣، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م. والأسس العامة في العقود الإدارية، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ٣٨.

- والهدف من هذه الشروط هو: الرغبة في تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقدين^(٢).
- ويمكن الاستدلال على هذه الشروط غير المألوفة المستهدفة للمصلحة العامة بقرائن معينة كالآتي:
- ١_ الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، كأن تحتفظ الإدارة بالحق في تعديل التزامات المتعاقد معها، وفسخ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة، أو حق توقيع عقوبات على المتعاقد في حالة إخلاله بالالتزامات دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء.
 - ٢_ تخويل المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، فمثلاً: كثيراً ما تتضمن عقود امتياز المرافق العامة شروطاً تخول حق نزع الملكية أو فرض تعرفات معينة.
 - ٣_ الإحالة إلى دفاتر شروط معينة: وكثيراً ما تعد هذه الدفاتر وتطبع مقدماً قبل التعاقد، وتلحق بالعقد الإداري، وتُعدّ جزءاً منه بعد إبرامه.
 - ٤_ شرط جعل فض النزاع عند الحاجة للقضاء موكولاً للقضاء الإداري.
 - ٥_ اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام في عقد امتياز المرافق العامة^(٣).

وهكذا بعد أن أوضحت شروط العقود الإدارية، أنتقل إلى بيان أنواع العقود الإدارية، وهذا أبينه في المطلب الآتي.

(١) يُنظر العقد الإداري "المقومات_ الإجراءات_ الآثار"، د. محمد فؤاد عبد الباسط، ٥٩. ومبادئ وأحكام القانون الإداري، د. محمد رفعت عبد الوهاب، ٤٩٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م.

(٢) يُنظر عقود المناقصات الإدارية، د. محمد خميس العجمي، ٤٢.

(٣) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٨٢ وما بعدها. والعقد الإداري في مجال التطبيق، د. عبد المجيد الفياض، ٣٢ وما بعدها. ومبادئ أساسية في العقود الإدارية، د. عصمت عبد الله الشيخ، ٤٩، ونظرية العقود الإدارية، د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، ٦٩-٧٠.

المطلب الخامس: أنواع العقود الإدارية:

للعقود الإدارية أنواع متعددة منها ما يختص بالأشغال العامة، ومنها ما يختص بتوريد منقولات، ومنها ما يختص بصيانة مرافق عامة معينة، ومنها ما يختص بتفويض التعاقد مع الإدارة بإدارة المرفق، وهكذا...، لكن سلكت في هذه الدراسة مسلكاً رأيته حسناً في تقسيم العقود الإدارية إلى قسمين أساسيين، تبعاً لما درجت عليه العقود الإدارية المعاصرة، كما في كتاب (العقود الإدارية) للدكتور محمد الحسين، والدكتور مهند نوح^(١)، وقد سار التقسيم في العقود الإدارية إلى قسمين، القسم الأول يختص بعقود الشراء العام (التي يُدفع المقابل المالي فيها من قبل الإدارة)، والقسم الثاني: عقود التفويض العام (التي يُدفع المقابل المالي فيها منفعةً من الإدارة)^(٢)، ونقوداً من المنتفعين)، فالقسم الأول يشتهر فيه عقدان هامين هما عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وأما القسم الثاني: فيشتهر فيه عقد امتياز المرافق العامة وعقد الالتزام، وقد سرت في دراستي هذه على وفق هذا التقسيم.

والسائد حالياً أن يتم الاعتماد على المقابل المالي للمتعاقدين مع الإدارة كميّار للتمييز بين هاتين الطائفتين؛ وذلك لتمييز واختلاف المقابل المالي في عقود الشراء العام عن المقابل المالي في عقود التفويض العام، ففي عقود الشراء العام فإن الإدارة هي التي تدفع المقابل المالي نقوداً للمتعاقدين معها، أما في عقود التفويض العام فإن الإدارة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقدين معها نقوداً، وإنما تعطيه منفعة هذا المشروع مدة من الزمن، وتفوضه بهذه المنفعة ويأخذ مردودها وثمرتها من المنتفعين لقاء ما يقدمه من القيام بمصالح هذا المرفق.

وبالتالي فإن المقابل المالي للمتعاقدين مع الإدارة في عقود التفويض له مرحلتان، المرحلة الأولى يأخذ المتعاقد مقابلته المالي من الإدارة متمثلاً بمنفعة المشروع، وفي المرحلة الثانية يقوم المتعاقد بأخذ الرسوم من المنتفعين من هذا المرفق الذي قام بمصالحه.

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٥٥-٥٦.

(٢) يُنظر البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها، د. محمد توفيق البوطي، ١٨٠، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٨م.

المطلب السادس: المرفق العام

بما أنّ المال الخاص: (هو ما كان لصاحب خاص واحداً كان أو متعدداً، له استثماره والتصرف فيه)^(١)، فإن المال العام يعرف بأنه: (كل مال ثبتت عليه اليد في بلاد المسلمين، ولم يتعين مالكة بل هو للمسلمين جميعاً)^(٢).

تعريف المرفق لغة:

المرفق في اللغة: ما يترفق به، (والرَّفَقُ والمرْفَقُ والمرْفَقُ والمرْفَقُ ما اسْتَعِينَ به)^(٣)، والمرفق جمعها مرافق ويشمل كل مكان ذي منفعة في الدار وما حولها^(٤)، ومرافق البلاد أي ما ينتفع به السكان عموماً ولذلك ذكر أهل اللغة أن كل ما ينتفع به يطلق عليه مرفق^(٥).

وأما تعريف المرفق العام اصطلاحاً:

إنّ مصطلح: (المرفق العام) وكونه يختص بالمشاريع العامة والتي تديرها الدولة، لم أجده في كتب الفقه، وإنّما استعمل الفقهاء استعمالاً عديدة غير هذا المصطلح، مثل لفظة الإرفاق في كتاب الأحكام السلطانية، فقد خصص لها الماوردي فصلاً كاملاً في الباب السادس عشر مع الحمى، وخصص لها أبو يعلى فصلاً أيضاً.

وعرف الماوردي الإرفاق بأنه: (أرفاق الناس بمقاعد الأسواق وأفنية الشوارع وحریم الأمصار ومنازل الأسفار)^(٦). وعرف أبو يعلى الإرفاق، قال: (هو ارتفاق الناس.... الخ)^(٧) والباقي مثل لفظ الماوردي، إلا أن كلمة (الإرفاق) عند الماوردي جاءت بهمزة فوق الألف بخلاف أبي يعلى فجاءت بهمزة تحت الألف.

وفي تعريف الماوردي وأبي يعلى (للإرفاق) نجدهما اكتفيا بضرب أمثلة للمعرف ولم يحاولا وضع تعريف يشمل كل أفراد وأنواعه.

(١) حماية المال العام في الفقه الإسلامي، ٢٥، د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١ م.

(٢) زكاة المال العام، مجلة الحقوق الكويتية، د. محمد عبد الغفار الشريف، العدد ٤، ٢١٠، ١٩٩٨ م.

(٣) لسان العرب، مادة: (رفق).

(٤) يُنظر معجم متن اللغة لأحمد رضا، مادة: (رفق)، دار مكتبة الحياة.

(٥) يُنظر المغرب في ترتيب المغرب، مادة: (رفق).

(٦) الأحكام السلطانية للماوردي، ٣٢٠، دار الكتاب العربي.

(٧) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ٢٢٤، دار الوطن، الرياض.

والمرفق العامة: (أموال ذات نفع عام، كالأنهار العظيمة والشوارع، والطرق،.. والمسلمون جميعاً شركاء في دجلة، والفرات، وكل نهر عظيم، نحوهما أو وادٍ يستقون منه.. وليس لأحد أن يمنع)^(١).

وأقصد من المرفق في هذا الدراسة هو (الحل الذي يتم فيه نشاط معين تقوم به الإدارة لصالح الجمهور) ونجد أنه ليس في تعريف الماوردي وأبي يعلى إشارة ظاهرة إلى نشاط ما، بل إنه يبدو وما أورداه من أمثلة كأن دور الإدارة لا يتجاوز التخلية بين الناس وبين الانتفاع بمباح^(٢).

وما ذكره الماوردي وأبو يعلى مقارب لما ذكره الفقهاء في كتبهم^(٣)، فإن الفقهاء لهم استعمال لهذا اللفظ أو للمعنى المراد من اللفظ وهو النفع العام لجميع الناس، وعلى هذا فالمرفق العام: (مشروع يستهدف إشباع حاجات، أو تقديم خدمات ذات نفع عام)^(٤).

وفي الجانب القانوني نرى أن شراح القانون يذهبون إلى أن مصطلح: (المرفق العام) مبهم، وأن له معنيين: أولهما: شكلي (عضوي)، أي: المنظمة أو الجهاز الذي يعمل على أداء الخدمات، وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا المعنى بالإدارة أو الجهاز الإداري، فهو: (نشاط تتولاه هيئة عامة بقصد تحقيق نفع عام)^(٥)، أو (كل منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة، وتخضع في إرادتها لها وتتولى جزءاً من مهامها)^(٦).

والمعنى الثاني: معنى موضوعي: ويتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة، ويخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الإدارة، وعلى هذا يُعرف المرفق العام بأنه: (منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لإرادة السلطة، بقصد تحقيق حاجات الجمهور العامة بطريقة منتظمة ومطرودة مع مراعاة مبدأ المساواة بين المتفاعلين)^(٧)، كما يُعرف بأنه: (كل نشاط تتولاه الإدارة وتتجه به إلى تحقيق نفع عام)^(٨)، لكن هذا المعنى غير مانع، فلا يمنع الخلط، حيث إن هناك أشخاصاً

(١) الخراج، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، ١٠٥، مطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٩٦هـ .

(٢) نظام الإدارة في الإسلام، د. محمد القطب، ٢٠٨، دار الفكر العربي.

(٣) يُنظر البحر الرائق، ٢١١/٤، البهجة في شرح التحفة، ٥/٢، الحاوي الكبير، ٤٩٤/٧، والإنصاف، ٥٤/٥ .

(٥) عقود البوت، د. جابر نصار، ٣٧٣.

(٥) الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي، حبيب الهرمزي، ٢٤، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، ١٩٧٧م.

(٦) القانون الإدارية، طعيمة الجرف، القانون الإداري، ٥١٣-٥١٤، ونظرية العقود الإدارية، ٣٥.

(٧) الرقابة على المؤسسات العامة، ٢٤.

(٨) نظرية العقود الإدارية، ٣٥، والقانون الإداري، د. عبد الغني بسيوني، ٤٠٠، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١م .

عاديين وبعض الأشخاص الاعتبارية الخاصة يستهدفون النفع العام (المصلحة العامة) من خلال مرافق عامة بهذا المعنى^(١).

ويمكن القول بأنّ المرفق العام هو في حالة السكون: المنظمة التي تقوم بنشاط معين، أما في حالة الحركة فهو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة بغض النظر عن الجهة التي تؤديه، وبهذا فالمرافق العام هو: (النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به لآخرين، كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها، وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام، تحقيقاً للصالح العام)^(٢).

والرأي الراجح هو الجمع بين المعنى العضوي والموضوعي، فيكون التعريف كما يأتي: (النشاط الذي يقوم به شخص من أشخاص القانون العام بصورة مباشرة أو غير مباشرة، بقصد إشباع حاجة ذات نفع عام، أو تحقيق النفع العام)^(٣).

التمييز بين المال العام والمرافق العامة:

يُستعمل مصطلح المرفق العام أحياناً مرادفاً لمصطلح المال العام، وبالعكس، ولم أعثر عن من وضع الفرق بين المال العام والمرافق العامة توضيحاً بيناً، لكن من خلال ما قرأت أستطيع أن أقول: إنّ مصطلح المال العام في الفقه الإسلامي والقانون يشمل كل ما يدخل في الملكية العامة من أنواع الأموال سواء كانت أعياناً مادية منقولات أم عقارات أم منفعاً أم أثماً، فكلها من مشتملات المال العام، وبهذا دخل فيه أملاك الدولة العامة والخاصة، أما مصطلح المرافق العامة فصار يطلق على المشاريع التي تلبي حاجات ومصالح عامة للناس، ويؤدي منافع مباشرة لهم، فمصطلح المال العام أعم من مصطلح المرفق العام؛ لأن المرفق العام هو: (مشروع يستهدف إشباع حاجات، أو تقديم خدمات ذات نفع عام)^(٤)، وبناء على هذا التعريف والتوضيح يمكن أن نفرق بين كل مال عام هل هو من المرافق العامة أم لا، فما كان من الأموال العامة مشروعاً يستهدف إشباع حاجات أو تقديم خدمات ذات نفع عام فهو من المرافق العامة المقصودة في هذا البحث، فإذا أُقيم مشروع في الأموال العامة بهدف إشباع حاجات أو تقديم خدمات ذات نفع عام فعندها يطلق على هذا المشروع أنه مرفق عام.

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، ٣٥.

(٢) القانون الإداري، د. مازن راضي ليو، ٦٧، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك، ٢٠٠٨م.

(٣) القانون الإداري، د. شاب توما منصور، ٢١٤، مطبعة الأعظمي، بغداد، ١٩٧٥م.

(٤) عقود البوت، د. جابر نصار، ٣٧٣.

المبحث الثاني مفهوم المقابل المالي في العقود الإدارية

ويتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المقابل

المطلب الثاني: تعريف المال

المطلب الثالث: تعريف المقابل المالي

المطلب الأول: تعريف المقابل:

أولاً: تعريف المقابل لغة:

المقابل في اللغة بمعنى البدل والعوض الذي يناله الطرف الآخر في عملية المبادلة^(١).

ثانياً: تعريف المقابل اصطلاحاً:

وفي الاصطلاح الفقهي فإنَّ لفظ المقابل هو: اسم لما يكون بدل شيء آخر.

فالمقابل والبدل والعوض: ألفاظ مترادفة للتعبير عن شيء ما في مواجهة شيء آخر.

ففي أبواب المعاملات المالية يكون هذا المقابل أو البدل أو العوض هو ما يأخذه العاقد من المتعاقد الآخر لقاء ما يبذله له من مال أو عمل أو منفعة، وقد استعمل الفقهاء لفظ المقابل ومشتقاته كثيراً، ففي المبسوط: (البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم)^(٢)، وفي حاشية العدوي: (وما شاكل البيوع [قوله: كالإجارة] الشبه ظاهر بجامع أن كلاً عقد على شيء في مقابلة عوض، الذات في البيع، والمنفعة في الإجارة)^(٣)، وفي أسنى المطالب تعريف البيع بأنه: (مقابلة مال بمال)^(٤).

ثالثاً: المصطلحات ذات الصلة:

- ١ - العوض: العوض في اللغة: هو الخلف والبدل للشيء^(٥).
- ٢ - البدل: الأصل في الإبدال جعل شيء مكان شيء آخر^(٦).
- ٣ - المقايضة: وهي من قايضَ الرجلُ مُقايضةً إذا أعطاه سِلعةً وأخذَ عَوَضَها سِلعةً^(٧).

(١) يُنظر لسان العرب، والمصباح المنير، مادة: (قبل).

(٢) المبسوط للسرخسي، ٢٣٩/٦، نشر محمد أفندي المغربي.

(٣) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لعلّي الصعيدي العدوي المالكي، ١٧٧/٢، تحقيق: يوسف الشيخ أحمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ.

(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب، لزكريا الأنصاري، ٢/١، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٠م.

(٥) يُنظر لسان العرب، مادة: عوض. والبحر الرائق، ١٢٩/٦، والبهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام

التسولي، ٤/٢، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، لبنان - بيروت، ١٤١٨

هـ - ١٩٩٨م، وحاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين: لأبي بكر ابن السيد

محمد شطا الدميّاطي، ١٩/٣، دار الفكر - بيروت، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للعلامة علاء الدين علي

بن سليمان المرداوي، ٣٦٦/٤، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٥هـ. والاستهلاك وضوابطه في

الاقتصاد الإسلامي، عبد الستار إبراهيم الهيتي، ٤٠٣، دار الوراق، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠٠٥م.

(٦) يُنظر لسان العرب، مادة: (بدل).

(٧) يُنظر لسان العرب، مادة: (قيض).

المطلب الثاني: تعريف المال:

أولاً: تعريف المال لغةً:

المال لغةً: ما ملكه الإنسان من جميع الأشياء، فكل ما يقبل الملك فهو مال، سواء أكان عيناً أم منفعةً، وسواء أكان منتفعاً به شرعاً أم لا، أما ما يملكه الإنسان ولا يحوزه فلا يسمى مالاً في اللغة كالطير في الهواء^(١).

ثانياً: تعريف المال اصطلاحاً:

ذكر الفقهاء تعريفات متعددة للمال، من أهمها أن المال: (اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار)^(٢).

ومالية الشيء عند الحنفية تتكون من العرف، والعينية (أي كون الشيء له مادة وجرم في الخارج). أما باقي الفقهاء فمالية الشيء عندهم تتكون من العرف، وإقرار الشارع بإباحة الانتفاع بالشيء^(٣). ويظهر الفرق بين اتجاه الحنفية والجمهور في أن الحنفية لا يعدّون المنافع والحقوق المحضة كحق التعلي أموالاً، لعدم ثبوتها بالحيازة، والإحراز^(٤)، بخلاف الجمهور الذين عدوها أموالاً^(٥).

ولعل التعريف الراجح كما يبدو لي، أن المال: كل ما له قيمة في عرف الشرع، وله منفعة مباحة لغير ضرورة. وقيد (لغير ضرورة) أخرج ما له منفعة مباحة للضرورة، كلحم الميتة للمضطر لأكله. فعلى المعنى العام كما هو عند جمهور الفقهاء فإن المال يشمل: النقود، والعروض، والمنافع.

(١) يُنظر لسان العرب: مادة (مول). والنهية في غريب الحديث والأثر: للإمام ابن الأثير، ٣/٣٧٣، تحقيق: محمود الطناحي، دار إحياء التراث العربي، د.ت.

(٢) الحاوي القدسي، للقاضي الغزنوي الحنفي، تحقيق الدكتور صالح العلي، ١/٧٤، دار النوادر، ط: ١، ٢٠١١م.

(٣) يُنظر الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها: للدكتور أحمد حسن، ١٣٧، ١٤٥، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، الإعادة الثانية، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م. والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: لأحمد فراج حسين، ١١، الدار الجامعية، ١٩٨٦.

(٤) يُنظر السياسة الاقتصادية والنظم المالية في الفقه الإسلامي: للدكتور أحمد الحصري، ٤٧٢، مكتبة الكليات الأزهرية في القاهرة، د.ت.

(٥) يُنظر الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، ١٤٤.

وأما المال في القانون: فهو: (الحق ذو القيمة المالية)^(١)، وفُسر بأنه الذي يُقدّر بالنقود^(٢)، لكن هناك فرق واضح شرعاً بين المال والحق^(٣)، كما أنّ التعريف لم يُشر إلى أنواع المال الثلاثة (النقود، والعروض، والمنافع).

وهكذا بعد أن أوضحت شروط العقود الإدارية، أنتقل إلى بيان أنواع العقود الإدارية، وهذا أبينه في المطلب الآتي.

(١) نظرية الحق، عبد الفتاح عبد الباقي، ٢٠٤، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥م. وينظر الوسيط في القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ٦/٨، دار النهضة العربية، القاهرة.

(٢) يُنظر نظرية الحق، عبد الفتاح عبد الباقي، ٢٠٤. و المال أيضاً: (الدلالة على الحق ذي القيمة المالية أياً كان نوعه، وأياً كان محله شيئاً أو م عملاً). المدخل إلى القانون، حسن كيرة، ٥٠٧، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١م.

(٣) المال يشمل النقود، والعروض، والمنافع، وأما الحق فيما أنه اختصاص حاجز شرعاً يعطي لصاحبه سلطة على الأشياء، فإنه هنا يقترب من المنفعة، والتي هي فوائد الأشياء.

المطلب الثالث: تعريف المقابل المالي

أفصل في هذا المطلب تعريف المقابل المالي حسب ما توصلت إليه في الجانب الشرعي، ثم تعريفه في الجانب القانوني، وذلك كما يأتي:

الجانب الأول: تعريف المقابل المالي حسب الاصطلاح الشرعي:

من خلال ما سبق من تعريف المقابل، وتعريف المال، يمكن أن أعرف المقابل المالي في العقود الإدارية بأنه: (البدل المالي للمتعاقد مع الإدارة، سواء كان تكييفه ثماً أم أجراً أم ربحاً، بصورة نقود أو منافع أو عروض).

وفي شرح التعريف أقول:

(البدل): هو العوض المُستحق للمتعاقد، كما تشير هذه اللفظة إلى أن العقود الإدارية في حقيقتها عقود معاوضات.

وقولي: (المالي): أردت منه ما تنصرف إليه الأذهان من القيم المالية والنقود التي يحصل عليها المتعاقد. وأما قولي: (للمتعاقد) فيفيد حصر المقابل المالي للقائم بالتعاقد مع الإدارة، وكونه هو الآخذ منها هذا المقابل، والمتعاقد هو القائم بالعمل، وليس العكس. وأما قولي: (سواء كان تكييفه ثماً أم أجراً أم ربحاً): فهذا بيان للأحوال التي يمكن أن يكون تكييف هذا المقابل المالي عليها. وأما قولي: (صورة نقود أو منافع أو عروض): فهذا بيان بأن الثمن أو الأجر أو الربح الذي يحصل عليه المتعاقد، يمكن أن يكون كل واحد منها على شكل نقود أو منافع أو عرض.

الجانب الثاني: تعريف المقابل المالي في الجانب القانوني:

جرى العرف في القانون على تقسيم المقابل المالي في العقود الإدارية إلى قسمين، هما:

- ١- المقابل المالي في عقود الشراء العام، وهو الثمن.
- ٢- المقابل المالي في عقود التفويض العام، وهو عائد الاستثمار.

أولاً: الثمن:

الثمن في العقد الإداري بشكل عام هو: (المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العملية المتعاقد عليها بالإضافة إلى أرباحه المشروعة منها)^(١)، فهو يُعدّ مصطلحاً مرادفاً

(١) المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤-١٩٩٥ م. وأما الثمن في البيع فهو: (مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه إلى البائع في مقابل البيع). العقود

لمصطلح "قيمة العقد"، والذي يشمل المبالغ الواردة في هذا العقد، وأي إضافات، أو تزييلات يمكن أن تطرأ على هذه المبالغ^(١)، أي جميع التكاليف التي يتكبدها المتعاقد في سبيل تنفيذ التزاماته^(٢).

وبذلك يختلف الثمن في عقود الشراء العام باختلاف نوع العقد:

ففي عقد الأشغال العامة يكون الثمن مقابل تنفيذ الأشغال^(٣).

وفي عقد مشروع الأشغال العامة فبالإضافة إلى ما سبق يشمل نفقات التشغيل والصيانة، وأحياناً نفقات تدريب العمال^(٤).

وفي عقد التوريد يمثل قيمة التوريد^(٥).

المسماة، بدرأوي، ١٩٢، والعقود الشائعة والمسماة، د. جاك يوسف الحكيم، ١٣٩، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠م. وعقد البيع، د. شفيق الجراح، ١٠٧، مطبعة ابن خلدون، دمشق، ١٩٨١م. وهذا التعريف مأخوذ من المادة ٣٨٦ من القانون المدني السوري التي عرفت عقد البيع، وذكرت في آخره بأنه (مقابل ثمن نقدي).

(١) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٧٦/٢، مطبعة دار المستقبل، دمشق، ط١، ١٩٩٣م، والأسس العامة للعقود الإدارية، ٥٨١.

(٢) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٢٨١. وأما المبلغ الذي تلتزم الإدارة بدفعه فهو الثمن المحدد في العقد، ويختلف الثمن عن السعر التقديري بأن: السعر التقديري هو السعر الموضوع من قبل الجهة العامة عند الإعلان عن رغبتها في التعاقد بأسلوب المناقصة. يُنظر المقابل المالي في العقود الإدارية، ١٢.

(٣) ينظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢٠٣، رسالة دكتوراه، إشراف فتحي فكري، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٧م. ويشمل الثمن في عقود الأشغال العامة، جميع المصروفات، والالتزامات أيّاً كان نوعها، وأثمان المواد الأولية والوسيلة اللازمة لإنجاز الأعمال، بالإضافة إلى الرسوم والضرائب، وتكاليف الحراسة والنقل والحفظ، وكل ما يلتزم المتعاقد بتقديمه من أدوات وتجهيزات ومنشآت مؤقتة، وكل ما يتطلبه تسليم الأعمال بصورة مقبولة، وأجر التعاقد، أو هامش الربح. يُنظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٤.

والمادة (١٩) و(٣١) من المرسوم /٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية، والمادة (٣٥)، (٧٠) من القانون /٥١/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٤م المتضمن نظام العقود للجهات العامة في سورية.

(٤) عقد مشروع الأشغال العامة: (هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام أو الخاص بتنفيذ أشغال عامة، وإدارة المشروع الناجم عنها بعد إنجازها، واستثماره لمصلحة الإدارة، وذلك لقاء بدل مالي محدد مسبقاً في العقد على شكل ثمن تدفعه الإدارة). العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح ٦٩، والمقابل المالي في العقود الإدارية، ١٤.

(٥) الثمن في عقود التوريد العادية: يشمل أسعار المواد الموردة، مضافاً إليها نفقات النقل والتسليم للجهة العامة، والحفاظة على هذه التوريدات أثناء مدة الضمان، إضافة إلى الضرائب والرسوم التي يُتفق على تحميلها للمتعاقد، ويضاف لها في عقود التوريد الصناعية، تكاليف المواد الداخلة في عملية التصنيع، وتكاليف القيام بهذه العملية من أيدي عاملة، وآلات، ومراقبة دقيقة لعملية التصنيع وفق الشروط المطلوبة من قبل الجهة العامة. يُنظر المقابل المالي، ١٥، والعقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح ٧٣.

وفي عقد الخدمات يكون مقابل قيمة الخدمات.

بالإضافة إلى الربح المتفق عليه في تلك العقود، كما يشمل الفائدة في عقد القرض العام^(١).

الملاحظات على الاتجاه القانوني:

إن المتعاقد إن قدم أعمالاً فقط فينبغي أن تكون تسمية المقابل أجراً؛ لأن المقابل على العمل هو الأجر. وإن قدم أعمالاً ومواداً، فإن كان ثمن المواد من الإدارة، فالمقابل المالي للمتعاقد على عمله هو الأجر، وإن كان ثمن المواد من المتعاقد مع تقديمه للعمل أيضاً، فيمكن أن يُطلق تسمية الثمن على الكل في هذه الحالة كما في الاستصناع.

أما هامش الربح: فإن كان أجيراً، فهامش الربح هو أجر له بمعنى زيادة مبلغ كمكافأة أو أجر زائد. وأما إن قدم المواد والعمل، فالربح هنا قد يكون مبنياً على أساس معرفة رأس المال الذي يقدمه المتعاقد، وبالتالي يكون الربح معلوماً، وقد لا يكون مبنياً على أساس معرفة رأس المال. وأما النفقات التي يتكبدها العامل لتنفيذ العمل في العقد (كنفقات الإجارة والصيانة)، فلها تفصيل آتي عليه في موضعه في نفقات العقود الإدارية بإذن الله. وأما عن اشتراط التركيب، والتدريب، وغيرها من الشروط، فيجب أن يكون ذلك مبيّناً في العقد ومنصوصاً عليه، وله أحكام الشروط في العقد.

ثانياً: عائد الاستثمار:

العائد لغةً من العود، والرجوع إلى الأمر الأول^(٢).

ويشمل عائد الاستثمار ما يغطي تكاليف المشروع المستثمر بما في ذلك الأموال الموظفة ونفقات الصيانة مضافاً لها الأرباح المستحقة للمتعاقد.

كما أن الإدارة العامة قد تشترط في بعض عقود التوريد، أن يتم تركيب المواد الموردة، ولا سيما إذا كانت آلات تستلزم تركيباً دقيقاً، كما يمكن أن تشترط تدريب العمال على استخدامها، وفي كلتا الحالتين تدخل نفقات التركيب والتدريب ضمن الثمن، ومع ظهور أنواع جديدة من عقود التوريد، كعقد التحويل والإعادة، فإن الثمن يمثل تكلفة القيمة المضافة التي تعطىها عملية التحويل للمواد، أما في عقود التوريد الخارجية فتشتمل أيضاً على نفقات النقل والتأمين التسليم. يُنظر المقابل المالي، ١٥.

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٢٨٥، والأسس العامة للعقود الإدارية، سليمان الطماوي، ٥٨١.

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (عود).

ويتميز العائدُ بارتباطه بالنتائج المالية والاقتصادية للمرفق المستثمر^(١)، وله عدة أشكال، وهي:

١- التعرّفة (الرسم):

نظراً لتعدد وجهات النظر عند فقهاء القانون في تسمية المقابل المالي في عقود التفويض بالرسم أحياناً والإتاوة^(٢) أحياناً أخرى، والتعرّفة في مواضع كثيرة^(٣)؛ فإنني قد اخترت أن أسير في بحثي هذا على حمل هذه المصطلحات على الترادف، فأطلق أحدها على الآخر؛ لما بينها من تشابه^(٤)، وهي: (مبلغ محدد يستوفى من المتفعين بالخدمة التي يقدمها الملتزم بعد موافقة الإدارة)^(٥)، ويوصف العقد بأنه عقد تفويض مرفق عام عندما يكون فيه تحصيل تعرّفاتٍ من المتفعين بخدماته^(٦).

٢- نسبة مئوية من نتائج الاستثمار وصافي الأرباح: وتعرف نتائج الاستثمار بأنها: (ما ينجم بعد حسم كل النفقات العائدة للاستثمار وما يرتبط بها من عمليات مالية لازمة لتحقيق استثمار المشروع)^(٧).

٣- مبلغ جزائي يضاف له مكافآت استثمارية: بغض النظر عن نتائج استثمار المرفق العام، ويستخدم هذا الأسلوب العقود التي يُدفع المقابل فيها من قبل الجهة العامة كعقد مشاطرة الاستغلال^(٨).

(١) يُنظر المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، عزة محمد سلمان، ٩٥، وهي رسالة ماجستير، إشراف: د. مهند نوح، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣ م.

(٢) الإتاوة: هي الخراج والضرية والجزية، والإيتاء هو الإعطاء، وهي هنا بمعنى المال الذي يُفرض على مَنْ يقوم باستخدام المرفق العام مقابل استخدامه. ينظر لسان العرب، مادة: (أتو) .

(٣) يُنظر تفويض المرافق العامة، محمد محمد عبد اللطيف، ١٥١، وموسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، حمدي ياسين عكاشة، ٢٨٧، ووسائل سد عجز الموازنة العامة في الاقتصاد الإسلامي، وليد الشايجي، ١٨-١٩، جامعة أم القرى، ٢٠٠٦ م، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، ١٤٨، والمقابل المالي في العقود الإدارية، ١١١، ومعجم المصطلحات الفقهية والقانونية، جرجس، ١٧٩، والنظم المالية في الإسلام، ٣٨.

(٤) ومما بينهما من تشابه أن كليهما يستندان إلى السلطة العامة، فقد جاء في المادة ٦٣٧ من القانون المدني: (يكون لتعرفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها مع عملائه، فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها).

(٥) المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين، ٣٧٥، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٠ م. ويُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، ١٠٠، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩ م.

(٦) يُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، ١٠٠، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩ م.

(٧) التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، ١٠٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩ م.

(٨) يُنظر المقابل المالي، ٩٩، وعقد مشاطرة الاستغلال: هو العقد الذي (تعهد من خلاله السلطة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بإدارة أحد المرافق العامة نظير مقابل يتقاضاه هذا الشخص من الجهة الإدارية العامة على أن تتحمل هذه

٤_ مساعدات ومزايا مالية: (وهي المبالغ والضمانات المالية التي تُدفع من قِبل الإدارة لمتعاقدتها، انطلاقاً من مبدأ التعاون بينهما للوصول إلى تطبيق أمثل للمصلحة العامة، وليس لقاء تقديم خدمات محددة، وتعد هذه المساعدات مقابلًا ثانوياً مكماً للمقابل الأصلي^(١)).

الملاحظات على الجانب القانوني:

أحلل المصطلحات التي ذكرها الجانب القانوني فأقول:

١_ (التعريف):

من حيث كونها مقابلاً فني الأغلب هي: أجر لما يُقدم من منافع المرفق العام.
ومن حيث كونها مالاً فهي: نقود.

٢_ (نسبة من صافي الأرباح):

من حيث كونها مقابلاً فهي: ربح
من حيث كونها مالاً فهي: نقود

٣_ (مبلغ جزافي ومكافأة) في عقد مشاطرة الاستغلال أو إدارة المرافق العامة:

من حيث كونها مقابلاً فهما: أجر، أجر وهدية
من حيث كونها مالاً: فهما نقود

٤_ (المساعدة) (قرضاً، أو تقديم عمل)

القرض:

من حيث كونه مقابلاً: حسب اتفاق المتعاقدين، قد يُحسب جزءاً من أجر أو يبقى قرضاً يعود للإدارة
من حيث كونه مالاً: فهو نقود.

تقديم العمل:

من حيث كونه مقابلاً: قد يكون أجراً، وقد يكون تبرعاً من الإدارة.

من حيث كونه مالاً: فهو منفعة عمل.

وإذا دققنا في هذه المصطلحات ما يأتي:

_ من حيث كونها مقابلاً: فهي أجر، وأحياناً ربح.

_ من حيث كونها مالاً: فهي نقود إلا حال تقديم المساعدة بالعمل فهي منفعة.

الأخيرة المخاطر المالية للمشروع)، يُنظر المرافق العامة، إبراهيم الهندي وآخرين، ٢٢٢، مديرية الكتب والمطبوعات
جامعة حلب، ٢٠٠٤م.

(١) يُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، وليد حيدر جابر، ١٠٧.

لكن ليس هذا كل شيء عن المقابل المالي في عقود التفويض، فسوف يظهر معنا أنه من حيث كونه مقابلاً يمكن أن يشمل التكييفات الثلاثة (التمن، والربح، والأجر)، ومن حيث كونه مالا، يمكن أن يكون بالصور الثلاثة (النقود، والعروض، والمنافع).

ثالثاً: مقارنة بين المقابل المالي في التعريف الاصطلاحي الذي توصلت إليه والمقابل المالي في الجانب القانوني:

١- إن الجانب القانوني عندما سمي المقابل المالي في عقود الشراء العام بتسمية الثمن فقط، يكون قد أعطى تسمية واحدة، وحكماً واحداً لجميع أنواع المقابل المالي في جميع عقود الشراء العام، دون تفصيل بين ثمن وأجر وربح، كما أعطى حكماً واحداً لجميع أنواع عقود الشراء العام، وهذا فيه خلط بين العقود وموجباتها وتفصيلاتها، كما سنعلم ذلك من خلال تكييف العقود الإدارية، وتكييف المقابل المالي فيها.

٢- ذكر الجانب القانوني أن المقابل المالي في عقود التفويض العام هو عائد الاستثمار وأنه قد يكون تعرفه، أو نسبة من صافي الأرباح، أو مكافأة، أو مساعدة.

لكن لم يذكر التكييف الكامل للمقابل المالي من حيث كونه مقابلاً: (ثمناً وربحاً وأجراً).

كما لم يفصل أنواعه من حيث كونه مالا (نقوداً، أو منفعة، أو عروضاً).

كما لم يذكر تكييف العقود من كونها استصناعاً، أو إجارة أشخاص، أو شركة... .

المبحث الثالث أنواع المقابل المالي في العقود الإدارية

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المقابل

المطلب الثاني: أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المال

للمقابل المالي في العقود الإدارية عدة أنواع، وهذه الأنواع إما أن يُنظر إليها من حيث كونها مقابلاً يأخذه المتعاقد، وإما أن يُنظر إليها من حيث كونها مالا، فإذا نظرنا إلى المقابل المالي من حيث كونه مقابلاً يتقاضاه المتعاقد في العقود الإدارية لقاء ما يقدمه فيها، فإننا نرى أنه إما أن يكون ثمناً، أو أجره، أو ربحاً، وإذا نظرنا إلى المقابل من حيث كونه مالا، فإننا نرى أن هذا المقابل يمكن أن يكون في الشرع نقوداً أو عروضاً أو منافعاً، ولتفصيل هذه الأنواع أسوق التفصيل الآتي:

المطلب الأول: أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المقابل (الضمن، الأجر (التعرفة أو الرسم)، الربح).

المطلب الثاني: أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المال: (النقود، العروض، المنافع).

المطلب الأول: أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المقابل

المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد في العقود إما أن يكون ثمناً أو أجراً أو ربحاً، وأفضل هذا فيما يأتي:

أولاً: الثمن:

- ١- تعريف الثمن لغةً: ثَمَنُ الشيء: ما اسْتَحِقَّ به ذلك الشيء، وَثَمَنُ كُلِّ شيءٍ قيمته^(١).
- ٢- تعريف الثمن اصطلاحاً: الثمن: هو (العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة البيع، عينا^(٢) كان أو سلعة^(٣))، وبالتالي: فالثمن هو ما يُدفع مقابل المبيع.
- ٣- تعريف الثمن قانوناً:

سبق أن تحدثت عن تعريف ومعاني الثمن في القانون عند الحديث عن المقابل المالي في القانون، وقد فصلت مدلوله ومشتملاته حسب كل نوع من أنواع عقود الشراء العام، فلا حاجة للتكرار هنا. أما القيمة: فهي اللغة: ثمن الشيء بالتقويم^(٤)، والقيمة اصطلاحاً: ما يساويه الشيء في تقويم المقومين (أهل الخبرة)^(٥)، وأما الثمن: فهو ما تراضى عليه العاقدان، فقد يزيد عن القيمة، أو ينقص عنها. وأما السعر فهو: الثمن المقدّر للسلعة.

ثانياً: الأجر:

الأجر هو ثمن المنفعة، وهو العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر مقابل المنفعة التي يأخذها منه^(٦). وأما علاقة الثمن بالأجر: فالأجر: هو العوض المعلوم الذي يدفعه المستأجر في عقد الإجارة مقابل بيع نفع معلوم، ديناً كان أو عيناً^(٧). أما الثمن: فهو العوض الذي يدفعه المشتري في عقد البيع مقابل المبيع، ويصلح أن يكون الثمن ديناً إلا فيما مُنع شرعاً كالسلم والصرف؛ وعليه فإن كل ما يصلح أن يكون ثمناً في المبيع يصلح أن يكون أجراً في عقد الإجارة، وبذا تكون الأجرة ثمناً للمنفعة^(٨).

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (ثمن) .

(٢) الأعيان هنا: النقود بالخلقة: (الذهب والفضة).

(٣) القاموس الفقهي، سعدي أبو حبيب، ٥٢، دار الفكر، ط: ١، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

(٤) يُنظر لسان العرب، مادة: (قوم).

(٥) يُنظر مجلة الأحكام العدلية، مادة: (١٥٣)، ورد المختار ٥١/٤، ١٦٦، وجواهر الإكليل، ٢١/٢ .

(٦) يُنظر حاشية الدسوقي، ٢/٤.

(٧) المعجم الاقتصادي الإسلامي، ١٧.

(٨) يُنظر التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل، ٤٩٤/٧، دار الكتب العلمية بيروت، والفتاوى الهندية، الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند، ٤١٢/٤، دار الفكر، بيروت، ١٤١١هـ/١٩٩١م. وبدائع الصنائع، ٢٦٠٦/٦،

ثالثاً: الربح

١ _ تعريف الربح لغةً: يطلق الربح في اللغة على عدة معان منها: الفضل والزيادة والنماء في التجار والكسب، وعدم الخسارة^(١).

٢ _ تعريف الربح اصطلاحاً:

الربح: هو المقدار الزائد على رأس المال باستثماره في مشروعات إنتاجية وفق إطار الشريعة الإسلامية بعد حسم التكاليف المعتبرة عرفاً^(٢).

وقد يكون الربح في التجارة، والمراجحة، والشركات.

فالربح في التجارة من خلال: (تقليب المال بالمعاوضة لغرض الربح)^(٣).

وأما الربح في المراجحة، فالمراجحة: (بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم)^(٤).

وأما الربح في الشركات فهناك الربح بمعناه العام، والربح بالمعنى الخاص، أما الربح بالمعنى العام: فهو الفاضل عن رأس المال، وأما الربح بالمعنى الخاص _ وهو المراد بالربح في الشركات _، وهو الذي يخضع للقسمة بين الشركاء، فهو الفاضل عن رأس المال بعد حسم النفقات؛ وذلك لأنه لا تصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله^(٥).

٣ _ المصطلحات ذات الصلة:

أ _ النماء: النماء في اللغة: الزيادة^(٦)، ولا يخرج معنى النماء في الاصطلاح عند الفقهاء عن المعنى اللغوي^(٧)، والبناء نوعان^(٨): حقيقي وتقديرى. فالحقيقي: الزيادة بالتوالد والتناسل والتجارات، والتقديرى: تمكنه من الزيادة بكون المال في يد صاحبه أو نائبه.

ونهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، ٣٢٢/٥، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥٨هـ، والمغني، لابن قدامة، ٤٤٠/٥-٤٤١.

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (ربح) والمعجم الوسيط: مادة: (ربح)، معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس، مادة: (ربح)، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

(٢) يُنظر المرجع نفسه، ٢٧.

(٣) مغني المحتاج، ٣٩٧/١، مطبعة البابي الحلبي.

(٤) الشرح الكبير، أحمد الدبر، ١٥٩/٣، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر، بيروت.

(٥) يُنظر الربح في الفقه الإسلامي أحكامه وضوابطه، عبد الحميد الخيميد، ٢٣.

(٦) يُنظر لسان العرب، مادة: (نمو).

(٧) يُنظر المبسوط، شمس الدين السرخسي، ١٦٤/٢، جواهر الإكليل، ١١٨/١، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، ٣١٠/١، والمطلع على أبواب المنع، أبو الفتح البعلبي، ٢٣٥، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

بـ **الغَلَّة**: الغلّة في اللغة: الدخل الذي يحصل من الزرع والثمر واللبن والإجارة ونحو ذلك^(٢).
وأما الغلة اصطلاحاً: فهي (نماء عروض التجارة، من غير طريق التجارة، فهي الربح الرأسمالي التجاري، مثل ولادات المواشي وأصوافها وألبانها، ومثل ثمر الأشجار، إذا كانت هذه الأشجار والمواشي متخذة للتجارة)^(٣).

جـ **الفائدة**: في اللغة منها: الزيادة^(٤).

وأما الفائدة في اصطلاح الفقهاء فلها معنيان: عام وخاص^(٥)، أما المعنى العام: فيقصد بالفائدة: (مطلق الزيادة التي تحصل للإنسان من شيء له)^(٦)، وأما المعنى الخاص: فاختص به الملكية في إطلاق الفائدة على الزيادة في غير عروض التجارة^(٧).

النتاج: النَّتَاجُ: اسم يَجْمَعُ وَضْعَ جميع البهائم، والنَّتَاجُ بالفتح المصدر، وبالكسر الاسم، يقال نُتِجَتِ الناقةُ إذا ولدت

وقد يكون النتاج بتجميع المواد وتصنيعها أو تجميع الأجزاء وتركيبها وإعادة بيعها في حالة مغايرة للحالة الأولى، وهذا حال الإنتاج والتصنيع.

وـ **الريع**: هو العائد الذي تستحقه الموارد الطبيعية كالأرض^(٨)، وهو يشبه الغلة في الفقه الإسلامي، إلا أنّ الغلة أعم من الريع؛ لأنها تشمل الأجر والريع ونتاج الحيوان.

(١) يُنظر رد المحتار على الدر المختار، ٢/٢٦٣، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (غلل).

(٣) بحوث في الاقتصاد الإسلامي، الأستاذ الدكتور رفيق يونس المصري، ٣٣٢، دار المكتبي، دمشق، الطبعة: الثانية، ٢٠٠٩م.

(٤) المصباح المنير، مادة: (فيد).

(٥) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، نزيه حماد، ٢٦٥-٢٦٦.

(٦) نفس المرجع، ٢٦٥-٢٦٦.

(٧) يُنظر معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ٢٦٦.

(٨) يُنظر الربح في الفقه الإسلامي في الفقه الإسلامي أحكامه وضوابطه، عبد الحميد المحميد، ٣٣.

المطلب الثاني: أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المال

يشتمل المقابل المالي من حيث أنواع المال على عدة أنواع، وأوضح هذه المشتكلات بالتفصيل الآتي:

أولاً: النقود:

للقود عدة معانٍ في اللغة: منها: الدرهم الجيد الوزن، ومنها قبض الدراهم، ثم أُطلق على النقود من باب إطلاق المصدر على اسم المفعول^(١).

أما في اصطلاح الفقهاء فلم يرد هذا اللفظ في القرآن والسنة، وكان العرب يستخدمون كلمة (الدينار) للدلالة على العملة المتخذة من الذهب، وكلمة (درهم) للدلالة على العملة المتخذة من الفضة، وكذلك كلمة (العين) للدلالة على الدينار، وكلمة (الورق) للدلالة على الدراهم.

وأطلق الفقهاء لفظ (النقد) على الذهب والفضة، حتى ولو يكونا مضروبين^(٢).

وعلى ذلك تُعرّف النقود بأنها: (ما يستخدمه الناس مقياساً للقيم، ووسيطاً في التبادل، وأداة للادخار)^(٣).

ثانياً: العروض:

١- تعريف العروض لغةً: العَرُوض: جمعٌ، مفردة عَرَضٌ، وهو المتاع، وكل شيء فهو عرض سوى الثمينين الدراهم والدينارين، فإنهما عين^(٤)، وأما العَرَضُ، بفتح، العين، وفتح الراء، فهو جميع متاع الدنيا من الذهب والفضة وغيرهما^(٥)؛ إذن فكل شيء من متاع الدنيا فهو عروض، إلا النقود^(٦).

٢- تعريف العروض اصطلاحاً: التعريف الاصطلاحي للعروض مستمد من التعريف اللغوي، ومتفق معه، فكلمة العروض في الاصطلاح الفقهي تشمل جميع الأموال، ما عدا ما أُعد للثمنية^(٧).

هذا وتنقسم العروض إلى مال مثلي ومال قيمي، على التفصيل الآتي:

أ_ المال المثلي:

(١) يُنظر لسان العرب، (مادة: نقد).

(٢) ينظر الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، قيمتها وأحكامها، د. أحمد حسن، ٣٠-٣١.

(٣) الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، قيمتها وأحكامها، د. أحمد حسن، ٣٧.

(٤) يُنظر لسان العرب، (مادة: عرض)، ويُنظر المصباح المنير، نفس المادة.

(٥) يُنظر تحرير ألفاظ التنبيه، ١١٤.

(٦) يُنظر عنصر الأجر في عقد العمل، د. محمود الممشري، ١٢-١٣.

(٧) ينظر رد المختار على الدر المختار ٣٠/٢، والمغني، لابن قدامة، ٢٣٩/٢، ومغني المحتاج ٢١٤/٢، كشف القناع

المال المثلي هو: (ما يوجد له مثل في السوق بلا تفاوت يعتد به)^(١)، وكذلك: (ما حصره كيل أو وزن أو عدد، ولم تتفاوت أفراده)^(٢)، وتشمل الأموال المثلية^(٣): الموزونات، والمكيلات، والمذروعات، والعدييات المتقاربة.

ب_ المال القيمي:

وهو: (ما لا يوجد مثله في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة)^(٤)، ولا يمكن حصر الأموال القيمية في أنواع محددة؛ لأن آحادها وأفرادها ليس لها مقياس يربط بينها بشكل منضبط فإن ما عدا المال المثلي يكون مالاً قيمياً. ويستفاد من التمييز بين حقيقة المثلي والقيمي أنه في حالة هلاك أو المثلي أو تلفه يرد المثل، أما القيمي فتفرد القيمة.

ثالثاً: المنافع:

١_ تعريف المنفعة لغة: هي الخير، واللذة، والمصلحة^(٥).

٢_ تعريف المنفعة اصطلاحاً:

المنافع في الاصطلاح: هي (فوائد عرضية تقوم بالشيء، واستيفائها هو المقصد الأساسي من استعمال أو استغلال أعيانها)^(٦)، وعليه فالمنفعة هي: الفائدة المقصودة في الأشياء المالية مما لا يمكن حيازته بنفسه، كسكنى الدار وركوب السيارة وقراءة الكتاب...، وإنما تحصل المنفعة وتدرّك تبعاً لحيازة أصلها^(٧).

٣_ مالية المنافع: اختلف الفقهاء في تكييف المنافع، هل هي مال أو لا، وذهبوا في ذلك إلى اتجاهين: الاتجاه الأول: جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بمالية المنافع^(٨)، وأنّ المنافع عندهم هي أموال متقومة في أنفسها.

(١) مجمع الأئمة، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبي المدعو بشيخي زاده، ٧٩/٤.

(٢) حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل، ٣٠١/٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

(٣) شرح المجلة، اللبناني، ٦٢٠، والمدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الزرقا، ١٤٣، والفقهاء الإسلاميين وأدلته، ٤٠٥/٤، دار الفكر، دمشق، ط ٣، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

(٤) شرح المجلة، اللبناني، ٧٢.

(٥) يُنظر لسان العرب، مادة: (نفع)، والمصباح المنير، نفس المادة.

(٦) نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، د. تيسير برمّو، ٣٦.

(٧) يُنظر أصول الاقتصاد الإسلامي، د. رفيق المصري، ١٠٨، دمشق، دار القلم، بيروت، الدار الشامية، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

الاتجاه الثاني: الحنفية، وقد ذهبوا إلى أن المنافع ليست أموالاً متقومة في أنفسها^(٢)، وإنما تكون أموالاً متقومة بالعقد، سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً، لأن التقوم يستدعي سابقة الإحراز؛ فبرود العقد على المنافع تصبح المنافع أموالاً متقومة، وذلك بخلاف القياس، للحاجة أو الضرورة، فيقتصر في هذا الحكم على هذه الصورة، دون ما سواها؛ لأن ما يثبت على خلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص^(٣)، فالمنفعة عندهم هي ملك وليست مالا؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص والاستئثار، والمنفعة يمكن أن يتصرف فيها مالکها أو يستأثر بها، فيصدق عليها وصف الملك دون المال^(٤).

وسبب الخلاف بين الفقهاء هو اختلافهم في تحديد مفهوم المال وحقيقته، فقد ذهب الجمهور إلى أن المال يشمل الأمور المعنوية، أو غير المادية، أما الحنفية فقد حصروا معناه في الأشياء المادية المحسوسة (العينية) التي يمكن حيازتها وادّخارها^(٥).

أما الجمهور: فحقيقة المال عندهم تقوم على أساس القيمة المادية للشيء والتي يشيع التعامل بها بين الناس^(٦)، واستثنى الحنفية حالة ورود العقد على المنافع كما سبق. ويبدو أن الراجح هو اتجاه الجمهور؛ لأن فيه صيانة للحقوق، ومراعاة لمصلحة المجتمع، وحكمة التشريع، وزجراً عن العدوان على المنافع.

الاتجاه القانوني:

تعدّ النقود مالا في القانون، وكذلك العروض، وقد جاء النص على ذلك في بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٤/ب - ١٥/١٧ تاريخ ١٩٨٠/٢/٧: (.وتدفع قيمتها بعملة تحدد في العقد أو بالمقايضة بمواد، أو ببضائع من إنتاج محلي)^(٧). ويظهر أن القانون يوافق قول الجمهور في اعتبار المنفعة مالا؛ بدليل جعله لمنافع عمل الإنسان أجراً وجعله لمنافع الأشياء والأعيان أجراً^(٨).

(١) يُنظر حاشية الدسوقي، ٤٤٢/٢، وروضة الطالبين، ١٢/٥-١٣، والمنثور في القواعد، ١٩٧/٣-١٩٨، وكشاف القناع، ١٢٢/٤.

(٢) يُنظر تبين الحقائق، ١٣٤/٥، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي، ١٧٢/١.

(٣) يُنظر المبسوط، ٧٨/١١.

(٤) يُنظر أصول السرخسي، ٥٦/١.

(٥) يُنظر أصول السرخسي، ٥٦/١، والتلويح على التوضيح، ٤٢١/١.

(٦) يُنظر أحكام القرآن لابن العربي، ٤٩٧/١، المنثور في القواعد، ٢٢٢/٣، شرح منتهى الإرادات، ٨/٢.

(٧) موسوعة العقود، صبحي سلوم، ١٦٦/١، دمشق، ط ٢، ٢٠٠١م.

(٨) يُنظر المادة (٨٥) من القانون المدني السوري.

الباب الأول

المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقود الشراء العام

(العقود التي يكون دفع المقابل المالي فيها من قبل الإدارة)

سأتناول في دراسة هذا الباب دراسة تكييف عقود الشراء العام؛ للوصول إلى معرفة تكييف المقابل المالي فيها؛ حيث إنّ الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فعندما تتصور العقود الإدارية بشكل صحيح، سوف نعرف تكييف المقابل المالي بالشكل الصحيح.

ثم أتناول دراسة الشروط المتعلقة بالمقابل المالي بشق أنواعه، وضوابط العقود التي يكون خلالها؛ حتى تنضبط أشكاله في عقود المتنوعة.

ثم أدرس آلية تحديد المقابل المالي في هذه العقود، وآلية الوفاء به؛ لأستكمل بذلك الحديث عن المقابل المالي في عقود الشراء العام.

وبذلك يكون تفصيل الفصول كما يأتي:

الفصل الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الشراء العام

الفصل الثاني: شروط المقابل المالي وضوابط العقود وأحكامه فيها

الفصل الثالث: آلية تحديد المقابل المالي والوفاء به في عقود الشراء

العام

الفصل الأول

تكييف المقابل المالي في عقود الشراء العام

إنّ تكييف المقابل المالي في العقود الإدارية من أهم النقاط الأساسية في دراسة هذا المقابل، فلولا معرفة تكييفه لما وصلنا إلى معرفة أحكامه.

وسوف أقسم تكييف المقابل المالي في عقود الشراء العام إلى قسمين: قسم أدرسه في عقود الأشغال العامة، وقسم أدرسه في عقود التوريد والخدمات. ولا بد من هذا التفصيل لتسهيل تفصيل التكييف على الوجه الأنسب.

وبذلك ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة

المبحث الثاني: تكييف المقابل المالي في عقد التوريد والخدمات

المبحث الأول تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة

إنّ عقود الأشغال العامة كثيرة ومتنوعة، ولا بد من تصنيفها في أصناف معينة لتسهيل تكييف المقابل المالي فيها، فأحياناً تتضمن هذه العقود من المتعاقد أعمالاً ومواداً، وأحياناً تتضمن أعمالاً فقط، وأحياناً تتضمن عقود الصيانة؛ ولذا كان لا بد من تفصيلها، وقد اخترت أن أفصلها على ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بتقديم المواد اللازمة

والعمل

المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بتقديم العمل فقط

المطلب الثالث: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بالصيانة

تمهيد: مفهوم عقود الشراء العام والتكليف وعقود الأشغال العامة:

أولاً: مفهوم عقود الشراء العام^(١):

تُعرف عقود الشراء العام بأنها: (العقود التي يكون محلها الشراء العام، أي محلها يكون تقديم أداءات معينة للإدارة مقابل ثمن محدد تدفعه هذه الأخيرة)^(٢)، فقد تشتمل هذه العقود على استيراد أشياء معينة غير موجودة في بلد الإدارة، أو شرائها إن كانت موجودة أو صيانتها أو غير ذلك مما تتطلبه حاجة تجهيز هذا المرفق، ومن أهم عقود الشراء العام عقدا الأشغال العامة وعقد التوريد^(٣).

ثانياً: مفهوم التكليف^(٤):

يُعرف التكليف الفقهي بأنه: (التصور الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه)^(٥)، فهو: (إعطاء الوصف القانوني أو الشرعي للعقد؛ من أجل معرفة موقف التشريع من العقد الذي يُدرَس)^(٦)، وكذلك في الدراسة القانونية: (هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيداً لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون)^(٧)، وعليه: فالتكليف قريب جداً من معنى التشخيص في مجال الطب حيث يتم في التشخيص تحديد المرض الذي يشكو منه المريض، وتقرير العلاج المناسب له، وكذلك فالتكليف هو إعطاء الوصف السليم للعقد، وهذا يتطلب خبرة خاصة، وبصيرة نافذة في هذا المجال^(٨).

(١) الشراء لغةً: شَرَى الشيء: أي باعَه وقال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠]، أي: باعوه، والعرب تقول: لكل من ترك شيئاً وتمسك بغيره قد اشتراه، وهو من الأضداد. والعام: خلاف الخاص، وهو اسم للجمع، وأصله من العموم. ينظر لسان العرب، المادتين: (شرى، عمم).

(٢) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، ٥٥، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٨م.

(٣) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، ٨١.

(٤) تعريف التكليف لغةً: من كاف الشيء بمعنى قطعه، وبأَي أيضاً بمعنى تنقصه، أما التكليف الذي بمعنى ما يدل على حال الشيء وصفته فلم ينقل فيه سماع، وإنما هو قياس، فهو يُعدّ بذلك كلاماً مولداً. يُنظر لسان العرب، مادة: (كيف)؛ وجمهرة اللغة، ابن دريد، ٩٧٠/٢، دار العلم للملايين، تحقيق: د. رمزي بعلبكي، الطبعة الأولى، ١٩٨٧ م.

(٥) منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، دراسة تأصيلية تطبيقية، د. مسفر بن علي بن محمد الفحطاني، ٣٨٤/١، رسالة دكتوراه، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.

(٦) العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ٣٦.

(٧) تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، د. هشام علي صادق، ١١١، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣م.

(٨) يُنظر تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ١١١.

ونظراً لعدم وجود تفصيل في كتب فقهاء الشريعة لهيكل هذه العقود من حيث الكيفية التي تقوم بها ويجري التعامل على أساسها في زماننا، فإننا سأنطلق في البحث عن تكييفها وتكييف المقابل المالي فيها من الكتب المعاصرة التي تتحدث عن كيفية التعامل بهذه العقود في عصرنا الراهن، وأكثرها كتب قانونية، فأخذ منها تفصيل الكيفية بتمامها ثم أنطلق بناء على ذلك إلى التكييف الشرعي والتفصيل للأحكام المتعلقة بموضوع البحث بعد أن أعقب على مشروعية العقد الإداري وتأصيله والشروط فيه.

ثالثاً: مفهوم عقود الأشغال العامة^(١):

١_ الأشغال لغة: من الشُّغل، وهو العمل^(٢)، والعامّة: خلاف الخاصّة^(٣).

٢_ تعريف عقد الأشغال العامة اصطلاحاً:

(عقد الأشغال العامة يبرم بين أحد أشخاص القانون العام من جهة وأحد أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام من جهة أخرى في سبيل القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب هذا الشخص العام، وبقصد تحقيق منفعة عامة ونظير المقابل المتفق عليه، وفقاً للشروط الواردة في العقد)^(٤).
كما يُعرّف بأنه: (اتفاق بين شخص معنوي عام مع أحد أشخاص القانون الخاص أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، من أجل تنفيذ أشغال على عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبهدف تحقيق المصلحة العامة، مقابل ثمن يحدد في العقد)^(٥).

ونستنتج من التعريفين أنّ المتعاقدين هما الإدارة من طرف (الشخص العام)، والمتعاقد مع الإدارة (الشخص الخاص أو العام)، وأنّ المعقود عليه المطلوب من المتعاقد هو البناء أو الترميم أو الصيانة، وأنّ الأشغال تتعلق بالعقار^(٦): فموضوع عقد الأشغال العامة دائماً ينصب على عقار، وذلك مثل بناء مشافي عامة، وإقامة الجسور والأنفاق والسدود وما في حكمها، أو ترميمها وإصلاحها، فلا يشمل المنقولات؛ ولذلك فإن (اتفاق

(١) تُعدّ تسمية عقد الأشغال بهذا الاسم من التسميات الحديثة في مجال العقود، وإذا نظرنا إلى المخزون الفقهي الذي خلفه لنا فقهاؤنا عبر الحقب التاريخية السالفة فإننا لن نجد لهذه التسمية ذكراً في مؤلفاتهم، ولكن عندما نحلل هذا العقد، وندقق في ماهيته نجده مشمولاً تحت مشتملات العقود، ومكوناً من تكويناتها، وإضافة مصطلح (العام) أتى من كون هذا العقد ينصب على المرافق العامة، ولأجل المصلحة العامة.

(٢) يُنظر لسان العرب، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط، كلهم مادة: (شغل).

(٣) يُنظر لسان العرب، مادة: (عمم).

(٤) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٥٦.

(٥) العقود الإدارية، د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن، ٥٩-٦٠، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

(٦) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٥٨.

الحكومة مع شركة ما على بناء سفينة لا يُعد من الأشغال العامة، بل هو عقد مقاوله موضوعه منقول لا عقار^(١).

وقد يكون العقار الذي تقام عليه الأشغال خاصاً لكن الأشغال المنفذة عليه عائدة لحساب شخص معنوي عام، والأشغال المنفذة تكون لحساب الإدارة إذا نفذت تحت إشرافها ورقابتها المباشرة^(٢).
(وقد توسع القضاء الإداري في فكرة الأشغال العامة، وأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالعقارات، مثل صيانة الطرق العامة، وتنظيفها، وأعمال الهدم، وردم المستنقعات..)^(٣)، وكذلك (إقامة خطوط تليفونية، ومد أسلاك تحت الماء، ولا يُشترط في الأشغال التي تنصب على العقار أن تكون أعمال تشييد)^(٤).
ثم إنَّ الأشغال هي لحساب الشخص العام، وغايتها هو تحقيق المنفعة العامة^(٥).

ويُلاحظ أنَّ التعريف الأول سُمي ما يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة بأنه مقابل، بينما الثاني سُمي نصيب المتعاقد بأنه ثمن^(٦)، وبيَّنا بأنَّه متفق عليه.
وأضاف التعريف الأول ضابط الالتزامات بين المتعاقدين أنَّها تكون وفقاً للشروط الواردة في العقد، وبهذا يبدو أنَّ التعريف الأول أشمل وأولى.

ومن خلال ما سبق نرى أن عقد الأشغال العامة يتنوع مضمونه في ثلاث حالات وهي حالة التعهد من المتعاقد مع الإدارة بالمواد اللازمة والعمل، وحالة التعهد بالعمل، وحالة التعهد بالصيانة، ولكل حالة من هذه الحالات تكييف خاص شرعاً، وبالتالي يتنوع تبعاً لذلك تكييف العقد، وتكييف المقابل المالي، والأحكام المترتبة على ذلك، وأبين ذلك كما يأتي:

المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بتقديم المواد اللازمة والعمل.

المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بتقديم العمل فقط.

المطلب الثالث: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بالصيانة.

(١) العقود الإدارية، د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن، ٦٠.

(٢) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٦٠.

(٣) العقود الإدارية، د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن، ٦١.

(٤) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٦١.

(٥) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٥٧ — ٥٨، والعقود الإدارية، د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن،

٦٠.

(٦) وفي الفقه الإسلامي يتنوع تكييف المقابل المالي حسب تنوع تكييف العقد، فقد يكون ثمناً أو أجراً أو ربحاً، ولكل واحد من هذه الأنواع أحكامه الخاصة، كما سيظهر معنا في تكييف عقود الأشغال بأنواعها، وتكييف المقابل المالي فيها.

المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بتقديم المواد اللازمة والعمل

أولاً: صورة المسألة:

إذا ما أرادت الإدارة القيام بإنشاء مشفى عام أو بناء مدارس أو فتح طرق أو بناء جسور وأنفاق أو غيرها من المرافق العامة، ثم عقدت العقد مع المتعاقد معها - سواء شخصاً أم شركة.. - على أن يؤمن هو المواد اللازمة للمشروع وأن يقوم بالعمل أيضاً، فإن هذا العقد يُعرف بعقد الأشغال العامة المتضمن للمواد والعمل من قبل المتعاقد.

ثانياً: تكييف عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل من المتعاقد مع الإدارة شرعاً:

إذا حللنا عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل من المتعاقد مع الإدارة، فإننا نجد أنه يقترب من عقد الاستصناع؛ لأن المتعاقد يقدم المادة اللازمة لتحضير الشيء المطلوب منه، إضافة إلى العمل^(١)، وأوضح ما يتعلق بموضوعنا من عقد الاستصناع بما يأتي:

١- تعريف عقد الاستصناع:

أ- الاستصناع في اللغة^(٢): استصنع الشيء: دعا إلى صنعه، والصناعة: حرفة الصانع، وعمله الصنعة، فالاستصناع هو طلب عمل من الصانع فيما هو مختص به، وهو مصدر صَنَعَهُ يَصْنَعُهُ صُنْعاً.

ب- الاستصناع في الاصطلاح: تكلم الحنفية عن الاستصناع وعقدوا له باباً مستقلاً، وبسطوا فيه القول في كتبهم ببيان حقيقته وصفته وشروطه وحكمه، بينما منعت بقية المذاهب الأخرى هذا العقد وعدّته من بيع المعدوم، وأحقّته بالسلم في الصناعات^(٣)، فعرفه الكاساني بقوله: (عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل)^(٤).

٢- أوصاف عقد الاستصناع^(٥): هو من عقود المعاوضات، ومن العقود الزمنية، ويرد على العمل، وهو عقد غير لازم عند أكثر الحنفية سواء تم الصنع أم لم يتم، وسواء كان موافقاً للشروط والمواصفات أم لا،

(١) يُنظر الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، د. الصديق محمد الأمين الضير، ٤٥٩، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ودار الجيل، بيروت، ط ١٩٩٠، ص ٢٠٢.

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (صنع) والقاموس المحيط، مادة: (صنع).

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ٨٤/٦، وحاشية الخرشى ٧٣/٦، ومغني المحتاج ١٥/٣، وكشاف القناع ٢٩١/٣.

(٤) بدائع الصنائع ٨٤/٦.

(٥) يُنظر فقه المعاوضات، د. أحمد الحجي الكردي، ٣٩٠، مطبوعات جامعة دمشق، ٢٠٠٦م، وعقد المقاولة التوريد

٣٩-٤١، وعقد الاستصناع، كمال الدين جعيط، ٥٢١/٢-٥٣٦، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة العدد السابع.

ولا خلاف بينهم في أنه غير لازم قبل الصنع^(١)، ورأى أبو يوسف أنه إن تم الصنع حسب الاتفاق، مطابقاً للأوصاف المتفق عليها يصير لازماً في حق البائع، وفي رواية عنه أن الخيار لكليهما، والراجح هو رأيه الأول^(٢)، وهذا خلافاً لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن^(٣) رحمهما الله^(٤)، وأما مجلة الأحكام العدلية في مادتها (٣٩٢)، فقد اختارت اللزوم في حق الطرفين منذ انعقاده، فنصت على ما يأتي: (إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدین الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة كان المستصنع مخيراً)^(٥) وهذا ما رجحه الفقهاء المعاصرون؛ لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضار، ولم يعد عقد الاستصناع كما كان في الماضي يقع على أمور قليلة الأهمية كالقلنسوة وآنية النحاس وغيرها، بل في زماننا هذا وفي زمان وضع قوانين مجلة الأحكام العدلية أصبح عقد الاستصناع يجري في أشياء ذات أهمية كبيرة وتمثل مبالغ مالية طائلة، كصناعة البواخر والمدافع، وآلات الطباعة، وتحقق أهدافاً اقتصادية في أعلى مستوى، فالقول بعدم لزوم العقد يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة، ويلحق الأضرار الكبيرة.

٣_ شروط صحة الاستصناع^(٦): للاستصناع ثلاثة شروط إذا فاتت أو فات واحد منها فسد العقد وكان له حكم البيع الفاسد، وهي:

أ_ أن يكون المصنوع _ محل العقد _ مما جرى عُرف الناس على استصناعه، وهذا أمر يختلف باختلاف البلدان والأزمنة.

ب_ أن يبين في العقد جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته، وذلك لإزالة الجهالة المفضية للمنازعة عنه لأنها مفسدة لهذا العقد.

ج_ أن لا يكون فيه أجل، فإذا ذكر فيه أجل فسد عند أبي حنيفة، هذا إذا لم يستجمع شرائط السلم، فإن استجمعها صلح سلماً، ووجه قول أبي حنيفة هو أنه إذا ضرب أجلاً فقد أتى بمعنى السلم والعبارة لمعاني العقود، لا لصور ألفاظها.

(١) يُنظر بدائع الصنائع ٨٧، ٨٨/٦ .

(٢) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٣٥٤/٥ .

(٣) ي هو محمد بن حسن بن فرقد (أبو عبد الله) الشيباني، (١٣١-١٨٩هـ) وأصله من قرية حريستا في غوطة دمشق، إمام الفقه والأصول، ولد بواسط، ونشأ في الكوفة، وهو تلميذ أبي حنيفة وناشر علمه، وكان عالماً بكتاب الله تعالى، وقال الشافعي: (لو أقول نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن لقلت لفصاحته)، له كتب كثيرة منها (الجامع الكبير) و(الجامع الصغير)، وتوفي بالري، ينظر الجواهر المضية ١٢٢/٣-١٢٦.

(٤) يُنظر بدائع الصنائع ٨٧، ٨٨/٦ .

(٥) يُنظر درر الحكام ٣٦١/١ .

(٦) يُنظر بدائع الصنائع ٨٦/٦، وفقه المعاوضات، د. أحمد الحجي الكردي، ٣٨٨، ٣٨٩ .

وقال صاحبان أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى- إنّ اشتراط الأجل لا يفسده، والعقد استصناع على كل حال حُدّد فيها أجل أو لم يحدّد؛ لأنّ العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع^(١). والذي يظهر رجحانه هو قول صاحبين، بل من الضروري تحديد المدة، لأنّ العقد وارد على العمل والعين المؤجلين، وكل ما هو شأنه كذلك لا بد من تحديد الأجل لئلا يؤدي إلى التزاع والمخاصمة. وجاء في قرار مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته السابعة ما نصه:

(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 يحدّد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة. رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقد ما لم تكن هناك ظروف قاهرة^(٢).

٤- مدى إمكانية تخريج عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل من التعاقد على عقد الاستصناع:

من خصائص عقد الأشغال العامة المتضمن المواد والعمل من التعاقد مع الإدارة^(٣) أنه عقد معاوضة رضائي ممتد (زمني)^(٤)، ومن خلال استعراض أحكام الاستصناع وشروطه نجد أنّ العقد الأكثر شبهة بعقد (الأشغال المتضمن المواد والعمل من التعاقد مع الإدارة) هو عقد الاستصناع، لكنه يفتقر إلى الإلزام في أغلب مراحل، فهو عند الحنفية قبل الصنع والإحضار متردد بين أن يكون مواعدة أو بيعاً غير ملزم للطرفين، وكذلك الحال بعد الانتهاء من العمل وإحضار المصنوع للمستصنع مطابقاً للصفات المشروطة، ففي ظاهر الرواية يخير المستصنع بين أخذ المصنوع أو تركه، وروي عن أبي حنيفة الخيار للصانع أو المستصنع، وروي عن أبي يوسف القول بإلزام المستصنع والصانع، أما عقد (الأشغال المتضمن المواد والعمل من التعاقد مع الإدارة) فهو عقد لازم للطرفين منذ انعقاده، ولا ينفسخ إلا برضا الطرف الآخر، ما لم يكن هناك عذر يقتضي ذلك^(٥).

(١) يُنظر بدائع الصنائع، ٨٦/٦ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد السابع، ٧٧٧/٢، ٧٧٨، ١٩٩٢م، قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ٦.

(٣) يُنظر الأحكام العامة لعقد المقاولة، د. أحمد عبد العال أبو قرين، ١٩-٢١، وعقد المقاولة، د. نبيله رسلان، ١٩-٢١.

(٤) يُنظر المدخل الفقهي العام، ٥٨٣/١-٥٨٤، والنظرية العامة للالتزامات، وحيد الدين سوار، ٤١ وما بعدها، المطبعة الجديدة، دمشق، ط٢، ١٩٨٧هـ، وإعلام الموقعين، محمد بن أبي بكر بن أيوب، ٥/٢، تحقيق سعد طه عبد الرؤوف، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م.

(٥) يُنظر عقد المقاولة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ١١١.

ونظراً لوجود هذا الفارق الجوهرى بين العقدتين، فإنه لا يمكن القول بحمل عقد الأشغال هذا على عقد الاستصناع إلا عند اتفاق الطرفين على لزومه. وهذا ما عليه العمل في العرف الحاضر، وبالتالي فإنّ المقابل المالى المقرر هنا هو نفسه المقابل المالى فى الاستصناع وهو الثمن، ويأخذ أحكام الثمن. وأما عند عدم القول بلزوم الاستصناع فإنه لا يمكن حمل عقد الأشغال هذا عليه؛ لما سيحصل من الفرق الكبير بينهما.

ثانياً: تكيف عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل قانوناً:

يمكن فى النظر القانونى تخريج عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل من التعاقد على عقد المقاولة المتضمن المواد والعمل^(١)، وهنا أذكر تعريف عقد المقاولة المتضمن المواد والعمل، ثم بيان خصائصه، ومدى انطباقه على عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل.

١- تعريف عقد المقاولة:

أ- تعريف المقاولة لغة: مفاعلة من القول، وتطلق على المفاوضة، فيقال: قالته فى أمره وتقولنا: أى تفاوضنا، وتطلق على المجادلة، فيقال: قاله فى الأمر: أى جادله^(٢).

ب- تعريف المقاولة فى الجانب القانونى: يعرف عقد المقاولة بأنه: (عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)^(٣)، فعقد المقاولة عقد معاوضة رضائى يلتزم فيه المفاوض بصناعه شيء، أو أداء عمل كإقامة بناء وإشراف عليه، فى مقابل التزام الطرف الآخر بتقديم مقابل مالى متفق عليه.

٢- وعلى هذا فللمقاولة حالتان: أما الحالة الأولى: فهي أن يتعهد المفاوض تقديم العمل المتفق عليه فقط، ويقدم صاحب العمل (الإدارة) المادة المستخدمة أو المستعان بها فى القيام بالعمل، وهذه الحالة من المقاولة تشبه عقد الإجارة على العمل، وهي التى تعقد على عمل معلوم، كبناء ونجارة ونحوها. والمراد: الأجير المشترك أو العام وهو: الذى يعمل لعامة الناس كالصباغ والحداد والنجار ونحوهم، وليس الأجير الخاص وهو: الذى يعمل لشخص واحد، لمدة معلومة.

(١) يُنظر موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية فى التطبيق العملى، حمدي ياسين عكاشة، ٤٠٣، والقانون الإدارى، د. راغب ماجد الحلوى، ٥٧٣.

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (قول).

(٣) أحكام عقد المقاولة، فتيحة قرة، ٣٨٠، وعقد المقاولة والتوريد فى الفقه الإسلامى، ٥، والوسيط فى شرح القانون المدنى، د. عبد الرزاق السنهورى، ٥/٧، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة، ١٧ .

والحالة الثانية: أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل، أي المادة التي تدخل في تركيب الشيء المصنع أو البناء مثلاً، مع القيام بالعمل الفعلي القائم على تقديم الأدوات، والخبرة، وتشغيل العمال، وتقديم الأجرة لهم، وهذه الحالة من المقاولة تشبه الاستصناع، مع القول بلزومه، كأن يصنع أبواباً مثلاً، وذلك بحسب النموذج المتفق عليه، وتكون الأخشاب من عنده، وهو القائم بالعمل أو الخبرة المتخصصة لذلك^(١). وقد يشتمل عقد المقاولة على وكالة إذا وكل رب العمل المقاول على شراء المواد وهو الذي يدفع قيمتها^(٢).

ومع عموم تعريف المقاولة^(٣)، إلا أن الغالب في إطلاقها في الوقت الحاضر هو على إنشاء المباني والمنشآت العمرانية بأنواعها المختلفة، بحيث إذا أطلق عقد المقاولة انصرف الذهن مباشرة إلى مقاولات المنشآت العمرانية والمباني^(٤). وأستخلص مما سبق أن عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل يشبه أحد قسمي^(٥) عقد المقاولة، وهو حالة المقاولة عندما يتم فيها تقديم المواد والعمل من المقاول.

(١) يُنظر عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة، رؤية شرعية، د. أحمد ذياب شويده، أ. عاطف محمد أبو هريده، ١٥، المؤتمر العلمي الدولي الثاني "الإسلام والتحديات المعاصرة"، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٧م، عقد المقاولة للعائد ١٢٣، والوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٣١/٧، وشرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب ٢٢، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ٧٨، وعقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. على أبو البصل ١٣٤.

(٢) يُنظر عقد المقاولة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ١١٣، وما بعدها.

(٣) يُنظر دليل المقاول للمشروعات الحكومية الغرفة التجارية في الرياض السعودية، ٢٩٩-٢٠٠، ١٤١٦هـ. ودليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية الغرفة التجارية الرياض، ١١٠-١١١، ١٤١٧هـ، وعقد المقاولة للعائد، ١٠٧-١٠٨.

(٤) يُنظر عقد المقاولة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ١٠٧.

(٥) والقسم الثاني هو حالة تقديم العمل فقط، ويأتي في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بتقديم العمل فقط

أولاً: توضيح صورة المسألة:

إذا قارنا هذا العقد مع غيره من العقود المشابهة له، فإننا سنجد أنه يندرج تحت العقود التي تُعنى بتنظيم أحكام العمل وما يترتب عليه، كعقد إجارة الأشخاص، وعقد الجعالة، وهي عقود يكون المقابل المالي فيها عبارة عن أجر يتقاضاه مَنْ يقوم بالعمل المتفق عليه لمصلحة صاحب العمل، وتسمية المقابل المالي في هذه العقود بالأجر؛ لأن الأجر يطلق على المقابل المالي الذي يُعوض به عن عمل، وبالتالي لا إشكال في عقد الأشغال العامة المتضمن عملاً فقط من التعاقد مع الإدارة بأن يُطلق على المقابل المالي أنه أجر، وأنه يأخذ أحكام الأجر.

وأفصل ما يتعلق بذلك فيما يأتي:

ثانياً: تكييف عقد الأشغال المتضمن العمل فقط من التعاقد مع الإدارة شرعاً:

بعد النظر في عقد الأشغال المتضمن العمل فقط من التعاقد نرى أنه يشبه عقد الإجارة، وهنا أبدأ بتعريف عقد الإجارة، وذكر أنواعها، وخصائصها، ثم أفصل في بيان أوجه الاتفاق والاختلاف للوصول لإمكانية التخرج عليها أم لا.

١_ تعريف الإجارة:

أ_ الإجارة في اللغة: بكسر الهمزة، ويجوز فتحها وضمها، والكسر أفصح وأشهر، واشتقاق الإجارة من الأجر وهو العوض، والجزاء على العمل.

ب_ الإجارة في الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: (عقد على المنافع بعوض)^(١)، وعرّفها المالكية بأنها: (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض)^(٢)، وعرّفها الشافعية بأنها: (عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم)^(٣)، وعرّفها الحنابلة بأنها: (عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً)^(٤).

٢_ وتنقسم الإجارة إلى نوعين^(٥):

(١) الهداية، ٢٣١/٣.

(٢) حاشية الدسوقي، ٣٣٤/٥.

(٣) مغني المحتاج، ٤٣٨/٣.

(٤) كشف القناع، ٥٤٦/٣.

(٥) هذا باعتبار ما وردت عليه، وإلا فلا إجارة تقسيمات أخرى باعتبارات مختلفة كتقسيمها باعتبار التنجيز وعدمه إلى إجارة منجزة ومضافة، وباعتبار تحديد المدة وعدمه إلى محددة وغير محددة كما لو أجره داره كل سنة بألف دون تحديد نهاية

النوع الأول: إجارة عين: وهي ما أضيف العقد فيها إلى عين تستوفي المنفعة منها كالأرض، ووسيلة النقل كالسيارة، والطائرة، والسفينة وغير ذلك من الأعيان المنتفع بها.

والثاني: إجارة عمل: وهي ما أضيف العقد فيها إلى عمل يثبت في ذمة الأجير للمستأجر، ولا يكون الأجير هنا إلا آدمياً، لأنها متعلقة بالذمة ولا ذمة لغير الآدمي، وهي إما أن تكون مقدرة بزمان معين كالاستئجار للخدمة سنة مثلاً، ويسمى الأجير هنا بالأجير الخاص وهو من قدر نفعه بالزمان، أو أن تكون مقدرة بعمل معين كالاستئجار لإصلاح سيارة ويسمى الأجير هنا بالأجير المشترك وهو من قدر نفعه بالعمل^(١).

وفصل القانون المدني السوري إجارة أرباب الصنائع وإجارة الأعمال عن عقد إجارة الأشخاص، فأصبحت إجارة أرباب الصنائع، والإجارة على الأعمال تُعرف بالمقاولة، أما إجارة الأشخاص للخدمة معينة فتُعرف بعقد العمل، وإجارة الأشياء تسمى بالإيجار وعلل ذلك بأنه تمشياً مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي حدثت ووجود حاجيات جديدة لم تكن موجودة سابقاً^(٢).

ويلاحظ أن العامل عندما يقدم عمله وباستقلال عن صاحب العمل، فهذا معنى الأجير المشترك في الفقه الإسلامي، والذي يخرج في التشريعات المدنية من عقد العمل ليدخل في دائرة عقد المقاولة^(٣).

٣- ومن خصائص عقد الإيجار في الفقه والقانون^(٤) أنه عقد معاوضة زمني، رضائي، ملزم للجانبين، وارد على المنفعة^(٥).

وبما أن الإجارة تشمل إجارة الأعيان وإجارة الأشخاص (الإجارة على عمل الإنسان)، فإن إجارة الأعيان لا تدخل في بحثنا هنا؛ لأننا نتحدث عن عقد الأشغال المتضمن العمل فقط، فأقتصر على مقارنة عقد

المدة فتبتدئ المدة من العقد وإذا دخل في السنة التالية لزمته، وباعتبار الطول والقصر إلى طويلة وقصيرة. يُنظر الإجارة الطويلة للخميس، ٣٨ وما بعدها.

(١) يُنظر الهداية للمريغيناني ومعه البناية للعيني، ٢٧٩/٩، وبدائع الصنائع، ١٧٤/٤، وحاشية الدسوقي، ٥/٤، ومغني المحتاج، ٣٣٣/٢، وشرح منتهى الإرادات، ٣٦٠/٢، والإجارة الطويلة للخميس، ٣٦ وما بعدها، وآثار عقد الإجارة للمشعل، ٤٩ وما بعدها.

(٢) يُنظر عقد الاستصناع للصالح، ١٠٧، والوسيط في شرح القانون المدني، ٧/٧-١٠، وشرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب، ١١.

(٣) يُنظر المراجع السابقة، المواضع نفسها.

(٤) يُنظر بدائع الصنائع، ١٧٣/٤-١٧٥، وحاشية الخرشني، ٢١٥/٦، ومغني المحتاج، ٣/٣٨٨ وما بعدها، وكشاف القناع، ٥٤٦/٣، والعقود المسماة، ٥٠٦-٥٠٧.

(٥) الجعالة: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله. مغني المحتاج، ٣/٦٤٧.

الأشغال المتضمن العمل فقط من المتعاقد مع الإدارة مع عقد الإجارة على منافع عمل الأشخاص، وهذه الإجارة تنقسم حسب عمل الأجير إلى نوعين^(١):

النوع الأول: الأجير الخاص: ويتفق عقد الأشغال المتضمن العمل فقط من المتعاقد مع الإدارة مع عقد إجارة الأجير الخاص في أن كلا منهما عقد معاوضة، وزمني، ولازم، ويردان على العمل^(٢).

وأما أوجه الاختلاف فهي:

١- الأجير الخاص تصير منافعه مملوكة للمستأجر خلال المدة التي حددها العقد عليه، ويعمل تابعاً لصاحب العمل أو المستأجر وتحت إشرافه وإدارته، ويتلقى تعليماته منه، بخلاف المتعاقد مع الإدارة فليست جميع منافعه مملوكة للإدارة (رب العمل)، ويجوز أن يشترك فيها غيرها، ويعمل المتعاقد باستقلال عن الإدارة، وإن كان لها الإشراف العام لرعاية مصلحة المرفق العام^(٣).

٢- كما تكون منفعة العمل في الأجير الخاص في ذات العمل، وتكون منفعته مقدرة بالمدة، أما منفعة عمل الأجير المشترك في عقد الأشغال فلا تُقدر بالمدة؛ حيث إنها قد تطول وقد تقصر، وتضبط منفعة المتعاقد بالعمل وحده، أي العبرة بإنجاز العمل المتفق عليه (نتيجته المطلوبة).

٣- المستأجر للأجير الخاص مسؤول عما يحدثه الأجير الخاص من أضرار بخلاف الإدارة (رب العمل) في عقد الأشغال المتضمن العمل^(٤).

٤- العامل في عقد العمل لا بد أن يكون شخصاً طبيعياً، إذ إن تنفيذه للعمل أساسي في عقد العمل، فلا يجوز أن يحل محله شخصاً آخر دون موافقة صاحب العمل، بخلاف عقد الأشغال المتضمن العمل من المتعاقد مع الإدارة، فقد يكون المتعاقد مع الإدارة شخصاً طبيعياً أو معنوياً كمؤسسة أو شركة، وله أن يعهد بالعمل لشخص آخر محله إذا وافقت الإدارة على ذلك، وإذا كان شخص المتعاقد مع الإدارة عنصراً مهماً في عقد الأشغال ولم ترض الإدارة ببديل عنه فعندئذ لا يمكن الاستعاضة عنه.

٥- يستحق العامل أجره في عقد العمل إذا تواجد في مكان العمل، وأبدى استعداداً لتنفيذه حتى ولو لم يزوده صاحب العمل بالعمل، بينما لا يستحق المتعاقد مع الإدارة عوضاً إلا إذا قام بتنفيذ العمل فعلياً^(٥).

(١) يُنظر بدائع الصنائع، ٤/١٧٤، والقوانين الفقهية، ١٨١-١٨٢، وكشاف القناع، ٣/٥٤٦.

(٢) يُنظر ضوابط وأحكام أجارة الخدمات المقدمة من المؤسسات المالية الإسلامية، د. عبد الحق حميش، ١٨ وما بعدها، جامعة الشارقة، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، ٢٠٠٩م.

(٣) يُنظر عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي، ٧٣.

(٤) يُنظر التعريفات للجرجاني، ٢٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢، ١٩٩٢م.

٦- العامل في عقد العمل لا يضمن ما يعمل به بين يديه، إلا إذا تعمد الإتيان أو التساهل وقصر في أسباب الحفظ وأصول العمل، فیده على ما بین یدیه ید أمان، ومثله الأجير الخاص في الفقه الإسلامي، أما المتعاقد مع الإدارة فإنه يضمن ما هلك تحت يده؛ لأن يده يد ضمان، كما هو حال الأجير المشترك، وهذا استناداً لرأي أبي يوسف، ومحمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة وحجتهم في ذلك الحفاظ على مصالح الناس^(٢).

النوع الثاني الأجير المشترك: وهو الذي يقع التعاقد معه على عمل معين أو على عمل في مدة لا يُستحق جميع نفعه فيها^(٣)، ويستحق الأجر بانتهاء العمل، ويمكن أن يتعاقد مع كثيرين على مثل هذا العمل أو غيره في زمن واحد، ويعمل بإرادته مستقلاً عن الإدارة إلا ما يتعلق بالإشراف على العقد كالصناع مثلاً، وبما أن الزمن قد يطول أو يقصر؛ فإن ضبط العمل يُقدر بإنجاز العمل، ويُطلق عليه في القانون (نتيجة العمل)^(٤).

ونلاحظ من خلال هذا العرض مدى انطباق أحكام الأجير المشترك^(٥) على المتعاقد مع الإدارة؛ وبالتالي فإن عقد الأشغال المتضمن العمل فقط إذا توافرت فيه نفس شروط وأحكام عقد الأجير المشترك، فإن عقد الأشغال هنا يُخرج على أنه عقد إجارة أشخاص، ويكون المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة هو الأجرة.

ثالثاً: تكيف عقد الأشغال المتضمن العمل فقط من المتعاقد قانوناً^(٦):

إذا قدم المفاوض العمل فقط فهذا يُطلق عليه: الأجير المشترك، وهو من نصب نفسه لعموم الناس، مثل الصباغ والنجار والحداد، وهو مَنْ يُستأجر لعمل معين لم يجعل الزمن معياراً له، ولم يختص به شخص معين^(٧) ومعنى ذلك: أن كل أجير مشترك يجوز له أن يتقبل العمل من كثير من الناس في وقت واحد، سواء أعمل لشخص واحد فعلاً أم عمل لكثير، وسواء جعل الزمن معياراً لعمله عند الحاجة إلى ذلك، بأن يكون العمل مما يمتد كرعي الغنم، أم لم يجعل الزمن معياراً له، كالاستئجار على إصلاح آلة معينة.

(١) يُنظر أحكام عقد المقاولة، ٣٠-٣٣، الوسيط في شرح القانون المدني، ٧/٨-٩.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع، ٦/٨٨.

(٣) يُنظر ضوابط وأحكام إجارة الخدمات المقدمة من المؤسسات المالية الإسلامية، ١٩.

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني، ٧/٧.

(٥) يُنظر عقد المقاولة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ١٠٣.

(٦) يُنظر القانون الإداري، د. راغب ماجد الحلو، ٥٧٣.

(٧) يُنظر الشرح الكبير للدردير، ٢٨/٤.

وكذلك، المهندس والبناء والحمال... إذا لم يقصروا على العمل _ وإن كان عملهم لشخص واحد _ ما داموا لم يمنعوا من أن يعملوا لغيره، ويتعاقدوا معه على ذلك، ولكن إذا اشترط عليه في العقد ألا يقوم بعمل للغير في هذا الوقت صار أجيراً خاصاً غير مشترك^(١).

ويظهر مما سبق أنّ الأجير المشترك هو المفاوض، ومحل العقد هو العمل الموصوف، أو الأثر والوصف الذي يحدثه العامل في العين بعمله، مقابل أجر، وهذا هو عقد المفاوضة في القانون المعروف بأنه: (عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)^(٢).

(١) يُنظر المبسوط، السرخسي، ١٠٣/١٥، ويُنظر تبين الحقائق، ١٣٣/٥، والحاوي الكبير، ٤٢٥/٧، وكشاف الفناع، ٣٣٩/٤.

(٢) أحكام عقد المفاوضة، ٣٨٠، ويُنظر عقد المفاوضة والتوريد في الفقه الإسلامي، ٥ .

المطلب الثالث: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعهد بالصيانة

أولاً: تعريف الصيانة لغةً واصطلاحاً:

١_ تعريف الصيانة في اللغة: هي الحفظ والوقاية^(١)، فالصيانة هي وقاية الشيء وحفظه، ولكن تستعمل بمعنى إصلاح الشيء وتحسينه، وأما الترميم فهو تتبع الشيء بالإصلاح^(٢).

٢_ تعريف الصيانة في الاصطلاح:

أ_ عرف الدكتور محمد مختار السلامي عقد الصيانة بأنه: (عقد يلتزم فيه الخبير الفني^(٣) بالقيام على الآلات والتجهيزات في مدة محدودة قياماً يحقق أداؤها لوظائفها بكفاءة، ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفق عليه إن لم تكن ملتزمة من البائع^(٤)).

ب_ عرفه مجلس الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في تاريخ ١٤١٩/٣/٢٥ هـ: (عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صورته، وهو في حقيقته: عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاج آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد^(٥)). فعقد الصيانة في العادة هو خدمة الإصلاح، حيث هو عقد على الإصلاح، فهو يشمل أساساً ما يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد، كلما طرأ عليه أو على أحد أجزائه تغيير كلي أو جزئي يوقف عمله كلياً أو جزئياً، أو يقلل من جودته أو إنتاجيته المعتادة، وقد تشمل الصيانة أيضاً على قطع غيار تترافق مع أعمال الصيانة^(٦).

ثانياً: تكييف عقد الصيانة:

١- تكييف عقد الأشغال المتضمن الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمادة:

وعقد الأشغال هذا هو أبسط أنواع عقود الصيانة، فهو عقد يشتمل على صيانة مجردة، غير مقترن بعقد آخر مقالة أو غيرها، وغير محتاج إلى مادة، لا من الصائن، ولا من صاحب الشيء المصون، فهو عقد

(١) يُنظر مختار الصحاح، مادة: (صون)، المكتبة الأموية دمشق ١٩٨٠ هـ، ولسان العرب، مادة: (صون).

(٢) يُنظر لسان العرب والقاموس المحيط، مادة: (رمم).

(٣) وهو هنا المتعاقد، أو المتعهد.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الحادي عشر، ٣٢٢/٢.

(٥) مجلة المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الحادي عشر، ٢٧٩/٢، بتاريخ، ١٤١٩ هـ/١٩٩٨ م.

(٦) يُنظر عقد المقولة، عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٣٣٣ وما بعدها.

يتعهد فيه الصائن بأداء عمل فقط هو الصيانة ويلحق بهذا النوع الصيانة التي تحتاج إلى مادة لا يعمل المتعاقدان لها حساب في العادة.

هذا النوع من عقود الصيانة يشبه شبيهاً تاماً عقداً معروفاً هو عقد إجازة الأشخاص، وعقد إجازة الأشخاص قد يكون فيه الأجير مشتركاً: يُستأجر لأداء عمل معين، ويمكن أن يتقبل عملاً لغير المستأجر خلال مدة الإجازة، كالبناء، والمهندس، وقد يكون فيه الأجير خاصاً: يُستأجر مدة محددة لأداء عمل لشخص معين لا يتقبل عملاً من غيره مدة الإجازة.

٢- تكييف عقد الأشغال المتضمن الصيانة غير المقترن بعقد آخر، والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة هو صاحب الشيء المصون:

هذا النوع من عقود الصيانة كالنوع الأول يكون فيه الصائن إما أجيراً مشتركاً، أو أجيراً خاصاً تنطبق عليه أحكامهما، ويضاف إلى هذا النوع أن المادة التي يقدمها صاحب الشيء المصون تكون أمانة في يد الصائن يضمنها إذا تعدى أو قصر في حفظها باتفاق الفقهاء، أما إذا تلفت من غير تعد أو تقصير، فإذا كان الصائن أجيراً خاصاً فإنه لا يضمن باتفاق الفقهاء أيضاً، وإن كان أجيراً مشتركاً فقد اتفق الفقهاء على تضمينه إذا تعدى أو فرط^(١)، أما إذا لم يتعد أو يفرط فذهب الإمام أبي حنيفة^(٢)، والحنابلة على الصحيح من المذهب^(٣) إلى عدم تضمين الأجير المشترك، إلا إذا حصل التلف بفعله فإنه يضمن.

وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٤)، ورواية عن الإمام أحمد^(٥) إلى أن الأجير المشترك ضامن لكل ما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة، بخلاف ما لا يمكن التحرز عنه كالموت والحريق الغالب، وضابط ما لا يمكن الاحتراز عنه عند الصاحبين: (هو كل أمر لا يقدر الأجير على استدراكه لو علم به)^(٦)، ووجه الاختلاف بينهم هو أن أبا حنيفة يقول إن الأجرة إنما هي في مقابل العمل فقط وليست في مقابل العمل والحفظ معاً، أما الصاحبان فيقولان إن الأجرة في مقابل العمل مع الحفظ^(٧).

وذهب المالكية^(٨)، والشافعية في أصح القولين^(٩)، وقول عند الحنابلة خرج به أبو الخطاب^(١٠) إلى إنه لا ضمان على الأجير المشترك إلا إذا تعدى أو فرط.

(١) يُنظر بدائع الصنائع، ٢١١/٤، والفواكه الدواني، ١٢٧/٢، وروضة الطالبين، ٢٩٩/٤، والمبدع، ١٠٩/٥ .

(٢) يُنظر تبين الحقائق، ١٣٥/٥ .

(٣) يُنظر الإنصاف، ٧٢/٦ .

(٤) يُنظر تبين الحقائق، ١٣٤/٥ .

(٥) يُنظر الإنصاف، ٧٣/٦ .

(٦) يُنظر تبين الحقائق، ١٣٤/٥ .

(٧) يُنظر التاج والإكليل، ٤٢٧/٥ .

٣- تكييف عقد الأشغال المتضمن الصيانة غير المقترن بعقد آخر، والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة

الصائن:

هذا النوع من عقود الصيانة يتضمن عقد إجارة كما في النوع الأول والثاني، ويتضمن عقد بيع للمواد من الصائن إلى صاحب الشيء المصون، فهو عقد اجتمع فيه عقدان: البيع والإجارة، فهو صفقتان في صفقة، فهل يشمل النهي الوارد في حديث صفقتين في صفقة؟

عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود^(٣) عن أبيه قال: «نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة»^(٤) هذا الحديث قال بعض العلماء أنه موقوف، وعلى فرض رفعه فقد اختلف في تفسيره، فقد فسرته سماك، وهو أحد روايته، بأن يبيع الرجل البيع فيقول: هو بنسأ بكذا وكذا، وهو بنقد كذا وكذا^(٥)، وهو أيضاً تفسير لأبي عبيد القاسم بن سلام^(٦) فقد قال: صفقتان في صفقة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقداً

(١) يُنظر الحاوي الكبير للماوردي ٢٥٤/٩، وقد ذكر الإمام النووي في الروضة أن هذا أظهر الأقوال، حيث قال: (أما المشترك، فهل يضمن ما تلف في يده بلا تعد ولا تقصير؟ فيه طريقتان، أحدهما: قولان، أحدهما: يضمن كالمستعير والمستام، وأظهرهما: لا يضمن كعامل القراض، والثاني: لا يضمن قطعاً). روضة الطالبين، ٢٩٩/٤ .

(٢) يُنظر الإنصاف، ٧٢/٦ .

(٣) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أبو عبد الرحمن، وهو من أهل مكة، ومن السابقين إلى الإسلام، وهاجر إلى أرض الحبشة المهجرتين، وشهد بدرأً وأحدًا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وكان ملازماً لرسول الله ﷺ، وكان أقرب الناس إليه هدياً وسمناً، وأخذ من فيه سبعين سورة لا ينازعه فيها أحد، وبعثه عمر رضي الله عنه إلى أهل الكوفة ليعلمهم أمور دينهم، وتوفي سنة ٣٢هـ، وله في الصحيحين ٨٤٨ حديثاً. ينظر الإصابة في تمييز الصحابة، ٣٦٨/٢ .

(٤) مسند الإمام أحمد ٣٩٨/١، ومسند البزار ٣٨٤/٥، ومسند الشاشي ٣٤٧/١، وقال في البدر المنير (واختلف الحفاظ في سماع عبد الرحمن من أبيه، فقال يحيى بن معين في (إحدى) الروايتين: لم يسمع منه. وقال علي بن المديني والأكثر: إنه (سمع منه) وهي زيادة علم). وقال في مجمع الزوائد: (ورجال أحمد ثقات). البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: لابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى ٨٠٤هـ)، ٩٩/٤، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م .

(٥) يُنظر مسند الإمام أحمد ٣٩٨/١ .

(٦) هو القاسم بن سلام، أبو عبيد، (١٥٧ — ٢٢٤ هـ)، كان أبوه رومياً عبداً لرجل من هراة، أما هو فقد كان إماماً في اللغة والفقه والحديث، قال إسحاق بن راهويه: أبو عبيد أعلم مني وأفقه، قال الذهبي: (كان حافظاً للحديث وعلمه، عارفاً بالفقه والاختلاف، رأساً في اللغة، إماماً في القراءات له فيها مصنف، ولي قضاء طرسوس، مولده وتعلمه بهراة،

بكذا، ونسيئة بكذا، ويفترقان على ذلك^(١)، وهذا هو أحد التفاسير لبيعتين في بيع^(٢)، فعلى هذا التفسير فإن هذه المسألة لا تدخل في النهي الوارد في هذا الحديث، ولكن التحقيق أن بيعتين في بيعه أخص من صفقتين في صفقة؛ لأنه في نوع خاص من الصفقات هو البيع^(٣)، .. وأما صفقتان في صفقة فإن يشمل البيع وغيره من الصفقات، فيدخل فيه الجمع بين عقدين في عقد واحد أيا كان نوع العقدين، فالجمع بين البيع والإجارة، أو البيع والإعارة، أو البيع والسلف، أو البيع أو الشرط ... كل ذلك ونحوه من صفقتين في صفقة، ولكن هل يتناول النهي كل ما يصدق عليه لفظ صفقتين في صفقة؟

لفظ الحديث عام ولكن من الفقهاء من لم يأخذ بهذا العموم، فالمالكية يمنعون الجمع بين كل عقدين بينهما تضاد، ولذلك منعوا الجمع بين البيع وأحد العقود الستة، وهي: الجعالة، والمساقاة، والقراض، والصرف، والشركة، والنكاح^(٤)، وجوزوا الجمع بين البيع والإجارة^(٥)، فتكييف هذا النوع من عقد الصيانة بالبيع والإجارة مقبول حسب مذهب المالكية.

ويجب إن أخذنا بهذا التكييف تحقق شروط كل من عقد البيع وعقد الإجارة في هذا النوع من عقد الصيانة، ولكن يبدو لي أن تحقق شروط البيع غير ممكن، ولهذا فإن الأولى إذا كان صاحب العمل لا يقدم المادة بنفسه، أن يوكل الصائن بشرائها فيكون تكييف العقد في هذه الصورة إجارة ووكالة بالشراء، ولا مانع من هذا.

٤_ تكييف عقد الأشغال المتضمن الصيانة المشروط في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر:

صيانة العين المؤجرة على المؤجر، لأنه المالك للعين، والمستأجر يملك المنفعة، وعلى مالك العين تمكينه من الانتفاع^(٦).

وهنا حالات:

أ_ إن كانت الإدارة تؤجر العقار، وتأخذ المقابل المالي، فليس هذا مجال البحث هنا؛ لأنني أتناول المقابل المالي للمتعاقد.

ورحل إلى مصر وبغداد وحج فتوفي بمكة، من تصانيفه: كتاب (الأموال)، و(الغريب المصنف)، و(الناسخ والنسوخ)،

تذكرة الحفاظ ٥/٢، وتهذيب التهذيب، ٣١٥/٧.

(١) يُنظر فتح القدير، ٢١٨/٥ .

(٢) يُنظر كتاب الغرر وأثره في العقود، ١٠٢ .

(٣) يُنظر فتح القدير، ٢١٨/٥ .

(٤) يُنظر الفروق، ١٤٢/٣ .

(٥) يُنظر المدونة الكبرى ٥٥/١١، ٤٥/١١ .

(٦) المدونة الكبرى ٥٠٩/١١، المغني، لابن قدامة، ٢٦٥/٥ .

بـ إن كانت الإدارة تستأجر العقار، وتدفع المقابل المالي للمتعاقد، فهنا تكون الصيانة على المؤجر (المتعاقد).

جـ إن كانت الإدارة تستأجر أجيراً مع شرط الصيانة مدة من الزمن، فيجتمع مع العقد شرط، وهذا يشبه بيع وشرط، وقد ورد في هذا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط»^(١)، وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في العمل بهذا الحديث، فأخذ به الحنفية^(٢) والشافعية في الجملة^(٣)، ولم يأخذ به الحنابلة^(٤)، وأخذ به المالكية^(٥) في موضعين، أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن، وبناء على ما تقدم فإن هذا النوع من عقود الصيانة يُكَيَّف على أنه (بيع وشرط)، وهو جائز عند المالكية والحنابلة.

وبمثل ما سبق صدر قرار الجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ٩٤ (١١/٦) بشأن عقد الصيانة، وفيه ما يأتي: (عقد الصيانة له صور كثيرة منها ما تبين حكمه وهي:

- ١ـ عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة، فهذا العقد يكيف على أنه عقد إجارة على عمل، وهو عقد جائز شرعاً، بشرط أن يكون العمل معلوماً والأجر معلوماً.
- ٢ـ عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد. وتكيف هذه الصورة وحكمها كالصورة الأولى.
- ٣ـ الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة وهذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط، وهو جائز سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد أم مع تقديمها^(٦).

(١) المعجم الأوسط، للطبراني، ٣٣٥/٤، والمحلى، ٣٢٣/٧، وقال الإمام ابن حجر: (وأما حديث النهي عن بيع وشرط ففي إسناده مقال وهو قابل للتأويل)، ٣١٥/٥، وجاء في مجموع الفتاوى: (هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة). مجموع الفتاوى، ٦٣/١٨، وجاء في موضع آخر: (وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه)، مجموع الفتاوى ١٣٢/٢.

(٢) يُنظر المبسوط، ١٣/١٣.

(٣) يُنظر المذهب، ٢٦٨/١.

(٤) يُنظر الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٩/٤.

(٥) يُنظر بداية المجتهد، ١٦/٢.

(٦) لا ترد حالة البيع المطلق؛ لأنَّ العقد الإداري ينصب على مرفق عام، وهو مال عام لا يُباع.

٤_ الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر، أو المستأجر، وهذا عقد اجتمع فيه إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر، أو المستأجر إذا عينت تعييناً نافياً للجهالة. وهناك صور أخرى يرى المجمع إرجاءها لمزيد من البحث والدراسة.

ثالثاً: يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة تعييناً نافياً للجهالة المؤدية إلى التراجع، وكذلك تبين المواد إذا كانت على الصائن، كما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات^(١).

الترجيح: يتضح لي مما سبق أن عقد الصيانة عقد مستحدث مستقل، تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، فإن لم يتضمن قطع غيار من الصائن فهو أقرب ما يكون إلى عقد الإجارة، أما إذا كان العقد شاملاً لقطع الغيار فيختلف الحكم بين الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: أن تلتزم الإدارة بتقديم قطع الغيار من عندها عيناً، أو تلتزم بدفع ثمنها المحدد من يقدمها، وهذه الصورة جائزة شرعاً، لأنها إما إجارة أو إجارة رافقها بيع.

الحالة الثانية: أن تلتزم الجهة المتعاهدة بالصيانة بتقديم قطع الغيار مع العمل، فهناك صورتان: الصورة الأولى: أن تكون الصيانة دورية، وقطع الغيار معلومة بالرجوع إلى العرف من حيث تحديد عددها وصفاتها وعمرها الافتراضي (مدة صلاحيتها على وجه الإجمال) ووقت تبديلها، فهذه الصورة جعالة جائزة أيضاً، ويمكن التعاقد على العمل بعقد واحد حيث تُغتفر الجهالة اليسيرة، فلا إشكال في دخولها تبعاً في عقد الإجارة، بالقياس على ما اتفق عليه الفقهاء من الحالات التي يجوز دخول العين فيها تبعاً للحاجة.

الصورة الثانية: أن تكون قطع الغيار غير قابلة للتحديد عند التعاقد بالرجوع للعرف أو مراعاة الطبيعة التقنية للمعدات، ويقع التفاوت الكبير في تكلفتها ففي هذه الصورة لا يجوز التعاقد على التزام الجهة المتعاهدة بالصيانة للقيام بالعمل وتقديم قطع الغيار، وذلك للجهالة الكبيرة المؤدية للتراجع، فتبين أن هذه الحالة تحتوي على غرر كثير، وهو منهى^(٢) عنه، فلا يجوز، والله تعالى أعلم.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الحادي عشر، ٢/ ٢٧٩-٢٨٠، عام ١٤١٩هـ.

(٢) يُنظر حديث النهي عن بيع الغرر، ٧٩.

هذا وعقد الأشغال المتضمن الصيانة يشترط له شروط العقد التي يُكَيَّف على أساسها كاملة، بالإضافة إلى شرط التعيين المنافي للجهالة سواء للمدة أم القطع أم الأجرة أم العمل، فيشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة تعييناً نافياً للجهالة المؤدية إلى التزاع، وكذلك تبين المواد إذا كانت على الصائن^(١).

ثالثاً: تخريج عقد الأشغال المتضمن الصيانة على عقد المقاولة قانوناً:

يُعرَّف عقد المقاولة بأنه: (عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)^(١)، ففي الجانب القانوني أرى أن عقد المقاولة هو العقد الذي يشمل بمفهومه جميع صور عقد الصيانة، ومنها ما لو قدم رب العمل المادة واقتصر الما قول على تقديم عمله، فهنا يتمخض عقد مقاولة.

وقد يقع أن يتم التعاقد مع نجار على أن يصنع مكتباً، ويقدم النجار الخشب من عنده، وهنا هل يبقى العقد في هذه الحالة وأمثالها عقد مقاولة، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الخشب...؟ أجاب الدكتور السنهاوري بأن الآراء انقسمت في هذه المسألة؛ فرأي يذهب إلى أن العقد مقاولة دائماً، والمادة ليست إلا تابعة للعمل...، ورأي ثان يذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقبل... ورأي ثالث يذهب أن العقد يكون مقاولةً أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة... فالعقد مقاولة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل... فالعقد بيع. وأيد الدكتور السنهاوري هذا الرأي، ولكنه استثنى منه الحالة التي تكون للمادة فيها قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل حتى لو كانت أقل قيمة منه، ومثّل لها بالخشب الذي يورده النجار لصنع الأثاث، فاعتبر العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أم أصغر، ويقع البيع على المادة، وتسري أحكامه فيما يتعلق بها وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(٢). هذا التكييف القانوني لعقد المقاولة، هو نفسه التكييف القانوني لعقد الصيانة باعتبار عقد الصيانة نوعاً من أنواع عقد المقاولة، وذلك عند تقديم العمل والمواد.

(١) يُنظر قرارات وتوصيات مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، البحرين، المنامة، ٢٠-٢٥ رجب ١٤١٩هـ - ١٤-١٩ نوفمبر ١٩٩٨م.

(١) أحكام عقد المقاولة ٣٨٠، ويُنظر عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ٥، والوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهاوري، ٥/٧، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ١٧، وعقد المقاولة: الإنشاء والتعمير، حقيقته، تكييفه، صورته، الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي، ٧، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

(٢) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني ٢٣/٧-٢٧، والقانون الإداري، د. راغب ماجد الحلو، ٥٧٣.

وعقد الصيانة كعقد المقاولة، قد يتعهد فيه الصائن بتقديم عمله فقط، ويتعهد فيه صاحب الشيء المصون بتقديم المادة، وقد يتعهد فيه الصائن بتقديم العمل والمادة معاً. والتكييف القانوني لعقد الصيانة في الحالة الأولى هو أنه عقد مقاولة تنطبق عليه أحكام عقد المقاولة، وأما تكييفه في الحالة الثانية، أي الحالة التي يتعهد فيها الصائن بتقديم العمل والمادة، فيجري فيها الخلاف بين القانونين في تكييف عقد المقاولة^(١).

خلاصة البحث: في تكييف المقابل المالي في عقد الأشغال:

فبناء على ما ظهر من أنواع عقود الأشغال والتكييف الراجح لها، فإنّ المقابل المالي فيها يختلف تكييفه حسب اختلاف تكييف صور هذا العقد:

ففي حال تقديم المتعاقد المواد والعمل: فإنّ العقد يكون شبيهاً بعقد الاستصناع مع القول بلزومه، وبالتالي فالمقابل المالي هو الثمن، ويأخذ أحكام الثمن.

وأما في حال تقديم المتعاقد العمل فقط: فالمقابل المالي هو الأجر، كما في المقاولات التي يقدم فيها المتعاقد العمل فقط، وتقدم الإدارة المواد اللازمة من عندها، أو كما إذا أعطت الإدارة ثمن المواد للمتعاقد ووكلائه بشرائها، ولم يكن مطلوباً من المتعاقد إلا العمل، فمقابله المالي هو الأجر.

وأما إذا افترضنا حالة شركة المضاربة بحيث المواد من الإدارة والعمل من المتعاقد، ويقتسمان الأرباح بينهما بنسب متفق عليها فالمقابل المالي عندها هو الربح الذي سيحصل عليه كلاهما من صافي إيراد المشروع.

وأما في حال الصيانة: فإن لم يكن فيه إلزام المتعاقد بقطع الغيار فالعقد يكون شبيهاً بالإجارة، ويكون المقابل المالي هو الأجر وله أحكام الأجر.

وأما إن تضمن العقد قطع الغيار، فهنا يُنظر:

إن التزمت الإدارة بقطع الغيار، أو بدفع ثمنها، فالعقد أيضاً يُعتبر إجارة، ويستحق المتعاقد مقابله المالي المتمثل بالأجر، وله أحكام الأجر.

وأما إن التزم المتعاقد بقطع الغيار مع العمل، فهنا حالتان:

الحالة الأولى: أن تكون الصيانة دورية، وقطع الغيار معلومة بالرجوع إلى العرف من حيث تحديد عددها وصفاتها ومدة صلاحيتها ووقت تبديلها، فالعقد هنا إجارة، والمقابل المالي هو الأجر، وله أحكامه.

(١) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، ٢٣/٧-٢٧، والقانون الإداري، د. راغب ماجد الحلو، ٥٧٣.

الحالة الثانية: أن تكون قطع الغيار غير قابلة للتحديد عند التعاقد بالرجوع للعرف أو مراعاة الطبيعة التقنية للمعدات، ويقع التفاوت الكبير في تكلفتها، ففي هذه الصورة لا يجوز التعاقد على التزام المتعاقد بالصيانة، بسبب الجهالة الكبيرة والغرر.

وأما عن الجانب القانوني: فقد ظهر عقد الأشغال منسجماً مع عقد المقاولة بمفهومه الواسع الذي يشمل جميع صور عقد الأشغال، وأما المقابل المالي في هذا العقد بجميع صوره فيُسمى بتسمية الثمن.

وبعد أن عرفنا تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة بأنواعه، آن الأوان لانتقل إلى تكييف المقابل المالي في عقود التوريد والخدمات، وهذا ما أبيّنه في المبحث الآتي:

المبحث الثاني
تكييف المقابل المالي في عقد التوريد والخدمات
ويتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقد التوريد شرعاً

المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقد التوريد قانوناً

المطلب الثالث: التمييز بين المقابل المالي في عقد الأشغال وعقد التوريد

المطلب الرابع: تكييف المقابل المالي في عقود الخدمات

بعد أن تبين معنا أن المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال يتنوع شكله حسب الصيغ التي يتم التعاقد بها، أنتقل هنا الآن إلى الحديث عن تكييف المقابل المالي في عقد التوريد وعقود الخدمات، وذلك على وفق المنهج الذي سلكته في تكييف عقود الأشغال العامة والمقابل المالي فيها، وأفصل ذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقد التوريد شرعاً

لتوضيح تكييف المقابل المالي في عقد التوريد أبدأ بتعريف عقد التوريد في اللغة والاصطلاح، ثم أقرنه مع ما يشبهه من العقود للوصول إلى التكييف المناسب له، وللمقابل المالي فيه.

التوريد لغةً: هو مصدر ورّد يورد توريداً بمعنى أحضر والمورد منهل الماء الذي يورد، والطريق، ومصدر الرزق^(١)، واستورد السلعة جلبها من خارج البلاد، والواردات: البضائع الأجنبية التي تشتريها الدولة، وهي مقابل الصادرات^(٢).

تعريف عقد التوريد في الاصطلاح:

يُعرّف عقد التوريد بأنه: (اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين للطرف الآخر تقديم أشياء موصوفة في الذمة في زمن محدد لقاء بدل معين)^(٣).

صورة العقد: إنّ عقد التوريد هو اتفاق يجري بين متعاقدين، يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين للآخر إحضار أو إيصال أشياء موصوفة في الذمة، وقد يتم العقد بطريقة المناقصة أو المساومة، كما أنه قد يكون طرفا العقد كل منهما شخصاً عادياً أو شخصاً اعتبارياً أي شركة من الشركات أو مؤسسة حكومية لكن سأقتصر في دراستي هذه على عقود التوريد الإدارية والتي تكون الدولة طرفاً فيها، والعقد الذي يجري هو عقد ملزم لا يفسخ إلا باتفاق الطرفين معاً، والمراد من إحضار أو إيصال العقود عليه هو وضعه تحت تصرف وحيازة الطرف الآخر المورد إليه، ويقوم بقبضه، وهذه الأشياء الموردة قد تكون مادية أو غير مادية، والمادية هي الحسية كالمواد الخام أو الأطعمة أو الألبسة وباقي السلع، أما الأشياء غير المادية كخدمة الهاتف، والكهرباء، والبريد...، وكون هذه الأشياء موصوفة في الذمة فهذا يعني أن محل عقد التوريد إنما يرد على ما يقبل الثبوت في الذمة وينضبط بالصفات كالمثلثات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة، وكذا ما يقبل الانضباط

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (ورد) .

(٢) يُنظر المعجم الوسيط، مادة: (ورد) .

(٣) عقد التوريد في الفقه الإسلامي، إبراهيم محمد شاشو، ٢٩.

بالوصف من القيميات؛ فما لا يمكن ضبط صفاته من الأموال والأشياء التي تختلف آحادها وتتباين تبايناً كبيراً فلا يرد عليها عقد التوريد؛ وذلك لمنع الغرر عنه؛ فمقتضى عقد التوريد هو ثبوت حق المورد له في الشيء ديناً في ذمة المورد، وكون المعقود عليه في الذمة فهذا يعني أن عقد التوريد لا يرد على الأعيان؛ لأنها لا تقبل الإضافة إلى المستقبل، كما أن هذا الشيء المقدم يكون إحضاره في زمن محدد متفق عليه ضمن العقد سواء كان ذلك في زمن واحد محدد أو على فترات دورية معلومة في العقد، وهذا العمل الذي يقدمه المتعاقد مع الإدارة يأخذ عوضه مقابلاً مالياً معيناً تلتزم الإدارة بدفعه له حسب اتفاقهم عليه، فقد يكون دفعة واحدة مقدماً أو مؤخراً إلى حين استلام المعقود عليه أو بعده أو مقسطاً إلى أقساط^(١).

وقد جاء تكييف عقد التوريد في دراسة مستقلة، تناولها الدكتور إبراهيم شاشو^(٢)، فلا داعي لتكرار تفصيلها هنا، وإنما أذكر باختصار ما وصل إليه، حيث قارن بين عقد التوريد وبين العديد من الصور التي تشبهه، كالمقارنة مع عقد الاستصناع، وعقد السلم، وعقد الاستجرار، وغيرها...، ثم رجح كون هذا العقد من العقود المستجدة، وهذا ما أميل إليه أيضاً، والعقود المستجدة هي: (العقود التي أوجدها الناس ولم تكن مألوفة في الماضي، أو كانت مألوفة وأدخل عليها إجراءات جديدة لم تكن معروفة من قبل)^(٣)، وهذه العقود تحكمها قاعدة: (الأصل في العقود الإباحة)، وتضبطها الضوابط العامة للعقود، كإتفاء مفسدات العقود من الغرر والربا والظلم والجهالة... .

وبناء على ماسبق: يظهر لنا أن المقابل المالي الذي يأخذه المتعاقد مع الإدارة، إنما هو جزاء ما يقدمه من مواد موروثة، (أعيان، عروض، أشياء)، وبالتالي يكون المقابل المالي الذي يأخذه المتعاقد من الإدارة إنما هو: ثمن هذه المواد الموروثة التي قد سعى المورد بتوريدها؛ بدليل أنه لو لم يأت بالأشياء التي تم الاتفاق على توريدها فإنه لا يستحق شيئاً من المقابل المالي، مهما كان قد عمل وكّد وتعب، فالمقابل المالي هو مقابل لما يقدمه المتعاقد من أعيان وعروض فقط دون غيرها، وبالتالي فالمقابل المالي هو ثمن لهذه المواد والأعيان والسلع الموروثة، ويكون له حكم الثمن.

الإشكالات التي قد ترد على عقد التوريد: وبناءً على أن عقود التوريد قد يتأجل فيها البدلان فهنا ينشأ عندنا بعض الإشكالات كالغرر، وبيع الدين بالدين (بيع الكالئ بالكالئ) وبيع ما ليس عند الإنسان، ويحاج على هذه الإشكالات فيما يأتي:

(١) عقد التوريد في الفقه الإسلامي ٢٩ - ٣٠ بتصرف .

(٢) يُنظر عقد التوريد في الفقه الإسلامي، إبراهيم شاشو، ٦٤-١٩٩ .

(٣) عقد التوريد في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو، ١٤١، ويُنظر المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير

١- أما عن إشكال الغرر وهو: (ما تردد بين الوجود والعدم)^(١) فأقول: إنَّ تصور الغرر في عقود التوريد ينتج من خلال تأجيل البدلين فيها^(٢)، لكن يجب على هذا بأن كلا البدلين في عقد التوريد محدد بأوصاف تدفع عنه الغرر، فالمعقود عليه الذي يُراد توريده محدد بأوصاف معينة وبكميات محددة ومعلومة، وهو إما أن يكون موجوداً ومتوافراً حال العقد، وإما أن يتوافر أو يوجد وقت استحقاقه، ومن ثم فالغرر فيه قليل لا يؤثر في صحة العقد (إن كان من الذي يغلب وجوده)، وكذلك بالنسبة للثمن فهو معلوم القدر والصفة والأجل، وعلى فرض وجود غرر، وإن كان كثيراً فإن الحاجة ماسة إليه، وهي عامة فتُترل مترلة الضرورة، مما يجعل هذا الغرر مغتفراً وغير مانع من صحة أمثال هذه العقود^(٣).

٢- أما عن إشكال بيع الدين بالدين: قد يعترض على عقد التوريد بأنه من قبيل بيع الكالئ بالكالئ نتيجة لتأجيل البدلين، وفي حديث^(٤) ابن عمر^(٥) رضي الله عنه «نهى رسول الله عن بيع الكالئ بالكالئ»^(٦)، وأنه من بيع الدين بالدين^(٧) وبالتالي فهو من البيوع الربوية^(٨)، أو أنَّ في تأجيل البدلين انشغال ذمة كل من المتعاقدين من غير فائدة^(٩)، ولكن يجب على هذا بما يأتي:

(١) الفروع، ٣٢٢/٤.

(٢) يُنظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد التاسع، ٣٢٩/٢ وما بعدها.

(٣) يُنظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد التاسع، ٣٠٩/٢، المناقصات عقد الاحتياط ودفع التهمة، الجواهري، ٢٦٢، والتاج والإكليل، ٣٦٥/٤، وشرح على الموطأ، للزرقاني، ٣٩٧/٣.

(٤) يُنظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد التاسع، ٣٠٩/٢، المناقصات عقد الاحتياط ودفع التهمة، الجواهري، ٢٦٢، والتاج والإكليل، ٣٦٥/٤، وشرح على الموطأ، للزرقاني، ٣٩٧/٣.

(٥) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب، أبو عبد الرحمن، قرشي عدوي، صاحب رسول ﷺ، ولد سنة ١٠ ق هـ، وهاجر مع أبيه إلى الله ورسوله، وشهد الخندق وما بعدها، ولم يشهد بدرًا ولا أحداً لصغره، وأفتى الناس ستين سنة، ولما قتل عثمان عرض عليه ناس أن يبايعوه بالخلافة فأبى، شهد فتح إفريقية، وهو أحد المكثرين من الحديث عن الرسول ﷺ، توفي سنة ٧٣ هـ، ينظر الإصابة في تمييز الصحابة، ١٨١/٤-١٨٣.

(٦) المستدرک على الصحيحين، كتاب: البيوع، ٦٥/٢، وسنن الدارقطني، كتاب: البيوع، ٧١/٣، والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين ٢٩٠/٥، وقال الحاكم: (صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، وتعليق الذهبي: (على شرط مسلم)، ٦٥/٢.

(٧) يُنظر الإجماع، ابن المنذر، ٩٢.

(٨) يُنظر أحكام القرآن، الجصاص، ١٨٦/٢، ١٩٨٤ م.

(٩) يُنظر إعلام الموقعين، ٣٧٩/٣.

إنّ حديث الكالئ بالكالئ حديث ضعيف، فقد ذكر ابن حجر^(١) أن الحاكم صححه على شرط مسلم، ووهم؛ لأن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة، وأنّ الإمام أحمد لا تحل عنده الرواية عنه، ولا يعرف هذا الحديث عن غيره، وأنه ليس في هذا حديث يصح، ونقل عن الشافعي أن أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، وأن الدارقطني جزم في العلل بأن موسى بن عبيدة تفرد به^(٢).

كما أن القول بتأجيل البدلين يوهم إدراج هذا العقد تحت العقود الربوية؛ لأن بيع الدين بالدين من أبواب الربا، وهذا غير مسلم به؛ لأن البدلين في عقود التوريد مختلفان، والمبادلة مبادلة سلعة بنقد^(٣)، فلا تدخل في الربا المحرم^(٤).

وأما دعوى الإجماع على تحريم بيع الدين بالدين فهي غير ثابتة، ففي إعلام الموقعين: (إن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام، ولا إجماع، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ هو المؤخر الذي لم يقبض، كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ)^(٥).

وفسر الإمام مالك الكالئ بالكالئ: (أن يبيع الرجل ديناً له على رجل بدين على رجل)^(٦)، واختلاف تفسير الكالئ بالكالئ دليل على عدم الإجماع على معنى آخر^(٧).

وأما القول بأن في تأجيل البدلين انشغال ذمة كل من المتعاقدين من غير فائدة فليس مسلماً أيضاً؛ فلو كان كذلك لما تعاقدا بذلك أحد، وقد يكون للمتعاقدين غرض سليم في تأجيل البدلين^(٨).

(١) هو أحمد بن علي بن محمد، شهاب الدين، أبو الفضل الكتاني العسقلاني، المصري المولد والمنشأ والوفاة، ولد ٧٧٣-٨٥٢ هـ، واشتهر بابن حجر -نسبة إلى (آل حجر) وهو قوم يسكنون بلاد الجريد وأرضهم قابس في تونس- وهو من كبار الشافعية، وكان محدثاً فقيهاً مؤرخاً، انتهت إليه معرفة الرجال، ومعرفة العالي والنازل، وعلل الأحاديث وغير ذلك. تفقه بالبلقيني والبرماوي، وتوفي سنة ٨٥٢ هـ، زادت مؤلفاته على مائة وخمسين مصنفاً. ومن مؤلفاته: (فتح الباري شرح صحيح البخاري، والدراية في منتخب تخريج أحاديث الهداية، وتلخيص الخبر في تخريج أحاديث الرافعي الكبير). ينظر البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: للعلامة محمد بن علي الشوكاني ٨٧/١، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت. وشذرات الذهب، ٢٧٠/٧.

(٢) يُنظر تلخيص الخبير، ٧١/٣.

(٣) يُنظر مناقصات العقود الإدارية، رفيق يونس المصري، ٢٢٠.

(٤) يُنظر مناقصات العقود الإدارية، رفيق يونس المصري، ٢٢٠.

(٥) إعلام الموقعين، ٣٧٩/٣، ويُنظر عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، عاطف أبو هريبد، ١٨٠.

(٦) موطأ الإمام مالك، ٢/٦٦٠.

(٧) يُنظر مناقصات العقود الإدارية، رفيق يونس المصري، ٢٢٠.

(٨) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد التاسع، ٣٣٣/٢.

٣_ أما عن إشكال بيع ما ليس عنده فأقول: قد يعترض على عقد التوريد أنه داخل في حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وقد قال النبي ﷺ قال: «لا تبع ما ليس عندك»^(١)، ويجاب على هذا بأن هذا الحديث قد اختلف العلماء اختلافاً واسعاً في تفسيره، فذكر ابن عبد البر تفسيراً للمالكية وهو أنهم يحملون النهي عن بيع ما ليس عندك على الطعام وحده إلا ما كان على بيع العينة^(٢)؛ لحديث رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»^(٣)، وفسره الشافعي بأنه بيع العين التي لا يملكها وبيع العين بلا ضمان^(٤)، فهو بيع ما هو في ملك الغير ثم يسعى البائع لتحصيله بالشراء من مالكة ودفعه للمشتري، ويُفسر أيضاً بأنه: بيع ما ليس هو على ثقة من حصوله أو عدم حصوله، فيكون غرراً كبيع الحيوان الشارد، والطير في الهواء^(٥). وعند النظر في هذه التفسيرات نجد أنها تفيد النهي إما عن بيع المعدوم، أو العين الغائبة، أو بيع الأعيان التي لا يملكها، فهي كلها شاملة للغرر وعدم القدرة على التسليم، والمبيع في عقود التوريد إما أن يكون موجوداً عند المورد أو غير موجود عنده حال العقد ولكن يغلب على الظن وجوده وقت استحقاقه، كما أن المورد قد يكون منتجاً للمبيع، أو متاجراً به وقادراً على تسليمه، وبالتالي فلا تدخل عقود التوريد في باب بيع الإنسان ما ليس عنده^(٦).

وبعد أن انتهيت من تكيف المقابل المالي في عقود التوريد شرعاً، أنتقل إلى تكييفه قانوناً، وهذا ما أفصله في المطلب الثاني.

-
- (١) الموطأ، كتاب: البيوع، باب: العينة وما يشبهها، ٦٤٢/٢. وسنن أبي داود، كتاب: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده ٣٠٢/٣. وسنن الترمذي: كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، وقال الإمام الترمذي عنه: (حديث حسن) ٥٣٤/٣. وسنن النسائي، كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع ٢٨٩/٧. وسنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن ٧٣٧/٢، ورواه البخاري بلفظ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»، كتاب: البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، ٧٩٢/٢.
- (٢) العينة: تحيل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محللة. يُنظر التمهيد، لابن عبد البر، ٣٣٣/١٣.
- (٣) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك، ٧٥٠/٢.
- (٤) يُنظر الأم ٢٠/٧، وفتح الباري ٣٤٩/٤، وعون المعبود، ٢٩١/٩.
- (٥) يُنظر إعلام الموقعين، ٣٣٩/١، عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي، ٧٣، ٧٤.
- (٦) يُنظر عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محمد قاسم، ٧٣، ٧٤، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر.

المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقد التوريد قانوناً:

عقد التوريد هو: العقد (الذي بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه بتقديم أشياء معينة بصيغة دورية أو مستمرة لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)^(١)، وذلك كمن يتعهد بتوريد الأغذية لمستشفى أو مدرسة، أو كمن يتعهد بتوريد الورق لإحدى الصحف وتوريد الغاز والكهرباء والمياه للمستهلكين.

وهنا: إن كانت السلع الموردة أشياء يصنعها المتعاقد في مصنعه، ويقدمها للإدارة، فهذا يدخل في مفهوم عقد المقايضة^(٢).

أما إن كانت عروضاً يشتريها ويقدمها، فهذا ما يشبه البيع، ويكون تكييف المقابل المالي فيها هو (الضمن)؛ وذلك لأنّ هذا المقابل يؤخذ مقابل أعيان (عروض)، وهذه الأعيان هي الأشياء الموردة التي يوردها المورد، وغالباً ما يكون الثمن الذي يأخذه المتعاقد من الإدارة هو بمثل الثمن الذي قام عليه، مع زيادة ربح له، فيكون مقابله المالي هو الثمن (التكلفة الأولى عليه) مع ربح له، وهو ما يُسمى في الفقه الإسلامي بالمراجعة.

(١) أحكام عقد المقايضة، ٣٨٠، ويُنظر عقد المقايضة والتوريد في الفقه الإسلامي، ٥ .

(٢) يُنظر عقد التوريد في الفقه الإسلامي، نمر صالح محمود دراغمه، ١٨، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م. وعقد المقايضة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، ٢٢ .

المطلب الثالث: التمييز بين المقابل المالي في عقد الأشغال وعقد التوريد

إذا قارنا بين المقابل المالي في عقود الأشغال العامة والمقابل المالي في عقد التوريد لرأينا بعد تتبع الصور

ما يأتي:

في الفقه الإسلامي:

في عقد الأشغال العامة: في عقد الأشغال حال التعهد بالعمل: يكون المقابل المالي هو الأجر، وفي حال التعهد بالمواد والعمل يكون المقابل المالي هو الثمن، وفي حال التعهد بالصيانة يكون المقابل المالي هو الأجر، أو الأجر والثمن.

أما في عقد التوريد فالمقابل المالي هو الثمن، بالإضافة إلى ربح البيوع.

في الجانب القانوني:

المقابل المالي هو الثمن لجميع الصور.

وبعد أن انتهت من الحديث عن عقدَي التوريد والأشغال العامة وتكييف المقابل المالي فيهما، آن الأوان لانتقل إلى الحديث عن عقد الخدمات، وتفصيل المقابل المالي فيه في المطلب الآتي.

المطلب الرابع: تكيف المقابل المالي في عقود الخدمات

عقد الخدمات: (هو ذلك العقد الذي يتعهد بموجبه المتعاقد مع الإدارة بأداء عمل حالاً أو مستقبلاً مقابل ثمن منصوص عليه في العقد)^(١)، فعقود الخدمات هي العقود التي يكون فيها تأدية خدمة من الذي قام بالخدمة إلى الذي طلب الخدمة، والخدمة في تفسيرها الحقيقي إنما هي القيام بتقديم منفعة معينة، والقيام بتقديم منفعة معينة إما أن يكون مقابل أجر، وإما أن يكون بغير مقابل، فإن لم يكن مقابل عوض مالي فنحن أمام عقد تبرع وهبة، وفي مجال بحثنا في العقود الإدارية فهناك عقد يتصف بهذه الصفة وهو عقد المعاونة، وهو: (عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص بالمساهمة نقداً أو عيناً في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة... فقد يتقدم إلى الإدارة بعرض المساهمة فرد من الأفراد، أو شخص من أشخاص القانون العام، فإذا ما قبلت الإدارة العرض، انعقد بين الإدارة ومن يتطوع بالمساهمة عقد إداري هو عقد تقديم المعاونة)^(٢).

أما بقية عقود الخدمات الإدارية فهي مقابل عوض مالي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة من خلال القيام بأحد عقود الخدمات الإدارية، وهذه العقود في مضمونها تكون واحداً من عقود المنفعة، كما في عقد التوظيف مثلاً^(٣)، حيث يعمل المتعاقد كموظفاً في المرفق العام.

فعقود الخدمات تشمل عقد الإجارة بقسميه الاثنين، إجارة الأشخاص المتضمن لعمل معين من المتعاقد القائم بالعمل مقابل أجر، وإجارة الأعيان المتضمن لبذل منفعة عين معينة مقابل أجر على هذا الانتفاع من هذه العين، ففي كلا القسمين تقديم خدمة معينة سواء من الشخص أم من العين المؤجرة مقابل الحصول على عوض مالي، لكن الأغلب هو تقديم منفعة الشخص المتعاقد، كما في عقد الموظف في المرفق العام، وقد يكون العقد على الشخص وسيارته التي معه، كما في عقد النقل، وهو (عقد مبرم بين الإدارة وأحد أشخاص القانون الخاص أو العام الأخرى، مقتضاه التزام هذا الأخير بنقل الأشخاص أو الأشياء لصالح الإدارة، وذلك مقابل ثمن معين متفق عليه، وهذا العقد قد يتجلى من خلال عملية نقل واحدة أو من خلال سلسلة من العمليات المتتالية)^(٤).

وبنا على ما سبق أقول: بما أن مضمون العقد الذي يقدمه المتعاقد مع الإدارة في عقود الخدمات إنما هو خدمة، أي منفعة، فالعقد يُكَيَّفُ شرعاً على أنه عقد إجارة، حيث إن الإجارة هي عقد على المنافع، أي الخدمات، وبالتالي فالمقابل المالي في عقود الخدمات هو الأجر شرعاً، وله أحكام الأجر.

(١) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٧٤.

(٢) الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ١٤٣. ويُنظر النظام القانوني لعقد المعاونة في تسيير المرفق العام، د.

داود عبد الرزاق الباز، ٤٥ وما بعدها، ٢٠٠٦م.

(٣) يُنظر القانون الإداري، ماجد راغب الحلو، ٥٧٥.

(٤) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٧٥.

وأما في الجانب القانوني فكَذلك يُعتبر التكييف نفسه؛ للسبب نفسه، حيث إنّ الخدمات هي المنافع التي يتقدم بها المتعاقد في عقده، كما يمكن أن يُعتبر العقد أحد شقي عقد المقاولة عندما يُقدم المتعاقد عملاً ما؛ لأنّ المقاولة هي : أن يتعهد المتعاقد بأن يصنع شيئاً ما أو يُقدم عملاً ما، فالمتعاقد هنا في عقود الخدمات يُقدم عملاً، ويأخذ مقابلًا ماليًا على هذا العمل، فيُعتبر العقد إجارة، أو مقاولة على العمل، وهما هنا سواء، ويُعتبر هذا المقابل أجرًا، وله أحكام الأجر.

الفصل الثاني شروط المقابل المالي وضوابط عملية التبادل في عقود الشراء العام

ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: شروط المقابل المالي (الثمن) في عقود الشراء

العام

المبحث الثاني: ضوابط العقود (عملية التبادل) في عقود الشراء العام

المبحث الأول
شروط المقابل المالي (الثمن) في عقود الشراء العام
ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: شروط المقابل المالي (الثمن) في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: شروط المقابل المالي (الثمن) في القانون

المطلب الأول: شروط المقابل المالي (الثمن) في الفقه الإسلامي

تبين لنا في بداية الحديث عن أنواع المقابل المالي أنه من حيث كونه ثمناً: يشمل النقود (وأصلهما الذهب والفضة)، والعروض، والمنافع، لكن جرى العرف في عقود الشراء العام أن يكون المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة من النقود؛ وبناء على ذلك لكي يتم العقد صحيحاً خالياً من المخالفات الشرعية لا بد أن يكون المقابل المالي (الثمن) في عقود الشراء العام منضبطاً وفق الشروط الشرعية التي بينها لنا الشرع الحنيف، والتي لها ثقلها الخاص في الحكم على صحة العقد أو فساد أو بطلانه.

وشروط المقابل المالي (الثمن) قد دُرست كثيراً، ولا حاجة للتوسع فيها هنا وتكرار دراستها، وإنما يمكن أن أذكر فيها باختصار للحاجة لذلك.

الشرط الأول: أن يكون مالاً متقوماً ولصاحبه حق التصرف فيه.

وقد تحدثت عن مفهوم المال المتقوم في الفصل التمهيدي، وأما عن حق التصرف فيه، فلإنسان حق التصرف بملكه الخاص به، وبالمال الذي له عليه ولاية، كولاية الأب مثلاً على مال ابنه القاصر.

الشرط الثاني: أن يكون معلوماً؛ لأن الجهالة الفاحشة تؤدي إلى فساد العقد^(١).

كيفية العلم بالمقابل المالي: وتختلف كيفية العلم بالمقابل المالي تبعاً لنوعه، والمقابل المالي باعتبار ماهيته يقسم إلى نقود، وعروض، ومنفعة.

أولاً: إن كان المقابل المالي من النقود:

والعلم بالنقد يكون بمعرفة قدره وجنسه ونوعه^(٢)، وبيان جنسه كبيانها ليرات، وبيان نوعه كبيان أنها سورية أو لبنانية. وأما ذكر القدر كألف، أو ألفين^(٣).

أمّا إذا كان التعامل الغالب بنقدٍ معين، فينصرف مطلق العقد إليه، والعبرة عند قبول النقد: النقد الغالب ببلد العقد^(٤)؛ حيث يشترط الفقهاء في النقد أن يكون متداولاً بين الناس^(٥)، ويشترط إن كان العقد صرفاً أن تتوفر شروط عقد الصرف، ويشترط انتفاء الربا.

ثانياً: وإن كان المقابل المالي من العروض (الأعيان):

المقابل المالي العيني: هو ما يحصل عليه المتعاقد من غير النقود^(١)، ويشترط انتفاء الغرر^(٢).

(١) يُنظر أحكام الثمن في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية، حسن محمد حسن شحاده، ٤٩-٥٦، رسالة ماجستير، جامعة

النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٦ م.

(٢) يُنظر الإجارة الواردة على عمل الإنسان، د. شرف بن علي الشريف ١٧٦.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ١٩٣/٤، والبحر الرائق ٢٩٨/٧، والمدونة الكبرى ٤٩٥/٣، والحاوي الكبير، الماوردي، ٤١٥/٧.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٨١/١٥.

(٥) الإجارة الواردة على عمل الإنسان، د. شرف بن علي الشريف، ١٧٦.

والمثليات تثبت في الذمة، أمّا القيميات، فلا تثبت في الذمة^(٣).
 فإن كان المقابل المالي من العروض المثلية، فيشترط فيها بيان الجنس والنوع والقدر والصفة^(٤).
 وإن كان المقابل المالي من العروض القيمة، فلا بدّ من أن يكون معيّناً بالإشارة إليه، ولا يُكتفى بمجرد وصفه^(٥)، لأنّه لا يثبت ديناً في الذمة^(٦)، فهو كالمبيع المعين، كالأرض يجب تعيينها وتمييزها عن غيرها.

ثالثاً: إن كان المقابل المالي منفعة:

كيفية العلم بالمنفعة سأذكرها عند الحديث عن المنفعة إن شاء الله تعالى، وذلك تجنباً للتكرار.

الشرط الثالث: أن يكون مقدور التسليم

إن كان المقابل المالي من النقود، فلا يشترط فيه القدرة على التسليم عند العقد، لأنّ النقد يثبت في الذمة^(٧)، وإن كان المقابل المالي من العروض، فهو معتبر بشروط المبيع^(٨)، لذا فإنّه يفرق بين العروض المثلية والعروض القيمة^(٩)، فإن كان المقابل المالي من العروض المثلية، فلا يشترط فيها القدرة على التسليم عند العقد، لأنها تثبت في الذمة، لكن يشترط توافر مثلها، أما إذا كان المقابل المالي من العروض القيمة، فيشترط فيه أن يكون مقدوراً على تسليمه عند العقد؛ لأنّ المقابل المالي عندئذٍ يكون في حكم المبيع^(١٠)، وعدم القدرة على

(١) يُنظر نفس المصدر ١٣.

(٢) يُنظر الإجارة الواردة على عمل الإنسان، د. شرف بن علي الشريف ١٧٧.

(٣) يُنظر المدخل إلى نظرية الالتزام، مصطفى الزرقاء، ١٥٥/٢.

(٤) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٣/٥، ومغني المحتاج ٣٣٤/٢، وكشاف القناع ٥٥١/٣.

(٥) يُنظر بدائع الصنائع ١٩٣/٤، والمبسوط السرخسي ١٣٧/١٥، والمدونة الكبرى ٤٧٨/٣، والحاوي الكبير، الماوردي،

٣٩٢/٧، كشاف القناع ٥٥١/٣، وشرح منتهى الإرادات ٣٥٣/٢.

(٦) يُنظر نهاية المحتاج ٢٦٤/٥.

(٧) يُنظر بدائع الصنائع ٢٠٢/٤، مواهب الجليل ٣٩٤/٥، والأم ٤٣/٨، الفروع ٤٢٦/٤.

(٨) يُنظر تبين الحقائق ١٠٦/٥، والحاوي الكبير للماوردي ٣٩٢/٧، وبداية المجتهد ٢٨٢/٢، وشرح منتهى الإرادات،

٣٥٣/٢.

(٩) يُنظر معنى العروض المثلية والعروض القيمة ٤٩.

(١٠) يُنظر بدائع الصنائع ١٤٧/٥، والخرشي على مختصر سيدي خليل ١٦/٥-١٧، والمجموع ٢٨٥/٩، ومغني المحتاج

١٢/٢-١٣، والكافي لابن قدامة، ٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٤٥/٢-١٤٦.

تسليم المبيع غرر، واستدلوا بما رواه أبو هريرة^(١) رضي الله عنه، قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»^(٢).

(١) هو عبد الرحمن بن صخر، من قبيلة دوس وقيل في اسمه غير ذلك، (٢١ ق هـ ٥٩ هـ)، صحابي، راوية الإسلام، أكثر الصحابة رواية، أسلم ٧ هـ وهاجر إلى المدينة، ولزم النبي صلى الله عليه وسلم، فروى عنه أكثر من خمسة آلاف حديث، ولاه أمير المؤمنين عمر البحرين، ثم عزله للين عريكته، وولي المدينة سنوات في خلافة بني أمية. الأعلام للزركلي ٨٠/٤، و(أبو هريرة) لعبد المنعم صالح العلي.

(٢) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، ١١٥٣/٣.

المطلب الثاني: شروط المقابل المالي (الثمن) في القانون

يُشترط للثمن في القانوني المدني شروط تقترب من شروط المقابل المالي في العقود الإدارية، فأبدأ ببيان شروط المقابل المالي في القانون المدني، ثم أذكر ما يتعلق بالمقابل في العقود الإدارية. قانوناً عدة شروط أبينها فيما يأتي:

أولاً: أن يكون الثمن نقوداً: والنقود هي العملة التي تصدر عن الدولة، وتتمتع بقدرة مالية معينة، وكانت في السابق من مسكوكات الذهب أو الفضة أو المعادن المختلطة، ثم اقترن معها الأوراق المالية التي تمثل الذهب أو الفضة، وأخيراً حصرت النقود بالعملة الورقية التي تصدرها الدولة، وتمنحها الحماية والضمان في المعاملات، وتكفل قيمتها المالية في التملك. ويتناول وصف النقد ما يطلق عليه ذلك قانوناً أو عرفاً، سواء كان نقداً معدنياً، أم ورقياً، أم خطياً كالشيك والحوالات المصرفية.

ثانياً: أن يكون الثمن جدياً وحقيقياً: وذلك بأن تتجه إرادة المتعاقد حقيقة إلى تكليف المشتري بأداء الثمن المتفق عليه إلى البائع بشكل جدي وثابت وصحيح، لا بشكل صوري، والثمن الصوري كما إذا ذكرنا ثمناً وصريحاً بعدم أدائه للبائع، أو قام البائع بإعفاء المشتري منه أو هبته إليه أو إبرائه من أدائه، ولا ينعقد البيع به، ومثل ذلك إذا كان الثمن تافهاً لا يتناسب نهائياً مع المبيع، أما إذا كان الثمن بخساً فلا يضر في العقد، وينعقد البيع صحيحاً؛ لأن الثمن البخس جدي وحقيقي، ويكون البائع قد رضي به لحاجة، أو لجهله بقيمة المبيع أو لسبب آخر.

ثالثاً: أن يكون الثمن معلوماً: الثمن أحد مقومات عقد البيع، وركن من أركانه، ويشترط أن يكون معلوماً لكي تتحدد الالتزامات على الطرفين المتعاقدين بدقة، ويعرف كل طرف حدود التزاماته، فهو من عقود المعاوضات، فينبغي أن يكون معلوماً بقدرة وجنسه ونوعه ووصفه إن كانت النقود متداولة قانوناً وعرفاً تختلف بالجنس والنوع والوصف.

وإن كان للنقد قيم مختلفة فحسب المادة (١٣٤) ينبغي تسليم الصنف المتوسط.

ولكن طراً على هذا الشرط تطور كبير واتجهت الأنظار القانونية الحديثة إلى التوسع في تقدير الثمن ومعلوميته عند العقد؛ تسهياً على المتعاقدين، وتنشيطاً للمبادلات التجارية، وتصحيحاً لأكبر قدر ممكن من البيوع القائمة بين الناس، فتم التوسع في وسائل معلومية الثمن، كأن يُحدد في العقد أو يتم الاتفاق صراحة أو ضمناً على وسيلة أخرى لتحديد قيمته فيما بعد^(١).

(١) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢/٢٧٧، وشرح القانون المدني، الهلالي وزكي ١١٠، والوسيط في شرح القانون المدني ٣٨٢/٤.

وأما ما يزيد المقابل المالي في العقود الإدارية عن شروطه في القانون المدني، فقد نص قانون نظام عقود الجهات العامة على جواز كون المقابل في العقود الإدارية من العروض؛ وبالتالي تكون المعاوضة مبادلة عروض بعروض، كما يظهر لنا أنه يمكن أن يكون المقابل منافعاً، كما هو حال المقابل المالي للمتعاقد في عقده مع الإدارة في عقود التفويض.

وأما شرط كون الثمن جدياً وحقيقياً فيظهر جلياً في إجراءات العقود الإدارية، كما في المناقصة مثلاً. وأما شرط كون الثمن معلوماً: فهو شرط مهم، ويبدو واضحاً في المناقصة وغيرها، لكن قد يتعرض هذا الشرط لبعض ما يشوب صفوه أثناء تنفيذ العقد؛ لأن العقود الإدارية في معظمها هي عقود زمنية، فقد يتعرض للزيادة أو النقص أو التعديل تبعاً لما قد يطرأ عليه من طوارئ، وهذا ما يتوضح في الباب الثالث من هذه الدراسة عند الحديث عن أحكام التعديل والتعويض والضمان... .

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون:

بالمقارنة مع الفقه الإسلامي يُعدّ الثمن عند الحنفية أحد مقومات العقد الأساسية، وليس ركناً؛ لأنه خارج عن الماهية، بينما يرى جمهور الفقهاء أنّ الثمن ركن من أركان البيع، وبالتالي ففقد الثمن وانعدامه عند الحنفية يجعل العقد فاسداً، أما عند الجمهور فيجعل العقد باطلاً^(١).

وأما اشتراط كون الثمن جدياً وحقيقياً وغير معدوم فهذا ركن في العقد وليس شرطاً^(٢).

وهكذا نجد أنّ المقابل المالي لا بد أن تتوافر فيه جميع شروطه حتى يكون صحيحاً مقبولاً، وإذا فقد شرطاً من هذه الشروط فإنه يؤثر في العقد، ويجعله فاسداً.

وبهذا نكون قد حددنا تكييف المقابل المالي وشروطه في عقود الشراء العام.

(١) يُنظر بدائع الصنائع ١٣٨/٥، والفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١٩٧/١، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط ٢.

(٢) يُنظر العقود المسماة، محمد الزحيلي ١٧١ .

المبحث الثاني
ضوابط العقود (عملية التبادل) في عقود الشراء العام
ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: ضوابط العقود

المطلب الثاني: أثر المال والعمل والضمان في استحقاق وتوزيع الربح

المطلب الأول: ضوابط العقود

التعريف بالضابط لغةً واصطلاحاً:

الضابط في اللغة: الضابط اسم فاعل مشتق من الضبط، بمعنى لزوم الشيء وحبسه، يقال: ضبط الشيء؛ أي حبسه بقوة^(١).

أما الضابط في الاصطلاح فهو: حكم كلي تندرج تحته فروع فقهية من باب واحد^(٢)، وعلى ذلك فالضابط أخص من القاعدة، والقاعدة أشمل من الضابط، حيث إن الضابط يختص في باب معين، والقاعدة عامة في أبواب متفرقة^(٣).

وأما الشرط: فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجاً عن حقيقته^(٤)، كالطهارة للصلاة شرط فيها وهي أمر خارج عن الحقيقة، والقدرة على تسليم المبيع أو أهلية العاقد شرط في البيع؛ لأن كلاً منها ليس من أجزاء العقد^(٥).

الضابط الأول: الخلو عن الربا:

الربا لغةً: مصدر للفعل يربو، ومعناه الزيادة والنماء^(٦)، والربا اصطلاحاً: (فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال)^(٧)، فهو الزيادة المشروطة الخالية عن عوض مقابل في المعاوضة، فلو زاد أحد المتبايعين الآخر دون شرط لم يكن ربا.

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (ضبط).

(٢) يُنظر الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، ١٩٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٦م.

(٣) ولم يفرّق بعض العلماء ومنهم ابن الهمام بين القاعدة والضابط كمفهوم، وإنما اعتبروهما أمراً واحداً، فذكروا في كتبهم قواعد هي في الأصل ضوابط، دون تمييز بين القاعدة والضابط، ولعل ما ذهبوا إليه فيه نوع من الصحة والوجاهة، وذلك لأن تعريف القاعدة في الاصطلاح ينطبق على القاعدة والضابط من جهتين: الأولى: أنهما حكمان كليان، الثانية: أنه يندرج تحتها فروع فقهية؛ ولهذا لم يفرّق بعض الفقهاء بين القاعدة والضابط، وذلك لارتباط أحدهما بالآخر، ولتقارب معنييهما، والتفرقة بينهما إنما هي تفرقة لفظية، وإن التفريق بين القاعدة والضابط هو الأولى؛ لأن فيه نوعاً من الضبط والدقة. يُنظر تيسير التحرير، محمد بن عبد الواحد بن عبد المجيد ابن الهمام، ١٥/٣-١٦، دار الكتب العلمية، بيروت؛ والاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، قطب مصطفى سانو، ٨٤.

(٤) أما الركن كما عرفنا: فهو عند الحنفية ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً من حقيقته أو ماهيته. كالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء منها، والقراءة في الصلاة ركن؛ لأنه جزء من حقيقة الصلاة. والإيجاب والقبول في العقد ركنان لأنهما جزآن من حقيقة العقد. مرآة الأصول لمن لا خسرو ٢/٣٣٩.

(٥) يُنظر مرآة الأصول لمن لا خسرو ٢/٣٣٩.

(٦) لسان العرب، مادة: (ربا).

الضابط الثاني: الخلو عن الغبن

تعريف الغبن: الغبن لغةً: _بسكون الباء_ بمعنى النقص في البيع، وبفتحة النقص في الرأي^(٢).
وأما **تعريف الغبن اصطلاحاً** فيعرف بأنه: النقص في أحد العوضين بأن يكون أحدهما أقل مما يساويه عند التعاقد، فهو من جهة الغابن تملك مال بما يزيد على قيمته، ومن جهة المغبون تملك المال بأكثر من قيمته، فالغبن إذن هو عدم التساوي بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه، فتكون المقابلة بين العوضين غير عادلة^(٣). قال الإمام ابن ميارة^(٤) الفاسي: (الغبن: هو أن يشتري بأكثر من القيمة بكثير فيغبن المشتري، أو يبيع بأقل من القيمة بكثير فيغبن البائع)^(٥).

الضابط الثالث: الخلو عن التغير والتدليس

التغير لغةً: الخداع^(٦).

التغير اصطلاحاً^(٧): عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٦٤): (التغير توصيف المبيع للمشتري بغير أوصافه الحقيقية)^(٨)، والفقهاء يعتبرون التدليس والتغير بمعنى واحد، وإن كان التدليس أكثر استعمالاً عندهم في الفعل والكتمان، والتغير أكثر استعمالاً في القول^(٩).

تعريف التدليس: التدليس لغةً: أصله من الدلس وهو الظلمة، والمدالسة المخادعة، والتدليس في البيع هو كتمان عيب المعقود عليه عن العاقد^(١٠).

(١) كتر الدقائق ٨٥/٤.

(٢) يُنظر لسان العرب، والقاموس المحيط، والمصباح المنير، مادة: (غبن).

(٣) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ١٤٣/٥، وجامع الفصولين: لخمود بن إسرائيل قاضي سماونة، ٢٣/٢ ط. بولاق، ١٣٠٠هـ. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٠/٣، وبداية المجتهد ١٣١/٢، والإنصاف للمرداوي ٣٩٦/٤، والروض المربع ٤٣٣/٤، والمحلى لابن حزم ٤٥٢/٩، والملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ٤٦١.

(٤) هو محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الفقيه المالكي الشهير بابن ميارة، المتوفي سنة ١٠٧٢، وهو من أهل فاس، ومن مؤلفاته: (الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام لابن عاصم، والدر الثمين والمورد المعين في شرح مرشد المعين لعبد الواحد الفاسي، وشرح مختصر الشيخ خليل مختصر). ينظر هدية العارفين ٣٢٢/٣، والأعلام للزركلي ١١/٦.

(٥) شرح ابن ميارة على تحفة الأحكام ٣٩/٢.

(٦) يُنظر القاموس المحيط: مادة (غرر).

(٧) هناك تغير قولي (ثمن)، وهناك تغير فعلي للمعقود عليه (التصيرية).

(٨) مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٦٤)، ٣٤، ويُنظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: لعبد الكريم زيدان، دار الوفاء، مكتبة القدس، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.

(٩) يُنظر النظريات الفقهية: للدكتور فتحي الدريني ٤٤٨.

(١٠) يُنظر القاموس المحيط: مادة (دلس) ولسان العرب نفس المادة.

التدليس اصطلاحاً: فهو (أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري)^(١) ويُعرّف أيضاً: استعمال وسائل قولية أو فعلية مضللة، للتأثير على الطرف الآخر، وحمله على التعاقد^(٢).

الضابط الرابع: منع الظلم وأكل أموال الناس بالباطل:

الظلم في اللغة: وضع الشيء في غير موضعه تعدياً^(٣)، وأكل أموال الناس بالباطل يعني: أخذ أموال الناس بغير حق، وخارج طرق الأعمال والتجارات المشروعة، فيشمل أخذ أموال الناس ظلماً وغصباً وعدواناً، ويشمل كذلك إجراء العقود على غير طرقها الشرعية، والظلم في اللغة: وضع الشيء في غير موضعه تعدياً^(٤).

الضابط الخامس: الخلو عن الغرر

تعريف الغرر لغةً واصطلاحاً:

الغرر في اللغة: الخطر، يقال: غرر بنفسه وماله تغيراً وتغرّة، عرضهما للهلكة من غير أن يعرف. والغرور: الباطل، وما اغتررت به من شيء فهو غرور^(٥)، وبيع الغرر هو: ما كان له ظاهر يغر وباطن مجهول^(٦).

أما الغرر في الاصطلاح: هو (ما يكون مستور العاقبة)^(٧)، وفي الفروع (ما تردد بين الوجود والعدم)^(٨)، وكذلك يدخل فيه المجهول جهالة فاحشة.

الضابط السادس: الخلو عن الإكراه:

الإكراه لغةً: مصدر أكره، يُقال: أكرهه: أي حمّله على أمر هو له كاره، أو حمّله عليه قهراً^(٩). الإكراه اصطلاحاً: (تهديد القادر غيره بضرر على أمر بحيث لولا خوفه من تنفيذ ما هدد به لما أقدم عليه)^(١٠)، والمعيّار في تحقق الإكراه هو تحقق الخوف ووجود الظن الغالب بأنّ المأمور إن لم ينفذ أمره به الأمر فسوف يصيبه الأذى منه.

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، ٣٤٨.

(٢) النظريات الفقهية: للدكتور فتحي الدريبي ٤٤٨.

(٣) يُنظر لسان العرب، مادة: (ظلم).

(٤) يُنظر لسان العرب، مادة: (ظلم).

(٥) يُنظر لسان العرب، مادة: (غرر).

(٦) يُنظر غريب الحديث لابن الجوزي ١٥٠/٢، والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣٥٥/٣.

(٧) المبسوط للسرخسي ١٣/١٩٤، العناية ٦/٣٧٨.

(٨) الفروع ٤/٣٢٢.

(٩) يُنظر لسان العرب، مادة: (كره).

(١٠) لسان الحكام: لابن شحنة، ٣١١ بتصرف، ط: مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣ م.

المطلب الثاني: أثر المال والعمل والضمان في استحقاق وتوزيع الربح

الربح كعامل مساهم في عملية الانتاج إنما يُستحقّ بكونه عائداً لرأس المال أو للعمل المبذول أو الضمان، يقول الكاساني: (والأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان بدليل أن من قال لغيره تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئاً من الربح؛ لأنه لا مال له ولا عمل ولا ضمان)^(١)، فلكل واحد من هذه الثلاثة نصيب في استحقاق الربح يتمتع به المستثمر.

أولاً: استحقاق الربح بالمال:

إن الربح يستحق بالمال لأنه نماء، فمن بذل مالا في نشاط تجاري وتحمل المخاطر في ذلك استحق الربح الناشئ عنه، وكذلك المرباح في بيع المراجعة يستحق الربح بماله وعمله^(٢)، وفي المضاربة يستحق المضارب الربح لأنه نماء رأس المال فيكون للمالكه، وإليه ذهب الفقهاء^(٣). ويشترط لاستحقاق المال للربح أن يكون المال في ضمان ماله، لأن الملك يُمكن رب المال من الانتفاع بنماء المال وثمراته^(٤)، كما يشترط أن يرتبط بتصرف مشروع: أي أن يمازج هذا المال الجهد والاستثمار في المعاملات المباحة شرعاً^(٥)، بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالمال في المعاملات كشرط المعلوماتية للثمن في البيع والمراجعة، ...

ثانياً: استحقاق الربح بالعمل:

إن الربح كما يكون ثمرة لرأس المال يكون كذلك ثمرة للعمل، فبالعمل يستحق العامل ربحه، وبذلك جرى استثمار البيع والشراء في التجارات، وفي شركة المضاربة يستحق العامل في الشركة ربحه مقابل عمله برأس المال؛ لأن هذا العمل هو الدعامة الأساسية في تحقيق الربح في المضاربة، ولا يتصور للاستثمار والانتاج وجود بلا عمل.

ثالثاً: استحقاق الربح بالضمان:

الضمان في العقود: هو تحمل المسؤولية فيها، وهذه المسؤولية هي التي تواترت في لغة الفقهاء على أنها الضمان، وهي التي يُطلق عليها اسم (المخاطرة)، والتي يتحمل فيها المتعاقد الخسارة في ممارساته، والتي تتغير

(١) بدائع الصنائع ٦/٦٢.

(٢) يُنظر المراجعة أصولها وأحكامها ٢٣، ونظرية توزيع العوائد على عوامل الإنتاج في الفقه الإسلامي، أيمن مصطفى حسين الدباغ ١١٢.

(٣) يُنظر المبسوط ١١/١٥٥، وحاشية الدسوقي ٣/٥١٧، ومعني المحتاج ٢/٤٠٢، المعني، لابن قدامة ٥/١٤٠.

(٤) يُنظر الربح في الفقه الإسلامي أحكامه وضوابطه ١٠٢.

(٥) يُنظر الربح في الفقه الإسلامي أحكامه وضوابطه ١٠٨.

فيها حالات الطلب على المنتج وأثمانه ونفقات إنتاجه والفن الانتاجي المتبع، فعند تحمل المخاطرة يمكن استحقاق الربح^(١).

وتنقسم المخاطر إلى:

١- مخاطر تأمين (لا إرادية، ولا احتمال للربح فيها)، كأخطار الحريق والسرقة وإصابات العمل^(٢)، ومثلها الأمور المنهي عنها في البيوع كالغرر والميسر والقمار وباقي التعاملات غير الشرعية والتي تكون سبباً لبطلان البيع وكثير من العقود والمعاملات فإنها لا تستحق الربح عند الفقهاء، بل هي الغرر المفسد للبيع، ولذلك علل الفقهاء إبطال أو فساد كثير من العقود بوجود شرط أو صفة معينة بالمخاطرة لأن (المخاطرة هي الإشراف على الهلاك)^(٣)

٢- مخاطر العقود (إرادية، غلبة الخسارة فيها) كمخاطرة التجارة^(٤) وسائر العقود، كالجعالة والمساواة والمزارعة وجميع الشركات، لكنها المخاطرة المعقولة التي تدعو إليها الضرورة أو الحاجة. وعليه فإن الضمان يستحق الربح لأن الربح يكون في مقابل المسؤولية في تحمل التلف أو الخسارة إذا وقعت، قال رسول الله ﷺ: «الخراج^(٥) بالضمان»^(٦)، وقد نهي النبي ﷺ «عن ربح ما لم يضمن»^(٧)، وقد صرح بهذا الحنفية والحنابلة^(٨).

(١) يُنظر نظرية القيمة ٩٧٣، مشكلات احتساب الأرباح وتوزيعها في البنوك الإسلامية للسرحي ٢٢، الربح في الاقتصاد الإسلامي ٨٥.

(٢) يُنظر المراجع السابقة.

(٣) فتح الباري ٢٦/٥.

(٤) يُنظر زاد المعاد ٢٦٣/٣.

(٥) الخراج: ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبداً كان أو أمةً أو ملكاً، والمعنى: أن يشتريه فيستغله زماناً ثم يعثر منه على عيب قدّم لم يطلعه البائع عليه، أو لم يعرفه، فله رد العين المباعة وأخذ الثمن، ويكون للمشتري ما استغله؛ لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان من ضمانه، ولم يكن له على البائع شيء. والباء في بالضمان متعلقة بمحذوف تقديره الخراج مستحق بالضمان: أي بسببه.

(٦) سنن أبي داود، كتاب: الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، ٣٠٤/٢، وسنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، ٥٨٠/٣، وقال الترمذي عنه: (قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه والعمل على هذا عند أهل العلم)، وسنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: الخراج بالضمان، ٧٥٣/٢.

(٧) سنن أبي داود، بلفظ: «لا يَجُلُّ سَلْفٌ وَيَبَّعُ، ولا شرطان في بيع، ولا ربحٌ ما لم يُضْمَنَ، ولا بيعٌ ما ليسَ عندك»، كتاب: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث ٣٠٥/٢، سنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: كراهة بيع ما ليس عندك، حديث ٥٣٥/٣، وقال الإمام الترمذي: (هذا حديث حسن صحيح)، سنن النسائي، كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع، ٢٨٩/٧، سنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، ٧٣٧/٢.

(٨) بدائع الصنائع ٦٢/٦، درر الحكام ٣٦٢/٣، المغني، لابن قدامة ١٤١/٥.

المبحث الثالث أحكام التبادل في عقود الشراء العام

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أحوال قبض المقابل المالي في عقود الشراء العام

المطلب الثاني: كساد المقابل المالي (التمن) وغلاؤه ورخصه وهلاكه

المطلب الثالث: تأجيل البدلين وضوابط المبادلات ذات الأعواض المعدومة

وفي هذا المبحث أذكر ما يتعرض له العاقدان من أحوال في شأن تبادل العوضين، ومنها حال كون تسليم المقابل المالي في مجلس العقد، أو تسليمه بعده، أو تسليمه قبله، أو تأخيرهما معاً، وكذلك أذكر حكم هلاك المقابل المالي أو كساده وما إلى ذلك من تفاصيل وأحكام، وذلك كما يأتي:

المطلب الأول: أحوال قبض المقابل المالي في عقود الشراء العام

أولاً: قبض المقابل المالي (الثمن) أو جزء منه بعد العقد وقبل تسلم المعقود عليه:

سأبحث في هذا المطلب صورتين:

الصورة الأولى: قبض البائع لجزء من الثمن بعد الاتفاق على أن يدفع الباقي عند استلام السلعة: وهو عقد العربون، ولو لم يلتزم المشتري بالعقد لما قام البائع بصناعتها وتجهيزها للتسليم.

أما الصورة الثانية: قبض البائع لجميع الثمن على أن يؤجل تسليم السلعة إلى أجل: وهو عقد السلم.

الصورة الأولى: العربون:

العربون في اللغة: العُرْبَانُ والعُرْبُونُ والعَرَبُونُ: كُلُّهُ ما عُقِدَ به البَيْعَةُ من الثَّمنِ^(١).

العربون في الاصطلاح: (أن يشتري السلعة، ويدفع إلى صاحبها شيئاً على أنه إن أمضى البيع حُسب من الثمن، وإن لم يُمض كان لصاحب السلعة، ولم يرتجعه المشتري)^(٢).

وحكم بيع العربون انقسم الفقهاء فيه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: عدم جواز بيع العربون وذهب إلى هذا الرأي الجمهور من الحنفية^(٣)، والمالكية والشافعية، ورواية عن أحمد^(٤)، ومما استدلوا حديث: «نهى النبي ﷺ عن بيع العربان»^(٥)، والنهي للتحريم.

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (عرب).

(٢) المعجم الاقتصادي الإسلامي ٢٩٠.

(٣) يُنظر التنف في الفتاوى، علي بن الحسين بن محمد السغدري، ٤٧٢/١-٤٧٣، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، بيروت، عمان-الأردن، ١٤٠٤هـ.

(٤) يُنظر مواهب الجليل، ٣٦٩/٤، ومغني المحتاج ٥٣/٢، والمبدع ٥٩/٤.

(٥) سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: في العربان، ٢٨٣/٣، وسنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: بيع العربان، ٧٣٨/٢، وموطأ الإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع العربان، ٦٠٩/٢، قال الشوكاني: (والحديث منقطع لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ولم يدركه فيبينهما راو لم يسم وسماه ابن ماجه فقال عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي وعبد الله لا يحتج بحديثه وفي إسناد ابن ماجه هذا أيضا حبيب بن أبي حبيب، كاتب الإمام مالك وهو ضعيف لا يحتج به، وقد قيل إنَّ الرجل الذي لم يسم هو ابن لهيعة ذكر ذلك ابن عدي وهو أيضا

الاتجاه الثاني: جواز بيع العربون، وممن ذهب إلى هذا الرأي الحنابلة في المشهور عندهم^(١). وبعض العلماء المعاصرين مثل الدكتور رفيق المصري^(٢) والدكتور وهبة الزحيلي^(٣). ومما استدلو به ما روي «أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل العربان في البيع»^(٤)، ووجه الاستدلال واضح هنا في جواز العربون.

وهنا أقول: إنّ طريقة البيع بالعربون غدت تشكل أساساً لكثير من التعاملات التجارية المتضمنة للتعهد بتعويض ضرر الغير^(٥)، والضرر مرفوع في الشريعة لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٦)، وتحديد مدة للعربون يقلل من الغرر والمخاطرة التي قد تطرأ على العقد، وقد تعارف الناس على كثير من صور العربون لرفع الضرر

ضعيف ورواه الدارقطني والخطيب عن مالك عن عمرو بن الحرث عن عمرو بن شعيب وفي إسنادهما الهيثم بن اليمان وقد ضعفه الأزدي وقال أبو حاتم صدوق ورواه البيهقي موصولاً من طريق مالك). نيل الأوطار ٢٥١/٥، وقال البيهقي: (عاصم بن عبد العزيز الأشجعي فيه نظر وحبيب بن أبي حبيب ضعيف وعبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتج بهما). السنن الكبرى ٣٤٣/٥، وبالتالي فالحديث ضعيف. مصباح الزجاجة ١٤/٣.

(١) يُنظر المغني، لابن قدامة ١٦٠/٤، الإنصاف ٣٥٧/٤.

(٢) يُنظر بيع العربون، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، ٧١٤/١، ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م.

(٣) يُنظر بيع العربون، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، ٦٩٧/١، ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأفضية، باب: في العربان في البيع، ٧/٥، وروي «أن رسول الله ﷺ سئل عن العربان في البيع فأحلّه» عون المعبود شرح سنن أبي داود، العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق، ٢٩٠/٩، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥. قال الشوكاني عنه: (وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم... وهو مرسل، وفي إسناد إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف) نيل الأوطار ٢١٥/٥، ويُنظر التلخيص الحبير ٤٥/٣، وفي كتر العمال (وضعف الحديث فيه لأنّه منقطع) ٢٨٣/٤.

(٥) يُنظر الفقه الإسلامي وأدلته ٣٠٦١/٤.

(٦) سنن ابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، ٧٨٤/٢، والموطأ: للإمام مالك، كتاب: الأفضية، باب: القضاء في المرفق ٧٤٥/٢، اعتنى بالتخريج والترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، ط: الشعب. ومسنند الشافعي: لمحمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، ٢٢٤/١، دار الكتب العلمية — بيروت. ومسنند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ٣١٣/١، والمستدرك للحاكم، كتاب: البيوع ٦٦/٢، وقال الحاكم: (هذا الحديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه)، وقال الإمام الذهبي: على شرط مسلم. الموضع نفسه. وقال الأستاذ الدكتور نور الدين عتر في كتابه منهج النقد في علوم الحديث في معرض حديثه عن الحديث المشهور: (٢) — مثال المشهور وهو حسن: حديث " لا ضرر ولا ضرار " روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من أوجه كثيرة، وله طرق يرتقي بها إلى الحسن أو الصحة، وحسنه النووي في الأربعين). دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

ومنها الضرر الناشئ عن تخلف المناقص في المناقصة بعد رسو المناقصة عليه...؛ ولهذا ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى جواز بيع العربون لكن بشرط تقييده بمدة محددة^(١).

وبالتالي يمكن القول إلى أن المسألة تؤول إلى مسألة الضرر ورفعها، فحيثما وقع الضرر فيجب رفعه وتعويضه وجواز العربون لرفع الضرر، أما إن انتفى الضرر فلا يُقال بجوازه. والله أعلم.

وقد أخذ القانون المدني السوري في المادة (١٠٤) بطريقة بيع العربون هذه، وأصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار.

الصورة الثانية: السلم: السلم هو بيع موصوف في الذمة بثمان حال وقد مرّ معنا سابقاً تعريف السلم لغةً واصطلاحاً ومشروعيته، وحكمه وشروطه، ويتضح مما سبق أن السلم بيع يتقدم فيه الثمن، ويتأخر فيه المبيع، وهو عكس البيع بثمان مؤجل حيث يقدم المبيع ويتأخر الثمن.

ثانياً: قبض المقابل المالي (الثمن) والمعقود عليه في مجلس العقد:

هناك عقود معاوضات _ قد يأتي التوريد على صورتها _ يشترط لصحتها تقابض البدلين قبل الافتراق من مجلس العقد؛ وذلك لإبعادها عن الربا المحرم، ومن هذه المعاوضات التي يشترط فيها ذلك ما يأتي:

١- الصرف: والذي يشترط فيه قبض جميع الثمن مع المبيع سواء اتفق الجنس أو اختلف؛ لأن تقابض البدلين قبل الافتراق بالأبدان وإن اختلف الجنس شرط عند جميع الفقهاء^(٢)، فإن كانت المبادلة بين الجنس الواحد اشترط التساوي والتقابض كالذهب بالذهب مثلاً، أو الدينار الأردني بالدينار الأردني، وإن كان الجنس مختلفاً اشترط التعجيل فقط كالفضة بالذهب.

٢- بيع الأصناف الربوية بعضها ببعض وهي ستة أصناف هي: الذهب، الفضة، البر، الشعير، التمر، الملح، إلا أن الجمهور: يرون أن التحريم يتعدى هذه الأصناف الستة إلى غيرها إذا كانت العلة واحدة، وإن اختلفوا في علة الربا^(٣) في هذه الأصناف^(٤)، فما اشترك من الأصناف الأخرى معها في العلة ألحقه بها^(٥)، ويشترط فيها تقابض البدلين قبل الافتراق بالأبدان وإن اختلف الجنس، فإن كانت المبادلة بين الجنس الواحد

(١) يُنظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، ٧٩٣/١.

(٢) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٢٥٨/٥، وحاشية الدسوقي ٤٦/٤، ومغني المحتاج ٣٠/٢-٣١، وكشاف القناع، ٣٠٩/٣.

(٣) يُنظر التوسع في علة الربا كتاب البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها ٩٩ وما بعدها.

(٤) يُنظر المبسوط ١١٣/١٢، والمجموع ٣٧٧/٩، والمبدع ١٢٨/٤.

(٥) يُنظر المبسوط ١١٣/١٢، وحاشية الدسوقي ٧٤/٤، والمجموع ٣٧٧/٩، والمبدع ١٢٨/٤.

اشترط التساوي بين البدلين والتقابض، كالتمر بالتمر مثلاً، وإن كان الجنس مختلفاً اشترط التقابض فقط كالتمر بالبر، مستدلين بما رواه عبادة بن الصامت عن رسول الله ﷺ قوله: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواءً بسواء، يداً بيد. فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»^(١).

٣- المقايضة: هي (بيع العين بالعين أي مبادلة مال بمال غير النقدين)^(٢)، يكون البدلان فيها أعياناً معينة، مثل مبادلة سيارة بسيارة، وكل من العوضين فيها مبيع من وجه وثن من وجه^(٣)، ويقتضي التقابض فيهما تسليم البدلين معاً، وينبغي تساوي البدلين في التقابض عندما يتفقا في القدر والجنس، أما إذا اختلفا فالتقابض هو المطلوب لا التساوي^(٤).

ثالثاً: تأخير قبض المقابل المالي (الثمن) أو أجزائه عن تسليم المعقود عليه

تقسيم المقابل المالي (الثمن) إلى أقساط معلومة لآجل محددة

جاء في فتح القدير: (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً)^(٥)، وهذا ما يطلق عليه بيع التقسيط: (وهو بيع يعجل فيه المبيع، ويتأجل الثمن، كله أو بعضه، على أقساط معلومة لآجال معلومة)^(٦).

(١) صحيح مسلم، كتاب المساقاة: باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ٣/١٢١٠.

(٢) يُنظر شرح مجلة الأحكام العدلية، اللبناني ٦٩.

(٣) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٥/٢٢٢.

(٤) شرح المحلة، اللبناني ٦٩.

(٥) شرح فتح القدير ٦/٢٦١.

(٦) بيع التقسيط، تحليل فقهي واقتصادي، رفيق يونس المصري، ١١، الدار الشامية، بيروت - دار القلم، دمشق، ط٢،

١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

المطلب الثاني: كساد المقابل المالي (الثمن) وغلاؤه ورخصه وهلاكه

أولاً: حكم كساد المقابل المالي (الثمن) ورخصه وغلائه في عقود الشراء العام

مسألة كساد النقود وتغيّره ورخصه وغلائه من المسائل التي تكلم فيها العلماء قديماً وحديثاً، فقد درسها الفقهاء قديماً فيما يتعلق بالنقود الخلقية من الذهب والفضة والفلوس، ودرسها العلماء المعاصرون فيما يتعلق بالنقود الاصطلاحية، وبالمقاييس على النقود الخلقية، وقد كُتِبَ فيها كثير من الأبحاث والدراسات، ولذا لن أخوض في تفاصيلها كثيراً، وإنما أوجز الحديث عنها هنا روماً للاختصار، وعدم التكرار، ويمكن الرجوع لمن يبتغي التوسع فيها إلى أبحاثها المنتشرة^(١).

الكساد في اللغة: خلاف النفاق ونقيضه، وكسد الشيء كساداً: لم يرج^(٢).

الكساد في الاصطلاح: (أن تترك المعاملة بما في جميع البلاد، فلو في بعضها لا يبطل لكنه يتعين إذا لم ترج في بلدهم فيتخير البائع إن شاء أخذه، وإن شاء أخذ قيمته^(٣)).

سأبحث في كساد الثمن من خلال الصورتين الآتيتين:

الصورة الأولى: كساد الثمن الذي تعلق بالذمة قبل قبضه بانقطاع ماليته.

الصورة الثانية: الثمن الذي تعلق بالذمة ونقصت قيمته قبل القبض ولم تنقطع ماليته.

الصورة الأولى: أثر كساد الثمن الذي تعلق بالذمة قبل قبضه بانقطاع ماليته على

العقد:

للفقهاء في هذه المسألة آراء:

فالحنفية: اختلف أبو حنيفة مع صاحبيه فيما إذا كسدت الفلوس قبل القبض بعد أن اشترى بها، فعند أبي حنيفة: يفسخ العقد ويرد المشتري المبيع، وإن لم يكن المبيع موجوداً رد قيمته أو مثله، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يبطل البيع ويخير البائع بين الفسخ، أو أخذ القيمة، إلا أن أبا يوسف يعتبر القيمة من يوم البيع، أما محمد فيعتبرها من يوم الانقطاع^(٤).

(١) يُنظر للتوسع التضخم النقدي في الفقه الإسلامي، د. خالد بن عبد الله المصلح، ٨٢ وما بعدها، جامعة القصيم، وآثار

التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي، موسى آدم عيسى، ٣٤٩ وما بعدها، وهو رسالة

ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، شعبة الاقتصاد الإسلامي، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٥م.

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (كسد).

(٣) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٥/٥٣٣.

(٤) يُنظر بدائع الصنائع ٥/٢٤٢.

والمالكية: اختلفوا على قولين فيما إذا أبطل السلطان التعامل بالثمن المتعلق بالذمة، فالمشهور عندهم رد المثل، والآخر رد القيمة^(١).

والشافعية: قالوا برد المثل إذا أبطل السلطان التعامل بما وجب بالعقد^(٢).

وأما الحنابلة فقالوا: برد القيمة إذا ما أبطل السلطان التعامل بالدرهم والفلوس^(٣).

الصورة الثانية: أثر نقصان قيمة الثمن الذي تعلق بالذمة قبل القبض ولم تنقطع مالهته

على العقد:

يرى جمهور الفقهاء: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وجوب رد المثل إلى البائع من المشتري، إذا رخصت الأثمان أو غلت ما لم يبطل السلطان التعامل بها^(٤)، وأما أبو يوسف^(٥) من الحنفية: فيرى رد قيمة الثمن في الغلاء والرخص، وتقدر القيمة يوم البيع^(٦). وهناك رأي لبعض المالكية برد القيمة إذا كان التغير فاحشاً^(٧).

الترجيح: لعلنا إذا أمعنا النظر في الصورة الأولى، وقسنا عليها الثمن في حال كونه نقوداً وجدنا أن الأخذ برأي القائلين برد القيمة هو الأولى في حال إبطال التعامل بالنقود الورقية؛ لأن إبطال التعامل بها لا يجعل لها أي قيمة، بحيث أنها ستصبح مجرد قصاصاتٍ من الورق لا تساوي شيئاً.

أما الصورة الثانية: وهي غلاء ورخص الثمن، وقياس الأوراق النقدية عليها، فرد المثل هو الرأي الذي أخذ به مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت في جمادى الأولى سنة ١٤٠٩ هـ.

(١) يُنظر الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، ٣٠٩/١، تحقيق: د. محمد أحمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، ط: ٢، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

(٢) يُنظر مغني المحتاج ١٥٥/٢-١٥٦.

(٣) يُنظر كشف القناع ٣٦٧/٣، وعلى كل حال هذه مسألة تاريخية، لم يعد لها مكان في ظل التطورات التي حصلت للنظرية النقدية.

(٤) يُنظر بدائع الصنائع ٢٤٢/٥، والشرح الكبير ٤٠/٣، ونهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، ٣٩٩/٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥٨هـ، والمغني، لابن قدامة ٤٤١/٦.

(٥) هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي البغدادي، ولد سنة ١١٣ هـ، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيهاً عالماً، من حفاظ الحديث، وهو أول دُعي "قاضي القضاة" ومن كتبه (الخراج) و(الآثار) و(النوادر). يُنظر الجواهر المضية، ٦١١/٣-٦١٣.

(٦) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٥٣٤/٤.

(٧) يُنظر الكافي في فقه أهل المدينة ٣٠٩/١.

(والحقيقة أن هذه المسألة من المسائل الشائكة التي يصعب فيها ترجيح قول على آخر، وذلك لأن المقياس الذي تقاس به السلع والخدمات غير صحيح، ولا يتصف بالثبات النسبي كما في النقود الذهبية والفضية... لذلك لا بد من العودة إلى نظام الذهب النقدي وجعله مقياساً للسلع والخدمات.. ولا يعني ذلك ترك نظام الورق النقدي، وإنما استعماله في المبادلات الحاضرة، أما المؤجلة فتكون على أساس نظام الذهب النقدي^(١)، وإن كنت أميل إلى أن يتصلح الطرفان على الوسط؛ لأنه يكون حينئذ أمر نزل بالناس جميعهم، وقد عمتهم البلوى كلهم دون استثناء.

ثانياً: أثر هلاك المقابل المالي (الثمن) في عقود الشراء العام

قد يتعرض المقابل المالي للهلاك بسبب من الأسباب، فما مدى تأثير هلاك الثمن على العقد؟، وبيان ذلك لابد أن نفرق بين حالتين: الحالة الأولى: ثمن في الذمة غير معين، والحالة الثانية: أن يكون الثمن معيناً.

الحالة الأولى: أن يكون الثمن غير معين، وهذا لا يوجب هلاكه فسخ العقد، وإنما يأخذ البائع بدله، فإذا كان مثلياً أخذ مثله، وإذا كان قيمياً أخذ قيمته^(٢).

الحالة الثانية: أن يكون الثمن معيناً، فإذا هلك في هذه الحالة تكون عينه مقصودة في العقد كالمبيع، فينطبق عليه ما يترتب على هلاك المبيع أو تلفه قبل القبض^(٣).

(١) المعاملات المالية المعاصرة، شبير، ١٦٠، ١٥٩، ١٥٧.

(٢) يُنظر تحفة الفقهاء ٣٩/٢-٤٠، وحاشية الدسوقي ٢٣٥/٤-٢٤٠، ومغني المحتاج ٧٤/٢، والمبدع ١٩٤/٤.

(٣) يُنظر المبسوط ١٩٨/١٣، إلا أن ابن الهمام خالف هذا الرأي بما جاء في فتح القدير ٥١٩/٦، إذا هلك الثمن المعين لا يفسخ البيع وتلزمه قيمته، ومغني المحتاج ٢٠٧/٢، ومنار السبيل ٣٠٥/١.

المطلب الثالث: تأجيل البدلين وضوابط المبادلات ذات الأعياض المعدومة

أولاً: تأجيل البدلين في عقود الشراء العام

البدلان في عقود الشراء العام يشملان البدل الذي يقدمه المتعاقد مع الإدارة من عمل أو مال أو عرض، والبدل النقدي (المقابل المالي) الذي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها. وإذا لاحظنا عقود الأشغال العامة، فإن معظمها هي عقود مقاوله، وغالباً ما تشتمل على تقديم عمل من المتعاقد مع الإدارة بناء على عقد إجازة الأشخاص، وأحياناً تشتمل على تقديم عمل ومواد بناء على عقد الاستصناع، وطبيعة الإجازة أو الاستصناع يستلزم تأجيل المقابل المالي للمتعاقد إلى حين وقت استحقاقه له، وقد عُهد في الشريعة جواز الإجازة والكرء والجعل والمزارعة وغيرها، إذ يجوز أن يستأجر الإنسان غيره، على عمل خاص، أو يكتري دابة، ثم يحاسب على الأجرة في نهاية العمل، فقد اشغلت ذمة المتعاقدين: أحدهما بالعمل الذي التزم القيام بأدائه، والآخر بالمبلغ الذي يدفعه في نظيره، وهكذا في الجعالة والمزارعة، ويشير ابن عابدين إلى أن المنفعة تحدث شيئاً فشيئاً، ثم يقول: (وشأن البدل أن يكون مقابلاً للمبدل، وحيث لا يمكن استيفاؤها حالاً لا يلزم بدله حالاً، إلا إذا شرطه ولو حكماً بأن عجله؛ لأنه صار ملتزماً له بنفسه حينئذ، وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد فصيح)^(١).

أما في عقود التوريد فالبديل الذي يقدمه المتعاقد مع الإدارة إنما هو عروض منقولات، والبديل الآخر هو المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد من الإدارة، ومن طبيعة العقد أنه يتأخر البدلان، فحينما يتم تسليم الأشياء الموردة، عندها يتم تسليم المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة.

وذكر بعض العلماء أن المتبايعين لو تبايعا على أن يسلم البائع المبيع مؤجلاً، ويسلم المشتري الثمن مؤجلاً، لكان هذا من بيع الكالئ بالكالئ، وقد «فهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ» وهذا ما يسميه المالكية: ابتداء الدين بالدين، وذكر ابن رشد أن كل معاملة وجدت بين اثنين، وكانت نسيئة من الطرفين، فلا تجوز، لأنها من الدين بالدين المنهي عنه^(٢).

ويجاب عن هذا بأن (الكالئ بالكالئ) عام ينطبق على عدة أفراد، منها فسخ الدين بالدين، كأن يفسخ شخص ديناً له على شخص لا يجد قضاءه في دين آخر، وهذا حرام؛ لأنه من باب إما أن تقضي وإما أن تربي، ويعد تأجيل العوضين من ابتداء الدين بالدين عند المالكية، لأنه يجوز في السلم بشرط في اليومين أو الثلاثة

(١) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ١٠/٦ .

(٢) يُنظر بداية المجتهد ١٠٤/٢، ١٢٢، ١٣٠.

ويجوز بلا شرط مطلقاً، إذن يجوز ابتداء الدين بالدين من هذه الناحية، ويجري به عمل الناس بأن يقول رجل لآخر: اصنع لي هذه الدار وعليك الجص والآجر، وهنا يكون الأجل معروف عرفاً^(١).

وبالتالي فالكالي بالكالي خرجت عنه آحاد من صورته استثنيت للحاجة؛ والإبهام الموجود في الدليل يمنع من الاستدلال به.

وبين الجصاص أنّ من أبواب الربا: الدين بالدين، وأن الأجل غير جائز أن يكون في البدلين جميعاً^(٢)، وأدخل الشافعية في ربا النساء (ربا اليد) لا تأخير أحد البدلين فحسب، بل كليهما أيضاً، ففي حاشية الشرقاوي: (ربا اليد هو البيع مع تأخير قبضهما (أي قبض العوضين أو قبض أحدهما)^(٣)).

غير أن البدلين إذا تم تقابضهما في أجل واحد، فلا يكون ثمة ربا نساء، وربا النساء يكون في تعجيل أحدهما، وتأجيل الآخر، أو تأجيلهما إلى أجلين مختلفين. وهذه الحرمة مخصوصة بالأموال والمبادلات الربوية، حيث يكون البدلان متجانسين، أو متقاربين. أما إذا كان البدلان مختلفين، فلا تنطبق هذه الحرمة عليهما. والصورة التي نحن بصددّها لا يدخلها الربا؛ لأنها مبادلة سلعة بنقد، أو خدمة بنقد، فالبدلان فيها مختلفان، لا يدخلهما الربا المحرم، ثم إن حديث النهي عن بيع الكالي بالكالي حديث ضعيف السند، لم يثبت، وأجمع الفقهاء على لفظه، ولكن إجماعهم لم يقع على معناه، ودعوى الإجماع غير سهلة، وغالباً ما يعتريها التسامح والتساهل^(٤)، ثم إن الإجماع هنا غير وارد على معنى واحد، فقد ذهب السبكي^(٥) إلى أنّ الجمع على تحريمه هو البيع المؤجل (سلفاً أو نسيئة)، يزداد في أجله لقاء زيادة، وهكذا^(٦).

وكما هو معلوم فإن الذهب بالذهب لا يجوز فيه النساء، ومعنى النساء هنا هو تأخير أحد البدلين عن الآخر، وكذلك الذهب بالفضة لا يجوز فيه النساء. أما الذهب بالقمح فيجوز فيه النساء. ولم يشترط الحنفية في الاستصناع تعجيل الثمن، بل يجوز عندهم تأخيره.

(١) يُنظر البهجة في شرح التحفة ٢/٢٥٧، وحاشية الدسوقي ٣/١٥٨ .

(٢) يُنظر تفسير الجصاص ١/٤٨٣ .

(٣) حاشية الشرقاوي: ٢/٣٠؛ ويُنظر تكملة المجموع للسبكي ١٠/٢٥ .

(٤) التمهيد في أصول الفقه ٣/٢٤٧ .

(٥) هو علي بن عبد الكافي بن علي السبكي، تقي الدين، أنصاري خزرجي، ونسبته إلى (سبك العبيد) بالمنوفية بمصر، ولد بها سنة ٦٨٣هـ، ثم انتقل إلى القاهرة والشام، وولي قضاء الشام سنة ٧٣٩هـ، واعتل فعاد إلى القاهرة، وتوفي بها سنة ٧٥٦هـ، وابنه تاج الدين عبد الوهاب صاحب (طبقات الشافعية)، يقال له (السبكي) أيضاً، وقد يقال له (ابن السبكي)، ومن مؤلفاته: (الابتهاج شرح المنهاج، والمسائل الحلبية وأجوبتها، ومجموعة فتاوى). ينظر طبقات الشافعية ١٤٦/٦ - ٢٢٦.

(٦) يُنظر تكملة المجموع للسبكي ١٠/١٠٦، والجامع في أصول الربا ٣٤٢، وإعلام الموقعين ٢/١١١، ٩.

وذهب الشافعية^(١) إلى أن عقد السلم إذا انعقد بلفظ السلم، أو السلف، وجب تعجيل رأس المال فيه في المجلس، ولكن إذا انعقد بلفظ البيع لا يشترط فيه تعجيل رأس المال.

وأجاز المالكية اكتراء الأرض، يقبضها بعد سنة، ويدفع الكراء بعد عشر سنين، (والثمار تكون ببلد، فيشتريها من صاحبها، على أن يأخذها بذلك البلد، والثلث إلى أجل معلوم أبعد من ذلك. قال: قال مالك: فلا بأس بذلك، وليس هذا من وجه الدين بالدين)^(٢).

كما احتج بعض الفقهاء بحديث جابر^(٣)، على جواز تأجيل البدلين في البيع فعنه رضي الله عنه: «أنه كان يسير على جمل له، قد أعيا^(٤)، فأراد أن يُسيِّه^(٥)، قال: فلحقني النبي صلى الله عليه وسلم، فدعا لي، وضربه، فسار سيرا لم يسر مثله، فقال: بعنيه بوقية، فقلت: لا. ثم قال: بعنيه، فبعته بوقية، واستثنت حملانه إلى أهلي، فلما بلغت، أتيت به بالجمل، فنقدي ثمنه، ثم رجعت فأرسل في أثري، فقال: أتراني ماكستك لآخذ جملك؟ خذ جملك، ودراهمك، فهو لك^(٦)، ويُستفاد أن البيع بالنسيئة جائز، وأن تعجيل القبض ليس شرطاً في صحة البيع، وأن هذا من باب بيع بغير واستثناء ظهره (ركوبه) إلى مكان مسمى أو بيع دار واستثناء سكنائها إلى زمان مسمى، وقد أجاز ذلك مالك إذا كانت مسافة السفر قريبة، وحدها بثلاثة أيام، وربما أجاز مالك تأجيل رأس مال السلم ثلاثة أيام، بالاعتماد أيضاً على حديث جابر.

لكن المبيع هنا عين (حيوان) قابلة للتغير والهلاك، وربما لو كانت شيئاً موصوفاً في الذمة لجاز التأجيل أكثر من ذلك، والله أعلم.

وليس مسلماً أنها شغل لذمتين من غير فائدة، فلو لم تكن هناك فائدة لما عقد عليها أحد^(٧)، فالتاجر المحتاج إلى البضاعة، يسرع بالذهاب إلى صاحب المصنع، فيشتري ما يريد من البضائع، على أن يتسلمها منه بعد أجل، ويدفع الثمن إليه عند تسلمها. ففي هذا التعاقد بين الصانع والتاجر قد استفاد من هذا التأجيل

(١) يُنظر مغني المحتاج ٢/٣٣٤.

(٢) المدونة الكبرى ٣/٤٧٠، ويُنظر الجامع في أصول الربا، ٣٤٥.

(٣) هو جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام، وهو صحابي أنصاري، سلمى، ولد سنة ١٦ ق هـ، شهد بيعة العقبة، وغزا مع النبي ﷺ ١٩ غزوة، وهو أحد المكثرين من الرواية عن النبي ﷺ، وكانت له في أواخر أيامه حلقة بالمسجد النبوي، يؤخذ عنه فيها العلم، وكف بصره قبل موته بالمدينة، وتوفي سنة ٧٨ هـ ﷺ. ينظر الإصابة ١/٢١٤ ط: التجارية.

(٤) أعيا: تعب وعجز. يُنظر لسان العرب، مادة: (عبي).

(٥) يسيبه: يتركه. يُنظر لسان العرب، مادة: (سيب).

(٦) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: بيع البعير واستثناء ركوبه، ٣/١٢١٩.

(٧) يُنظر الغرر للضرير ٣١٦.

حيث ضمن الصانع تصريف بضاعته، وضمن التاجر الحصول عليه بالثمن الذي ارتضياه، ولم يرهق بأدائه حين التعاقد، والوقائع أعظم شاهد على شيوع هذا التعامل واتساع نطاقه، ووفور الحاجة إليه. الترجيح: ومن هذا يظهر أن حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ لا يقف حائلاً دون جواز مناقصات التوريد والمقاولة، التي عمت بها البلوى في القوانين والأعراف، ولا بديل لها أفضل منها حتى الآن، وصارت الحاجة إليها عامة، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة. وإذا بدا أن فيها مخالفة لبعض القواعد، فإن فيها، والله أعلم، مصلحة يجب تحصيلها ولو خولفت فيها القواعد، أي استحساناً، كما ذكر بعض العلماء المحققين^(١).

ثانياً: ضوابط المبادلات ذات الأعياض المعدومة

قد تكون الأعياض في العقود الإدارية معدومة، كما في بعض عقود التوريد، وأقصد بالمبادلات ذات الأعياض المعدومة هي المبادلات التي تكون الأعياض فيها غير موجودة لحظة التعاقد، وتتمتع المبادلات ذات الأعياض المعدومة بمجموعة من الضوابط حتى يصح التعامل بها، ويمكن إجمال ضوابط المبادلات ذات الأعياض المعدومة بالآتي^(٢):

١- أن تكون الأعياض في المبادلة ممكنة الوجود لوقت التسليم، بحيث تتوافر فيه شروط السلم أو الاستصناع.

٢- ألا يتلبس بعملية المبادلة غرر فاحش، مما لا يُتسامح فيه بحيث يفضي إلى منازعات وخصومات.

٣- أن تكون المبادلة قد دعت الحاجة إليها، وإن اشتملت على غرر يسير، ومن الأمثلة التطبيقية على هذا الضابط:

أ- بيع الثمرة قبل أن تُخلق فعن ابن عمر: «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وكان إذا سئل عن صلاحها قال: حتى تذهب عاهته»^(٣)، ووجه الاستدلال بالحديث أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما هو معدوم، والثمره قبل أن تُخلق (كونها مترددة بين الظهور أو التلف، وعُلّق جواز بيعها بغلبة ظهورها وانتفاء تلفها).

(١) يُنظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٤٥/٢.

(٢) القواعد والضوابط الفقهية لأحكام البيع في الشريعة الإسلامية، لعبد الله عبد المجيد دية، ١٢٧-١٢٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه وقد وجب فيه العشر أو الصدقة فأدى الزكاة من غيره أو باع ثماره ولم تجب فيه الصدقة، ٥٤١/٢.

الفصل الثالث

آلية تحديد المقابل المالي والوفاء به في عقود الشراء العام
ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: كيفية تحديد المقابل المالي (الثمن) في عقود
الشراء العام

المبحث الثاني: مدى حرية الإدارة والمتعاقد معها في تحديد الثمن

المبحث الثالث: أساليب الوفاء بالثمن وشروط وإجراءات الوفاء
بكامل الثمن

المبحث الأول
كيفية تحديد المقابل المالي (الثمن) في عقود الشراء العام
ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أساليب تحديد الثمن في حالة النص عليها في العقد

المطلب الثاني: أساليب تحديد الثمن في حالة عدم النص عليها في العقد

المطلب الثالث: طريقة تحديد الثمن ووقته

إن معلومية المقابل المالي تقتضي أن يتم تحديده بين المتعاقدين، وفي الفقه الإسلامي يجب أن يكون التحديد كاملاً وتاماً وصريحاً في العقد.

المطلب الأول: أساليب تحديد الثمن في حالة النص عليها في العقد

يجب تحديد الثمن والعلم به علماً قاطعاً، حتى لا يكتنفه أي غموض؛ وذلك لمنع أي خلاف ونزاع. والعقد دون تحديد المقابل المالي فيه يفسد العقد عند الحنفية^(١)، ويطله عند الجمهور^(٢)، فلا ينعقد عند جمهور الفقهاء إلا بتسمية الثمن. وأما العقد بالمعاطاة فالجمهور^(٣) صححوا البيع معاطاة إلا أنهم اشترطوا أن يكون الثمن والمثمن معلومين عند التعاقد.

ويبدو لي أن المعاطاة^(٤) إن تم بها التعاقد، فيجب أن تكون في غاية الدقة والتفصيل والتوضيح لكل التزامات المتعاقدين في العقود الإدارية؛ لما تشتمل عليه من التزامات مالية كبيرة، وتحتاج في كثير من أنواعها إلى نظر ومساومة ودراسة مسبقة للتأكد من قدرة المتعاقد على تنفيذ العقد قبل إبرامه. وغالباً يتحدد الثمن ضمن شروط العقد أو في دفتر الشروط الذي ينص صراحة على أنه جزء لا يتجزأ من العقد ومكماً لبنوده.

أما في القانون: فأذكر أولاً ما يتعلق بالقانون المدني، ثم أخرج على التفصيل في العقود الإدارية مع الصور المعاصرة، حيث إن التحديد إما أن يكون تاماً صريحاً في العقد وإما أن يكون غير مباشر، وذلك بالإحالة الصريحة أو الضمنية إلى أسس صالحة ومعينة يتم بمقتضاها تحديد الثمن فيما بعد؛ وذلك للتوسع في البيوع والتسهيل على المتبايعين وهو ما نصت عليه المادتان ٣٩١، ٣٩٢ من القانون المدني السوري، وتفيد هاتان المادتان أن تحديد الثمن يتم بإحدى الوسائل التالية:

١_ بالاتفاق الصريح الكامل بين المتعاقدين في عقد البيع.

(١) يُنظر فتح القدير ٦/٦٤٦، ورد المختار على الدر المختار ٥/٦٦ .

(٢) يُنظر مواهب الجليل ٤/٢٥٨، والمجموع ٩/٣١١، والمغني، لابن قدامة ٤/١٣٦، وكشاف القناع ٣/١٧٣ .

(٣) يُنظر حاشية الدسوقي ٣/٣، والمجموع ٩/١٥٥، والمغني، لابن قدامة ٤/٤. ينظر للتوسع في حكم بيع المعاطاة، رسالتي في

الماحستير: الاستغلال غير المشروع في العقود المالية، وتطبيقاته المعاصرة،

(٤) على قول من يجيزها، ويُنظر بدائع الصنائع ٥/١٣٤، وبداية المجتهد ٢/١٢٨، والمغني، لابن قدامة ٤/٤.

٢_ الاتفاق بين الطرفين على بيان أسس صالحة لتحديد الثمن في المستقبل. المادة (٣٩١) (يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد)، ولم يبين هذه الأسس، وإنما اقتصر على مثال لذلك، وهي: حالة سعر السوق.

٣_ نية الاعتماد على أسس صالحة لتحديد الثمن، وتؤخذ هذه النية من ظروف العقد واتجاه الطرفين لقبول هذه الأسس.

فإن تم العقد دون تحديد الثمن بإحدى هذه الوسائل كان العقد فاسداً؛ بسبب الجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع وتمنع تنفيذ العقد^(١).

والأصل أن يتم الاتفاق بين المتعاقدين على تحديد الثمن، لكن قد يفرض المشتري الثمن في بيع المزايدة، وقد يفرض البائع الثمن كما في عقود الإذعان، وقد يتم فرض الثمن من قبل الدولة، كما في حالة التسعير الجبري^(٢).

وفي القانون (يُعد الثمن شرطاً جوهرياً في العقد الإداري؛ لذلك لا بد من تحديده بوضوح، دون أن يعني ذلك صياغته بشكل واحد وجامد لا يجوز الخروج عنه، فالثمن لا يذكر دائماً بالأرقام، بل يمكن أن ينص على شروط تكون كفيلة بتحديدده، إلا أن المهم في كل ذلك أن لا يكون هناك أي مجال للالتباس، أو الجهالة في تعيينه^(٣)).

وقد ظهرت مع الزمن صور جديدة لتحديد الثمن في عقود الشراء العام^(٤)، وهذا لا يؤثر على ماهيته إذا ما توافرت فيه سائر ضوابطه وشروطه، وأما إن كانت تُحل بشرط من شروطه؛ فإنها تعرض العقد للفساد والزوال، وخاصة شرط المعلوماتية، ومن هذه الصور ما يأتي:

— الصورة الأولى: تحديد الثمن الإجمالي (الجزائي).

— الصورة الثانية: تحديد الثمن على أساس سعر وحدة قياسية.

— الصورة الثالثة: الاتفاق على الثمن على أساس التكلفة بالإضافة لنسبة مئوية من الربح.

— الصورة الرابعة: تحديد الثمن بالإحالة إلى أشياء معينة.

(١) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٧٧/٢، والعقود المسماة، عقد البيع والمقايضة (شرح القانون المدني السوري)، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، ٩٨، مطابع دار الفكر، دمشق، الطبعة الخامسة، ١٩٦٣م، والعقود المسماة، البدراوي ١٩٥.

(٢) يُنظر العقود المسماة، محمد الزحيلي ١٦٤-١٦٥.

(٣) المقابل المالي في العقود الإدارية، عزة سلمان، ١٧. لكن أرى أنه مادام أنه يُشترط أن لا يكون فيه أي مجال للالتباس أو الجهالة في تعيينه، فمعنى ذلك أنه من السهل تحديده بالأرقام، بدليل أنه لم يكن تحديده بالأرقام ممكناً لكان فيه جهالة.

(٤) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٣-١٦٩.

وأبين تفصيل تلك الصور فيما يأتي:

— الصورة الأولى: تحديد الثمن الإجمالي (الجزافي):

ومعنى التحديد الإجمالي الجزافي هنا: أن يُذكر الثمن بشكل رقمي يغطي كامل الأداءات العقدية^(١)، بحيث تكون كل الكميات التي يتم التعاقد عليها واضحةً بشكل دقيق^(٢). ويشمل الثمن الإجمالي الجزافي السعر الإجمالي لجميع العناصر الداخلة في تنفيذ العقد دون النظر إلى كل عنصر على حدة^(٣).

ويتحدد الثمن هنا في صورة مقابل نقدي لكل نوع من الأعمال أو السلع أو الخدمات المطلوبة في العقد، وفي عقد التوريد يتم تحديد ثمن مستقل لكل صنف من السلع المطلوب توريدها.

ويجب في المناقصة إعداد وثائق العطاء والمخططات بشكل مفصل ودقيق ولا يشترط أن تتضمن جدول كميات يفصل بنود الأعمال المختلفة، ويستعمل هذا الأسلوب عندما يكون المشروع متضمناً عدة عمليات إنشائية وتجهيزات يصعب تجزئتها، ولهذا النوع من تحديد الثمن ميزات ومساوئ:

فإذا كانت المخططات والمواصفات وشروط العطاء واضحة ودقيقة ومفصلة، وكان المقاول المتقدم للمناقصة خبيراً بتسعير مثل هذه العطاءات، وقام بإعداد دراسة وافية للكميات قبل تسعير العطاء، فإنه سيتم تحديد قيمة المشروع برقم معتمد، وتحديد مدة الإنجاز، ويقلل من الجهد المطلوب لإجراء عمليات الكيل والحسابات من قبل كل من صاحب العمل والمقاول؛ وذلك اعتماداً على طريقة إعداد كشوف الدفعات.

لكن إذا لم تكن المخططات ووثائق العطاء مفصلة ودقيقة، ولم يقيم المقاول بالتأكد من كميات العمل المطلوبة قبل تسعير العطاء، فإن المقاول يضطر إلى المغامرة والتخمين عند وضع الأسعار، مما ينتج عنه بالتالي كلفة إضافية يتكبدها صاحب العمل، أو خسارة لفرصة الحصول على العمل من قبل المقاول.

كما أن هناك نوع من المزاولة وتسمى المزاولة الشاملة أو على تسليم المفتاح وفيها يتم تقدير أسعارها بمبلغ مقطوع، ويستعمل عادة في إنشاء المجمعات الصناعية أو مشاريع مباني القطاع الخاص،

(١) يُنظر المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين، ٢٦٣، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، والعقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٨٨/٢، والعقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٢٨١.

(٢) يُنظر القانون الإداري، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٢٨١، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٢م، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٤.

(٣) يُنظر عقد المزاولة في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الثاني، ص ٧٥٦، ٢٠١٠، والتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢٠٤، وعقد المزاولة: الإنشاء والتعمير، حقيقته، تكييفه، صورته، الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي، ١٧.

والحكم في هذه الأنواع هو الجواز بناء مشروعية الأجرة المقطوعة^(١)، وهي الأصل الشائع سواء في الأعمال أم الإنشاءات الصغيرة أم الكبيرة، وهي هنا محددة حسب دراسات ووثائق ومخططات تكفل العدالة بين رب العمل والمقاول وتجنبهما المخاطر والمغامرة أو الجهالة المفضية للتراع^(٢).

ففي عقد الأشغال مثلاً يتحدد الثمن بسعر إجمالي للعملية بكافة عناصرها، فيتضمن العقد الكم الإجمالي للأعمال، وإجمالي الثمن المستحق، وفي عقد التوريد يحدد المتعاقدان الكمية المطلوب توريدها وثمنها الإجمالي، ويلاحظ أنه إذا كانت إرادة أطراف العقد قد اتجهت إلى التعويل على السعر الإجمالي للعملية فإنه لا يؤثر على التزام الجهة الإدارية بدفع مستحقات المتعاقد حدوث خطأ مادي نتيجة توزيع السعر الإجمالي على أجزاء العملية العقدية^(٣).

(المساوي): لكن هذا الشكل من الثمن لا يعطي مجالاً لطلب التعويض عن الصعوبات التي يواجهها المتعاقد في حال التنفيذ الطبيعي للعقد، ويمكن التعويض إذا كان ناجماً عن أعمال إضافية، أو ضرورة طلبها الإدارة^(٤).

وكما أن الاتفاق على كون المقابل المالي للمتعاقد مبلغاً إجمالياً، يمكن أن نراه واضحاً فيما إذا كان إبرام العقد بطريقة المناقصة، حيث يسلم المتعاقد المقاول عرضه ويكون قد وضع فيه تحديد المقابل الذي يناقش عليه بمبلغ إجمالي مقطوع مقابل إنجاز العمل في مدة معينة^(٥).

وهنا نميز بين حالتين:

الأولى: حالة تقديم المتعاقد المقاول للمواد اللازمة مع العمل، كما في عقد الاستصناع، ويكون المقابل الإجمالي يشمل قيمة المواد وأجرة العمل، ويكون المقابل بمثابة الثمن في الاستصناع، وتحديد المقابل المالي بمبلغ إجمالي لا إشكال فيه شرعاً؛ لأن فقهاء الحنفية قرروا أن الاستصناع بيع للمصنوع، والثمن في البيع يكون محدد بمبلغ إجمالي مقطوع متفق عليه كما هو الأصل الشائع^(٦).

(١) يُنظر تكييف عقد الالتزام والبوت وامتياز الإنشاء في الباب الثاني من هذه الدراسة.

(٢) يُنظر عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير (حقيقته-تكييفه-صوره)، أ.د. محمد جبر الألفي، ١٧، وقرارات وتوصيات مجمع

الفقه الإسلامي ٢٣١، وعقد التوريد في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو ٣٢٩.

(٣) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٥.

(٤) يُنظر المقابل المالي في العقود الإدارية، عزة سلمان، ١٨.

(٥) يُنظر قضايا الفقه والفكر المعاصر، الزحيلي ٢٣٦.

(٦) يُنظر بدائع الصنائع ٢/٥.

وأما الحالة الثانية: فهي فيما إذا تعهد المتعاقد بالعمل فقط دون المواد اللازمة، وهنا صورة الإجارة على العمل، ويتم الأجر (المقابل المالي) في هذه الصورة أيضاً بمبلغ إجمالي، وتحديد الأجر بمبلغ إجمالي لا إشكال فيه كذلك^(١).

وقد جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) في الفترة من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١-١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣ م، بشأن موضوع عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صورته، قرار رقم: ١٢٩ (١٤/١)

(٤) - يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

أ- الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات، والمخططات والمواصفات المحددة بدقة^(٢). وبهذا أخذ القانون المدني السوري، حيث نص في المادة (٦٢٤) على ما يأتي:

(إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع صاحب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، أو أن يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره)^(٣).

وفي حالة تقديم البديل بمبلغ إجمالي يجب إعداد وثائق العطاء والمخططات بشكل مفصل ودقيق، ولا يشترط أن تتضمن بالضرورة جدول كميات يفصل بنود الأعمال المختلفة. ويُستعمل هذا الأسلوب عندما يكون المشروع متضمناً عدة عمليات إنشائية وتجهيزات يصعب تجزئتها وكيلاها.

ومن مزايا هذه الطريقة أن صاحب العمل يعرف مقدماً عند إبرام العقد مقدار البديل الذي يلتزم بدفعه للمتعاقد المقاول، وفي هذا مدعاة للاطمئنان والاستقرار.

لكن عيب هذه الطريقة أن المقاول يحاول عادة أن ييخل في تكاليف الأعمال ليكون ربحه أكبرن ويكون ذلك على حساب جودة العمل، أو على حساب جودة المواد التي يستخدمها، وقد لا يستطيع المتعاقد المقاول الاقتصاد في التكاليف، وترتفع الأسعار في أثناء تنفيذ العمل أو ترتفع أجور العمال، فيتحمل تبعه كل

(١) يُنظر تبين الحقائق ١٣١/٥-١٣٢، وبداية المجتهد ٢/٢٢٦، وحاشية الدسوقي ١٠/٤، وروضة الطالبين ٢٤٩/٤ وما بعدها، وكشاف القناع ٢٣٧/٣.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ٢٣١.

(٣) التقنين المدني السوري، د. أديب استنبولي، شفيق طعمة ٥٧٨٧/٦.

ذلك؛ لأن أجره الإجمالي محدد مقدماً لا يزيد بارتفاع الأسعار، أو بارتفاع أجور العمال، إلا في حالة الظروف الطارئة، فتعود عليه المقابلة بالخسارة^(١).

وإذا اتفق على البذل بمبلغ إجمالي فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة على البذل، ولو حدث زيادة في العمل المتفق عليه، إلا إذا كان قد أعلم صاحب بذلك ورضي، فإن لم يعلمه أو أعلمه فلم يرض، فأحدث زيادة في العمل، كانت هذه الزيادة تبرعاً منه، ولا يحق له مطالبة صاحب العمل بزيادة في المقابل المالي في مقابلها^(٢).

وقد ذكر القانون الموحد لعقود الجهات العامة السوري الثمن الجزافي كأحد أشكال الثمن، وذلك في المادة الثامنة منه، حينما تُكلف الإدارة المتعاقد بحساب كميات ومواد الأعمال، وتجد هي صعوبة في حسابها، فيُقدم المتعاقد الثمن بشكل إجمالي وشامل لمجموع فئات المواد، والأعمال التي يعد المتعاقد مسؤولاً عنها، وهذا الشكل من الثمن مطبق بشكل أساسي في عقود الشراء العام^(٣).

وقد أتى في أحد بلاغات مجلس الوزراء: (... على أنه في بعض عقود التوريد التي تتعاقد فيها هيئات ومؤسسات وشركات عامة، مع شركات أجنبية على توريد معامل، أو تجهيزات مع تركيبها، إضافة إلى تدريب العناصر الفنية الوطنية، وذلك لقاء مبلغ جزافي إجمالي، دون فصل قيمة الآلات عن أجور التركيب، أو التدريب، لابد عند إبرام هذه العقود من تحديد قيمة الآلات، وتحديد بدل الخدمات كل على حدة، وبشكل مستقل في متن العقد، لتستطيع الدوائر تحديد الضرائب، لكون الخدمات تخضع للضرائب في سورية، على عكس الآلات بحسبان أنها أرباح حقيقية مرتكبة داخلها)^(٤)، وبالتالي فإن هذا الاستثناء هدفه ضريبي، ولا يمس بالشكل الجزافي للثمن.

وكثيراً ما يأتي الثمن الإجمالي على أساس تصميم معين من خلال الطلب إلى القائم بالمشروع أن يقدم عرضاً متكاملًا للدراسات اللازمة للمشروع، وخطة العمل، ثم تنفيذه تنفيذاً كاملاً، وغالباً ما يُستخدم مثل هذا النوع في المشاريع الصناعية، أو مجمعات المباني السكنية الضخمة، حيث يقوم صاحب العمل بتحديد متطلباته بوصف عام يحدد فيه برنامج العمل، وعدد الوحدات، أو القدرة الإنتاجية، وما يلزم من مرافق أو تجهيزات، كما يحاول أن يعرض فيه البدائل الهندسية والحلول الاقتصادية، كما أن عرضه يكون خاضعاً لموافقة

(١) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٦٢/٧ .

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ٢١٧/٤، وحاشية الدسوقي ٥٤/٤، ومغني المحتاج ٤٥٩/٢، وكشاف القناع ٢٦١/٣ .

(٣) القانون الإداري، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٣٥٤ .

(٤) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء السوري، رقم ٥٨/ب-٢١٢٥/١٥، لعام ١٩٧٩، يُنظر أحكام العقد الإداري في القانون السوري، نبيل الظواهرة الصايغ، عبد الحي والي، ٧٥-٧٦ .

صاحب العمل في مراحله المختلفة، وغالباً ما يكون هناك مستشار هندسي مؤهل في مجال إدارة المشاريع يساعده في ذلك.

وميزة هذا الأسلوب أنه يمكن مباشرة العمل في بعض أشغال المشروع قبل إعداد الدراسات والتصاميم بكاملها ما دام برنامج العمل ومتطلباته قد حددت، وهذا ما يفيد في اختصار التنفيذ^(١).
وقد نص القانون على ما يأتي: مادة: (٦٢٤) (١) - إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأيّة زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.

٢ - ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة^(٢).
وليس للمقاول، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً.
على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد، وسوف أفصل الحديث عن هذا في الباب الثالث من هذه الدراسة عند تناول نظريات اختلال التوازن المالي بين المتعاقدين.

ـ الصورة الثانية: تحديد الثمن على أساس سعر وحدة قياسية:

وتلجأ الإدارة إلى هذا الشكل من الثمن عندما تكون الأداءات المطلوبة غير محددة من حيث الكم وقت التعاقد، فتقوم الإدارة بدفع المقابل لكل جزء يقدم من قبل المتعاقد^(٣)، حيث يُحدد لكل وحدة قياسية سعر، كالتر مربع مثلاً، أو وحدات قياس وزن متعارف عليها دولياً كالكيلو، أو الطن أو غير ذلك^(٤)، والدفع يكون حسب ما تم تنفيذه من الكميات فعلاً^(٥)، وعليه فقد يكون المقابل المالي مجهولاً عند التعاقد، فهل يصح هذا شرعاً؟

(١) يُنظر عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير (حقيقته_تكييفه_صوره)، أ.د. محمد جبر الألفي ١٧، وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ٢٣١.

(٢) التقنين المدني السوري ٥٣٨٧/٦.

(٣) المادة ٢٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨/.

(٤) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢/٢٨٨، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٤، وآثار العقود الإدارية، عمر حلمي، ١٩٢ .

(٥) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢/٢٨٨.

إذا كان عقد الأشغال (المقاولة) على صورة الاستصناع، بأن قدم المتعاقد المقاول المواد اللازمة للعمل، فهذا العقد هو بيع للمصنوع كما قرره الحنفية^(١)، وقد ذهب جمهور الفقهاء^(٢) إلى صحة البيع في هذه الحالة، فقد نص الفقهاء على أنه يصح بيع صبرة^(٣) طعام مجهولة الصيعان، كل صاع منها بدرهم، وأرضاً مجهولة المساحة كل ذراع منها بكذا؛ لأن المبيع معلوم، ولا يضر الجهل بجملة الثمن للعلم به تفصيلاً، والغرر مرتفع به^(٤)، وعند أبي حنيفة رحمه الله يصح في قفيز^(٥) واحد؛ لأن كلمة (كل) إذا دخلت على مجهول، وأفراده معلومة، انصرف إلى الواحد لكونه معلوماً، وفسد في الباقي للجهالة^(٦).

أما إذا كان عقد الأشغال (المقاولة) على صورة الإجارة على العمل، فإن كان عدد الأمتار في البناء المعقود عليه أو عدد المصنوعات مجهولاً، فقد ذهب الحنفية والحنابلة في رواية إلى أن هذه الإجارة فاسدة لجهالة المنفعة، وبالتالي الأجرة مجهولة أيضاً؛ لأنهم نصوا على أنه لو أجره داره كل شهر بكذا، صحت في شهر واحد فقط، لا فيما بعده^(٧).

وذهب الجمهور من المالكية والشافعية وهو المذهب عن الحنابلة إلى أنه يصح؛ لأنهم نصوا على أنه لو استأجره على أن يحصد زرعه أو يدرسه كل قفيز بدرهم جاز؛ لأنه معلوم بالكيل، وهكذا...^(٨).

وبناء على ما تقدم يجوز أن يكون المقابل المالي في عقد المقاولة محدداً بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وهو ما أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة عشرة، المنعقد في الدوحة (دولة قطر) في الفترة من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١-١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣ م، بشأن موضوع عقد المقاولة والتعمير : حقيقته، تكييفه، صورته، قرار رقم: ١٢٩ (١/٤)

(٤) - يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

- (١) يُنظر فتح القدير ١٠٨/٧، وتبيين الحقائق ١٢٣/٤-١٢٤.
- (٢) يُنظر البحر الرائق ٣٠٧/٥، حاشية الدسوقي ١٧/٣، والحاوي الكبير للماوردى ٤٤/٧، وكشاف القناع ١٧٥/٣، والغرر للضرير ٢٦٤.
- (٣) الصُّبْرَة: ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض، ويقول الجوهري: الصبرة واحدة صبر الطعام يقال اشترت الشيء صبرة أي بلا وزن ولا كيل، كما أن الصبرة الطعام المجتمع كالكومة. يُنظر لسان العرب، مادة: (صبر).
- (٤) يُنظر تبيين الحقائق ٥/٤، وحاشية الدسوقي ١٧/٣، ومغني المحتاج ٢٤/٢، وكشاف القناع ١٧٥/٣.
- (٥) القفيز: مكيال كان يكال به قديماً، والقفيز ثمانية مكاييك والمكوك صاع ونصف. ينظر لسان العرب، والمصباح المنير، كلاهما مادة: (قفز).
- (٦) يُنظر تبيين الحقائق ٥/٤.
- (٧) يُنظر تبيين الحقائق ١٢٢/٥، والفروع ١٥٨/٦.
- (٨) يُنظر المدونة الكبرى ٤١٨/٣، والحاوي الكبير ٤٣٠/٧، وكشاف القناع ٢٤٠/٣.

ب- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة، والكمية، وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها^(١).

وهذا ما أخذ به القانون المدني السوري أيضاً، فنص في المادة (٦٢٣) على ما يأتي:

(١) — إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المفاوض أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن. فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة^(٢).

— الصورة الثالثة: الاتفاق على الثمن على أساس التكلفة بالإضافة لنسبة مئوية من

الربح:

غالباً ما يُستعمل هذا النوع من المفاوضة في ظروف خاصة مثل أن يكون وصف العمل غير محدد بدقة أو لا يوجد متسع من الوقت لإعداد وثائق عطاء مفصلة، وقد يتم البت في استعمال هذا النوع من المفاوضة بالمفاوضة، حيث يعهد إلى مفاوض أن يقوم بتنفيذ الأشغال، وفي هذه الحالة يتعين على المفاوض أن يحفظ قيوداً دقيقة ومفصلة لمراقبة التكاليف، ويرفعها إلى المهندس أولاً بأول للتدقيق فيها والتأكد من صحتها، ويدفع للمفاوض مقابل ما يؤديه من جهد في إدارة المشروع نسبة مئوية تضاف إلى التكلفة الحقيقية، قد تصل إلى (١٠ — ١٥) من قيمة العقد، لكن ليس من السهل تحديد موازنة مثل هذا المشروع ومدة الإنجاز من قبل صاحب العمل، كما أنه قد يُساء استعمال هذا النوع من المفاوضة إذا لم يقيم صاحب العمل باستخدام مستشار مؤهل لضبط إدارة المشروع ومتابعته، حيث إن المفاوض قد يستغل الظرف فلا يحاول الاقتصاد في شراء اللوازم أو المواد أو حصر النفقات؛ لأنه ينتظر نسبته المئوية فكلما زادت التكاليف زادت حصته، ولذا عمدت بعض الجهات إلى استعمال الأسلوب المطور عن هذا الأسلوب باستعمال أسلوب التكلفة زائد نسبة محددة وذلك للحد من استغلال الظروف من قبل المفاوض^(٣).

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ٢٣١.

(٢) التقنين المدني السوري، د. أديب استنبولي، شفيق طعمة، ٥٣٨٢/٦.

(٣) يُنظر عقد المفاوضة: الإنشاء والتعمير (حقيقته_تكييفه_صوره)، أ.د. محمد جبر الألفي، ١٩، وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ٢٣١، وعقد التوريد في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو ٣٢٩، وعقد المفاوضة في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الثاني، ص ٧٥٦، ٢٠١٠، ونظرية الأرباح في المصارف الإسلامية ٣٩٠.

والحكم الشرعي في هذا الاتفاق أنه إذا كان البدل نسبة شائعة من التكاليف الفعلية، كما في الوصف السابق، من أن المتعاقد يقدم فواتير بتكاليف ما أنفق، فتصبح التكلفة معلومة، فيأخذ المتعاقد مقابل المالى نسبة معلومة منها، وهذا لا مانع منه شرعاً^(١).

فقد ذهب الحنابلة، وبعض الحنفية، وبعض المالكية^(٢) إلى جواز أن تكون الأجرة حصة شائعة من المعقود عليه، واستدلوا على ذلك بالقياس على المساقاة والمزارعة، ويتعامل الناس به.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية^(٣) إلى عدم جواز أن تكون الأجرة حصة شائعة، وبالتالي لا يصح أن يكون البدل مقدراً بنسبة من التكاليف الفعلية، واستدلوا على ذلك بحديث النهي عن قفيز الطحان، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «نهي عن عسيب^(٤) الفحل، زاد عبيد الله وعن قفيز الطحان»^(٥)، وبجهالة الأجرة لجهالة الناتج.

ويبدو أن الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة ومن معهم؛ قياساً على المساقاة، والمزارعة والحاجة الناس وتعاملهم به.

(١) يُنظر عقد المقاوله، النشمي، وقضايا الفقه والفكر المعاصر، الزحيلي ٢٣٧-٢٣٨ .

(٢) يُنظر تبين الحقائق ١٣٠/٥، والمعيّار المعرب، الونشريسي، ٢٢٤/٨، تحقيق جماعة من العلماء بإشراف د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨١م، وكشاف القناع ٢٣٦/٣ .

(٣) يُنظر تبين الحقائق ١٢٩/٥-١٣٠، وحاشية الدسوقي ٤/٥-٨، ومغني المحتاج ٤٣١/٢ .

(٤) الْعَسْبُ: طَرَقُ الْفَحْلِ، أَي: ضِرَابُهُ، وَالْعَسْبُ: الْكَرَاءُ الَّذِي يُؤْخَذُ عَلَى ضَرْبِ الْفَحْلِ، وَالْعَسِيبُ وَالْعَسِيبَةُ: عَظْمُ الذَّنْبِ وَقِيلَ مُسْتَدْقُهُ، وَقِيلَ: مَنَّبْتُ الشَّعْرَ مِنْهُ، وَقِيلَ: عَسِيبُ الذَّنْبِ مَنَّبَتُهُ مِنَ الْجِلْدِ وَالْعَظْمِ، وَالْعَسِيبُ: جَرِيدُ النَّخْلِ إِذَا نُحِيَ عَنْهُ خُوصُهُ (ورقه)، وَالْعَسِيبُ شَقٌّ يَكُونُ فِي الْجَبَلِ .. يُنظر لسان العرب، مادة: (عسب)، والنهية في غريب الحديث والأثر ٤٦٤/٣. ولعل لفظ العسيب عند الدارقطني خطأ مطبعي، ففي اللغة لا يقال: (عسيب الفحل) وإنما (عسب الفحل).

(٥) سنن الدارقطني، كتاب: البيوع، ٤٧/٣، والسنن الكبرى، للبيهقي، كتاب: البيوع، باب: النهي عن عسب الفحل، ٣٣٩/٥، ورواه البيهقي أيضاً عن (إسحاق الحنظلي، عن وكيع بلفظ: «نهي عن عسب الفحل»، وجاء في التلخيص الحبير: (وفي الإسناد هشام أبو كليب راويه عن بن أبي نعيم عن أبي سعيد لا يعرف قاله ابن القطان والذهبي وزاد وحديثه منكر، وقال مغلطاي هو ثقة، فينظر فيمن وثقه، ثم وجدته في ثقات ابن حبان) ١٤٥/٣، وجاء في إتحاف الخيرة المهرة: (عبد الرحمن الإفريقي.. ضعيف). إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، للحافظ أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري، ٩٥/٣، دار الوطن، ١٤٢٠هـ — ١٩٩٩م، وفي خلاصة البدر المنير: (رواه الدارقطني.. بإسناد فيه مجهول) خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، ١٠٧/٢ تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ.

ويجاب عن أدلة الجمهور بأنّ حديث النهي عن قفيز الطحان ضعيف فلا يصلح للاحتجاج به، وأما الجهالة ففي أيامنا هذه بعد تطور وسائل الإنتاج، وأساليب الهندسة المعمارية يمكن تحديد التكلفة إما بالضبط أو بما هو قريب منه، وبالتالي فلا يبقى للجهالة أثر، وإن بقي قليل من الجهالة فهو من الغرر اليسير الذي يُتسامح فيه، والله أعلم.

وهذا الأسلوب يُعتمد في الأشغال العامة إذا كانت على صورة الإجارة على العمل، حيث توكل الإدارة المتعاقد معها بشراء المواد اللازمة للعمل، ويقدم لها الفواتير، فتدفع له الإدارة قيمة هذه الفواتير، مضافاً إليها النسبة المئوية، وهذا لا إشكال فيه شرعاً؛ لأنّ المتعاقد في هذه الحالة وكيل عن الإدارة في شراء المواد، فهو يشتريها لها، ثم يأخذ المقابل المالي نسبة مئوية من قيمة هذه المواد، وهذا كما في مسألة جواز الأجرة بنسبة شائعة.

أما إذا كانت المقاوله على صورة الاستصناع، بأن تعهد المتعاقد بتقديم المواد اللازمة للعمل، فالمعقود عليه في هذه الحالة هو العين المصنوعة في ذمة الصانع، مع شرط العمل فيها^(١)، فالمعقود عليه هنا مبيع، والإدارة (المستصنع) إنما تشتري السلعة بعد صنعها بغض النظر عن قيمة المواد اللازمة لصنعها، وعقد البيع يشترط فيه أن يكون الثمن معلوماً ببيان القدر عند العقد^(٢)، والاستصناع بيع للسلعة المصنوعة^(٣)، ولذا لا أرى هذه الصورة في تحديد المقابل المالي سائغة إذا كان عقد الأشغال على صورة الاستصناع، وجاء في المعايير الشرعية: (يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد)^(٤).

وقد جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) في الفترة من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ١١-١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣ م، بشأن موضوع عقد المقاوله والتعمير: حقيقته، تكييفه، صورته، قرار رقم: ١٢٩ (١٤/١)

(٤) - يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

ت- الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات، والمخططات والمواصفات المحددة بدقة.
ث- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة، والكمية، وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.

(١) يُنظر بدائع الصنائع ٢/٥ .

(٢) يُنظر فتح القدير ٢٤١/٦، وحاشية الدسوقي ١٥/٣، والحاوي الكبير للماوردي ٤٣/٥، وكشاف القناع ٤٨١/٢ .

(٣) يُنظر تبين الحقائق ١٢٣/٤-١٢٤ .

(٤) المعايير الشرعية ١٨٧، ويُنظر بدائع الصنائع ٢/٥ .

ج- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية، ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات، وقوائم مالية دقيقة، ومفصلة، وبمواصفات محددة بالتكاليف برفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها^(١).

ويقول د. محمد داود بكر (الثمن في الاستصناع غير محدد، وإنما تُترك لدخل المشروع حيث تلعب الظروف الاقتصادية والسياسية تأثيراتها على المشروع الذي تم تمويله عن طريق عقد الامتياز، وعندها يُعدّ عقد الاستصناع صحيحاً إذا حدد الثمن بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز)^(٢). والفارق بين القانون المدني والفقه الإسلامي أنّه يُشترط في الفقه الإسلامي أن يكون رأس مال المبيع وتكاليفه معلومة عند العقد ليُبنى الثمن عليه، ويكون معلوماً عند العقد.

أما في القانون فيكفي أن يتم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس تكاليف المبيع، ولا مانع من معرفة ذلك فيما بعد^(٣).

وفي عقد التوريد فإنّ كثيراً من صوره يكون المقابل المالي فيها مبنياً على أساس المراجعة وأساس التكلفة ونسبة ربح إن كانت التكلفة معلومة علماً تاماً دون جهالة. والمراجعة لغة: مصدر رابح يربح فيقال: رابحه على سلعته أي أعطيته ربحاً^(٤).

أما المراجعة في الاصطلاح: فقد عرفها الفقهاء بتعاريف متقاربة، فعند الحنفية هي بيع ما شراه بما شراه به وزيادة^(٥)، وفي كتاب التلقين: (والمراجعة أن يذكر رأس ماله ويتقرر الربح بينهما)^(٦)، فالمراجعة إذن عقد بُني الثمن فيه على الثمن الأول للمبيع مع زيادة ربح معلوم، بأن كان المشتري قد اشترى المعقود عليه بألف ليرة _مثلاً_، ثم يقول للمشتري: اشتريته بمئة ليرة _مثلاً_، وبعثك بمئة ومئة وخمس ليرات، أو وبعثك وربح عشرة

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ٢٣١.

(٢) نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية ٣٩٠.

(٣) يُنظر العقود المسماة، الزرقا ١٠٥، والعقود المسماة، الذنون ١١٧.

(٤) القاموس المحيط، والمصباح المنير، مادة: (ربح).

(٥) يُنظر مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١٠٦/٣.

(٦) التلقين في الفقه المالكي، لعبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبي محمد، ٣٩٤/٢، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ١٤١٥، الطبعة: الأولى.

من المئة (١٠%)، فلا بُد أن يذكر الثمن أثناء العقد، لكن لو قال: بعت بما قام علي وبيع كذا فيدخل فيه مع الثمن أجرة الكيال، والدلال، والنقل ونحوها، ولا بد حينئذ أن يخبر عما قام عليه حتى يكون معلوماً^(١). والمراجعة جائزة عند جمهور الفقهاء^(٢)، وأما المالكية فهي جائزة لكنه خلاف الأولى، وليست مكروهة، لكن خلاف الأولى؛ لأن المساومة أفضل منها^(٣)، وأما عند الحنابلة فالمراجعة غير المشروطة جائزة دون خلاف، أما المشروطة أي التي على صيغة الشرط بأن يقول بعتك بما اشتريت به — وهو مائة — على أن ترجي واحدة من عشرة^(٤)، فتلاث روايات رواية بالحرمة، ورواية بالجواز، ورواية بالكراهة.

وقد بنى الجمهور صحة المراجعة على أنها عقد توافرت فيه أركانه وشروطه، وليس فيها ما يمنع من صحتها، وكما أن فيها هو توضيح لأصل الثمن، ونسبة الربح^(٥)، وهذا الرأي هو الذي يظهر رجحانه؛ وذلك لأن المراجعة عقد مستجمع لجميع شرائط الجواز، والناس كانوا يتعاملون بها منذ الصدر الأول^(٦)، كما أن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيوع؛ لأن الشخص الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على عقل الذكي المهتدي وعمله في التجارة، فتطيب نفسه بمثل ما اشترى به وبزيادة ربح معلوم^(٧).

— الصورة الرابعة: تحديد الثمن بالإحالة إلى أشياء معينة:

قد يحدد السعر عن طريق إحالته إلى معطيات خارجية حالية أو مستقبلية^(٨)، ففي بعض الحالات يتحدد الثمن فيها بالإحالة إلى عنصر خارجي في العقد، كما إذا تم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس السوق السائدة في تاريخ محدد، أو على أساس الأسعار الأخيرة السابق التعامل بها محلياً أو دولياً^(٩).

(١) يُنظر فتح القدير ٢٥٢/٥، وبدائع الصنائع ٣١٩٣/٧، وشرح الخرشبي ١٧١/٥، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٥٩/٢، والألم ٨٢/٣، والمهذب ٢٨٨/١، والمغني، لابن قدامة ١٩٩/٤، والإنصاف ٤٣٨/٤، والمخلى لابن حزم ٦٢٥/٩.

(٢) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ١٣٥/٥، والشرح الكبير مع الدسوقي ١٥٩/٣، وروضة الطالبين ٥٣٧/٣، والإنصاف ٤٣٨/٤.

(٣) الشرح الكبير ١٥٩/٣.

(٤) يُنظر المصدران نفسهما، والإنصاف ٤٣٨/٤.

(٥) يُنظر المغني، لابن قدامة ١٩٩/٤.

(٦) يُنظر المصدر نفسه، والإنصاف ٢٣٨/٤، والعمدة مع شرحه العدة ٢٣١.

(٧) يُنظر بدائع الصنائع ٣١٩٢/٧، وفتح القدير مع شرح العناية على الهداية ٢٥٣/٥—٢٥٤، والشرح الكبير مع الدسوقي ١٥٩/٣، وفتح العزيز ٥/٩، والمغني، لابن قدامة ١٩٩/٤، والإنصاف ٤٣٨/٤.

(٨) يُنظر القانون الإداري، "علماً وعملاً ومقارنة"، عبد الإله الخاني، ٣٧١/٤، ط ٢.

(٩) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٥—١١٦.

وتلجأ الإدارة إلى هذه الطريقة متى وجدت صعوبة في تحديد الأسعار لحظة التعاقد، مع الاتفاق على شروط التحديد في هذه اللحظة^(١)، ومن المعطيات الخارجية التي يمكن الاستناد إليها:

أ- الإحالة إلى سعر السوق: كأن يتفق طرفا العقد على كون الأسعار السائدة في وقت معين أساساً لحساب المقابل المالي^(٢).

ب- الاستناد إلى فاتورة: وفيها يحدد الثمن على أساس الفاتورة الصادرة عن الجهة التي أمنت احتياجات الإدارة^(٣).

ج- الاستناد إلى تعرفه رسمية: وهنا تكون الأسعار محددة من قبل السلطة العامة، وملزمة للمتعاقد مع الإدارة، وقد نص المشرع السوري على هذه الطريقة عند تعداده لحالات الشراء المباشر^(٤).

د- والاستناد إلى تعرفه رسمية يقترب من السعر على أساس الواحدة، لكن الفرق بينهما يظهر في الجهة التي تحدد هذا السعر، وهي المتعاقد مع الإدارة في الحالة الثانية، والسلطة العامة في الحالة الأولى.

هـ- الدفع بالمقايضة: أي بالمواد لا بالنقود ومثل هذا التحديد يكون في العقود الخارجية، حيث يُطلب من المتعاقد استيراد مادة معينة مقابل دفع ثمنها بالمبادلة بمادة أخرى يقوم بتصديرها إلى الخارج.

وقد جاء النص على ذلك في بلاغ رئاسة محل الوزراء رقم ١٤/ب - ١٥/١٧ تاريخ ١٩٨٠/٢/٧: (تتضمن العقود الخارجية استيراد المواد، أو البضائع، أو التجهيزات، أو الآلات، وخلافها من الخارج، وتدفع قيمتها بعملة تحدد في العقد أو بالمقايضة بمواد، أو ببضائع من إنتاج محلي)^(٥).

و- العقود بناء على نفقات المراقبة: وهذا السعر أشبه بالتسوية، حيث يُستخلص من كشوف النفقات المعدة من قبل المتعاقد، والمراقبة من قبل الإدارة، ويضاف له هامش الربح للمتعاقد، بشروط محددة^(٦).

(١) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس ٢٨٣/٢.

(٢) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٥، والمبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٢٦٢.

(٣) المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٢٦٦.

(٤) المادة ٥/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤، ويُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٨٤/٢-٢٨٥، والتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢٠٩، ١١٨.

(٥) موسوعة العقود، صبحي سلوم، ١/١٦٦، ط ٢، دمشق، ٢٠٠١م.

(٦) يُنظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢٠٨، والعقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٨٤/٢، محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية المجلد الثاني، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص: ١٧٨٥.

وفي القانون يُتبع هذا النمط في تحديد الثمن من قبل الدولة أو مؤسساتها بشكل استثنائي، فيما يتعلق بتحديد ثمن الأعمال الإضافية المطلوبة من الإدارة، عن طريق تكليف المتعاقد بالقيام بتنفيذ الأعمال لحسابها مقابل عمولة ١٠٪/ من مجموع نفقات تنفيذ هذه الأعمال^(١).

وحكم تحديد الثمن بالفاتورة، أو التعرفة، أو الكشف هو حكم التعاقد بسعر التكلفة، ويظهر أن الثمن فيها معلوم لا جهالة فيه، فلا يؤثر على صحة العقد مادام الجهالة منعدمة^(٢)، وأما عن الأجور للأيدي العاملة، أو أجور النقل أو غيرها... فيجب تحديدها بدقة دون أن يكون فيها اختلاف؛ وإلا لأثر ذلك على العقد، وعلى تحديد المقابل المالي المبني على هذه الكشف والفواتير؛ مما يؤثر في فساد العقد عندما يفسد المقابل المالي شرعاً.

والمقايضة كذلك جائزة شرعاً إذا تراضا طرفا العقد عليها.

أما حكم ترك تحديد السعر على ما ينقطع عليه السعر في السوق فقد اختلف الفقهاء في حكم البيع بسعر السوق أو بما ينقطع عليه السعر في السوق بدون تحديد للثمن وقت التعاقد، ومحل النزاع: (إنما ينصب على الحالة التي يكون فيها سعر السوق لا يتفاوت. أما الحالة التي يكون فيها سعر سوق مختلف فليست هي موضع خلاف بين العلماء، ولا أحد يجيزها)^(٣)؛ وبالتالي: إذا كان السعر معلوماً للطرفين، وأُخذ سعراً للعقد، فهذا جائز عند الجميع؛ لأنه في حقيقته سعر متفق عليه^(٤).

و(البيع بسعر السوق (سعر المثل) ينطبق على الإجارة بسعر السوق (أجر المثل)؛ لأن الإجارة بيع، وينطبق على الأجر ما ينطبق على الثمن)^(٥)

وبالتالي فإذا كان البيع بسعر سوقي لا يتفاوت فقد ذهب الفقهاء في هذا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو اتجاه جمهور الفقهاء، فقد ذهبوا إلى عدم جواز البيع بسعر السوق في يوم معين أو خلال فترة محددة أو بما ينقطع عليه السعر، واشتروا معرفة الثمن حال العقد أو قبله^(٦).

(١) ويسري ذلك على الأعمال الإضافية، وليس عند الاتفاق على الأسعار وقت التعاقد على العقد الأصلي. المادة ٣٤/ من المرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية. ويُنظر التعديل في العقود الإدارية في الباب الثالث من هذا البحث.

(٢) كما لو تم شراء الأشياء فوراً بنفس السعر المكتوب المتفق عليه.

(٣) الاقتصاد والأخلاق، د. رفيق يونس المصري، ٥٣، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧ م.

(٤) يُنظر الاقتصاد والأخلاق، د. رفيق يونس المصري، ٤٩.

(٥) الاقتصاد والأخلاق، د. رفيق يونس المصري، ٤٩.

(٦) يُنظر بدائع الصنائع ١٥٨/٥، والقوانين الفقهية ١٧٥، وحاشية الدسوقي ١٥/٣، والمجموع ٣١٤/٩، ومغني المحتاج ١٧/٢، وإعلام الموقعين ٦/٤، والإنصاف ٣١٠/٤، وكشاف القناع ١٧٤/٣.

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بأن عدم تحديد الثمن جهالة مفضية للغرر والتزاع، وقد ورد في الحديث «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»^(١).

الاتجاه الثاني: وهو رواية عن الإمام أحمد، وقول متأخرو الحنابلة، حيث ذهبوا إلى جواز البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل بتاريخ معين دون تقدير الثمن أو تحديده^(٢)، فقد جاء في إعلام الموقعين: (وهو الصواب المقطوع به)^(٣)، لكن جاء في الإنصاف: (قوله: (أو بما ينقطع به السعر) أي لا يصح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه يصح واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله)^(٤)، وجاء في الفروع: (فلا يصح برقم مجهول أو بما ينقطع سعره أو كما يبيع الناس على الأصح فيهن وصححه شيخنا بضمن المثل)^(٥).

واستدل أصحاب الاتجاه الثاني على الجواز بالعرف، حيث إن الناس قد تعارفوا على التعامل بذلك في كل زمان ومكان، وأنه لم يُنقل في كتاب الله ولا سنة رسوله ﷺ ولا إجماع الأمة ما يحرم ذلك، كما استدلوا بالقياس على صحة النكاح بمهر المثل وصحة الإجارة بأجرة المثل.

كما استدل المتأخرون من الحنابلة بأنه لم يشترط في البيع إلا التراضي، والتراضي يحصل من غالب الخلق بالسعر العام وبما يبيع به عموم الناس أكثر مما يماكس عليه.

ومن الأدلة كذلك: أن البيع بسعر اتفاقي بالمساومة قد يؤدي إلى غبن المشتري، ولا سيما إذا كانت معلوماته عن السعر وأسعارها ضعيفة، كما أن من يشتري بخبرة جمهور الناس أفضل ممن يشتري بخبرته وحده فقط، ثم إن السعر السوقي يزول المحذور منه (عدم رضا المشتري) بإمكان فسخ العقد، وكذلك استدلوا بأنه: يجوز اشتراط الثواب في الهبة دون تحديده؛ فلماذا يفوض الثواب إلى الموهوب له، ولا يفوض إلى البائع أو إلى السوق، كما أنه لن يحدث نزاع بين المتعاقدين؛ لأن السعر إنما يؤخذ من السوق وليس من تحكّم أحد المتعاقدين، فهو أمر خارج عن إرادتهما^(٦).

واستثنى الحنفية من ذلك الأشياء التي لا تتفاوت أسعارها بين الناس كالخبز واللحم ونحو ذلك مما أجازوا فيه بيع الاستجرار^(٧).

(١) سبق تخريجه ٧٩ .

(٢) يُنظر مطالب أولي النهى ١٨/٢ .

(٣) يُنظر مطالب أولي النهى ١٨/٢ .

(٤) الإنصاف للمرداوي ٣١٠/٤ .

(٥) الفروع ٢٣/٤ .

(٦) الاقتصاد والأخلاق، د. رفيق يونس المصري، ٥٢-٥٣ بتصرف .

(٧) يُنظر فتح القدير ٢٦٠/٦ .

والقول بجواز البيع بما ينقطع عليه السعر في السوق عند مَنْ أجازَه إنما يُراد به سعر السوق وقت البيع، لا أيّ وقت في المستقبل، ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: (وبه يتبين أن جميع المذاهب لا تجيز البيع الحالي في البورصة، إذ تباع السلعة الحاضرة بثمن السوق في يوم محدد أو في خلال فترة محددة هي فترة التصفية، حتى ... رواية عن أحمد الذين يجيزون البيع بما ينقطع السعر فإنهم أرادوا سعر السوق وقت البيع لا أي سعر في المستقبل)^(١).

وفي المادة (٣٩١): (وإذا اتفق على أنّ الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان الذي يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية)^(٢).

ولا بد من الوقوف عند اختيار القانون سعر المبيع في زمان تسليم المبيع ومكانه: يمكن أن يكون هذا معقولاً بالنسبة لمكان التسليم، أما بالنسبة لاعتبار زمان التسليم فهو أمر غريب، ويتنافى مع مبدأ العدالة والمبادئ القانونية العامة، وخاصة إذا كان التسليم في زمان لاحق وبعيد عن زمان العقد، لأن مراد المتعاقدين في الغالب يتجه إلى تحديد الثمن بسعر السوق في وقت العقد، وأنه لا يمكن التنبأ عادة بسعر المستقبل، وأنه ليس من المعتاد أن يتم البيع على سعر غير معروف المصير، وأنّ الأصل القانوني في تحديد الالتزامات أن يتم عند إنشاء سببها لا عند تاريخ تنفيذها، والثمن التزام على المشتري يلتزم به بموجب العقد، فيجب تحديده عند العقد، وهو اختيار الفقه الإسلامي^(٣).

وعليه فإذا تم الاتفاق وقت العقد على تحديد الثمن بسعر السوق، فينبغي تحديد الزمان والمكان الاعتباريين لسعر السوق، فإن لم يتضمن العقد اتفاقاً على تحديد زمان تسليم المبيع ومكانه، فيكون زمان التسليم فور انعقاد العقد، ما لم يقض العرف بغير ذلك^(٤)، ويكون مكان التسليم هو المكان الموجود فيه المبيع وقت البيع إذا كان عيناً معينة، أو موطن البائع إذا كان معيناً بالنوع فقط، وإن كان المبيع مصدرّاً إلى المشتري فيكون مكان التسليم هو المكان الذي يصل فيه المبيع إلى المشتري^(٥).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٠٤٥/٧.

(٢) الفقرة الثانية من المادة (٣٩١) من القانون المدني السوري، الأستاذ مصطفى الزرقا، نشر معهد البحوث والدراسات العربية، بجامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٩م.

(٣) يُنظر العقود المسماة، الزرقا ١٠٤، وجاء في مرشد الحيران، مادة: (٤١٨): (يعتبر الثمن في مكان العقد وزمانه لا في زمن الإيفاء).

(٤) يُنظر المادة (٣٤٤) من القانون المدني السوري.

(٥) يُنظر المادة (٣٤٥)، و(٤٠٣)، و(٤٠٤) من القانون المدني السوري.

و(لو اتفق المتبايعان على توريد دفعات محددة، في تواريخ معلومة، من قمح موصوف، بسعره يوم تسليم كل دفعة لجاز، ما دام عقد التوريد جائزاً. وهذا أفضل من أن يكون السعر سعر يوم التعاقد، ذلك أن التوريد يقوم على أساس الدفع في مقابل التسليم.

ومن البدهي أن ينطبق هذا في الحالات التي يكون فيها سعر السوق لا يتفاوت. ويجب تحديد سعر سوق المكان الفلاني، وهل هو سعر الجملة أم نصف الجملة أم التجزئة...^(١).

ويمكن تحديد سعر السوق عند فتح السوق أو قفله أو تحديده بمتوسط الأسعار^(٢)؛ ولا يجوز تركه إن كانت الأسعار تختلف بين ساعة الفتح وساعة الإغلاق.

ويبدو لي أنّ الراجح هو عدم جواز ترك تحديد السعر وقت التعاقد في العقود الإدارية، بل لابد من اتفاق الطرفين على كل تفاصيل تكاليف العقد؛ لأنها عقود ذات خطورة مالية كبيرة يجب التحوط الكامل في حساب تفاصيل تكاليفها بدقة؛ لما تقتضيه هذه العقود من التزامات كبيرة تحتاج إلى دراسة جيدة ومساومة من الطرفين لتحديد السعر الذي يرتضيه الطرفان، كما أنّ المعقود عليه في هذه العقود قد يحتاج إلى نفقات أو استيراد أو تصنيع أو غير ذلك من الأمور التي تجعل ترك تحديد السعر أمراً خطيراً حال عدم التحوط له، بالإضافة لما يكتنف الوصول إلى السعر الحقيقي من صعوبات، وتقلبات في الأسعار، ومنافسات بين التجار، واختلاف في الصفات والمقادير والأحوال والآراء؛ ويترتب على عدم دراسة مقادير الأموال اللازمة فيها والمرتبة عليها مخاطر كبيرة ومرهقة جداً؛ لأنّ مجالها يحتوي عقوداً مالية ضخمة، كما هو الحال في عقود البنى التحتية وغيرها..؛ مما يُرجح وجوب تحديد الثمن تحديداً واضحاً قبل إبرام العقد، وحتى تتوضح التزامات وواجبات كل من الطرفين على بيئة تامة دون لبس أو غموض.

وقد أخذ القانون المدني السوري بالاتجاه الثاني، وأجاز البيع بما ينقطع عليه السعر في السوق في المادة (٣٩٢)^(٣).

(١) الاقتصاد والأخلاق، د. رفيق يونس المصري، ٥٨-٥٩.

(٢) يُنظر العقود المسماة، البدرابي ١٩٨٠.

(٣) يُنظر المادة (٣٩٢) من القانون المدني السوري.

المطلب الثاني: أساليب تحديد الثمن في حالة عدم النص عليها في العقد

يرى بعض شراح القانون أنه في بعض الحالات لا تسمح ظروف التعاقد للطرفين بالاتفاق في العقد على أسلوب تحديد الثمن، أو حتى الإحالة إلى عنصر خارجي عن العقد يمكن الاستعانة به في تحديد الثمن، كما في الحالات الآتية:

١- في حالة التعاقد بالأمر المباشر:

كما إذا طلبت جهة الإدارة المتعاقدة من المتعاقد أن يورد سلعاً معينة على أن يقوم بتقديم فاتورة الحساب فيما بعد.

فمن الناحية الشرعية: يعدّ هذا عقداً جديداً، فإن كان الثمن محدداً معلوماً، كما في حالة جريان العادة بين الإدارة والمتعاقد معها على توريد هذه السلع بالسعر المتفق عليه، فلا إشكال في هذا العقد؛ لكون الثمن معلوماً، أما إن لم يكن الثمن معلوماً بينهما فالعقد فاسد لجهالة الثمن.

أما من الناحية القانونية: فيلتزم الطرفان باتباع الطريقة التي قررها المشرع لتحديد الثمن، وفي حالة عدم وجود حل تشريعي يتحدد الثمن وفقاً لسعر السوق السائد وقت الشراء^(١).

٢- قد يحدث في عقد التوريد أو الأشغال العامة أن تقرر الإدارة زيادة كمية الأعمال أو التوريد

المطلوبة بأكثر مما هو متفق عليه أصلاً في العقد، وتأمّر المتعاقد بتنفيذ الزيادة الجديدة. فمن الناحية الشرعية: فهذه المسألة تخضع لأحكام تعديل العقد وقد أفردتها بالبيان حال دراسة تعديل العقود الإدارية^(٢).

وأما من الناحية القانونية: فإنه إذا كانت الأعمال أو التوريدات من نفس جنس موضوع العقد الأصلي، يسري السعر الأصلي، أما إذا كانت الأعمال والتوريدات الزائدة تختلف عن جنس موضوع العقد الأصلي يقدر السعر بطريقة جديدة^(٣).

وإذا رفض المتعاقد مع الإدارة الحلول السابقة فإن الإدارة لا تستطيع أن تفرض عليه سعراً بإرادتها المنفردة؛ لأن الثمن يعد من العناصر التعاقدية التي يجب أن تكون محلاً للاتفاق والتراضي بين طرفي العقد؛ ولذلك فإنه إذا تعذر الاتفاق فيما بينهما على الثمن فعندها يُلجأ إلى القضاء^(٤).

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. الطماوي، ٥٩٤، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٦.

(٢) يُنظر أحكام تعديل العقود الإدارية في الباب الثالث من هذه الدراسة.

(٣) يُنظر أحكام تعديل العقود الإدارية في الباب الثالث من هذا البحث، والعقود الإدارية، د. الطماوي، ٥٩٤، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٦.

(٤) يُنظر أحكام تعديل العقود الإدارية في الباب الثالث من هذا البحث، والعقود الإدارية، د. الطماوي، ٥٩٤، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٦.

وإذا سكت مقدم العطاء في مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه فإنه من الناحية الشرعية: يجب أن يكون الثمن والأجر موضعاً بالتفصيل، معلوماً للمتعاقدين، ولا يصح أن يكون مجهولاً أو مسكوتاً عنه، وإلا فسد العقد كما بينته.

وأما من الناحية القانونية: فيُعدّ ذلك امتناعاً منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف، أما في مقاولات الأعمال فلإدارة أن تضع للبند الذي سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند في العطاءات المقدمة، وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات، فإذا أُرست عليه المناقصة فيعتبر أنه قد ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك وهذا في العرف القانوني^(١).

(١) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١٥ — ١١٦ .

المطلب الثالث: طريقة تحديد الثمن ووقته

مرّ معنا فيما سبق أنّه يُشترط في الشرع والقانون أن يكون الثمن معلوماً، أي واضحاً محدداً، ولا يضر في هذا المجال تنوع الطرق المتعددة في تحديده مادامت أهما تحدد فعلاً، ففي القانون مثلاً تنوع طرق تحديد الثمن، فإما أن يُطرح من قبل العارض له وتقبله الإدارة، أو يكون ناتجاً عن التفاوض المباشر بين العارض والإدارة، أو يُحدد من قبل القضاء بشكل لاحق لتنفيذ الالتزام.

أولاً: المناقصة وطلب العروض:

تتفق المناقصة مع طلب العروض في أنّ العارض في كلٍ منهما يقوم بتقديم عرضه للإدارة، لتختار الأنسب مما يُقدم لها.

بينما تختلف المناقصة عن طلب العروض بقيام الجهة الإدارية بوضع قيمة تقديرية للعقد في المناقصة، بينما لا يتم وضع قيمة تقديرية في طلب العروض.

وفي حال أرادت الإدارة المناقصة تتم وفق ما يأتي:

١- وضع القيمة التقديرية:

تضع الإدارة الأسعار التقديرية وفقاً لسعر السوق وظروف وطبيعة التعاقد، وقد نص قانون العقود للجهات العامة رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤/ في المادة ٧/ على وضع الجهات العامة للأسعار التي تقدرها لكل بند في عقود الأشغال، وكذلك في المادة ٤٦/ أكد على وجود كشف تقديري من قبلها.

٢- تقديم العروض: يقوم المتعاقد بتحديد السعر الذي يرتضيه في العرض الذي يُقدمه إلى الإدارة، وأما الإدارة فقد تترك للمتعاقد حرية تحديد السعر أو أن تطلب منه في المناقصة — تخفيض أو زيادة نسبة معينة على السعر الذي قدرته^(١)، أو أن تطلب تخفيض أو زيادة مبلغ معين، أو نسبة معينة من التعرفة^(٢). ويجب على العارض أن يُراعي في إعداد عرضه ما يأتي:

أ- لا يجوز تعديل الأسعار أو جداول تحليلها في العرض بعد تقديمه، وقد نص القانون على ذلك^(٣)؛ وذلك للمحافظة على استقرار العروض، ومنع التلاعب والغش عند تحديد العرض المناسب.

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ١٩٠، وموسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، حمدي ياسين عكاشة، ٥٢٣ .

(٢) رأي الجمعية العمومية السورية، رقم ٦٩/ لعام ١٩٦٨، يُنظر موسوعة العقود، صبحي سلوم، ١٦٢ .

(٣) المادة ١٨/ من قانون العقود الموحد للجهات العامة في سورية رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤/.

ب- لا يجوز كسر الأسعار: وذلك بأن يذكر العارض أنه مستعد لتخفيض نسبة مئوية معينة عن أقل عرض يقدم للإدارة بعد الإرساء؛ لأنه يؤدي إلى حسم نتيجة المناقصة قبل دراسة جميع العروض، ويُخل بمبدأ المنافسة.

ج- لا يجوز قرن العقد بتحفظات؛ لأن ذلك يُخل بمبدأ تلقائية الأسعار، القائم على تعيين السعر نفسه وقت الإرساء^(١).

د- يجب كتابة الأسعار في العرض رقماً وكتابة، فإذا حصل تعارض بينهما، يؤخذ عندئذٍ بالأسعار الموضوعة بالأحرف^(٢)، (إلا أن الجاري عملاً في سورية الأخذ بالمبلغ الأصلح للإدارة سواء كان رقماً أم كتابةً)^(٣).

وفي التحليل أقول:

أما عن النقطة الأولى: فينبغي على المتعاقد أن يكون قد تفهم الموضوع المعروض تماماً قبل المناقصة، وأن يكون درس جدواه الاقتصادية، وكل ما يترتب له أو عليه؛ ليكون إجراء المناقصة لتحديد من ترسو عليه المناقصة.

وأما عن النقطة الثانية: فكسر الأسعار هنا يُعدّ نقض لمبدأ المساواة والمنافسة في المناقصة؛ كما أن ذكر العارض أنه مستعد لتخفيض نسبة مئوية معينة عن أقل عرض يقدم للإدارة بعد الإرساء يُلغي معنى الإرساء للمنافسة، حيث إنه إذا تصورنا كل واحد يلجأ، فدخل الداخلين في مثل هذا يُعتبر أيضاً مناقصة جديدة.

أما عن النقطة الثالثة: فيقال هنا ما قيل في النقطة السابقة؛ حيث تنقض غاية المناقصة والإرساء على السعر الأنسب.

وأما عن النقطة الرابعة: فكتابة الأسعار رقماً وكتابة إنما تأكيد على عملية الجزم في المناقصة حتى تسير على النحو القويم لها.

٣- قبول الإدارة:

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ١٨٩.

(٢) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ١٢٣-١٢٤.

(٣) المقابل المالي في العقود الإدارية ٣٣. وفي الفقه الإسلامي فإنه إذا تعدّر معرفة الصواب، واختلف الطرفان، فإنه يتم اللجوء إلى القضاء للوصول إلى الحق. يُنظر تبصرة الحكام ١٣/١.

بعد تقديم العروض ودراستها، تقوم الإدارة باختيار الأفضل والأقل سعراً بالاستناد إلى العملة المحلية، أما إذا كانت المناقصة خارجية فتجري المقارنة على أساس السعر الموازي للعملة المحلية؛ لتحقيق المساواة بين القائمين بالعروض^(١).

وبعد أن تختار الإدارة العرض الأفضل لها بعد رسو المناقصة تصدر قراراً بذلك، وعندها تنشأ الرابطة التعاقدية، ويُبلغ المتعاقد أمر المباشرة^(٢).

ثانياً: التعاقد بطريقة التفاوض:

يطلق على التعاقد بطريقة التفاوض تسمية (التعاقد بالتراضي)، ويتم في هذه الطريقة التفاوض والتراضي على سائر الشروط التي يرتضيها طرفا التعاقد، كما تقوم الإدارة بطلب العروض، واختيار الأنسب، منها ومن ثم تجري مفاوضات مع مقدمها للوصول إلى الأسعار التي يرضى بها كل من الإدارة والمتعاقد معها^(٣). وبهذا نرى أنه لا يمكن تطبيق قواعد المنافسة والعينية دائماً، كأن تلجأ الإدارة لشراء ما تحتاجه من جهة تكون صناعتها أو تجارتها محصورة بها، أو لتعلق العقد بطبيعة شخص المتعاقد، أو حين إبرام ملحق العقد...^(٤). ولا بد من حضور جميع العارضين وقت الاختيار، لتجري المفاوضة مع صاحب العرض الأنسب. ويقترب من حالة التعاقد بطريقة التفاوض حالة الشراء المباشر، أو الاتفاق المباشر، وذلك في عقود التوريد، وتحدد القوانين المبالغ في هذه العقود بأن لا تزيد عن ٥٠٠ / ألف ليرة سورية، ويمكن أن تصل إلى مليون ليرة سورية بموافقة الوزير المختص^(٥). ويقترب منها أيضاً حالة تدخل ضمن حالات الشراء المباشر، وهي حالة الشراء بناء على تعرفه رسمية، أي محددة من قبل السلطات العامة^(٦).

ثالثاً: التحديد في حالة العقود الفعلية:

العقود الفعلية هي العقود الإدارية التي تم فيها التنفيذ فعلاً، ولم تتشكل فيها الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، لأي سبب كان، كفقْد شرط من الشروط مثلاً، وبالتالي يكون العقد باطلاً؛ لأنه لم تراعى فيها

(١) يُنظر مناقصات العقود الإدارية، ١٩٢.

(٢) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ١٩٧.

(٣) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٢١٠ وما بعدها، والعقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٥٥٤/١،

ط ١، مطبعة دار المستقبل، دمشق، ١٩٩٢.

(٤) المادة ٣٩/ من قانون العقود الموحد السوري رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤/.

(٥) قرار مجلس الوزراء، الصادر بتاريخ ٢٣/٤/٢٠١٣.

(٦) يُنظر ف / أ/، المادة ٣/ من قانون العقود الموحد للجهات العامة في سورية رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

إجراءات الانعقاد، رغم قيام المتعاقد بتنفيذ أعماله كلاً أو جزءاً^(١)؛ مما يستدعي ضرورة التعويض نتيجة للواقع الفعلي المنجز للعقد، رغم زواله كمستند قانوني، وهذا التعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية للإدارة إذا كانت قد دفعت المتعاقد إلى مباشرة التنفيذ بشكل جدي وكاف رغم وجود نقص في الرابطة التعاقدية^(٢)، ويكون هذا التعويض بناء على نظرية الإثراء بلا سبب^(٣)، بشرط وجود منفعة جدية تعود على الإدارة، وبالتالي يستحق المتعاقد كلفة التنفيذ مجردة من كل ربح أو تعويض تطبيقاً لقاعدة: لكل عمل أجر^(٤)، فلا يستطيع المتعاقد أن يطالب أكثر من قيمة الأعمال، أو التجهيزات التي استفادت منها الإدارة فعلاً^(٥)، كما أن الجهة العامة في هذه الحالة لا تستطيع أن تستوفي أية غرامات تأخير من المتعاقد الفعلي؛ لانعدام الرابطة التعاقدية^(٦).

كما يمكن أن تكون العقود الفعلية بكيفية عقد الهبة دون مقابل، إن كان المتعاقد قد قصد ذلك، وبالتالي فلا يترتب على الإدارة شيء، فلا مقابل للمتعاقد في هذه الحالة.

رابعاً: وقت تحديد الثمن: القاعدة العامة هي أن الثمن يُحدد وقت إبرام العقد^(٧)، وهناك استثناءات لهذه القاعدة^(٨)، ويعد العقد المصدر الأساسي لتحديد التزامات الطرفين المتعاقدين، ومنها وقت تحديد الثمن، والمقابل المالي المستحق جراء تنفيذها^(٩).

ويعد الثمن شرطاً جوهرياً في العقد، يؤدي عدم وجوده إلى بطلان العقد قانوناً وشرعاً، فإذا عجز الطرفان عن الاتفاق على مقداره، يكون العقد باطلاً، إلا أنهما إذا لم يتفقا على تحديده، رغم اتفاقهما على

(١) يُنظر اتجاهات جديدة لدى مجلس الدولة السوري في نطاق العقود الإدارية، د. مهدي نوح، ٦٣٦، مجلة المحامون، العدد ٦٥/٦ لعام ٢٠٠٧.

(٢) يُنظر المرجع نفسه، ٦٣٥-٦٣٦.

(٣) يُنظر حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٤٧/٣٨، لعام ١٩٨٥، مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهاني، ٣/٣٧، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ٨.

(٤) يُنظر حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ٢٨/٤٤١ لعام ١٩٨٠. مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهاني، ٣/٣٥.

(٥) يُنظر قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٤٧/٧٣ لعام ١٩٧٥، المرجع نفسه، ص: ٣٥.

(٦) يُنظر قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ٧٩/٣٨ لعام ١٩٧٢م، صيغ الدعاوى الإدارية، مصباح نوري المهاني، ٢٠٥، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠١م. ومن الناحية الشرعية فإن ما يتعلق بالعقود الفعلية هو ما ذكره

الفقهاء في أحكام العقد الفاسد، وما قدم فيه المتعاقد من أعمال، يُنظر نظرية الأجور، د. أحمد حسن ٢٧٦.

(٧) يُنظر فتح القدير ٤٦٤/٦، ومواهب الجليل ٢٥٨/٤، والمجموع ٣١١/٩، وكشاف القناع ١٧٣/٣.

(٨) يُنظر الاستثناءات في تعديل العقود الإدارية في الباب الثالث من هذا البحث.

(٩) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٥٩١-٥٩٢.

موضوع العقد، يمكن أن يحدد على أساس قيمة العمل، ونفقات المقابلة^(١)، وهو ما يُعبر عنه بضمن المثل وأجر المثل في الفقه الإسلامي في حال فساد العقد^(٢).

ويترتب على مبدأ تحديد الثمن وقت التعاقد مبدأ ثبات المقابل المالي (عدم رجعيته)^(٣)، أي أن الثمن متى تم تحديده، يُمنع المساس به وتعديله بشكل انفرادي، وهذا ما أكدته فتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم (٢٣٨/٤١٧): (بعد موافقة الإدارة على عرض المتعهد، وإبرام العقد على أساس السعر الوارد فيه، لا يحق لها بعد تنفيذ الأعمال العودة لتدقيق زيادة الأسعار، أو العودة لتقدير لجنة تعديل الأسعار، وغيرها، لأن السعر ركن أساسي من أركان العقد، لا يصح للإدارة تعديله)^(٤).

على أن مبدأ عدم الرجعية لا يمنع التعديلات الضرورية المحتمل حدوثها على الثمن الأولي إذا كانت هذه التعديلات ناتجة عن الإخلال بالتوازن المالي للعقد^(٥)، الذي يركز عليه حق التعاقد إلى جانب الثمن^(٦)، وقد جاء في الوجيه في القانون الإداري: (إن العقد الإداري ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما أدى تدخل الإدارة إلى الإخلال بهذه الحقوق، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه)^(٧).

خامساً: تحديد الربح:

الربح إما أن يكون ربحاً في البيوع، كما في بيوع الأمانة، وإما أن يكون ربحاً في الشركات، أما عن تحديد الربح في الشركات فإنه إنما يُحدد بنسبة معينة عند العقد، وأما الربح في بيع المراجعة فيُحدد بمقدار معين أو نسبة معينة.

وربح غير الشركات كما في أنواع البيوع، وكما في عقد التوريد، وعقد الأشغال الشبيه بالاستصناع، فإن الربح قد يكون ظاهراً للمتعاقدين كما في بيوع الأمانة، وقد يكون غير ظاهر كما في البيع بالمساومة.

(١) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، محمود زكي شمس، ١٧٣٨/٢، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠ م.

(٢) يُنظر فساد العقود في الباب الثالث من هذا البحث.

(٣) يُنظر المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٢٥٧.

(٤) مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهدي، ٢١/٣.

(٥) يُنظر الحديث عن التوازن المالي في الباب الثالث من هذا البحث.

(٦) يُنظر المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٢٢٥.

(٧) الوجيه في القانون الإداري، د. سليمان الطماوي، ٥٩٨، ويُنظر موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق

العملي، حمدي ياسين عكاشة، ٣٠٣.

فإن كان الثمن المتفق عليه محسوباً بالتكلفة ونسبة من الربح، فإنّ المتعاقد يتوجب عليه أن يذكر التكلفة بدقة، ثم يُحسب مقابله المالي بنسبة من الأرباح، وهذا يدخل في بيوع الأمانة؛ لوجوب ذكر رأس المال المبذول وهو هنا (التكلفة)، وبالتالي فهو شبيه بالمراجحة، والمراجحة نوع من بيوع الأمانة.

وأما الثمن المبني على أساس وحدة قياسية، فإما أن يتم الاتفاق على أساس ذكر رأس المال الذي يشتري به المتعاقد، وهنا نكون أمام بيع من بيوع الأمانة (المراجحة)، وإما أن يكون السعر الذي يضعه المتعاقد للوحدات القياسية غير مبني على أساس ذكر رأس المال الذي تكلف به، فيضع المتعاقد السعر الذي يرتضيه، كما لو وضع سعر الأشياء مع ربح له.

ومثل هذا يُقال في الثمن المبني على أساس وثائق العطاءات والمخططات والتصاميم التي يتقدم بها المتعاقد.

وإن كان الثمن مبلغاً مقطوعاً، فالربح للمتعاقد يكون متضمناً ضمن هذا المبلغ المقطوع الذي يرتضيه المتعاقد وفق ما وافق عليه من التزامات العقد.

وقد تحدثت عن تحديد الثمن بهذه الأساليب وما يترافق معه من تحديد للربح فيما سبق.

المبحث الثاني
مدى حرية الإدارة والمتعاقد معها في تحديد الثمن
ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إذا كانت الأصناف موضوع التعاقد مسعرة جبرياً

المطلب الثاني: إذا كانت الأصناف موضوع التعاقد غير مسعرة جبرياً

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للثمن

تحديد الثمن كعنصر أساسي يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والحرية العقدية، إلا أن هذا المبدأ يتقلص إلى حد كبير في مرحلة تكوين العقد الإداري وتحديد شروطه، فالإدارة لا تتمتع بحرية كبيرة في تحديد أثمان الأعمال والخدمات والتوريدات اللازمة لتنفيذ مشروعاتها، وإنما تخضع لقواعد وإجراءات وقيود تشريعية يتعين عليها مراعاتها قبل توصلها لتحديد الثمن الذي إذا قبلت من يرغب في التعاقد معها يصبح ملزماً لكلا الطرفين، وهنا نفصل بين الحالتين الآتيتين:

المطلب الأول: إذا كانت الأصناف موضوع التعاقد مسعرة جبرياً:

إذا كانت الأصناف المتعاقد عليها مسعرة تسعيراً جبرياً، فإن الإدارة والمتعاقد معها يلتزمان بذلك؛ حيث هناك مبدأ عام في القانون: وهو أن قواعد التسعير الجبري التي يضعها المشرع تلتزم الإدارة والمتعاقد معها بها، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وفيما يتعلق بالمناقصة فهناك قواعد معينة، ومن هذه القواعد ما يأتي:

- ١- يتم البيع بطريقة المزايدة بطرود مغلقة، ويُذكر في الإعلان أن البيع سيكون بالسعر الجبري لصاحب العطاء الأول الذي يتعهد بشراء الكمية المعروضة كلها، وكان عطاؤه غير مقترن بتحفظات.
- ٢- في حالة وجود عطاءات مقترنة بتحفظات أو لا تتعهد بشراء الكمية المعروضة كلها يتم تفضيل العطاء المقدم عن أكبر كمية من الصنف، ثم ما يليه من عطاءات مرتبة ترتيباً تنازلياً فيما يتعلق بالكمية المطلوب شراؤها، وترتيباً زمنياً لوصول الطلبات المتحدة في الكمية على أساس تفضيل الأقدم في التاريخ.
- ٣- في حالة التساوي في الكميات يتم ترتيب العطاء ترتيباً تنازلياً من حيث زمن وصول الطلبات ويتم تفضيل أقدمها تاريخياً.
- ٤- إذا عجزت الإدارة عن البيع بالسعر الجبري يتم البيع بالمزاد العلني بدلاً من الظروف المغلقة على أن يكون السعر الجبري هو الحد الأقصى عند البيع بالمزاد^(١).

المطلب الثاني: إذا كانت الأصناف موضوع التعاقد غير مسعرة جبرياً:

إن لم تكن الأصناف المتعاقد عليها مسعرة تسعيراً جبرياً، فللإدارة والمتعاقد معها أن يتفقا على تحديد الثمن كما يريدان، وهنا نميز بين الحالتين الآتيتين في المناقصات والمزايدات:

الأولى: كيفية تحديد الثمن بمعرفة جهة الإدارة:

وهنا تحدد أثمان الأصناف وفق القواعد الآتية:

(١) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاً ١١٨-١١٩ .

- ١- يجب على الإدارة عند البت في العروض المقدمة إليها للحصول على مشترياتها وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها أن تسترشد بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محلياً أو دولياً، وبأسعار السوق.
- ٢- يجب تحديد الأسعار وفقاً لقاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الإدارية خالصة من جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبي ومصاريف تحويل العملة وغيرها.
- ٣- في حالة وجود اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالي سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة، ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط في حالة وجود اختلاف بينه وبين السعر المبين بالأرقام.
- ٤- يكون لجهة الإدارة الحق في مراجعة الأسعار المقدمة سواء من حيث مفرداتها أم مجموعها وإجراء التصحيحات المادية إذا اقتضى الأمر ذلك، ويُعول على السعر المبين بالحروف.
- ٥- عند البت في أولوية العطاءات تكون العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية من مقدمي العطاءات محل اعتبار.

٦- في حالة بيع الإدارة المنقولات وتأجير المقاصف وغيرها فإن رئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص يصدر قراراً بتشكيل لجنة تسترشد بأثمان البيع السابق وبحالة السوق مع مراعاة حالة الأصناف أو تكلفة الحصول عليها أو عمرها الاستعمالي والنسب المقررة لإهلاكها وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفل تحقيق المصلحة المالية للدولة، ويعتبر هذا التقدير ثمناً أساسياً للبيع بعد اعتماده من رئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص^(١).

الحالة الثانية: كيفية تحديد الثمن بمعرفة المتعاقدين مع الإدارة:

- في حالة إعداد قائمة الأسعار (جدول الفئات) بمعرفة مقدم العطاء فإنه يلتزم بما يأتي:
- ١- تكتب أسعار العطاء بالمداد رقماً وحرفاً، ويكون سعر الوحدة في كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك، دون تغيير أو تعديل في الوحدة، ويجوز في حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة في الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساويه بعملة المتعاقدين بسعر يومها، ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء.
 - ٢- لا يجوز الكشط أو الحو في جداول الفئات، وكل تصحيح في الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته رقماً وحرفاً مع توقيعه.

٣- لا يجوز لمقدم العطاء شطب أي بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو إجراء تعديل فيها مهما كان نوعه، وإذا رغب في وضع اشتراطات خاصة أو إجراء تعديلات فعليه أن يبعثها في كتاب مرافق لعطاءه

(١) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ١٢١-١٢٢، والتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢١١-٢١٢ .

نفسه على أن يشير إلى هذا الكتاب في العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح الظروف، ولا يعتد بما عدا ذلك من وسائل المراسلة.

٤- إذا سكت مقدم العطاء في مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريد بقائمة الأسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة لهذا الصنف، أما في مقاولات الأعمال فلجهة الإدارة- مع الاحتفاظ بالحق في استبعاد العطاء- أن تضع للبند الذي سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند في العطاءات المقدمة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات، فإذا أُرست عليه المناقصة، فيُعدّ أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك.

٥- الفئات التي يحددها مقدم العطاء بجداول الفئات تشمل وتغطي جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التي يتكبدها بالنسبة إلى كل بند من البنود، وكذلك تشمل القيام بإتمام جميع الأعمال وتسليمها لجهة الإدارة، والمحافظة عليها أثناء مدة الضمان طبقاً لشروط العقد، ويعمل الحساب الختامي بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملية والتعريفية الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى^(١).

(١) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ١٢٣-١٢٤.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للثمن

من الناحية الشرعية: إذا تم الاتفاق على ثمن محدد وتم العقد، فالعقد ملزم للجانبين، إلا إن كان العقد بين الإدارة والمتعاقد معها من العقود الجائزة التي ليس فيها إلزام، كعقد الوكالة^(١)، لكن الساري في العقود الإدارية أن تكون من العقود اللازمة، الملزمة للمتعاقد بالقيام بما كُلف به، ويكون لزاماً على الإدارة أن تعطيه مقابله المالي.

وأما من الجانب القانوني: فيطغى الطابع التعاقدي غالباً للثمن في عقود الشراء العام، ويحدد الثمن في عقود الشراء العام عن طريق قبول الإدارة للعرض المالي المقدم من قبل المتعاقد، أو عن طريق التفاوض للوصول إلى الثمن المتفق عليه بينهما^(٢).

والطبيعة التعاقدية تتجلى بثبات المقابل المالي وعدم مسه أو الرجوع فيه إلا بناء على موافقة طرفي العقد^(٣)، فليس لأحدهما تعديله أو المساس به إلا بموافقتهما^(٤).

وضرورة إضفاء الطابع التعاقدي على الثمن لئلا يؤدي بالمتعاقد إلى النفور من التعاقد مع الإدارة، لحوفه من إمكانية تعديلها للثمن بأي وقت إن لم يتم بطريق التعاقد^(٥).

كما أن حق التعديل الممنوح للإدارة إنما هو لتحقيق المصلحة العامة، وهي غير موجودة في تعديل المقابل المالي^(٦).

ولأن الهدف الأساسي للمتعاقد، هو تحقيق الربح، ولن يقبل المتعاقد المساس بهذا الربح^(٧). وكذلك تتسم المزايا المالية بالطبيعة التعاقدية لأنها من جملة المقابل المالي المقدم للمتعاقد، ومن جملة الأشياء التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد^(٨).

لكن قد يُجرد الثمن من هذه الطبيعة التعاقدية متى استند إلى تعرفه رسمية، وهنا يكون الثمن ذا طبيعة تنظيمية؛ وبالتالي يكون الإشكال في تطبيق التعرفة عند تحديدها بعد التعاقد، فهل تطبق الأسعار الرسمية بأثر فوري على العقد؟

(١) يُنظر المدخل الفقهي العام ٥١٤/١، والوسيط في شرح القانون المدني ١٧٠/١.

(٢) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٧٣/٢.

(٣) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٩٥/٢.

(٤) يُنظر الوجيز في القانون الإداري، د. سليمان الطماوي، ٥٩٧، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٧م.

(٥) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهني نوح، ٢٨٦.

(٦) يُنظر المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ١٤.

(٧) وسأتحدث عن طلب المتعاقد للتعديل، وعن التعديل بشكل كامل في الباب الثالث في موضعه إن شاء الله تعالى.

(٨) يُنظر مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أحمد عثمان عياد، ٢٣١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣م.

ذهب القضاء الإداري السوري إلى عدم تطبيق السعر الرسمي الجديد؛ وأن أي تعديل في السعر الرسمي، لا يمس ولا يعدل العقود القائمة؛ فالعقد شريعة المتعاقدين^(١)، فهذا ينطبق عليه مبدأ عدم رجعية القوانين.

(١) يُنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ٣١٢/٣١١ لعام، ١٩٧٩، ومبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهائبي، ٤٥/٣، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠٥ م.

المبحث الثالث

أساليب الوفاء بالثمن وشروط إجراءات الوفاء بكامل الثمن في القانون
ويتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: أساليب الوفاء بالثمن

المطلب الثاني: شروط وإجراءات الوفاء بكامل الثمن في عقود الأشغال العامة

المطلب الثالث: شروط وإجراءات الوفاء بكامل الثمن في عقود التوريد

المطلب الرابع: دفع الثمن (الدفع للأشخاص المسؤولين عن التنفيذ)

المطلب الأول: أساليب الوفاء بالثمن

سبق أن تحدثت في الفصل الثاني، وبداية الفصل الثالث من هذا الباب عما يتعلق بأحكام الثمن وأساليب الوفاء به في الفقه الإسلامي.

وأنتقل الآن إلى الحديث عن أساليب وإجراءات الوفاء به حسب ما هو المعهود في الجانب القانوني. تتبع جهة الإدارة في سدادها للمستحقات المالية للمتعاملين معها مبدأً أساسياً هو: عدم استحقاق الثمن إلا بعد تمام الانتهاء من كافة الأعمال بالوفاء بكافة الخدمات أو التوريدات المتعاقد عليها. والالتزام الحرفي بهذا المبدأ قد يؤدي إلى تعثر تنفيذ مشروعات الإدارة؛ لأن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية يحتاج لمبالغ كبيرة سواء لإعداد المشروع أم البدء في تنفيذه أو للاستمرار فيه، وخاصة بالنسبة للعقود التي يكون موضوعها إما إقامة منشآت أو أشغال عامة تستغرق وقتاً طويلاً للانتهاء. ونظراً لأن أسلوب التمويل المصرفي للمشروعات يخضع الراغب في الاقتراض لقيود مصرفية عديدة، كما أنه محفوف بالمخاطر، وقد يؤدي إلى عرقلة تنفيذ الالتزامات العقدية تجاه الإدارة، فإن المشرع قد سمح بالحصول على مبالغ مالية مؤقتة أثناء التنفيذ، سواء عن طريق دفع جزء من الثمن مقابل ما تم تنفيذه من أعمال وخدمات أم عن طريق دفع جزء من الثمن مقدماً تحت الحساب على أساس سلفة مقدمة من الإدارة بشروط^(١)، ومن ثم تكمل ما تبقى له من المقابل المالي عند التسوية النهائية^(٢). وعندما تقوم الإدارة بدفع جزء من المقابل المالي فإنها أولاً تقوم بالتأكد من صحة الأعمال المنفذة، أو المقدمة من قبل المتعاقد، ومن ثم حساب المبالغ المستحقة له وفق الأسعار في وثائق العقد^(٣).

أولاً: الدفعات الجزئية:

بما أن عقود الأشغال العامة عقود زمنية، فهي تحتاج إلى آجال زمنية طويلة، ومبالغ مالية ضخمة؛ ولذا لا تطبق عليها القاعدة العامة القائلة بأن الدفع بعد أداء الخدمة^(٤)، وبالتالي تلجأ الإدارة إلى نظام الدفعات، وهي إما أن تكون على شكل سلف، أو دفعات مرحلية، وكلاهما لا إشكال فيه في الفقه الإسلامي كما مر معنا في أحكام أحوال قبض المقابل المالي في الفقه الإسلامي.

(١) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ١٣٠ .

(٢) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢/٢٩٤، ٣١٥، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢٣٦.

(٣) يُنظر المقابل المالي في العقود الإدارية ٧٠.

(٤) يُنظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢٠٩، ومبادئ وأحكام القانون الإداري، محمد رفعت عبد الوهاب، ٥٣٧، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

١- السُّلف:

يعتمد المتعاقدان إلى السلف بهدف توفير السيولة اللازمة للمتعاقد في بداية العقد؛ لشراء ما يلزم من تجهيزات ومواد^(١)، وقد أجاز المشرع السوري للإدارة منح سلف ضمن الشروط التالية:

(_ أن يتضمن دفتر الشروط الخاصة والإعلان نصاً خاصاً بذلك.

- أن لا يتجاوز مقدار السلفة /١٥% من قيمة العقد.

- أن لا تدفع السلفة إلا بعد إعطاء أمر المباشرة، وتقديم كفالة مصرفية لا تقل عن قيمة السلفة.

- سقوط حق المتعاقد بالادعاء بارتفاع الأسعار الحاصل بعد قبض السلفة^(٢).

كما أن قانون رقم ٢/ الخاص بالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة في سورية نص على أن المتعاقد إذا كان جهة إدارية فلها المطالبة بسلفة تصل إلى /٢٠% من قيمة العقد بناء على مبدأ التوازن المالي^(٣).

٢- الدفعات المرحلية:

الدفعات المرحلية هي جزء من المقابل المالي (الثن) الذي يستحقه المتعاقد لقاء ما قام به من أعمال، ويُدفع له بشكل نهائي، وبالتالي يتم إجراء كشف على الأعمال المنفذة من قبل لجنة تمثل الجهة الإدارية، حيث تحضر اللجنة إلى موقع العمل في الموعد المحدد في العقد، أو المحدد من قبل الإدارة، والمُبلَّغ إلى المتعاقد^(٤)، وتسجل اللجنة ما ترصده في جدول المنجزات (دفتر التقابل)، والذي يحوي أسعار المواد التي استخدمت في التنفيذ، ثم يجري حساب المبالغ المستحقة للمتعاقد وفق ما أنجزه من أعمال، وما يقابلها من أسعار وفق هذه الجداول^(٥)، وتكون الكشوف شهرية بعد معاينة الأعمال، ويدفع كامل الثمن عن الأعمال المنفذة بصورة نهائية

-
- (١) يُنظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢٤١ مبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين، ٣٣٩.
- (٢) المادة /٤٩/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.
- (٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ٣٩/٣٤ تاريخ ١٩٨٤، مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهاني، ١٦٦/٣.
- (٤) يُنظر مادة (٣٥) من المرسوم /٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.
- (٥) يُنظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢٠٩، والأشغال والمقاول، نعيم مغيب ٢٠٣، والمبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٣١٢، وأحكام العقد الإداري في القانون السوري، نبيل الظواهرة الصائغ، عبد الحي والي، ١٨٦ وما بعدها.

بناءً على الأسعار الملحوظة في العقد، كما يدفع ثمن كامل الأعمال غير المنجزة بصورة كلية مع احتساب درجة إنجازها، إضافة إلى ثمن الإحضارات المجهزة في موقع العمل، وتكون كميّاتها بنسبة ٨٠٪/١^(١).

جاء في بلاغ وزارة المالية الموجه إلى وزارة الأشغال العامة: (... إن الكشفون تنظم شهرياً أي إنها تنظم بالأعمال المنجزة خلال كل شهر، الأمر الذي يعني عدم جواز تنظيم الكشف الأول لأي تعهد قبل مضي مدة شهر من بدء المباشرة الفعلية في العمل. كما أن الكشف الثاني يجب ألا ينظم إلا بعد مضي شهر على تنظيم الكشف الأول وهكذا)^(٢).

وهناك بعض الجهات العامة التي تربط صرف الدفعات الشهرية بإنجازات معينة، كإنجاز نسبة معينة من المرحلة حسب الجدول الزمني.

ثم إن الدفعات المرحلية يُخصم منها نسبة ٥٪/١ لضمان حسن التنفيذ، وترد له عند التصفية النهائية. كما أن الدفع للمتعاقدين يتم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الكشفون إلى محاسب الإدارة أو الإدارة المالية المختصة^(٣)، وفي حال تأخر الدفع له يتم إضافة مدة التأخر إلى المدة اللازمة لإنجاز العقد^(٤). وبهذا نرى أن الدفعات المرحلية وإن كانت تشابه السلف في تغطية التنفيذ الجزئي للعقد، إلا أن الفرق بينهما يظهر في أن السلفة يجب أن تُرد للإدارة سواء عن طريق الخصم من الدفعات المرحلية، أم عند التصفية النهائية بحسب ما ينص عليه العقد^(٥).

(١) يُنظر المادة ٣٦/ من المرسوم ٤٥٠/، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

(٢) بلاغ وزارة المالية رقم ٢٩٥٣٧-١٦/١ تاريخ ١١/١١/١٩٧٥، موسوعة العقود، صبحي سلوم، ٧٣٨.

(٣) يُنظر المادة ٣٦/ فقرة هـ/ من المرسوم التشريعي ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤/.

(٤) يُنظر المادة ٣٦/ من المرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

(٥) يُنظر المقابل المال في العقود الإدارية ٧٢.

المطلب الثاني: شروط وإجراءات الوفاء بكامل الثمن في عقود الأشغال العامة (التسوية النهائية)

يقصد بالتسوية النهائية إعطاء المتعاقد بقية مقابله المالي لقاء بقية التزاماته، حيث يجب عليه أن يُبلغ الإدارة عندما ينتهي من أداء كافة التزاماته أنه قد أنهى العمل المطلوب، وبالتالي تقوم الإدارة بتبليغ المتعاقد لحضوره بنفسه، أو إرسال من ينوب عنه في الموعد المحدد، ثم تقوم بفحص الأعمال المنفذة، ومقارنتها مع ما هو مطلوب بموجب العقد، ومع ما طلبته من أعمال إضافية خلال مدة التنفيذ، فإذا قبلت الإدارة ما نُفذ من الأعمال فإنه تقوم بجمع ما يقابل هذه الأعمال من مبالغ مستعينة بجداول التقابل، وخصم ما سبق دفعه على شكل دفعات مرحلية، أو سلف^(١).

وأما في حال مخالفة المتعاقد لبعض التزاماته، بحيث وُجد خلل فللإدارة أن تقبله أو لا، فإن قبلته مضطرة إلى ذلك، فلها أن تخصم من المقابل المالي للمتعاقد كلفة إصلاح الخلل أو ما سيلحقها من خسارة^(٢) بسبب عدم الاستخدام الأمثل للأشغال، وتُخصم المبالغ الواجبة الحسم بناءً على أسعار العقد^(٣)، وهذا الكشف متى وُقِع من قبل المتعاقد دون تحفظ، فإنه يصبح كشفاً نهائياً في مواجهته، ومبرراً لذمة الإدارة، وبالتالي لا تحق المطالبة بغير ما هو موجود فيه بعد ذلك^(٤). أما في حال تحفظ المتعاقد على ما جاء في هذا الكشف سواءً عن طريق التوقيع مع التحفظ، أم الامتناع عن التوقيع أم عدم حضوره^(٥)، فإن هذا التحفظ، والامتناع عن التوقيع لا يوقف آثار الكشف النهائي ما لم تقدم مذكرة تفصيلية توضح أسباب التحفظ خلال مدة عشرين يوماً من تاريخ إجراء الكشف، إلا إذا كانت أسباب التحفظ واضحة تماماً^(٦).

وإذا كان هناك تأخر في إجراء الكشف النهائي فللمتعاقد أن يطالب بالتعويض^(٧).

(١) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس ٣١٧/٢.

(٢) يُنظر التعويض عن الضرر شرعاً في الباب الثالث من هذا البحث.

(٣) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣١٧/٢، والأشغال والمقاول، نعيم مغيب ٢٠٤، حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ٢٩١/٤٢٣ لعام ١٩٨٤، يُنظر موسوعة العقود، صبحي سلوم، ٧٠٣.

(٤) ينظر قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ١/٢٢٨ في الطعن ٢٤١/ لعام ٢٠٠٠، غير منشور.

(٥) ينظر المادة ٣٧/ من المرسوم ٤٥٠/، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ١٠٠/١-١١٠ لعام ١٩٩٩، مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهائبي، ٤١٥/٣.

(٧) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣٠٩/٢. هذا وتأخر الإدارة في دفع المقابل المالي يجعل صغار المقاولين يتعدون عن التعاقد؛ بسبب محدودية إمكانياتهم التي لا تحمل تأجيل الدفع لفترات طويلة الأمد. ينظر مبادئ القانون الإداري، د. عبد الله طلبة، ٣٣٩/٢، دار الكتاب، دمشق، ٢٠٠٦ م.

وبعد الانتهاء من تحرير الكشف النهائي، والاتفاق عليه بين الإدارة والمتعاقد معها، تقوم الإدارة بإعطاء المتعاقد مقابله المالي حسب الكشف النهائي^(١)، بخلاف حالة سحب الأعمال والتنفيذ على حساب المتعاقد، حيث يتم وقف مقابله المالي من تاريخ السحب، ويُنْتَظَرُ حتى يتم تنفيذ المشروع من قِبَل متعاقد آخر تختاره، الإدارة وتصفّي حساب هذا المتعاقد الجديد، ثم تقوم بتصفية حساب الأول (الذي سُحِبَ منه الأعمال) بعد أن تُخصم تنفيذ العقد الجديد^(٢).

وسأفصل الحديث عن ذلك في الباب الثالث حين الحديث عن التصفية النهائية.

-
- (١) وقد سمح المشرع السوري أن يُعاد نصف التوقيفات المقتطعة سابقاً عقب إجراء الكشف النهائي متى رضيت الإدارة بالتنفيذ الذي قام به المتعاقد. المادة ٣١/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور، ٢٥، حلقة بحث، إشراف: د. عصام الشهابي، ود. محمد السيد، جامعة حلب، كلية الحقوق، الدراسات العليا، قسم القانون العام، ٢٠١٤ م .
- (٢) بلاغ وزارة المالية السورية، رقم ١٦/٧٣١٣/٥ لعام ١٩٧٤، ينظر موسوعة العقود، صبحي سلوم، ٧٧٣.

المطلب الثالث: شروط وإجراءات الوفاء بكامل الثمن في عقود التوريد

أولاً: عقود التوريد الداخلية:

عقود التوريد الداخلية: هي (العقود التي تبرم مع مواطني الدولة، وتكون المواد الموردة عادة منتجة وطنياً، أو موجودة لدى المورد في مخازنه داخل الدولة نفسها)^(١)، ولا يستحق المتعاقد مقابله المالي إلا بعد استلام الجهة العامة لها، والتأكد من مطابقتها للمواصفات، حيث تقوم لجنة الاستلام المشكلة من قبل الإدارة بالاختبار الكمي والنوعي للمواد الموردة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط التعاقدية^(٢)، لتقرر بعد ذلك قبولها كلياً، أو جزئياً، أو رفضها كل أو بعض المواد الموردة مع إمكانية حجزها حتى يتم استبدالها أو إكمالها^(٣).

وبعد قبول الإدارة واستلامها أو رفضها للأصناف، توثق ما قامت به في محضر يوقع أصولاً من لجنة الاستلام^(٤)، وللمتعاقدين أن يعترض عليه خلال عشرة أيام من تبليغه أو توقيعه^(٥)، ثم إن تم الفحص والقبول والاستلام والتحرير يستحق المتعاقد مقابله المالي بموجب هذه المحضر حصراً وخلال خمسة عشر يوماً من تاريخ توقيع المتعاقد، باستثناء جزء من الثمن، يمثل التأمينات المدفوعة سابقاً، والتي تبقى في ذمة الإدارة حتى انتهاء فترة الضمان المنصوص عليه في العقد؛ وذلك للتأكد من صلاحية المواد الموردة للاستعمال وعدم ظهور أي عيب فيها^(٦).

ويُعطى المتعاقد مقابله المالي غالباً بالعملة الوطنية، لاسيما إذا كانت المواد الموردة في مستودعات المتعاقد^(٧)، كما يمكن أن يُعطى بالعملة الأجنبية حال توريد مواداً من الخارج لمشاريع ذات طبيعة خاصة،

(١) المقابل المالي في العقود الإدارية، عزة سلمان، ٨٢ .

(٢) ينظر المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٣١٩ وما بعدها.

(٣) ينظر المادة ٦/ من المرسوم التشريعي ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤.

(٤) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٥٦/٥٥ لعام ١٩٨٤، ينظر صيغ الدعاوى الإدارية، مصباح نوري المهائبي، ٥٢٠.

(٥) ينظر المادة ١٢/ من المرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

(٦) ينظر المادة ١٢/ من المرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية. وبما أن السلف غير معترف بها في عقود التوريد، فإن الاعتماد المستندي يعني المورد عن الانتظار للحصول على مستحقاته. ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ٨٥-٨٦.

(٧) ينظر المرسوم التشريعي رقم ٢٥/ لعام ٢٠١١، الصادر في الجمهورية العربية السورية، والخاص بدفع مستحقات المتعاقد الوطني بالعملة الأجنبية.

ومحددة بذاتها، بشرط أن يتضمن الإعلان ودفتر الشروط الخاصة نصاً يفيد ذلك^(١)، ومن فوائد ذلك أن المتعاقد يتمكن من تمويل مستورداته دون اللجوء إلى مصرف سورية المركزي، أو المصرف التجاري السوري وانتظار حلول دوره للحصول على العملة الأجنبية.

ثانياً: عقود التوريد الخارجية:

عقود التوريد الخارجية هي: (العقود التي يُتفق بموجبها على توريد البضائع من خارج الدولة، عن طريق مورد يكون على الأغلب مقيماً خارجها)^(٢).

ويكون وفاء المقابل في هذه العقود كما في عقود التوريد الداخلية، إلا أنها تختلف عنها من ناحيتين:

الناحية الأولى: مكان التسليم:

ففي عقود التوريد الداخلية يجري التسليم في المكان المتفق عليه في العقد داخل الدولة، حيث تكون المواد على الأغلب في مخازن المتعاقد^(٣).

أما في عقود التوريد الخارجية، فقد يكون التسليم داخل الدولة وقد يكون خارجها، على إحدى الصور الآتية:

— التسليم خارج الدولة، في بلد المورد، وعلى ظهر الباخرة في ميناء الشحن، ويجري التسليم من قبل لجنة استلام خارجية، أو تكلف جهات، أو أفراد، أو شركات بإجراء هذا الاستلام بالنيابة عن الجهة الإدارية.

— التسليم داخل الدولة (التسليم في البلد المستورد) على رصيف ميناء الوصول.

— التسليم داخل الدولة على ظهر السفينة في ميناء الوصول.

— التسليم داخل الدولة في مستودعات الجهة الإدارية^(٤).

الناحية الثانية: الدفع عن طريق الاعتماد المستندي:

يتم فتح الاعتماد المستندي من قبل المتعاقد أو الإدارة.

— إن قامت الإدارة بفتح الاعتماد المستندي:

فيجب على المتعاقد أن يقدم جميع الوثائق اللازمة لفتح هذا الاعتماد.

— إن كان التسليم في ميناء الشحن: فعلى المتعاقد أن يبلغ الإدارة عن موعد وصول الشحنة إلى

الميناء، مع بيان كافة أوزانها وأحجامها خلال شهر واحد من تاريخ فتح الاعتماد المستندي^(١).

(١) ينظر القانون الإداري، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٢٤٣.

(٢) المقابل المالي في العقود الإدارية ٨٦.

(٣) ينظر القانون الإداري، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٢٤٣.

(٤) ينظر المادة ١٢/ من المرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

— إن كان التسليم في ميناء الوصول: أو في مخازن الجهة العامة، فعلى المتعاقد أن يبلغ المؤسسة العامة للنقل البحري، قبل الشحن بشهرين بأوزان البضاعة وأحجامها؛ لأن النقل سيتم عن طريقها، كما يجب عليه أن يبلغ الجهة العامة مقدار الاعتماد ونوع العملة المطلوب دفعها، ومن ثم فتح الاعتماد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ^(٢)، وإن كانت الفترات الزمنية المذكورة مطبقة فمددها يمكن أن تختلف بين المتعاقدين، فلا نص فيها.

وبعد فتح الاعتماد المستندي يدفع المصرف ثمن البضاعة أو الخدمة، بعد أن تُقدم إليه المستندات التي تُثبت أن البضاعة قد شحنت، حيث يقوم بفحصها للتأكد من مطابقتها لشروط فتح الاعتماد المحددة من قبل الجهة الإدارية (المشتري)؛ لأنه إنما يدفع بموجب المستندات المطابقة لشروط الاعتماد^(٣). والمستندات التي تقدم إلى المصرف كما يأتي^(٤):

- ١- بوليصة الشحن: للتأكد من شحن السلع أو أنها سلمت إلى شركة النقل.
 - ٢- الفاتورة التجارية: وفيها تفاصيل السلع نوعاً وكماً وسعراً، بالإضافة إلى مصاريف النقل.
 - ٣- وثيقة التأمين: للتأكد من أن البضاعة مؤمن عليها، وتضم هذه الوثيقة بيانات مفصلة عن هذه البضاعة، واسم المستفيد، والعملة التي سيتم بها التعويض وطريقته، وأن تكون العملة المذكورة في وثيقة الائتمان ذات العملة التي يفتح بها الاعتماد.
 - ٤- شهادة منشأ: لتبيين مصدر السلع، ومطابقتها لما ورد في العرض الفني، وميزاتها^(٥).
- وللإدارة أن تطلب وثائق أخرى، أما في حال عدم طلبها فيكتفى بالمستندات الثلاثة الأولى^(٦).

ويمكن الاستعانة بمصرف وسيط يبلغ المتعاقد (البائع) خطاب الاعتماد، ويتأكد من صحة المستندات^(٧)، ثم يدفع للمتعاقد (البائع)، ويسلم السندات للإدارة (المشتري) ليسترد المبالغ التي دفعها^(٨).

-
- (١) ينظر المادة ٧/ من المرسوم /٤٥٠/، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.
 - (٢) ينظر المادة ٧/ من المرسوم /٤٥٠/، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.
 - (٣) ينظر الموسوعة التجارية المصرفية، محمود الكيلاني، ٤/ ٢٠٨، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.
 - (٤) ينظر الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية، مازن عبد العزيز فاعور، ٤٣ وما بعدها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م.
 - (٥) ينظر تعميم وزارة الاقتصاد، رقم ٩/٤/٧١٨٤ لعام ١٩٧٨، وموسوعة العقود، صبحي سلوم، ٣٦٧.
 - (٦) ينظر الموسوعة التجارية المصرفية، محمود الكيلاني، ٤/ ٢٠٨.
 - (٧) ينظر الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية، مازن عبد العزيز فاعور ٣٤.

وبذلك يمكن فتح الاعتماد المستندي قبل الاستلام، لكن لا يُدفع (للمتعاقد) للبائع إلا بعد الفحص والتأكد من صحة المستندات^(٢)، وإنّ أي ارتفاع في الأسعار بين تاريخ إبرام العقد، وتاريخ الدفع^(٣)، فإنّ الدفع يتم بالسعر المحدد في العقد دون النظر إلى التغيرات الحاصلة في قيمة العملة^(٤).
وغالباً ما يكون الدفع في عقود التوريد الخارجية بالعملة الأجنبية المحددة في العقد، وفي حال وجود وكيل بالعمولة للمتعاقدين الأجانب داخل سورية يجري الدفع له بالعملة السورية^(٥).

(١) ينظر المرجع نفسه، ١٧٣.

(٢) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٥٩٩.

(٣) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ٢٧١/١٢٩ لعام ١٩٧٢م، وموسوعة العقود، صبحي سلوم، ٣٩٦.

(٤) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ٣٢٨/٦٩، لعام ١٩٧٤.

(٥) ينظر المادة ١٦/ من قانون العقود الموحد السوري رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤/.

المطلب الرابع: دفع الثمن (الدفع للأشخاص المسؤولين عن التنفيذ)

يوضح هذا المطلب الأشخاص الذين يُدفع لهم المقابل المالي من قبل الإدارة، والأغلب الشائع أن يكون الدفع للمتعاقد مع الإدارة (المتعاقد الأصلي)، لكن هناك حالات يكون فيها الدفع للمتعاقد النائب عن المتعاقد الأصلي في تنفيذ الأعمال كالوكيل القانوني أو الشريك، أو يكون الدفع للمتنازل له عن العقد. كما أن هناك حالات يكون الدفع فيها لمن هم خارجون عن إطار العقد، كالدفع للمحال عليه، والدفع لدائن المتعاقد، والدفع لورثة المتعاقد، وأفضل ذلك فيما يأتي:

أولاً: الدفع للمتعاقد الأصلي:

الأصل في العقود أن يتم دفع المقابل المالي للمتعاقد الأصلي الذي أدى ما طُلب منه، حيث إن الهدف الأساسي للمتعاقد من العقد، هو الحصول على المقابل المالي^(١). ولفظ المتعاقد يشمل الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، فإذا كان المتعاقد مع الإدارة شخصاً اعتبارياً، ففي هذه الحالة يتم الدفع إلى المسؤول عن إدارة هذا الشخص الاعتباري، أو من يكلفه بذلك، ليُعاد توزيعه حسب عقد الشركة الخاصة، أو يدخل في ميزانية الشخص الاعتباري العام، ليعود بعد ذلك، وحسب القوانين إلى الخزينة العامة للدولة.

كما أنه يمكن للإدارة أن تجزأ مهام العقد بين متعاقدين أو أكثر، فيكون كل منهم مسؤولاً عن تنفيذ التزاماته التي كُلف بها وبالتالي لكل منهم عقد معيّن مع الإدارة ويستحق المتعاقد مقابله المالي، مقابل الأعمال التي قام بها، وكذلك المتعاقدون الآخرون^(٢).

كما يمكن للإدارة أن تتعاقد مع مجموعة أشخاص مشتركين في شركة بينهم، فيكونون مسؤولين بالتضامن عن التنفيذ^(٣)، وبالتالي يكون دفع المبالغ لأحدهم مبرراً لزمة الإدارة، ولا يعتد بأي مطالبة من الشركاء الآخرين للدفع لهم بحجة عدم استلامهم المقابل شخصياً. هذا الأمر أكدته المشرع السوري، حين عد التعامل مع أي من المتعهدين الشركاء، بمثابة التعامل مع بقيتهم^(٤).

وإذا كان للعقد ملحق وقعت عليه الإدارة ووقع عليه الشركاء المتضامنون جميعهم فيعد هذا الاتفاق الجديد عقداً جديداً، أما إذا تم التعاقد مع أحد الشركاء فيُعد مسؤولاً لوحده عن التنفيذ، ويأخذ مقابله المالي.

ثانياً: الدفع للمتعاقد الثانوي:

(١) ينظر آثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور، ٢٦.

(٢) ينظر المادة ٢٣/ من قانون عقود الجهات العامة السورية.

(٣) ينظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣١٢/٢.

(٤) ينظر المادة ٤٣/ من المرسوم ٤٥٠/، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

يُقصد بالتعاقد من الباطن أن يعهد المتعاقد الأصلي بجزء من التزاماته التعاقدية لشخص آخر، على أن اكتساب هذا الشخص لصفة المتعاقد من الباطن، يقتضي موافقة الإدارة، وإن كانت هذه الموافقة لا تُحلّ محل المتعاقد الأصلي، وتبقى مسؤولية التنفيذ أمام الإدارة على عاتق المتعاقد الأصلي^(١)، وتكمن الفائدة في التعاقد من الباطن في أن المتعاقد من الباطن الذي تمت الموافقة عليه من قبل الإدارة، يستطيع أن يطالب الإدارة بمقابل ما أدى من أعمال لصالحها، في حال لم يفِ المتعاقد الأصلي بذلك.

أما المتعاقد الثانوي الذي لم توافق عليه الإدارة، فإن مطالبته للإدارة بالمقابل المالي تكون عن طريق الدعوى غير المباشرة، في حال إهمال مدينه (المتعاقد الأصلي) مطالبة الإدارة بمقابل أعماله^(٢).

هذا والمشرع السوري وإن اشترط حصول المتعاقد من الباطن على موافقة الإدارة، يبقى المتعاقد هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة، وبالتالي هذه الموافقة لا تعطيه الحق بمطالبتها بالدفع المباشر، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في سورية، وفق ما جاء في أحد أحكامها: (ليس للمتعاقد الثانوي أن يطالب الإدارة مباشرة بالحقوق المتولدة عن العقد المبرم بينها، وبين المتعاقد الأصلي، وإنما يتولى ذلك المتعاقد الأصلي المسؤول عن التنفيذ، وصاحب الصفة الوحيدة في الرابطة العقدية الإدارية)^(٣).

ويبدو لي أنه ينبغي السماح بالدفع للمتعاقد من الباطن طالما أنه وافقت عليه الإدارة ويعمل للصالح العام ويقوم بتنفيذ حاجات الجهة الإدارية.

ثالثاً: الدفع في حال التنازل عن العقد:

يتم التنازل عن العقد متى أحلّ المتعاقد الأصلي شخصاً آخر مكانه في تنفيذ العقد^(٤)، لينقل العقد عندئذٍ بما فيه من حقوق، والتزامات للمتنازل له، ويشترط موافقة الإدارة على هذا التنازل، للاعتراف به كتصرف قانوني، مستندة بذلك إلى اعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق العام، وتوافر الضمانات الكافية لدى المتنازل له^(٥).

(١) ينظر آثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور، ٢٦، وعقد المفاوضة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٢٤٩، والأسس العامة للعقود الإدارية، محمود زكي شمس، ١٢٢٧.

(٢) ينظر المادة ٣٠/ من المرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

(٣) قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ١٢٣/١٦٤ لعام ١٩٧٤، موسوعة العقود، صبحي سلوم، ٧٥٣.

(٤) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية، محمود زكي شمس، ١٢٢١.

(٥) ينظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية ٣٢.

و(الطبيعة القانونية للتنازل محل جدل بين الفقهاء، فمنهم من يعد التنازل عقداً جديداً، ينشأ بين الإدارة والمتنازل له، في حين يرفض قسم آر هذا التوصيف محتجاً بإغفال قواعد المنافسة والعلانية)^(١). ويبدو لي أنّ التنازل يُعد عقداً جديداً، وإن لم توجد قواعد المنافسة؛ لأنه يمكن للإدارة أن تبرم عقوداً لا تلجأ فيها إلى هذه القواعد، كما في حالة ملاحق العقود، كما أنّ هذا العقد عندما ينتقل إلى المتنازل له، فإنه ينتقل بشروطه كله، ويصبح المتنازل له قائماً مقام المتعاقد الأصلي. هذا والمتنازل له متى أتم هذا التنازل يصبح في علاقة عقدية مباشرة مع الإدارة، ويكون وحده صاحب لحق في الحصول على بدل الأعمال المنفذة^(٢)، ومسؤوليته تشمل جميع الأعمال التعاقدية^(٣).

رابعاً: الدفع للغير (غير المسؤول عن تنفيذ العقد)

قد يتم دفع المقابل المالي لغير المتعاقد مع الإدارة كالدفع للوارث أو للمحال له أو لدائن المتعاقد، كل حسب شروطه، وبالتالي فالغير هنا (الشخص الذي يُدفع له المقابل المالي التعاقدية، دون أن يكون مسؤولاً عن تنفيذ أي التزام تعاقدي)^(٤).

١_ الدفع للمحال له:

الأصل في دفع المقابل المالي أن يُدفع إلى المتعاقد مع الإدارة، إلا أنّه يملك الحق في تحديد شخص آخر، يُدفع له هذا الثمن، أو جزء منه، وهذا عقد الحوالة، جاء في المادة (٣٠٣) من القانون المدني: (الاتفاق بين المُحيل، والمُحال له، على تحويل حق المُحيل في ذمة المُحال عليه إلى المُحال له)، وبالتالي فالحوالة تتضمن انتقال للحقوق دون الالتزامات^(٥).

وللإدارة (المُحال عليها)، التمسك في مواجهة المُحال له، بجميع الدفوع التي كان لها أن تتمسك بها في مواجهة المتعاقد (المُحيل)، منذ تاريخ نفاذ الحوالة^(٦)، وبالتالي تستطيع الإدارة عندئذٍ أن تخصم من المبالغ الواجب دفعها للمُحال له؛ وذلك بسبب تقصير المُحيل بتنفيذ التزاماته، أو لأي سبب آخر.

(١) المقابل المالي في العقود الإدارية ٦١، والمبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٧٤.

(٢) ينظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، وليد حيدر جابر، ٥٤٣، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٩م.

(٣) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ٢٥٠/٤٨٠ لعام ١٩٨٤، مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهيايني، ١٩٨/٣، والمادة ٣٠/ من المرسوم التشريعي السوري ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤/

(٤) المقابل المالي في العقود الإدارية ٦٣.

(٥) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي ٦٠٠.

(٦) ينظر المادة ٣١٢/ من القانون المدني السوري.

وليست في قانون عقود الجهات العامة السوري ما يمنع الحوالة، واشترط القضاء الإداري لها أن تكون قابلة للحجز، ومعلومة المقدار، وأن تبلغ إلى الإدارة^(١).

٢_ الدفع لدائن المتعاقد:

الدفع إلى دائن المتعاقد يأخذ الصور الآتية^(٢).

— استخدام الدعوى غير المباشرة: متى رفضت الإدارة الدفع لمتعاقدتها^(٣)، يلجأ دائن المتعاقد إلى رفع الدعوى، وبعد تحصيل المبالغ فإنها تعود للمتعاقد نفسه، ويكون حق الدائن رافع الدعوى مساوياً لحق بقية دائني المتعاقد في المطالبة بحقوقهم^(٤).

— الحجز التنفيذي: قد يكون الدفع للغير عن طريق الحجز التنفيذي، كما لو أوقع دائن المتعاقد هذا الحجز على مال مدينه (المتعاقد) الموجود لدى الغير (الإدارة)، و(الحجز التنفيذي الذي يوقعه الدائن على ما يكون لمدينه من أموال منقولة في حيازة الغير، أو ما يكون لمدينه بذمة الغير من مبالغ، أو ديون سواء كانت مؤجلة، أم معلقة على شرط...) ^(٥)، وبذلك يستوفي الدائن حقه بشكل مباشر من أموال مدينه لدى الغير (الإدارة)^(٦)، وأما الحجز على المقابل المالي للمتعاقد فلا يمكن للإدارة ذلك إلا بحكم قضائي^(٧).

وبعد صدور الحكم بالحجز، تستلمه الإدارة وتوفي المبالغ عن طريق إيداعها في صندوق الدائرة التابعة لها، أو في الدائرة التنفيذية التي تقرر فيها الحجز، ومن ثم يقوم دائن المتعاقد بالقبض من هذه الدائرة^(٨)، على أن يكون المبلغ المطلوب إيداعه مساوياً للمبلغ الوارد في الحكم القضائي، ويبقى للمتعاقد الفرق بين استحقاقاته الأولية، والمبلغ الوارد في هذا الحكم القضائي.

لكن عندما نرى أن القضاء السوري لا يجيز الحجز إلا بعد قبول الإدارة، فإن الصورة هنا صارت شبيهة بالحوالة^(٩).

(١) ينظر قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية، رقم ٤٩/ لعام ١٩٦٣.

(٢) ينظر المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٣٤٨.

(٣) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية، محمود زكي شمس، ٢/ ١٢٢٣.

(٤) ينظر المادة ٢٣٧/ من القانون المدني السوري.

(٥) ينظر أصول التنفيذ المدني، صلاح الدين سلحدار، ٢٤٩، مطبعة الداودي، دمشق، ١٩٩٨.

(٦) ينظر المرجع نفسه، ٢٤٩.

(٧) ينظر قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية، ١٤٤/٣٠٩ لعام ١٩٧٩م، موسوعة العقود، صبحي سلوم، ٧٦٤.

(٨) ينظر أصول التنفيذ المدني، صلاح الدين سلحدار، ٢٥٥.

(٩) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية، محمود زكي شمس، ١٢١١.

٣_ الدفع لورثة المتعاقد:

الأصل أن العقود الإدارية تقوم على الاعتبار الشخصي، حيث تستند إلى كفاءة الشخص المالية والفنية، وإذا مات المتعاقد، فللإدارة فسخ العقد، وتصفية الحقوق المتولدة عنه، لكن إذا وجدت الكفاءة أيضاً في ورثة المتعاقد، فإنه يمكن أن يستمر العقد إذا وافقت الإدارة وقبلوا هم بذلك^(١).
فإن اختارت الإدارة الفسخ، فإنها تقوم بتصفية حقوق المتعاقد المتوفي، كضمن الأعمال التي قام بتنفيذها، ولم تُدفع له، ومبالغ التأمين^(٢)، وتُدفع إلى الورثة فيقتسمونها حسب حصصهم المشروعة.
ثم إن التضامن مفترض بين الورثة^(٣)؛ ولذلك فإن الدفع لأحد الورثة يبرئ ذمة الإدارة^(٤).
وأما انتقال العقد بما فيه من حقوق، والتزامات إلى أحد الورثة، ليقوم بتنفيذه وحده، فأذكر هنا المادة ٨٦٧/ من القانون المدني السوري، (إذا كانت من أموال التركة مُستغل زراعياً، أو صناعياً، أو تجارياً مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه بكامله لمن يطلبه من الورثة، إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به، وضمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته، ويُسترد من نصيب الوارث في التركة، فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خُصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل).
إذاً يمكن أن يُنقل تنفيذ العقد إلى أحد الورثة متى كان مستوفياً للشروط المالية والفنية التي تطلبها الإدارة، وبالتالي يكون مسؤولاً بمفرده عن تنفيذ الالتزامات التي كانت مطلوبة من المتعاقد المتوفي^(٥)، ويستحق مقابله المالي عليها، وعندئذٍ يعد هذا العقد نصيب هذا الوارث من التركة، ويعوّض بقية الورثة من أموال التركة الأخرى.

(١) ينظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٢٦٥.

(٢) ينظر المادة ٥٩/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

(٣) استناداً إلى ما ورد ذكره في القانون المدني السوري، في المادة ٨٧١/.

(٤) وقد جاء النص في قانون المناقصات والمزايدات حصراً على التوقيع دون غيره.

(٥) ينظر في ذلك الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات، عليه مصطفى فتح الباب، ٢٦٣.

الباب الثاني

المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقود التفويض العام

(منفعة من الإدارة، ثم نقوداً من المتفعين)

ويتضمن فصلين:

الفصل الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الالتزام والامتياز
وضوابطه وأنواعه

الفصل الثاني: أحكام الرسم (التعرفة) والمزايا المالية في عقود
التفويض العام

الفصل الأول **تكييف المقابل المالي في عقود الالتزام والامتياز وضوابطه** **وأنواعه**

ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: تكييف المقابل المالي في عقود التزام المرافق العامة والامتياز

المبحث الثاني: أنواع المقابل المالي وشروطه في عقود التزام المرافق العامة والامتياز

المبحث الأول
تكييف المقابل المالي في عقود التزام المرافق العامة والامتياز
ويتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت

المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقد الامتياز

المطلب الثالث: التمييز بين المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت وعقود الامتياز

المطلب الرابع: تكييف المقابل المالي في عقود مشاطرة الاستغلال

تمهيد في تعريف عقود التفويض وعقود التفويض العام:

أولاً: تعريف عقود التفويض:

التفويض لغةً: التفويض لغةً: من فَوَّضَ إليه الأمرَ صَيَّرَهُ إليه، ويُقال فَوَّضَ أمره إليه إذا رَدَّه إليه وجعله الحاكم فيه^(١).

عقود التفويض في الاصطلاح: (هي التي تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعاً عليه قبل التفويض والإطلاق، فالإذن في العقود يفيد ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله الإذن، كعقد الوكالة التي هي إذن بالتصرف، فيثبت للوكيل التصرف فيما وكل فيه)^(٢).

ثانياً: تعريف عقود التفويض العام:

تعرف عقود تفويض المرفق العام بأنها: (عائلة العقود الإدارية التي تستند إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو العام عبء الاضطلاع بإدارة مرفق عام، وذلك لقاء تحصيل رسوم من المنتفعين محل العقد بما يغطي تكلفة إدارة المرفق وهامش من الربح يتقاضاه المتعاقد)^(٣).

وعليه فإن المقصود بعقود التفويض العام هنا في هذا البحث هي: العقود التي تفوض فيها الإدارة مَنْ يتعاقد معها على القيام بمصلحة المرفق العام، ثم تحصيل المقابل المالي من خلال التَّعَرُّفِ المحصَّلة من المنتفعين من المرفق العام، وذلك في عدة عقود، من أهمها: عقود الامتياز وعقود التزام المرافق العامة^(٤).

وفي الجانب القانوني فإن المقابل المالي في هذه العقود هو عائد الاستثمار بما يشمل من رسوم (التَّعَرُّفِ)، أو نسب أرباح من نتائج الاستثمار، أو مكافآت.

ومعنى التفويض هنا: أنَّ الإدارة تفوَّض وتوكَّل المتعاقد بأن يأخذ مقابله المالي (التكاليف والربح، أو الأجر) من خلال استثماره للمرفق (أي عن طريق قيامه ببذل خدمات المرفق للمنتفعين، وأخذ التَّعَرُّفِ منهم).

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (فوض).

(٢) أقسام العقود في الفقه الإسلامي، حنان بنت محمد حسين جستنبة، ٣٨٤/٢، رسالة ماجستير، إشراف الأستاذ الدكتور ياسين بن ناصر الخطيب، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

(٣) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، ود. مهدي نوح ٨١.

(٤) ينظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، ود. مهدي نوح ٨١، ٨٣، ويختلف التزام المرافق العامة عن الترخيص باستغلال المرفق العام، فالالتزام المرافق العامة يُعهد إلى الملتزم بالمشاركة في تسيير المرفق العام ولمدة طويلة نسبياً، أما التراخيص فهي مؤقتة وتمنح لأجل قصير وبحق للإدارة إلغاؤها في أي وقت. ينظر موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، حمدي ياسين عكاشة، ٥٣٥.

ويبقى المتعاقد قائماً في تحصيل هذه التّعريفات مدة من الزمن كما هو الاتفاق، وبعدها يؤول المرفق للإدارة.

وفي بعض عقود التفويض يُحصّل المتعاقد التّعريف لصالح الإدارة، ثم يأخذ أجره منها إما بنسبة معينة، أو بمبلغ محدد مقطوع لسائر العمل أو مقسم على فترات زمنية، وقد يترافق مع مكافأة مقطوعة أو بنسبة مئوية من حصيلة الإنتاج، ويكون معنى التفويض هنا من باب توكيل المتعاقد بالقيام بالأعمال، ويكون عقده مكيفاً إما على أنّه أجير عند الإدارة للعمل في المرفق، وإما أنّه وكيل بأجر، وهما متشابهان هنا، وذلك كما في مشاطرة الاستغلال.

وسميت عقود التفويض بهذا الاسم من باب التجوز، بالنظر إلى تفويض الإدارة للمتعاقد للحصول على النقود من المنتفعين من المرفق.

لكن هذه العقود في حقيقتها هي عقود تمليك ومعاوضات وليست مجرد تفويض؛ لأن التفويض في حقيقته توكيل^(١)، ونيابة، وإقامة الشخص غيره مكانه في عمل ما، فقد جاء في تعريف الوكالة عند الحنفية أنّها: (إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)^(٢)، فعقد الوكالة: تفويض شخص آخر بعمل ما للقيام به بدلاً عنه، ولا يملك الموكل إليه شيئاً مما وكله به الموكل، وإنما يعمل كل شيء لصالح الموكل، وهذا خلاف لما عليه العمل في عقود التفويض العام، حيث إنّ الإدارة تملك المتعاقد معها منفعة المشروع كمقابل لما يقوم به من مصالح المرفق العام، ثم هو يبيع هذه المنفعة للمنتفعين من هذا المرفق العام، ويأخذ الرسوم والتّعريفات له كمقابل مالي نقدي نتيجة لما يقدمه في إقامة مصالح المرفق العام.

كما أنّ قيام المتعاقد بتمليك المنفعة للمنتفعين وأخذ الرسوم (الأجرة، التّعريف) يدل على أنّ العقد من عقود المعاوضات والتمليك، وليس مجرد تفويض، وإنما جاء مصطلح التفويض بالنظر لتفويض الإدارة للقيام بأخذ المقابل المالي بعد القيام على المرفق العام بمصالحه المتفق عليها. وإنما درجت في تسمية هذه العقود بعقود التفويض درجاً على تسميتها في الدراسات القانونية، ولأنّها هي التسمية المألوفة للباحثين فيها.

ونظراً لاختلاف الجهة التي يتلقى منها المفوض إليه عائده؛ فإن العقود تنقسم إلى قسمين: الأول يضم العقود التي يتمثل عائدها بتّعريفات تدفع من قبل المنتفعين، والثاني يدفع مقابلها المالي من قبل الشخص العام المتعاقد.

(١) ينظر لسان العرب، مادة: (وكل)، والقاموس المحيط، مادة: (وكل) .

(٢) البحر الرائق ١٣٩/٧.

أما العقود التي يدفع عائدها على شكل تعرفٍ تدفع من قبل المنتفعين، ففيها تشعب العلاقات المالية بين الأطراف الداخلة في هذه العقود، ففي عقد الامتياز تنشأ علاقة مالية بين الملتزم والشخص العام المتعاقد، وأخرى بين الملتزم والمنتفعين، أما في عقود ال BOT: تشعب العلاقات المالية لتضم إضافة إلى العلاقة بين الملتزم والشخص العام المتعاقد، وبين الملتزم والمنتفعين، أطرافاً أخرى تشكل فيما بينها اتحاداً مالياً، وتتبع نظاماً تمويلياً خاصاً.

والعقود التي يدفع عائدها على شكل تعرفٍ: عقد التزام المرافق العامة، وعقد امتياز المرافق العامة وعقود البناء والتشغيل والإعادة (البوت).

وأما العقود التي يدفع مقابلها المالي من الجهة العامة، فتعد من عقود تفويض المرافق العامة، لأن المقابل ليس ثمناً يدفع من خزانة الدولة، بل جزءاً من العائد الاستثماري للمرفق، ومن أهم العقود التي تندرج ضمن هذه الطائفة عقدا مشاطرة الاستغلال، وإدارة المرافق العامة.

والفرق بين العقود التي يُدفع فيها المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة من الجهة العامة والعقود التي يُدفع فيها المقابل المالي للمتعاقد من الإدارة من المنتفعين، هو أنه في الحالة الأولى يحصل المتعاقد التّعريفات لحسابه، وأما في الحالة الثانية: فيحصل المتعاقد التّعريفات لحساب الجهة العامة.

المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت (عقد البناء والتشغيل والإعادة)

لكي نصل إلى تكييف المقابل المالي في عقدي الالتزام والبوت لا بد في البداية من توضيح مفهومهما، وتكييف عقدهما، ثم بعد ذلك نصل إلى تكييف المقابل المالي فيهما، وأبدأ بتفصيل ذلك كما يأتي:

— تعريف عقدي الالتزام والبوت:

الالتزام لغة: لَزِمْتُ الشيء لُزُوماً وَلِزَاماً، وألَزَمَهُ الشيء فالتَزَمَهُ، والالتِزَامُ أيضاً الاعتناق، وألَزَمَهُ إِيَّاهُ فالتَزَمَهُ، ورجل لُزْمَةٌ يَلْزَمُ الشيء فلا يفارقه، والمُلَازِمَةُ للشيء والدوام عليه^(١).

ونظراً لحدثة تسميات عقود التفويض العام وفروعها فإني سأعرف عقدي التزام المرافق العامة والبوت بالتعريفات المعاصرة؛ ليستبين منها المراد، ثم أقارنها بما يقاها في الفقه الإسلامي لمعرفة تكييفها المناسب.

— تعريف العقد الأول: التزام المرافق العامة:

(١) ينظر لسان العرب، مادة: (لزم) .

عقد التزام المرافق العامة هو (تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة تنفيذ مرفق عام بشكل اتفاقي إلى شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ بملء حريتها، وتسمى الإدارة في هذه الحالة بالسلطة المانحة.. أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم..، وتمثل الالتزامات الأساسية المترتبة على عقد الالتزام في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسؤوليته سير المرفق طبقاً لدفاتر الشروط، وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق، في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية رسوم من المنتفعين بالمرفق محل الالتزام لمدة محدودة هي مدة العقد ذاته والتي بعد انقضائها يلتزم المتعهد بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة بحالة جيدة^(١)).

ويُعرّف عقد التزام المرافق العامة بأنه: (عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذو طبيعة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن)^(٢).

لكن يُلاحظ هنا على التعريف الأول أنّه ذكر من واجبات الملتزم أن يقوم بإدارة المرفق، وأن يؤمن على نفقته ومسؤوليته سير المرفق، وإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق، ثم تمكنه الإدارة من جباية الرسوم، أما التعريف الثاني فقد ذكر أن الغرض من العقد هو إدارة المرفق، ولم يذكر إعداد الإنشاءات الأولية.

هذا و(ملتزم المرافق العامة يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين)^(٣)، وهذا ما جاء في القانون المدني السوري.

وبذلك يمكن أن نستخلص أن عقد التزام المرافق العامة يقوم الملتزم فيه بالإنشاءات الأولية للمرفق وبنفقات استثماره، وصيانته وما يلزمه من مبالغ لتقديم الخدمات للمنتفعين على أكمل وجه وفق ما نص عليه العقد بينه وبين الإدارة، وذلك على حسابه وتحت مسؤوليته، وأما المقابل المالي لقاء ما يقدمه من أعمال فإنما يحصل عليه على المدى الطويل من خلال التّعريفات التي يحصلها من المنتفعين لهذا المرفق، وتكون مدة العقد بين هذا الملتزم وبين جهة الإدارة مدة معينة وكافية لأن يسترد هذا الملتزم ما دفعه في هذا المرفق مع تحقيق أرباح له.

ثم إن مقدار هذا المقابل المالي يحدد من قبل السلطة العامة، ويكون محل استيفاء المقابل المالي للملتزم إنما هو من خلال تلك التّعريفات من المنتفعين من المرفق، ويرتبط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق، وعلى ذلك فقد يزيد أو ينقص، ولا تقدم الإدارة شيئاً من المقابل المالي للملتزم، ولا تتحمل أي نفقات سواء كانت من

(١) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح ٨٣-٨٤ .

(٢) القانون المدني السوري، المادة/٦٣٤/، وينظر العقود الإدارية، د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن ٦٦ .

(٣) القانون المدني السوري، المادة/٦٣٥/ .

قبيل الخدمات أم التجهيزات أم غيرها، ولكن يمكن أن تقدم الجهة الإدارية معونات مالية أو قروض دورية تسدد على آجال معينة من حصيللة استغلال المرفق؛ لما قد يكون من تكاليف مرتفعة تحتاجها عملية تجهيز المرفق للاستثمار.

وعقد التزام المرافق العامة بهذا المفهوم هو مرادف لعقد **التزام الأشغال العامة**، والذي هو: (عقد تقوم الإدارة بموجبه بتكليف شخص عام أو خاص آخر بتنفيذ أشغال عامة في مقابل استغلال هذه الأشغال لزمن معين أو لمدة محددة)^(١)، وتتم الأشغال في هذا العقد لتحقيق مرفق عام، ويكون طريق تحصيل المقابل المالي فيه عن طريق استغلال هذه الأشغال وتحصيل المقابل المالي من المتفعين^(٢)، (وخصوصية التزام الأشغال العامة بالنسبة لالتزام المرفق العام إنما ترتبط مع عدم وجود المرفق العام ووجود الأشغال العامة في العقد الأول، لكن رغم ذلك فإنّ هذه الخصوصية يمكن أن تطرح بشكل أكثر تنوعاً، وذلك على أساس اعتبار العلاقات التي يمكن أن توجد بين المرفق العام والأشغال العامة، فالأشغال العامة تنجز غالباً في سبيل تحقيق رسالة مرفق عام، كما أن تنفيذ المرافق العامة يستوجب في كثير من الأحيان تنفيذ أشغال عامة، كما لو عازمت الإدارة على إنشاء ميناء مثلاً، فالميناء في هذه الحالة مرفق عام دون شك، ولكن لا يمكن إقامته دون الإقدام على تنفيذ أشغال عامة على درجة قصوى من الضخامة. وبالتالي فإنه في كثير من الأحوال يحدث تلاق ما بين التزام المرفق العام والتزام الأشغال العامة، فيكون التزام المرفق العام التزام أشغال عامة في نفس الوقت، والعكس صحيح)^(٣).

أما عقد مشروع الأشغال العامة، فإنه: (عقد يتعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام أو الخاص بتنفيذ أشغال عامة، وإدارة المشروع الناجم عنها بعد إنجازها واستثماره لمصلحة الإدارة، وذلك لقاء بدل مالي محدد مسبقاً في العقد على شكل ثمن تدفعه الإدارة)^(٤).

فالعقد وإن كان يهدف إلى إنشاء مرفق عام وتجهيزه، ولكن يختلف المقابل المالي فيه عن المقابل المالي في عقد الالتزام، ففي عقد الالتزام يكون تحصيل المقابل المالي من خلال تعرفات تُؤخذ من المتفعين من هذا المرفق، أما في عقد مشروع الأشغال العامة في القانون فيُدفع المقابل المالي من قبل الجهة العامة على شكل ثمن، وتوكل الإدارة المتعاقد معها بإدارة الأشغال واستثمارها^(٥).

(١) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٦٨، ١٠٦، وينظر عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، نعيم مغيب، ١٧٣، ١٩٩٧ م.

(٢) ينظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، ٦٩، والمقابل المالي في العقود الإدارية ١٦٥.

(٣) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ١٠٦.

(٤) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٦٩.

(٥) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٦٥، وينظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح ٦٩-٧٠.

ـ تعريف العقد الثاني: البوت:

وهذا الاصطلاح: (البوت) هو إطلاق للرمز (bot) الذي هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية هي: البناء (build)، وكلمة (البناء)، ليس المقصود منها المعنى الحرفي بل المقصود إقامة مشروع حسب طبيعته سواء كان بناءً، أم شق قناة، أم إقامة جسر، أم إنشاء طريق سريع، أم غير ذلك^(١). والتشغيل (operate) ونقل الملكية (transfer)^(٢).

ويُعرف هذا العقد بأنه: (اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول على أن يقوم الأول بتمكين الثاني من إقامة منشأة بتمويل منه على ملك الأول، على أن يكون للثاني الحق في إدارة هذه المنشأة، وقبض العائد منها ـ كاملاً أو حسب الاتفاق ـ خلال فترة من الزمن متفق عليها، يتصور أن يسترد خلالها رأس ماله المستثمر، مع تحقيق عائد معقول، على أن يكون للمالك على المنشأة، ـ صالحة للأداء المرجو منها ـ كافة حقوق الملك متى انتهت هذه المدة)^(٣).

ـ ويعرف أيضاً بأنه: (عقد تمنح فيه الحكومة لأحد المستثمرين إقامة أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة على الأرض التي تحددها الدولة المستثمرة مع تحمل الأخير كافة نفقات إنشاء المشروع لمدة معينة تحددها الحكومة، وبنهاية هذه المدة يتم نقل ملكيته مجاناً أو بمقابل يتم الاتفاق عليه مسبقاً)^(٤). ونظراً لهدد القرب بين عقدي الالتزام والبوت؛ فإن عقد البوت يعد صورة مطورة عن عقد الالتزام؛ حيث يتشابهان في التزامات المتعاقد مع الإدارة والمقابل المالي^(٥)، فالمتعاقد مع الإدارة يُكلف بجميع عمليات

(١) ينظر نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية، د. محمد الجلاي، موقع على الشبكة، بتاريخ ٢٧/٥/٢٠١٤.

www.buildeonline.com/new/studies_research/files/٢.ppt.

(٥) ينظر المرحع السابق ٣٨، وعقد البناء والتشغيل والإعادة (BOT) في تعميم الأوقاف والمرافق العامة، د. عكرمة سعيد صبري، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة. (٣) تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعميم المرافق العامة والأوقاف، د. أحمد محمد أحمد بخيت، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة ١٦.

(٤) القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيدليك، د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، ٤١، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني والخمسون، تشرين الأول، ٢٠١٢. (٥) ينظر خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، أسامة محمد المطيري، ٦، بحث لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون العام من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الملك محمد الخامس، المغرب، ط وزارة الإعلام الكويتية، ٢٠٠٦م.

البناء والتشغيل وتحمل المخاطر المالية للمشروع دون الإدارة، كما أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد إنما هو من التعريفات التي يتقاضاها من المنتفعين من المرفق.

وعقد البوت غالباً ما يكون محله من المرافق الأساسية ومن مشاريع البنية الأساسية في المجتمع، كما أنها غالباً ما تحتاج إلى مبالغ ضخمة فتعهد الجهة الإدارية إلى القطاع الخاص فتحقق بذلك توفيراً مالياً كبيراً تستطيع الاستفادة منه في مرافق اقتصادية أخرى تحتاج إليها^(١)، كما أنه غالباً ما يكون حجم مستهلكي الخدمة في منشآت هذه العقود كبيراً إذا ما قارناه مع غيره من عقود الالتزام^(٢)، كما أن هذا العقد قائم على فكرة التمويل الذاتي للمشروع، حيث يتم سداد الديون من العائدات المتحققة من تشغيل هذا المشروع، ويُعدّ كياناً اقتصادياً مستقلاً قائماً بذاته وساعياً في تحقيق الموارد اللازمة للتسديد لما عليه، كما أنه غالباً ما تشكل مشاريع البوت اتحاداً مالياً يسمى (الكونسورتيوم)، وهو عقد بين مؤسستين أو أكثر يهدف إلى تشييد الأبنية أو الحصول على صفقات توريد أو تقديم خدمات، أو تشغيل المشروع وغيرها... وبالتالي فتمويل المشروع يمكن أن يشمل عدة عقود منها عقد الشركة، والتأمين، والتوريد، والنقل، والبناء، والإدارة وتشغيل المشروع، وبهذا يشكل عقد البوت شبكة من العلاقات المالية بين الداخلين في هذه العقود^(٣).

هذا ومضمون عقد الالتزام والبوت يطلق عليه أيضاً عقد (امتياز الإنشاء)، وبالتالي فالثلاثة بنفس المعنى.

ولكي نتوصل إلى تكييف المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت في الفقه الإسلامي لابد من معرفة تكييف هذين العقدتين، ثم بناء على تكييفهما يظهر عندنا تكييف المقابل المالي فيهما.

أولاً: تخريج عقدي الالتزام والبوت (امتياز الإنشاء) على عقد الاستصناع

وهنا نرى أن هذا العقد اشتمل على عين موصوفة في الذمة وهو المشروع المراد إنشاؤه، واشتمل على عمل معين، واشتمل على إعطاء حق للعامل باستغلال المشروع فترة من الزمن لأجل استيفاء تكاليف البناء الذي أقامه وأرباحه، وكلا العوضين مؤجل، يقول الشيخ تقي الدين العثماني^(٤): (العملية تحتمل تكييفين:

(١) ينظر المرافق العامة، إبراهيم الهندي وآخرين ٢٣٤، والعقود الإدارية، د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن ١٣٧.

(٢) ينظر تمويل مشروعات البوت، د. فيصل الشديفات، ٥٠٨.

(٣) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٦٩-١٧١.

(٤) القاضي محمد تقي العثماني بن الشيخ المفتي محمد شفيع، وُلد في قرية ديوبند من محافظة سهارنפור الهندية ١٣٦٢هـ، ١٩٤٣م، في بيت مشهور بالعلم، درس في مدرسة دار العلوم في كراتشي، ودرس العلوم الشرعية والأدب، وتخرج عام ١٣٧٩هـ، ونال الشهادة العالمية بامتياز، ونال شهادة الإجازة في الاقتصاد والسياسة من جامعة كراتشي، وكذلك

الأول: أن نقول: إن الدولة آجرت أرضها إلى الجهة الصانعة...، والتكليف الثاني: أن نقول: إن الدولة استصنعت المشروع من الجهة الصانعة، فالعقد الأساسي بين الجهتين هو الاستصناع، والدولة مستصنعة، والجهة الأخرى صانعة، وثمر الاستصناع منفعة تشغيل المشروع التي تنتفع بها الجهة، وتبقى الجهة الصانعة مستفيدة من المشروع على ملك الدولة. فتكون العلاقة بين الجهتين علاقة المستصنع والصانع إلى أن يكتمل المشروع، ثم تكون الجهة الصانعة تستفيد بحق الامتياز (concession) في تشغيل المشروع لاستيفاء ثمن الاستصناع.

والأمر الحاسم في تطبيق هذين التكليفين هو: من يملك المشروع بعد اكتماله وفي أثناء استفادة الصانعة صاحبة الامتياز؟ فإن كان العقد يصرح بأن المشروع تملكه الجهة الصانعة في هذه المدة، وهو ما يعبر عنه بقولهم (Build Own and Transfer) بمعنى بناء - تملك - نقل الملكية، فينطبق عليه التكليف الأول، بمعنى أن العلاقة بين الجهتين علاقة المؤجر والمستأجر، أما إذا صرح العقد بأن المشروع تملكه الدولة فور اكتماله، ولكنها تعطي الجهة الصانعة حق الاستفادة به خلال مدة العقد، وهو ما يعبر عنه بقولهم: (Build Operate and Transfer) يعني بناء - تشغيل - تسليم. فينطبق عليه التكليف الثاني^(١).

وهذه مسألة خلافية بين القانونيين هل يملك الأرض مدير المشروع خلال فترة الإنشاء أم لا، ولكن الصواب هو بقاؤها لصاحبها، وأن طول مدة استغلال العامل للأرض لا يؤثر في هذه الملكية^(٢)، بدليل عدم صحة أي تصرف ناقل للملكية يقوم به العامل ولا يصح منه أي تصرف يدل على الملكية كالتأجير وغيره.

الحقوق، والمجستير في العلوم العربية من جامعة بنجاب، وكان قاضي التمييز الشرعي بالحكمة العليا بباكستان، كما عمل نائباً لرئيس جامعة دار العلوم بكراتشي، ونائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، وعضو مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وعضو لجنة الفتوى والبحوث الأوربية في دبلن.

من مؤلفاته: (علوم القرآن)، و(ترجمة معارف القرآن إلى الإنكليزية)، و(تكملة فتح الملهم). يُنظر ويكيبيديا، الموسوعة الحرة. محمد تقي العثماني <http://ar.wikipedia.org/wiki/>

(١) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، محمد تقي العثماني، ٢، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة. وينظر تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، د. أحمد محي الدين أحمد، ٩، مجمع الفقه الإسلامي بمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة. وينظر تطبيق نظام البناء والتملك (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، محمد عبده عمر، ١٠، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

(٢) ينظر عقد امتياز المرفق العام b.o.t، إبراهيم الشهاوي، ٦٠، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٣ م.

وقد صدر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية قراراً^(١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي، عند الكلام عن ثمن الاستصناع الفقرة التالية التي تنظم عقد (B.O.T) ونصها: (يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد، ويجب أن يكون نقوداً، أو عيناً أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه. وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الاستصناع بالمشروع لمدة معينة (Build Operate Transfer)).

وكانت الندوة الثالثة عشرة للبركة قد تعرضت لهذا العقد بمناسبة البحث في (عقد الامتياز والتكليف الشرعي) وجاء في الفتوى بشأنه ما يلي:

(يختلف التكليف الشرعي لعقود الامتياز تبعاً لحل العقد (نشاط المشروع الذي يبرم العقد لإنجازه)، فإذا كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبانٍ ومعدات تتطلب أموالاً تزيد كثيراً عن قيمة الأرض، وذلك كبناء جسر أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه أو تعبئة طريق فإن العلاقة بين الدولة (مانحة الامتياز) وصاحب الامتياز يمكن أن تكون علاقة استصناع، والتمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة. ولا بد أن تكون رسوم الانتفاع عادلة وغير مجحفة. بمستخدمي المشروع... ورأى بعض الفقهاء المشاركين أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز، مع تمكنه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ)^(٢).

وقد عرض موضوع (B.O.T) في ندوة البركة الثالثة والعشرين تحت عنوان (استصناع المشروعات مقابل استثمارها قبل التسليم (B.O.T) وصدرت بشأن ذلك الفتوى التالية:

(أ) التأكيد على الأهمية البالغة لصيغة استصناع المشروعات مقابل استثمارها قبل التسليم (B.O.T) بالنسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، ولصلتها بقطاع الخدمات، وليس في هذه الطريقة جهالة أو غرر إذا طبقت فيها العقود المقترحة، لأن ثمن الاستصناع معلوم بالمبلغ المحدد، أو بالمنفعة المعلومة مهما كان إيراد استثمارها.

بـ يمكن أن تطبق طريقة الإنشاء للمشروعات نظير استثمارها قبل التسليم من خلال أحد العقود الشرعية التالية :

(١) ينظر المعايير الشرعية ١٧٦.

(٢) نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية ٣٩٠-٣٩١.

- عقد استصناع تكون فيه منفعة استثمار المشروع مدة معينة هي ثمن الاستصناع^(١) وذلك بعد تمكين المستصنع من تسليمها ودخولها في ضمانه بالقبض الحكمي، والمنفعة تصلح أن تكون ثمناً أو عوضاً في عقود المعاوضات.

- عقد استصناع بثمن معين مؤجل، مع إبرام المستصنع عقد تأجير مع الصانع إجارة موصوفة بالذمة لمشروع يتم وصفه بصورة مطابقة للمشروع المصنوع ويتم دفع الأجرة من خلال استثمار الصانع (المستأجر) للمشروع بموجب عقد الإجارة ويمكن أن تجري المقاصة بين ثمن المشروع المصنوع وبين الأجرة المستحقة للمستصنع (المؤجر) على الصانع (المستأجر).

- عقد استصناع يحدد فيه الثمن بما يغطي تكاليف المشروع والعائد المستهدف للصانع، مع توكيل المستصنع للصانع بإدارة المشروع وتشغيله حتى يستوفي الثمن المحدد في عقد الاستصناع وذلك بعد تمكين المستصنع من تسلمه ودخوله في ضمانه^(٢).

(ورأي بعض الفقهاء المشاركين في الندوة، أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز، مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ^(٣).)
وورد في معيار الاستصناع مادة ١/٢/٣ ما نصه: (يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد، ويجوز أن يكون نقوداً أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه، وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الانتفاع بالمشروع لمدة معينة^(٤)).

وقد جاء في البيان والتحصيل: (قال ابن القاسم^(٥) في رجل قال لرجل: أعطني عرصتك هذه أبنيتها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها، على أن أسكنها في كل سنة بدينار، حتى أو في ما غرمت فيها وأصلحت. قال: إن سمى عدة ما يبينها به، وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيه^(٦)).

(١) ينظر البيوع الشائعة ١٨٠.

(٢) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ٢٩٨-٢٩٩، وينظر نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية ٣٩٠.

(٣) فتاوى ندوات البركة ٢٢٠، الطبعة الخامسة، جدة، ١٤١٨هـ، قرار رقم ٢/١٣.

(٤) المعايير الشرعية - هيئة المحاسبة والمراجعة، ١٧٨.

(٥) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري، وهو شيخ حافظ حجة، وفقه مالكي، ولد ١٣٣ هـ، وأخذ الفقه عن الإمام مالك، ولم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت منه، وروى عن مالك (المدونة الكبرى)، وهي من أجل كتب المالكية، وخرج عنه البخاري في صحيحه، وأخذ عنه أسد بن الفرات، ويحيى بن يحيى، ونظراؤهما، وتوفي بالقاهرة سنة ١٩١ هـ. ينظر شجرة النور الزكية ٥٨.

(٦) البيان والتحصيل ٤٦١/٨.

كما يمكن أن نقول في إطار تكييف هذا العقد، أنه إذا صُرح في العقد بأن المشروع تملكه الدولة فور اكتماله وفي أثناء مدة الاستفادة منه، ولكنها تعطي الجهة الصانعة حق الاستفادة منه خلال مدة العقد، وهو ما يعبر عنه بعقد البناء والتشغيل والتسليم، فينطبق عليه تكييف عقد الاستصناع، أما إذا صُرح في العقد بأن المشروع بعد اكتماله وفي أثناء مدة الاستفادة منه تملكه الجهة الصانعة، وهو ما يعبر عنه بعقد البناء والتملك ونقل الملكية، فينطبق عليه حينئذ عقد الإجارة فتكون العلاقة بين الجهتين علاقة المؤجر والمستأجر، ويكون العقد عقد الإجارة.

مدى إمكانية تخريج عقدي الالتزام والبوت على عقد الاستصناع:

من خلال استعراض أحكام الاستصناع وشروطه نجد أن العقد الأكثر شبهاً بعقدي (الالتزام والبوت) هو عقد الاستصناع، لكنه يفتقر إلى الإلزام في أغلب مراحله، فهو عند الحنفية قبل الصنع والإحضار متردد بين أن يكون مواعدة^(١) أو بيعاً غير ملزم للطرفين، وكذلك الحال بعد الانتهاء من العمل وإحضار المصنوع للمستصنع مطابقاً للصفات المشروطة، ففي ظاهر الرواية يخير المستصنع بين أخذ المصنوع أو تركه، وروي عن أبي حنيفة الخيار للصانع أو المستصنع، وروي عن أبي يوسف القول بإلزام المستصنع والصانع، أما عقدا (الالتزام والبوت) فهما عقدان لازمان للطرفين منذ انعقادهما، ولا يفسخ أحدهما إلا برضا الطرف الآخر، ما لم يكن هناك عذر يقتضي ذلك.

وهذا الفارق الجوهرى يميل بالنفس إلى القول بأن الأولى اعتبار العقدين عقدان مستجدان يدخلان تحت القواعد العامة للعقود.

ثانياً: تخريج عقد الالتزام والبوت على عقد الإجارة

يقول الشيخ تقي الدين العثماني في تكييف عقد البوت: (العملية تحتل تكييفين: الأول: أن نقول: إن الدولة آجرت أرضها إلى الجهة الصانعة لمدة متفق عليها لتبني عليها المشروع وتستخدمه لصالحها إلى تلك المدة، والأجرة مؤجلة، وهي نفس المشروع الذي يسلم إلى الدولة بنقل ملكيته إليها في نهاية العملية. وعلى هذا التكييف يكون المشروع مملوكاً للجهة الصانعة بعد بنائه، ثم تنقل ملكيته إلى الدولة من حيث إنها آجرة لاستخدام الأرض خلال مدة العقد، فالعلاقة بين الدولة والجهة الصانعة هي علاقة المؤجر من المستأجر... والأمر الحاسم في تطبيق هذين التكييفين هو: من يملك المشروع بعد اكتماله وفي أثناء استفادة الصانعة صاحبة الامتياز؟ فإن كان العقد يصرح بأن المشروع تملكه الجهة الصانعة في هذه المدة، وهو ما يعبر عنه بقولهم:

(١) يُنظر عقد التوريد في الفقه الإسلامى، إبراهيم شاشو، ١٢٤-١٣٩.

(Build Own and Transfer) بمعنى بناء - تملك - نقل الملكية، فينطبق عليه التكييف الأول، بمعنى أن العلاقة بين الجهتين علاقة المؤجر والمستأجر..^(١).

فعند تكييف عقد البوت بأنه عقد إجارة، عندها يكون فيه المؤجر هو الدولة أو الجهة الإدارية مانحة الامتياز، والمستأجر هو الجهة صاحبة الامتياز، والعين المؤجرة هي الأرض التي يقام عليها المشروع، والأجرة مؤجلة وهي المشروع نفسه يُعاد تسليمه إلى الحكومة أو الجهة الإدارية مانحة الامتياز، وعند النظر إلى مشاريع هذا العقد نرى أنها مشاريع تخطط لإقامة مباني، أو مشاريع من شأنها فرض الرسوم على المستخدمين لمنفعة المشروع مثل الموانئ والمطارات ومحطة كهرباء، أو مياه، أو إقامة شبكة للمواصلات، أو الاتصالات السلكية واللاسلكية، فالأرض التي يقام عليها المشروع في هذه الصور مملوكة للدولة، والجهة الممولة للمشروع تُعدّ هي الجهة المستأجرة للأرض مقابل أجرة مستحقة للدولة في نهاية فترة معينة متفق عليها هذه الفترة هي فترة الامتياز، ثم تسلم الأرض والمشروع المقام عليها إلى الدولة في نهاية المدة^(٢).

وبما أن عقد الإجارة هو: «عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل بعوض معلوم»^(٣)، فعند تطبيق تعريف الإجارة على عقد البوت (BOT) نجد أنه عقد على قيام الدولة بإعطاء منفعة أرض المشروع، وهي منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة هي مدة الامتياز بعوض، وهذا العوض هو تملك الدولة لأصول المشروع وأبنيته في نهاية المدة المعلومة.

فالأجرة التي يقوم بدفعها المستثمر (المتعاقد مع الإدارة) هي أجرة مؤجلة لفترة من الزمن هي فترة الالتزام الممنوحة من قبل الإدارة، وتتمثل الأجرة بالمشروع ذاته، حيث يتم نقل ملكية المشروع للإدارة كمقابل لها على تأجيرها الأرض^(٤).

وأما المتعاقد مع الإدارة فالعوض والمقابل المالي الذي يناله في هذا العقد فهو منفعة الأرض بكل صور الانتفاع التي تم الاتفاق عليها، من البناء والاستثمار وتحصيل التكاليف ونسبة الأرباح، وما إلى ذلك من أنواع التصرف المتعلقة بذلك^(٥).

(١) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، محمد تقى الدين العثماني، ٢، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، جدة.

(٢) ينظر حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، د. ناهد علي حسن السيد، ٢٧-٢٨، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

(٣) شرح منتهى الإرادات، ٢/٣٥٠.

(٤) ينظر البيوع الشائعة ١٨٠.

(٥) ينظر الإجارة، عبد الستار أبو غدة، ٣٣، ٣٤.

وبناء على هذا التكييف للعقد فإن المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة تمثل بالمنفعة، وكل ما يصلح أن يكون عوضاً في البيع يصلح أن يكون عوضاً في الإجارة، ولقد جَوَّز الجمهور أن يكون المقابل المالي منفعة من جنس المعقود عليه يقول الشيرازي: (ويجوز إجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها^(١))، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذا المنافع، ويقول ابن رشد: (أجاز مالك إجارة دار بسكنى دار أخرى)^(٢).

ومن الملاحظ هنا أن تكاليف المشروع المعروفة التي يتم مراعاتها حين التفاوض المبدئي على تمويله وكذلك المعلومة عند اكتمال إنشائه تفقد جزءاً مهماً من قيمته بفعل الاستخدام، وذلك من وقت سريان مدة الامتياز وحتى موعد تسليم المشروع، وقد تكون بعض المرافق قد أهلكت جزئياً مما يجعل قيمة الأجرة مجهولة، ولكن يمكن تجاوز هذا الوضع باشتراط صيانة المستأجر للمشروع صيانة كاملة وتسليمه بحالة جيدة عند نهاية فترة الامتياز.

ويقول الشيخ تقي الدين العثماني: (فلا سبيل إلى تخريج هذا العقد على أساس الإجارة إلا بأن تحدد أجرة الأرض بنقود معلومة، ولكن يجوز عند انتهاء مدة الإجارة أن يترضى الطرفان بتسليم المشروع إلى المؤجر على أساس التقويم، وبما أنه لا يجوز في هذه الصورة اشتراط سابق لتسليم المشروع عند انتهاء المدة بدلاً من النقود، فإن هذه الصيغة لا تنفع من حيث كونها عقداً باتاً يلتزم به الفريقان والذي هو المقصود من العملية، فتبين بهذا أن العقود التي تنشأ على أساس تملك الجهة الصانعة للمشروع غير موافقة للشريعة الإسلامية في صورتها المعروفة)^(٣).

ثالثاً: إمكانية تخريج عقد الالتزام والبوت على عقد الإجارة التمويلية (المنتهية بالتملك):

وصورتها أن تؤجر الجهة الإدارية أرضها لشخص ما بأجرة سنوية محددة لمدة طويلة ليقيم عليها بناءً يملكه ويستفيد من تشغيله، بحيث تكفى أجرة الأرض لتسديد قيمة البناء في نهاية مدة الإجارة، وتتفق الجهة الإدارية مع الشخص على أن تشتري منه البناء الذي سيقيمه على أرضها بالتدريج بما تستحقه في ذمته من

(١) ما عدا الحنفية، فيشترط اختلاف جنس المنفعة عند التعاقد على ذلك. ينظر المحيط البرهاني ٢٤٦/٧.

(٢) الإجارة، عبد الستار أبو غدة، ٣٣، ٣٤.

(٣) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، الشيخ تقي الدين العثماني، ٤.

أجرة الأرض، ويجب أن يكون البناء معلوم المواصفات والمقاييس بدقة، وتحسب تكلفته ومعدل الاستغلال السنوي له حتى يمكن تحديد مقدار الأجرة بدقة^(٢).

ويمكن تلخيصها بصورتين:

١- الصورة الأولى: تقوم الجهة المسؤولة عن المشروع بتأجير الأرض لشخص أو جهة اعتبارية مدة طويلة بأجرة سنوية محددة، ويقيم المستأجر بناءً ما على هذه الأرض المستأجرة ليستثمرها طيلة مدة الإجارة المتفق عليها، كما أن أجرة الأرض تكون كافية لتسديد قيمة البناء عند انتهاء مدة الإجارة، فتتفق الجهة الإدارية مع المستأجر على شراء البناء الذي يقيمه على أرضها بالتدريج بما تستحق في ذمته من أجرة الأرض^(١).

٢- الصورة الثانية: أن تكون الجهة الإدارية بحاجة إلى آلات ومعدات لاستثمار أرض ما مثل بناء سد لحجز المياه أو استصلاح لأرض وقفية أهملت، أو لبناء مزرعة للدواجن على أرض الوقف أو نحو ذلك، وهنا تجد الجهة الإدارية نفسها مضطرة إلى معدات، فتتفق مع ممول يقوم بشراء هذه المعدات باسمه وتأجيرها على الجهة الإدارية إجارة تنتهي بالتملك^(٢)، بمعنى أن يكون اتفاقاً مسبقاً بين الطرفين بأن الجهة الإدارية سوف تأخذ هذه المعدات المؤجرة من المؤجر نهاية مدة الإجارة المتفق عليها بسعر معين مع الأخذ بالاعتبار الحالة الاستهلاكية التي وصلت إليها تلك المعدات.

رابعاً: تخريج عقد الالتزام واليوت على أنه عقد جديد (عقد مركب)

ويمكن تخريج هذا العقد على أنه عقد جديد أو (عقد جديد مركب) من عدة عقود متنوعة متفاوتة المراحل، ويخرج على قاعدة (الأصل في العقود الإباحة)، وأن (العقود والشروط، والمعاملات فهي عفو حتى يجرمها الله تعالى؛ ولهذا نعى صلى الله عليه وسلم على المشركين مخالفة هذين الأصلين وهو تحريم ما لم يجرمه، والتقرب بما لم يشرعه، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله؛ فإن الحلال ما أحله الله، والحرام ما حرمه، وما سكت عنه فهو عفو، فكل شرط وعقد، ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير إهمال، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه...)^(٣)

(٢) ينظر حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، د. ناهد علي حسن السيد، ٢١، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

(١) ينظر الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار، أنس الزرقا، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ٩٩.

(٢) ينظر صيغ التمويل محمود مهدي ٩٦.

(٣) إعلام الموقعين ٣٤٤/١.

ويدخل تحت هذه القاعدة كافة المعاملات الحديثة، لكن مع مراعاة القواعد العامة الأخرى التفصيلية التي لابد من توافرها في العقود من صحة الأركان والشروط في العقود، ومراعاة القواعد الأخرى التي لابد من توفيقها، سواء في هذه العقود الأصلية، أم العقود الأخرى، كنتوقي الربا والتدليس وغيره.

وبالنظر في عقدي الالتزام والبوت، وفي العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها نرى أنهما يظهران بصورة متنوعة، فقد يكون مضمون العقد هو إنشاء المشروع، فإنه يُنظر: إن كانت المواد اللازمة للمشروع من عند المتعاقد، فالعقد يكون استصناعاً، وإن كانت المواد من عند الإدارة، فالعقد يكون إجارة أشخاص، حيث إن المتعاقد يقدم عمله فقط في هذه الحالة، وإذا كان مضمون العقد القيام بالصيانة فله تفصيله المنوط به.

كما أن العقد يشتمل على تشغيل المشروع، والمحافظة على حسن أدائه، والتعهد بإعادته في حالة جيدة، بعد استيفاء المقابل المالي المستحق.

والحكم على جميع ما سبق يستلزم شيء من التفصيل:

أما العقد الأول فهو عقد مقاوله (استصناع) فلأن عقد الالتزام والبوت يشتمل على البناء، فيشتمل على بذل عمل وتقنيات فنية عديدة يشترك فيه المهندسون على اختلاف تخصصاتهم من تخطيط معماري، وهندسة، وفنيون، وحرفيون في مجالات مختلفة كالكهرباء، والسباكة، والنجارة، والتزيين وغير ذلك مما يتطلبه كل مشروع من هذا النوع يختلف عن الآخر باختلاف طبيعته، ولما كانت أعمال هذه المرحلة متعددة، ومتنوعة فإن مثل هذا العقد يدخل تحت (عقد المقاوله)، وهو العقد الأول، وتم تعريف هذا العقد من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في القرار رقم ١٢٩ (١٤/٣)، ووضع تفاصيل هذا العقد، وضوابطه الشرعية التي تقيه من الوقوع في الخصومات تحت عنوان: (عقد المقاوله والتعمير: حقيقته. تكيفه. صورته) وجاء في هذا القرار ما يأتي: (عقد المقاوله: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أم قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

١. إذا قدم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣) بشأن موضوع

الاستصناع.

٢. إذا قدم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً^(١).

بهذه القواعد والضوابط والشروط يصح الجزء الأول من عقد (البناء والتشغيل وإعادة التمليك) إذا استوفى الشروط المطلوبة أعلاه.

(١) قرارات وتوصيات الدورة الرابعة عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، الدوحة (دولة قطر)، ٨—١٣، ذو القعدة

١٤٢٣هـ/١١—١٦ يناير ٢٠٠٣م، ص ٧.

أما العقد الثاني الذي يشتمل عليه عقد الالتزام والبوت فهو عقد التشغيل (عقد إجارة):

فيعتبر عقد تشغيل المشروع عملاً يقوم به منفذ المشروع بغرض استرداد المصاريف التي أنفقها على المشروع؛ حيث يتقاضى قيمته بموجب العقد من أجور استخدام المشروع من قبل الجمهور، ولأجل القيام بوظيفة خدمات التشغيل يحتاج منفذ المشروع إلى فريق من الخبراء والموظفين لأداء العمل على الوجه الصحيح. والمبالغ التي يتقاضاها منفذ المشروع تمثل رأس مال المشروع إن كان هو المنفذ له مع الأجرة على التشغيل، وهو عمل معلوم: معلوم الزمان، والمكان، والأجرة، وبالتالي يدخل هذا العقد تحت عقد الإجارة على العمل وهو أحد أقسام الإجارة، والعمل هو ما يبذله الأجير من مهارات، أو جهد لإنجاز منفعة معينة مستقبلاً، ويضبط بأنه: كل عمل مباح فيه منفعة، وهو شائع بين أرباب الحرف والمهارات، من صانعين، وأطباء، ومهندسين، ومعماريين، وناسخين، وغيرهم ممن يحتاج المجتمع إلى خدماتهم...^(١)، فأحكام هذا العقد بما فيها المقابل المالي تخضع لأحكام عقد الإجارة والمقابل المالي فيها.

وأما العقد الثالث الذي يشتمل عليه عقد الالتزام والبوت فهو عقد الصيانة (إجارة على عمل):

وهو خدمة على عمل معين، موصوف في الذمة، له قيمة مقدرة معينة في العقد، ويهدف إلى المحافظة على المشروع سليماً من حيث الأداء السليم حتى تسليمه، وإعادته لأصحابه. وبهذا يصبح عقد الالتزام والبوت عقد (البناء، والتشغيل، والصيانة والإعادة) عقداً مستقلاً قائماً بذاته. وكذلك اعتبر الدكتور حسن يوسف داود، والدكتور عبد الوهاب سليمان عقد البوت عقداً مستحدثاً تتوافر فيه ضوابط العقود الشرعية، أو أنه عقد مركب من عدة عقود لا يوجد في أي منها مانع شرعي وهو عقد يساعد في إنشاء مشروعات البنية الأساسية التي تهدف إلى توفير المرافق العامة الضرورية للمسلمين واستثمار موارد المصارف^(٢).

خامساً: إمكانية تخريج عقد الالتزام والبوت على عقد المشاركة المتناقصة:

(١) ينظر فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات مبادئ وقرارات، عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ٢٧٧، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.

(٢) ينظر المصارف الإسلامية والتنمية الصناعية، د. حسن يوسف داود، ٢٩، دار الفكر العربي، ١٩٩٨م. وعقد البناء والتشغيل وإعادة الملك، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ٣٥، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

المشاركة المتناقصة: هي التي يتفق فيها الشريكان على إمكان التنازل من أحد الطرفين عن حصته في المشاركة للطرف الآخر، إما دفعة واحدة أو على دفعات، بحسب شروط متفق عليها، حيث يقوم الشريك بشراء حصة شريكه بعد مدة معينة^(١).

والفرق بين الشركة الدائمة والشركة المتناقصة يكمن في عنصر الاستمرار، ففي المشاركة الثابتة أو الدائمة يقصد كل شريك البقاء في الشركة، دون نية الخروج منها، إلا بانتهاء الشركة أو فسخها أو استنفاد أغراضها، وأما في المشاركة المتناقصة فيظل كل شريك متمتعاً بحقوقه، ملتزماً بجميع التزاماته، لكن أحدهما لا يقصد منذ بدء التعاقد البقاء في الشركة إلى وقت انتهائها، وإنما يمنح الحق للشريك الآخر في الحلول محله في ملكية المشروع، في حين أن الشريك الأول في الشركة الدائمة يقصد البقاء في الشركة حتى نهايتها.

وكل من هذين النوعين من المشاركة جائز مشروع في الإسلام، لأنه لا يتصادم مع شيء من أصول الشريعة ونصوصها، وإنما يكون الاتفاق فيهما إعمالاً لمبدأ التراضي وحرية التعاقد أو حرية الإرادة، حيث لا يكون في هذا الاتفاق مصادمة مع مقتضى العقد أو نصوص الشريعة أو غاياتها، وكما يصح الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد ولم يرد بشأنه نص خاص يمنعه أو يصادم قاعدة عامة قطعية في موضوعه^(٢).

وأضاف متأخرو الحنابلة أن الشرط الصحيح هو مالا ينافي مقتضى العقد، سواء أكان يقتضيه أم لا يقتضيه، بأن كان زائداً عليه، وسواء أكان مما يلائمه أم لا، ولو كان فيه مصلحة أو منفعة مطلوبة لأحد المتعاقدين، وسواء جرى به العرف أم لا، وفي الجملة: إن الشرط الصحيح عندهم هو ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد ولا منافياً للشرع^(٣).

والشريك حر التصرف في ملكه، لأن الشركة عقد غير لازم، فله في أي وقت الخروج من الشركة، وله تمليك شريكه حصته دفعة واحدة أو على دفعات. والوعد الصادر من الشريك بتمليك شريكه حصته في المستقبل لا يمس جوهر التعاقد، بل إن فيه مصلحة للطرفين، ولا يخل بنظام الشركة ومسيرتها، ولا يعكر وجودها إذا قام الشريك الآخر بشراء حصة شريكه كلها أو بعضها في عقود متلاحقة أو متتابعة، فهذا من طبيعة الشركة، فهي إما دائمة، أو مؤقتة، سواء وجد وعد أم لم يوجد. ثم إن اللجوء للشركة المتناقصة يعد طريقاً تعاونياً مجدياً لحل مشكلة المحتاج لبناء ونحوه مع تفادي الربا^(٤).

(١) ينظر المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك)، عبد الرحمن أطرش، ٦٢.

(٢) ينظر المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك)، عبد الرحمن أطرش، ٧١.

(٣) ينظر الفقه المقارن، أ. د. فتحي الدريني ٢٦.

(٤) ينظر المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك)، عبد الرحمن أطرش، ٦٧.

وعلى هذا يمكن تخريج عقد الالتزام والبوت على عقد المشاركة المتناقصة^(١)، وذلك من خلال اتفاق الإدارة مع المتعاقد معها على هذه الشكل من العقود، فتقدم الجهة العامة الأرض للمتعاقد الذي سيقوم بإنشاء المشروع على هذه الأرض، فيدخل مع هذه الجهة العامة في عقد شركة، فالجهة الإدارية تقدم منها الأرض، بينهما المتعاقد معها يقدم عمله المتمثل في الإنشاء.

أما المواد اللازمة للإنشاء: فإما أن تكون من الإدارة، وإما أن تكون من المتعاقد مع الإدارة:

— **فإن كانت مواد البناء من الإدارة:** فالمتعاقد إما أن يكون شريكاً للإدارة من خلال عمله في شركة مضاربة متناقصة، وأما أن يكون أجيراً يعمل في بناء هذه المواد في إنشاء المشروع ثم يأخذ أجره، وهذه إجارة الأشخاص، وهنا يمكن أن يكون المقابل المالي الذي سيحصل عليه مبلغاً معيناً من المال يأخذه من الإدارة شيئاً فشيئاً، كيوم بيوم أو أسبوعاً بأسبوع أو شهر بشهر، وإما أن يكون المقابل المالي هو المنفعة (منفعة المشروع: من خلال استثماره وأخذ إيراده) أي الناتج المأمول تحصيله من ثمرات وفوائد المشروع العائدة من تشغيله أو إدارته، وبالتالي فالإجارة إما أن تكون عقد إجارة كعقود الإجارة المعروفة وإما أن تكون إجارة متناقصة، يأخذ فيها المتعاقد الأجير أجره من خلال تحصيل الرسوم العائدة من الانتفاع بهذا المشروع، فيستوفي المتعاقد الأجير أجره بالتدريج من هذه الرسوم فتتناقص الأجرة المترتبة على هذا المشروع شيئاً فشيئاً حتى ينتهي تسديد كامل المقابل المالي الذي هو الأجر، فتنتهي بذلك الإجارة المتناقصة إلى حصول التملك الكامل لهذا المشروع.

— **وأما إن كانت المواد اللازمة من المتعاقد مع الإدارة:** فالمتعاقد إما أن يكون صانعاً في عقد استصناع؛ لأن عقد الاستصناع يكون فيه العمل والمواد من المستصنع، وإما أن يكون شريكاً في شركة عنان متناقصة يقدم هو المواد والعمل، وتقدم الإدارة الأرض، وقد تشاركه في قسم من الأموال أو المواد، ويكون الناتج من هذا المشروع بينهما، ثم تنتهي هذه الشركة أخيراً بتملك هذا المشروع من خلال أخذ المتعاقد الشريك لمقابلته المالي من الرسوم المحصلة من الانتفاع بهذا المشروع بشكل تدريجي متناقص فهي شركة متناقصة.

والكلام السابق كله فيما إذا كان المشروع يقام للجهة الإدارية أما إذا كان المشروع يقام للمتعاقد مع الإدارة، ثم بعد ذلك سيتم نقله للإدارة، فأقول أولاً: إن الأرض التي سيقام عليها المشروع إما أن تسمح له الإدارة أن يقيم عليها المشروع بمقابل أو بدون مقابل، وإن كان بمقابل فهذا المقابل يعتبر أجراً مقابل السماح له بإقامة هذا المشروع، وإن لم يكن بمقابل فهو إذن من الإدارة بالسماح لغرض جعل هذا المرفق ذا نفع عام.

(١) ينظر نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية، دراسة مقارنة، د. د. عيسى ضيف الله المنصور ٣٩١ .

ولا بد في نهاية الأمر من انتقال ملكية هذا المشروع إلى المال العام، وبالتالي فخرج ملكيته عن ملكية المتعاقد مع الإدارة إما أن يكون بطريق البيع بأن تشتريه الإدارة بيعاً منجزاً أو مؤجلاً أو مقسطاً ينتهي بالتملك، ويمكن أن تستأجره استئجاراً ينتهي بالتملك، أو أن تدخل مع المتعاقد في شركة متناقصة تنتهي بالتملك، من خلال أخذ المتعاقد للرسوم المترتبة على الانتفاع بهذا المشروع مدة من الزمن حتى يستكمل كامل المبالغ المتفق عليها، وتتناقص أخيراً حصص تملكه شيئاً فشيئاً حتى تنتهي أخيراً بتملك المرفق العام وانضمامه للمال العام.

لكن يبرز هنا التساؤل حول رأس مال الشركة، حيث يُشترط شرعاً أن يكون رأس مال الشركة من الأثمان المطلقة التي لا تتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير والعملات الرائجة كالليرة والجنيه...؛ لأنها الأصل لكل بيع وشراء^(١)، وصحة الشركة بهذه الأموال محل اتفاق بين الفقهاء^(٢)، أما الشركة في العروض فقد اختلف الفقهاء في صحة كونها رأساً لمال الشركة، وأفضل المسألة فيما يأتي:

حكم كون رأس مال الشركة من العروض^(٣):

الأصل في شركة العنان أن يكون رأس مالها من النقود^(٤)، فإن كان من العروض، فقد اختلف الفقهاء في صحتها.

١- فذهب المالكية^(٥)، والحنابلة في قولٍ ضعيف^(٦): تصح في العروض المثلية والقيمية، ولو لم تتفق العروض في الجنس، وتعتبر الشركة بقيمة العروض وقت العقد.

٢- وذهب الشافعية في المعتمد^(٧)، ومحمد من الحنفية^(٨): تصح بالعروض المثلية دون القيميّة، بعد الخلط مع اتحاد الجنس؛ لأن المثليات إذا اختلطت بجنسها ارتفع التمييز بينها فأشبهت النقود.

(١) ينظر المهذب ٢٣٢/٣ .

(٢) وقد نقل الشيرازي الإجماع على صحة الشركة في النقد الخالص. نهاية المحتاج ٧/٥ .

(٣) هذه المسألة مبنية في فرض ثبات أسعار النقود وتأرجح أسعار المنافع من السلع وغيرها، لكن فرضت التطورات الاقتصادية والنقدية تأرجح قيمة النقود وثبات أسعار المنافع... فالمسألة اختلفت بين الأمس واليوم.

(٤) ينظر الشرح الكبير للدردير، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/٣٤٩، ومغني المحتاج ٢/٢١٣، وكشاف القناع ٣/٤٩٨.

(٥) ينظر الشرح الكبير للدردير، بهامش حاشية الدسوقي، ٣/٣٤٩.

(٦) ينظر المغني، لابن قدامة ٥/١٢٥.

(٧) ينظر مغني المحتاج ٢/٢١٣-٢١٤.

(٨) ينظر رد المحتار على الدر المختار ٣/٣٥٠.

٣- وذهب أبو حنيفة في ظاهر الرواية وأبو يوسف^(١)، والشافعية في قول^(٢)، والحنابلة في المعتمد^(٣): إلى فساد الشركة إن كان رأس المال من العروض القيمة، أو المثلية؛ وذلك لأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة؛ لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها، والقيمة مجهولة؛ لأنها تعرف بالجزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة.

ولأن الشركة لو وقعت بالعروض فارتفع سعرها قبل التصرف لأدى ذلك إلى مشاركة أحد الشريكين شريكه في نماء ماله الخاص، إذ ليس للأول فيه ملك ولا ضمان، وعند انخفاض السعر يتحمل الشريك الأول خسارة مال صاحبه، وليس للأول فيه ملك ولا ضمان^(٤).

ثم إن الشركة تتضمن الوكالة، فكيف يتصرف أحد الشريكين في ماله الخاص به وكالة عن شريكه؟! فلا يؤكّل الإنسان بالتصرف في مال نفسه^(٥).

ثم الشركة مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراءً لا بيعاً، وفي العروض أول التصرف يكون بيعاً، وكل واحد منهما يصير موكلاً لصاحبه ببيع متاعه على أن يكون له بعض ربحه، وذلك لا يجوز، حيث إن الشركة تتضمن الوكالة، ففي كل موضع لا تجوز فيه الوكالة، فكذلك لا تجوز الشركة، ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً، فإذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن، والوكيل بالشراء يكون ضامناً للثمن في ذمته، فإذا شرط له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن^(٦).

وهذه الأدلة مبنية عند الحنفية على قولهم بأن الشركة في مال متعين وإن صحت بمجرد العقد لكنها لا تتم إلا بالتصرف أو الشراء، فيبقى كل شريك مختصاً بماله في التصرف، وإن هلك (قبل الخلط وكان متميزاً) هلك من نصيب صاحبه^(٧).

ولأن النبي ﷺ نهي عن ربح ما لم يضمن^(٨)، والشركة في العروض تؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن العروض غير مضمونة بالهلاك، فإن من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً

(١) ينظر شرح فتح القدير ١٥/٥-١٦.

(٢) ينظر مغني المحتاج ٢/٢١٣.

(٣) ينظر كشف القناع ٣/٤٩٨.

(٤) ينظر بدائع الصنائع ٦/٥٩، وكشاف القناع ٣/١٩١.

(٥) ينظر بدائع الصنائع ٦/٥٩.

(٦) ينظر المصدر نفسه، ٦/٥٩-٦٠.

(٧) ينظر بدائع الصنائع ٦/٦٠، والشركات في الفقه الإسلامي، علي الخفيف ٤٠-٥٥، ٤١-٥٦، قرأه: أنور هشام درويش،

خرج أحاديثه: حسين سلمان مهدي، المشرق للكتاب، الفاروق، ط: ١، ٢٠٠٩م.

(٨) سبق تخريجه ٨٧

آخر؛ لأن العروض تتعين بالتعيين، بخلاف الدراهم والدنانير فإنها مضمونة بالهلاك؛ لأنها لا تتعين بالتعيين، فالشركة فيها لا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، بل يكون ربح ما ضمن.

والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز، ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعاً حتى تصير الدراهم بينهما، والعروض بينهما، ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز^(١).

الترجيح: بما أن محاولات تخريج عقدي الالتزام والبوت على العقود المعهودة لم تنطبق على مفهومهما المعاصرين إلا في بعض صورهما، فعليه يمكن القول بأن عقدي الالتزام والبوت بصورهما الشائعة المعاصرة يمكن تخريجها على أنهما عقدان جديان جاءا لتلبية حاجات ومصالح الناس، وقد رأينا أن الشريعة لا تمنع إحداث أي عقد تتطلبه مصالح العباد مادام منضبطاً بالضوابط الشرعية العامة وقائماً على أساس التراضي، ومبتعداً عن المخطورات الشرعية، وقد ذهب د. محمد عبد الحليم عمر إلى صحة هذا العقد انطلاقاً من المصلحة المرسلة ومقصود الشريعة كما عبر الماوردي^(٢) عنهما بقوله: (الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا)^(٣)، ومن سياسة الدنيا توفير الخدمات للناس من خلال إنشاء المرافق والمشروعات العامة وتشغيلها لمصلحتهم، ويجوز أن تعهد الحكومة إلى إحدى الجهات بإنشاء واستغلال مرفق عام ذي دخل بمقابل يُدفع للملتزم يتناسب مع مصلحة المنتفعين من هذا المرفق^(٤).

وبالتالي نتج عندنا أن عقدي الالتزام والبوت مندرجان تحت قاعدة الأصل في العقود الإباحة إلا ما نصّ الشارع على تحريمه، ولم يرد في النصوص نص على تحريمه، وبالتالي فتخريج كل من عقدي الالتزام والبوت على أنهما عقدان جديان، لهما كيانهما المستقل، وطبيعتهما الخاصة هو ما أميل إليه؛ لخلوهما من المخطورات والمفسدات الشرعية، واندراجهما تحت القواعد العامة للعقود؛ ولما يظهر لهما من طبيعة مميزة عن غيرهما؛ باحتوائهما على مضمون انفرادي به عن غيرهما من العقود، حيث اشتملا على تنويع في تكييف

(١) ينظر بدائع الصنائع ٥٩/٦، والمجموع ٦٦/١٤ .

(٢) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، ولد سنة ٣٦٤هـ في البصرة، كان أفضى قضاة عصره، وله مكانة رفيعة عند سلاطين عصره، ولي القضاء في بلدان كثيرة، له مؤلفات عدة منها أدب الدنيا والدين، الأحكام السلطانية، الحاوي في فقه الشافعية، توفي في بغداد سنة ٤٥٠هـ، الأعلام ٣٢٧/٤.

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي، ٥، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط ٣، ١٣٩٣هـ .

(٤) يُنظر الجوانب الشرعية الاقتصادية لنظام (B.O.T)، د. محمد عبد الحليم عمر، ١٣، الحلقة النقاشية ١٧، مركز صالح كامل، القاهرة، ٢٠٠٠م.

أحوالهما، وعلى عدد من الالتزامات التي تُملَى على طرفيهما، حيث إن المتعاقد يتعهد بالإنشاء والتشغيل والصيانة، ولكل من هذه التصرفات أحوال وأحكام.

وأما عن الجانب القانوني فإنّ عقدي الالتزام والبوت ينطبق مفهومهما على عقد المقاولة، وبالتالي يأخذان حكمه، ويكون المقابل المالي في هذين العقدين هو المقابل المالي في عقد المقاولة، وقد فصلت فيه، حيث أنّه قد يكون ثمناً، كما في حال تقديم المواد والعمل من المتعاقد، وقد يكون أجراً في حال تقديم العمل فقط منه، وبالتالي يتنوع المقابل المالي حسب الصورة التي يتم الاتفاق عليها.

المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقد الامتياز

لعقد الامتياز في هذه الدراسة المقارنة مفهومان: مفهوم واسع، وتبناه الدراسة الشرعية، ومفهوم مضيق، وتنطق به الدراسة القانونية.

أما مفهومه الواسع: فقد ذهبت المعايير الشرعية إلى تقسيم عقد الامتياز إلى ثلاثة أقسام:

أما القسم الأول: فيشبه عقد الالتزام والبوت تماماً، وهو: امتياز الإنشاء.

وأما القسم الثاني: فعقد امتياز الإدارة.

وأما القسم الثالث: فعقد امتياز الإنشاء.

وقبل أن أُحدد تكييف المقابل المالي في عقد الامتياز بأنواعه، أُلقي الضوء على تعريف عقد الامتياز في اللغة، وتعريفه في الاصطلاحين (القانوني، والشرعي)، وأُبين أنواعه، ثم بعد ذلك أصل إلى تكييف المقابل المالي في هذا العقد.

تعريف الامتياز في اللغة:

المَيِّزُ والتمييز بين الأشياء، تقول مَرَّزْتُ بعضه من بعض فأنا أَمَيِّزُهُ مَيِّزاً، ومَرَّزْتُ الشيءَ أَمَيِّزُهُ مَيِّزاً عزلته وفرزته، ومَيِّزُهُ: فصل بعضه من بعض، ويقال امتازَ القومُ إذا تميز بعضهم من بعض، ومَرَّزْتُ الشيءَ من الشيءِ إذا فَرَّقْتُ بينهما، فأَمَازَ وَاَمْتَازَ ومَيِّزُهُ فَتَمَيَّزَ^(١).

تعريف عقد الامتياز في الاصطلاح القانوني:

عقد الامتياز: (هو عقد تكلف الإدارة بموجبه شخصاً عاماً أو خاصاً باستغلال مرفق يُسلّم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة، وذلك مقابل مبلغ محدود من المال يدفعه للإدارة، فيكون المقابل

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (ميز).

الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق عن طريق جباية رسوم من المتفعين من خدمات هذا المرفق^(١).

ففي عقد الامتياز^(٢) (يقوم باستغلال المرفق ذي الصبغة الاقتصادية فرد أو شركة، تعطيه السلطة العامة حق استغلال هذا المرفق لفترة معينة على أن يدير الملتزم المرفق تحت إشراف الدولة، ويتحمل مخاطره، وقد تشاركه الدولة أحياناً في ذلك، بل قد تقوم الدولة بتقديم بعض الخدمات للملتزم، وقد تشاركه في الربح أو تضمن له حد أدنى منه)^(٣).

ومن أمثلة عقد الامتياز ما يقوم به صاحب الامتياز من استخراج كراجات (مواقف السيارات) من بعض الجهات العامة لإدارتها لحفظ الباصات، مقابل أجر مقسط^(٤).

فعقد الامتياز هو عقد (استغلال المرفق العام لمدة، وبشروط محددة تراعى فيها المصلحة العامة)^(٥).

شرح التعاريف والملاحظات عليها:

يُفهم من هذه التعاريف أن المرفق العام إنما يُسلم للإدارة ليقوم باستغلاله وإدارته، وهو بدوره يأخذ الرسوم من المتفعين، ويأخذ بذلك أجره وأتعابه، ثم يعطي الإدارة قسطاً مما يأخذ، ويكون نصيبه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من جبايته من المتفعين.

فنشاطه يدور حول القيام بهذا الاستغلال، والإدارة، والجباية، دون أن يكون من مهامه أن يُنشأ شيئاً، أو يقوم بالإنفاق عليه، أو إعمارها، أو غير ذلك... بخلاف عقود الالتزام التي يجب فيها على الملتزم أن يؤمن على نفقته ومسؤوليته سير المرفق طبقاً لدفاتر الشروط، وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق، في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية رسوم من المتفعين بالمرفق لمدة محدودة، وبعد انقضاء المدة يلتزم بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة بحالة جيدة^(٦).

(١) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، ١٠٤.

(٢) من الفروق بين عقدي الامتياز والالتزام هو وجود الإنشاءات الأولية في الامتياز، وعدم وجودها في عقد الالتزام. ينظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، مهند نوح، ١٠٤، وهناك من لم يميز بين مصطلحي الالتزام والامتياز، وجعلهما على سبيل الترادف. يُنظر العقود الإدارية، د. سعيد نخيلي، د. عيسى الحسن ٦٦، وقد يطلق الامتياز على الحق الشخصي، وهو معنى خارج عن مفهوم البحث. يُنظر الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم بن صالح التميمي، ٣٩-٥١، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، ١٤٢٧هـ.

(٣) اقتصاديات المشروع الصناعي، د. أحمد رشاد موسى، ٦٧.

(٤) ينظر تفويض المرافق العامة، محمد محمد عبد اللطيف، ٨٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ م.

(٥) نظرية العقود الإدارية، د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، ٢٢٤.

(٦) ينظر العقود الإدارية د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، ٨٤.

ويمكن أن يُكلف المتعاقد مع الإدارة في هذا العقد بإنشاءات بسيطة أو تحسينات غير مرهقة، أو أعمال صيانة بسيطة أيضاً تغطي من حصيلة استغلال المرفق.

ونلاحظ أن المقابل المالي الذي يأخذه المتعاقد من الإدارة: إنما هو منفعة المشروع، ثم عن طريق المنفعة يستطيع صاحب الامتياز استرداد التكاليف وأخذ المستحق له^(١).

وبهذا فالمقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة في عقد الامتياز يشبه المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقد التزام المرافق العامة، وهو التعريفات المُحصَّلة من المنتفعين بهذا المرفق، وفي هذه الحالة يكون صاحب الامتياز قد دخل في علاقيتين ماليتين، وهما علاقته مع الإدارة متمثلة بكونه ملزم بدفع عوض الاستئجار لهذه الإنشاءات، وعلاقته مع المنتفعين باستحقاقه للتعريفات منهم.

وبهذا يظهر أن عقد الامتياز في الاصطلاح القانوني يتسع لامتياز الإدارة، وامتياز الاستغلال، ولا يتسع لامتياز الإنشاء، في حين أننا رأيناه هو نفسه عقد الالتزام وعقد البوت، ولا مشاحة في الاصطلاح. والتعاريف عموماً اتفقت على أن الإدارة هي طرف، والمتعاقد هو الطرف الآخر، وهو الذي يقوم باستغلال المشروع وإدارته، لكن يؤخذ على التعاريف أن منهم من صرح بأن المتعاقد يدفع مبلغاً للإدارة، ومنهم من لم يصرح، ومنهم من صرح بأن العقد لمدة معينة ومنهم من لم يصرح، ومنهم من صرح بأن العقد قد يلزمه معدات وبعض الإنشاءات الخفيفة ومنهم من لم يصرح، وهذه نقاط هامة يجب دراستها لتأثيرها على المقابل المالي، كما أن تعاريف الكتب القانونية لم تميز بين أنواع الامتياز الثلاثة، الإنشاء، والإدارة، والاستغلال، بل جاءت التعاريف على عمومها.

تعريف عقد الامتياز في الاصطلاح الشرعي:

سبق أن ذكرت أن المعايير الشرعية قد قسمت الامتياز إلى ثلاثة أقسام: أما الأول: فيشبه عقد الالتزام والبوت تماماً، وهو: امتياز الإنشاء، وأما الثاني: فعقد امتياز الإدارة، وأما الثالث: فعقد امتياز الإنشاء. ويمكن تلخيص عقد الامتياز بأنه: (منح طرف لآخر حق الاستغلال أو الإنشاء أو الإدارة ممن يملك هذا الحق بمقابل يتفق عليه)^(٢)، لكن عقد الامتياز الإداري تكون الإدارة طرفاً فيه.

وعقد الامتياز هو أحد العقود الحديثة، ذات الأهمية الكبرى في خدمة البلاد وعمارها من جهة، وإثراء المتعاقد الآخر من جهة أخرى، وتلجأ إليه الدولة عادة لخدمة مرافقها العامة إذا لم تقم بذلك أصالة لأي سبب كان، ولقد تنوعت عقود الامتياز، وتفاوتت خطورتها حسب تفاوت الدور الذي يمكن أن يؤديه المرفق موضع الامتياز.

(١) ينظر البيوع الشائعة ١٨٠ .

(٢) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ٣١٢، المنامة، البحرين، ٢٠١٠ م .

ويظهر من بيان مفهوم هذا العقد أنه عقد تتنوع صوره ومجالاته، فقد يكون مضمونه امتياز إنشاء، وقد يكون مضمونه امتياز إدارة، وقد يكون مضمونه امتياز إنشاء وإدارة، وقد يكون مضمونه امتياز استغلال، ولكل نوع من هذه الأنواع تكييف له وللمقابل المالي فيه، وسوف آتي على تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى، وجاء في الفتوى (٢/١٣) لندوة مجموعة البركة المصرفية حول سؤال عن تكييف عقد الامتياز فكان الجواب في الفتوى (يختلف التكييف الشرعي لعقود الامتياز تبعاً لمحل العقد (نشاط المشروع الذي يبرم العقد لانجازه): أ_ فإذا كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبان ومعدات تكلف أموالاً تزيد كثيراً عن قيمة الأرض، وذلك كبناء جسر أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه، أو تعبيد طريق، فإن العلاقة بين الدولة (مانحة الامتياز) وصاحب الامتياز يمكن أن تكون علاقة استصناع، والتمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة. ولا بد أن تكون رسوم الانتفاع عادلة وغير مححفة بمستخدمي المشروع. والأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز، مع تمكنه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ. ويمكن تخريج هذا العقد على أساس الإقطاع^(١) لصاحب الامتياز اقطاع انتفاع لمدة معينة ثم تزول المنشأة بعدها إلى الدولة. ب_ وإذا كان محل عقد الامتياز التنقيب عن المعادن فإن التكييف الشرعي المناسب هو أن يكون العقد من قبيل إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها، وذلك قياساً على المزارعة ببعض الزرع. ج_ يمكن تكييف بعض عقود الامتياز على أساس المشاركة المتناقصة بين الدولة وصاحب الامتياز، بحيث يتم التنفيذ بمساهمة من الطرفين ثم تشتري الدولة حصة صاحب الامتياز تدريجياً باتفاق آني وهذه التخریجات إنما هي في الاطار العام، ولا بد من النظر في كل عقد على حدة والتدقيق في محتواه بنوده لتحديد التكييف الصحيح له^(٢)، لكن هذه الفتوى مقتضبة لم تفصل التفاصيل، ولم توضح الأحكام، ولم تبين الأنواع وما يتعلق بها، لكن ذكرت في النهاية أنه لا بد من النظر في كل عقد على حدة.

ونظراً لعدم وجود التفصيل بحقيقة استخدام عقود الامتياز في بطون المدونات الفقهية، ولتنوع صور الامتياز في الاستخدام المعاصر، ولعدم تحديد التفاصيل المبينة لكل صورة من صور الامتياز، فإنني سلكت في هذه الدراسة مسلكاً توضيحياً لحقيقة أقسام عقود الامتياز في إطارها العام، حيث ارتأيت بعد تبني لعقد الامتياز أن أفصل في أحواله بحسب الصور التي يمكن أن يخرج عليها شرعاً^(٣)، والتي تصنف نشاطاته في

(١) واستبعدت تكييف العقد الإداري (الامتياز) على الإقطاع؛ لأن الراجح أن الإقطاع ليس عقداً _ كما هو مفهوم العقد اصطلاحاً _ وقد اقتصرَت الدارسة هنا على العقود الإدارية.

(٢) فتوى مجموعة البركة المصرفية رقم (٢/١٣).

(٣) واستنرت لذلك بدراسات المعايير الشرعية، ينظر المعايير الشرعية ٣١٠ وما بعدها.

قنواهما المستساغة شرعاً، والتي توضح الهيئة العامة للصورة التي ارتضتها الإدارة والمتعاقد معها؛ وذلك لتيسير البحث في عقود الامتياز، ولتسهيل معرفة استخراج أحكامها، ولتيسير تخريج المقابل المالي فيها وأحكامه. وانتقل الآن إلى تفصيل أقسام عقد الامتياز^(١) وبيان تكييفها؛ لأصل بعد ذلك إلى التكييف المناسب للمقابل المالي فيها، وذلك كما يأتي:

تنقسم عقود الامتياز إلى ثلاثة أقسام، امتياز الاستغلال، وامتياز الإنشاء، وامتياز الإدارة، وهذا التفصيل الذي أذكره فهو تفصيل شرعي لسهولة الوصول لأنواع هذا العقد وتكييف هذه الأنواع، أما امتياز الإنشاء فهو كعقد الالتزام والبوت، حيث يكون من خصائصه بناء المنشأة وإعدادها ثم تشغيلها، وأما امتياز الإدارة، وامتياز الاستغلال فهما المرادان في التعريف القانوني، حيث تكون المنشأة فيهما معدة مسبقاً، ولا يُطلب من المتعاقد منه ذلك، كما ذكر في التعريف.

القسم الأول: عقد امتياز الاستغلال

تعريف عقد امتياز الاستغلال:

يُعرّف عقد امتياز الاستغلال بأنه: (اتفاق بين الدولة وشخص طبيعي، أو اعتباري (مؤسسة) يعطي صاحب الامتياز حقاً منفرداً في استغلال المعادن أو المياه وما في حكمها وإنتاجها لقاء مقابل)^(٢).

ويتم في هذا العقد استغلال المعادن ومصادر المياه وما شابهها، ويكون الحصول على هذه المواد بالتنقيب، وهو عمل مجهول مقداره؛ وبالتالي يدخل تحت عقد الجعالة، فتكون الجهة الإدارية هي الجاعل، والمؤسسة المستخرجة هي العامل، والمقابل الذي يحصل عليه صاحب الامتياز هو الجعل، وقد يكون حصة من الناتج محددة بالنسبة أو بالكمية.

وهنا يحق للجهة الإدارية أن تحدد مقدماً كيفية تصرف الحاصل على الامتياز^(٣) بحصته من المنتجات التي ويستخرجها والمقابل الذي يحصل عليه حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، كما أن لها حق الأولوية في شراء الكميات اللازمة لها من الإنتاج بالأسعار والشروط المطبقة على الغير بالإضافة إلى حصتها بموجب عقد الامتياز؛ لأن في ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة دون إضرار بالمستفيد من الامتياز، وأن الشراء يتم بالطريقة والشروط المتاحة للآخرين^(٤).

(١) أحياناً يُطلق لفظ منح الامتياز على موافقة الإدارة على إعطاء مزايا العقد الإداري للمتعاقد معها، ينظر نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية ٣٩٠-٣٩١.

(٢) المعايير الشرعية ٣١٢.

(٣) الحاصل على الامتياز: أي الحاصل على موافقة الإدارة في التعاقد معها في العقد الإداري المراد .

(٤) ينظر المعايير الشرعية ٣١٣-٣١٤ .

صور تطبيق عقد امتياز الاستغلال في العقود

يمكن للمؤسسات أن تطبق عقود امتياز الاستغلال من خلال العقود الآتية:

١_ تطبيق امتياز الاستغلال من خلال عقد الجعالة:

يمكن تطبيق امتياز الاستغلال من خلال عقد الجعالة على أساس أن الجعل حصة معينة بنسبة شائعة من المنتج للحصول على الامتياز.

٢_ تطبيق امتياز الاستغلال من خلال عقد الإجارة:

يمكن تطبيق امتياز الاستغلال من خلال عقد الإجارة حيث تؤجر الجهة الإدارية الأرض أو المشروع للمتعاقدين للحصول على الامتياز، وتكون الأجرة نسبة معلومة مما يستخرج من المنتجات^(١)، كما يمكن للحصول على الامتياز إجارة الأرض لغيره لإنشاء المشروع عليها إذا أذنت بذلك الجهة الإدارية، وهذا ما يُعرف بالإجارة من الباطن.

٣_ تطبيق امتياز الاستغلال من خلال عقد شركة المضاربة:

يمكن تطبيق امتياز الاستغلال من خلال عقد المضاربة، وذلك بأن تقدم الجهة الإدارية الأرض أو المشروع للمتعاقدين معها للحصول على الامتياز ليقوم باستغلاله بحصة شائعة معلومة من الربح لكل من الطرفين، كما يمكن للحصول على الامتياز إجارة الأرض لغيره لإنشاء المشروع عليها إذا أذنت بذلك الجهة الإدارية.

٤_ تطبيق امتياز الاستغلال من خلال عقد شركة العنان:

ويمكن تطبيق امتياز الاستغلال بطريقة عقد المشاركة الثابتة أو المتناقصة، ففي المشاركة الثابتة يسهم المتعاقد مع الإدارة بحصة من رأس المال اللازم، وتبقى المشاركة إلى انتهاء المدة المحددة لها، أما في المشاركة المتناقصة فيسهم المتعاقد مع الإدارة بحصة من رأس المال اللازم ويتعهد ببيع حصته تدريجياً إلى الجهة الإدارية^(٢)، حيث تقوم الجهة الإدارية بتخصيص جزء من عائد الربح لشراء البناء من الممول تدريجياً حتى تعود ملكيته نهائياً إليها فتصبح الجهة الإدارية مالكة للأرض والمبنى معاً، وصيغة العقد هذه تتناسب مع الطبيعة الخاصة للمرافق العامة والتي لا يجوز أن تملك أعيانها أو أصولها، فالجهة الإدارية تقدم أرضها ليقوم بمول بنائها على أساس أن يكون البناء ملكاً له، والأرض ملكاً للجهة الإدارية، ثم يؤجر العقار أو يُستثمر^(٣) كله، وتوزع الأرباح بين الإدارة وبين مالك البناء بحسب استحقاق كل من الأرض، والبناء، فهذا العقد يقوم على أساس الشراكة بينهما، ويتضمن التزاماً من المتعاقد مع الإدارة (الجهة الممولة) بالتنازل عن حصتها للجهة الإدارية خلال فترة

(١) ينظر نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية ٣٩٠ .

(٢) ينظر المعايير الشرعية ٣١٥ .

(٣) يُنظر أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، د. نزيه حماد، أبحاث ندوة «نحو دور تنموي للوقف»، ١٨٥ .

زمنية معينة يتم تحديدها حسب قيمة الدفعات المالية التي تقدمها الإدارة إلى المتعاقد معها، وبقدر ما تدفع الجهة الإدارية للشريك المتعاقد معها تنقص حصة المتعاقد معها من ملكيته للمشروع وتزيد حصة الإدارة، ومن هنا جاءت تسمية هذه الصيغة بالمشاركة المتناقصة إذ هي مشاركة لا يقصد بها الاستمرار، بل تنتهي بامتلاك الإدارة كامل المشروع، وخروج الشريك المتعاقد معها نهائياً من المشروع بعد استرجاع رأسماله المدفوع في المشروع والأرباح المرضية له، والذي يساهم في تحقيق هذا الهدف هو قيام الإدارة بتقسيم نصيبها إلى قسمين: قسم تشتري به الإدارة حصة الشريك الممول بالتدريج من البناء الذي أنشأه وامتلكه، والقسم الآخر تستخدمه في نفقاتها كمورد من مواردها^(١).

تكييف المقابل المالي في امتياز الاستغلال:

من خلال ما سبق من صور تطبيق امتياز الاستغلال في العقود نرى أنّ المقابل المالي يمكن أن يتنوع حسب مضمون العقد، فإن كان مضمونه أداء عمل على سبيل الجعالة أو الإجارة، فالمقابل المالي هو الجعل أو الأجر، وأما إن كان مضمون العقد هو الشركة بين الإدارة والمتعاقد على سبيل العنان أو المضاربة؛ فالمقابل المالي هو الربح في الشركات.

القسم الثاني: عقد امتياز الإنشاء:

تعريف عقد امتياز الإنشاء: (هو عقد بين الدولة وطرف آخر لإقامة مشروع يتعلق غالباً بالمرافق العامة يتم إنشاؤه بمواصفات معينة)^(٢).

ولعقد امتياز الإنشاء عدة أحوال:

- ١- أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة على أرض للدولة يكون مملوكاً لها، وتكون منافعه مملوكة لصاحب الامتياز مدة معينة تعود بعدها للدولة.
- ٢- أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة على أرض للدولة وتكون إنشاءات المشروع أيضاً ملكاً لها، ويشتركان في إيرادات المشروع حسب الاتفاق، وذلك طوال مدة محددة يتم بعدها تمليك المشروع حسب الاتفاق، وذلك طوال مدة محددة يتم بعدها تمليك المشروع إلى الحاصل على الامتياز
- ٣- أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة يكون ملكاً له ولكن على أرض للدولة وينتفع به مدة معينة ثم يملك إنشاءات المشروع إلى الدولة.

(٢) المعايير الشرعية ٣١٤ .

وفي الحالات الثلاث يحق للحصول على الامتياز تحصيل الرسوم والأجور من خلال تقديم خدمات المشروع للجمهور^(١).

صور تطبيق عقد امتياز الإنشاء في العقود وتكييفه فيها

١_ تطبيق امتياز الإنشاء من خلال عقد الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك.

يمكن تطبيق عقد الامتياز للإنشاء من خلال عقد الإجارة و عقد الإجارة المنتهية بالتملك:
أما عقد الإجارة: فمن خلال استئجار صاحب الامتياز للأرض من الجهة الإدارية بقصد البناء عليها؛ ثم استثمار هذا البناء، وأخذ المردود المالي.

وأما عقد الإجارة المنتهية بالتملك: فذلك باستئجار صاحب الامتياز الأرض من الجهة الإدارية بقصد البناء عليها، ثم إيجار المشروع إيجاراً منتهياً بالتملك، كما يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يؤجر الأرض لغيره لإنشاء المشروع بإذن من الجهة الإدارية^(٢).

وتعرف الإجارة المنتهية بالتملك بأنها: (عقد على تملك منفعة معلومة بعوض معلوم مدة معلومة يتبعه تملك العين)^(٣)، وتتميز الإجارة المنتهية بالتملك عن الإجارة المعروفة عند الفقهاء من حيث ما يرد عليه كل من العقدين، فإن الإجارة أعم، لكونها ترد على الأعمال وترد على الأعيان، والإجارة المنتهية بالتملك أخص، فهي لا ترد إلا على الأعيان.

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة ١٤٢١ هـ برقم: ١١٠ (١٢/٤) مفصلاً في الحكم ووضاً ضوابط الممنوع والجائز من صور الإجارة المنتهية بالتملك المختلفة ومما جاء في القرار ما يأتي: (أولاً: ضابط الصور الجائزة والممنوعة من الإجارة المنتهية بالتملك ما يلي: أ_ ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان^(٤)، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد.

ب_ ضابط الجواز: ١_ وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة. والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

٢_ أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

(١) ينظر المعايير الشرعية ٣١٤ .

(٢) ينظر المعايير الشرعية ٣١٦، والمعاملات المالية المعاصرة أ. د. وهبة الزحيلي، ٣٩٣.

(٣) الإجارة الطويلة والمنتتهية بالتملك للخميس ٣١١، والإجارة وتطبيقها المعاصرة للقره داغي، ٣٨، والمعاملات المالية

المعاصر، د. محمد شبير ٣٢٧.

(٤) المراد عقد البيع والإجارة.

جـ- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعدد المستأجر، أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

د- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

هـ- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

و- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة^(١)

٢- تطبيق امتياز الإنشاء من خلال عقد الشركة (العنان)

يمكن أن نطبق عقد الامتياز للإنشاء من خلال عقد الشركة، بأنواعها الثابتة والمتناقصة، أما في المشاركة الثابتة فيسهم المتعاقد مع الإدارة بحصة من رأس المال اللازم، وتبقى المشاركة إلى انتهاء المدة المحددة لها.

وأما في المشاركة المتناقصة فيسهم المتعاقد مع الإدارة بحصة من رأس المال اللازم، ويتعهد ببيع حصته تدريجياً إلى الجهة الإدارية^(٢).

٣- تطبيق امتياز الإنشاء من خلال عقد الاستصناع

يمكن أن نطبق عقد الامتياز للإنشاء من خلال عقد الاستصناع والاستصناع الموازي، فتكون الدولة هي المستصنع، والشركات هي الصانع، والحاصل على الامتياز هو المستصنع الموازي، وثمر الاستصناع هو منافع المصنوع المتمثلة بالرسوم والأجور المحصلة من المتفعين من استغلال هذه المنافع^(٣)، والاستصناع^(٤) كما بينت سابقاً: هو (عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة)، ومواد إنشاء المشروع من الصانع، ويستخدم هذا العقد مؤخراً في تدمير المرافق العامة عن طريق قيام الإدارة بالإعلان عن استعدادها للسماح لجهة تمويلية بأن تبني بناءً على أرض المرفق، ويكون ملكاً للجهة التي بنته، وتتعهد الإدارة بشرائه بعد اكتماله من الجهة التي بنته بضمن محدد مؤجل على أقساط سنوية أو شهرية، وتراعي الإدارة في تلك الأقساط المؤجلة أن تكون أقل من

(١) ينظر قرارات الدورة الثانية عشرة لجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ١٤٢١هـ، ص ٧-٨.

(٢) ينظر المعايير الشرعية ٣١٦ .

(٣) ينظر المعايير الشرعية ٣١٦ .

(٤) يُنظر التمويل التنموي الإسلامي لرأس المال الثابت في الصناعة، مصطفى فضل المولى، ٥٩، بحث مقدم لندوة صيغ تمويل التنمية في الإسلام، بالخرطوم، ندوة رقم (٢٩)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية، ١٤١٣هـ. وينظر البيوع الشائعة ١٨٠.

الأجرة المتوقعة من تأجير هذا البناء، لتكون مطمئنة إلى أنها ستجد المال الكافي لتسديد أقساط ثمن البناء في المواعيد المحددة، ونتيجة لذلك تنتقل ملكية البناء إلى الإدارة بعد إبرام عقد شرائه من المقاول، وبذلك تصير الأرض والبناء القائم عليها ملكاً للإدارة، وثمر البناء يسترد تدريجياً من المبالغ العائدة من إيجارته، ومن الممكن في هذا العقد أن تضع الجهة الممولة للبناء يدها عليه، لتضمن أن الإدارة ستسدد لها استحقاقاتها في المواعيد المحددة، ثم بعد انتهاء فترة التسديد—والتي قد تكون طويلة في العادة—يؤول البناء إلى الجهة الإدارية ويصير مع الأرض ملكاً خالصاً لها^(١).

وبهذا نرى أنه يختلف التكييف الفقهي لعقود امتياز الإنشاء بحسب اختلاف التزام المتعاقد ومقابلته المالي، كما يأتي:

- ١— إن كان امتياز المتعاقد مع الإدارة يشمل تقديم المواد والعمل الإنشائي، وكان المقابل المالي له هو انتفاعه بالمشروع قبل تسليمه للدولة لمدة محددة فالعقد هنا استصناع
 - ٢— إن أقيم المشروع على أرض مستأجرة من الدولة، وأجرتها هي تسليم المشروع إليها بعد مدة محددة فالعقد هنا عقد إجارة والأجرة هي المشروع نفسه، ويسلم للجهة الإدارية (الدولة) في أجل المتفق عليه
- وأما تكييف المقابل المالي لعقود امتياز الإنشاء**

فالمقابل المالي في عقود الامتياز إما أن يحدد باستغلال هذا المرفق مدة معينة، وإما أن يحدد بمبلغ مالي محدد، فإذا حُدد المقابل المالي من خلال استغلاله والانتفاع به فتره معينة، فالعقد يُعد من قبيل الاستصناع؛ لأن الثمن كما يمكن أن يكون مبلغاً نقدياً يكون منفعة، ولو كانت منفعة الشيء المصنوع نفسه، وإن تم تحديد المقابل المالي بمبلغ مالي محدد يُترك المشروع في حيازة المتعاقد مع الإدارة مدة محددة على سبيل التوثيق ليضمن حقه في الحصول على الثمن من عوض منافع المشروع، مع حقه في المقاصة^(٢) بين الثمن وعوض المنافع، فإذا حصل على الثمن قبل نهاية المدة رد المشروع لملكه، أما إن لم يحصل على الثمن في هذه المدة فإن حقه في التوثيق يبقى حتى يستوفي الثمن، فكأن العلاقة بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها بعد الإنشاء علاقة إدارة، وعلاقة مقاصة بين المبلغ المستحق ثماً، وما يتم تحصيله من رسوم عن الاستخدام.

وبهذا يظهر لنا أن عقد امتياز الإنشاء يتشابه مع عقد الالتزام والبوت في الشكل والمضمون، فما ذكرته هناك يُذكر هنا.

القسم الثالث: عقد امتياز الإدارة:

(١) يُنظر المجلة العلمية لكلية التجارة (بنات)، جامعة الأزهر، العدد الأول، ١٩٢—١٩٤، سنة ٢٠٠٤ م.

(٢) أصل المقاصة: (مُقَاصَصَةً) فأدغم، وهي مفاعلة من الجانبين؛ لأن كلاً يقاوص صاحبه، أي يستوفي حقه منه. حاشية الصاوي ٢٩٧/٣.

وهي (عقود بين الدولة وأشخاص آخرين يتم بموجبها منح حق إدارة مرافق أو منشآت عامة بمقابل محدد لغرض تقديم خدماتها للجمهور بما يحقق المصلحة العامة)^(١).

ونلاحظ من خلال التعريف أن هذا العقد قائم بين الإدارة العامة القائمة على مصالح المرافق، وبين شخص آخر عام أو خاص، على أن يقوم هذا المتعاقد مع الإدارة بالقيام بإدارة المرفق العام على النحو المتفق عليه، بينما، بغرض تقديم خدمات هذا المرفق للجمهور؛ لتحقيق مصالحهم العامة المقصودة منه. ومن صور امتياز الإدارة: إدارة الحدائق والمباني، والمشاريع، ومرافق أخرى..، وقد يكون من أنواع الإدارة : الإشراف، أو المراقبة وأخذ الأجور، والتشغيل... .

تكييف عقود امتياز الإدارة

١_ تطبيق امتياز الإدارة من خلال عقد الإجارة:

وهنا يمكن أن نتصور حالتين:

الحالة الأولى: إجارة أشخاص

وفي هذه الحالة تقوم الإدارة باستئجار متعاقد معها على أجر متفق عليه بينها وبينه، كنسبة محددة من إجمالي الإيراد، أو أجر محدد، وتفوضه الإدارة بالقيام على إدارة هذا المرفق على النحو المتفق عليه بينهما، وبالتالي نكون هنا أمام عقد إجارة أشخاص.

الحالة الثانية: إجارة أعيان:

وفي هذه الحالة يقوم المتعاقد مع الإدارة باستئجار المرفق العام لمدة معينة يقوم فيها على إدارة هذا المرفق ومصالحه، وتفوضه الإدارة بذلك، كما تفوضه بأخذ الرسوم من المتفعين كأجر له على ما يقوم به من إدارة وأعمال.

ونلاحظ من الحالتين السابقتين ما يأتي:

في إجارة الأشخاص يكون المرفق تابعاً للإدارة، وما المتعاقد معها إلا أجير عندها، له حكم الأجير أما في إجارة الأعيان يكون المرفق في فترة العقد تابعاً للمتعاقد، ولا تستحق الإجارة إلا المبلغ المالي التي اتفقت مع المتعاقد على أخذه، ويكون المتعاقد هنا بمقام المستأجر للمرفق، ويأخذ الرسوم من المتفعين كمقابل مالي له لقاء ما يقدمه من القيام على إدارة هذا المرفق، وذلك بأجر محدد أو بنسبة معينة من إجمال الإيراد^(٢).

٢_ تطبيق امتياز الإدارة من خلال عقد شركة المضاربة:

(١) المعايير الشرعية ٣١٦.

(٢) ينظر المعايير الشرعية ٣١٦، والبيوع الشائعة ١٨٠ .

يمكن تطبيق امتياز الإدارة من خلال عقد المضاربة، وذلك بأن تقدم الجهة الإدارية الأرض أو المشروع للمتعاقدين معها الحاصل على الامتياز ليقوم بإدارته بحصة شائعة معلومة من الربح لكل من الطرفين^(١).

ونستخلص مما سبق: أنه يختلف تكييف عقود الامتياز حسب تحديد المقابل المالي فيها بين الجهة الإدارية وصاحب الامتياز، فيُكيّف العقد على أنه عقد إجارة إذا حُدد المقابل المالي بمبلغ مقطوع أو بنسبة من إجمالي الإيراد؛ لأنه أجرة معلومة.

ويُكيّف العقد بأنه شركة مضاربة رأس مالها هو أصل المرفق أو المشروع إذا حُدد المقابل المالي فيه بنسبة من الأرباح، أي من صافي الإيراد بعد المصروفات والمخصصات؛ وذلك لأن التحديد بنسبة من الأرباح هو قاعدة المضاربة، ولا ربح إلا بعد وقاية رأس المال وسلامته، وهو هنا المشروع الذي تمارس عليه الإدارة، وقد أجاز الحنابلة أن يكون محل المضاربة أصلاً داراً للغلة كالدابة^(٢).

ويُكيّف العقد في الحالتين بين صاحب الامتياز والمستفيدين بأنه عقد إجارة إن كان الشيء المبذول للمتفعين منفعة محضة، وأما إن كان الشيء المبذول يتضمن أعياناً، فلعقد عندئذ بيع، فالأمر يرجع إلى حسب طبيعة النشاط^(٣).

وهذا العقد يُفترض فيه أن يقدم المتعاقد فقط العمل (الإدارة)، أما كان المشروع المتعاقد عليه يحتاج إلى مواد بالإضافة إلى العمل، فهنا يُنظر:

إن كانت المواد لبناء أو إنشاء أشياء معينة، فعندئذ يكون مجال الحديث عنه في امتياز الإنشاء، وقد سبق الحديث عنه.

أما إن كانت المواد من أجل القيام بالصيانة، فقد مرّ الحديث عن عقود الصيانة المتضمنة لقطع الغيار في الباب الأول.

أما إن كانت المواد من مستلزمات عمل الإدارة، فإن كان تكييف العقد على أنه إجارة أعيان فالمتعاقد هنا يُعتبر مستأجراً للمرفق، ويقوم هو بكافة الأعمال والمواد اللازمة، أما إن كان تكييف العقد على أنه إجارة أشخاص، فالمتعاقد هنا بمثابة الأجير عند الإدارة، فلا يُكلف إلا بما يُكلف به الأجير في العرف.

وأما تكييف العقد على أنه شركة مضاربة، فالمتعاقد بمثابة المضارب، والمضارب إنما يُكلف بعمله فقط وما يستلزمه عمله في العرف.

وأما بالنسبة للمبلغ الذي يدفعه المتعاقد في عقود الامتياز:

(١) ينظر المعايير الشرعية ٣١٦، والمعاملات المالية المعاصرة أ. د. وهبة الزحيلي، ٤٣٨.

(٢) ينظر المعايير الشرعية ٣١٦، والمبدع ٢٠/٥.

(٣) ينظر المعايير الشرعية ٣١٦.

أما امتياز الإنشاء، وهو: عقد الالتزام والبوت في الجانب القانوني— فليس فيه دفع هذا المبلغ للإدارة.
وأما في امتياز الإدارة والاستغلال، فأقول:

في امتياز الاستغلال:

إن كانت الإدارة تشاركه في تحصيل الأرباح فالعقد شركة، ويكون ما يقدمه المتعاقد من مبالغ مساهمةً منه برأس المال في شركة عنان.

وأما إن كانت الإدارة لا تشاركه في تحصيل الأرباح، فالعقد عقد إجارة ويكون المبلغ أجرة من المتعاقد ليستأجر المرفق مدة من الزمن ليقوم باستغلاله ومصالحه وإدارته.

وأما في امتياز الإدارة: وهو إما مضاربة أو إجارة:

ففي حال الإجارة: يكون المبلغ أجرة من المتعاقد ليستأجر المرفق مدة من الزمن؛ ليقوم بإدارته ومصالحه.

وأما في حال المضاربة: فيقوم المتعاقد مقام المضارب في المضاربة، ويكون المقابل المالي للمتعاقد هو نسبة من صافي الأرباح، وليس فيها دفع ذلك المبلغ من المتعاقد.

وكذلك يمكن القول بالنسبة لامتياز الاستغلال وامتياز الإدارة أنه:

إن كان ما يُدفع للإدارة من مجموع الإيراد، فالعقد إجارة، والمقابل المالي هو الأجر.

أما إن كان ما يُدفع للإدارة من صافي الأرباح، فالعقد شركة (عنان في امتياز الاستغلال، ومضاربة في امتياز الإدارة)، والمقابل المالي هو الربح.

الترجيح في عقود الامتياز:

يظهر مما سبق أن عقود الامتياز لها صور متعددة، فتارة تكون امتياز إنشاء، فتشبه عقد الاستصناع، أو الإجارة أو الشركة، وتارة تكون امتياز إدارة فتتمثل بعقد إجارة أو شركة مضاربة، وتارة تكون امتياز استغلال فتتمثل بعقد جعالة أو إجارة أو شركة؛ وبالتالي فأرى أن هذا العقد ذا الصور المتنوعة والمفهوم المعاصر يُرجح اعتباره عقداً جديداً مستحدثاً، جاء لتلبية حاجات ومصالح الناس، ويخضع للأحكام العامة للعقود، وتُخرج صورته المبرمة بين طرفيه حسب العقد الأكثر شبهاً به، بعد أن تختار الإدارة والمتعاقد معها الصورة المرضية لهما، كما فصلت.

وقد رأينا أن الشريعة لا تمنع إحداث أي عقد تتطلبه مصالح العباد مادام منضبطاً بالضوابط الشرعية العامة، وقائماً على أساس التراضي، ومبتعداً عن المحظورات الشرعية، كما في تخريج عقد الامتياز على الصور المستساغة له، السابقة الذكر، بضوابطها الشرعية المقررة.

وبالتالي نتج عندنا أن عقود الامتياز مندرجة تحت قاعدة: (الأصل في العقود الإباحة إلا ما نصّ الشارع على تحريمه)، ولم يرد في النصوص نص على تحريمه.

وأما تكييف المقابل المالي في عقود الامتياز: فيُعرف بعد تحديد الصيغة الشرعية المرتبطة للإدارة والمتعاقد معها: فإن كان العقد استصناعاً كان المقابل المالي ثمناً، وإن كان العقد إجازة أو جعالة كان المقابل المالي أجرة، وإن كان العقد شركة، كان المقابل المالي ربحاً، وبالتالي يكون تكييف عقد الامتياز مكيفاً بإحدى الصور التي يُخرج عليها، وتبعاً لذلك يكون تكييف المقابل المالي حسب ذلك العقد المتفق عليه، وبالتالي يتنوع المقابل المالي بين أن يكون ثمناً أو أجراً أو ربحاً.

وأما الجانب القانوني، فامتياز الإنشاء إما أن يكون عقد الالتزام أو عقد البوت، وأما امتياز الإدارة والاستغلال، فيكون فيهما تقديم أعمالٍ معينة؛ والجميع يدخل تحت مفهوم عقد المقاوله التي تعني أن يقوم المتعاقد بصنع شيء أو أداء عمل، وأما المقابل المالي في الامتياز فقد أطلقت عليه الدراسة القانونية تسمية (عائد الاستثمار) بشكل عام، دون تمييز بين مضمون حقيقة هذا المقابل، سواء كان أجراً، أم جُعلاً، أم ربحاً، أم ثمناً، إلا في حال كون الامتياز بصورة شركة، فيكون المقابل المالي هو الربح الحاصل من هذه الشركة، بينما يميّز الفقه الإسلامي بين جميع أنواع المقابل المالي ويضع لها جميع أحكامها.

المطلب الثالث: التمييز بين المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت وعقود الامتياز

تمهيد: التمييز بين عقود الامتياز وعقود الالتزام والبوت:

في عقد التزام المرافق العامة يقوم المفوض إليه بإعداد الإنشاءات والتجهيزات، ويحصل على منفعتها مدة الزمن، فيقوم هو ببيع هذه المنفعة (استثمار المشروع بتجهيزاته) ويأخذ المقابل المالي من المتفعين في مدة متفق عليها، يستطيع من خلالها استرداد جميع ما قدمه من تكاليف ونفقات، ثم في نهاية المدة تؤول ملكية الإنشاءات والتجهيزات للإدارة، كما في عقد التزام المرافق العامة.

وكذلك عقد البوت هو عقد لإنشاء المشروعات وإقامة المرافق بالمواد اللازمة لها كالاتزام لكنه صورة مطورة عنه، ثم يتم استثمار منافع هذه المرافق مدة من الزمن، فهو في هذا يشبه عقد امتياز الإنشاء كذلك. وأما عقد الامتياز فكما ذكرت سابقاً فالامتياز أنواع:

أما امتياز الاستغلال: كامتياز استغلال المعادن وما شابهها، فهذا النوع من عقود الامتياز لا توجد صلة بينه وبين عقد الالتزام أو البوت؛ لأن موضوعه استخراج المعادن وحصول صاحب الامتياز على حصة منه، أو على مقابل مستقل، وليس فيه العناصر الأساسية من عقد البوت من البناء والتشغيل والإعادة^(١).

وأما امتياز الإدارة (التشغيل) فهو عقد إجارة على العمل فقط دون إنشاء، وبالتالي يتشابه مع عقد الالتزام والبوت في هذه الناحية، ويفترقان من ناحية أخرى وهي إنشاء المشروع، فالإنشاء موجود في عقد الالتزام والبوت دون عقد امتياز الإدارة (التشغيل)، ويكون المشروع وما يتعلق به من الإنشاءات والتجهيزات مملوكين للجهة العامة منذ البداية فتقوم بتأجيرها للمتعاقد، ويأخذ المقابل المالي له إن تم الاتفاق على صيغة الإجارة.

وأما امتياز إنشاء المشروعات فهذا النوع يشبه عقدي الالتزام والبوت، وقد جاء عن هذا الامتياز في المعايير الشرعية بأنه: (عقد امتياز الإنشاء هو عقد بين الدولة وطرف آخر لإقامة مشروع يتعلق غالباً بالمرافق العامة يتم إنشاؤه بمواصفات معينة... وتكون منفعه لصاحب الامتياز مدة معينة تعود بعدها للدولة)^(٢).

وجوه الاختلاف: وتبرز وجوه الاختلاف في مضمون العقد والمقابل المالي فيه.

(١) ينظر عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، د. عبد الستار أبو غدة، ١٦-١٧، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

(٢) المعايير الشرعية رقم ٢٢ بشأن عقود الامتياز الفقرة ٦.

— امتياز الإنشاء، والالتزام، والبوت: مضمونها: إعداد الإنشاءات والتجهيزات، والحصول على منفعتها مدة من الزمن.

— أما امتياز الاستغلال: كامتياز استغلال المعادن مثلاً، فموضوعه استخراج المعادن وحصول صاحب الامتياز على حصة منه، أو على مقابل مستقل^(١).

— أما امتياز الإدارة، فمضمونه: التشغيل والإدارة، ولا يتضمن إنشاء مشروع وتجهيزه.

وأنتقل الآن إلى التمييز بين المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت وعقود الامتياز.

أولاً: المقابل المالي في عقدي الالتزام والبوت (امتياز الإنشاء):

يتنوع المقابل المالي في عقدي الالتزام والبوت بين أن يكون أجراً، أو ثمناً، أو ربحاً، حسب نوع العقد المبرم — كما رأينا —، وفي حال كون المقابل المالي المستحق على الإدارة هو الأجر في الإجارة، أو الثمن في الاستصناع، فإن المقابل المالي يكون بصورة منفعة المشروع الذي تم إنشاؤه، ثم يتم استثمار هذه المنفعة وأخذ مردودها، وفي حال الشركة، فإن المقابل المالي هو الربح الذي يُدرّه هذا المشروع؛ وهنا نرى الفرق الدقيق بين المقابل المالي في الدراسة الشرعية والدراسة القانونية، حيث إن الجانب القانوني أطلق تسمية عائد الاستثمار دون أن يميّز بين أنواع المقابل المالي وصوره، ومصدر أخذه، بينما ميّز الفقه الإسلامي في ذلك تمييزاً كاملاً مع تفصيل تكييف العقود التي ينشأ عنها ذلك المقابل، وما يترتب ذلك من أحكام، كما ذكرت.

ثانياً: المقابل المالي في عقود الامتياز:

يتنوع المقابل المالي في امتياز الاستغلال بين أن يكون أجراً، أو جُعلاً^(٢)، أو ربحاً في شركة عنان أو مضاربة، حسب تكييف العقد المبرم، وهذا التفصيل رأيناه في الدراسة الشرعية، أما في الجانب القانوني فيطلق على المقابل المالي تسمية: عائد الاستثمار إلا في حالة الشركة فيكون المقابل المالي هو الربح.

(١) ينظر عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، د. عبد الستار أبو غدة، ١٦-١٧، بحث مقدم لجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

(٢) تمييز الجعالة عن الإجارة بما يأتي: ١- صحة الجعالة مع جهالة العمل، اكتفاء بتحديد النتيجة المطلوبة من الجاعل، ٢- عدم حاجة الجعالة إلى القبول، ٣- توقف استحقاق الجعل على إنجاز العمل وتسليمه، ٤- صحة الجعالة مع عامل غير معين، ٥- الأصل عدم اللزوم في الجعالة واللزوم في الإجارة، ٦- عدم التأقيت لمدة العمل، بينما يُشترط ذلك في

وأما امتياز الإدارة، فإما أن يكون المقابل المالي أجراً على الأعمال والإدارة التي يقوم بها المتعاقد، أو ربحاً في المضاربة إن تمّ على أساس المضاربة، وإن كان الدراج في الجانب القانوني على غير المضاربة. ويرى أغلب فقهاء القانون أن وجود عقد تفويض المرفق العام مرهون بحصول المتعاقد مع الإدارة على مقابله المالي من حصة استثمار المرفق^(١)، ولا يشترط أن يكون يحمل هذا المقابل أو النسبة المرتفعة منه ناتجة عن حصة هذا الاستثمار، بل يكفي أن تكون دالة على وجوده وإظهار مسؤولية الشخص المفوض إليه، حتى ولو أن هذه النسبة بلغت في بعض العقود ١٠% فقط من ناتج الاستثمار^(٢). ولذلك فالعقود التي يدفع أجرها بشكل مباشر من الخزينة العامة، ودون احتساب نتائج استثمار المرفق ومخاطره يمكن وصفها بعقود خدمات تنطوي تحت عقود الشراء العام، ولا يمكن عدّها عقود تفويض مرفق عام.

الأجير الخاص، ينظر المهذب ٤١١/١، والبحر في على الخطيب ١٧١/٣، ومنح الجليل ٣/٤، والمغني، لابن قدامة ٣٥٠/٦. المعايير الشرعية ٢١٧.

(١) يُنظر عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT، د. مهند نوح، ٨٣، هيئة الموسوعة العربية، الطبعة الأولى، دمشق، ٢٠٠٧م.

(٢) يُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، ١٠٨.

المطلب الرابع: تكييف المقابل المالي في عقود مشاطرة الاستغلال

التعريف. بمشاطرة الاستغلال في اللغة: المشاطرة لغةً: الشَّطْرُ نَصْفُ الشيء، والجمع أَشْطُرٌ وشُطُورٌ، وشَطْرُته جعلته نصفين، وشاطرَه ماله ناصفه، وشاطرني فلانُ المالَ مُشاطرةً، أي قاسمني بالنَّصْف^(١). والاستغلال لغةً: مصدر استغل، وأصله من غلّ، الغلّة: بالفتح: الرّيع، والثمرة، ونتاج الأرض، والبن والنتاج عموماً، والدخل، وجمعها غلال بالكَسر، واستغل المستغلات أخذ غلتها، وأغلت الضيعة: أعطت الغلة^(٢).

وأقدم لبيان مشاطرة الاستغلال بالتعريف. بماهية مشاطرة الاستغلال كما هي صورتها المعاصرة، ثم أذكر تكييف المقابل المالي في مشاطرة الاستغلال.

مشاطرة الاستغلال اصطلاحاً: وهو العقد الذي (تعهد من خلاله السلطة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بإدارة أحد المرافق العامة نظير مقابل يتقاضاه هذا الشخص من الجهة الإدارية العامة على أن تتحمل هذه الأخيرة المخاطر المالية للمشروع)^(٣).

فالمشروع في عقد مشاطرة الاستغلال (مشروع تملكه الدولة، ولكن قد تعهد بإدارته أحياناً إلى أحد الأشخاص مقابل أجر وجزء من الأرباح التي يحققها وتحمل ما ينجم عنه من مخاطر بقصد تشجيع الحافز الفردي عن طريق من يتولى إدارة هذا المشروع بأخذ جزء من أرباحه)^(٤).

ويتكون المقابل المالي في عقود مشاطرة الاستغلال من قسمين، الأول: مبلغ جزافي، يحدد في العقد، والثاني: عنصر متغير على شكل علاوة إضافية، تحدد تبعاً لنسبة النشاط الذي يبذله المفوض إليه في استثمار المرفق، مما يشكل حافزاً للمفوض، أي لبذل قصارى جهده في استغلال المرفق ليتحقق أعلى أجر ممكن^(٥)؛ وللابتعاد عن الروتين والإهمال الذي تتسم به الإدارة العامة للمرافق.

إلا أننا نجد اختلافاً بين فقهاء القانون في تحديد ماهية القسم الثاني، والأشكال التي يمكن أن يأخذها وسآتي على ذكر بعضها:

أ. (مكافأة إضافية سنوية بنسبة النشاط الذي يبذله المتعاقد في إدارة المرفق)^(٦).

(١) ينظر لسان العرب، وتهذيب اللغة، كلاهما مادة: (شطر) .

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (غلل).

(٣) المرافق العامة، ابراهيم الهندي وآخرون، ٢٢٢، مديرية الكتب والمطبوعات جامعة حلب، ٢٠٠٤م.

(٤) اقتصاديات المشروع الصناعي، د. أحمد رشاد موسى، ٦٧.

(٥) يُنظر الوجيز في القانون الإداري، د. سليمان الطماوي، ٢٨٨.

(٦) المرجع نفسه ١٠٥.

ب. مكافأة تقدر على أساس الربح الصافي، أو على أساس الدخل الإجمالي، وتعد الطريقة الأولى أفضل لكونها تحض المتعاقد بذلك قصارى جهده لنجاح المرفق، لأن انخفاض الربح يؤثر سلباً على مقابله المالي^(١).

ج. (يمكن أن يرتبط ببعض نتائج الاستثمار التي لا تعد أرباحاً بذاتها، مثل: عدد الركاب، مقدار الأداء، الوفرة الذي يحققه في إدارة المرفق)^(٢).

د. (يمكن أن يكون حصة من الأرباح)^(٣).

ومن الملاحظ أن القسم الثاني من المقابل المالي من شأنه أن يحمل المتعاقد نوعاً من المسؤولية والمخاطر، والذي يعد جوهر عقود تفويض المرافق العامة.

والقسم الأول وإن كان يُحدد جزئاً إلا أنه لا يدفع من خزينة الدولة بل من ناتج هذا الاستثمار، إضافة إلى إمكانية الحصول على حوافز استثمارية^(٤).

ويعد شرط الارتباط بين العائد الاستثماري والمخاطر والأعباء المالية شرطاً أساسياً لوجود عقود تفويض المرافق العامة^(٥)، وتعبير آخر لا يكفي أن ترتبط العائدات بنتائج استغلال المرفق بل لا بد أن يتحمل المتعاقد مخاطره المالية^(٦).

فالسطة العامة في هذا العقد هي من تتحمل من حيث المبدأ نفقات المشروع، فتقدم المال اللازم لإعداد وإدارة المرفق، وعلى الرغم من ذلك يحق للمتعاقد أن يشارك أحياناً في رأس المال^(٧). وتمتد سلطة الجهة العامة لتتدخل في جميع التفاصيل المتعلقة بالإدارة، فتحدد أجور ومكافآت العمال المستخدمين، وإن كانت لا تتولى بنفسها وبموظفيها إدارة المرفق وتوكل ذلك لمتعاقدها^(٨)، أي أن المفوض إليه يقوم بإدارة المرفق وتحصيل التّعرفات من المنتفعين لحساب الإدارة في ظل رقابة شديدة من قبلها^(٩).

(١) ينظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣٣٥/٢.

(٢) تفويض المرافق العامة، د. محمد محمد عبد اللطيف، ٨٣.

(٣) العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣٣٥/٢.

(٤) يُنظر دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، يعرب محمد الشرع، ١٢٢، دار الفكر، دمشق.

(٥) يُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، ١١٣.

(٦) يُنظر المرجع نفسه ١١٤.

(٧) ينظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣٣٥/٢.

(٨) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ١٠٥/، والمرافق العامة، د. إبراهيم الهندي وآخرون، ٢٢٣.

(٩) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ١٠٥.

تكييف المقابل المالي في عقد مشاطرة الاستغلال

إذا دققنا النظر في عقد مشاطرة الاستغلال فإننا نجد:

إنّ العوض الذي يقدمه المتعاقد مع الإدارة إنما هو عبارة عن (عمل) يتمثل بالاستثمار، ولا يشترط فيه تقديم مواد أو بناء أو صناعة أو بذل شيء منه.

إنّ العوض تقدمه الإدارة (المقابل المالي للمتعاقد والمتفق عليه بينهما) هو مبلغ مقطوع أولاً، ثمّ مكافأة حسب نتائج الاستثمار.

ويمكن حملة وتكييفه على عقد إجارة الأشخاص؛ لأنه عقد يتم فيه بذل عمل مقابل أجر مقطوع، وأما ما يتعلق بالمكافأة فيمكن أن يدخل تحت نظرية الشروط التي يتفق عليه المتعاقدان.

وأما عن الجانب القانوني فإنّ عقد مشاطرة الاستغلال ينطبق مفهومه على عقد المقاولة، وبالتالي يأخذ حكمه، ويكون المقابل المالي في هذا العقد هو المقابل المالي في عقد المقاولة حال تقديم العمل، ألا وهو الأجر، وأما ما يتعلق بالمكافأة فهي من ضمن الشروط التي يلتزم به المتعاقد تجاه الآخر.

المبحث الثاني

أنواع المقابل المالي وشروطه في عقود التزام المرافق العامة والامتياز
ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقابل المالي للمتعاقد في عقده مع الإدارة (المنفعة)

المطلب الثاني: المقابل المالي للمتعاقد في عقوده مع المنتفعين (التعرفة)

المطلب الثالث: كون المقابل المالي حصة من الإنتاج

إذا دققنا النظر في تعريف عقود التفويض العام من الالتزام والبول وامتياز الإنشاء وامتياز الإدارة وامتياز الاستغلال؛ لوجدنا أن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة في عقده معها إنما هو منفعة المشروع فقط لا غير، ثم بعد ذلك يقوم المتعاقد مع الإدارة بعقد آخر بينه وبين المنتفعين من هذا المرفق، فيبيعهم المنفعة التي حصل عليها، فحقيقة الأمر أن العقدين منفصلان، ففي العقد الأول ملك المتعاقد المنفعة، وفي العقد الثاني باع المنفعة للمنتفعين في المدة المحددة له.

وبناء على هذا فالمنفعة في العقد الأول بين الإدارة وبين المتعاقد معها أخذت دور الثمن لعقد الاستصناع إذا تم تكييف العقد على أنه استصناع، وأخذت دور الأجر لعقد الإجارة إذا تم تكييف العقد على أنه عقد إجارة، وأما إذا تم تكييف العقد الإداري على أنه شركة فالمقابل المالي هو الربح الناتج عن هذه الشركة، سواء أكانت شركة مضاربة أم شركة عنان، ولا إشكال هنا إذا تم تكييفه على أنه عقد شركة فأمره واضح، حيث إن المقابل المالي هو نسبة معينة من الأرباح يأخذها المتعاقد، كما أن باقي الربح للإدارة.

وقد مر معنا سابقاً أن المنفعة تُعدُّ مالاً عند الجمهور، أما الحنفية فقالوا: لا تعدُّ مالاً إلا بورود عقد المعاوضة، وعقود التفويض الإدارية هي من عقود المعاوضات، حيث تكون المنفعة هي أحد البدلين المعقود عليهما في العقد الأول بين الإدارة والمتعاقد معها، وأيضاً هي أحد البدلين في العقد الثاني بين المتعاقد مع الإدارة وبين المنتفعين، وعلى هذا فالعقد لا إشكال عليه من ناحية مالية المنفعة هنا عند الفقهاء.

فلو تعاقد متعاقد مع الإدارة على أن يبني جسراً عاماً، وعلى أن يكون المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة هو الرسوم المفروضة على المارين فوق هذا الجسر مدة من الزمن، فحقيقة المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة هنا هو منفعة هذا الجسر مدة من الزمن، ثم يقوم المتعاقد بعقود أخرى مع المنتفعين من هذا الجسر يبيعهم فيها منفعة هذا الجسر مدة من الزمن مقابل ثمن معلوم هو ثمن منفعة الجسر التي انتفعوا بها من المرور فوق هذا الجسر، ففي عقده الأول مع الإدارة كان المقابل المالي له هو منفعة المشروع، وفي عقده الثاني مع المنتفعين تحولت المنفعة إلى نقود متمثلة في الرسوم المفروضة على المنتفعين نتيجة استثمار هذا الجسر.

وهذا يتطلب مني أن أفصل الحديث عن المنفعة وما يتعلق بها؛ لأنها هي المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقود التفويض العام، ثم بعدها أذكر ما يتعلق ببيع المنفعة وتحصيل الرسوم من المنتفعين.

والمنفعة لغةً: هي كل ما ينفع به ويستفاد منه، وجمعها: منافع، والنفع: الخير، وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه^(١)، وقد تكلمت عن مفهومها في حديثي عن أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المال^(٢).

(١) ينظر لسان العرب، مادة: (نفع)، وينظر تبين الحقائق ١٥١/٢، والأم ٢٥٠/٣.

(٢) يُنظر بيع الحقوق والمنافع في الفقه الإسلامي، أ. د. محمد محروس المدرس الأعظمي، ٣٠، بحث مقدم إلى المؤتمر الفقهي الهندي في دورته الثالثة، بنكلور، ١٩٩٠ م.

التمييز بين ملك المنفعة وملك الانتفاع:

تجدر الإشارة إلى أن ملك المنفعة يفترق عن حق الانتفاع من حيث المعنى، والمنشأ، والأثر.

فمن حيث المعنى: فإن ملك المنفعة فيه اختصاص حاجز لحق المستأجر في منافع المأجور، ففيه معنى الملكية وقوتها، فله أن ينتفع بنفسه وبغيره وأن يعيد تأجيريه بشروط معينة.

أما حق الانتفاع: فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع بالحق الشخصي دون الامتلاك.

ومن حيث المنشأ: فإن ملك المنفعة ينشأ عن عقد مملك كالإجارة، والوصية بالمنفعة، والوقف. وحق الانتفاع يثبت بالعقود التي تفيد ملك المنفعة كالبيع، والإجارة، والهبة، كما يثبت بكون الشيء مخصصاً للانتفاع العام كالطرق والحدائق.

ومن حيث الأثر: فإن ملك المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملكه إياها، فيحق له أن يملك المنفعة التي استفاد ملكيتها. فللمستأجر أن يؤجر المأجور وأن يعيره، وللمستعير أن يعير غيره إلا إذا كان الشيء مما يتأثر باختلاف المستعملين كإعارة الدواب والثياب، فإنه ليس للمستعير أن يعيرها.

وليس للمستعير أن يؤجر العارية مطلقاً؛ لأن عقد العارية عقد غير لازم، وعقد الإجارة عقد لازم ولا يبنى عقد لازم على عقد غير لازم^(١).

بينما ملك الانتفاع يسوغ لصاحبه أن يتصرف بالشيء على قدر الحاجة، وليس للمتفع أن يملك ذلك لغيره، فهو لا يملك التصرف، كتصرف الملاك؛ لأن ملك الانتفاع من قبيل الرخصة بالانتفاع بالحق الشخصي دون الامتلاك.

وأذكر الآن شروط المقابل المالي (منفعة المشروع) للمتعاقد مع الإدارة، وذلك كما يأتي:

(١) يُنظر مجلة الأحكام العدلية بشرح الأتاسي، المواد (٥٨٦، ٥٨٧، ٨١٩، ٨٢٣).

المطلب الأول: المقابل المالي للمتعاقد في عقده مع الإدارة (المنفعة)

تنقسم المنفعة إلى قسمين:

الأولى: منفعة عين: كزراعة أرض أو بنائها أو سكنى دار، أو منفعة محل تجاري، أو ركوب سيارة، أو منفعة أدوات معينة كمنفعة أثاث ونحوه.

الثانية: منفعة عمل: وهي التي تكون من إنسان، كخدمة الموظف، أو أصحاب الحرف، كالبناء، والحداد، والخباط، والنجار، والخباز، وغيرهم.

والمقصود بالمنفعة في عقود التفويض العام هو منفعة العين، حيث إنَّ المنفعة هي المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقد الالتزام والبوت وامتياز الإنشاء؛ حيث إنَّ المتعاقد بعد أن يقوم ببناء المشروع يأخذ المقابل المالي من منفعة هذا المشروع الذي أقامه، وهنا قد يتفق المتعاقد مع الإدارة على كون المقابل المالي له هو استفادة المتعاقد من المشروع مدة من الزمن، ويستمر في الانتفاع بالمشروع وأخذ عائد الاستثمار طيلة المدة المتفق عليها.

وقد يكون المقابل المالي للمتعاقد هو مبلغ محدد، لكن تفوض الإدارة المتعاقد معها بالقيام باستثمار منفعة هذا المشروع وتحصيل الرسوم، ثم تجري المقاصة^(١) بين حصيلة استثمار منفعة المشروع المحصلة وبين المبلغ المحدد المتفق عليه بين الإدارة والمتعاقد معها.

وبالتالي فالمقابل المالي كما في الحالة الأولى هو منفعة المشروع؛ ولذا سأختصر الحديث عنها فقط، دون منفعة العمل؛ لأنها هي المقصودة في البحث، وأبدأ بتفصيل شروط منفعة العين فيما يأتي:

الشرط الأول: أن يقع التحصيل على منفعة العين لا على استهلاكها:

وذلك كتحويل المنفعة في عقد الإجارة فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المعقود عليه هو المنفعة أما عند الحنفية فالمعقود عليه العين، لكن الغرض هو حصول المستأجر على المنفعة لا العين؛ وإنَّما اعتبروا العين محل العقد لضرورة تصحيح العقد، لأنَّ المنافع معدومة.

الشرط الثاني: أن تكون المنفعة متقومة

وقد نقل المواق عن ابن عرفة رحمهما الله أنهم: (فسروا المتقومة بما لها قيمة)^(٢). أي يبذل المال في مقابلها.

وتَقْوُمُ المنفعة له اعتباران: الأول: شرعي. والثاني: عرفي.

(١) أصل المقاصة: مُقَاصَصَةٌ فَأَدْغَمَ، وهي مفاعلة من الجانبين؛ لأنَّ كلاً يقاصص صاحبه، أي يستوفي حقه منه. حاشية الصاوي ٢٩٧/٣.

(٢) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤٢٢/٥.

والمقصود من المنفعة: المنفعة المأخوذة من عين، فلا تشمل منفعة الإنسان، لأنها تندرج ضمن العمل، وهو يخصّ الجهد البشري.

التقوّم الشرعي للمنافع:

فالعين التي يصح الانتفاع بها، هي العين التي يبيح الشارع منفعتها، وإذا حرّم الشارع منفعة، فإنه يحرم بذل العوض مقابلها.

التقوّم العرفي للمنافع:

أي أن تكون المنفعة ذات قيمة عرفاً، إذا جرى العرف الاجتماعي باعتبار منفعة ما لها أثر وفائدة، ويتنافس الناس في الحصول عليها كمنفعة الدار للسكنى، ومنفعة السيارة للركوب، ومنفعة الأرض للزراعة، وغيرها.

الشرط الثالث: أن تكون المنفعة مملوكة^(١)

إن الأراضي والأموال العامة تعود ملكيتها لجميع أفراد الأمة دون تخصيص فرد بعينه، والإدارة هي الوالية التي تتولى شؤون الأموال العامة بما يحقق المصلحة العامة، وهنا تقوم الإدارة على الأموال العامة بمقام الحافظ الراعي المالك الأمين الذي يتصرف في هذه الأموال بما يحقق المصلحة العامة، وبالتالي فلها أن تعطي المتعاقد معها حق الانتفاع من المرفق العام لقاء ما قدمه من أعمال وغيرها لهذا المرفق، وتنسب ملكية الأرض العامة للإدارة من باب التجوز لاعتبار أن الإدارة هي الراعي الذي يرعى كل الأموال العامة ويحقق مصالح الأمة فيها^(٢).

الشرط الرابع: أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها

يشترط لصحة المقابل المالي إذا كان منفعة أن يكون منفعة مقدوراً على تسليمها، ومعنى كون المنفعة مقدوراً على تسليمها، أي أن لا يحول حائل بين المتعاقد وبين إمكانية استيفاء منفعة العين، فإن عسر تسليم المنفعة لم يصح العقد^(٣).

الشرط الخامس: أن تكون المنفعة معلومة^(٤)

والعلم بالمنفعة يكون بالعلم بمحلها ونوعها ومقدارها.

(١) يُنظر بدائع الصنائع ١٧٧/٤، ومواهب الجليل ٤٢٣/٥، ونهاية المحتاج ٢٦٨/٥، وكشاف القناع ٥٥/٣.

(٢) يُنظر نظرية العقود الإدارية ٨٢.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ١٤٧/٥، والخرشي على مختصر سيدي خليل ١٦/٥-١٧، والمجموع ٢٨٥/٩، ومغني المحتاج

١٢/٢-١٣، والكافي لابن قدامة، ٩/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٤٥/٢-١٤٦.

(٤) يُنظر بدائع الصنائع ١٧٩/٤-١٨٠، وبداية المجتهد ٢٨٩/٢، ومغني المحتاج ٣٤٠/٢، والمغني، لابن قدامة ٢١/٦.

العلم بمحل المنفعة: محل المنفعة هو العين، سواء كانت داراً، أم أرضاً، أم وسيلة نقل، أم غير ذلك مما يندرج ضمن هذا النوع.

وأما العلم بنوع المنفعة فيقصد به: بيان ما تصلح له العين، فطبيعة المنفعة تختلف باختلاف العين وقد يكون للعين الواحدة منافع متعددة، فلا بد عندها من تحديد نوع المنفعة، كأن تكون منفعة الأرض للزراعة أو للغرس أو البناء أو غير ذلك، فإن كانت مجهولة، ففسد العقد^(١).

العلم بمقدار المنفعة: منافع الأعيان، كالعقارات منها المحلات التجارية والأراضي وغيرها، لا تصير معلومة إلا بالمدة^(٢) كسنة مثلاً، أما وسائل النقل المعاصرة، فمنافعها تعلم بالمدة، أو تسمية المكان الذي ستصل إليه، كأن يتم الاتفاق على المنفعة هي الوصول بالسيارة إلى عدة بلدان معلومة، فإن كانت المدة مجهولة، فالعقد فاسد^(٣)، لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه، المعروفة له^(٤)، وإذا فسد العقد، وجب أجر المثل.

ويجب تحديد أول المدة ونهايتها، وأما إن لم ينص صراحة على بداية المدة فقد ذهب الجمهور من الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والشافعية في المعتمد^(٧)، والحنابلة في رواية^(٨): لا يُشترط تعيين بداية المدة بالنص عليها، لأن إطلاق المدة في بداية العقد، يحمل على الزمان الذي يلي العقد مباشرة.

وذهب ابن الرِّفعة^(٩) من الشافعية^(١٠)، والحنابلة في المذهب^(١١): إلى فساد العقد، لعدم النص صراحة على بداية المدة.

(١) يُنظر البحر الرائق ٣٠٤/٧، الدر المختار بhamش رد المحتار على الدر المختار، ١٧/٥-١٨.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ١٨١/٤، وبداية المجتهد ٢٨٩/٢، ومغني المحتاج ٣٤٠/٢، وكشاف القناع ٥٦٤/٣.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ١٨١/٤، وحاشية الدسوقي ٤٤/٤، ومغني المحتاج ٣٤٠/٢، والمغني، لابن قدامة ٥/٦.

(٤) يُنظر المغني، لابن قدامة ٥/٦.

(٥) يُنظر بدائع الصنائع ١٨١/٤.

(٦) يُنظر الشرح الصغير بhamش بلغة السالك ٥٠٤/٣.

(٧) يُنظر مغني المحتاج ٣٤٠/٢.

(٨) يُنظر كشاف القناع ٧/٤.

(٩) هو أحمد بن محمد بن علي بن مرتفع بن حازم، أبو العباس، الأنصاري، المصري، المعروف بابن الرِّفعة، (٦٤٥-٧١٠ هـ)، فقيه

شافعي، من فضلاء مصر، تفقه على الظهير الترمذي، والشريف العباسي، ولقب بالفقيه، وسمع الحديث من محيي الدين الدميري

ودرس بالمدسة المعزية، من تصانيفه: (المطلب في شرح الوسيط) و(الكفاية في شرح التنبيه)، و(الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال

والميزان). البدر الطالع ١١٥/١، وطبقات الشافعية ١٧٧/٥.

(١٠) يُنظر مغني المحتاج ٣٤٠/٢.

(١١) يُنظر كشاف القناع ٧/٤.

استدل الجمهور بقوله تعالى - حكاية عن شعيب حيث قال لموسى عليهما السلام -: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَاجٍ﴾ [القصص: ٢٧]، فلم ينص صراحة على بداية المدة، وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد في شرعنا خلافه^(١)، ولأنه المفهوم المتعارف^(٢)، فيتقيد الإطلاق بالعرف، لأن المتعاقد إعادة لا يعقد إلا بالحاجة، والحاجة تعقب العقد مباشرة^(٣)، ولأن العاقد يقصد بعقده الصحة، ولا يكون صحيحاً إلا بصرفه للشهر الذي يعقب العقد^(٤).

أما الشافعية في قول، والحنابلة في المذهب، فيرون أن إطلاق المدة، وعدم تعيين بدايتها بالنص، يؤدي إلى جهالة المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه تفسد العقد^(٥).

ويبدو أن الراجح مذهب الجمهور، لأن العرف يقيد الإطلاق، فيحمل على وقت العقد، لأن العرف يرفع الجهالة، ومن ثم فلا تكون الجهالة سبباً للتراجع وفاء العقد فلا تفسد العقد. وأن أعمال الكلام أولى من إهماله، والله تعالى أعلم.

وأما إذا لم يعين نهاية المدة يُنظر: إن كان المتعاقد قد نقد أجرة أشهر معينة، كأن دفع في عقد امتياز الإدارة خمسة آلاف، كل شهر بألف ليرة، فالعقد صحيح لازم في خمسة أشهر، عند الحنفية^(٦)، والمالكية^(٧)، لأن تعجيل الأجرة دليل على الرضا بانعقاد العقد لتلك المدة.

ولم أجد للشافعية والحنابلة قولاً في ذلك، ويبدو أن الحنابلة في المعتمد^(٨)، يرون - كالحنفية والمالكية - لزوم العقد في تلك المدة، لأنهم اعتبروا لزوم العقد في الشهر الأول، إذا لم ينقد المستأجر شيئاً؛ أما الشافعية في المعتمد، فيبدو أنهم يرون عدم صحة العقد، لأن هذه الصيغة صيغة مطلقة، فيفسد العقد، وإن نقد أجرة أشهر معينة، فيجب أجر المثل إن انتفع بالعقار، لا المسمى.

(١) يُنظر كشف القناع ٧/٤.

(٢) يُنظر مغني المحتاج ٣٤٠/٢.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ١٨١/٤.

(٤) يُنظر بدائع الصنائع ١٨١/٤.

(٥) يُنظر كشف القناع ٧/٤.

(٦) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٣١/٥.

(٧) يُنظر التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل، ٤٤٠/٥.

(٨) يُنظر كشف القناع ٥٥٧/٣.

المطلب الثاني: المقابل المالي للمتعاقد في عقود مع المنتفعين (تعرفه)

بعد حصول المتعاقد مع الإدارة على منفعة المشروع، يقوم هو ببيع منفعة المشروع للمنتفعين من هذا المرفق بمقابل مالي يأخذه منهم، وقد جرى العرف على كون هذا المقابل المالي من النقود، ويسمى هذا المقابل المالي (بالرسوم أو التعريفات).

وبما أن هذه الرسوم هي مقابل الحصول على منفعة فإنها تكيّف في الفقه الإسلامي على أنها أجرة؛ وتعرف الأجرة بأنها: (العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر مقابل المنفعة التي يأخذها منه)^(١). وقد اتفق^(٢) الفقهاء على جواز جعل الأجرة من النقود، أو من العروض التي يجوز بيعها، أو منفعة مقابل منفعة أخرى.

يقول ابن نجيم^(٣) رحمه الله: ((قوله ما صح ثمناً صح أجرة)، أي ما جاز أن يكون ثمناً في البيع، جاز أن يكون أجرة في الإجارة، لأن الأجرة ثمن المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع، ومراده من الثمن ما كان بدلاً عن شيء فدخل فيه الأعيان، فإن العين تصلح بدلاً في المقايضة، فتصلح أجرة. ... المنفعة يجوز أن تكون أجرة للمنفعة إذا كانت مختلفة الجنس^(٤)، كاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض^(٥)).

لكن جرى العرف على جعل الأجرة من النقود في العقود الإدارية وفي كثير من المعاملات بين الناس. ويشترط في الأجرة (الرسوم) عند الفقهاء نفس شروط الثمن تماماً^(٦)؛ وذلك لأن الثمن هو العوض عن الأعيان، والأجر (التعريف، أو الرسم) هو العوض عن المنافع، فالأجرة هو ثمن المنفعة.

(١) حاشية الدسوقي ٢/٤.

(٢) يُنظر تبين الحقائق ١٠٦/٥، والتاج والإكليل بامش مواهب الجليل ٣٩٣/٥، وروضة الطالبين ١٧٥/٥، والمغني، لابن قدامة ١٢/٦.

(٣) هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري المشهور بابن نجيم، حنفي المذهب، فقيه وأصولي، توفي سنة ٩٧٠هـ/١٥٦٣م من أشهر مؤلفاته (البحر الرائق في شرح كثر الدقائق) و(الأشباه والنظائر). معجم المؤلفين ١٩٢/٤.

(٤) هذا القيد ذكره الحنفية فقط، أما الجمهور، فيجوز عندهم جعل المنفعة أجرة مع اتفاق الجنس، ينظر تبين الحقائق ١٠٦/٥، والتاج والإكليل بامش مواهب الجليل ٣٩٣/٥، وروضة الطالبين ١٧٥/٥، والمغني، لابن قدامة ١٢/٦.

(٥) البحر الرائق ٢٩٨/٧.

(٦) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٥١/٦، والمهذب، ٣٩٩/١، وكشاف القناع ٥٥٢/٣.

ولذلك اشترط الجمهور في الأجرة ما اشترط في الثمن^(١)، كأن تكون الأجرة متقومة ومعلومة ومملوكة ومقدوراً على تسليمها.

وقد ترغب الإدارة أخذ العروض لقاء إيجارها للمرفق العام، كأن تؤجر أرضاً لمن يستثمرها للزراعة مقابل كمية من القمح أو الأرز، أو كأن تؤجر عقاراً مقابل قدر معين من الأقمشة، يقدمها المتعاقد المستأجر، أو كأن يعمل في معمل ينتج سلعة معينة مقابل الحصول على بعض السلع المنتجة.

وقد يفضل المستأجر بذل العروض مقابل حصوله على منفعة عقار أو محل تجاري...، وقد اتفق الفقهاء على جواز جعل الأجرة من العروض التي يجوز بيعها في جميع أنواع الإيجارات^(٢).

وفي الجانب القانوني فإن الأجرة هي المال الذي يلتزم المستأجر بإعطائه للمؤجر في مقابل الانتفاع بالشيء المؤجر^(٣).

ويشترط في الأجرة الشروط العامة المطلوبة في محل الالتزام، وهي ما نصت عليه القواعد العامة في نظرية الالتزام، وهي:

١- أن تكون الأجرة مشروعة، ويجوز التعامل بها قانوناً، سواء كانت نقداً أم عيناً أم حقاً مالياً آخر، ولا يصح أن تكون الأجرة مما يمنع القانون التعامل به.

٢- أن تكون الأجرة موجودة في الإيجار، بأن يكون الاتفاق على أدائها جدياً، وأن تكون حقيقية، وليست صورية، كما إذا سمي المتعاقدان أجرة لا يقصدان دفعها من المستأجر، فيكون العقد باطلاً باعتباره إيجاراً، وقد يكون المقصود به عارية مستترة تحت اسم الإيجار، وكذلك إذا كانت تافهة، بأن يسمى أجرة رمزية، لا تتناسب فهائياً مع المنفعة المقصودة من الشيء المؤجر، فتكون في حكم العدم.

أما الأجرة البخسة التي تعادل أكثر المنفعة أو تقارب الشيء المؤجر فلا تضر؛ لأنه لا يشترط في الأجرة أن تعادل المنفعة الحقيقية للشيء المؤجر، ولا يتوقف عليها صحة الإيجار، ولا يجوز للمؤجر فسخ الإيجار للغبن أو طلب تكملة الأجرة إلا في الوقف خلافاً للبيع، فالأجرة البخسة لا تؤثر في القانون.

٣- أن تكون الأجرة معينة، أو قابلة للتعين، ولا يشترط أن تكون من النقد، فالمادة (٥٢٩) نصت على أنه (يجوز أن تكون الأجرة نقوداً، كما يجوز أن تكون أي مقدمة أخرى).

(١) يُنظر بدائع الصنائع ٢٦٠٦/٦، والتاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل، ٤٩٤/٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ونهاية المحتاج ٣٢٢/٥، والمغني، لابن قدامة ٤٤٠/٥-٤٤١.

(٢) ينظر للتوسع المبسوط، السرخسي ١٤٦/١٥، وبدائع الصنائع، ١٩٣/٤، والمدونة الكبرى، ٤٧٨/٣، والحاوي الكبير للماوردي ٣٩٢/٧، وكشاف القناع ٥٥١/٣.

(٣) ينظر الوسيط في شرح القانون المدني ١٥٨/١/٦، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣م.

فيجوز أن تكون الأجرة نقوداً ويجوز أن تكون مالاً آخر من غير النقود كالأعيان والعروض والمنافع والحقوق التي لها قيمة مالية، والغالب أن تكون الأجرة من النقود، وتكون في العادة مقسطة على مدد متساوية، وقد تكون مبلغاً مقطوعاً يُدفع في بدء الإيجار أو نهايته^(١).
ويتفرع عن هذا الحديث هنا مسألة مهمة في العقود الإدارية حين تكييفها على عقد الإجارة، وهو مسألة كون المقابل المالي حصة من الإنتاج، وأفضل الحديث عن هذه المسألة في المطلب الآتي:

(١) ينظر الوسيط في شرح القانون المدني ١٦٠/١/٦، وعقد الإيجار، د. سليمان مرقس، ١٤٧، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، ١٩٦٨م، وعقد الإيجار، د. جميل الشرقاوي، ٧٣، طبع دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م، وعقد الإيجار، ملخصاً من دروس د. عبد المنعم البدرأوي، ٥، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٥-١٩٥٦م.

المطلب الثالث: كون المقابل المالي حصة من الإنتاج

يمكن أحياناً أن يكون المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة هو حصة من الإنتاج، كما في عقد امتياز الاستغلال مثلاً، حينما تقوم الإدارة باستغلال مناجم المعادن أو غيرها من المرافق المشابهة، ويتم الاتفاق على كون المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة هو حصة من الإنتاج.

ويكون تكييف العقد الإداري هنا على أنه عقد إجارة، حيث تستأجر الإدارة المتعاقد ليعمل في المشروع ببعض الناتج، وأما في عقد الشركة، فإن المقابل المالي للمتعاقد هو من صافي أرباح الشركة حصراً حسب نسبة الربح المتفق عليها بينهما، وقد تكون شركة عنان بأن يكون بذل العمل والمال من الطرفين، وقد تكون شركة مضاربة بأن يُقدم المتعاقد العمل دون رأس المال.

وهنا المقابل المالي للمتعاقد إما أن يكون بحصة محددة من الإنتاج، وإما أن يكون بحصة شائعة من الإنتاج.

أولاً: الأجرة بحصة محددة من الإنتاج:

معنى الأجرة بحصة محددة من الإنتاج: أن تكون أجرة المتعاقد معلومةً عند العقد كماً، ومضبوطةً بقدر معين لا يزيد ولا ينقص، غير أن الإشكال في هذه الأجرة هو أنها ليست أجرة جاهزة، وليست مستقلة عن الشيء المراد عمله، فهي مرتبطة بمحل عقد الإجارة، وتظهر للوجود بعد عمل العامل.

وضرب الفقهاء لهذه المسألة عدة أمثلة منها: مسألة طحن القمح بقدر معين من الدقيق الخارج، وعصر الزيتون بقدر محدد من الزيت الخارج، كقوله: اعصر لي هذا الزيتون ولك خمسون كيلو غرام من زيتيه.

وهي مسألة مدروسة^(١)، لكن أُشير إليها هنا باختصار.

وقد اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة اتجاهات:

١- الاتجاه الأول: الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم: وقد ذهبوا إلى عدم جواز ذلك، بما ورد عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: «تُهي عن عسيب الفحل، زاد عبید الله وعن قفیز الطحان»^(٢)، قالوا وهذا الحديث نص في الموضوع^(٣)، كما أن الأجرة غير مقدور على تسليمها عند العقد؛ لأنها ليست في الذمة؛ لارتباطها بعين معينة، وهي غير موجودة عند العقد لأنها دقيق أو زيت.. سيستخرج فيما بعد^(٤).

(١) يُنظر نظرية الأجور، د. أحمد حسن، ٢٤٣ وما بعدها.

(٢) تقدم تخريجه ١١١.

(٣) يُنظر المبسوط، السرخسي، ٨٣/١٥، تحفة المحتاج ٥١٠/٧.

(٤) يُنظر المبسوط، ٨٣/١٥، تحفة المحتاج، ٥١٠/٧.

٢_ الاتجاه الثاني: المالكية: حيث ذهبوا إلى أنّ الجهالة إن كانت فاحشةً متمكنةً، فالعقد فاسد، بخلاف ما إذا كانت معلومةً فيصح^(١)، واستدلوا بالنظر إلى جهالة الأجرة، فإذا كانت الأجرة مجهولة فالعقد فاسد، أما إذا عُلِمَت الأجرة فالعقد صحيح.

٣_ الاتجاه الثالث: بعض الحنابلة، ومنهم ابن عقيل^(٢) والمرداوي، وقد ذهبوا إلى جواز كون الأجرة جزءاً مقدراً من الإنتاج، ولم يفرقوا بين وجود الجهالة في الخارج وعدم وجودها، وجاء في الجواب عن الحديث (وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته، وقياس قول أحمد جوازه)^(٣)،

ثانياً: الأجرة بحصة شائعة من الإنتاج:

المقصود بالأجرة بحصة شائعة من الإنتاج: أن تكون الأجرة مقدرة بنسبة مئوية كالربع والنصف. فإذا استأجر أحدهم رجلاً ليحصد له زرعاً بجزءٍ منه أو من الحب الخارج، أو استأجره ليحني له زيتونه أو غير ذلك من الثمار بجزءٍ منها، فقد اختلف الفقهاء في جواز هذه الحالات على ثلاثة اتجاهات:

١_ الاتجاه الأول: الحنفية، وكذلك الشافعية بناءً على موقفهم من الأجرة بحصة شائعة عموماً: فقد ذهبوا إلى عدم جواز تلك الحالات، وإذا عمل العامل فله أجر مثل عمله، ويكون المحصول كله للمالك^(٤).

٢_ الاتجاه الثاني: المالكية: وذهبوا إلى أنّ الأجرة إن كانت فاحشةً متمكنةً فالعقد فاسد، وللأجير أجر المثل، والغلة كلها للمالك، أما إذا لم تكن الأجرة مجهولة فيرون جواز ذلك^(٥).

٣_ الاتجاه الثالث: الحنابلة: وذهبوا إلى جواز ذلك؛ لأن الأجرة معلومة لا مجهولة، لأن رؤية جملة ذلك تجعلنا نقدّر الكمية فتكون الأجرة معلومة^(٦).

(١) يُنظر حاشية الدسوقي ٥/٤.

(٢) هو علي بن عقيل بن محمد، أبو الوفاء، (٤٣١-٥١٣ هـ)، شيخ الحنابلة ببغداد في وقته، من تلاميذ القاضي أبي يعلى، اشتغل في حياته بمذهب المعتزلة، وكان يعظم الحلاج، فأراد الحنابلة قتله فاختلفوا ثم أظهر التوبة، كان يجتمع بعلماء من كل مذهب، فلهذا برز على أقرانه، من تصنيفه: (الفنون)، و(الواضح) في الأصول، و(الفصول) في الفقه. البداية والنهاية ١٢/١٨٤، والأعلام ٥/١٢٩، والذيل على طبقات الحنابلة ١/١٧١.

(٣) المغني، لابن قدامة ٥/١١٩.

(٤) يُنظر حاشية الشلي على تبين الحقائق، ٥/١٣٠، وتحفة المحتاج، ابن حجر، بهامش حواشي الشرواني ٧/٥١٠.

(٥) يُنظر التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل للخطاب ٥/٤٠٦.

(٦) يُنظر كشاف القناع ٣/٥٥٤.

والخلاصة في أمثال هذه المسائل أنّ القائلين بالمنع كان مدار أدلتهم على حديث النهي عن قفيز الطحان، والجهالة المفضية للمنازعة، وأُجيب بأنّ حديث قفيز الطحان قد تعرّض للنقد الشديد، وأنه غير ثابت، فبقي مسألة الغرر.

وأما من قال بالجواز فدليلهم هو قياس فروع الأجرة بحصة شائعة على المساقاة والمزارعة، وأُجيب بأنّ: المساقاة والمزارعة رخصة أباحهما الشارع استثناءً، لا يُقاس عليهما.

وأما أجاز بعض هذه الفروع دون بعضها، وهم بعض الحنفية وبعض المالكية، فاستدلّواهم بنهي النبي ﷺ ببيع الغرر، والإجارة بيع، لأنهما بيع المنافع^(١)، والنهي عن الغرر لا لذاته، وإنّما لأنّه ذريعة لحصول التراع، فمرّدّه إذن إلى العرف وتعامل الناس؛ لأنّ (الجهالة بعينها لا تفسد العقد، فكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة فهي لا تؤثر في العقد)^(٢).

فإذا جرى عرف التعامل بكون الأجرة حصة شائعة، واشتدت حاجة الناس لذلك، ولم يحدث نزاع (والذي هو مناط النهي) فيجوز ذلك؛ للحاجة أو الضرورة؛ بناءً على المصلحة عند المالكية، والاستحسان عند الحنفية^(٣).

(١) يُنظر الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، د. الصديق محمد الأمين الضير، ٥٩٢، الدار السودانية

للكتب، الخرطوم، ودار الجيل، بيروت، ط ١٩٩٠، م ٢.

(٢) المبسوط، السرخسي ١٥/١٦٤، وينظر تبين الحقائق ٣/٣١٤.

(٣) ينظر نظرية الأجور ٢٧١-٢٧٥.

الفصل الثاني

أحكام عائد الاستثمار والرسم والمزايا المالية في عقود التفويض العام

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أساليب تحديد عائد الاستثمار

المبحث الثاني: مدى حرية الإدارة والملتزم في تحديد وتعديل مقدار رسم الانتفاع

المبحث الثالث: العلاقات المالية في عقود التفويض والمزايا المالية التي تقررها الجهة الإدارية

المبحث الأول أساليب تحديد عائد الاستثمار

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تحديد المقابل المالي في عقود التفويض العام شرعاً

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعائد الاستثمار

المطلب الثالث: كيفية تحديد عائد الاستثمار في الجانب القانوني والوقت المعاصر

وسأدرس في هذا المبحث كيفية تحديد المقابل المالي في الجانب الشرعي، والجانب القانوني، والطبيعة القانونية لعائد الاستثمار.

المطلب الأول: تحديد المقابل المالي في عقود التفويض العام شرعاً

تختلف عقود التفويض العام عن عقود الشراء بأمرين أساسيين:

الأمر الأول: أن الإدارة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد، وإنما تفوض المتعاقد معها بالقيام بأخذ المقابل المالي من المنتفعين من المرفق، من خلال تفويض المتعاقد معها بالقيام بمصالح المرفق العام وأخذ منفعته، واستثمارها، فيقوم المتعاقد باستثمار المشروع باستثمار منفعته، ويأخذ من المنتفعين من هذا المرفق الرسوم المفترضة عليهم لقاء انتفاعهم منه، ويبقى على هذا الحال من القيام بمصالح المرفق العام وأخذ عائد الاستثمار مدة من الزمن يتم الاتفاق عليها بين المتعاقد وبين الإدارة، وتكون هذه المدة كافية لاستكمال ما قد يدفعه المتعاقد من تكاليف ومصاريف لجعل المرفق العام جاهزاً للانتفاع به، مع ربح معقول يرضيه المتعاقدان. والمبالغ التي يحصلها المتعاقد من المنتفعين من خلال قيامه باستثمار المرفق تسمى رسوماً أو تعرف بالانظر إلى العلاقة بين المتعاقد مع الإدارة وبين المنتفعين، وهذه المبالغ المجموعة نفسها بالنظر إلى عملية الاستثمار ككل تسمى عائد الاستثمار.

الأمر الثاني: إن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد من الإدارة في عقود التفويض إنما هو المنفعة (منفعة المشروع (المرفق العام) مدة من الزمن)، فتفوض إليه الإدارة منفعة هذا المرفق في عقد مستقل بينه وبينها، ثم يقوم المتعاقد باستثمار منفعة هذا المرفق في عقود مستقلة بينه وبين المنتفعين من هذا المرفق، ويأخذ عائد الاستثمار.

فالمتعاقدين في عقود التفويض لا يتقاضى شيئاً من النقود من الإدارة؛ وإنما يحصل على منفعة المشروع مدة من الزمن، والمنفعة تعد مالاً كما ذكرت سابقاً، فهو في الحقيقة حصل على مقابل مالي وهو هنا (المنفعة) لقاء ما يقدمه من القيام بمصالح المرفق العام.

وبما أن منفعة الأعيان يتم تحديدها والعلم بها بتحديددها بمدة من الزمن، فإن الإدارة والمتعاقد معها يحددان مدة معينة للانتفاع بهذا المشروع، ومضمون هذا الانتفاع إنما هو من خلال بيع منفعة هذا المشروع للمنتفعين به.

والآن أنتقل إلى الحديث عن تحديد المقابل المالي في هذه العقود كما يأتي:

أولاً: تحديد المقابل المالي للمتعاقد في عقده مع الإدارة

تبين لنا أنّ المقابل المالي للمتعاقد في عقده مع الإدارة إنما هو المنفعة (منفعة المشروع) المرفق العام الذي تم العقد عليه بين المتعاقد والإدارة)، وذلك في عقود الالتزام، واليوت وامتياز الإنشاء، وفي حال تكييف عقد امتياز الإدارة والاستغلال على أنّه إجارة، وأما إذا كان المتعاقد أجيراً كما في تكييف بعض عقود التفويض، فإنّه في تقدير الأجر وتحديد زمانه ومكانه يكون كما سبق في رسم الانتفاع؛ للتشابه بينهما.

والمنفعة هي منفعة هذا المرفق الذي يقام عليه المشروع، وهي منفعة عين، لأن المشروع في حقيقته عين من الأعيان، ذات وجود مادي، ومنفعة الأعيان تحدد بالمدة، وليكون العقد سليماً صحيحاً بين المتعاقد وبين الإدارة يجب أن يتم فيه تحديد المدة التي سيتولى المتعاقد فيها القيام بهذا العقد، كتحديد سنة أو سنتين أو خمس أو عشر سنوات وهكذا...، هذا فضلاً عن أنّ في تحديد المدة قيام بالمصلحة العامة للمرفق الذي لا يجوز تملكه والاستحواذ عليه من قبل الأشخاص لأغراض خاصة، وإنما جاز القيام عليه هنا في العقود الإدارية لأجل مصلحة هذا المرفق وحفاظاً ورعاية للمصلحة العامة التي أوكل أمرها إلى الإدارة.

هذا وتقدير المدة بين المتعاقدين يعتمد على اتفاقهما بناء على ما يقدمه المتعاقد مع الإدارة من مبالغ وتكاليف وأعمال متفق عليها لإقامة المشروع على الوجه المطلوب، ومن هنا يظهر وجوب العلم بكل ما قدمه المتعاقد مع الإدارة من هذه التكاليف والمصاريف وأعمال ليتم حساب مدة انتفاع المتعاقد من المشروع بوجه عادل ومرض لطرفي العقد، كما تحدد التكاليف على أساس العطاءات والمخططات، أو على أساس سعر الوحدة، أو على أساس مبلغ مقطوع، أو على أساس التكلفة... وهكذا، وسواء تم ذلك بصورة المناقصة أم بصورة الاتفاق المباشر^(١).

ولذا فإنه عندما لا يُعلم قيمة ما يقدمه المتعاقد مع الإدارة من تكاليف وأعمال فإنه لا يمكن تحديد مدة الانتفاع بالمشروع للمتعاقد على الوجه العادل والمطلوب والمرضي لطرفي العقد؛ وبما أنّ تحديد مدة الانتفاع بالمشروع للمتعاقد واجب؛ للعدل بين المتعاقدين وإيصال حقهما الوافي لهما، ولا تتم معرفة مدة الانتفاع إلا بمعرفة مقدار ما يتكبده المتعاقد من تكاليف ومصاريف وقيم الأعمال؛ فإنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فمقدمة الواجب واجبة^(٢)، كما هو معلوم في علم أصول الفقه؛ ولذا فيجب العلم بكل ما يدفعه المتعاقد من التكاليف والمصاريف وقيم الأعمال على الوجه المتفق عليه بينه وبين الإدارة للقيام بمصالح المرفق العام؛ لأنّ هذا العلم بهذه التكاليف كلها هو الذي يساعد في تحديد مدة انتفاع المتعاقد بالمشروع واستثمار منافعه.

(١) ينظر مبادئ دراسة الجدوى الاقتصادية، أحمد عبد الرحيم زروق، محمد سعيد بسيوني، ٣٣.

(٢) ينظر الإلهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول ١٠٣/١.

وفي الجانب القانوني فإنه من المفترض أن تكون هذه المدة مدروسة بين الإدارة والمتعاقد معها بحيث تكون كافية لأن يقوم المتعاقد بأخذ كامل المبلغ الذي استوجب له على الإدارة^(١).

وأما في جانب الفقه الإسلامي فأرى أن تكون المدة على أساس استكمال المتعاقد للتكاليف _أثمان الأشياء، وأجور الأعمال_ والربح إن كان العقد شبيهاً بالاستصناع، أو استكمال كامل الأجر إن كان العقد شبيهاً بالإجارة.

هذا ووجود الغرر في هذا إنما يُعتبر من الغرر اليسير؛ لأنّ دراسات الجدوى تأخذ دورها الكبير في تحديد التكاليف ومنافع هذا المشروع.

ثانياً: تحديد المقابل المالي للمتعاقد في عقده مع المتفعين

وبالنظر إلى العقود بين المتعاقد مع الإدارة وبين المتفعين من هذا المرفق نرى أنها عبارة عن بيع للمنفعة التي حصل المتعاقد عليها من خلال عقده الأول مع الإدارة، ويأخذ بدل هذه المنفعة نقوداً من المتفعين لقاء ما ملكه من منفعة هذا المشروع مدة معينة.

وهنا نلاحظ أن العوضين في هذا العقد القائم بين المتفع من المرفق وبين المتعاقد المفوض من الإدارة إنما هما نقود من جهة المتفع، ومنفعة من جهة المفوض (مالك المنفعة)، والعقد الذي فيه مال ومنفعة يدخل في عقد الإجارة، فالمتفع من المرفق يستأجر هذه المنفعة ويدفع نقوداً لمالك المنفعة (المفوض من قبل الإدارة)، وهذه النقود هي ثمن للمنفعة، وهي نفسها ما يطلق عليه اسم الأجرة، لأنّ الأجرة هي ثمن المنفعة.

فإذا قام المتعاقد في عقد امتياز الإدارة بكل ما التزم به معها من القيام بمصالح مشفى عام وفق ما اتفقا عليه من إدارة وتشغيل لهذا المشفى، وفوضته الإدارة بأخذ المقابل المالي المستحق له من المتفعين من هذا المشفى فإن هذا العقد قد تضمن في الحقيقة عقدين مستقلين، ومقابلين ماليين مستقلين، كل مقابل مالي في عقد مستقل.

العقد الأول: هو عقد المتعاقد مع الإدارة بتشغيل هذا المشفى العام وإدارته وفق ما اتفقت عليه الإدارة مع المتعاقد معها، والمقابل المالي الذي يستحقه هذا المتعاقد إنما هو منفعة هذا المرفق نفسه، فهو يقدم العمل المطلوب منه ويشغل المشفى، ثم يقوم بأخذ مقابله المالي المتمثل بمنفعة هذا المشفى.

وهذا بناء على أن المتعاقد مستقل بإدارة المشفى وتشغيله، بخلاف ما إذا كان أجيراً لدى الإدارة، فإنه إذا كان أجيراً لدى الإدارة فهو غير مستقل بعمله، ويكون أجيراً يستحق أجرة معلومة من أول العقد، ويكون

(١) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١١٩.

كل ما يحصله من الأموال (عائد الاستثمار) للإدارة؛ لأنه أجير فقط، ليس له إلا أن يعمل كما يملكه عليه المؤجر ويأخذ المقابل المالي أجرة على عمله؛ وبالتالي لا يكون عقد تفويض.

أما عقد التفويض فتفوض الإدارة للمتعاقد معها القيام بمصالح المرفق العام على نحو مستقل فيه بالقيام بما اتفق عليه بينهما.

العقد الثاني: هو عقد المتفعين من المرفق مع المتعاقد (المفوض إليه)، حيث يقوم المتعاقد مع الإدارة ببيع منفعة هذا المرفق من خلال فرض الرسوم على منافع هذا المشفى من مبيت، وخدمات، وغيرها... فهو يقدم المنافع والخدمات ويأخذ الرسوم (الأجر، التّعريف) كمقابل ما يقدم من منافع، وعلى هذا يكون المتفعون من هذا المشفى قد استأجروا منافع هذا المرفق، ويكون المتعاقد مع الإدارة بمثابة المؤجر لهم؛ فيكيف العقد بينهم على أنه عقد إجارة.

وبالتالي فالمقابل المالي في عقد المفوض إليه مع المتفعين هو أجرة ويكون تحديدها بما تتحدد به الأجرة، ويشترط لها نفس شروط الأجرة، ومنها شرط معلومية الأجرة في بداية العقد، أي هنا بداية العقد بين المفوض إليه وبين المتفعين، وقد ذكرت سابقاً أن شروط الأجرة هي نفسها شروط الثمن في البيوع^(١).

وتسمى هذه الأجرة المحصلة هنا بالأجرة (الرسوم أو التّعريف).

وكذلك الأمر إذا قام المتعاقد في عقده مع الإدارة بكل ما التزم به في عقد الالتزام أو البوت ببناء مشفى عام مثلاً، وفوضته الإدارة بالقيام بجميع الأعمال اللازمة لقيام المشروع من بناء، وأعمال، وإدارة، وتشغيل...، وسواء تم تكييف هذا العقد على أنه استصناع أم إجارة.. فإن الإدارة لا تدفع إلا منفعة المشروع للمتعاقد معها، وهذه المنفعة إنما هي كمقابل مالي له، فيقوم هو ببيع مقابله المالي (المنفعة) للمتفعين من هذا المرفق، ويحصل على المقابل المالي النقدي.

فيكون المتعاقد في (عقد الالتزام أو البوت) في عقده الأول مع الإدارة قد قدم أعياناً وأعمالاً وحصل على المنفعة، والأعيان تتمثل بجميع المواد اللازمة للبناء، والأعمال تتمثل بجميع أنواع الأعمال اللازمة لقيام البناء وهيئة الانتفاع به على الوجه المطلوب.

ثم في عقده الثاني مع المتفعين من هذا المرفق يقدم منفعة المشروع، ويحصل على النقود من المتفعين. وبالتالي فالمقابل المالي النقدي الذي يحصل عليه المتعاقد من خلال بيعه للمنفعة (الرسم، التّعريف، الأجرة) يشترط فيه ما يشترط في الثمن؛ لأن شروط الأجرة هي نفسها شروط الثمن^(٢).

(١) ينظر البهجة في شرح التحفة ٢/٢٩٨.

(٢) ينظر البهجة في شرح التحفة ٢/٢٩٨.

وتقوم الإدارة بالإشراف على تحديد قيمة هذه الرسوم وضبط قيمتها مع التعاقد بما يحقق المصلحة العامة، وبما يتناسب مع المنتفعين من هذا المشروع ومع التعاقد مع الإدارة، ويتناسب مع المدة المقررة لاستيفاء المقابل المالي للمتعاقدين مع الإدارة^(١).

وأنقل الآن إلى ذكر بعض الصور المعاصرة لتحديد الأجور، وذلك كما يأتي:

الصورة الأولى: الاتفاق على أجر مقطوع ونسبة معينة

قد يتفق رب العمل والمقاول على أجر مقطوع يستحقه المقاول بعد إنجاز العمل، أو أثناءه أو على دفعات، وبالإضافة إلى نسبة محددة قد تكون مشروطة بإنجاز العمل على وفق المتفق عليه، أو في الوقت المحدد تشجيعاً وحافزاً على حسن الأداء. أو تكون النسبة غير مشروطة باعتبارها حافزاً. وقد يتفقان على الأجر المقطوع بالإضافة إلى نسبة من العقار نفسه كالربع مثلاً، وقد تكون النسبة من التكلفة المحددة.

وحكم هذا النوع من الاتفاق على الأجر المقطوع ونسبته، جائز شرعاً لمعلومية الأجرة والنسبة. والنسبة المتفق عليها بمثابة الحافز على إتقان العمل وإنجازه بأحسن أداء، أو هو نظير جواز مسألة قفيز الطحان عند من أجازها.

الصورة الثانية: الأجرة بنسبة من رأس المال:

لا مانع من أن تكون الأجرة بنسبة من رأس المال مثل ٢%؛ وذلك لأنها معلومة ولا جهالة فيها. فإذا كان رأس المال هو مئتا ألف فنسبة ٢% تساوي ألفان، وهذا واضح لا إشكال فيه.

الصورة الثالثة: تقدير أجرة عمل الأجير بالمدّة والعمل معاً:

إذا تم الاتفاق على أن يقوم المتعاقد مع الإدارة (الأجير المشترك) بعملٍ معينٍ موصوفٍ وصفاً دقيقاً، مدّة معينة، كأن يبني عقاراً بمواصفاتٍ دقيقة، وكان الأجر مقابل إنجاز كامل البناء، وليس مقدّراً بالزمن كما في الأجير الخاص، ثم اشترط على البناء أن ينجز البناء أوّل الشهر القادم مثلاً.

وكذلك ما إذا تعاقدت الإدارة مع جهة معينة على ترفيت طريقٍ مثلاً، أو تمديد أسلاك الكهرباء، أو إيصال مياه الشرب، أو مجاري المياه لحي من الأحياء؛ ويتم الاتفاق على اشتراط إنجاز الشركة للمعقود عليه في مدّة معينة، وهذه الإجارة تدخل ضمن مسألة الجمع بين المدّة والعمل، لأنّ هذه الإجارة ليست مقدّرة بالمدّة المحضّة، لأنّ الأجير الخاص المقدّر نفعه بالمدّة، لا يُنظر في وجوب الأجر له إلى مقدار ما أنجز من عمل، وإنما يجب له الأجر بمضي الزمن، والأجير المشترك الذي يُستأجر لإنجاز عملٍ معينٍ، يجب له الأجر على إتمام المعقود

(١) ينظر نظرية العقود الإدارية ٨٢.

عليه، ولا تراعى فيه مدّة الإنجاز، فإذا جمع بينهما في هذه الإجارة، فيرد هنا ما اختلف الفقهاء فيه من الجمع بين المدة والعمل، وذلك كما يأتي:

ذهب الفقهاء في هذه المسألة إلى اتجاهين:

ـ الاتجاه الأول: اتجه الجمهور من الإمام أبي حنيفة رحمه الله^(١)، والمالكية في المشهور^(٢)، والشافعية في المعتمد^(٣)، والحنابلة في المعتمد^(٤)، حيث ذهبوا إلى فساد هذه الإجارة، ووجوب أجر المثل فيها لا المسمى. وحجتهم:

١- جهالة المعقود عليه، لأنه جمع في العقد بين تسمية العمل والمدة، وحكم كل منهما مختلف عن الآخر، وهذا يزيد الإجارة غرراً، لأنّ موجب تسمية المدة استحقاق منافعه في جميع المدة بالعقد ووجوب الأجر له من غير عمل، لأنه أجيرٌ خاصٌّ، وموجب تسمية العمل أن يكون المعقود عليه الوصف الذي يحدثه في المعمول، لا منافعه، ويجب له الأجر بالعمل، لكونه أجيراً مشتركاً، ويتعذر الجمع بينهما، وليس أحدهما أولى بالاعتبار من الآخر، فيفسد العقد^(٥).

٢- هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، لأنه إذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم مثلاً، فللمستأجر أن يقول للأجير: منافعك في بقية اليوم حقّي، باعتبار تسمية المدة، وأنا أستعملك؛ وللأجير أن يقول: أنا أنجزت العمل المتفق عليه.

وإذا لم يفرغ من العمل في اليوم، فللأجير أن يقول عند مضي اليوم: قد انتهى العقد بانتهاء المدة، ولي الأجر المسمى؛ وللمستأجر أن يقول: لم تنجز لي العمل المتفق عليه، فلا شيء لك؛ فمقصود كلّ منهما يتعارض مع الآخر، وليس اعتبار مقصود أحدهما أولى من اعتبار مقصود الآخر، فيحدث النزاع، لذا يفسد العقد^(٦).

٣- عدم قدرة العامل على تنفيذ ما التزم به العامل من إقامة العمل المسمى في الوقت المسمى، وهذا يصعب حصوله بدقّة، فيمنع صحّة العقد^(٧).

(١) يُنظر بدائع الصنائع ١٨٥/٤.

(٢) يُنظر حاشية الدسوقي، ١٢/٤-١٣.

(٣) يُنظر مغني المحتاج ٣٤٠/٢.

(٤) يُنظر المغني، لابن قدامة، ٨/٦-٩، كتاب الإجازات. كشف القناع ١١/٤.

(٥) يُنظر بدائع الصنائع ١٨٥/٤، والمقدمات الممهدات ١٦٧/٢، ونهاية المحتاج ٢٧٩/٥، وكشاف القناع ١١/٤.

(٦) يُنظر المبسوط، السرخسي ٤٤/١٦، والحاوي الكبير، للماوردي ٣٩٢/٧، وكشاف القناع ١١/٤.

(٧) يُنظر المبسوط، السرخسي ٤٤/١٦.

٤- ولأنّ هذه الصيغة في معنى شرطين في بيع^(١)، وقد جاء في الحديث: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع»^(٢).

— الاتجاه الثاني: وذهب صاحبان من الحنفية^(٣)، وهو المعتمد عندهم^(٤)، والمالكية في قول^(٥)، والشافعية في قول^(٦)، والحنابلة في قول^(٧): إلى صحة الجمع بين المدة والعمل في هذه الإجارة. واستدلوا بأنّ الإجارة معقودة على العمل، وهو المقصود منها، والمدة مذكورة للتعجيل، لا لتعليق العقد بها، فلا يمتنع بينهما، فكأنه استأجره على عملٍ على أن ينجزه في أسرع وقتٍ ممكنٍ، وهذا لا يفسد العقد^(٨).

فإذا أتى الأجير بالعمل في نصف النهار مثلاً، وجب له الأجر المسمى كاملاً، ولا يلزمه أن يعمل باقي المدة، لأنه وفي بما عليه، فلا يلزمه شيء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله. أما إذا مضت المدة المذكورة في العقد، ولم ينجز الأجير العمل:

— فعند صاحبين من الحنفية^(٩)، والشافعية في قول^(١٠)، يلزمه العمل في الغد، لأنه لم يوف المعقود عليه.

— وعند الشافعية في الأصح من قولهم^(١١) في جواز الجمع بينهما، يستحق الأجير الأجر كاملاً بمضي اليوم إن عمل، ولم يتوازن في العمل، ولا يلزمه العمل في اليوم الثاني، إن لم ينجزه في اليوم المتفق عليه.

(١) يُنظر مواهب الجليل ٤١٠/٥.

(٢) سنن أبي داود، كتاب: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث ٣٠٥/٢، سنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: كراهة بيع ما ليس عندك، حديث ٥٣٥/٣، وقال الإمام الترمذي: (هذا حديث حسن صحيح)، سنن النسائي، كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع، ٢٨٩/٧، سنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، ٧٣٧/٢.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ١٨٥/٤.

(٤) يُنظر حاشية ابن عابدين، ٣٧/٥.

(٥) يُنظر التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤١٠/٥.

(٦) يُنظر مغني المحتاج ٣٤٠/٢.

(٧) يُنظر المغني، لابن قدامة ٩/٦.

(٨) يُنظر بدائع الصنائع ١٨٥/٤، ومغني المحتاج ٣٤٠/٢، والمغني، لابن قدامة ٩/٦.

(٩) يُنظر المبسوط، السرخسي ٤٤/١٦.

(١٠) يُنظر روضة الطالبين ١٨٩/٥.

(١١) يُنظر روضة الطالبين، الموضع نفسه.

- وعند الحنابلة^(١): إذا مضى اليوم، ولم ينجز الأجير العمل، فالمستأجر بالخيار، إن اختار فسخ العقد، ففسخه، فإن كان الأجير قد عمل شيئاً، استحق أجر المثل، لا المسمى، لأنّ العقد قد انفسخ فسقط المسمى، ورجع إلى أجر المثل، وإن لم يعمل شيئاً فلا شيء له.

أمّا إذا اختار المستأجر إمضاء العقد، طالب الأجير بالعمل، ويستحقّ الأجير الأجر المسمى لا أكثر. ولعلّ الراجح في هذا العصر هو كون هذه الإجارة صحيحة كما عند صاحبين من الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الشافعية وبعض الحنابلة؛ لجريان العرف به، ولأنّ القصد إنجاز العمل، وذكر المدة للاستعجال، فيجب الأجر المسمى بإتمام العمل، قبل مضي المدة المتفق عليها. ويبدو أن العمل إذا لم يتم في المدة المتفق عليها، فالراجح ما ذهب إليه صاحبان من الحنفية وبعض الشافعية - من وجوب إتمام الأجير العمل بعد مضي المدة، لأنه لم يوف بالمثل المتفق عليه، وله الأجر المسمى، والله تعالى أعلم.

الصورة الرابعة: المقابل المالي (الأجر) حال السكوت عن تسميته:

يشترط الفقهاء^(٢) لصحة العقد على المنفعة حصول التراضي على مقدار الأجر، فإذا لم يتفق الطرفان على مقداره فالعقد حينئذ باطل، وكذلك الأمر في القانون، أما إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى أن العمل يتم في نظير أجر، إلا أنهما سكتا عن تحديد مقداره، فإن القانون الوضعي يرى صحة العقد، ووضع قواعد وأسس يمكن بها تقدير الأجر إذا لم يتفق المتعاقدان على مقداره. فنص في المادة: (٦٢٥) على أنه: (إذا لم يحدد الأجر سلفاً، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض)^(٣).

أما جمهور الفقهاء^(٤) فلما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى أن العمل يتم نظير أجر وجب ألا يضيع على الأجير عمله لأنه لم يتبرع به؛ ولأنّ العقد العاري عن تسمية الأجر يقع فاسداً، فإذا عقدا على أجر مجهول، كما إذا قال له: استأجرتك لتعمل كذا، فقال له الآخر: قبلت، أو قال له اعمل هذا وسأعطيك أجرك، أو

(١) يُنظر المغني، لابن قدامة ٩/٦.

(٢) ينظر البحر الرائق ٢٨١/٥، وحاشية الدسوقي ١٥/٣، ٣/٤، ومغني المحتاج ١٦/٢-٢٣، وشرح منتهى الإرادات ١٠/٤، ١٢٦/٣.

(٣) التقنين المدني السوري ٥٣٩٢/٦، وينظر الأشغال والمقاول، نعيم مغيب ٧٥.

(٤) ينظر بدائع الصنائع ٢١٨/٤، وحاشية الدسوقي ١٣/٤، ومغني المحتاج ٤٥٢/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٦/٤.

سأرضيك فهما قد قصدا الإجارة على العمل، إلا أن الأجر مجهول فكان العقد فاسداً، فإذا قام الأجير بالعمل فعلاً وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ لأن مقصودهما العمل بأجر، وأتى الفساد من ناحية عدم تقدير الأجرة.

وقد قرر فقهاء الحنفية أنه إذا وجب أجر المثل، وكان هناك مسمى في عقد فاسد، فإن كان الأجر معلوماً لا يزداد عليه، وينقص منه، وإن كان مجهولاً وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وحيث كان المقابل المالي في هذه الحالة مجهولاً فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ^(١).

وعند الجمهور أيضاً يجب أجر المثل ولو زاد على المسمى؛ لأن الإجارة فسدت، وحيث فسد العقد استقر أجر المثل سواء كان أكثر من المسمى أم لا^(٢).

وقد أجاز مالك في رواية لابن يونس عنه عدم ذكر الأجرة في العقد، ثم إرضاء الأجير^(٣)، وهذا مبني على العرف، وعلى أن الأساس هو التراضي كما استند على قصة سيدنا موسى، حيث لم تتحدد الخدمة حيث قال تعالى: ﴿عَلَى أَنْ تُأْجِرَنِي﴾ [القصص: ٢٧]، قال ابن العربي: (..) ﴿عَلَى أَنْ تُأْجِرَنِي﴾ ذكر للخدمة مطلقاً، وقال مالك: إنه جائز، ويحمل على العرف...^(٤)، فعدم تسمية الأجرة في العقد هنا ليكون دفعها خاضعاً للعرف وأجرة المثل، وإرضاء الأجير، كما تؤول الأجرة إلى أجرة المثل عند فساد العقد^(٥).

وأرى أنه لا بد أن ينص القانون على أن هذا العقد باطل؛ لأن نص هذه المادة يشعر بصحة العقد، وقد اتفق الفقهاء على بطلانه، فلذا أقترح أن يكون نص المادة على الشكل الآتي:

(إذا لم يحدد العاقدان البذل سلفاً فالعقد باطل، فإذا تم العمل يجب الرجوع في تحديد البذل إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض).

وأما السكوت عن تحديد الربح في المضاربة: لو تمت المضاربة على أن يكون للإدارة نصف الربح أو الثلث، وسكتت عن نصيب العامل، فقد ذهب الشافعية^(٦)، والحنابلة في رواية^(٧)، إلى أن المضاربة لم تصح؛ لأنه لم ينسب للعامل شيء من الربح، ويصبح الربح كله لرب المال؛ لأنه نماء ملكه، وهذا هو القياس عند الحنفية، لكنهم أجازوا المضاربة استحساناً؛ لأن المضاربة تقتضي الشركة، فلما سمى رب المال لنفسه النصف،

(١) ينظر المراجع السابقة، والأشباه والنظائر لابن نجيم، ٤٣٤، وتكملة فتح القدير ٩٢/٩ .

(٢) ينظر حاشية الدسوقي ٣/٤، ومغني المحتاج ٤٦٠/٢، والمغني، لابن قدامة ٨٦/٨.

(٣) يُنظر مواهب الجليل ٤٩٤/٧، وأحكام القرآن، لابن العربي ١٤٧٢/٣.

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي ١٤٧٢/٣.

(٥) يُنظر للتوسع: نظرية عوض المثل وأثرها على الحقوق، د. علي القره داغي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، العدد السادس، ٤٢٨-٤٣٩، عام ١٤٠٨هـ.

(٦) ينظر إعانة الطالبين ١٠١/٣ .

(٧) ينظر المبدع ١٩/٥ .

كان هذا إشارة إلى تخصيص النصف الآخر بالمضارب، كما في ميراث الأبوين حيث ذكر القرآن نصيب الأم وهو الثلث فكان الباقي للأب، وهذا أيضاً قول الحنابلة في الأصح^(١).
ولو قالت الإدارة: العقد مضاربة على أن يكون لك نصف الربح وسكتت عن بيان حصتها فالمضاربة صحيحة، ويتقاسمان الربح نصفين^(٢).

(١) ينظر بدائع الصنائع ٨١/٦، والمبدع ١٩/٥.
(٢) ينظر بدائع الصنائع ٨٠/٦، وإعانة الطالبين ١٠١/٣.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعائد الاستثمار

عرفنا سابقاً أنّ العائد الاستثماري قانوناً يشمل أنواعاً متعددة (كالتعرفة، والنسبة المئوية من نتائج الاستثمار، والمكافآت الاستثمارية، والمزايا المالية، والمبالغ الإضافية التكميلية).

أولاً: الشروط المتعلقة بالمقابل عمومًا، وبالرسم (التعريف) خصوصاً:

والشروط التي تنظم حصول التعاقد على المقابل المالي تُعد كمبدأ عام من الشروط ذات الطبيعة التعاقدية، أي أنّ الإدارة لا تملك تعديلها بإرادتها المنفردة، وبدون موافقة التعاقد معها إلا في حالات استثنائية نادرة، إلا في التعريف (الرسم)، فالشروط المنظمة لتحديد التعريف (الرسم) هي من قبيل الشروط اللائحية^(١)، فالإدارة تملك تعديلها بإرادتها المنفردة، دون حاجة لرضاء التعاقد معها^(٢).

وقد سُمي المأخوذ من المتفعين في عقد الامتياز رسماً وليس أجراً في القانون. وذلك تأكيداً لصفة الانفراد بالتحديد من جانب الإدارة^(٣).

ويُعتبر بدل الاستثمار الذي يدفعه التعاقد في بعض عقود تفويض المرافق العامة من الشروط التي تحدد المقابل المالي، لكنها لا تتعلق بتنظيم المرفق، وهي كذلك ذات طبيعة تعاقدية، وهذا ما جاء في أحد أحكامه مجلس الدولة السوري: (بدل الاستثمار ذو طبيعة عقدية مشروطة وهو من نوعية مغايرة للضرائب والرسوم...)^(٤).

وبهذا لنا أن نقول: إنّ الطبيعة التعاقدية تشمل جميع الشروط المتعلقة بتحديد العائد الاستثماري، فيما عدا التعريف، لأنّ هذه الشروط تُحدد من خلال الاتفاق والمساومة بين الإدارة والتعاقد، ولا تتعلق بتنظيم المرفق، ولا تخص المتفعين بخدماته.

ثانياً: المزايا المالية:

(١) يُنظر المرافق العامة، د. إبراهيم الهندي وآخرون، ٢٠٨.

(٢) ينظر العقود الإدارية، د. سعيد نخيلي، د. عبسي الحسن ٧٩، والعقود الإدارية، د. ماجد راغب الحلو، ٢٠٠، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩م، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١١، ونظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب ١٦٢، وموسوعة العقود الإدارية، حمدي ياسين عكاشة، ٥٣٣.

(٣) ينظر العقود الإدارية، د. سعيد نخيلي، د. عبسي الحسن ٧٩، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١١١.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٠/١٢ لعام ١٩٦٨، مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهائني، ١١٤/٣.

إنّ المزايا المالية التي تمنحها الإدارة للمتعاقد، هي ذات طبيعة عقدية، لا يمكن المساس بها؛ لكونها تتعلق بأشياء دفعت المفوض إليه للتعاقد^(١)، كما أنّها لا تؤثر على سير المرفق العام^(٢).

ثالثاً: التّعريف (الرسم):

وأما بالنسبة لما يدفعه المتفعون من المرفق فيرى الدكتور سليمان الطماوي أنّ (هذا المقابل لا يسمى أجراً بل رسماً، تمييزاً له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة، وأنه يخضع لما يستلزمه هذا الوصف فيعامل معاملة الضريبة)^(٣)، في حين يرفض اتجاه آخر عده ضريبة أو رسماً؛ لأنّ الضريبة تُفرض من السلطة العامة دون مقابل، وبصرف النظر عن الخدمة المؤداة الفعلية^(٤)، والرسم وإن كان يرتبط بالخدمة إلا أنّه لا يكون بالضرورة معادلاً لقيمة الخدمة الفعلية^(٥)، وهذا ما مال إليه القانون، فقد جاء في المادة ٦٣٥/ من القانون المدني: (ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على المألوف، الخدمة المقابلة للأجر ...)، وبهذا يظهر أنّ الأجر المحصّل من المتفعين هو بمعنى المقابل المالي المساوي للخدمة، ويرادف مصطلح التّعريف، ويخرج معنى الرسم أو الضريبة.

وأعتمد في هذا البحث تسمية التّعريف في الدراسة القانونية، والتي ترادف الأجر في الدراسة الشرعية، والمعنى واحد كما ظهر معنا.

وفي التحليل أقول:

إنّ جعل الشروط التي تنظم حصول المتعاقد على المقابل المالي من الشروط ذات الطبيعة التعاقدية، أي أنّ الإدارة لا تملك تعديلها بإرادتها المنفردة، فهذا أمر جيد، لا إشكال فيه، أما الحالات الاستثنائية فينبغي أن يكون المتعاقد على بيّنة منها حتى يكون رضاه كاملاً حين الإقدام على العقد، وأرى أن يكون ذلك ضمن أحكام التعديل في العقود الإدارية كما وضحته في الباب الثالث.

وأما كون الشروط المنظمة لتحديد التّعريف (الرسم) من قبيل الشروط اللائحية، وأنّ الإدارة تملك تعديلها بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء المتعاقد معها، فأرى أنّ ذلك يخضع لأحكام التعديل في العقود الإدارية، وقد فصلت الحديث عن ذلك في الباب الثالث من هذه الدراسة.

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح ٩٥.

(٢) يُنظر مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عياد ٢٣١.

(٣) تفويض المرافق العامة محمد محمد عبد اللطيف ١٥٥.

(٤) ينظر المقابل المالي ١١١.

(٥) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح ٩٦.

المطلب الثالث: كيفية تحديد عائد الاستثمار في الجانب القانوني والوقت المعاصر

عندما تقوم الإدارة بعقود التفويض العام، فهي تهدف إلى التوفير على الخزينة العامة، وإلى تقديم أفضل الخدمات للمتفعين من جهة أخرى، وأما كيفية تحديد عائد الاستثمار، فمن خلال التحديد المبدئي (دراسة الجدوى الاقتصادية) لتقرر إجراء التفويض أم لا، ثم تقوم بالتحديد النهائي واختيار من سيتعاقد معها، كل ذلك دون الإخلال بالمبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة.

أولاً: التحديد الابتدائي (دراسة الجدوى الاقتصادية):

تظهر أهمية دراسة الجدوى الاقتصادية فيما ينبغي الاحتياط له قبل اتخاذ القرار في الدخول في المشروع، حيث ينبغي إلقاء النظر على ما يمكن أن يحيط به من سلبيات وإيجابيات كالحسارة والربح والصعوبات وغيرها...^(١).

وتعرف دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع بأنها: (مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة، التي تستخدم في تجميع البيانات ودراستها وتحليلها، بقصد الوصول إلى نتائج تبين مدى صلاحية المشروع للاستثمار)^(٢).

كما تعرف بأنها: (مجموعة الاختبارات والتقديرات التي يتم إعدادها بنية الحكم على صلاحية المشروع الاستثماري المقترح، أو القرار الاستثماري وذلك على ضوء توقعات التكاليف والفوائد المباشرة والغير مباشرة، وذلك طوال العمر الافتراضي للمشروع)^(٣).

ومن أهم النقاط التي ينبغي دراستها في موضوع الجدوى الاقتصادية ما يأتي:

١ - المنفعة والتكلفة:

المقصود بها (دراسة الفوائد والتكاليف المباشرة وغير المباشرة، الملموسة وغير الملموسة، بهدف تحديد صافي الربحية الاقتصادية الناتجة عن المشروع)^(٤)، وهذا يتطلب دراسة البنية الأساسية والاستثمارية من تحديد

(١) ينظر العقود الإدارية، د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسيني الحسن، ٨٤، وتمويل مشروعات البوت، د. فيصل الشديفات، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الأول، ص ٥١٠، عام ٢٠١٠م.

(٢) المقابل المالي في العقود الإدارية ١١٤، نقلاً عن عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، سميرة حصايم، ٦٤، رسالة ماجستير نوقشت في جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١١م.

(٣) المقابل المالي في العقود الإدارية نقلاً عن مبادئ دراسة الجدوى الاقتصادية، أحمد عبد الرحيم زروق، محمد سعيد بسيوني، ٣٣، ٢٠١١م.

(٤) عقد امتياز المرفق العام b.o.t، إبراهيم الشهاوي، ١٥٤.

التكاليف المبدئية للمشروع، وما يتعلق بالأبنية والأرض المقامة عليها والآلات^(١)، والمبالغ اللازمة لإدارة المشروع، وكل ما يتعلق بالضرائب عن الفترة التي لا يعفى منها، ثم تقارن هذه التكاليف مع الإيرادات المحتملة للمشروع خلال عمرة الافتراضي الذي تحدده الإدارة^(٢)، وينبغي كتابة الإيرادات والتكاليف بأسعارها الحقيقية دون مغالاة أو تهاون، وبالعملة المحلية أو التي جرى العرف بهما^(٣).

٢- وجود مشاريع منافسة حالية أو مستقبلية:

المشاريع المنافسة: هي (المشاريع الأخرى التي يمكن التوجه إليها للحصول على نفس الخدمة)^(٤)، وتقوم الإدارة في الغالب بمنح التعاقد معها بعض المزايا المالية المحفزة له على الدخول في عقد معها، مثل أن تلتزم بعدم السماح بقيام مشاريع منافسة طوال مدة العقد، أو في المراحل الأولى من تشغيله^(٥)، وهذه حالة احتكار، لكن بعد هذه الفترة يمكن السماح لشركات أخرى بتقديم نفس الخدمة^(٦).

وإذا كان هناك مشاريع منافسة فإن المتفعون ينتقون ما يناسبهم في الجودة والسعر، كما أن مقدم الخدمة يضطر إلى تخفيض التعرفة قدر الإمكان مع المحافظة على الجودة؛ بهدف جذب المتفعين والحصول على أكبر ربح ممكن^(٧)، وكما ينبغي الأخذ بالاعتبار إمكانية وجود مشاريع منافسة مستقبلية.

٣- حجم المشروع:

ويقصد بحجم المشروع (أي تقدير حجم الطلب الحالي والمستقبلي على خدمات المشروع خلال فترة العقد من خلال توقع عدد المتفعين، ووجود مشاريع منافسة حالية ومستقبلية)^(٨).

-
- (١) ينظر نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية، روليت عبود، ١٣، بحث علمي مقدم إلى كلية الهندسة المدنية، قسم الإدارة الهندسية والإنشاء، جامعة دمشق، ٢٠١١م.
- (٢) يُنظر عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT، د. مهند نوح، ٦٩.
- (٣) ينظر المقابل المالي ١١٥.
- (٤) الاستثمار في التنمية وفق نظام BOT، د. عدنان حمشو، مجلة الاقتصادية العدد ٢٩١، دمشق، متاح على شبكة الإنترنت:

www.iqtissadiya.com/archives_detail.asp?id=١٨٨٥&issue

- (٥) يُنظر المرجع نفسه.
- (٦) يُنظر الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام BOT، د. محمد أديب الحسيني، ٢٥٢-٢٥٣، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، ٢٠٠٩.
- (٧) يُنظر عقد البناء والتشغيل والتحويل، د. مهند نوح، ٦٢-٦٣.
- (٨) دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، يعرب محمد الشرع ٣٢١.

فإذا كان المشروع ذا حجم كبير، وكان المنتفعون منه قلائل فهذا يؤدي إلى انخفاض الربح، وتلف الطاقات والانتاج، وإذا كان هناك مشاريع منافسة فهذا يؤدي إلى خفض عدد المنتفعين وقلة الربح، لوجود العديد من البدائل؛ ولهذا ينبغي الاطلاع على المشاريع الموجودة والتي ستوجد^(١).
وتحديد حجم المشروع إما أن تحدده الإدارة في دفتر شروط العقد، أو تكلف العارضين بذلك وتدرس عروضهم^(٢).

٤- دراسة العمر الافتراضي للمشروع (مدة العقد):

(ويقصد به انتهاء العمر العقدي للمشروع من قبل الجهة العامة)^(٣)، وليس عمره الإنتاجي الذي يدل على الفترة التي يكون فيها المشروع صالحاً للإنتاج أو انتهائه من الوجود^(٤).
وجاء في المادة ٦٣٤/ من القانون المدني السوري: (... ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن).
وعند تحديد العمر الافتراضي للمشروع يراعى تكلفة رأس المال اللازم، والمدة الزمنية التي تلزم لبناء وتشبيد المشروع (في حال كان البناء على عاتق المفوض إليه)، والتدفقات النقدية المتوقعة، وحساب تكلفة التشييد والصيانة والتأمين، والعمر الإنتاجي للمشروع^(٥).

٥- دراسة سعر التعرفة:

تضع الجهة الإدارية سعراً مدروساً للتعرفة التي سيلتزم به المتعاقد، وينبغي أن يكون في هذا السعر توازن بين الخدمة المؤداة وتكلفتها^(٦)، فيغطي نفقات تأدية الخدمة، ويشتمل على نفقات تطوير المنشأة^(٧). كما ينبغي أن يكون مرضياً للمواطنين، ولا يؤدي إلى أزمات وعوائق أمام المستهلك البسيط، لاسيما في الخدمات^(٨).

(١) ينظر عقد البناء والتشغيل والتحويل، د. مهند نوح، ٦٥-٦٦، والمقابل المالي في العقود الإدارية ١١٧.

(٢) ينظر الإدارة التعاقدية للمرفق العام، د. محمد أديب الحسيني ١٤٦-١٤٧.

(٣) المرجع نفسه ٢٤٩.

(٤) يُنظر مبادئ دراسة الجدوى الاقتصادية، أحمد عبد الرحيم زروق، محمد سعيد بسيوني، ٤٨.

(٥) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١١٩، والتحكيم في منازعات عقود الBOT، محمد مصطفى محمود السيد، ١٠،

بحث علمي مقدم إلى جامعة المنصورة، مصر.

(٦) يُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، ١٨٠-١٨١.

(٧) يُنظر المرجع نفسه، ١٨١.

(٨) يُنظر نظام البناء والتشغيل والنقل لتشبيد مشروعات البنية التحتية، روليت عبود، ١٣.

ويتناقص مقدار التعرفة والأرباح في حال وجود مشاريع كثيرة بخلاف ما إذا كان للمشروع مركز الاحتكاري أو منافسة محدودة^(١)، كما يمكن أن تختلف أسعار التعرفة تبعاً لاختلاف جودة الخدمات^(٢).

ثانياً: إجراءات التحديد النهائية:

١- أساليب التعاقد:

لا يوجد إجراءات خاصة بالتعاقد في عقود تفويض المرافق العامة، كما لا يوجد قانون خاص بهذه العقود، باستثناء بعض النصوص الواردة في القانون المدني، والتي تنظم العلاقة بين المفوض إليه والمنتفعين، كما أن القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ يتعلق فقط بمشتريات الجهة العامة، وبالتالي فالإدارة ستتبع أساليب التعاقد الواردة فيه، كالتعاقد بالتراضي (التفاوض) وطلب العروض، ولا تلجأ للمناقصة؛ لكونها تعتمد الأسعار معياراً وحيداً للتفريق بين العروض، وهذا يتنافى مع الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه عقود تفويض المرافق العامة.

٢- الجهة التي تحدد الشروط المالية:

يمكن تقسيم الشروط المتعلقة بالمقابل المالي في عقود التفويض كما يأتي:

- أ. النوع الأول: شروط تُفرض على طرفي التعاقد من قبل المشرع، وليس لهما أن يخالفوها.
- ب. النوع الثاني: شروط تقرها الجهة العامة تتعلق بالتعرفة، سواء وضعتها بمفردها، أم اقترحتها المتعاقد وصادقت عليها، أم أقرتها الإدارة بعد مناقشات ومفاوضات بين طرفي العقد، والإدارة غير ملزمة بنتائج هذه المفاوضات أو المقترحات^(٣). وهذا ما جاء به القانون المدني السوري: (يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون...)^(٤).
- ج. النوع الثالث: الشروط التي تضمن حقوق المتعاقد، مثل: المزايا المالية، ونسبة الأرباح، وبديل الاستثمار^(٥) وهي شروط ذات طبيعة تعاقدية^(٦)، يجري تحديدها عن طريق المفاوضات بين المتعاقد والجهة العامة.

(١) يُنظر عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT، د. مهدي نوح، ٦٢.

(٢) يُنظر المرجع نفسه ٦٣.

(٣) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٣٠٤/٧.

(٤) المادة ٦٣٧/ من القانون المدني السوري.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٠/١٢ لعام ١٩٦٨، مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهدي ١١٤/٣.

(٦) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس ٢٧٣/٢، والإدارة التعاقدية للمرفق العام، د. محمد أديب الحسيني، ٧٧.

المبحث الثاني
مدى حرية الإدارة والملتزم في تحديد وتعديل مقدار رسم الانتفاع
ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أساليب تحديد رسم الانتفاع قانوناً

المطلب الثاني: القيود الواردة على تحديد رسم الانتفاع

المطلب الثالث: مدى حرية الإدارة والمتعاقد في تعديل رسم الانتفاع

المطلب الأول: أساليب تحديد رسم الانتفاع قانوناً

سبق أن ذكرت سابقاً أن شروط الأجر هي نفسها شروط الثمن في الفقه الإسلامي، وأن من هذه الشروط أن يكون الأجر (رسم الانتفاع) محددًا، ولا إشكال هنا في كيفية تحديده، ما دام أنه سيكون في النهاية محددًا.

والمعهود عليه في زماننا المعاصر أن تنظم عقود الامتياز ودفاتر الشروط الملحق بها عادة أساليب وضوابط تحديد الرسوم التي يتقاضاها الملتزمون من المتفعين بخدمات المرفق موضوع الامتياز، وتلجأ الإدارة إلى اتباع أحد الأساليب الآتية في تحديد الرسم:

١- تحديد مقدار رسم الانتفاع بعد استشارة الملتزم:

قد تتولى الإدارة بنفسها تحديد مقدار رسم الانتفاع بعد استشارة الملتزم دون أن يكون لهذه الاستشارة أي طابع تعاقدية، ويظل الرسم عملاً صادراً بالإرادة المنفردة للإدارة.

٢- تحديد الرسم بصورة قاطعة دون استشارة الملتزم:

قد تحدد الإدارة الرسم بصورة قاطعة دون استشارة الملتزم في شكل رقم محدد يتقيد به المتعاقد الملتزم.

٣- تحديد الحد الأقصى لمقدار رسم الانتفاع مع منح الملتزم حرية التحديد الفعلي للرسم:

قد تحدد الإدارة الحد الأقصى لمقدار رسم الانتفاع مع منح المتعاقد الملتزم حرية التحديد الفعلي للرسم في نطاق هذا الحد الأقصى؛ وذلك حرصاً على المصلحة العامة^(١).

(١) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية ٦٠٤، وآثار العقد الإداري ٢١٨، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها

المطلب الثاني: القيود الواردة على تحديد رسم الانتفاع

يتعرض رسم الانتفاع لنوعين من القيود التي تقيد حرية الإدارة والمتعاقد في تحديد رسم الانتفاع، وهما القيود التشريعية والقيود التي يفرضها مبدأ المساواة في المعاملة بين المتفعين بخدمات المرفق العام.

ففي الفقه الإسلامي يُشترط تقدير الأجرة من طرفي العقد، فإن سكّت الطرفان عنها وافترقا قبل العلم بها فسد الإيجار، وإن نصّا على نفيها بطل، وإن اتفقا على أجر مجهول (بمبلغ من المال) فسد العقد، فإن استوفى المستأجر المنفعة بإذن المؤجر وجبت أجرة المثل إن كان الفساد بسبب جهالة الأجرة، وأما إن كان فساد العقد بسبب آخر فيجب أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى، وإن استوفى المستأجر المنفعة دون إذن المؤجر فهو غاصب، وتطبق عليه أحكام الغصب في الأجر والضمان^(١).

ويلتزم المستأجر بالإضافة إلى الأجرة بمصروفات دفع الأجرة قياساً على مصروفات دفع الثمن في البيع كأجرة البريد ورسوم الحوالة، وغيرها، كما يلتزم بدفع ملحقات الأجرة، كرسوم الحراسة^(٢).

وأما في الجانب القانوني فقد جاء في المادة (٥٣٠): (إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة، أو على كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة، وجب اعتبار أجر المثل).

فالأصل أن يتم تقدير الأجرة من المتعاقدين، ولهما أن يتركا تقدير الأجرة لكن يعينان الأسس الصالحة لتقديرها، أو اعتماد العناصر المحددة لتعيينها وتحديدها، مثل تحديد الأجرة بحسب سعر القطن أو الزيتون، ومثل تحديد الأجرة بالأجر الذي يحدده القانون، أو أن يتفقا على تفويض شخص ثالث لتحديد الأجرة. ولا يصح الاتفاق على تفويض المؤجر أو المستأجر لتعيين الأجرة؛ لأن الطرف الثاني يصبح تحت رحمة الأول، وقد يتعسف المفوض في ذلك.

فإن لم يتفق المتعاقدان على تحديدها ولا على أسس صالحة لتحديد الأجرة، ولم يفوضا لثالث، أو حصل اختلاف فيما سبق وتعذر إثبات مقدار الأجرة، فيجب اعتبار أجرة المثل، على خلاف الثمن حيث يجب تحديد الثمن أو الاتفاق على أسس صالحة لتحديد الأجرة، أو وجود نية الاعتماد على أسس محددة لتقديرها، ولا يتدخل القانون بتقدير ثمن المثل، فإن لم يكن ما سبق بطل البيع.

ويقوم القاضي بتحديد أجر المثل بالاستعانة مع أهل الخبرة، والاستئناس بعقود إيجار سابقة لنفس الشيء المؤجر، أو عقود إيجار عن أشياء مماثلة للشيء المؤجر، ويراعى في أجر المثل مثل الشيء المؤجر وقت

(١) ينظر المعاملات، أبو الفتح ٤٠٤/٢، ومجلة الأحكام العدلية، المادة: (٤٦٢) .

(٢) ينظر المعاملات، أبو الفتح ٤٠٤/٢، الوسيط في شرح القانون المدني ٤٦٢/١/٦، وعقد الإيجار، البداروي ٨٨، وعقد الإيجار، الشرقاوي ١٦٣ .

العقد، وفي مكان الشيء المؤجر وأوصافه، بشرط معرفة سبب عدم تعيين الأجر، فإن تبين للقاضي اختلاف المتعاقدين على الأجرة، كان الإيجار باطلاً لتعذر الاتفاق على ركن من أركان العقد. كل ذلك إذا لم يتدخل المشرع في تحديد الأجرة بقوانين أمرة وملزمة لا يجوز مخالفتها، أو لا يجوز تجاوز الحد الأعلى لها، ويجوز دونها^(١).

وأنتقل الآن إلى بيان نوعي القيود التي ترد على تحديد مقدار رسم الانتفاع:

القيود الأولى: القيود التشريعية

قد يتدخل المشرع ويضع قيوداً صريحة على تحديد مقدار رسم الانتفاع بخدمات المرفق العام، فيلزم الإدارة والملتزم بسعر محدد لتقديم الخدمة، ويحدث ذلك عادة بالنسبة للمرافق الحيوية كالكهرباء والغاز، والمياه، والنقل..، وفي هذه الحالة لا تملك الإدارة ولا الملتزم مخالفة الرسم الذي حدده التشريع بنصوص صريحة^(٢). وهذا ما يُعرف بالاحتكار القانوني، وتُهيمن عليه قاعدة: مراعاة المصلحة العامة.

القيود الثانية: القيود التي يفرضها مبدأ المساواة في المعاملة بين المتفاعلين بالمرفق العام

مبدأ المساواة بين المتفاعلين في المعاملة بين المتفاعلين بخدمات المرفق العام من المبادئ الأساسية التي تسري على كافة أنواع المرافق العامة دون حاجة لنص تشريعي خاص، وتطبيق هذا المبدأ على المتفاعلين يُلزم الإدارة حينما تنفرد بتحديد رسوم الانتفاع بالتسوية بين هؤلاء المتفاعلين في الرسوم التي تفرضها مقابل الانتفاع، كما أنه يجب على المتعاقد الملتزم في حالة منحه بعض الحرية في تحديد الرسم احترام مبدأ المساواة^(٣). والمقصود بالمساواة هو توحيد المعاملة بين المتفاعلين الذين تتمثل ظروفهم ومراكزهم القانونية والذين تتوافر فيهم الشروط العامة المطلوبة للانتفاع بخدمات المرفق، أما إذا اختلفت الظروف والشروط فيجوز التمييز بين المتفاعلين في المعاملة بشرط أن يكون هذا التمييز مستنداً إلى أساس معقول لا صلة له باللون أو الجنس أو اللغة أو العقيدة أو أي أساس آخر مشكوك في دستوريته، وأن يكون الغرض منه تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة المرفق نفسه، وليس خلق امتيازات خاصة لبعض المتفاعلين دون بعضهم الآخر.

وقد جاء في نص المادة ٦٣٧ من القانون المدني السوري:

(١) ينظر الوسيط في شرح القانون المدني ١/٦/١٦٦، وعقد الإيجار، الشرفاوي ٧٤، وعقد الإيجار، البدراوي ٥.

(٢) ينظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاً ١٥٢-١٥٣، والأشغال والمقاول، نعيم مغيب، ٧٩.

(٣) ينظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣٢٩/٢، والعقود الإدارية، د. ماجد راغب الحلو، ٢٠٠، دار الجامعة الجديدة،

(١) إذا كان القائم على أمر المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً^(١) أو غيره، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أم في تقاضي الأجور.

— لا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك من توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام، ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين).

— وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة.

وتطبيقاً لهذا المبدأ في مجال تحديد رسم الانتفاع يكون تغيير الرسم مشروعاً وفقاً للأسس المعقولة الآتية:

— الغرض من الخدمة: حيث يتغير سعر توريد المياه بحسب ما إذا كان الغرض منها استخدامها في الشرب أو الري.

— نوع الخدمة المطلوبة: وما إذا كانت عادية أو ممتازة أو مستعجلة.

— اختلاف ظروف مكان تقديم الخدمة: كالتمييز في المعاملة بين سكان المدن وضواحيها باقتضاء رسوم إضافية.

بينما يكون التمييز في تحديد سعر الانتفاع غير مشروع في مثل: حالة تغيير سعر الكهرباء وفقاً لمساحة أملاك المنتفع، أو تغيير سعر توريد المياه وفقاً لمقدرة الفنادق والمطاعم والمقاهي على الوفاء به، أو تحديد سعر البيع بما يترتب عليه التمييز بين المصانع التي أنشئت قبل تاريخ معين وبعده،.. وغير هذا من الحالات التي تفتقد الأساس الموضوعي المعقول فيها^(٢).

(١) أي أسند إليه القيام بمصالح هذا المرفق، وقد منعت الإدارة العامة الأغيار من مزاوله نفس نشاط هذا المرفق.

(٢) ينظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاً ١٥٥ — ١٥٧، والعقود الإدارية، عبد الهادي عباس ٣٣٣/٢.

المطلب الثالث: مدى حرية الإدارة والمتعاقد في تعديل رسم الانتفاع

بما أن الإدارة هي الموكلة بالقيام على رعاية المرافق العامة والمصلحة العامة؛ فإنها يحق لها من الصلاحيات ما يعينها على تحقيق هذه المصلحة العامة في الفقه الإسلامي والقانون.

أولاً: مدى حرية الجهة الإدارية في تعديل رسم الانتفاع:

إن الجهة الإدارية بوصفها قوامة ومسؤولة عن تحقيق المنفعة العامة تملك السلطة في تعديل رسم الانتفاع بالمرافق العام بإرادتها المنفردة، مع مراعاة حق المتعاقد الملتزم في التعويض فيما يتعلق بذلك. ويأتي تعديل رسم الانتفاع في هذه العقود؛ لأن مدة هذه العقود عادة تكون طويلة، ومن ثم فمن الصعب تحديد قوائم أسعار بنسبة ثابتة لا تتغير، لاسيما واحتمالات تغير الظروف الاقتصادية كثيرة أثناء مدة سريان العقد، مما يؤدي إلى أن تكون قوائم الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها؛ إما لأنها لا تكون كافية كمقابل مالي للمتعاقد، بحيث لا يوازي التزاماته الناشئة عن العقد، وإما لأنها تنقلب عبئاً ثقيلاً على المتفعين بخدمات هذا المرفق^(١).

ثانياً: مدى حرية المتعاقد الملتزم في تعديل رسم الانتفاع

القاعدة العامة أن تحديد رسم الانتفاع وتعديله يخضع لسلطة الجهة الإدارية المانحة لهذا الالتزام، وعلى المتعاقد مع الإدارة الملتزم أن يلتزم بقوائم الأسعار المحددة، ولا يملك تعديل الأسعار دون موافقة الإدارة، فإن عدل شيئاً وفرض الزيادة على المتفعين، ففي الفقه الإسلامي: يكون هذا من باب تحديد العقد، كما في الإجراءات المستقبلية، وقد فصلت أحكام التعديل والتعويض والجزاءات بشكل مفصل في الباب الثالث من هذا البحث.

وفي الجانب القانوني فإن هذا التعديل منه يُعدّ خطأً عقدياً يعرضه لتوقيع جزاءات من قبل الإدارة، لكن هناك حالات معينة قد يتضمن عقد الالتزام بنوداً تخول الملتزم الحق في زيادة الرسوم بنسبة معينة ووفقاً لإجراءات خاصة، وعندها يكون للملتزم الحق في زيادة الرسوم بشرط النسب والإجراءات المنصوص عليه في العقد، فمثلاً قد يمنح عقد الالتزام للملتزم الحق في زيادة الرسوم بنسبة تصل إلى ٥٠% بعد انقضاء السنوات الخمس الأولى من مدة العقد، ويكون للملتزم رفع النسبة إلى ١٠٠% فيما يزيد على السنوات الخمس^(٢).

(١) ينظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ١٥٨-١٦٠ .

(٢) ينظر آثار العقود الإدارية ٢٢٢، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ١٦١-١٦٢.

وفي حالات أخرى قد توافق الإدارة على منح المتعاقد الملتزم الحق في طلب زيادة الرسم لمواجهة ظروف جديدة يحددها العقد، وهنا يمكن أن توافق الإدارة أو أن ترفض، فإن رفضت وكان رفضها تعنتاً فللملتزم أن يلتجأ إلى قاضي العقد لطلب التعويض^(١).

(١) ينظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاً ١٦٢.

المبحث الثالث العلاقات المالية في عقود التفويض والمزايا المالية التي تقررها الجهة الإدارية

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العلاقات المالية في عقود تفويض المرافق العامة

المطلب الثاني: المزايا المالية التي تقررها الجهة الإدارية

المطلب الثالث: توزيع الفائض في عقود التفويض

المطلب الأول: العلاقات المالية في عقود تفويض المرافق العامة

يتناول هذا المطلب الحديث عن العلاقة المالية بين المتعاقد (المفوض إليه) الذي يُدفع له الرسم أو من يقوم مقامه وبين المنتفعين، و الأسس العامة للعلاقة بين المفوض إليه والمنتفعين.

أولاً: أنواع العلاقات المالية:

١_ العلاقة المالية بين المفوض إليه والمنتفعين بالمرفق:

وتقوم هذه العلاقة المالية من خلال التّعريفات التي يدفعوها له كمقابل مالي عوضاً عن الخدمات التي يقدمها لهم.

والأشخاص القائمون باستيفاء التّعريفات هم: المتعاقد الأصلي مع الإدارة (المفوض إليه)، والمتنازل له، والمتعاقد الثانوي، وذلك كما يأتي:

أ_ الدفع للمتعاقد الأصلي مع الإدارة، المستثمر المسؤول عن إدارة واستثمار المرفق العام (المفوض إليه):
عندما يقوم المتعاقد باستثمار وإدارة المرفق ويقدم خدماته للمنتفعين، يستحق على ذلك التّعريف المتفق عليها سواء عادت هذه التّعريفات إليه أم حصلها لصالح الشخص العام، حسب نوع عقد التفويض العام.
وقد يكون المتعاقد المفوض إليه شخصاً طبيعياً، أو شركة، فتُدفع التّعريفات لمن يمثل هذه الشركة، كما في حالة الدفع لجابي الكهرباء.

ويمكن أن يكون المفوض إليه مجموعة من الشركات التي تشكل اتحاداً يدعى (الكونسورتيوم) كما في عقود الـ BOT، وفي هذه الحالة تكون إحدى الشركات مكلفة بالتشغيل، وبالتالي تكون مسؤولة عن تحصيل التّعريفات^(١).

ب_ الدفع للمتنازل له:

العقد المتنازل عنه للمتنازل له يُعدّ بمثابة عقد جديد رضي فيه المتعاقد بجميع ما يترتب عليه من حقوق والتزامات؛ لأن المتعاقد الأصلي مع الإدارة يخرج من العلاقة العقدية نهائياً دون عودة، ويقوم المتعاقد المتنازل له مقام المتعاقد الأصلي بكل ما يأمره به العقد منذ دخوله في هذا التعاقد الجديد.

(١) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٣٩.

وإذا أراد المتعاقد أن يتنازل عن عقد لآخر، فإنه يحتاج إلى موافقة الإدارة، وإلا فللإدارة فسخ العقد وإحالة للقضاء، ومطالبة المتعاقد معها؛ لأنه المسؤول الوحيد عن تنفيذ العقد، كما يمكنها أن تعود على المتنازل له بدعوى الإثراء بلا سبب إذا رأت ذلك.

وأما الأشخاص القائمون على عملهم في مؤسسات الجهة الإدارية، فإن تبدهم لا يضر بالعقد، لأنهم مكلفون من قبل الإدارة بالنيابة عنها.

وإذا تنازل المفوض إليه عن عقده لشخص آخر، فإن هذا المتنازل له يحل محله في جميع الحقوق والالتزامات، ويصبح مسؤولاً عن تسيير المرفق تجاه الإدارة وكذلك تجاه المتفاعين.

وفي حال قام المفوض إليه بالتنازل لشخص آخر دون موافقة الإدارة، وقام المتنازل له بتحصيل التّعريفات من المتفاعين، فأرى أن الإدارة تطالب المتعاقد معها، والمتعاقد يطالب المتنازل له^(١).

جـ- الدفع للمتعاقد الثانوي:

المتعاقد الثانوي هو بمثابة الوكيل في الفقه الإسلامي^(٢)، حيث يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يستعين بأشخاص آخرين لمساعدته في إدارة المشروع بعد موافقة الإدارة وله تكليفهم القيام بجزء من الأعمال التي ألزمتهم الإدارة بها، ويطلق على هؤلاء: المتعاقدون الثانويون^(٣)، وتكون علاقاتهم مع المتعاقد الأصلي والمتفاعين بالمرفق فقط، ويكونون مسؤولين عن أداء الخدمة وجباية التّعريفات في الجزء المكلفين بإدارته نيابة عن المتعاقد مع الإدارة.

ومع ذلك يبقى المتعاقد مع الإدارة هو المسؤول وحده أمامها عن تنفيذ عقد التفويض وليس المتعاقد الثانوي^(٤).

ويكون التعاقد مع المتعاقد الثانوي ذا أهمية كبيرة في عقود BOT والعقود المشابهة لها؛ بسبب ضخامة المشاريع وتعقيدها؛ ولذا لابد من تكليف شركات متخصصة لتشغيلها، والشركة المشغلة يمكن أن تكون إحدى الشركات المساهمة في اتحاد الكونسورتيوم، أو شركة مستقلة عنه^(٥)، وبالتالي يكون هناك علاقتان ماليتان:

٢- العلاقة المالية بين المتعاقد مع الإدارة والمُشغّل للمشروع:

(١) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٤٠-١٤٢.

(٢) وذلك لأن الوكالة هي: (إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) يُنظر البحر الرائق ١٣٩/٧.

(٣) يُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، ٥٢٩.

(٤) يُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، ٥٣٠.

(٥) يُنظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٣٩.

إذا تعاقد المشغل مع المتعاقد الأصلي المتعاقد مع الإدارة فإنّ هذا ما يُسمى بعقد التشغيل، وهو (العقد الذي تعهد بمقتضاه شركة المشروع إلى شركة متخصصة في التشغيل والصيانة، مسؤولية تشغيل المشروع أثناء فترة معينة من الامتياز، أو طيلة فترة الامتياز، وفق البرنامج المعد للإدارة والصيانة، وتبعاً لخطة التشغيل المرسومة)^(١).

وفي الفقه الإسلامي فإن المتعاقد المُشغّل لهذا المرفق العام يكون تكييف عقده مع المتعاقد الأصلي المتعاقد مع الإدارة حسب ما ذكرت سابقاً في تكييف العقود الإدارية، ويكون مقابله المالي حسب تكييف عقده كذلك، فإن كان مضمون عقده يُكيّف على أنّه إجارة، فهو أجير، ومقابله المالي هو الأجر، وإن كان تكييف عقد أنّه شركة مضاربة فهو مضارب، ومقابله المالي هو الربح في الشركات بضوابطه، وإن تضمن عقده الصيانة، فقد فصلت القول في تكييف عقد الصيانة وما يتعلق به، وهكذا... .

كما (يجب أن يحدد هذا العقد حقوق والتزامات كل من طرفيه ومن ذلك مراحل التشغيل، ومدة العقد، والتأمينات والتعويضات الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، كما يحدد المقابل المالي للشركة المشغلة)^(٢).

ويقوم المتعاقد أو (شركة المشروع) بدفع مبلغ متفق عليه للشركة المشغلة عوضاً عما تقدمه من خدمات الإدارة والصيانة، وقد يُقدر هذا المبلغ جزائياً بشكل إجمالي، وقد يقترن بشرط يجيز إعادة النظر في حالات محددة، وقد يُقدر على أساس نسبة مئوية من الأرباح، أو على أساس ساعات العمل والتشغيل ومقدار الآلات والأجهزة وغيرها...^(٣).

ومن حيث المبدأ يكون هذا المبلغ جزائياً، وبالتالي لا يتأثر بالظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ عقد التشغيل، من ارتفاع في أسعار الخدمات والمواد وانخفاضها^(٤)، أو يقدر بشكل إجمالي مقترن بشرط يجيز طلب إعادة النظر في حالات محددة، أو على أساس نسبة مئوية من الأرباح^(٥)، كما يمكن أن يحدد على أساس ساعات العمل التي يستغرقها التشغيل ومقدار الآلات والأجهزة التي يحتاجها المشروع، والتكنولوجيا التي تكبدها المشغل^(٦).

-
- (١) عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، سميرة حصام، ٨٤.
 - (٢) عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، د. أحمد بو عشيق، ٢١، محاضرة أُلقيت في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية الذي أقيم في الرياض ٤/١ تشرين الثاني/ ٢٠٠٩.
 - (٣) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٤٣-١٤٤.
 - (٤) يُنظر عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT، د. مهند نوح، ١٨١، والعقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣٢٥/٢.
 - (٥) يُنظر الإدارة التعاقدية للمرفق العام، د. محمد أديب الحسيني، ٤٩٦-٤٩٧.
 - (٦) يُنظر عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT، د. مهند نوح ١٨١.

٣_ العلاقة بين المنتفعين والمُشغّل:

في هذه المرحلة _وحسب ما عرفنا من حقيقة عمل المُشغّل_ يكون المتعاقد المُشغّل وكيلاً عن المتعاقد الأصلي، يقوم مقامه فيما يجب عليه من تنفيذ التزامات العقد فيما يخص المنتفعين، وذلك في الفقه الإسلامي^(١)، والقانون؛ وذلك أنّه إذا تعاقد المُشغّل للمرفق مع المتعاقد الأصلي المفوض إليه من قبل الإدارة، نشأ بينهما رابطة وعلاقة نتيجة هذا التعاقد، ويصبح المشغل مسؤولاً عن تأدية الخدمة للمنتفعين وفق الشروط المحددة في عقودهم مع المفوض إليه الأصلي، بالأسعار التي أقرتها الجهة العامة؛ لأنها ذات طابع عام ومجرد تنظم كيفية أداء الخدمة، ويلتزم بها كل من يدير المشروع سواء كان المتعاقد الأصلي أم المشغل^(٢)، وبالتالي المقابل المالي للمُشغّل مستقل عن نتائج تشغيل المرفق، وتحصيله للإتاوة إنما هو من باب النيابة عن المفوض إليه.

ثانياً: الأسس العامة للعلاقة بين المفوض إليه والمنتفعين:

١- أسعار الخدمة التي يؤديها المرفق:

تتصف أسعار المرفق (التعرفة) بالقوة الإلزامية؛ لأنّ الإدارة وحدها هي التي تضعها مراعية بذلك تنظيم المرفق العام، والمصلحة العامة في الفقه الإسلامي^(٣) والقانون؛ ولذلك تسري هذه التعرفة على أطراف التعاقد^(٤). وهذا ما نص عليه القانون المدني السوري: (يكون لتعرفة الأسعار التي قررها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة للعقود التي يبرمها الملزم مع عملائه، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها)^(٥)، وبالتالي في حال وضع تعرفة مخالفة فإنها تكون باطلة، ويُرجع إلى تطبيق الأسعار الأصلية^(٦).
لكن يمكن تعديل الأسعار بقرار من السلطة العامة، أو بمصادقتها عليه بناء على اقتراح المفوض إليه، ولا يكون المنتفعون ملزمين بدفع الأسعار المعدلة إلا بعد المصادقة عليها^(٧). وهذا ما أكد عليه القانون المدني السوري: (٢) - ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل، سرت الأسعار الجديدة...)^(٨).

(١) وذلك لأنّ الوكالة هي: (إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) يُنظر البحر الرائق ١٣٩/٧ .

(٢) يُنظر عقد البناء والتشغيل والتحويل BOT، د. مهدي نوح ١٨٣.

(٣) يُنظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب ١٦٢، ١٩٢.

(٤) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٣٠٤/٥.

(٥) المادة ٦٣٧/ من القانون المدني السوري.

(٦) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣٢٤/١.

(٧) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري ٣٠٤/٥.

(٨) المادة ٦٣٧/ من القانون المدني السوري.

والأسعار الجديدة تسري من وقت التصديق دون أن يكون لها أثر رجعي، فالمنتفعون غير ملزمين بدفع الزيادات قبل هذا التاريخ، بخلاف الجدد، وهذا ما أكدته القانون المدني السوري: (٢-... سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانه وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراكات في المرفق العام يسري عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور وذلك فيما بقي من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة)^(١).

وفي حال وقوع غلط في تطبيق التعرفة، فإنه يكون قابلاً للتصحيح، فيدفع المنتفع ما يترتب عليه من مبالغ أو يأخذ ما يستحق، وذلك فيما دون سنة من وقت القبض^(٢).

٢- المساواة بين المنتفعين:

الإدارة راعية للمصلحة العامة في الفقه الإسلامي^(٣) والقانون؛ وبناء على ذلك فهي تراعي المساواة بين المنتفعين تطبيقاً لحماية ورعاية المصلحة العامة؛ وبالتالي فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يميز أحد المنتفعين عن غيره في تقديم خدمات المرفق، كأن يقدم له خدمات أكثر، أو يخفض له السعر مثلاً، فإن فعل ذلك فللمنتفعين أن يرجعوا إلى القضاء ويطالبوا بالتعويض^(٤)، إلا في بعض الحالات لمن تتوافر فيهم عامة ومجردة^(٥). وقد تحدثت عن ذلك في القيود الواردة على تحديد رسم الانتفاع، وذكرت منها: القيود التي يفرضها مبدأ المساواة في المعاملة بين المنتفعين بالمرفق العام.

(١) المادة ٦٣٧/ من القانون المدني السوري.

(٢) يُنظر المادة ٦٣٨/ من القانون المدني السوري.

(٣) يُنظر نظرية العقود الإدارية د. نذير أوهاب ، ١٦٢ ، ١٩٢ .

(٤) يُنظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس ٢ / ١٩٨ .

(٥) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٣١٨/٥ .

المطلب الثاني: المزايا المالية التي تقررها الجهة الإدارية

تمنح الإدارة للمتعاقد معها عادة بعض الوسائل المادية والقانونية الهامة لمساعدته على تشغيل المرفق، كتقديم القروض والتسهيلات الائتمانية.. وغيرها، وتتسم المزايا المالية: بالطبيعة التعاقدية لأنها من جملة المقابل المالي المقدم للمتعاقد، ومن جملة الأشياء التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد^(١)، فقد تكون مبالغاً وضمائن مالية تُدفع من قبل الإدارة لمتعاقدتها انطلاقاً من مبدأ التعاون بينهما للوصول إلى تطبيق أمثل للمصلحة العامة، وليس لقاء تقديم خدمات محددة، وتعد هذه المساعدات مقابلاً ثانوياً مكماً للمقابل الأصلي الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة.

وهذه المزايا منها ما يدخل تحت تصرف الإدارة في باب السياسة الشرعية والمصلحة العامة المفوضة للإمام في النظر للصالح العام، ومنها ما يدخل تحت الشروط الجعلية بين المتعاقدين، فيما يتم الاتفاق عليه بين الإدارة والمتعاقد معها.

فإن كانت هذه المزايا تتعلق بالمصلحة العامة، فيعود الحكم عليها بما يوافق المصلحة العامة، وأما إن كانت هذه المزايا لا تتعلق بالمصلحة العامة، فإنها تعود لنظرية الشروط الجعلية بين المتعاقدين، فتعطي أحكامها وتنضبط بضوابطها^(٢).

ومن هذه المزايا المالية ما يأتي:

أولاً: تقديم الإدارة المانحة للملتزم مبلغاً من المال في صورة قرض

قد تتفق الإدارة مع المتعاقد معها على أن تقدم الإدارة للمتعاقد مبلغاً من المال في صورة قرض، أو تضمينه لدى البنك للحصول على بعض النقود، ويكون هذا الاتفاق بينها بمثابة شرط جعلي، اتفقت الإدارة مع المتعاقد معها على جعله التزاماً تلتزمه الإدارة على عاتقها تجاه المتعاقد معها، وفي هذه الحالة يعود حكم هذه الصورة إلى مسألة الشروط الجعلية بين المتعاقدين.

ثانياً: ضمان أرباح القروض التي يقترضها المتعاقد

وهذه الميزة ينظر فيها من ناحيتين:

الأولى: كون القروض قد شكلت رأس مال معين، ومن ثم تم تشغيل رأس المال هذا في أحد أبواب الانتاج من زراعة وصناعة وتجارة، ومن ثم نتج عن هذه العملية الانتاجية أرباح معينة، فتكون تلك الأرباح مشروعة؛ لكن ضمان هذه الأرباح يعني ضمان التعويض عنها في حال عدم تحققها من غير من ضمنها.

(١) يُنظر مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عياد، ٢٣١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣ م.
(٢) ينظر نظرية العقود الإدارية، ١٦٢، ١٩٢، والقانون الإداري، د. ماجد راغب الحلو، ٤٦٦، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧ م.

الثانية: كون هذه القروض قد شكلت أرباحاً بمعنى فوائد ناتجة من خلال إقراض القروض، وهذه الفوائد ربا محرم، لا يجوز أخذها؛ لأن القرض عقد تبرع بمنفعة المال مدة من الزمن، ولا يجوز أخذ فائدة مشروطة عليه أبداً^(١).

ثالثاً: عدم السماح لجهة أخرى بمزاولة النشاط الذي يزاوله المتعاقد مع الإدارة

قد ترى الإدارة أنه من المصلحة ألا تسمح لغير المتعاقد معها بمزاولة النشاط الذي عهدته إليه، وتتعاقد معه على ضمان ذلك له، ويشكل ذلك دافعاً له على التعاقد، وعندها يدخل المتعاقد في العقد على اعتقاده بأنه هو فقط من يزاول النشاط الموكول إليه، وأن ذلك سيعزز عمله ويتوجه بالنجاح لانفراده بما اختص به بموجب هذا العقد.

وإذا توافر في هذا العمل المصلحة العامة التي تراها الإدارة كفيلة في إنجاح سير هذا المرفق فللإدارة أن تتخذ ما تراه مناسباً حسب السياسة الشرعية، وبالضوابط والقيود المرعية للاحتكار القانوني، ووفق المصلحة العامة التي هي قائمة أساساً على رعايتها^(٢).

(١) ينظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب ١٦٢ .

(٢) ينظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب ١٦٢ .

المطلب الثالث: توزيع الفائض في عقود التفويض

الفائض لغةً: فاض الماء: أي كثر، والحوْضُ فائضٌ أي ممتلئٌ ويسيل منه الماء، ومال فائضٌ أي كثير زائد^(١)، ورد مصطلح الفائض في النصوص الشرعية بمرادفات قريبة هي: العفو، والفضل، والعفو يُراد به في اللغة الفضل، وما يفضل عن النفقة^(٢)، واصطلاحاً: ما فضل عن حاجة المرء، والعيال^(٣)، و(ما فضل عن الكفاية)^(٤)، والفضل: لغةً: من فَضَلَ وفَضَلَ الشيء: أي زاد عن قدر الحاجة (حاجة النفس والعيال) والكفاف^(٥).

أولاً: كيفية توزيع الفائض في عقود التفويض شرعاً

إذا دققنا في تكييف عقود التفويض فإننا نرى ما يأتي:

— عقد الالتزام والبوت (وامتياز الإنشاء): فالمقابل المالي من الإدارة هو منفعة المشروع — سواء تعاقد مع الإدارة على سبيل الاستصناع أم الإجارة أم المشاركة —، وأما المقابل المالي من المتفعين هو أجرة المنفعة المقدمة.

— وأما في امتياز الإدارة والاستغلال: فإن كان المتعاقد أجيراً عندها أو مستأجراً منها، فالمقابل المالي له هو الأجر المحصل من المتفعين (من عملية الاستثمار) سواء أكان هو نسبة من إجمالي الإيراد أم مبلغاً مقطوعاً. وأما إن كان امتياز الإدارة مبنياً على أساس المشاركة، فالمقابل المالي للمتعاقد هو نسبة من صافي الأرباح.

ففي الحالة الأولى: يكون المقابل المالي هو أجرة الانتفاع بالمرفق (من عملية الاستثمار) مدة من الزمن.

وفي الحالة الثانية (في امتياز الإدارة والاستغلال): يكون المقابل المالي إما أجراً أو ربحاً، وكلاهما محصلان من عملية (استثمار المرفق)، سواء أكان الأجر مبلغاً مقطوعاً، أم نسبة من مجموع الإيراد. وعلى ذلك سواء أكان نصيب المتعاقد في العقد هو أجرة أم ربحاً فإنه بعد أن يأخذ ما يستحقه من المقابل المتفق عليه، فإن ما سيحصل من واردات المرفق ستشكل فائضاً مالياً، وبالتالي تضعه الإدارة تحت رقابتها في بيت المال فيما يحقق للمتفعين والمرفق المصلحة العامة.

(١) ينظر لسان العرب، مادة: (فيض) .

(٢) ينظر لسان العرب، مادة: (عفو) .

(٣) ينظر أحكام القرآن، ابن العربي ٥٣/١ .

(٤) فتح الباري ٢٧٣/٣ .

(٥) ينظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٢٧/٧ .

إن الأرباح التي يحققها المرفق العام وما يكون من فائضها كلها تؤول في الفقه الإسلامي إلى بيت مال المسلمين، وبيت المال في الشريعة الإسلامية عبارة عن الجهة التي تتولى التصرف على المال العام للمسلمين من النقود والعروض والأراضي، وتتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية، حيث إن (بيت المال عبارة عن الجهة... فكل مال استحقه المسلمون مطلقاً، من غير تخصيص لمستحق معين، فهو من حقوق بيت المال... وكل مال مُرَصَد لمصالح المسلمين فهو من مال بيت المال، وكل حق وجب صرفه في مصالح المسلمين فهو حق على بيت المال، فإذا صرف في جهته كان مضافاً إلى بيت المال، سواء خرج من جِرْز أم لا، وكل ما صار من أموال المسلمين إلى عماله أو خرج منها من أيديهم، فحكم بيت المال جارٍ عليه في دخله وخرجه)^(١).

ثانياً: كيفية توزيع الفائض^(٢) في الجانب القانوني:

إن الفائض الذي يتشكل من العقود الإدارية، إما أن يكون ناشئاً عن عقد شركة (ولها وقت معين)، أو أن يكون ناشئاً عن غير عقد الشركة، فإن كان العقد عقد شركة، فلا يرد فيها هذا الكلام أثناء عقد الشركة، لأن الأرباح مصيرها إلى تقسيمها بالنسب بين الإدارة والمتعاقد في المدة المتفق عليها، أما بعد انتهاء عقد الشركة، وكذلك في غير عقد الشركة فهناك عدة أحوال:

١- أن يُخصص هذا الفائض لتكوين رصيد احتياطي: حيث من أهداف هذا الرصيد الاحتياطي: أن يأخذ منه المتعاقد الملتزم ما يكفي ليكمل القدر المتفق عليها عندما يُحدد مقدار الرسم بالحد الأقصى الذي لا يجوز له أن يتجاوزه في عقود، وذلك عندما لا يكفي مردوده من بلوغ القدر المحدد له.

٢- استخدام الفائض في تحسين وتوسيع المرفق: قد ترى الإدارة أن الأنسب هو استخدام هذا الفائض في إضافة تحسينات، وتوسيعات، وتجهيزات، وأدوات، وأشياء يتطلبها المرفق، كما إذا كان المشروع هو بناء مشفى عام، ثم رأت الإدارة فتح أقسام جديدة في هذا المشفى لاستكمال اختصاصاته، وإضافة أدوات وأجهزة وأجنحة ناقصة فيه، وإضافة كادر طبي في أوقات الصباح والمساء... وغير ذلك من التوسيع والتحسين.

٣- استخدام الفائض في خفض الأسعار: ويمكن أن ترى الإدارة أن الأفضل هو خفض الأسعار ولو قليلاً؛ إذا رأت أن التعرفة الموضوعة عليه لا تناسب كافة شرائح المجتمع، فقد تلجأ لخفض التعرفة؛ وفقاً بحال الفقراء، كما هو الحال في بعض المشافي.

وكذلك في الفقه الإسلامي فإن الإدارة تختار ما هو الأفضل في تطبيق المصلحة العامة، وذلك يعود لتقديرها فيما هو الخير للصالح العام^(١).

(١) تحرير الكلام في تدبير أهل الإسلام لابن جماعة، ١٤٩، وينظر الأحكام السلطانية للماوردي ٢٧٧ ولأبي يعلى ٢٥١.

(٢) ينظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ١٥٤.

الباب الثالث

الآثار المترتبة في العقود الإدارية بالنسبة للمقابل المالي في الفقه الإسلامي والقانون

ويتضمن فصلين:

الفصل الأول: المقابل المالي وقت العقد واستحقاقه وأثر فساد العقد
والتعديل والفسخ والإقالة فيه

الفصل الثاني: المقابل المالي حال الإخلال بالتزامات العاقدین
وتطبيقاته المعاصرة

(١) ينظر نظرية العقود الإدارية ٨٢ .

الفصل الأول

المقابل المالي وقت العقد واستحقاقه وأثر فساد العقد والتعديل والفسخ والإقالة فيه

ويتضمن أربعة مباحث:

المبحث الأول: المقابل المالي حال إبرام العقود الإدارية

المبحث الثاني: استحقاق المقابل المالي في العقود الإدارية

المبحث الثالث: أحكام التعديل والفسخ والإقالة في العقود الإدارية

المبحث الأول المقابل المالي حال إبرام العقود الإدارية

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقابل المالي حين إبرام العقد بطريق المناقصة

المطلب الثاني: المقابل المالي حين إبرام العقود الإدارية بطريق الاتفاق المباشر

المطلب الثالث: المقابل المالي في الخيارات التي يصح ثبوتها في العقود الإدارية

تعقد الإدارة عقودها الإدارية إما بطريقة المناقصة وإما بطريقة العقد المباشر، ويختلف المقابل المالي في كلا الحالتين عن بعضهما البعض في بعض النواحي، ككيفية تحديده وتسليمه وتفصيله، مما يستدعي أن أبين بشيء من التفصيل عن حقيقة هاتين الطريقتين، وما يتعلق بهما من تفصيل شكل المقابل المالي فيهما.

المطلب الأول: المقابل المالي حين إبرام العقد بطريقة المناقصة

تبرز أهمية عقد المناقصة من خلال حفظ المال العام^(١) وتحقيق المصلحة العامة أو الخاصة بأقل التكاليف؛ ولذلك قد تتعين المناقصات في الشراء، أو إنجاز العمل لمؤسسات الدولة العامة كالمدارس، والأوقاف، أو المتعلقة بأموال اليتامى^(٢)، فهي -عموماً- تشكل حاجة للدولة ومؤسساتها؛ حيث تسعى إلى ضمان تنفيذ مشاريعها على الوجه المطلوب، وفي الوقت المحدد بما لا يفوت حصول المصلحة وفق أفضل الشروط وأدنى الأسعار^(٣).

أولاً: تعريف المناقصة:

١ _ **المناقصة لغة:** نَقَص الشيء ونَقَصَه وأَنْقَصَه وأَنْتَقَصَه وتَنْقَصَه أي أخذ منه قليلاً قليلاً حتى يأتي عليه، ويأتي النقص بمعنى الذهاب ببعض الشيء بعد تمامه^(٤)، والمعنى المراد: هو النقص بمعنى الخط من الشيء والتقليل منه، خاصة وأن المناقصة قائمة على التنافس بين من يحط أو يقلل أكثر من الثمن، وعليه فالمناقصة لغة: هي الخط من الشيء والتقليل منه، ولا تكون إلا بتفاعل أكثر من طرف؛ لأنها على وزن مفاعلة التي تقتضي مشاركة أطراف عديدة.

٢ _ **المناقصة اصطلاحاً:** المناقصة لم تعرف سابقاً في مدونات الفقه الإسلامي، لكن ورد تعريفها عند بعض العلماء المعاصرين، وفي القانون الإداري؛ وهذا ما يدعو إلى استعراض النظر القانوني وتعريف العلماء المعاصرين فيها وذلك كما يأتي:

جاء في الأسس العامة للعقود للطماوي بأن المناقصة: (طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية أم ناحية الخدمة المطلوب أدائها)^(٥).
لكن يؤخذ على التعريف بأنه لم يوضح حقيقة المناقصة، وإنما شرح الاسم فقط

(١) يُنظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، ١٧٠/٢.

(٢) يُنظر المناقصات عقد الاحتياط، الجواهري ٢٦٦.

(٣) يُنظر العقود الإدارية، د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن ٩٢.

(٤) ينظر لسان العرب، مادة: (نقص).

(٥) الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي ٢٣٩، وعقد المفاولة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٥٨.

وعرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها: (طلب الوصول إلى أرخص عطاء لشراء سلعة أو خدمة، تقوم فيها الجهة الطالبة لها بدعوة الراغبين إلى تقديم عطاءاتهم وفق شروط ومواصفات محددة)^(١)، لكن يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يتعرض للالتزامات أطراف المناقصة^(٢).

ولعل الراجح هو تعريفها بأنها: (إجراء تلتزم بمقتضاه الجهة المعلنة بالتعاقد مع صاحب العرض الأقل مقابل الوفاء بما التزم به طبق المواصفات والشروط المقررة)^(٣).

وعلى هذا فالمناقصة إجراء تجريه الجهة المعلنة للمناقصة، سواء كانت هي الإدارة أم غيرها، لكن مناقصات العقود الإدارية تجريها الإدارة، ويكون هدف المناقصة هو الحصول على السلع أو الخدمات أو كليهما بأقل سعر من عروض المتنافسين في المناقصة.

والجهة التي تطرح المناقصة تتقدم بدفتر يُذكر فيه الشروط المواصفات المطلوبة. وبهذا تختلف المناقصة عن المزايدة بأن المناقصة هدفها اختيار صاحب أقل عطاء^(٤) للتعاقد معه، بينما المزايدة عكسها تماماً، فهي تهدف إلى اختيار صاحب أعلى عطاء للتعاقد معه، فالعلاقة بينهما علاقة تضاد^(٥). وأما المماكسة: فهي المكاملة في النقص في الثمن. وعلى هذا يمكن القول إن العلاقة بين المناقصة والمزايدة هي علاقة تباين وتضاد من الناحيتين اللغوية والفقهية.

ثانياً: التكيف الفقهي للمناقصة:

المناقصات من المعاملات المستحدثة التي لم ينص عليها الشارع بنص خاص، ومن المعلوم أن الأصل في المعاملات والعقود الإباحة ما لم يكن فيها ما يخالف الشرع أو ينافي مقتضاها؛ ولذلك من تناول البحث في المناقصات من علماء الفقه المعاصرين اجتهد في تكييفها الفقهي بإحداى المعاملات المعروفة التي تنطبق عليها طبيعة المناقصة.

وقد اختلف المعاصرون في تكييفها على عدة أقوال هي:

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢/٨٥٤.

(٢) ينظر عقد التوريد، د. إبراهيم شاشو ٢٥٥.

(٣) عقد التوريد، د. إبراهيم شاشو ٢٥٥.

(٤) العطاء والعرض بمعنى واحد وهو: ما يقدمه المشترك في المناقصة أو المزايدة من سعر أو ثمن مقابل السلعة، أو العمل المطلوب إنجازها. مناقصات العقود الإدارية، المصري ١٨٨.

(٥) يُنظر عقد المزايدة، أبو سليمان ١٠٤ وما بعدها، والمناقصات عقد الاحتياط، الجواهري ٢٥٧، والوجيز في القانون الإداري، د. سليمان الطماوي ٦٢٨.

القول الأول: إن المناقصة هي كالمزايدة ينطبق عليها ما ينطبق على المزايدة، وأحكام المناقصة هي أحكام المزايدة إلا أنها تختلف في الشكل، وبه قال الدكتور رفيق يونس المصري حيث ذكر أن المناقصة لم تعرف سابقاً في الفقه، إنما عُرِفَتْ أختها المزايدة، وهما متشابهتان في كثير من الإجراءات^(١)، وقال: (فالمزايدة تكون في البيع والإيجار، والمناقصة في الشراء والاستئجار، وترتبطان بالحدثة متشابهة، وقد يجمعهما نظام واحد، ويمكن أن يقال أن كلاهما جائز من حيث المبدأ؛ لأن حقيقتيهما واحدة)^(٢)، كما نقل بعض العلماء الذين تناولوا البحث في المناقصة ذلك عن الموسوعة الكويتية، إذ جاء فيها: (ولم نطلع على ذكر له - شراء المناقصة - في كتب الفقه بعد التتبع، ولكن يسري عليه ما يسري على المزايدة مع مراعاة التقابل)^(٣).

ومن قال بذلك أيضاً الدكتور علي السالوس إذ أشار إلى أن المناقصة والمزايدة بينهما شبه لا يخلو من اختلاف حيث إن المناقصة يعرضها المشتري، وقد تكون تعهداً بتوريد سلع معينة لفترة زمنية محددة، أما المزايدة فيعرضها البائع^(٤).

وكذلك أكد الدكتور سعود الثبيتي أن مسائل المناقصة أغلبها موجودة في المزايدة^(٥)، وأيضاً الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان علل امتناعه عن الكتابة عن المناقصة بأن ما سيكتبه سيكون تكراراً، إذ إن أحكام المناقصة هي أحكام المزايدة، إلا أنها تختلف في الشكل^(٦)، ووافقهم في ذلك الشيخ محمد المختار السلامي حيث قال: (فكما يجوز بيع الشيء مزايدة يجوز بيعه مناقصة، ولعل الثاني أولى بالجواز لانتفاء السوم على السوم انتفاءً تاماً)^(٧).

وبخلاصة القول الأول أن المناقصة أخت المزايدة وأحكامها متشابهة مع الاختلاف في الشكل، والحكم على المناقصة بهذا الاعتبار لا يختلف عن حكم المزايدة.

القول الثاني: إن المناقصة فيها شبه بعقد المسابقة من حيث الاسم والمضمون، وبه قال الدكتور رفيق المصري، حيث ذكر أن المناقصة مسابقة بين المناقصين على الفوز بالعقد، كما ويشترط فيها ما يشترط في المسابقة من حيث المساواة بين المشتركين في كل شيء، في المعلومات، وفي الفرص، وفي سائر الشروط

(١) يُنظر مناقصات العقود الإدارية، المصري، ٢١٦.

(٢) المرجع نفسه ٢١٣.

(٣) مصطلحات الفقه المالي المعاصر، الضرير وغيره، ٢٥٦، وينظر مناقصات العقود الإدارية، المصري ٢١١.

(٤) يُنظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع ٣٣٤/٢.

(٥) يُنظر المرجع نفسه ٣٢٠/٢.

(٦) يُنظر المرجع السابق ٣١٢/٢.

(٧) بيع المزايدة، السلامي ١٧.

والمواصفات^(١)، وقد ذهب الفقهاء إلى جواز عقد المسابقة، وإن اختلفوا في بعض أحكامه، فذهب الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أن عقد المسابقة عقد جائز كعقد الجعالة، ولكل من المتسابقين فسخه قبل الشروع في المسابقة، أما بعد الشروع فليس للمفضول حق الفسخ، بخلاف الفاضل فله ذلك، وذهب المالكية^(٤) إلى أنه عقد لازم لا يُفسخ إلا برضا الطرفين، وذهب الشافعية^(٥) في الأظهر إلى أنه عقد لازم لمن التزم بالعوض، أما من لم يلتزم بالعوض فهو جائز في حقه، وأما خلاف الأظهر فهو كقول الحنفية.

لكن إذا دققنا النظر في المسابقة والمناقصة نرى أن المسابقة منافسة للفوز والحصول على الجائزة أما المناقصة فهي لمعرفة صاحب العرض الأقل لاختياره لإبرام العقد معه، فبينهما خلاف في الغاية والآثار^(٦).

القول الثالث: إن المناقصة تأخذ حكم العقد الذي ينتج عنها، وبهذا قال الشيخ حسن الجواهري، حيث إن المناقصة إذا كانت لإجراء عقد البيع أخذت أحكام عقد البيع، وإن كانت لإجراء عقد إجارة فتأخذ حكم الإجارة وهكذا... واستدل على صحة المناقصات ومشروعيتها بعمومات أدلة العقود، قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]، وعلل ذلك بأن كلاً من طرفي العقد أراد الوصول إلى مقصوده، سواء كان مشترياً أم بائعاً، مستأجراً أم مؤجراً، فالمعاملة الناتجة عن المناقصة إما أن تكون بيعاً أو إجارة أو مزارعة أو غير ذلك، ومن ثم فالدليل على صحة هذه العقود يُعدّ دليلاً على صحة المناقصة، بشرط سلامة أصول العقد وتحقيق مقتضاه^(٧).

وأرى أن هذا مزج بين مرحلة ما قبل العقد من إجراءات وبين العقد ذاته، مع أن العقد ذاته مستقل بأحكامه وآثاره عن المناقصة، ولا يستقيم هذا التكييف هنا؛ لأن المراد هو تكييف المناقصة بذاتها، وليس تكييف ما تؤول إليه من العقد المستقل عنها، إذ إنها قد تؤول إلى بيع أو استصناع أو إجارة، فالبحت هنا في فقط في المناقصة في مراحل إجراءاتها وتكوينها وصولاً إلى اختيار المناقص صاحب العرض الأقل.

القول الرابع: إن المناقصة ليست عقداً، وإنما هي إجراءات للدخول في العقد، وبه قال الشيخ خليفة حيث أشار إلى أن المناقصة عبارة عن مقدمة للمعاملة، وهي قضية إجرائية أكثر منها مسألة فقهية^(٨)، ويرى

(١) ينظر مناقصات العقود الإدارية، المصري ٢١٧، وعقد المقاول، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٦٥.

(٢) ينظر بدائع الصنائع ٢٠٦/٦.

(٣) ينظر المغني، لابن قدامة ٦٥٤/٨.

(٤) ينظر حاشية الدسوقي ٢١١/٢.

(٥) ينظر مغني المحتاج ٣١٢/٤.

(٦) ينظر مغني المحتاج ٣١٢/٤.

(٧) المناقصات عقد الاحتياط، الجواهري ٢٦٦.

(٨) يُنظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع ٣١٩/٢.

ذلك أيضاً الدكتور القره داغي حيث قال: (وبخصوص تكييف عقد المناقصة على أساس أنه عقد، أنا أرى أن المناقصة نفسها ليست عقداً، وإنما هي إجراءات للدخول في العقد)^(١)، ومن قال بهذا التكييف أيضاً الشيخ عبدالله بن منيع، إذ اعتبر أن عقود المناقصات سُمّيت عقوداً على سبيل التجاوز، وإنما هي إجراءات لعقود^(٢).

القول الخامس: إن المناقصة منظومة من العقود وليست عقداً واحداً، وذهب إلى هذا القول الدكتور رفيق المصري حيث اعتبر أن المناقصة عقد واحد مركب، يتم بين المناقِص له وبين المناقِص الذي رست عليه المناقصة، ويدخل في هذا العقد عدة عقود كعقد بيع دفتر الشروط، وعقد الضمان سواء كان ضماناً ابتدائياً أم نهائياً أو غيره، ثم تنتهي هذه المناقصة إلى إبرام عقد يؤول إما إلى عقد توريد سلع ومواد، أو عقد مقاوله للقيام بخدمات أو أشغال^(٣)

ويعتبر هذا العقد المركب عقداً واحداً، الإيجاب فيه يصدر من المناقِص عند اشتراكه في المناقصة وتقديمه العطاء، سواء كان مورداً أو مقاولاً، ويعتبر هذا الإيجاب ملزماً له^(٤)، لا يرجع عنه حتى ترسو المناقصة على غيره، وفي المناقصة العلنية العطاء اللاحق الذي يقدمه المناقِص ينسخ العطاء السابق^(٥)، وأما القبول فيصدر من المناقِص له عند إبرامه العقد مع المناقِص صاحب العطاء الأقل سعراً حيث رست عليه المناقصة^(٦).

القول المختار: لاختيار القول المختار في المناقصة لابد من عرض بعض الحقائق عن المناقصة، وذلك

كما يأتي:

أولاً: لو كانت المناقصة عقداً لما احتيج إلى إبرام العقد بعد إرسائها، ولاقتضت إبرام العقود تلقائياً. ثانياً: لو كانت المناقصة عقداً لوجب أن يكون الطرفين معيّنين محددين، ولا يجوز التعاقد مع طرف غير معين أو غير محدد، وهذا خلاف ما عليه الحال في المناقصة، حيث إن الدخول في المناقصة متاح لكل من يريد التقدم إليها في الغالب.

ثالثاً: إرساء المناقصة لا يعدو سوى اختيار أحد المتقدمين للتعاقد معه كونه صاحب أفضل عطاء، ثم لابد من إبرام العقد.

رابعاً: القول باعتبار المناقصة في ذاتها عقداً مستقلاً أو سابقاً للعقد الذي سيبرم لا يستقيم مع عليه الحال في المناقصة.

(١) المرجع نفسه ٣٢٦/٢ .

(٢) يُنظر المرجع نفسه ٣٣٦/٢ .

(٣) يُنظر مناقصات العقود الإدارية، المصري ٢١٦، ٢١٧ .

(٤) يُنظر مصادر الحق، السنهوري ٦٢/٢ .

(٥) يُنظر المرجع نفسه ٦٢/٢ .

(٦) يُنظر المرجع نفسه ٦٢/٢ .

ونتيجة لما سبق أرى أنّ المناقصة إجراء تنظيمي للوصول إلى أفضل متعاقد من الناحية الفنية والمالية
للتعاقد معه.

المطلب الثاني: المقابل المالي حين إبرام العقود الإدارية بطريق الاتفاق المباشر

الأصل في إبرام العقود هو إبرامها عن طريق الاتفاق المباشر، أما المناقصة فهي استثناء من هذا الأصل. وإبرام العقد الإداري بطريق الاتفاق المباشر: أي بأن تتعاقد الإدارة مع الأشخاص الذين تختارهم مباشرة دون حاجة إلى إجراءات تسبق العقد كما في المناقصة، إنما فوراً تختار المتعاقد وتتعقد معه العقد بما يتفقان عليه^(١).

— وللاتفاق المباشر وسائل، ومنها: المساومة، والممارسة:

أما المساومة: يُراد بها إبرام العقد عن طريق الإيجاب والقبول مع الاتفاق على الثمن والكمية والنوع ونحو ذلك من تاريخ التسليم وموعد تسديد الثمن.

أما الممارسة: فقد عرفت في العقود الإدارية أكثر منها في غيرها من العقود، وتعرف بأنها: (طريقة للتعاقد عبر توجيه دعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع نشاط موضوع العقد، مع تحديد موعد لاجتماع يحضره الموردون أو مندوبوهم لمناقشتهم في جلسات علنية مفتوحة)^(٢).

هذا وأكثر الطرق شيوعاً في العقود الإدارية هو عن طريق المناقصة، وقد تلجأ الإدارة إلى التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في حال لم يتقدم للمناقصة أن مناقص، أو قدمت عروض (عطاءات) تزيد عن سعر السوق وكانت الحالة لا تسمح بإعادة طرح المناقصة^(٣).

وتلجأ الإدارة إلى الاتفاق المباشر (المساومة أو الممارسة) في الحالات الآتية:

أولاً: الحالات الطارئة المستعجلة التي لا تحتل إجراءات المناقصة، أو أن الأشياء أو الأعمال تتصف بالاستعجال، ولا تحتل التأخير كقطع الغيار اللازمة لعملية التصنيع، أو الأشياء الطبية اللازمة للمستشفيات، أو الأشياء التي لا يمكن تخزينها بحسب طبيعتها من المأكولات والمشروبات، ولا تحتاج لها الإدارة إلا مرة واحدة.

ثانياً: عندما يكون العقود عليه مُحْتَكِر عليه لدى جهة معينة، أو شخص بذاته، كما في الوكالات الحصرية، والمصانع المحلية للسلع التي تعد الوحيدة في مجالها.

ثالثاً: عندما تكون الأشياء والأعمال تتطلب عملاً فنياً ومهارة تقنية بحسب طبيعتها مما يتعين عملها بمعرفة اختصاصيين أو خبراء معينين.

(١) ينظر عقد المقاول، د. محمد جبر الألفي ١١.

(٢) الأسس العامة للعقود الإدارية، الطماوي، ٣٠٩.

(٣) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، الطماوي، ٣٠٩.

رابعاً: عندما تكون الأشياء العادية رخيصة الثمن وتقل قيمتها عن حد المناقصة كالمستلزمات المكتبية والخدمية ونحو ذلك.

خامساً: في الحالات التي لم يتقدم المناقصون بعروضهم (عطاءاتهم) بعد طرح المناصة، أو التي لم يصل الثمن فيها إلى الثمن الأساسي (القيمة التقديرية للعروض)^(١).

والتعاقد بطريق الاتفاق المباشر الأصل فيه حرية المتعاقدين في اختيار كل منهما من يتعاقد معه على أساس الرضا التام، وليس له إجراءات معينة إلا أنه يخضع للضوابط العامة للعقود في الفقه الإسلامي مع حرية الاشتراط بما يتفق ومقتضى العقد، أو يلائم مقتضاه، وبما لا يخالف نصاً شرعياً.

وأما عن طريقة الممارسة المعروفة في العقود الإدارية، فتقوم الإدارة بخطابات تحدد فيها موعد اجتماع الأشخاص الذين ترغب بالتعاقد معهم وتوجه الدعوة إليهم لحضروا هم أو مندوبيهم مع لجنة الممارسة، وتوجه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط المطلوب في العقد الإداري، كما يمكن أن يتم هذا الإعلان عن طريق الجريدة الرسمية كالمناقصة.

وتتولى لجنة المناقصة مجتمعة إجراء ممارسة الراغبين في العقد بمناقشتهم في جلسات علنية مفتوحة، ويتم من خلالها الاطلاع على المواصفات والشروط وعروض أسعار الراغبين في العقد، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة إلى السلطة المختصة لاتخاذ القرار بالاعتماد إذا لم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد المباشر^(٢).

والمساومة هي: (المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها)^(٣)، أو هي (عرض المبيع على المشتري للبيع مع ذكر الثمن)^(٤)، وهي جائزة بالاتفاق لمن يعرض سلعة للبيع^(٥)، ويدل على جوازها حديث سيدنا جابر رضي الله عنه، وحديث عائشة رضي الله عنها في شرائها جاريته بريرة، جاء في فتح الباري: (وفي الحديث جواز المساومة لمن يعرض سلعته للبيع والمماكسة في المبيع قبل استقرار العقد وابتداء المشتري بذكر الثمن)^(٦).

وبناء على ما سبق فإنّ المقابل المالي حين إبرام العقد بطريق الاتفاق المباشر أيضاً يتم الاتفاق عليه في مجلس العقد، وكذلك في الممارسة بعد الاتفاق على الشروط والمواصفات وقيمة كل التكاليف المترتبة في العقد.

(١) يُنظر المصدر السابق ٣٠٩.

(٢) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، الطماوي، ٣١٠-٣١١.

(٣) قواعد الفقه للركتي ٤٨٢.

(٤) لسان العرب، مادة: (سوم).

(٥) ينظر رد المحتار على الدر المختار ١٣٢/٥، والفواكه الدواني ٧٢/٢، والمجموع ١٦٢/٩.

(٦) فتح الباري ٣٢١/٥.

المطلب الثالث: المقابل المالي في الخيارات التي يصح ثبوتها في العقود الإدارية

العقود الإدارية شأنها شأن باقي العقود المالية الأخرى سوى ما يميزها من شروطها الخاصة بها، وبهذا يمكن أن نتصور قيام الخيارات في مثل هذه العقود، والخيار هو اختيار إمضاء العقد أو فسخه ورفعته من أساسه^(١)، والخيارات منها ما يثبت بالاشتراط واتفاق المتعاقدين عليه وذلك كخيار الشرط وخيار التعيين، ومنها ما أثبتته الشارع بنفسه دون اشتراط كخيار الرؤية وخيار العيب^(٢).

والخيار عكس اللزوم، فلزوم العقد معناه عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة، بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضى العاقد الآخر؛ لأن العقد رابطة تقيد المتعاقدين، ونتيجة لذلك فإن إرادة أحد الطرفين لا تستطيع فسخ العقد ولا تعديله بمفردها بشكل عام؛ ولذا فاللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال والحياة العملية^(٣)، وإذا نظرنا إلى عقود الشراء العام، فعقد التوريد من العقود اللازمة^(٤)، وعقد الأشغال العامة غالباً يُخرج على عقد الاستصناع أو عقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، وكلاهما من العقود اللازمة، وأما في عقود التفويض فأغلبها من العقود اللازمة، إلا أن هذا اللزوم لا يمنع ثبوت بعض الخيارات التي أثبتتها الشارع في حال وجود أسبابها.

وفيما يأتي دراسة لهذه الخيارات وبيان أي منها يثبت في العقود الإدارية بعد بيان ماهيتها وأهم أحكامها:

أولاً - خيار الشرط:

خيار الشرط هو: ما يشترط في صلب العقد أو بعده لأحد المتعاقدين أو لكليهما أو لغيرهما من إمضاء العقد أو فسخه مدة معينة^(٥). وهو تركيب إضافي من إضافة الشيء إلى سببه، لأن الشرط سبب الخيار فيكون المعنى: الخيار الذي سببه الشرط.

(١) يُنظر بدائع الصنائع ١٦٤/٥.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ٢٦١/٥.

(٣) يُنظر المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا ٥٢١/١.

(٤) ينظر عقد التوريد في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو، ٣٣.

(٥) يُنظر فتح القدير ٢٩٨/٦، ورد المختار على الدر المختار ٥٦٥/٤.

والأصل في هذا الخيار حديث منقذ بن عمر^(١) الأنصاري: أن أهله شكوا حاله إلى النبي ﷺ وأنه يغبن في البياعات، فقال ﷺ: «إذا بايعت فقل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام»^(٢)، ولا خلافة أي لا خديعة ولا غبن، أي لا يحل لك خديعتي، أو لا تلزمني خديعتك، وهذا نص صريح في إثبات الخيار للمشتري والبائع^(٣). ولهذا ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز خيار الشرط استحساناً للسنة والمصلحة مع أنه خلاف القياس، إذ أن القياس يقتضي فسادده لأنه ليس من مقتضى العقد، وفيه مصلحة لأحد المتعاقدين، وفيه تعليق العقد وهو من عقود المعاوضات التي يجب أن تنعقد لازمة.

ووجه المصلحة أن المتبايعين قد يحتاجان إلى المشاورة واستطلاع أهل الخبرة، ومع ذلك يخشى أحدهما فوات الصفقة، لذا شرع استحساناً.

— شروط صحة خيار الشرط:

- ١- أن يكون خيار الشرط في عقد لازم كالبيع والإجارة، فلا يصح اشتراطه في الوكالة والوديعة من العقود غير اللازمة.
 - ٢- أن يكون خيار الشرط في عقد قابل للفسخ برضا المتعاقدين، فلا يصح اشتراطه في عقد النكاح والطلاق مما لا يقبل الفسخ.
 - ٣- أن يكون خيار الشرط في عقد لا يجب فيه التقابض، فلا يصح في عقد الصرف، لأن التقابض شرط في صحته، واشتراط الخيار فيه يمنع لزومه ويفوت الغرض من التقابض.
 - ٤- أن يكون الشرط مقترناً بالعقد، وهذا شرط عند الحنابلة وفي رواية عند الشافعية، وعلى هذا لو بت العقد فلا يصح اشتراط الخيار، لأن العقد قد تم لازماً فلا يتوقف بعد ذلك.^(٤)
- وذهب الحنفية والمالكية والشافعية في أصح الروايتين إلى أنه لو بت العقد ثم اشترط الخيار بعده، صح العقد ولحق الخيار بالعقد، إلا أن المالكية اشترطوا أن يكون المشتري قد نقد الثمن وإلا لم يجز.^(١)

(١) هذا هو الصحيح الذي جزم به المحققون، وقال بعضهم: إن القصة لحبان بن منقذ بن عمر. ينظر تلخيص الحبير ٥٤/٣. فهو منقذ بن عمر بن عطية بن خنساء بن مبدول بن عمرو بن غنم، له صحبه، وهو جد محمد بن يحيى بن حبان، وكان قد أصابته ضربة في رأسه فتغير لسانه وعقله، وكان يخدع في البيع وكان لا يدع التجارة، فعزل له النبي ﷺ (إذا ابتعت فقل لا خلافة)، وجعل له الخيار في كل سلعة يشتريها، وعاش ١٣٠ سنة. ينظر الإصابة في تمييز الصحابة: لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، المتوفى (٨٥٢هـ)، ٢٢٤/٦، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ١٤١٢هـ — ١٩٩٢م.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع، ٧٤٥/٢.

(٣) يُنظر نصب الرأية ٦/٤، سبل السلام ٣٥/٣.

(٤) يُنظر المجموع ١٧٠/٩، ومغني المحتاج ٤٨٠/٢، والمغني، لابن قدامة ٢٠/٤.

٥- أن يكون الخيار إلى مدة معلومة، فلا يصح إطلاق المدة، لإفضاء ذلك إلى الجهالة المفضية للتراع، وهذا عند جمهور الفقهاء^(٢)، وخالف المالكية والحنابلة في رواية عندهم فأجازوا إطلاق المدة، وعند إطلاق المدة يتأبد الشرط عند الحنابلة، ويرفع الأمر إلى القاضي لتحديد المدة عند المالكية.^(٣)

أما مدة الخيار في حال تحديدها، فقد حددها أبو حنيفة وزفر والشافعية بثلاثة أيام، ولا يجوز اشتراط الخيار إلى أكثر من ثلاثة أيام، وعللوا ذلك بالنص الوارد في ذلك، وأنه جاء على خلاف القياس فلا يتوسع فيه، كما أنه شرع للضرورة وهي تقدر بقدرها.^(٤)

وذهب صاحبان من الحنفية إلى جواز اشتراط مدة أكثر من ثلاثة أيام.^(٥) ورأى المالكية أن المدة يمكن تحديدها بحسب نوع المعقود عليه وحاجة المتبايعين إلى التروي، فحددوا في العقارات شهراً وفي بيع الدواب ثلاثة أيام.^(٦) والراجح في نظري ما ذهب إليه المالكية من أن هذا يختلف حسب طبيعة المعقود عليه، وحاجة كل من المتعاقدين إلى التروي والتفكير والمشورة.

حكم العقد مع خيار الشرط:

في حال وجود خيار الشرط فإن العقد يكون غير لازم لمن شرط له الخيار من المتبايعين، وله فسخه خلال مدة الخيار المحددة في العقد أو إمضاء العقد، فإن فسخ البيع عدّ كأن لم يكن، وإن أمضاه لزم في حقه منذ إنشائه.

فإن كان الخيار للمشتري أو للبائع كان له وحده حق الفسخ أو الإمضاء. وإن كان الخيار للمتبايعين معاً فيملك كل واحد منهما حق الفسخ والإمضاء بشكل مستقل، فلو فسخ أحدهما العقد بطل، ولو أمضاه بقي حق الآخر، فإن أمضاه لزم في حقهما وإن فسخه بطل. وإن كان الخيار لغيرهما صح الخيار ويملكه الغير كما يملكه المتعاقدان.^(٧) وجعل الخيار لغير المتعاقدين جائز عند جمهور الفقهاء خلافاً لزفر من الحنفية.^(٨)

(١) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٥٦٧/٤، ومواهب الجليل ٤/٤٠٩، وحاشية الدسوقي ٩٣/٣.

(٢) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٥٦٩/٤، ومغني المحتاج ٤٧/٢، والمغني، لابن قدامة ٢١/٤.

(٣) يُنظر حاشية الدسوقي ٩١/٣، وكشاف القناع ٢٠٢/٣.

(٤) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٥٦٨/٤، ومغني المحتاج ٤٧/٢.

(٥) يُنظر بدائع الصنائع ٢٦٤/٥-٢٦٥.

(٦) يُنظر القوانين الفقهية ١٨٠، حاشية الدسوقي ٩٣/٣.

(٧) يُنظر بدائع الصنائع ١٧٤/٥، وبداية المجتهد ٢٣١/٢، وحاشية الدسوقي ٩٨/٣، والمجموع ١٨٧/٩، ومغني المحتاج

٤٨/٢، والمغني، لابن قدامة ١٩/٤.

– سقوط خيار الشرط:

خيار الشرط لا يمكن أن يستمر إلى الأبد، بل لا بد أن ينتهي وينقلب البيع إما لازماً أو مفسوخاً، وهذا ما ذهب اليه الجمهور.

وبناء على هذا يسقط خيار الشرط في الحالات الآتية: (٢)

- ١- مضي مدة الخيار المحددة في العقد دون إمضاء العقد أو فسخه، وحينها يلزم العقد منذ ابرامه.
- ٢- إمضاء العقد أو فسخه صراحة أو دلالة:
الإمضاء صراحة: كأن يقول أجزت البيع، ودلالة: كأن يتصرف صاحب الخيار بالمعقود عليه تصرفاً لا يكون من غير المالك، كبيع المعقود عليه أو استهلاكه.
والفسخ صراحة: كقوله فسخت البيع، ودلالة: كأن يرد المعقود عليه ويسترد الثمن.
والفسخ والإجازة إنما يعتد بهما خلال فترة الخيار لا بعدها.
- ٣- موت من شرط له الخيار:

فإن مات صاحب الخيار سقط الخيار ولزم البيع، لأن الخيار لا يورث عند الحنفية والحنابلة لكونه حقاً مجرداً وليس مالاً.

وذهب المالكية والشافعية إلى أن خيار الشرط لا يسقط بموت صاحبه وأنه يورث وينتقل للورثة بعد موت صاحبه، فإن أجازوا البيع لزم، وإن فسخوه في مدة الخيار انفسخ.

٤- هلاك المعقود عليه في مدة الخيار:

يسقط الخيار بهلاك المعقود عليه، أما حكم البيع عندها فإن كان الخيار للمتعاقد وهلك المعقود عليه في يده، سقط الخيار وانفسخ البيع بالهلاك لعدم القدرة على التسليم.

وإن كان الخيار للمتعاقد وهلك المعقود عليه في يد الإدارة كان على الإدارة رد مثله أو قيمته.

وإن كان الخيار للإدارة وهلك في يدها، لزم المعقود عليه وسقط الخيار وضمنت للمتعاقد الثمن.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا ثبوت خيار الشرط في العقود الإدارية لانطباق أحكامه وشروطه عليها.

ثانياً – خيار المجلس

(١) يُنظر بدائع الصنائع ١٧٤/٥.

(٢) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٥٨١/٤، وحاشية الدسوقي ٩٩/٣-١٠٠، ومغني المحتاج ٤٤/٢، وكشاف القناع ٢١١/٣.

مجلس العقد هو الفترة الزمنية التي يكون فيها المتبايعان مقبلين على التعاقد، وتبدأ هذه الفترة من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد دون إعراض أحدهما عن التعاقد.

ومعنى خيار المجلس هو أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد ولم يتفرقا بأبداهما، أو يخيّر أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد^(١).

أما حكم خيار المجلس: ذهب الشافعية والحنابلة إلى ثبوته في عقد البيع، وأن العقد يقع جائزاً غير لازم ما دام المتعاقدان في مجلس العقد، ويكون لكل واحد منهما حق فسخ العقد أو إجازته ما داما مجتمعين في المجلس ولم يتفرقا بأبداهما أو يتخيرا، واستدلوا بحديث النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٢).

والتخاير أن يقول أحدهما للآخر: اختر إمضاء البيع أو فسخه، فيقول الآخر: اخترت إمضاءه أو فسخه، فينقطع الخيار، لقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»^(٣)، والتفرق يحدده العرف، فما عده الناس تفرقاً فهو تفرقاً ملزم للعقد وما لا فلا^(٤).

وذهب الحنفية والمالكية إلى أن العقد يلزم بتمام الإيجاب والقبول، ولا خيار لأحدهما بتمام الإيجاب والقبول^(٥).

واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والتراضي يحصل بمجرد الإيجاب والقبول دون التقيد بمكان العقد.

وقالوا: إن البيع صدر من العاقدين مطلقاً عن الشرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضييهما أو في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر، وهذا لا يجوز^(٦).

واستدلوا بما روي عن عمر رضي الله عنه قوله: "البيع صفقة أو خيار"^(٧)

(١) يُنظر رد المختار على الدر المختار ١١٢/٥، ومواهب الجليل ٤٠٩/٤.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: كم يجوز الخيار، ٧٤٣/٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: إذا لم يوقت في الخيار، ٧٤٣/٢.

(٤) يُنظر المجموع ١٧١/٩، كشاف القناع ٢٠١/٣.

(٥) يُنظر بدائع الصنائع ١٣٤/٥، ومواهب الجليل ٤٠٩/٤.

(٦) يُنظر تبين الحقائق ٣/٤، بداية المجتهد ١٢٨/٢.

(٧) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب: البيوع، باب: في تفسير بيع الخيار، ٢٧٢/٥. وقال البيهقي: (ضعيف لانقطاع ذلك،...

وقد ذهب كثير من أهل العلم إلى تضعيف الأثر عن عمر). المصدر نفسه، الموضع نفسه.

ومعناه: أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار، وبيع لم يشترط فيه الخيار، وقد سماه صفقة كونه لا خيار فيه.

واحتج مالك بعمل أهل المدينة الذي يقدمه على خبر الآحاد لأنه كالماتر عنده، والماتر يفيد القطع بخلاف خبر الآحاد فإنما يفيد الظن^(١).

وأهل المدينة لم يكونوا يرون إثبات خيار المجلس فلم يثبتوا تبعاً لهم. وتأول الحنفية والمالكية حديث «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» بأنه وارد في مرحلة ما قبل إبرام العقد، فيكون المعنى: المتساومان قبل العقد بالخيار إن شاء عقدا البيع وإن شاء لم يعقداه.

والمراد بالتفرق في الحديث عندهم، التفرق بالأقوال لا بالأبدان، أي إن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، والآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد، وهذا هو خيار القبول أو خيار الرجوع^(٢).

ورد النووي^(٣) وابن قدامة هذا التأويل للحديث بأنه يبطل فائدة الحديث، إذ من المعلوم أنهما بالخيار قبل إنشاء العقد وإتمامه أو تركه^(٤).

كما أن خيار المجلس لا يعارض الأمر بالوفاء بالعقود؛ لأن المراد بالعقود هي العقود اللازمة التي لا خيار فيها.

كما أن الخيار لا يعارض أيضاً قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]؛ لأن مشروعية هذا الخيار للتأكد من تمام التراضي وتحقيقه، وهو مخصوص أيضاً بحديث النبي ﷺ المتقدم. والإيجاب والقبول ليس تفرقاً من العاقلين في القول، لأن من أوجب القول فغرضه أن يقبله صاحبه فإن قبله فقد وافقه، ولا يسمى مفارقة^(٥).

وبناء على هذا فإنها الخيار يسقط بأحد الأمور الآتية^(١):

(١) يُنظر حاشية الدسوقي ٩١/٣، وبداية المجتهد ١٢٩/٢.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ١٣٤/٥، وسبل السلام ٣٥/٣، وحاشية الدسوقي ٩١/٣.

(٣) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي (أو النواوي) أبو زكريا، محيي الدين، ولد سنة ٦٣١هـ، وهو من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق، وهو علامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة، تعلم في دمشق وأقام بها زمناً، وتوفي سنة ٦٧٦هـ، ومن مؤلفاته (روضة الطالبين وعمدة المفتين، والمنهاج، وشرح صحيح مسلم بن الحجاج). ينظر طبقات الشافعية للإمام السبكي ٣٩٥/٨، والنجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردى الأتابكي، ٢٧٨/٧، نشر: وزارة الثقافة والإرشاد القومي، مصر، د.ت.

(٤) يُنظر المجموع ١٧٤/٩، المغني، لابن قدامة ٥/٤.

(٥) يُنظر المجموع ١٧٨/٩.

- ١- تفرق المتبايعين في أبدأهما بالمشي أو الخروج من مكان العقد، ومرد هذا للعرف والعادة فيما يعده الناس تفرقاً، فإذا تفرقا دون فسخ لزوم البيع في حقهما وسقط خيارهما.
- ٢- اسقاط الخيار صراحة أو دلالة من المتبايعين بعد تمام الإيجاب والقبول، بأن يقول المشتري: اخترت البيع أو أسقطت اختياري أو التزمت البيع، أو يقول البائع: رضيت بالبيع أو أسقطت اختياري، فإن قال ذلك قبل التفرق سقط الخيار ولزم البيع.
- ٣- التصرف بالمعقود عليه تصرفاً يختص بالملك، كالبيع والهبة والاستعمال ونحو ذلك مما يسقط الخيار ويجعل البيع لازماً
- ٤- موت أحد العاقدین عند من لا يقول بتوريث حق الخيار، وأجاز الشافعية الخيار بعد موت صاحبه، إذ ينوب الوارث عنه فيه.

– ثبوت خيار المجلس في العقود الإدارية:

يجب التفريق في هذه الحالة بين أنواع العقود الإدارية حسب طريقة إبرامها:

أما العقود الإدارية التي تبرم بطريق الاتفاق المباشر، فإن خيار المجلس يثبت فيها على قول من ذهب إلى مشروعيته في عقد البيع، فيكون لكل من المتعاقد والإدارة خيار فسخ العقد أو إمضائه مادام في مجلس التعاقد ولم يتفرقا بأبدأهما.

إلا أنني أميل إلى ترجيح مذهب الحنفية والمالكية في هذه المسألة، إذ إن الأخذ بخيار المجلس على التفسير الذي قال به الشافعية والحنابلة قد يزعزع من القوة الملزمة للعقد خصوصاً أن عرف التعامل بين التجار جرى على اعتبار العقد لازماً بمجرد إتمام الإيجاب والقبول، أي بمجرد توقيع العقد والموافقة على مضمونه، إذ تتجه إرادة الطرفين إلى اعتبار العقد لازماً وناًفذاً منذ إبرامه دون اعتبار لتفرق الأبدان^(٢)، هذا إن تم التعاقد بين متعاقدين في مجلس واحد، أما إن تم التعاقد بوسيلة أخرى بين غائبين عن المجلس كالهاتف والمراسلة ونحو ذلك فإن مجلس التعاقد هو فترة المكالمات الهاتفية أو قراءة مضمون الرسالة، وينتهي بانتهاء المكالمات أو بقراءة إشعار القبول بالنسبة للموجب الذي صدر منه الإيجاب، فيلزم العقد بذلك دون أن يكون لأي منهما خيار المجلس.

(١) يُنظر حاشية الدسوقي ٩١/٣، ومغني المحتاج ٤٣/٢، والمغني، لابن قدامة ٢٠/٤.

(٢) وهو ترجيح الدكتور مصطفى الزرقا، وقد فسر ذلك بقوله: (وهذا الاجتهاد يتفق والنظر الحقوقي الحديث، وهو أقطع للخلاف بين المتبايعين، وأجرى مع الحاجة العملية إلى البتات السريع في مؤاخذه المرء بإرادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية، ومتفق أيضاً مع نظرة الشارع الإسلامي في سائر العقود الأخرى التي هي أعظم من البيع شأنًا وأكبر خطراً كعقد النكاح، إذ لم يجعل في شيء منها خياراً طبعياً بعد تمام القبول) المدخل الفقهي العام ٥٢٣/١.

أما العقود الإدارية التي تبرم بطريقة المناقصة فالذي يظهر لي عدم ثبوت خيار المجلس في المناقصة، ذلك لأن شروط المناقصة من تقديم ضمانات وتأمينات أولية ونهائية للدخول فيها تقتضي شرطاً ضمناً باسقاط خيار المجلس، إذ أن المناقص ملتزم بإتمام العقد مع الجهة صاحبة المناقصة ولا خيار له بالرجوع وإلا فقد حقه بالتأمين النهائي ونفذ العقد على حسابه.

إن المناقصة تشبه المزايدة من حيث أن المتقدم بالعطاء ليس له الرجوع عن إيجابه حتى رسو العطاء أو إلغاء المزايدة، إلا أن يشترط المتعاقد عدم التزامه بالإيجاب إلا مادام في المجلس، فالشرط يقضي على العرف حينها، وكذا في المناقصة، فالمناقص ملزم بعرضه وليس له خيار الفسخ بخيار المجلس، وعلى هذا جرى العرف.

ثالثاً - خيار الرؤية:

وهو حق العاقدین في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محله إذا لم يكن رآه وقت التعاقد أو قبله بمدة لا تتغير في مثلها عادة.

وسبب ثبوته: عدم رؤية محل البيع وقت إنشائه، أو تكون رؤيته سابقة لانعقاد العقد بمدة تتغير فيه عادة^(١)، والأصل في ثبوته حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه»^(٢).

أما مشروعيته: فالجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة في قول والشافعية في القديم على مشروعية خيار الرؤية وصحة اشتراطه^(٣).

وذهب الشافعية في الجديد والحنابلة في أظهر الروايتين إلى عدم صحة خيار الرؤية لعدم صحة بيع الغائب عندهم مطلقاً، موصوفاً وغير موصوف^(٤).

(١) يُنظر روضة الطالبين ٣/٣٧٠، والمغني، لابن قدامة ٤/١٥.

(٢) أخرجه البخاري عن ابن مسعود بلفظ: «من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعاً من تمر» في كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة والمصرأة ٢/٧٥٥، ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب: البيوع، باب: حكم بيع المصرأة، ٣/١١٥٩، واللفظ له، وأما لفظ الحديث المذكور في البحث فأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: البيوع، ٣/٣٨٢، وأخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في الرجل يشتري الشيء ولا ينظر إليه، ٤/٢٦٨، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: من قال: يجوز بيع العين الغائبة ٥/٤٣٩، وقال: (فإنه إنما رواه أبو بكر بن عبد الله بن أبي مريم، عن مكحول، رفع الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسلم. وهو مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف).

(٣) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٤/٥٢٩، وبداية المجتهد ٢/١١٧، والمجموع ٩/١٦٩، ومغني المحتاج ٢/١٨، والمغني، لابن قدامة ٤/١٥.

(٤) يُنظر المجموع ٩/١٦٩، ومغني المحتاج ٢/١٨، والمغني، لابن قدامة ٤/١٥، كشف القناع ٣/١٦٥.

بينما قال الجمهور بصحة بيع الغائب على الصفة، وللمشتري خيار الرؤية إن شاء أمضى العقد أو شاء فسخ. وقد سبق تفصيل ذلك.

- شروط خيار الرؤية:

١- أن يكون الخيار في عقد من عقود المعاوضات المالية اللازمة التي تنفسخ بالرد، وهذا شرط تقتضيه طبيعة الخيار نفسه.

٢- أن يكون محل العقد عيناً معينة بالذات مما لا يثبت ديناً في الذمة، أي من الأموال التي تتعين بالتعيين، فلا يثبت خيار الرؤية في المسلم فيه في عقد السلم، لأنه مما يتعين بالوصف لا بالذات، فيكون ديناً موصوفاً في الذمة.

٣- عدم رؤية المشتري للمعقود عليه عند التعاقد أو قبله بمدة لا تتغير فيها عادة. ^(١)

- أثر خيار الرؤية على العقد:

العقد مع خيار الرؤية عقد صحيح نافذ غير لازم بالنسبة للمشتري دون البائع، إذ هو لازم في حقه. فإن رأى المشتري المعقود عليه وكان على الصفة المذكورة سقط خياره عند المالكية والحنابلة ^(٢)، لأن الخيار كان للجهل بالمعقود عليه وبعد الرؤية فانت الجهالة فيلزم العقد.

وأثبت الحنفية الخيار للمشتري بعد رؤية المعقود عليه وإن جاء مطابقاً للصفة المذكورة ^(٣)، لعموم الحديث: «من اشترى شيئاً فلم يره فله الخيار إذا رآه» ^(٤).

وإلى هذا ذهب الشافعية في قولهم الذي أجازوا فيه بيع الغائب على الصفة، ويؤيدون مذهبهم هذا بما روي عن رسول الله ﷺ قوله: «ليس الخبر كالمعاينة» ^(٥).

ولا خيار للبائع في هذه الحالة، لأن الخيار ثبت لحق المشتري بعدم رؤيته.

- ثبوت خيار الرؤية في العقود الإدارية:

(١) يُنظر بدائع الصنائع ٢٩٢/٥، ومواهب الجليل ٢٩٥/٤، والمجموع ١٨٩/٩، والمغني، لابن قدامة ١٦/٤-١٧.

(٢) يُنظر حاشية الدسوقي ٢٤/٣-٢٥، والمغني، لابن قدامة ١٦/٤، وكشاف القناع ١٦٤/٣.

(٣) يُنظر فتح القدير ٣٣٥/٦.

(٤) تقدم تخريجه ٢٥٩.

(٥) صحيح ابن حبان، كتاب: التاريخ، باب: بدء الخلق، ٩٦/١٤، ومسند الإمام أحمد ٢١٥/١، والمعجم الأوسط ١٢/١، والمستدرک علی الصحیحین، کتاب: التفسیر، باب: تفسیر سورة الأعراف، ٣٥١/٢، وقال الحاكم: (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، وتعليق الذهبي قي التلخيص: (على شرط البخاري ومسلم). المصدر نفسه، الموضع نفسه.

إن من شروط ثبوت خيار الرؤية أن يكون محل العقد عيناً معينة بالذات مما لا يقبل الثبوت في الذمة، فلا يثبت خيار الرؤية فيما يثبت بالذمة، ومحل العقود الإدارية في الغالب من الأشياء التي تثبت في الذمة. فلو جاء المعقود عليه في العقود الإدارية مخالفاً للصفة المشروطة في العقد فلإدارة المطالبة بالتنفيذ الصحيح للعقد وتسليم المعقود عليه مطابقاً للوصف المذكور. إن البيع على الصفة إنما يرد على العين الغائبة عن مجلس التعاقد لكنها موجودة عند التعاقد فيبيعها على الوصف مع ثبوت الخيار للمشتري لأنه اشترى شيئاً لم يره. وفي غالب العقود الإدارية وخاصة عقود الشراء العام يتقدم عملية التعاقد عرض لصفات أو مخططات أو عرض لأنموذج أو عينة يتم التعاقد على صفات أو كمية معينة بصفات معينة وفق ما تم عرضه، وكذا لو تم التعاقد بطريقة المناقصة، فإن الدخول في المناقصة يسبقه الاطلاع على دفتر الشروط الذي يذكر فيه صفات المعقود عليه بصورة دقيقة، مما يلزم المتعاقد بالتنفيذ التام لموجبات العقد وعلى الصفة المذكورة، ولإدارة المطالبة بذلك دون خيار فسخ العقد أو إمضائه مادام المعقود عليه من المثليات أو من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة.

كما أن خيار الرؤية يفيد في بيوع الأعيان إذ يتعلق حق المشتري بعين معينة يفوت مراده بفوات الصفة التي تم عليها التبايع، وهذا بخلاف ما كان ديناً في الذمة، فإن رد المشتري ما كان مخالفاً للصفة بقي الحق ثابتاً في الذمة.

وبالرجوع إلى أحكام الاستصناع نجد أنه لو جاء الصانع بالمصنوع مخالفاً للصفة المذكورة فإن للمستصنع الخيار في الأخذ أو الترك فإن تركه أجبر الصانع على إحضار المصنوع على الصفة المشروطة في العقد، لأن العقد لم يقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة، فلو باعه الصانع قبل عرضه على المستصنع جاز، ولو أتى به مصنوعاً قبل التعاقد أو صنعه عند غيره جاز^(١). ولهذا لا يثبت خيار الرؤية في العقود الإدارية لما ذكرت.

رابعاً - خيار العيب

العيب: هو ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعدّ به ناقصاً، وينقص به الثمن عند التجار. فإن لم ينقص الثمن لم يعتبر عيباً في الشرع، وإن كان عيباً في اللغة^(٢).

(١) يُنظر بدائع الصنائع ٣/٥.

(٢) يُنظر المبسوط ١٢/١٨٥، والدر المختار مع الحاشية ٣/٥.

وخيار العيب هو الحق الثابت شرعاً للمشتري في فسخ العقد أو إمضائه إذا ظهر في محل العقد المعين بالذات عيب كان موجوداً عند التعاقد ولم يكن قد اطلع عليه وقت التعاقد، مما يوجب نقصاً معتداً به في مالية المعقود عليه عند أهل الخبرة، أو يفوت غرضاً صحيحاً لدى المشتري^(١).

ويسميه بعض الفقهاء بخيار النقيضة لما فيه من انتقاص المعقود عليه بالعيب^(٢).

- مشروعية خيار العيب:

خيار العيب يثبت بلا شرط إذ هو ثابت ضمناً ودلالة، لأن العادة تقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب، والغرض من العقد انتفاع المشتري بالمعقود عليه، ولا يكمل ذلك إلا بشرط السلامة، والعرف جرى على أن أحداً لا يقصد تملك شيء معيب، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٣).

والأصل في هذا قوله ﷺ: «من اشترى شاة مصراً فهو بخير النظرين، إن شاء أمسك، وإن شاء ردّ وردّ معها صاعاً من تمر»^(٤)، قال الشوكاني: (قال ابن عبد البر: هذا الحديث أصل في النهي عن الغش، وأصل في ثبوت الخيار لمن دلس عليه بعيب)^(٥)، وفي رواية أخرى: «من اشترى مصراً فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أن يمسكها أمسكها، وإن شاء أن يردها ردها ومعها صاعاً من طعام لا سمراء»^(٦)، والتصرية هي ترك المتعاقد حليب الناقة أو غيرها عمداً مدة قبل بيعها، أو ربط ضرع الناقة ليجتمع فيه الحليب، فيتوهم المشتري أنها كثيرة اللبن^(٧).

- حكم خيار العيب وأثره على العقد:

يظهر أثر خيار العيب في لزوم العقد، فيكون العقد مع خيار العيب عقد صحيح نافذ غير لازم بالنسبة للمشتري الذي كان العيب أثراً في اختلال رضاه دون المتعاقد، إذ العقد في حقه لازم منذ إنشائه^(٨).

فإذا ظهر العيب في المعقود عليه كان المشتري مخيراً بين أمرين:

١- فسخ العقد ورد المعقود عليه إلى صاحبه واسترداد الثمن إن كان قد دفعه.

(١) يُنظر النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني ص ٤١٦.

(٢) يُنظر حاشية الدسوقي ٤٨٣/٣، وروضة الطالبين ٤٥٨/٣، ومغني المحتاج ٥٠/٢.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ٢٩٧/٥، ورد المختار على الدر المختار ٣/٥.

(٤) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: حكم بيع المصرة، ١١٨٥/٣.

(٥) نيل الأوطار ٣٣٤/٥.

(٦) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: حكم بيع المصرة ١١٥٨/٣.

(٧) يُنظر بداية المجتهد ١٣٢/٢، ونيل الأوطار ٣٢٨/٥.

(٨) يُنظر بدائع الصنائع ٢٨٢/٥، وحاشية الدسوقي ١١٧/٣، وروضة الطالبين ٤٥٨/٣، ومغني المحتاج ٥٣/٢.

٢- إمساك المعقود عليه ورضاه به بعد علمه بالعيب صراحة أو دلالة، كقوله: رضيت بالعيب، أو يتصرف بالمعقود عليه تصرفاً يدل على رضاه به، وفي حال إمساك المعقود عليه لا يرجع على المتعاقد بمقدار النقص من قيمة المعقود عليه بسبب العيب لأن النقص وصف تابع للمعقود عليه لا يقابله شيء من الثمن، هذا عند الجمهور.

وذهب الحنابلة إلى الرجوع على المتعاقد بما نقصه العيب من الثمن بعد إمساك المعقود عليه المعيب، فيقوم المعقود عليه سليماً ويقوم معيباً ثم يحط الفرق بينهما من الثمن شاء المتعاقد أم أبى^(١).

- ثبوت خيار العيب في العقود الإدارية:

بما أن المعقود عليه في العقود الإدارية ليس عيناً معينة بالذات، بل هو شيء ثابت في الذمة لا تبرأ ذمة المتعاقد إلا بأدائه على الصفة المشروطة في العقد، فإن خيار العيب لا يثبت في العقود الإدارية، بمعنى أن الإدارة ليس لها حق فسخ العقد في حال ظهر المعقود عليه الذي اتفق عليه معيباً، بل لها مطالبة المتعاقد بالمعقود عليه غير معيب.

إذ العقد لم يقع على عين معينة بالذات بحيث يعد العيب منقصاً من قيمتها ومفوتاً لمصلحة الإدارة منها، بل وقع على دين موصوف في ذمة المتعاقد، فلا يتحلل المتعاقد من التزامه إلا بإحضار المعقود عليه على الصفة المشروطة في العقد دون أي خلل أو عيب فيه.

فيطالب المتعاقد بالتنفيذ العيني للعقد مادام ذلك ممكناً.

وينص في معظم العقود الإدارية على شرط خلو المعقود عليه من أي عيب ينقص من القيمة أو يفوت الغرض المقصود منه مهما كان هذا العيب قليلاً مادام يؤثر في جودة المعقود عليه وحسن أدائه.

ويؤيد هذا ما يتم اشتراطه في العقود الإدارية من غرامات تترتب على المتعاقد في حال إحضاره سلعاً وأشياء معينة مما يؤثر على عملية الانتاج أو سير العمل لدى الإدارة، وقد يصل الأمر إلى تحميل المتعاقد كافة الأضرار الناجمة عن هذا العيب في حال عدم ظهوره وقت التسليم.

وقد تشترط الإدارة على المتعاقد قيام هذا الأخير بإصلاح أي عيب يظهر في المعقود عليه خلال فترة معينة، أو القيام باستبداله في حال كان إصلاح العيب متعذراً.

أما مسؤولية المتعاقد عن العيوب الطارئة بالمعقود عليه بعد التسليم، فهذا يدخل ضمن اشتراط الصيانة.

خامساً - خيار الغبن

الغبن: هو عدم تساوي أحد العوضين للآخر في القيمة، سواء أكان المغبون البائع أم المشتري^(٢).

(١) يُنظر المغني، لابن قدامة ١٤٣/٧، وكشاف القناع ٢٢٤/٣.

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (غبن)، ورد المختار على الدر المختار ١٤٢/٥.

وقد سبق أن بينت أنواعه وحكمه.

– شروط ثبوت خيار الغبن:

يشترط لقيام خيار الغبن أن يكون العاقد جاهلاً بوقوعه في الغبن عند التعاقد^(١)، أما إذا كان عالماً به ثم أقدم على التعاقد فيكون راضياً بالعقد وآثاره، ولا خيار له فيصح العقد ويلزم^(٢).

– أثر الغبن في العقود الإدارية:

سبق القول بأن كل ما كان معلوم القيمة في الأسواق واستقر على التعامل به السعر السائد في السوق، فلا يدخل تحت معيار الغبن الفاحش أو اليسير لتراضي الناس به خاصة إذا كان خاضعاً للتسعير الحكومي العادل.

ولبيان ثبوت خيار الغبن في العقود الإدارية يجب التفريق بين حالتين:

– حالة إبرام العقود الإدارية بطريقة المناقصة:

بالنظر إلى شروط الدخول في المناقصة والإجراءات المتبعة في الاشتراك بها، وإلى طريقة اختيار صاحب العرض الأقل سعراً بين المناقصين، إذ أن الجهة صاحبة المناقصة تضع دفترًا للشروط تبين فيه المواصفات المطلوبة مع قيمة تقديرية للعقد ترغب بالتعاقد بموجبها، ثم يتنافس المناقصون بتقديم عروضهم بأسعار تقل عن هذه القيمة التقديرية، رغبة في إرساء المناقصة على صاحب العرض الأقل بينهم، ثم تقوم الجهة صاحبة المناقصة بفض العروض ودراسة الأسعار المقدمة وإرساء المناقصة على صاحب العرض الأقل سعراً. وفي هذه الحال لا يمكن إعطاء أي من الطرفين خيار الغبن لانتفاء أي احتمال للتغير في هذه الطريقة، إذ إنه بالاطلاع على دفتر الشروط يتضح للمناقص تفاصيل كل جزء من أجزاء العقود عليه، مما يجعل التعاقد لا يتقدم بأي عرض إلا بعد دراسة تفصيلية للشروط واختبار حال السوق ومعرفة السعر الحقيقي للسلع.

– حالة إبرام العقود الإدارية بطريقة الاتفاق المباشر:

أما عند إبرام العقود الإدارية بطريقة الاتفاق المباشر فأرى أن للغبن أثراً في إثبات الخيار للمتعاقدين الذي وقع عليه ما دام الغبن فاحشاً، أي لا يدخل تحت تقويم المقومين.

(١) وكذلك المسترسل في خيار التغير.

(٢) يُنظر حاشية الدسوقي ١٤٠/٣، وكشاف القناع ٢١٢/٣.

المبحث الثاني استحقاق المقابل المالي في العقود الإدارية

ويتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: وقت استحقاق المقابل المالي وأحواله

المطلب الثاني: مفسدات العقود الإدارية وأثرها في المقابل المالي وأحوال سقوطه

المطلب الثالث: حكم المقابل المالي حال فساد العقد والعوامل المؤثرة في تقديره

المطلب الرابع: حكم نفقات وواردات العقود الإدارية

المطلب الأول: وقت استحقاق المقابل المالي وأحواله

شأن العقود الإدارية بعد انعقادها كشأن غيرها من العقود المالية، حيث تترتب عليها آثارها في حق كلا المتعاقدين، ومن أهم هذه الآثار بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة هو استحقاقه للمقابل المالي المتفق عليه، والمراد باستحقاق المقابل المالي: بيان الوقت الذي يثبت فيه للمتعاقد مع الإدارة ملك المقابل المالي، والزمان الذي يحق فيه للمتعاقد مطالبة الإدارة بالمقابل المالي، سواء أكان هذا المقابل المالي ثمناً أم أجراً أم ربحاً.

والمقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة يختلف حسب تكييف العقد الذي يُبرم بين المتعاقد وبين الإدارة، فقد يكون العقد بيعاً أو استصناعاً أو سلماً أو إجازة أو جعالة أو شركة، وبالتالي يختلف المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة بين أن يكون ثمناً أو أجراً أو ربحاً، وبين أن يكون المقابل نقوداً كما في عقود الشراء العام، وبين أن يكون منفعة، كما في عقود التفويض العام، وإن كان المتعاقد سيقوم ببيع هذه المنفعة بالنقود، وبالتالي يختلف وقت استحقاق المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة، وهذا ما أفصله فيما يأتي:

أولاً: وقت استحقاق الثمن حال تخريج المقابل المالي على أنه ثمن:

الأصل في الثمن الحلول، وإنما يؤجل بالشرط^(١)، وهذا متفق عليه بين الفقهاء في الجملة، قال ابن عبد البر: (الثمن أبداً حال، إلا أن يذكر المتبايعان له أجلاً فيكون إلى أجله)^(٢)، فيجب الثمن على المشتري بعد العقد مباشرة إذا كان حالاً، ولم يوجد اتفاق أو عرف على خلاف ذلك، ويكون عقب انتهاء الأجل مباشرة إذا كان مؤجلاً، وعند حلول موعد القسط مباشرة إذا كان مقسطاً، ولا يجوز تأخير الأداء إلا لسبب^(٣).

ونقل الأتاسي في شرح المجلة عن السراج في تعليل ذلك قوله: (لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه). وفي مجلة الأحكام العدلية: (البيع المطلق ينعقد معجلاً)، ثم استثنت المجلة ما لو جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً^(٤)، والثمن المؤجل إما أن يكون إلى موعد معين لجميع الثمن، وإما أن يكون منجماً (مقسطاً) على مواعيد معلومة^(٥).

(١) ينظر مجمع الأنهر ١١٠/٤، والبهجة في شرح التحفة ١٤٥/٢.

(٢) الكافي لابن عبد البر ٧٢٦/٢، والبهجة في شرح التحفة ١٤٥/٢.

(٣) يُنظر فتح القدير ١٠٨/٥، وحاشية الدسوقي ١٤٧/٣، ومغني المحتاج ٧٤/٢، وكشاف القناع ٢٢٧/٣.

(٤) يُنظر المادة (٢٥٠) من المجلة وشرحها للأتاسي ١٧٠/٢.

(٥) يُنظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٩٤/١.

ومن جهة أخرى: فإن الثمن إما عين معينة، وإما دين ملتزم في الذمة، فإذا كان ديناً يختلف الحكم في أدائه بحسب كونه معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً، فإذا كان مؤجلاً أو منجماً، يتعين أن يكون الأجل معلوماً للمتعاقدين، وقد تحدثت عنه بما يفي بالغرض.

ولو دفع المشتري بعض الثمن لم يحق له تسلم المبيع، ولا تسلم ما يعادل الجزء المدفوع من الثمن، سواء أكان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء متعددة، وسواء فصل الثمن على تلك الأشياء، أم وقع عليها جملة، ما دام البيع قد تم بصفقة واحدة^(١).

هذا ما لم يكن هناك شرط على خلاف ذلك.

من عليه التسليم أولاً:

إذا امتنع كل واحد من العاقدين من تسليم ما عليه حتى يسلمه الآخر، ورفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي يجبر المشتري على دفع الثمن، ثم البائع على تسليم المبيع، وبذلك إجبار المستأجر على دفع الأجرة إن كانت مقدمة، ثم المؤجر على دفع الأجر وهكذا، وهذا ما عليه الحنفية والمالكية، ووجه للشافعية^(٢)، وتوجيه ذلك أن حق المشتري على المبيع حق عيني وقوي، وحق البائع على الثمن حق شخصي في ذمة المشتري وهو أضعف من الحق العيني، لذلك يُجبر المشتري على تسليم الثمن؛ حتى يتعين حق البائع فيه، فيتعادل مع حق المشتري في المبيع^(٣)؛ تحقيقاً للمساواة.

وذهب آخرون إلى أن البائع والمؤجر ونحوهما يجبرون أولاً، ثم المشتري والمستأجر ونحوهما، وهذا ما عليه الشافعية في المذهب، والحنابلة؛ لأن قبض المبيع من تتمات البيع، واستحقاق الثمن مرتب على تمام البيع، ولجريان العادة بذلك، ولأن حق المشتري في العين أقوى من حق البائع في الذمة، فيقدم تنفيذ الأقوى أولاً؛ ولأن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى^(٤).

وذهب فريق ثالث - وهو رأي للشافعية - إلى أنه يجبر العاقدان على التسليم، لأنه واجب عليهما، أو يحتكمان إلى محكم عدل، أو حاكم فيسلمان إليه، ويقوم العدل بتسليم كل واحد حقه يبدأ بأيهما شاء^(٥).

ولكنهم اتفقوا على أنه لو جاء البائع بالمبيع فامتنع المشتري من قبضه أجبره الحاكم على ذلك. فإن أصر أمر الحاكم من يقبضه عنه.

(١) يُنظر شرح المحلة المادة ٢٢٥/١ .

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ٣٢٦٠/٧، والشرح الصغير ٧١/٢-٧٢، ومغني المحتاج ٧٠/٢-٧٥، والمغني، لابن قدامة ٢١٩/٤.

(٣) يُنظر فتح القدير ١٠٨/٥، وحاشية الدسوقي ١٤٧/٣، ومغني المحتاج ٧٤/٢، وكشاف القناع ٢٢٧/٣.

(٤) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٤٩/٤، والشرح الصغير ٧١/٢-٧٢، ومغني المحتاج ٧٤/٢، والمغني، لابن قدامة

٢١٩/٤ - ٢٢٠، وشرح المحلة للأتاسي ١٩١/٢ .

(٥) يُنظر مغني المحتاج ٧٤/٢، وكشاف القناع ٢٢٧/٣ .

وذهب رأي رابع إلى التفرقة بين ما إذا كان المعقود عليه عيناً بثمن، أو كان عيناً أو عرضاً بعرض، فإذا كان عيناً بثمن أجبر البائع، وإلا جعل بينهما عدل فيقبض منهما، ثم يسلم إليهما، وهذا رواية عن أحمد^(١)، والمعتمد عندهم.

وذهب ابن قدامة إلى أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشتري من تسليمه^(٢)، أما إذا لم يرفع الأمر إلى القضاء فالواجب الديني على الخلاف السابق، حيث ذهب الفريق الأول إلى أن الواجب يقع على المشتري، وقال الثاني: يقع على البائع... وهكذا..

وقد استدلل القائلون بوجوب تسليم المبيع أولاً: بأن ذلك يؤدي إلى استقرار البيع، وتمامه، فكان تقديمه أولى ولاسيما أن حكم العقد يتعلق بعينه في حين أن حق البائع يتعلق بالذمة، وأيضاً أن في تقديم تسليم المبيع صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع، في حين لا ينفسخ العقد بهلاك الثمن غير المعين، ومن هنا يكون تقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده، ولذلك يقدم الدين الذي يتعلق بالرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة^(٣).

واستدل الرأي الرابع بهذا الدليل لكنه أضاف إليه أن الثمن إذا كان عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا، وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد على إيفاء صاحبه حقه.

ويمكن أن يُناقش الرأي الأول بأن الفقهاء الآخرين يرون أن الثمن لا يتعين بالتعيين فأشبهه غير المعين^(٤).

والذي يظهر رجحانه هو أن العاقلين متساويان في وجوب تمكين كل واحد منهما الآخر من المعقود عليه (الثمن والمثمن) إذ أن ذلك من الآثار الشرعية للعقد، وكلاهما مطالبان بالوفاء بالعقود لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء من كل عاقد، ولا شك أن الوفاء إنما يتحقق إذا قام كل واحد منهما بتمكين صاحبه من المعقود عليه، ولذلك فإذا امتنع أحدهما أو كلاهما عن التسليم أجبر على ذلك، فإن أبي تسليمه لصاحبه، يؤخذ الثمن والمثمن فيودعان عند أمين فيتسلمان منه، والله أعلم.

وأما في الجانب القانوني: فيتحدد زمان دفع الثمن بثلاثة مبادئ أساسية، يعمل بها بالتدرج كما يأتي

١- تحديد زمان دفع الثمن بالاتفاق بين الطرفين، سواء كان فوراً دفعة واحدة أم مقسطاً.

(١) يُنظر والمغني، لابن قدامة ٢٢٠/٤.

(٢) يُنظر المغني، لابن قدامة ٢٢٠/٤.

(٣) يُنظر المغني، لابن قدامة ٢١٩/٤، والمصادر السابقة.

(٤) يُنظر المغني، لابن قدامة ٢١٩/٤.

٢_ العرف: إن لم يكن اتفاق على تحديد زمان دفع الثمن.

٣_ إذا لم يوجد اتفاق أو عرف فيكون زمان دفع الثمن في وقت تسليم المبيع.

وهذا ما حدده القانون في المادة (٤٢٥): (١_ يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

ويتم تسليم المبيع وتسليم الثمن في مجلس زمني واحد، سواء بدأ أحدهما أم الآخر، فإن اختلفا فيمن يبدأ أولاً فيلزم المشتري بتسليم الثمن أولاً؛ لأن القانون قرر للبائع الحق في حبس المبيع حتى استيفاء الثمن من المشتري كما في المادة (٤٢٧).

فإن كان الثمن مقسطاً دفع المشتري القسط المعجل، ويكلف البائع بتسليم المعقود عليه قبل قبض كامل الثمن إلا إذا وجد اتفاق غير ذلك، وإن كان المبيع مؤجلاً فلا يُكلف المشتري بدفع الثمن إلا وقت تسليم المعقود عليه إلا إذا وجد اتفاق غير ذلك أو اشترط تعجيل الثمن.

ويحق للإدارة تأخير الثمن وحبسه في حالة دعوى الاستحقاق، وفي حالة وجود عيب بالمبيع، وفي حالة عدم التزام المتعاقد بتسليم المعقود عليه المتفق عليه، وذلك في الفقه الإسلامي والقانون^(١).

— وأما عن تحديد مكان دفع الثمن:

ففي الفقه الإسلامي: إن كان هناك اتفاق بين الطرفين عمل به، فإن لم يكن اتفاق يُنظر إلى العرف، فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف يُنظر إن كان للثمن حمل ومؤنة (جهد ونفقات ومصروفات لتسليمه) فيكون مكان الأداء هو مكان وجود الثمن وقت العقد، وإن كان البائع لا يعلم بهذا المكان وقتئذ كان مخيراً بين الأخذ والترك، كما هو ثابت للمشتري في المبيع.

وإن لم يكن للثمن حمل ومؤنة ولا يحتاج إلى تكاليف ونفقات جاز أدائه للبائع في أي مكان يتيسر فيه الأداء^(٢).

وأما في القانون: فيتحدد مكان دفع الثمن بحسب القواعد في تحديد زمان دفع الثمن: فأولاً: بحسب اتفاق المتعاقدين، فإن لم يتفقا فيُرجع إلى العرف، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف فيعمل بالنص القانوني في المادة (٤٢٤): (١_ يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

(١) يُنظر روضة الطالبين ٥٢٤/٣، والعقود المسماة، الزرقا، ٢٦٦، ودرر الحكام ١٦٣/٢، والوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٧٧٧/٤، ٧٨٨، والعقود المسماة، الذنون ٢٧٨.

(٢) يُنظر الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي، د. نزيه حماد، ٢٤٠، طبع مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٧٨م، والمعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، أحمد أبو الفتح، ٣٧١/٢، مطبعة النهضة، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٢٢م.

٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن^(١).

ثانياً: وقت استحقاق الربح في المضاربة حال تخريج العقد الإداري على عقد المضاربة، والمقابل المالي فيه هو الربح في المضاربة:

الربح في المضاربة الصحيحة هو ما زاد عن رأس مالها، نتيجة لعمل المضارب في ذلك المال واستثماره، وهو الربح المسمى إن كان في المضاربة ربح، وهذا ما لا خلاف فيه. كما إن لا يقسم الربح في المضاربة إلا بعد كمال رأس المال، وما بقي بعد تمام رأس المال يكون بيد رب المال والمضاربة على ما شرطاً.

وإنما اختلفوا في الوقت الذي يملك المضارب فيه حصته من ربح المضاربة^(٢): فذهب الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية في الأظهر^(٥) والحنابلة في رواية إلى أن المضارب يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور.

وقال المالكية: لا يقتسم رب المال والعامل في المضاربة الربح حتى ينض رأس المال، أو يتراضيا على قسمه، لأنه إذا قسم قبل نضوضه أو التراضي على قسمه قد تملك السلع أو تتحول أسواقها فينقص رأس المال، فيحصل الضرر لرب المال بعدم جبر رأس المال بالربح، وإن طلب أحدهما نضوضه فالحاكم ينظر في تعجيل ذلك أو تأخير، فما كان صواباً فعله، وتجوز قسمة العروض إذا تراضوا عليها وتكون بيعاً^(٦).

وقال الشافعية: الأظهر أن العامل في المضاربة يملك حصته من الربح الحاصل بعمله بالقسمة للمال لا بظهور الربح، إذ لو ملك بالظهور لكان شريكاً حتى لو هلك منه شيء هلك من المالكين، وليس كذلك، بل الربح وقاية لرأس المال، ومقابل الأظهر عندهم: أنه يملك بالظهور قياساً على المساقاة.

(١) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٧٩٥/٤، والعقود المسماة للزرقا ٢٦٤.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ١٠٧/٦.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ١٠٧/٦.

(٤) يُنظر الفواكه الدواني ١٧٧/٢.

(٥) يعبر الشافعية هنا بلفظ الأظهر أحياناً ولفظ الأصح أحياناً، فقد جاء التعبير بلفظ الأظهر في عدة مصادر منها: منهاج الطالبين ٧٤/١، وروضة الطالبين ٢٨٠/٢، وحاشية الجمل ٢٢٥/٤، وشرح المحلى على المنهاج ٤٠/١، ونهاية المحتاج ٢٣٦/٥، والأشباه والنظائر للسيوطي ٤٩٠/١، وجاء التعبير بلفظ الأصح في عدة مصادر منها: المجموع ٧١/٦، ومغني المحتاج ٤٠١/١، ونهاية المحتاج ١٠٨/٣، وفتح العزيز ٤٩/٦.

(٦) يُنظر الفواكه الدواني ١٧٧/٢.

ولا يستقر ملك العامل في حصته من الربح بالقسمة، بل إنما يستقر بتنضيض رأس المال وفسخ العقد، لبقاء العقد قبل الفسخ مع عدم تنضيض المال، حتى لو حصل بعد القسمة نقص جبر بالربح المقسوم، أو بتنضيض المال والفسخ بلا قسمة لارتفاع العقد والوثوق بحصول رأس المال، أو بتنضيض رأس المال فقط واقتسام الباقي مع أخذ المالك رأس المال.

وإن طلب أحد العاقلين في المضاربة قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر، لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره، لأنه يقول: الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لي رأس المال، وإن كان الذي امتنع هو العامل لم يجز إجباره، لأنه يقول: لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذ.

وإن تقاسما _ أي قبل المفاصلة _ جاز، لأن المنع لحقهما وقد رضيا، فإن حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ، لأنه لا يستحق الربح إلا بعد تسليمه رأس المال^(١).

وقال الحنابلة: إذا ظهر ربح في المضاربة لم يكن للعامل أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال. **والمذهب عند الحنابلة، وهو قول مقابل للأظهر عند الشافعية:** أن العامل يملك حصته من الربح بالظهور قبل القسمة.

وفي رواية أخرى عند الحنابلة يملك العامل حصته من الربح بالحاسبة والتنضيض والفسخ قبل القسمة والقبض، واختارها المتأخرون منهم.

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: (يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيرادا أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، ما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب)^(٢).

وأما في الجانب القانوني: فالأصل أن يتم توزيع الأرباح عند ظهورها، لكن قد يؤجل سنوات لتكوين احتياطي لمواجهة الخسائر المقبلة أو غير ذلك من الاحتمالات، وعليه يكون التوزيع على دورات مالية غالباً ما تنطبق على السنة الشمسية، وتوزع الأرباح بعد تنزيل الاحتياطي^(٣).

فهذا المنهج في الجانب القانوني: يسير على توزيع الأرباح على دورات مالية زمنية، وخلال المدة يتم تكوين رصيد احتياطي محفوظ لمواجهة الاحتمالات المستقبلية من خسائر وغيرها، وأما التوزيع النهائي للأرباح فيكون في نهاية المدة المرسومة المتفق عليها، وبعد تنزيل الاحتياطي، أي بعد حساب سلامة رأس المال.

ثالثاً: استحقاق المقابل المالي (الأجر)

(١) يُنظر مغني المحتاج ٣١٨/٢.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ١٨٠٩/٣.

(٣) يُنظر الشركات التجارية، د. جاك يوسف الحكيم ٨٣.

قبل أن أفصل القول في وقت استحقاق المقابل المالي (الأجر) أذكر الحالات المتصلة بهذه المسألة ثم أفصل في وقت استحقاق الأجرة والمطالبة بها^(١):

- ١- إذا اتفقت الإدارة مع المتعاقد معها على تعجيل الأجر أو تأجيله أو تنجيّمه:
ففي هذه الحالة هما على ما اتفقا عليه^(٢)، ويكون وقت دفع الأجرة على ما اتفقا عليه.
- ٢- إذا كانت الأجرة المتفق عليها بين الإدارة والمتعاقد معها من العروض القيمة، أو المثلية المعينة:
في هذه الحالة يجب تعجيل الأجرة عند العقد عند الجمهور؛ لأنّ العروض إن كانت أجرة فهي مبيع، ولا يجوز تأجيل دفع المبيع^(٣)، وأما الحنابلة ففي الصحيح عندهم أنه: يجوز تأجيل الأجرة عندهم مطلقاً^(٤).
- ٣- إن كانت الأجرة من النقود، وقد عيّنها العاقد عند العقد: ذهب الحنفية^(٥) والمالكية في المشهور عندهم إلى أنّ النقود لا تتعين بالتعيين وإن عيّنها العاقد^(٦)، وأما خلاف المشهور فتتبع بالتعيين، فإذا عيّنها لا تتعين ومن ثم فلا يجب تعجيل النقد في العقد لمجرد التعيين، بينما تتبع النقود بالتعيين عند الشافعية^(٧) والحنابلة^(٨).

- ٤- إذا جرى العرف على تعجيل الأجر، ولم يتفقا على خلافه:
ذهب المالكية إلى أنه يجب تعجيل الأجر في مثل هذه الحالة^(٩)، وأما الجمهور فلم أجد لهم نصّاً في هذا، ويظهر لي أنهم يرون كالمالكية؛ وذلك للعرف؛ لأن (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^(١٠).
- ٥- إذا كان المستأجر عليه (المنفعة أو العمل) مضموناً في الذمة: فيجب تعجيل الأجر، فإن أجل الأجر فسد العقد، وكذلك يفسد العقد هنا إن جرى العرف على التأجيل ولم يشترط خلافه، ولم يعجل، لأنه يكون ديناً بدين.

(١) ينظر نظرية الأجور ٣٨٨-٤١٨.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ٢٠٢/٤، والأشباه والنظائر، ابن نجيم ٣٤٨، والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٤٧١/٣، ونخفة المحتاج، ابن حجر، بهامش حواشي الشرواني ٥٠٥/٧، والفروع ٤٢٦/٤.

(٣) يُنظر المبسوط، السرخسي ١١١/١٥، وينظر مواهب الجليل ٣٩٤/٥، ونهاية المحتاج ٢٦٣/٥.

(٤) ينظر الإنصاف، المرداوي، ٧٦/٦.

(٥) يُنظر المبسوط، السرخسي ٢/١٤.

(٦) يُنظر الفروق، القرافي ٢٥٥/٣.

(٧) يُنظر المجموع ٢٦٩/٩.

(٨) يُنظر شرح منتهى الإرادات ٢٠٥/٢.

(٩) مواهب الجليل ٣٩٤/٥.

(١٠) ينظر شرح القواعد الفقهية ٢٣٧/١.

هذا ما ذكره الجمهور من الملكية^(١)، والشافعية^(٢) إن عُقد بلفظ السلم، ولفظ الإجارة في الأصح، وذلك عند الحنابلة^(٣) في قولٍ ضعيفٍ.

أمّا الحنابلة في الراجح عندهم فقد نصّوا على عدم وجوب تعجيل الأجر إن كان المستأجر عليه مضموناً في الذمة^(٤).

بقي أن أذكر وقت استحقاق المقابل المالي في إجارة الأعيان، وإجارة الأجير الخاص عندما يتم تكييف العقد الإداري على أنه عقد إجارة، وكذلك وقت استحقاق الأجر المسمى في إجارة الأجير المشترك.

أما وقت استحقاق الأجر المسمى في إجارة الأعيان، وإجارة الأجير الخاص في العقد الإداري: الأجير الخاص هو: (الذي يعمل لواحد)^(٥)، (ويقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها)^(٦)، فإذا خلت الإجارة عن القيود التي ذكرتها في الحالات السابقة، فقد ذهب أبو حنيفة في قوله الأول وزفر: إلى أنه: لا يجب على المستأجر دفع الأجرة إلا بانتهاء مدة الإجارة^(٧).

وذهب أبو حنيفة في قوله الثاني، والصاحبان من الحنفية وهو المشهور في المذهب^(٨)، والملكية^(٩) في الراجح إلى أن الأجرة تُستحق وقت ملك المنفعة، ويجب دفعها بقدر مضي المنفعة؛ وبما أن المنفعة تُملك شيئاً فشيئاً على حسب مضي المدة، فإن الأجرة تُملك شيئاً فشيئاً، إلا أن هذا يوقع في الحرج، حيث لا يتفرغ العاقدان لغير حساب مدة المنفعة ومقدار الأجرة، فيترك القياس ويؤخذ بالاستحسان، فيجب دفع الأجر مياومة في إجارة الأجير الخاص والدور، ويجب دفعه عند اجتياز كل مرحلة في إجارة وسائل النقل.

وذهب الشافعية^(١٠)، والحنابلة^(١١)، وابن حبيب^(١٢) من الملكية^(١٣): إلى أن الأجرة تملك بالقعد حالاً، وتستحق بالتمكين، ولا تستقر إلا باستيفاء المنافع أو تفويتها.

(١) يُنظر حاشية الدسوقي، ٣/٤.

(٢) يُنظر مغني المحتاج ٣٤٤/٢.

(٣) يُنظر الفروع ٤٢٦/٤.

(٤) الإنصاف ٨١/٦.

(٥) بدائع الصنائع ١٧٤/٤.

(٦) المغني، لابن قدامة ١٠٥/٦.

(٧) يُنظر بدائع الصنائع ٢٠١/٤.

(٨) يُنظر المبسوط، السرخسي ١١١/١٥.

(٩) يُنظر الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي ٤/٤.

(١٠) يُنظر مغني المحتاج ٣٣٤/٢.

وذهب الشافعية في قول يرون أن ملك الأجرة يستقر بالعقد^(٤).

أما وقت استحقاق الأجر المسمى في إجارة الأجير المشترك (الذي يتقبل أعمالاً لاثنين أو ثلاثة أو أكثر في وقت واحد) فيشتركون في منفعته^(٥)، فإذا شرط استحقاقه بالعقد أو بالفراغ من العمل كان له ذلك^(٦)، وإن جرى العرف على تأجيل الأجر أو تعجيله ولم يشترط خلافه، فهو على العرف^(٧)، أما إن أطلق بيان وقت استحقاق الأجر فقد ذهب الحنفية^(٨) والمالكية^(٩): إلى أن الأجر يُستحق بعد الفراغ من العمل؛ لأن المعقود عليه: عمل العامل، فما لم يفرغ منه لا يستحق أجره.

وذهب الشافعية^(١٠) والحنابلة^(١١): إلى أن الأجر يُملك بالعقد، لكنه لا يستحق إلا بالفراغ من العمل. وفي الجانب القانوني عرضت المادة (٥٥٤) في الفقرة الأولى لمواعيد دفع الأجرة، وفي الفقرة الثانية لمكان دفع الأجرة.

ويتحدد ميعاد دفع الأجرة عادة في العقد، ويُنص على أن تكون معجلة أو مؤجلة ومقسطة، وإذا لم يتضمن العقد تحديداً لميعادها يُرجع إلى العرف في تعيين المواعيد، فإن لم يوجد عرف، عندها يُرجع إلى القواعد العامة في الوفاء، وهي تقضي بدفع الأجرة مؤخراً بعد استيفاء المنفعة، بحسب الاتفاق شهرياً أو سنوياً.

(١) يُنظر كشف القناع ٤/٤٠.

(٢) يُنظر هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان، السلمي، من ولد العباس بن مرداس، (١٨٤-٢٣٨ هـ) كان عالم الأندلس، رأساً في فقه المالكية، أديباً مؤرخاً، ولد بالبيرة، وسكن قرطبة، قال صاحب الديباج (كان حافظاً للفقه على مذهب مالك، نبيلاً فيه غير أنه لم يكن له علم بالحديث ولا معرفة بصحيحه من سقيمه، وكان ابن عبد البر يكذبه، وابن وضاح لا يرضى عنه وقال سحنون: كان عالم الدنيا)، من مصنفاته (طبقات الفقهاء)، و(الواضحة) في السنن والفقه، و(الفرائض). الديباج المذهب ١٥٤، وميزان الاعتدال ١٤٨/٢.

(٣) يُنظر حاشية العدوي على الخرشي، بهامش الخرشي على مختصر خليل، ٣/٧.

(٤) يُنظر الحاوي الكبير، للماوردي ٣٩٥/٧.

(٥) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٤٠/٥، والمقدمات الممهدة ٢٤٥/٢، والحاوي الكبير، للماوردي ٤٢٥/٧، والمغني، لابن قدامة، ١٠٥/٦-١٠٦.

(٦) يُنظر رد المحتار على الدر المختار، ٤٠/٥.

(٧) يُنظر مواهب الجليل ٣٩٥/٥.

(٨) يُنظر بدائع الصنائع ٢٠٤/٤.

(٩) يُنظر الشرح الكبير، الدردير، وحاشية الدسوقي عليه، ٤/٤.

(١٠) يُنظر نهاية المحتاج ٢٦٣/٥.

(١١) يُنظر كشف القناع ٤/٤١.

وقد نص القانون المدني السوري في المادة (٥٥٤): (١) — يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب وفاء الأجرة في المواعيد التي يعينها عرف الجهة). لكن الإشكال إذا كان العرف مضطرباً، ونصت المادة (٤٧) من قانون العمل السوري: (تؤدى الأجور في أحد أيام العمل وفي مكان العمل مع مراعاة الأحكام الآتية: أ— العمال المعينون بأجر شهري تؤدى أجورهم مرة على الأقل في الشهر. ب— إذا كان الأجر بالقطعة واستلزم العمل مدة تزيد على أسبوعين وجب أن يحصل العامل كل أسبوع على دفعة تحت الحساب تتناسب مع ما أتمه من العمل، وأن يؤدى له باقي الأجر كاملاً خلال الأسبوع التالي لتسليم ما كلف به. ج— في غير ما ذكر من الأحوال تؤدى للعمال أجورهم مرة كل أسبوع، على أنه يجوز أن تؤدى لهم مرة كل أسبوعين أو كل شهر إذا وافقوا كتابة على ذلك).

أما مكان دفع الأجرة: يتحدد مكان دفع الأجرة كما يتحدد زمانها، فبالاتفاق على مكان دفع الأجرة، وإلا فيُرجع إلى العرف، فإن لم يكن اتفاق ولا عرف، فيجب دفع الأجرة في موطن المستأجر (المدين) بنص المادة (٢/٥٥٤)، وبمقتضى القواعد العامة، فإن غير المستأجر موطنه وجب دفع الأجرة في الموطن الجديد^(١).

أما أجر المثل: فإن لم يقبض المستأجر العين المؤجرة في العقد الفاسد فلا أجرة عليه^(٢).

أما إن قبضها: فقد ذهب الحنفية^(٣) والحنابلة^(٤) في قول ضعيف إلى أنه: تجب بالاستيفاء، فإن لم يستوفها فليس على المستأجر دفع الأجرة؛ واستدلوا بقياس الإجارة الفاسدة على النكاح الفاسد: فلما لم يجب مهر المثل في النكاح الفاسد إلا باستيفاء المنفعة حقيقة، لم يجب أجر المثل في الإجارة الفاسدة إلا باستيفاء المنفعة حقيقة، بجامع أن كلا منهما عقد على منفعة^(٥).

وذهب الجمهور من المالكية^(٦) والشافعية^(٧) والحنابلة^(٨) في الراجح عندهم: إلى وجوب الأجرة بمضي المدة، ولو لم يستوف المستأجر المنافع حقيقة، واستدلوا بالقياس على القبض في الإجارة الصحيحة، وأن المنافع تلفت بالقبض، فكأنه استوفاه^(٩)، وكذلك بالقياس على ضمان العين في البيع الفاسد إن تلفت^(١٠).

(١) ينظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٤٦٨/١/٦، وعقد الإيجار، البدراوي ٨٨، وعقد الإيجار، مرقس ٤٢٠، وعقد الإيجار، الشرقاوي ١٦٥، ١٦٨، والأشغال والمقاولة، نعيم مغيب ٧٩.

(٢) ينظر نظرية الأجور ٣٨٨—٤١٨.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ١٨٤/٤.

(٤) يُنظر الإنصاف، المرداوي، ٨٢/٦.

(٥) يُنظر بدائع الصنائع ١٩٥/٤، والمغني، لابن قدامة ١٧/٦.

(٦) يُنظر مواهب الجليل ٤٢٨/٥.

(٧) يُنظر روضة الطالبين ٢٤٧/٥.

(٨) يُنظر كشف القناع ٤٦/٤.

(٩) يُنظر الحاوي الكبير، للماوردي ٤٦٩/٧، كشف القناع ٤٦/٤.

وأما الجُّعل في العقود الإدارية: فعقد الجعالة عند القائلين بجوازه^(٢) جائز غير لازم، لكن قال المالكية: يجوز الفسخ قبل الشروع في العمل، أما بعد العمل فيلزم الجاعل فقط. وقال الشافعية والحنابلة: يجوز الفسخ لهما في أي وقت، لكن إن فسخ المالك بعد الشروع في العمل، فعليه للعامل أجره مثل عمله في الأصح عند الشافعية؛ لأنه عمل بعوض، كما لو فسخ صاحب المال في المضاربة^(٣)، كما أنَّ العامل لا يستحق الجُّعل إلا بإذن صاحب العمل، وبالفراغ من العمل^(٤).

(١) يُنظر مغني المحتاج ٣٥٨/٢.

(٢) ينظر بداية المجتهد ٢/٢٣٣، ومغني المحتاج ٢/٤٣٣، وكشاف القناع ٢/٢٢٨.

(٣) ينظر القوانين الفقهية ٢٧٥، ومغني المحتاج ٢/٤٣٣، وكشاف القناع ٢/٢٢٥.

(٤) ينظر نظرية الأجور، ٢٩٠.

المطلب الثاني: مفسدات العقود الإدارية وأثرها في المقابل المالي وأحوال سقوطه

إن العقود الإدارية شأنها كشأن باقي العقود المالية من حيث الضوابط العامة، فلا بد فيها من مراعاة المقاصد الشرعية والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية، والتي يجب عدم الإخلال بها لصحة العقود، ومنها ما ذكره القاضي ابن رشد القرطبي بقوله: (وإذا اعتبرت الأسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع، وهي أسباب الفساد العامة، وجدت أربعة: أحدها: تحريم عين المبيع، والثاني: الربا، والثالث: الغرر، والرابع: الشروط التي تؤول إلى أحد هذين، أو لجمععهما، وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد، وذلك أن النهي إنما تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع، لا لأمر من خارج. وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج فمنها: الغش، ومنها الضرر، ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه، ومنها لأنها محرمة البيع^(١)).

أولاً: أثر عيوب الرضا في المقابل المالي في العقود الإدارية

يقصد بعيوب الرضا (وهي عيوب الإرادة) ما يحدث خللاً في الإرادة أو يزيل الرضا الكامل فتصبح الإرادة عديمة الأثر، ويصبح العقد غير صحيح، فتنفسد العقود بشكل عام باختلال عيوب الإرادة^(٢) للمتعاقدين^(٣)، كما في حالات التغيرير والغرر.

ولا شك أن أساس العقود هو الرضا بين أطراف العقد، المعبر عنه بالإيجاب والقبول، وهو يعبر عن تلك الإرادة الحرة منهما المعبرة عن الالتزام بموجبات العقد، وتنفيذ بنوده، لكن قد تحدث تلك الإرادة وينتأجها ما يعيها ويجعل الرضا غير حقيقي كالتدليس والتغيرير، ثم إن عيوب الإرادة لا تعد الرضا، بل يبقى قائماً لكنه مختلفاً ناقصاً غير كامل إلا الإكراه فإنه يعدم الرضا؛ وذلك للتناقض بين طبيعة الرضا والإكراه^(٤).

وقد تحدثت عن هذه العيوب عند الحديث عن ضوابط العقود في الباب الأول، ولا حاجة لتكرارها هنا.

(١) بداية المجتهد ١٠٣/٢.

(٢) ينظر مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي، مدخل منهجي، للدكتور: محمد كمال الدين إمام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م. والنظريات الفقهية: للدكتور فتحي الدريني ٤٣٤.

(٣) سبق ذلك في الحديث عن ضوابط العقود في الباب الأول، وقد تحدثت عن عيوب الرضا من التدليس والتغيرير والغبن والإكراه.

(٤) ينظر النظريات الفقهية، للدكتور فتحي الدريني ٤٣٤، والنظريات العامة في الفقه الإسلامي، رمضان علي الشرنباصي، ١٥٣، نشر منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.

ثانياً: أثر اختلال أركان أو شروط العقود الإدارية في المقابل المالي:

العقود الإدارية شأنها كشأن باقي العقود من حيث توافر أركانها وضوابطها والشروط اللازمة لها، سوى أنه يضاف إليها شروطها الخاصة بها من كون الإدارة طرفاً فيها، وكون العقد يتعلق بمرفق عام، وكونه يهدف للمصلحة العامة وما تمتاز به من سلطات القانون العام.

وبما أن العقود الإدارية شأنها كشأن باقي العقود الأخرى، سوى ما أشرت إليه من شروطها، فإنه يُفسدها ما يفسد باقي العقود من فساد أركانها وشروطها^(١)، والضوابط العامة لها، بالإضافة إلى فساد كونها عقوداً إدارية باختلال الشروط الخاصة بها.

أما مفسدات العقود التي تعود لفساد أركان العقد وشروطه، فكمثل اختلال ركن العاقلين وشروطهما أو اختلال ركن المعقود عليه من ثمن ومثمن أو أجر ومأجور أو ربح وما يؤدي إلى الربح من عمل أو مال أو ضمان، وشروط أولئك جميعهم^(٢)، وليس هنا مجال ذكر هذه الأركان والشروط والضوابط حيث فيها دراسات متخصصة، وأبواب مدروسة، وصفحات كثيرة مدوّنة بتفاصيلها، وينبغي ألا أعيد تكرارها، وقد أشرت إلى بعضها ضمن البحث، وفصلت الحديث عن ما يتعلق بموضوع المقابل المالي كضوابط الأجر والتمن والربح، كما هو مرسوم في خطة البحث، وبالتالي فكل خلل في أركان العقد وشروطه بشكل عام يؤثر على العقد.

فاختلال الركن يجعل العقد باطلاً، وأما اختلال الشروط فكذلك عند الجمهور، أما عند الحنفية فمن العقود ما هو شرط انعقاد واختلاله يجعل العقد باطلاً، ومن الشروط ما هو شرط صحة، واختلاله يجعل العقد فاسداً، ومن الشروط ما هو شرط لزوم واختلاله يجعل العقد غير لازم، ومن الشروط ما هو شرط نفاذ، واختلاله يجعل العقد غير نافذ^(٣)، وكل هذا أيضاً مدون منصوص عليه ويُراجع في مظانه^(٤)، وذكرته لأبين أنّ سائر هذه الأحكام تنطبق على العقود الإدارية، واختلال ركن أو شرط يؤثر كذلك نفس التأثير في العقود الإدارية كما يؤثر في غيرها.

والخلاصة: إنّ كل ما يؤثر على فساد العقود غير الإدارية فإنه أيضاً يؤثر على العقود الإدارية، لأنّ العقود الإدارية في أغلبها في الحقيقة هي عقود معاوضات، فتخضع للأحكام الأساسية للعقود من حيث صحتها وفسادها.

وامتازت العقود الإدارية عن باقي العقود بالشروط الثلاثة الخاصة بها.

(١) ينظر أقسام العقود ١/١٦٢-٢١٠.

(٢) ينظر الربح في الفقه الإسلامي أحكامه وضوابطه، عبد الحميد إسماعيل الخيميد ٩٣-١٣٣.

(٣) ينظر أقسام العقود ١/٢٤٤-٢٩١.

(٤) ينظر أقسام العقود ١/٢٤٤-٢٩١.

فإذا تضمنت العقود الإدارية الربا مثلاً فإنها تفسد بذلك، (وعند جمهور الفقهاء: الفساد والبطلان بمعنى واحد)، أي تبطل عند الجمهور، وإذا تضمنت الجهالة أو الغلط فإنها تفسد بذلك إذا كان التعاقد بطريق الاتفاق المباشر، أما إذا كان التعاقد بطريق المناقصة فإنه يراعى فيها شروطها الكاملة؛ لأنها أسلوب في التعاقد قد رضي الطرفان به وبنتيائه، وهكذا .. .

وعليه فإذا حكم على العقد الإداري بالفساد، فإن المقابل المالي فيه يأخذ أحكام فساد المقابل المالي في العقد المخرج عليه.

فإذا تم تخريج العقد الإداري على أنه استصناع يجب فيه حكم الثمن في الاستصناع إذا فسد^(١). وإذا تم تخريج العقد الإداري على أنه إجارة، يجب فيه حكم الأجر في الإجارة إذا فسدت. وإذا تم تخريج العقد الإداري على أنه شركة، يجب فيه حكم الربح في الشركة إذا فسدت، وهكذا... وأما في القانون فقد سبق أن ذكرت أن المقابل المالي في عقود الشراء العام هو الثمن، وأنه إذا بطل الثمن صار العقد يُدعى بالعقد الفعلي، وقد ذكرت حكمه قانوناً، فلا أكرره هنا. وأما في عقود التفويض العام، والعائد الاستثماري فيها، فيحدد كما سبق بيانه؛ تجنباً للتكرار.

ثالثاً: أثر اختلال شروط العقود الإدارية في المقابل المالي:

وأقصد هنا الشروط الثلاثة الخاصة بالعقود الإدارية، وباختلال هذه الشروط تنسلخ صفة العقود الإدارية عن كونها عقوداً إدارية، كما لو اختل الشرط الأول: وهو كون أحد أطراف العقد هو الإدارة، فعندها لا يُعد هذا العقد عقداً إدارياً، وكذلك لو لم يكن العقد متعلقاً بمرفق عام فلا يُعد هذا العقد عقداً إدارياً، وأما الشرط الثالث وهو استعمال سلطان القانون العام وكون المصلحة المبتغاة هو مصلحة عامة، فهذا أيضاً شرط هام، فلو اختل أحد هذه الشروط الثلاثة فلا يُعدّ العقد عقداً إدارياً. وهذه العقود تستمد قوتها من كونها تهدف لتحقيق الصالح العام، وأنها تُقام على المرفق العام، وأن لولي الأمر أن يقيم المصلحة فيها للعامة حيثما استطاع بواسطة هيمنة السلطة العامة لرعاية المصلحة العامة. وأما ما يتعلق باستخدام وسائل القانون فهو ما يُعبر عنه في الشريعة باستعمال هيمنة السلطة العامة لحفظ المصلحة العامة^(٢).

وإذا تصورنا أن العقد لم يكن فيه شروط غير مألوفة فهذا يمكن أن أقول:

(١) وحيثما قلت فسد: أي باطل عند جمهور الفقهاء، أما الحنفية: فلهم تفريقهم المعروف بين الفساد والبطلان في العقود المالية.

(٢) ينظر نظرية العقود الإدارية ٨٢ .

يمكن أن لا يشترط الطرفان أي شرط، لكن للإدارة هيمنتها على حفظ المصلحة العامة حق الإشراف والمراقبة دائماً على حسن سير المصلحة العامة، وبالتالي استخدام أسلوب القانون العام شرعاً وقانوناً. وبناءً على هذا أقول: إن اختلال أي شرط من شروط العقود الإدارية يجعل العقد عقداً غير إداري، ويجعله منسلخاً عن التقيد بمسئوليات هذه الشروط الثلاثة من (إدارة ومصلحة عامة ومرفق عام)، حيث إن هذه الشروط الثلاثة تؤثر في المقابل المالي من حيث تحديده، وتقديره، وموعد استلامه وتسليمه لمراعاة (المصلحة العامة، والمرفق العام، والقانون العام).

أما في العقود الأخرى غير الإدارية فلا تخضع لتقييد وتنظيم خاص ومراقبة للمصلحة العامة، بل للمتعاقدين فرصة في أن يختاروا الأسلوب الذي يتفقان عليه في التعاقد، ويختاروا الزمان والمكان والمقابل المالي وتقديره وتحديده كما يشاءان، وكذلك غير ذلك من الإجراءات غير المقيدة بقيود المصلحة العامة. فالتأثير على المقابل المالي هنا من ناحيتين:

- ١- تأثير على العقد: بكونه غير إداري إذا فقد أحد الشروط الثلاثة.
- ٢- وعندما يفقد العقد أحد الشروط الثلاثة للعقد الإدارية، لا يعني هذا أن العقد يتأثر من حيث الفساد والصحة، وإثماً وجود الشروط الثلاثة يجعل المتعاقد مع الإدارة مستعداً لتنفيذ ما يترتب عليه من متطلبات العقد الإداري وشروطه، ونظامه العام، كما في خضوع العقد للشروط غير المألوفة، وغير ذلك....

رابعاً: أحوال سقوط المقابل المالي:

وهنا أذكر تعريف السقوط، والمعنى المراد به، ونوعيه الكلي والجزئي، وذلك كما يأتي:

١- تعريف السقوط والمعنى المراد به:

سقط في اللغة: بمعنى وقع، وأسقطت الناقة إذا ألفت ولدها، وسقط الندى على الأرض أي وقع عليها^(١).

والإسقاط عند الفقهاء هو (إزالة الحق لا إلى مستحق)^(٢)، فالإسقاط نوع من التصرفات التي يتصرفها الإنسان في حقه، وهذا التصرف يتنازل فيه الشخص عن حقه ويزيله، دون أن ينتقل هذا الحق إلى شخص آخر، أو جهة أخرى، فيزول الحق بذلك وينتهي وتسقط المطالبة به، كإسقاط حق الخيار وكالإبراء عن الدين^(٣).

(١) ينظر لسان العرب، مادة: (سقط).

(٢) أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلامية، محمود عبد الحميد طهماز، ٥٤، رسالة ماجستير في جامعة أم القرى، كلية الشريعة، مكة المكرمة، ١٤١١هـ.

(٣) ينظر أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلامية ٥٤.

وتعرّف عقود الإسقاطات بأنها: (ما يُقصد بها إزالة حق من الحقوق، سواء ببذل، أم بدون بدل)^(١)، وهناك إسقاطات فيها معنى المعاوضة، كالعفو عن القصاص إلى الدية، وهناك إسقاطات محضة، كالعفو عن القصاص دون دية، وكالإبراء عن دين^(٢).

— معنى السقوط المراد في هذه الدراسة:

المعنى المقصود من السقوط هنا هو الإلغاء والإبطال (إلغاء المقابل المالي)، وقد يكون السقوط والإلغاء للمقابل المالي كلياً أو جزئياً، وقد يكون من قبل العقد، أو الإدارة، أو المتعاقد، أو الظروف الطارئة. ويفترق إسقاط المقابل المالي عن السقوط، وذلك أنّ الإسقاط يُنشئه المتعاقد بإرادته، أما السقوط فأعم منه، حيث يشمل جميع ما يتعرض له المقابل المالي من نقص سواء من جهة المتعاقد أم من جهة الإدارة أم من جهة غيرهما كما في الظروف الطارئة، وبالتالي فهو أنواع، وتدخل هذه الأنواع تحت السقوط الكلي أو الجزئي.

٢— نوعا السقوط (الكلي والجزئي):

أ— السقوط الكلي للمقابل المالي:

يسقط المقابل المالي كلياً، أي يُلغى ويبطل، وذلك في حال الفسخ أو الانفساخ وعدم إنجاز العقد. والفرق بين الفسخ والانفساخ والتفاسخ: هو أنّ الانفساخ أعم من الفسخ، ومعناها: انحلال العقد، ويكمن الفرق بينهما في أنّ الفسخ إما أن يكون بالتراضي أو بالتقاضي^(٣)، أما الانفساخ فيكون بسبب استحالة التنفيذ أو استحالة متابعتها^(٤)، سواء بسبب القوة القاهرة أم موت أحد المتعاقدين في بعض العقود^(٥).

وأما فسخ العقد بالاتفاق على فسخه: فيسمى (التفاسخ أو الإقالة)^(٦).

فإذا لم يتم إنجاز شيء من بنود العقد بسبب الفسخ أو الانفساخ أو التفاسخ، فإنه يسقط المقابل المالي المتفق عليه بين الإدارة والمتعاقد معها.

(١) أقسام العقود ٣٨٩/٢ .

(٢) ينظر أقسام العقود ٣٨٩/٢ .

(٣) ينظر عقد المقاولة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٣٠٩، ٣٢٥.

(٤) ينظر الفروق للقراقي ٤٤٣/٣، المدخل الفقهي العام د. مصطفى الزرقا ٥٩٥/١، وعقد المقاولة والتوريد في الفقه

الإسلامي، دراسة مقارنة، د. علي أبو البصل، ٢٧٤—٢٧٥، وعقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، نعيم مغيب،

١٥١، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ١٧.

(٥) يُنظر الفروق للقراقي ٤٤٣/٣، والمدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا ٥٩٥/١.

(٦) ينظر عقد المقاولة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٣٠٩، ٣٢٥.

فالإدارة قد ترى أنّ المصلحة في التراجع عن العقد، أو أن ترى أنّ المصلحة في عقد العقد بغير الصيغة التي تم الاتفاق عليها، أو أن ترى وجوب تأجيل العقد إلى أجل لاحق، أو غير ذلك من الأسباب... . وقد يكون الفسخ باتفاقهما، وهو التفاسخ (الإقالة)، حيث قد يظهر للإدارة أنّ المصلحة تقتضي أن لا يُنفذ العقد، وبالتالي تتفق مع المتعاقد على الفسخ والإقالة^(١). كما يمكن أن نتصور سقوط المقابل المالي حال الإبراء، فيسقط المتعاقد حق استحقاقه للمقابل، ويتنازل به للإدارة بعد إنجاز التزامات العقد.

وفي حكم الإبراء من الأجرة بعد العقد وقبل استيفاء المنفعة أو تفويتها ذهب الحنفية^(٢) في المعتمد إلى أنّه لا يصح الإبراء منها لأنه لا يملكها، أما عند الشافعية^(٣) فيصح الإبراء منها لأنه يملكها؛ ويبدو أن مذهب المالكية في المعتمد كالحنفية، ومذهب الحنابلة كالشافعية^(٤).

ب_ السقوط الجزئي للمقابل المالي

قد يتعرض المقابل المالي لسقوط بعضه سواء كان قليلاً أم كثيراً في عدة حالات ومنها ما يأتي:

١_ سقوط بعض المقابل المالي بسبب التعديل:

قد يتم تعديل بعض التزامات العقد من قبل الطرفين، أو من قبل الإدارة بعد شروع المتعاقد بالتنفيذ، وبالتالي تتحمل الإدارة ما يترتب عليها من تعويض للمتعاقد نتيجة هذا التعديل. وإذا كان التعديل من المتعاقد من عند نفسه، على غير اطلاع وموافقة من الإدارة، فهذا يُعتبر مخالفة لبنود العقد المتفق عليها، وبالتالي يتحمل المتعاقد نتيجة هذه المخالفة لبنود وشروط العقد المتفق عليها بينهما، سواء كان متعمداً أم مقصراً؛ لاشتمال المسؤولية العقدية لكل ذلك^(٥).

٢_ سقوط بعض المقابل المالي بسبب الظروف الطارئة

قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة خلال تنفيذ التزاماته إلى ظروف طارئة تجعل تنفيذ عقده مرهقاً من الناحية المالية، كارتفاع أسعار المواد المستخدمة في، مما يؤدي إلى نقص التزاماته، وبالتالي إلى نقص جزء من المقابل المالي^(٦).

(١) ينظر مصادر الحق للسنهوري ٢٣٠/٦، وعقد المقاوله والتوريد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. علي أبو البصل،

٢٧٤-٢٧٥، وعقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، نعيم مغبغب، ١٤٩ .

(٢) يُنظر تبين الحقائق ١٠٨/٥.

(٣) تحفة المحتاج، ابن حجر، بهامش حواشي الشرواني ٥٠٦/٧.

(٤) ينظر مبحث استحقاق المقابل المالي من هذا البحث.

(٥) ينظر مبحث أحكام التعديل والضمان من هذا البحث.

(٦) ينظر احتلال التوازن المالي في هذا البحث.

٣- سقوط بعض المقابل المالي بسبب شرط جزائي:

قد يتضمن الشرط الجزائي ما يؤدي إلى سقوط بعض المقابل المالي للمتعاقد إذا ما خالف في إنجاز العقد على وفق الشروط المتفق عليها.

وعليه يمكن أن يسقط شيء من المقابل المالي ويكون هناك تعويض وبدل عن ذلك، كما في حال الاتفاق على تعديل بعض الالتزامات، ثم تعويض الإدارة عن ذلك، وكما في الظروف الطارئة وتعديل الإدارة أيضاً لرفع اختلال التوازن العقدي^(١)، ويُعوض عنه ببذله.

(١) ينظر التعديل في العقود الإدارية ونظريات اختلال التوازن المالي من هذا البحث.

المطلب الثالث: حكم المقابل المالي حال فساد العقد والعوامل المؤثرة في تقديره

يتناول هذا المطلب الحديث عن المقابل المالي حال فساد العقد في عقود الشراء العام، وعقود التفويض العام، والعوامل المؤثرة في تقدير هذا المقابل، وأفضل ذلك فيما يأتي:

أولاً: المقابل المالي المماثل في عقود الشراء العام (ثمن المثل):

سبق أن ذكرت المراد بالثمن، والمراد بالمال المثلي، وأن المال المثلي: (هو ما تماثلت أفرادها بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق أو مع فرق يسير لا يعتد به عرفاً)^(١)، وعوض المثل بشكل عام هو: (بدل مثل شيء مطلوب بالشرع غير مقدر فيه، أو بالعقد لكنه لم يذكر، أو ذكر ولكنه فسد المسمى، أو بسبب عقد فاسد)^(٢)، وبهذا يتبين أن ثمن المثل هو ثمن أمثال الشيء في السوق في عرف الناس، ويعتبر ثمن المثل العوض الشرعي عن الثمن المسمى المتفق عليه بين المتعاقدين والذي تعرض للفساد بسبب من أسباب الفساد.

ويظهر من هذا أن ثمن المثل يجب إما عند عدم ذكر الثمن، أو عند ذكره لكن بتسمية فاسدة، أو عند فساد العقد، وقد سبق أن ذكرت شروط الثمن عند الفقهاء، وأنهم لا فرق عندهم بين الفاسد والباطل، أما عند الحنفية فيميزون بينهما^(٣).

وبالتالي فإذا لم يُذكر الثمن أو ذُكر بتسمية فاسدة، أو كان العقد فاسداً، فيجب ثمن المثل عند الحنفية؛ لأنها شروط صحة قد اختلت فتوجب الفساد لا البطلان، أما الجمهور فلا يفرقون بين الفاسد والباطل^(٤). وعليه يمكن أن يرد هذا الخلاف حال فساد تسمية الثمن، في عقد الأشغال والتوريد مثلاً، كأن كان الثمن مجهولاً، أو غير محدد، أو مسكوت ببيانه... .

لكن يظهر لنا ثمن المثل عند الجمهور، والذي يُعبر عنه بالقيمة، في الحالات التي يجب فيها رد القيمة عند امتناع رد المثل ذاته؛ حيث إن الأصل هو رد المثل بمثله إن كان له مثل، فإن لم يكن له مثل وجب رد القيمة^(٥)، وحالات رد المثل كثيرة ومنشورة في كتب الفقهاء، وقد مرّ معنا بعضها في ثنايا هذه الدراسة.

(١) ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، سليمان محمد أحمد، ١١٢، مطبعة السعادة، مصر، ط ١، ١٩٨٥ م.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٦٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٦٧، وإعلام الموقعين ١/١٣١.

(٣) ينظر نظرية الأجور، د. أحمد حسن ٢٧٦.

(٤) ينظر المرجع السابق.

(٥) ينظر بدائع الصنائع ٢٣٣/٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم، ٢٧٣، وجواهر الإكليل ١٤٠/٢، والمهذب ١/٣٦٦، والمغني، لابن قدامة ٣٨٢/٦.

وثن المثل المراد هنا عندما يكون تكييف العقود الإدارية في عقود الشراء العام على أحد أنواع البيوع، كما في الاستصناع أو التوريد، أما إن كان تكييف العقد بين الإدارة والمتعاقد على أنه إجارة، أو شركة، فيكون المقابل المالي هو الأجر والربح، فأبّين ذلك لاحقاً بعد الحديث عن ثمن المثل.

والسبب العام لفساد العقد هو (مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة)^(١)، وهذا السبب العام يظهر في العقود بصورة عديدة يبحثها الفقهاء في كل عقد، وهي التي تحدث خللاً في وصف العقد، ويرجع سبب فساد العقد إلى فقدان شرط من شروط صحة العقد، ومن أسباب فساد العقود عند الحنفية: الجهالة، والغرر، والإكراه، والضرر الذي يصحب التسليم، والشرط الفاسد، والربا.

وهذه الأسباب نفسها تجعل العقد باطلاً في المذاهب الأخرى على تفصيل في الإكراه.

وهناك أسباب خاصة لفساد العقد يُرجع في معرفتها إلى شرائط الصحة الخاصة بكل عقد، والتي ليس مجال بحثها هنا، كشرط عدم التعليق على شرط في المعاوضات والتملكيات؛ كالبيع والهبة؛ لأن التعليق يبطلها، وكشرط التسليم في العقود العينية التي يشترط فيها التسلم...^(٢).

وهناك أيضاً حالات منشورة في ثنايا هذا البحث قد أشرت إليها، كحالة الالتزامات وقت كساد الثمن أو تغييره، وقد سبق تفصيل أقوال الفقهاء فيها.

كما هناك حالات متنوعة منشورة في هذا البحث وفي كتب الفقهاء^(٣)، كحالة مخالفة التصرفات المبنية على الأمانة كما في الوكالة بالشراء، فيقوم المتعاقد بالشراء بغبن فاحش، كما لو حدث ذلك في عقد الأشغال إذا وكلت الإدارة المتعاقد بشراء المواد اللازمة، فعندها تدفع الإدارة ثمن المثل فقط، وكما يجب ثمن المثل حال رد المال القيمي، وكذلك في المثليات التي يجب بنقصها الرد بالقيمة^(٤).

وأما عن وقت تقدير قيمة المبيع بيعاً فاسداً فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب جمهور الحنفية والمالكية إلى أنه تجب القيمة يوم القبض؛ وذلك لأنّ به يدخل في ضمانه، لا من يوم العقد، لأن ما يضمن يوم العقد هو العقد الصحيح^(٥)، وذهب الحنابلة وهو وجه عند الشافعية وقول محمد من الحنفية إلى أنه تعتبر قيمته يوم الإلتاف أو الهلاك، لأنّ بهما يتقرر الضمان كما يقول محمد، وعلّله الحنابلة بأنه قبضه بإذن مالكه فأشبهه

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٦٨٨/٢ .

(٢) ينظر أقسام العقود ٢١٠/١ .

(٣) ينظر للتوسع تبين الحقائق ٦٢/٤، ورد المختار ٥١/٤، وجواهر الإكليل ٢٧/٢، إعانة الطالبين ٤٠٨/٣، حاشية الجمل ٣/٨٤، وكشاف القناع ١٩٨/٣ .

(٤) ينظر عوض المثل أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، جمال عبد الجليل يوسف صالح، ١٢٨، ١٣١، ١٣٤ أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٥ م .

(٥) يُنظر الدر المختار ١٢٥/٤، ومجمع الضمانات ١٢٤، وكفاية الطالب ١٤٨/٢ .

العارية^(١)، وهي مضمونة عندهم، واتجه الشافعية في المذهب إلى اعتبار أقصى القيمة في المتقوم من وقت القبض إلى وقت التلف؛ لأنه مخاطب في كل لحظة من جهة الشرع برده^(٢)، وهذا وجه عند الحنابلة كذلك^(٣).

ثانياً: المقابل المالي المماثل في عقود التفويض العام:

المقابل المالي المماثل (أجر المثل)

أجر المثل هو قيمة المنفعة، ويجب عند فساد عقد الإجارة والعقود الواردة على العمل، وكذلك في حالة التسعير عند الحاجة إليه^(٤).

يمكن أن يكون تكييف المقابل المالي أجراً في عقود التفويض العام في كلتا العلاقتين العقديتين للمتعاقد، في عقود مع المتفعين من المرفق، وفي عقود مع الإدارة؛ وذلك عندما يُكَيَّف عقده على أنه من عقود العمل التي يتم فيها بذل العمل دون المواد.

والأصل في الأجرة أن تكون باتفاق الطرفين المتعاقدين؛ حيث إنَّ عقد الإجارة من عقود المعاوضات المبنية على المساومة، فإذا اتفق الطرفان على مبلغٍ معينٍ، متَّفِقٍ مع شروط الإجارة، فهذا هو الأجر المسمى أي المذكور في العقد.

لكن قد يفسد هذا الأجر في عدة حالات، كما إذا اتفق العاقدان على شيء مجهول المقدار، وقد يتفقان على أجرٍ موافقٍ للشروط، لكن قد يطرأ على هذا العقد ما يفسده، فيجب في حالات الفساد أجر المثل؛ كما أنَّ هناك عقوداً ترد على العمل (الجهد البشري)، وهي عقودٌ لها تكييفها الخاص، وشروطها الخاصة بها، كعقد الجعالة، وعقود الشركات، وعقد الوكالة، وعقود استثمار الأرض، غير أنَّ هذه العقود إذا فسدت تحولت عن أصل ماهيتها إلى إجارة فاسدة، فعندها لا يجب للمتعاقد مع الإدارة ما اتَّفَق عليه من حصة في الربح، أو النماء، وإنما يجب له ما يجب للعامل في الإجارة الفاسدة،

فأجر المثل إذن في عقد الإجارة، والعقود الواردة على العمل، إنما يكون في حال فساد هو العقود. ولم يفرق الجمهور بين الفاسد والباطل، إذ هما بمعنى واحد، ولكن باعتبار أن المنفعة قد استوفيت في العقد الفاسد، فيجب أجر المثل، يقول الماوردي رحمه الله: (كلَّ عملٍ ملك العامل فيه المسمى في العقد الصحيح، ملك فيه أجرة المثل في العقد الفاسد)^(٥).

(١) يُنظر رد المحتار ١٢٥/٤، وتبيين الحقائق ٦٢/٤، ومجمع الضمانات ٢١٤، وكشاف القناع ١٩٨/٣.

(٢) يُنظر حاشية الجمل على شرح المنهج ٨٤/٣، وروضة الطالبين ٤٠٩/٣.

(٣) يُنظر الشرح الكبير في ذيل المغني، لابن قدامة ٥٦/٤.

(٤) ينظر رد المحتار على الدر المختار ٢٨/٥، ونظرية الأجور، ٣٧٢-٣٨٢.

(٥) الحاوي الكبير، للماوردي ٣١٥/٧.

أما الحنفية: فيفرقون بين الباطل والفساد في المعاملات دون العبادات، فهما في العبادات بمعنى واحد؛ أما في غير العبادات، فالفساد (ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه)^(١)، والباطل ما ليس مشروعاً، لا بأصله، ولا بوصفه^(٢).

فإذا كان النهي منصباً على مقومات العقد، كالعاقدين، والمحل، فالعقد باطل، كما لو استأجر رجلاً لينحت له صنماً^(٣)، لأنّ المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد^(٤).

أما إذا كان النهي منصباً على الوصف، وهو من متممات العقد، وشروط صحته، كالخلو عن الجهالة، فالعقد فاسد، فلو أزيلت الجهالة عاد صحيحاً^(٥).

وحكم الإجارة الباطلة أنه لا يجب فيها الأجر مطلقاً^(٦)، كالاستئجار على الغناء^(٧)، أما الفاسدة، فيجب فيها أجر المثل.

على أنه يجب فسخ العقد الفاسد مطلقاً، سواء قبل استيفاء المنفعة، أم في أثنائها^(٨).

وحالات كون المقابل المالي هو أجر المثل كثيرة، وذكرها يطوّل البحث، ويخرجه عن مقاصده الأساسية، وقد ذكرت بعضها في ثنايا البحث، ويمكن أن أختصر بعض عناوينها العريضة، لتكون دليلاً على مواطن التوسع فيها في مصادرها المنتشرة.

ويكون المقابل المالي هو أجر المثل عندما يفسد عقد الإجارة بين المتعاقد والإدارة، وذلك بإحدى مفسدات العقد، كأن يختل أحد شروط صحة العقد، كالخلل برضا المتعاقد، كما في حالة الإكراه بغير حق، أو يفسد العقد بسبب وجود خلل في المقابل المالي (الأجر)، كأن يكون مجهولاً، أو أن يكون مسكوتاً عنه، أو بسبب وجود خلل في المستأجر عليه (المنفعة أو العمل) كأن يكون العمل المستأجر عليه مجهولاً^(٩).

وإذا تم تكيف العقد بين الإدارة والمتعاقد معها على أنه عقد جعالة، فإنه إذا فسدت الجعالة، فلا يجب فيها الجعل، بل يتحول العقد إلى إجارة فاسدة، فيجب فيه للعامل أجر المثل، كالإجارة الفاسدة.

(١) الدر المختار بهامش رد المحتار على الدر المختار، ٢٨/٥.

(٢) يُنظر الدر المختار بهامش رد المحتار على الدر المختار، ٢٨/٥.

(٣) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٢٨/٥.

(٤) يُنظر تبين الحقائق ١٢٥/٥.

(٥) يُنظر رد المحتار على الدر المختار، ٢٨/٥.

(٦) يُنظر بدائع الصنائع ٢١٨/٤.

(٧) يُنظر تبين الحقائق ١٢٥/٥.

(٨) يُنظر الأم ٤٦/٨، المنتقى، الباجي ١٣١/٥.

(٩) ينظر المبسوط، السرخسي ١٨١/١٥، ومغني المحتاج ٣٥٣/٢، وكشاف القناع ٥٥٥/٣.

وأما تقدير أجر المثل فيقوم به المقومون^(١) من أهل الخبرة بمعرفة الأسعار، فقد جاء في رد المحتار على الدر المختار: (..أجر المثل) أي أجر شخص مماثل له، في ذلك العمل، والاعتبار فيه لزمان الاستئجار، ومكانه، من جنس الدراهم والدنانير، لا من جنس المسمى لو كان [المسمى] غيرهما، ولو اختلف أجر المثل بين الناس فالوسط^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٤/٢١٨، والأشباه والنظائر، ابن نجيم، ٣٦٦، والأشباه والنظائر، السيوطي، ٥٦٧، ٥٦٩.
(٢) رد المحتار على الدر المختار ٥/٢٨، وينظر نظرية الأجور، ٣٧٢-٣٨٢.

المطلب الرابع: حكم نفقات وواردات العقود الإدارية

للقيام بمضمون العقود الإدارية وتأدية ما تم الاتفاق عليه، فإنّ ذلك يستوجب مجموعة من النفقات المتنوعة التي تترافق مع مضمون العقود الإدارية من بدايتها وحتى نهايتها، مشكلة بذلك جميع النفقات المستوجبة في العقد.

وبعد بذل هذه النفقات وقيام المشروع المتفق عليه على الوجه المطلوب، فإنه من المأمول أن تُقطف ثمار هذا المشروع وتُجمع جناه على النحو المتوقع منه، وهذا ما يسمى بواردات العقود الإدارية، أي ما يتم تحصيله من هذه العقود.

أولاً: نفقات العقود الإدارية

أقصد بنفقات العقود الإدارية هنا: ما تقوم الإدارة ببذله من الأموال في العقود الإدارية لصالح المرفق العام، وتشمل هذه النفقات جميع ما تتكلفه الإدارة لقيام المرفق العام على الوجه المطلوب، وهي تمثل أثمان المواد وما هنالك من تكاليف، والمقابل المالي للمتعاقدين معها.

أما المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة فإما أن تدفعه الإدارة للمتعاقد معها من المال النقدي كما هو الحال حين التعاقد بأسلوب الشراء العام كما في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد، وإما أن يكون المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة هو المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد في عقود التفويض العام كما هو الحال في عقود الالتزام والبوت والامتياز بأنواعه، حيث إنّ الإدارة تتعاقد مع المتعاقد معها على القيام بما يتطلبه المرفق العام من بناء أو أعمال أو غيرها... ثم تملكه الإدارة منفعة هذا المرفق مدة من الزمن؛ وبناء على هذا التفويض من الإدارة يقوم المتعاقد بمنح المنفعة للمنتفعين من هذا المشروع وأخذ المقابل المالي المستحق له.

إذاً فهناك نوعان من الإنفاق على المرفق العام

النوع الأول: الإنفاق في عقود الشراء العام:

عرفنا في عقود الشراء العام أنّ الإدارة هي التي تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها: ففي عقد الأشغال: فإن قدم المتعاقد عملاً فقط وكانت المواد من الإدارة، فالإدارة تدفع للمتعاقد أجره عمله، فتكون الإدارة قد أنفقت مالا للمواد ومالاً كأجرة للمتعاقد.

وإن قدم المتعاقد المواد والعمل، فإن الإدارة تدفع له ثمن المواد وأجرة العمل.

وإن قدم المتعاقد الصيانة والصيانة على التفصيل الذي ذكرته عند الحديث على الصيانة في عقد الأشغال.

وتسليم المعقود عليه يثبت عند تسليم الثمن الحال، أما في الثمن المؤجل فلا يتوقف تسليم المعقود عليه على أدائه، ولا يتحقق تسليم المبيع إلا إذا سلم للإدارة خالياً من أي شاغل، أي كانت العين قابلة لكمال الانتفاع بها، فإذا كان مشغولاً لم يصح التسليم، وأجبر المتعاقد على تفريغ المبيع^(١).

وقبض العقار تكفي التخلية فيه، بفراغه من أمتعة المتعاقد^(٢)، لكن لو أذنت الإدارة للمتعاقد بقبض العقار والأشياء صح التسليم؛ لأن المتاع صار وديعة عندها^(٣).

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى: أن قبض المكيل والموزون والمعدود باستيفاء الكيل أو الوزن أو العد، وقال الشافعية: لا بد مع ذلك من النقل. وهذا ما لم يبيع جزافاً، فيحصل قبضه بالنقل، على خلاف وتفصيل^(٤).

وأما غير ذلك من الحيوان والعروض، فإن قبضها بحسب العرف، كتسليم الثوب وزمام الدابة وسوقها أو عزلها عن دواب البائع أو انصراف البائع عنها .

ولم يفرق الحنفية -وهي رواية عن أحمد- بين المكيلات والموزونات والمعدودات وبين غيرها، فالتخلية قبض في الجميع، حتى لو كانت التخلية في بيت البائع فإنها صحيحة، فإن هلك المبيع بعدئذ هلك من ضمان المشتري، لأنه كالوديعة عنده^(٥).

وأجرة عد الثمن وكيله ووزنه على المشتري، وأجرة نقل المبيع المحتاج إليه في تسليم المبيع المنقول على المشتري^(٦).

واتفق الفقهاء على أن أجرة الكيال للمبيع، أو الوزن أو الذراع أو العداد تكون على البائع وكذلك مؤنة إحضاره إلى محل العقد إذا كان غائباً؛ لأنه لا تحصل التوفية إلا بذلك، واتفقوا على أن أجرة كيل الثمن أو وزنه أو عده، وكذلك مؤنة إحضار الثمن الغائب تكون على المشتري، إلا في الإقالة والتولية والشركة عند المالكية^(٧).

(١) يُنظر مجلة الأحكام العدلية (المواد ٢٦٢، ٢٦٩، ٢٧٦، وحاشية ابن عابدين ٥٦٢/٤ .

(٢) يُنظر حاشية ابن عابدين ٨٨/٤، ٥١٢، والقلبي ٢١٦/٢.

(٣) يُنظر الفتاوى الهندية ١٧/٣، يُعبر عن ذلك عند بعض المالكية: أن العقار إن كان أرضاً فقبضه بالتخلية، وإن كان داراً للسكنى فقبضها بالإخلاء. الشرح الصغير ٧١/٢.

(٤) يُنظر مغني المحتاج ٧٣/٢، والمغني، لابن قدامة ١٢٥/٤.

(٥) ينظر الفتاوى الهندية ١٦/٣، والفروع ١٤٢/٤ .

(٦) ينظر الشرح الصغير ٧١/٢، ومغني المحتاج ٧٣/٢، والمغني، لابن قدامة ١٢٦/٤ ط الرياض .

(٧) ينظر الشرح الصغير ٧١/٢.

ولكنهم اختلفوا في أجره نقاد الثمن، وهو الذي يرجع إليه في معرفة صحيح النقد من زائفه، فعند الحنفية روايتان عن محمد رحمه الله، ففي رواية رستم عنه: تكون على البائع؛ لأن النقد يكون بعد التسليم، ولأن البائع هو المحتاج إليه، ليميز ما تعلق به حقه من غيره، أو ليعرف المغيب ليرده، وبهذا قال الشافعية .

وفي الرواية الأخرى عن محمد، وهي رواية ابن سماعة عنه: ألما تكون على المشتري، لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد، كما يعرف القدر بالوزن، فيكون عليه، وهذا ما ذهب إليه المالكية.

وقال الحنابلة : إن أجره النقاد على البازل، سواء أكان البائع أم المشتري^(١) .

قال الشريبي^(٢) من الشافعية: أجره نقاد الثمن على البائع، ثم قال: وقياسه أن يكون في المبيع على المشتري، لأن القصد منه إظهار عيب إن كان ليرد به^(٣).

وعلى هذا فإن النفقة في عقد التوريد تتمثل في الثمن الذي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها حينما اتفقت معه على توريد المعقود عليه بينهما وإعطائه ثمن ذلك كاملاً، ونفقة تسليم الثمن إن كان له نفقة ومؤنة فعلى الإدارة؛ لأن نفقة تسليم الثمن على دافع الثمن، ونفقة تسليم المورّدات على المورّد^(٤).

وكذلك في عقد الأشغال نفقة تسليم المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة إن كان له نفقة فعلى الإدارة، ونفقة تسليم الأشغال إن كان لها نفقة فعلى المقاول المتعاقد مع الإدارة، كما في الاستصناع، حيث نفقات الاستصناع على الصانع، ونفقة الثمن إن احتاج لنفقة على المستصنع.

وأما إن تم تكليف العقد في الأشغال على أنه إجارة، كما لو دفعت الإدارة ثمن المواد، فكلية نقل المواد أيضاً على الإدارة؛ ويكون المتعاقد هنا بمثابة الأجير، ويستحق أجره، وعلى الإدارة مؤنة الأجر إن كان له مؤنة.

وكذلك في القانون فإنه يلتزم المشتري بأداء الثمن مع جميع المصروفات التي يتوقف عليها وفاء الثمن وأداؤه، كنفقات إرساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف، أو عن طريق آخر، كل ذلك حسب الأحوال المتفق عليها بالعقد، ووفقاً لأحكام الوفاء التي ذكرها القانون في نظرية الالتزام العامة (المواد ٣٢٢-٣٤٧)، ومنها المادة (٣٤٦) التي تنص على أن (تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)

(١) يُنظر شرح منتهى الإرادات ١٩١/٢-١٩٢.

(٢) الشريبي هو محمد بن أحمد الشريبي القاهري المعروف بالخطيب الشريبي، شافعي المذهب، فقيه ومفسر ونحوي، من مؤلفاته: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للنووي، توفي سنة ٩٧٧هـ، معجم المؤلفين ٢٦٩/٨.

(٣) يُنظر مغني المحتاج ٧٣/٢.

(٤) يُنظر عقد التوريد في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو ٣٥٦.

وأما نفقات وطرق التسليم في عقود التوريد الخارجية قانوناً فكما يأتي:

— التسليم خارج الدولة، في بلد المورد، وعلى ظهر الباخرة في ميناء الشحن، حيث تتحمل الإدارة نفقات النقل البحري والتأمين.

ويتحمل المتعاقد أجور النقل من المعمل إلى ظهر الباخرة، ومسؤولية الأضرار خلال نقلها من المعمل، إلى الباخرة، إضافة إلى ثمن العبوات بكافة أنواعها.

— التسليم داخل الدولة (في التسليم في البلد المستورد) على رصيف ميناء الوصول، وهنا يتحمل المتعاقد نفقات النقل والتأمين من المعمل وحتى رصيف ميناء الوصول، وثن العبوات والتغليف.

— التسليم داخل الدولة على ظهر السفينة في ميناء الوصول، وهنا يتحمل المتعاقد نفقات النقل حتى ظهر الباخرة في ميناء الوصول، تقع نفقات التأمين على الجهة الإدارية.

— التسليم داخل الدولة في مستودعات الجهة الإدارية.

وفيه يتحمل المتعاقد تكاليف النقل البري، والبحري، والتأمين حتى مستودعات الجهة العامة، كما يتحمل جميع الضرائب والرسوم، والنفقات المترتبة على المواد المتعاقد عليها حتى وصولها إلى هذه المستودعات^(١)، ويأخذ المتعاقد هامش ربح.

النوع الثاني: في عقود التفويض العام:

كما رأينا في عقود التفويض العام فإن الإدارة لا تدفع شيئاً من النفقات للمتعاقد، وإنما هو الذي يقوم بمضمون العقد وأخذ منفعته وثن المنفعة كمقابل له، ففي عقد الالتزام والبوت وامتياز الإنشاء يقوم المتعاقد بتكاليف ونفقات المرفق العام كما هو منصوص عليه في العقد، ثم يكون له منفعة المشروع مدة من الزمن، يسترد بها كل ما تكلفه من نفقات.

وفي امتياز الإدارة كذلك، يقوم المتعاقد بإدارة المشروع، وقد يضع بعض التكاليف ثم يسترد تكاليفه وأجره من التعريفات ورسوم الانتفاع بهذا المرفق.

وفي امتياز الاستغلال فكذلك، يقوم المتعاقد مع الإدارة باستغلال المرفق العام، ثم يأخذ المقابل المالي المتفق عليه.

ففي عقود التفويض نرى أن المتعاقد هو الذي يقوم بالتكاليف المطلوبة لإنجاز موضوع العقد في الالتزام والبوت وامتياز الإنشاء، ثم بعد ذلك يسترد ما دفعه من المبالغ العائدة من استثمار المشروع حسب ما يتم الاتفاق عليه مع الإدارة.

(١) يُنظر المادة ٦/، والمادة ٧/ من المرسوم ٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية، والأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٣٦٣.

وإن تم العقد على أنه عقد إجارة فنفقة تسليم الأجرة إن كان لها نفقة على من يدفعها، ونفقة تسليم العين المؤجرة في بداية العقد على الإدارة^(١)، - كما في امتياز الإدارة عندما تكون المنشأة معدة مسبقاً ولا تحتاج إلى نفقات - إلا إن اتفقا على خلاف ذلك.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن نفقات العين المنتفع بها تكون على مالك العين إذا كان مالك المنفعة قد ملكها بعوض كما في الإجارة^(٢)، فعلى المؤجر ما يلزم العين المستأجرة من نفقات وحوائج لا بد منها حتى يتمكن من استيفاء منافع العين التي ملكها بعقد الإجارة، ففي إجارة الدار - مثلاً - على المؤجر إصلاح مرافقها وما وهن من بنائها؛ لأن الدار ملكه وإصلاح الملك على المالك.

وقد ذهب الحنفية والشافعية إلى أن مالك العين - المؤجر - لا يُجبر على الإنفاق عليها أو إصلاحها إن لزمها ذلك، ويثبت لمالك المنفعة - المستأجر - في هذه الحالة فسخ العقد؛ لأن ذلك يُعد عيباً في المعقود عليه، والمالك لا يُجبر على إزالة العيب عن ملكه، لكن لمالك المنفعة - المستأجر - أن لا يرضى، بخلاف ما إذا ملك منفعتها وهي على تلك الحالة وعلم بها أو رآها، أو تم الاشتراط على بالإصلاح على المستأجر فلا خيار له^(٣).

وأما المالكية: فالأصل عندهم أن نفقات العين المنتفع بها إنما تكون على مالك العين - المؤجر - ما لم يوجد شرط أو عرف بخلاف ذلك، ولا يجبر المالك على ذلك، فإن امتنع يثبت لمالك المنفعة - المستأجر - الحق في الخروج من عقد الإجارة (فسخه) في الضرر البين...، فإن وُجد عرف أو اشترط مالك العين - المؤجر - على مالك المنفعة - المستأجر - أن نفقة العين تكون عليه فيلزمه ذلك إن كان مقدار النفقة معلوماً، سواء أخرج النفقة من ماله أم من الأجرة، أما إن كان مقدار النفقة مجهولاً فلا يجوز اشتراطها على مالك المنفعة - المستأجر - إلا من الأجرة لا من ماله، كأن يقول له: كلما احتاجت العين المستأجرة إلى نفقة أو إصلاح فأنفق عليها من الأجرة^(٤).

وعند الحنابلة يلزم مالك العين - المؤجر - كل ما تحتاجه العين المستأجرة من نفقات مما جرت به العادة والعرف، ولا يصح عندهم أن يُشترط ذلك على مالك المنفعة - المستأجر -، فإن شرط المؤجر على المستأجر

(١) ينظر بدائع الصنائع ٢٠٨/٤ - ٢٠٩، وحاشية الدسوقي ٤/٤٧، ومغني المحتاج ٣/٤٦٨ - ٤٦٩، والمغني، لابن قدامة ٢٦٥/٥ - ٢٦٦.

(٢) ينظر بدائع الصنائع ٢٠٨/٤ - ٢٠٩، وحاشية الدسوقي ٤/٤٧، ومغني المحتاج ٣/٤٦٨ - ٤٦٩، والمغني، لابن قدامة ٢٦٥/٥ - ٢٦٦.

(٣) ينظر بدائع الصنائع ٢٠٨/٤ - ٢٠٩، ومغني المحتاج ٣/٤٦٨ - ٤٦٩.

(٤) ينظر حاشية الدسوقي ٤/٣٥ - ٤٧.

أن نفقة العين تكون عليه لم يصح ذلك، وفسد الشرط؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الإجارة، لكن إن أنفق المستأجر بمقتضى هذا الشرط أو بإذن المؤجر فإنه يرجع عليه بما أنفق^(١).

وفي عقود التفويض المكيفة على أنها عقد إجارة نرى أن ما ينفقه المتعاقد على المرفق إنما يكون حسب الاتفاق بينه وبين الإدارة، وبهذا يصح ذلك، ويسترد المتعاقد التكاليف من خلال استثماره لهذا المرفق، وأخذه تكاليفه من نتائج هذا الاستثمار.

وأما نفقات الشركة حين تكيف العقود على أساسها، ففي شركة العنان فالنفقات على الشركاء من رأس مالهم، وتقتطع في النهاية من الربح^(٢)، ونفقة تقسيم وتسليم الربح على الشركاء من الربح، لأنه لا ربح إلا بعد وقاية رأس المال.

وفي شركة المضاربة — عندما يتم تكيف العقد الإداري على أساسها — فالنفقات من مال رب المال، وتقتطع في النهاية من الربح^(٣)؛ لأنه لا ربح حتى يستوفي رأس المال، جاء في بدائع الصنائع: (وأما ما تحسب النفقة منه، فالنفقة تحسب من الربح أولاً إن كان في المال ربح فإن لم يكن فهي من رأس المال..)^(٤)، وأما نفقة العامل على نفسه ففيها خلاف، وأفضل ذلك فيما يأتي:

النفقات التي يجوز للمضارب أخذها من مال المضاربة

وشركة المضاربة كالمضارب الخاص، وللفقهاء في النفقات التي يجوز أخذها اتجاهان:

— الاتجاه الأول: لا يميز للعامل المضارب اقتطاع النفقة من مال المضاربة.

— والاتجاه الثاني: يميز ذلك بقيود.

أما الاتجاه الأول: فهو للشافعية^(٥) في الأظهر من قول الإمام الشافعي: لا نفقة للمضارب على نفسه من مال المضاربة، لا حضراً ولا سافراً، إلا أن يأذن له رب المال؛ لأن للمضارب نصيباً من الربح، فلا يستحق شيئاً آخر، ويكون المأخوذ زيادة منفعة في المضاربة، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح، فيؤدي أخذه إلى انفراده به، وقد تكون أكثر، فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال، وهذا ينافي مقتضى العقد، فلو شرطت النفقة للمضارب في العقد فسد.

وأما الاتجاه الثاني فهو لجمهور الفقهاء:

(١) ينظر كشف القناع ١٩/٤ — ٢١.

(٢) ينظر تبين الحقائق ٦٣/٥، والربح في الفقه الإسلامي أحكامه وضوابطه ٧١.

(٣) ينظر الاختيار ٢٠/٣، ٢٤—٢٥، وشرح الزرقاني ٤٥٤/٣، ومعني المحتاج ٣١٨/٢، كشف القناع ٥٢٠/٣.

(٤) بدائع الصنائع ١٠٧/٦.

(٥) ينظر معني المحتاج ٣١٧/٢.

أما الحنفية^(١) فأجازوا للمضارب أن ينفق من مال المضاربة في السفر دون الحضر، وهي النفقة الخاصة بحاجة الطعام والشراب والإدام والكسوة والتنقل وأجر الأجير وأجرة الحمام ودهن السراج والحطب، وعلف الدابة، والفراش الذي ينام عليه وغسل الثياب ونحو ذلك مما لا بد في السفر منه عادة.

وأما المالكية^(٢): فأجازوا للعامل النفقة من مال القراض في السفر لا في الحضر، إن كان المال يحمل ذلك، إلا إذا كانت المضاربة في الإقامة (الحضر) تشغله عن الوجوه التي يقتات منها، فله حينئذ الإنفاق من مال المضاربة.

وأما الحنابلة^(٣): فأجازوا النفقة للمضارب في الحضر أو في السفر إذا اشترطت، فهم كالشافعية؛ لأن الإذن أو الشرط في النتيجة شيء واحد، وإن كان الشافعية لا يجيزون الاشتراط كما تقدم.

ثانياً: واردات العقود الإدارية

أقصد بواردات العقود الإدارية: حصول نتائج العقد للمتعاقدين، أما الإدارة فتحصل في عقود الشراء العام، ومنها عقد الأشغال على ما اتفقت عليه مع المتعاقد من العمل أو المواد والعمل أو الصيانة، وفي عقود التوريد، فتحصل الإدارة على الأشياء التي طلبت توريدها، وفي عقود التفويض تحصل الإدارة على المشروع أو إدارته وتشغيله ومردوده، وما إلى ذلك مما تم تفصيله في عقود التفويض العام.

أما المتعاقد مع الإدارة فيحصل على المقابل المالي المستحق له، ففي عقود الشراء العام، فيتنوع مردوده بين ثمن أو أجر أو ربح، وإما أن يكون على صورة نقود أو منفعة أو عروض، وقد فصلت ذلك في ثنايا البحث، فأجنب هنا التكرار.

ومن واردات العقود الإدارية ما يؤول إلى الإدارة من عائدات، بما فيها من أجور وأرباح محصّله من المرفق، وتؤول إلى بيت مال المسلمين، وبالتالي توزع هذه الواردات حكمها حكم المال الذي في بيت مال المسلمين^(٤).

(١) يُنظر المبسوط ٦٣/٢٢.

(٢) يُنظر بداية المجتهد ٢٣٨/٢، والقوانين الفقهية ٢٨٣.

(٣) يُنظر كشف القناع ٢٦٥/٢.

(٤) ينظر للتوسع قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد، ٥١٩-٥٢٩، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.

المبحث الثالث
أحكام التعديل والفسخ والإقالة في العقود الإدارية
ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعديل العقود الإدارية

المطلب الثاني: فسخ العقود الإدارية وأثره في المقابل المالي فيها

المطلب الثالث: الإقالة في العقود الإدارية وأثرها في المقابل المالي

تتصف العقود الإدارية بأنها عقود زمنية، أي يتطلب تنفيذها مدة من الزمن، ومن خلال حقب الأزمان تتبدل كثير من الأمور وتتغير؛ مما يدفع أحد العاقدين إلى تعديل بعض بنود العقد الإداري^(١)، أو فسخه أو الإقالة فيه، وهذا ما يستتبع التغيير والتبديل فوراً في المقابل المالي للمتعاقد تبعاً لدرجة التغيير والتبديل القائمة في العقد، مما يتطلب مني أن أبين حكم المقابل المالي في هذه الأحوال.

المطلب الأول: تعديل العقود الإدارية

تتصف العقود الإدارية بأنها عقود زمنية، قد تمتد آثارها إلى فترة طويلة نسبياً، قد تصل في بعضها إلى سنة أو أكثر، وبالتالي فقد يرغب أحد الأطراف بإجراء تعديل لبعض مكونات العقد حسب مقتضيات المصلحة والحاجة التي تختلف من وقت لآخر، كتعديل معين في صفات العقود عليه، أو زيادة كميات معينة أو إنقاصها أو غير ذلك، مما يؤثر في المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة، والأصل أنه يجب الالتزام ببند العقد ولا ينبغي التغيير فيها إلا بموافقة الطرفين وتراضيهما على ذلك؛ وذلك لأنّ العقد انعقد صحيحاً لازماً نافذاً، فترتب آثاره عليه كما تم الاتفاق عليه؛ إلا أنه قد يكون تعديل الالتزام لازماً لرفع الظلم ودرء الضرر الواقع على أحد الأطراف نتيجة تنفيذ الالتزام، كما إذا أصبح الوفاء بالالتزام مرهقاً مخلاً بالتوازن المالي للعقد، كما أنه قد يشتمل العقد على شرط يقتضي حق أحد الأطراف طلب تعديل الاتفاق في حالات معينة، وبالتالي يحل الاتفاق الجديد محل الاتفاق الذي تم تعديله وتتغير التزامات الطرفين تبعاً لأحكام العقد الجديد، أما ما تم تنفيذه فلا يتأثر بهذا التعديل، لأنّ ما تم تنفيذه من العقد لا يمكن نقضه، وليس للتعديل أي أثر رجعي عليه؛ لأنه يرد على عقد من عقود المدة، كما في عقد الإجارة^(٢).

أولاً: من له الحق بالتعديل:

قد يصدر التعديل من قبل الإدارة بعد شروع المتعاقد بالتنفيذ، وبالتالي تتحمل الإدارة ما يترتب عليها من تعويض للمتعاقد نتيجة هذا التعديل.

كما أن هناك التعديل الاتفاقي بينهما، والتعديل القضائي.

١_ التعديل الاتفاقي: أما تعديل أحد أطراف العقد، فيمكن أن يكون في الحالات الآتية:

— رغبة أحد المتعاقدين في التعديل: قد يكون من مصلحة أحد المتعاقدين تعديل الالتزام لتلبية احتياجاته المتزايدة أو لتطوير عمله نظراً لتبدلات الأسواق وتغير قوى العرض والطلب ارتفاعاً وهبوطاً، وفي هذه الحالة

(١) ينظر آثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور، ١٢، ونظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب، ١٣٦.

(٢) ينظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب، ١٣٦، وعقد المأجرة: الإنشاء والتعمير، حقيقته، تكييفه، صورته، الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي، ٢١.

ينبغي وجود رضا الطرفين على هذا التعديل؛ لأنه ليس للمتعاقد إلا الالتزام بأحكام العقد، كما أنه ليس هناك ظرف طارئ يستوجب رفع الأضرار، فيكون الالتزام بالعقد واجب إلا إذا ترضيا على التعديل^(١).

— وجود شرط التعديل في بنود العقد: قد يتضمن العقد شرطاً صريحاً يبيح لأي طرفي العقد تعديلاً ما في العقد في زمان معين أو في حال معينة.

— التعديل حال اختلال التوازن المالي للعقد: إذا أصبح تنفيذ العقد مرهقاً لأحد الطرفين ومخلاً بتوازن العقد المالي نتيجة ظرف طارئ غير متوقع يلحق ضرراً مادياً كبيراً لا يمكن دفعه، فيحق للعقد المتضرر طلب التعديل بما يعيد التوازن المالي للعقد، ويتم التعديل إما عن طريق تراضي الطرفين، أو القضاء.

٢_ التعديل القضائي: للقاضي أن يُقوم اختلال التوازن في العقد إما بفسخه أو بتعديله حسبما يرى ذلك ممكناً؛ لرفع الظلم والضرر على أحد المتعاقدين^(٢)، وبالتالي يتنوع عمل القاضي في ذلك^(٣)، حيث إنه إما أن يقوم بتوزيع القدر المتجاوز من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، أو بتحميل الطرف الآخر القدر المتجاوز إن رأى هذا عادلاً وواقعاً تحت أحكام نظرية الظروف الطارئة، وإما أن يقوم بفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه إن رأى أن فسخه أصلح وأفضل في القضية المعروضة، 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 للمتعاقد، وإما أن يقوم القاضي بإمهال المتعاقد إذا وجد أن السبب الموجب للتعديل قابل للتداول في وقت قصير ولا يتضرر الطرف الآخر بهذا الإمهال، ويعتمد القاضي في هذه التقديرات والموازنات جميعاً على أهل الخبرة في هذا المجال مع مراعاة جانب الصدق والثقة والزاهة فيهم.

ثانياً: حالات التعديل في العقود الإدارية:

١_ تعديل المقابل المالي بالزيادة أو النقص: يجوز الاتفاق على زيادة المقابل المالي أو إنقصاه بالتراضي بين المتعاقدين، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاثَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيزَةِ﴾ [النساء: ٢٤]، ووجه الاستدلال بالآية أنها بيّنت أن الطرفين إذا تراضيا على حط بعض المهر أو زيادته بعد تقديره جاز، وتعديل المقابل المالي نظير هذا^(٤).

(١) ينظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، ٢١٦-٢١٧.

(٢) يُنظر الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٣٤٩.

(٣) يُنظر قرار مجلس الجمع الفقهي الإسلامي، القرار السابع، الدورة الخامسة، العدد ١٢. المنعقد بمكة المكرمة في الفترة من (١٦-٨) ربيع الثاني سنة ١٤٠٢هـ.

(٤) يُنظر أحكام القرآن للحصاص ١٠٦/٣، وأحكام القرآن لابن العربي ١/٥٠٠.

وكذلك قال رسول الله ﷺ للوزان: «زن وأرجح»^(١)، وهذه زيادة في الثمن ندب إليها رسول الله ﷺ بالقول وبالفعل فتكون جائزة، كما أن المتعاقدين لهما رفع أصل العقد بالإقالة، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير والتعديل^(٢)، وهنا اختلف الفقهاء في الزيادة أو الحط من المقابل المالي، هل تلحق بأصل العقد؟

فذهب المالكية والحنفية إلى أن الزيادة في المقابل المالي أو المعقود عليه أو الحط منهما تلحق بأصل العقد، ويجعل كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعاً^(٣)، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الزيادة إن كانت في زمن خيار المجلس أو خيار الشرط، فإنها تلحق بأصل العقد وتأخذ حكم المقابل المالي، وإن كانت الزيادة أو الحط بعد لزوم العقد فإنها لا تلحق بالعقد^(٤)، بينما ذهب زفر إلى القول بأن الزيادة والحط لا يمكن إلحاقهما إطلاقاً، فالزيادة برّ مبتدأ، والحط إبراء من بعض المقابل المالي؛ لأن المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الأول من الثمن فقط، ولو ألحقت زيادة الثمن بالعقد لصارت ملك للبائع عن مبيعه الأول، وكذلك لو ألحقت زيادة المبيع بالثمن الأول لكانت الزيادة ملكاً بالثمن الأول^(٥).

ولعل الراجح هو إلحاق الزيادة بالعقد، إذ إن الزيادة أو الحط إنما طلبا لإلحاقهما في العقد، وثمره الخلاف تظهر فيما إذا فسخ العقد أو أقال إدارة المتعاقد ونحو ذلك.

وفي العقود الإدارية إذا تم تعديل المقابل المالي زيادة أو نقصاناً فإن هذه الزيادة تلحق بالعقد لكن لا يكون لها أثر رجعي على ما تم تنفيذه من العقد، لأن ما تم تنفيذه من العقد مضى على ما اتفق عليه العاقدان، وطبيعة العقود المتراخية التنفيذ أن لا يكون لها أثر رجعي لما قد تم تنفيذه، ومنها العقود الإدارية، أما ما لم يتم تنفيذه من العقد فإن الزيادة أو النقصان تلحق العقد وتأخذ حكم المقابل المالي المطلوب، ويصبح التزام الإدارة مرتبطاً به.

٢- تعديل جنس المعقود عليه ونوعه: إذا كان التعديل للمعقود عليه أو نوعه، فهذا في الحقيقة تغيير جوهري في العقد الأول، ونسف له، ويُعد فسخاً للعقد السابق واتفاقاً جديداً يحل محله، فما مضى يطبق عليه

(١) سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: الرجحان في الوزن والوزن بالأجر، ٢٤٥/٣، وسنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في الرجحان في الوزن، ٥٩٨/٣، عن سويد بن قيس س، وقال (حديث سويد حسن صحيح)، وقال: (وأهل العلم يستحبون الرجحان في الوزن)، وسنن النسائي الكبرى كتاب: البيوع، باب: الرجحان في الوزن ٣٥/٤، وسنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: الرجحان في الوزن، ٧٤٨/٢، والحاكم في المستدرک وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ٣٥/٢ رقم ٢٢٣٠. والوزان هو الذي يزن الثمن (الدراهم والدنانير) ليدفعه للبائع.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ٢٠٦/٥، وكشاف القناع ٢٤/٤.

(٣) يُنظر بدائع الصنائع ٢٠٦/٥، وحاشية الدسوقي ٣٥/٣.

(٤) يُنظر مغني المحتاج ٧٨/٢، وكشاف القناع ٢٣٤/٣.

(٥) يُنظر الهداية شرح البداية ٦٠/٣.

حكم الإقالة، ويعدّ الاتفاق الجديد عقداً مبدئياً له أحكامه التابعة له؛ حيث إنّ بتعديل جنس المعقود عليه يتعدل المقابل المالي، وربما الأجل ونحو ذلك، وقد بحث الفقهاء حكم استبدال المسلم فيه قبل قبضه، وذهب الجمهور إلى عدم جواز استبدال المسلم فيه بغيره من جنسه^(١)، واستدلوا بقول النبي ﷺ: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(٢).

٣- تعديل صفات المعقود عليه: وفي هذه الحالة يتفقان على تعديل صفات المعقود عليه مع الإبقاء على جنسه، ونوعه، وذلك كتعديل الأحجام والألوان والأوزان وغيرها..، ويُشترط قبول الطرف الآخر لهذا التعديل مع استحقاقه فارق المقابل المالي المتناسب مع حجم التعديل، حيث غالباً ما يحتاج هذا التعديل إلى مزيد جهد وكلفة، وقد أفتى بيت التمويل الكويتي فيما يخص عقد الاستصناع والمقاولات بأنه إذا نص العقد على أنه إذا جرت مسائل تقتضي المصلحة لإتمامها بقيمة الأعمال المضافة ينبغي أن تُدفع، أما إذا لم ينص العقد على ذلك واقتضت المصلحة هذه الإضافات فإنّ العرف هو الحكم حينئذ^(٣)، ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: (أما الإضافات والتعديلات التي يطلبها صاحب العمل من المقاول فتخضع لاتفاق جديد ويستحق المقاول البدل الجديد المتفق عليه)^(٤).

٤- تعديل وقت المقابل المالي:

من الالتزامات العقدية أن يتم وفاء المقابل المالي في وقت محدد، أو أوقات محددة دون تأخير، لكن قد يتم الاتفاق على تعديل وقت الدفع بتأخيره إلى أجل أبعد مثلاً؛ لتعسر الإمكانيات، وإنظار المعسر قد رغب به الشارع فقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وقال رسول الله ﷺ: «من أنظر معسراً فله بكل يوم مثله صدقة»^(٥)، وقوله ﷺ: «من سرّه

(١) يُنظر بدائع الصنائع ٣٠٨/٥، وبداية المجتهد ١٥٥/٢، ومغني المحتاج ٧٠/٢، والمغني، لابن قدامة ٢٠١/٤.

(٢) سنن أبي داود، أبواب: الإجارة، باب: السلم لا يحول، ٢٧٦/٣، ذكر في البدر المنير أنّه ضعيف؛ لضعف عطية بن سعد العوفي. ينظر البدر المنير ٥٦٣-٥٦٤.

(٣) يُنظر دلة البركة، فتاوى الاستصناع والمقاولات ٧١، جمع وتصنيف أحمد محيي الدين أحمد، ط: الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

(٤) عقد المقاوله شرعاً وقانوناً، د. وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، ٩.

(٥) سنن ابن ماجه، كتاب: الصدقات، باب: إنظار المعسر عن بريدة الأسلمي س، ٨٠٨/٢، ومسنّد الإمام أحمد ٣٦٠/٥، والحاكم في المستدرک وقال: (حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، ٣٤/٢.

أن يظله الله يوم لا ظل إلا ظله فلييسر على معسر، أو ليضع عنه»^(١)، ويمكن للقاضي أن يمنح المدين المعسر أجلاً جديداً ليتمكن من الوفاء بالتزاماته بشرط أن يثبت إعساره، وأن يكون الدين المطالب به حالاً الأداء، وألا يكون عدم الوفاء بالدين نتيجة مُطل أو سوء نية، وألا يترتب على منح نظرة الميسرة ضرر بالدائن^(٢). ثم إنَّ منح المدين أجلاً جديداً مشروط بعدم إلحاق الضرر بالدائن صاحب الحق، فالضرر لا يزال بمثله ولا بأشد منه، وأما إن كان في تأخيرهِ ضرر كبير سيلحق بالدائن فيُصار في هذه الحالة إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروطها.

٥_تعديل الشرط الجزائي:

أ_ **التعديل الاتفاقي للشرط الجزائي:** أي دون اللجوء إلى القضاء، ويكون إما بتخفيف المسؤولية أو تشديدها، أما تخفيف المسؤولية عن الشرط الجزائي أو الاعفاء منه كاملاً بعد وقوع الضرر واستحقاق التعويض فهو جائز في الفقه الإسلامي؛ لأن الشرط الجزائي في الغالب تعويض مالي، والتعويض المالي هو حق خاص للعبد، يجوز فيه الاعفاء والإبراء كلياً أو جزئياً، وأما زيادة الشرط الجزائي وتشديده على المدين بحيث يشمل المسؤولية عن السبب الأجنبي والآفة السماوية والقوة القاهرة؛ فهذا لا يجوز لأنه تغيير لطبيعة العقد، وهو شرط ينافي مقتضى العقد، حيث يرى أئمة المذاهب الأربعة أنَّ ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بالشرط^(٣)، كما لو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المؤجرة، فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد، وكما لو اشترط الضمان على العامل المضارب والوكيل ونحوها^(٤)؛ وبالتالي لا يجوز تعديل الشرط الجزائي بما يشمل الظروف القاهرة التي لا يعد المدين مسؤولاً عنها.

ب_ **التعديل القضائي للشرط الجزائي:** بما أنَّ الشرط الجزائي تعويض اتفق العاقدان على تقديره عن الضرر الذي ينشأ عند الإخلال بالعقد، فإنَّه قد يستخدم هذا الشرط كأداة استغلال وأكل أموال الناس

(١) صحيح مسلم، كتاب: الزهد والرفائق، باب: حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر بلفظ: «من أنظر معسراً ووضع عنه أظله الله في ظله»، ٢٣٠١/٤، وسنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في إنظار المعسر والرفق به، وقال: حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه ٥٩٩/٣.

(٢) يُنظر الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٣٧٤.

(٣) يُنظر مجمع الضمانات للبغدادي ٥٥، ونظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ١٨٢، والشرط الجزائي، د. أسامة الحموي

٢٩٠-٢٩١.

(٤) يُنظر رد المختار على الدر المختار ٦٦٣/٥، حاشية الدسوقي ٤٢٣/٣.

بالباطل؛ مما يتعارض مع مبدأ العدالة والإنصاف الذي يجب أن يسود المعاملات^(١)؛ وبالتالي فللقاضي حينها سلطة تعديل الشرط الجزائي ورده إلى الحد المعقول الذي يتناسب مع حجم الضرر الواقع زيادة أو نقصاناً^(٢). وفي الجانب القانوني إنَّ تعديل المقابل المالي أمر ممكن في حالات استثنائية وهي كما يأتي:

١- التعديل لأسباب تعود للمتعاقدين:

وتتمثل هذه الأسباب بالأعمال الإضافية، والجزاءات.

أ- **الأعمال الإضافية:** وهي الأعمال التي يُطلب من المتعاقد القيام بها، أو يقوم بها من تلقاء نفسه وتكون غير ملحوظة في العقد^(٣)، ومنها:

— عندما تطلب الإدارة من المتعاقد في الأعمال الإضافية زيادة أو إنقاص كميات نفس المواد المتعاقد عليها^(٤)، ويتم حساب المقابل المالي زيادة أو نقصاناً وفقاً لأسعار العقد^(٥).

— **الأعمال الضرورية والمفيدة:** تقوم الإدارة بالتعويض عن الأعمال التي تطلبها من المتعاقد، بخلاف ما لم تطلبه حيث يُعد تبرعاً من المتعاقد، إلا إذا كانت هذه الأعمال ضرورية، أو مفيدة للالتزامات الأصلية التي يكلف بها المتعاقد.

الأعمال الضرورية: وهي الأعمال التي لم تطلبها الإدارة في العقد، لكنها لا يمكن تنفيذ العقد دونها؛ ولذا تُعدّ امتداداً للأعمال الأصلية، وتقوم الإدارة بتعويض المتعاقد عنها بناءً على الأسعار التعاقدية؛ وقد أكد القضاء الإداري ذلك؛ ذلك عملاً بقاعدة (لكل عمل أجر)، وبالتالي يزداد المقابل المالي للمتعاقد^(٦). ويُستدل على التعويض عن الأعمال الضرورية من مضمون ما جاء في دفتر الشروط الخاص بقانون عقود الجهات العامة السورية رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤/ حيث جاء في المادة ٣١/ : (... بـ ... وكل ما

(١) يُنظر الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٣٧٨.

(٢) يُنظر المرجع السابق ٣٨١.

(٣) ينظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عبسي عبد القادر الحسن، ٢١٩، وموسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، حمدي ياسين عكاشة، ٤٣٥، والعقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٢٤٤، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى، ١٩.

(٤) ينظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عبسي عبد القادر الحسن، ٢١٩، وموسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، حمدي ياسين عكاشة، ٤٣٥، والعقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٢٤٤، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى، ١٩.

(٥) ينظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عبسي عبد القادر الحسن، ٢١٦-٢١٧، الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٤٨٥.

(٦) ينظر قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٨٧/٦٦ لعام ١٩٧٣، موسوعة العقود، صبحي سلوم ٤١٩.

يتطلبه تسليم الأعمال بصورة مرضية مقبولة سواء كان ذلك موضحاً في المخططات والمواصفات الفنية وقائمة الأسعار أم مفهوماً منها ضمناً، ويفهم من هذا أن الأعمال الضرورية التي يطلبها حسن التنفيذ من الأعمال المطلوبة ضمناً من المتعاقد، ولو لم يُنص عليها صراحة في العقد، كما^(١).

الأعمال المفيدة: هي الأعمال التي تحقق فائدة للإدارة مع أنها لم تطلب تنفيذها؛ لكنها تعوض المتعاقد عليها وفق نظرية الإثراء بلا سبب وليس وفق الأسعار التعاقدية^(٢)، وقد جاء في أحكام في مجلس الدولة: (إن من شأن عدم تكليف الإدارة للمتعاقد خطأً بتنفيذ الكميات الإضافية، واستفادة الطريق موضوع العقد فعلاً من تنفيذ تلك الكميات أن يعطى المتعهد الحق في تقاضي تعويض تقدره المحكمة)^(٣).

ب_ الجزاءات: وهي ما تفرضه الإدارة على المتعاقد من عقوبات عند إخلاله بالتزاماته في العقد، سواء كانت مالية أم عقوبات ضاغطة، أم حسميات سوء التنفيذ أم فسخ العقد^(٤).

١_ الجزاءات المالية: وتقسم إلى غرامات التأخير، والتعويض.

__ غرامات التأخير: تقوم الإدارة بتقدير جزاءات تنص عليها في العقد في حال أخل المتعاقد بالتزاماته المتعلقة بمدة العقد^(٥)، ويكون منصوباً على هذه الغرامات بأن تكون على شكل نسبة مئوية من الثمن^(٦)، تستحق عن كل يوم تأخير، وتقتطعها الإدارة منذ اليوم الأول، حتى لو لم يلحق بها ضرر بسبب التأخير^(٧)، وتقدر على أساس الثمن الكامل للمتعاقد، ويمكن أن تقدر على أساس الجزء المتأخر تسليمه فقط^(٨)، وتفرض هذه الغرامات في سورية بنسبة واحد بالألف من قيمة العقد الإجمالية عن كل يوم تأخير، ولا يجب أن يزيد مجموعها عن ٢٠٪/ من القيمة الإجمالية أيضاً^(٩).
وبهذا تُنقص الغرامات من المقابل المالي للمتعاقد.

(١) قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٨٧/٦٦ لعام ١٩٧٣، يُنظر موسوعة العقود، صبحي سلوم، ٤١٩.

(٢) ينظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٣٠١/٢-٣٠٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٤١/١٥٦ لعام ١٩٨٨، ينظر صبيغ الدعاوى الإدارية، مصباح نوري المهائني، الطبعة الأولى، ٢٣٩.

(٤) ينظر آثار العقد الإداري، خالد العيسى، ٢٠، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ١٣.

(٥) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٥١٢.

(٦) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٢٥١.

(٧) ينظر آثار العقد الإداري، خالد العيسى، ٢١.

(٨) يُنظر المادة ٥٠/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤/.

(٩) يُنظر المادة ٥٠/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤/.

— التعويض: يفرض التعويض عندما يؤدي إخلال المتعاقد بالتزاماته إلى إلحاق الضرر بالجهة الإدارية، وعندها يشترط وجود الخطأ، والضرر، والعلاقة سببية بينهما^(١)، وعندها يتم اللجوء إلى القضاء لتحديد أحقية التعويض ومقداره^(٢)، وتعويض المتعاقد للإدارة يُنقص مقابله المالي^(٣).

٢— **حسميات سوء التنفيذ:** للإدارة أن ترفض الأصناف أو الأشغال التي لا تتطابق مع المواصفات العقدية^(٤)، لكن يمكن أن تقبلها إذا رأت أن هذه العيوب لا تمنع من استخدامها أو استعمالها، وكان من مصلحتها قبولها، وتقوم بحسم مبالغ تعادل حسب تقديرها قيمة هذه العيوب والنواقص^(٥)، وبهذا ينقص مقدار المقابل المالي للمتعاقدين.

٣— **العقوبات الضاغطة (الإكراهية المؤقتة):** إذا قصر المتعاقد في التزاماته أو امتنع عنها، فإن الإدارة تفرض عليه العقوبات المناسبة كما يأتي:

٤— **دخول الإدارة في التنفيذ على حساب المتعاقد:** حيث تدخل الإدارة في تنفيذ الالتزامات إلى جانب المتعاقد لمساعدته للإسراع في تنفيذ العقد، وعلى حسابه، كأن تقوم بتدعيم الورشات، ويبقى مسؤولاً بنفسه عن التنفيذ، وتخصم الإدارة مبالغ الأشياء الموردة أو أجرة الأعمال من حسابه^(٦).

— سحب الأعمال: وهنا تقوم الإدارة بسحب الأعمال وتنفيذ العقد بنفسها أو عن طريق شخص آخر، وعلى حساب المتعاقد، وليس له الانفراد بالتنفيذ^(٧)، وهنا الإدارة (تصفي المشروع على أساس المقارنة بين القيمة المالية الناجمة عن عقد المتعاقد الناكل، والقيمة المالية لعقد المتعاقد الجديد، بالنسبة للأعمال التي كانت محلاً للسحب، فإذا كانت قيمة العقد الثاني أعلى من الأول، يتحمل المتعاقد الناكل هذه الزيادة، وإذا كان هناك وفر، يكون من حق الإدارة)^(٨).

(١) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٢٥١.

(٢) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٥٠٩.

(٣) ينظر آثار العقد الإداري، خالد العيسى، ٢١.

(٤) يُنظر الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات، عليوه مصطفى فتح الباب ٣٤٤.

(٥) يُنظر المادة ٣٩/ من المرسوم التشريعي رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤/.

(٦) يُنظر المادة ٤٠/ من المرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

(٧) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٢٥٢.

(٨) العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٣٣٩-٣٤٠.

— فسخ العقد: وهو إنهاء الرابطة العقدية من قبل الإدارة عندما يرتكب المتعاقد أخطاء جسيمة أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية^(١)، وتقوم بتصفية العقد، والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها^(٢)؛ وبالتالي يخسر المتعاقد المقابل المستحق، والتكاليف الواجبة عليه للتنفيذ، بحيث أنه إذا لم يكف مقابله لتنفيذ التزاماته فإن الإدارة تأخذ من مقابل مالي له من عقود أخرى يجريها المتعاقد معها، أو مع غيرها من الجهات الإدارية لتستكمل تنفيذ العقد^(٣).

٢- تعديل المقابل المالي لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين: هناك أسباب يمكن أن تطرأ أثناء التعاقد، وتؤثر على المقابل المالي، وتجبر الإدارة على تعويض المتعاقد عنها على الرغم من عدم مسؤوليتها، أو مسؤولية المتعاقد عن حدوثها، وتُدْرَس هذه الأسباب وتُعالج وفق نظريات اختلال التوازن المالي في العقد، وقد أفردت لها دراسة خاصة بها^(٤).

(١) يُنظر المرجع نفسه، ٢٥٩، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى، ٢٣ .

(٢) ينظر الجزاءات المؤقتة والنهائية في مجال العقود الإدارية، وسام بديع يزبك، ٣٧ رسالة دبلوم، جامعة دمشق، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى، ٢٣.

(٣) يُنظر المادة ٣٧/فقرة ب/ من المرسوم ٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية والتي جاء فيها: (... يحق للجهة العامة أن تحسمه من المبالغ المستحقة أو التي يستحقها المتعاقد لديها وتزل من الكشوف مباشرة وتحويل لصالح الجهة العامة سواء كان ذلك بموجب هذا العقد أو بموجب عقد آخر ..).

(٤) ينظر نظريات اختلال التوازن المالي من هذا البحث.

المطلب الثاني: فسخ العقود الإدارية وأثره في المقابل المالي فيها

قبل أن أبدأ بتفصيل أثر الفسخ في المقابل المالي في العقود الإدارية، لابد من تعريف الفسخ والانسفاخ والفرق بينهما، ثم أثرهما، مع بيان حالات الفسخ المتنوعة، وذلك كما يأتي:

أولاً: تعريف الفسخ والانسفاخ والفرق بينهما:

١_ الفسخ في اللغة: هو النقض أو التفريق، وانفسخ العقد انقضى^(١)، وأما في الاصطلاح: فهو حل رابطة العقد^(٢)، ويكون الفسخ في العقود غير اللازمة بسبب أحد الخيارات بمعنى رفع العقد من أصله كأنه لم يكن، وأما في العقود اللازمة فيكون بمعنى رفع العقد بالنسبة للمستقبل، كما في حالة الفسخ بسبب الأعذار، والفسخ القضائي.

٢_ الفرق بين الفسخ والانسفاخ:

الانسفاخ أعم من الفسخ، ومعناه: انحلال العقد، ويكمن الفرق بينهما في أن الفسخ إما أن يكون بالتراضي أو بالتقاضي، أما الانسفاخ فيكون بسبب استحالة التنفيذ أو استحالة متابعته سواء بسبب القوة القاهرة أم موت أحد المتعاقدين في بعض العقود^(٣).

ثانياً: أثر الفسخ والانسفاخ في العقود الإدارية:

العقود الإدارية من العقود المتراخية التنفيذ؛ وبالتالي فليس للفسخ أو الانسفاخ أثر رجعي، وإنما يكون الفسخ والانسفاخ نافذاً من تاريخ وقوعه، ويبقى العقد قبل الفسخ لازماً نافذاً في حق الطرفين وغيرهما، يقول الدكتور فتحي الدريني فقال: (هذا وإن انحلال العقد نتيجه تكون على شكلين: فتارة يكون مستنداً أي ذا أثر رجعي ينسحب على الماضي فيوجب التراجع فيما إذا نفذ من التزامات العقد، ففسخ البيع بعد تنفيذه يوجب الرد في المبيع والتمن، وكذا انفساخه بملاك المبيع قبل التسليم يوجب رد الثمن المقبوض، لأن الثمن فيه يصبح بلا مقابل. وتارة يكون الانحلال مقتصرًا ليس له انعطاف وأثر رجعي، وإنما يسري حكمه على المستقبل فقط من تاريخ وقوعه، وذلك في العقود الاستمرارية كالشركة والإجارة، فالفسخ والانسفاخ يقطعان تأثير هذه العقود بالنسبة إلى المستقبل، أما ما مضى فيكون على حكم العقد^(٤)، وقد يكون الفسخ بالاتفاق بين

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (فسخ).

(٢) يُنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٨، والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٨٧.

(٣) يُنظر الفروق للفراقي ٤٤٣/٣، والمدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا ٥٩٥/١.

(٤) المدخل الفقهي د. فتحي الدريني ٢٣١، وعبر القانونيون عن انسحاب الأحكام على الماضي بالأثر الرجعي، أما في الفقه الإسلامي فيسمى عدم رجعية الأثر: (اقتصاراً) بمعنى أن الحكم يثبت مقتصرًا على الحال لا منسحبًا على الماضي، ويسمى

المتعاقدين ويكون بالإقالة، وقد يكون بحكم القاضي (الفسخ القضائي) لأسباب يراها القاضي تقتضي فسخ العقد إذا ما تعذر الاستمرار فيه.

ثالثاً: حالات الفسخ في العقود الإدارية:

١- فسخ العقد الإداري بالاشتراط: لفسخ العقد بالاشتراط حالتان: إما قبل تنفيذ العقد، وهو ما يسمى بخيار الشرط، وإما بعد البدء بتنفيذ العقد وهو ما يسمى بخيار النقد، ومعناه: أن يشترط البائع على المشتري أداء الثمن في مدة معينة، وإلا يبطل العقد بينهما، أو أن أنه إذا أحضر الثمن في مدة معينة فله فسخ البيع^(١)، وخيار النقد ثابت عند الحنفية والمالكية والحنابلة وعند أبي إسحاق الشيرازي من الشافعية^(٢)، واستدلوا بأن مولى ابن البرصاء باع ابن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فأجاز ابن عمر هذا البيع^(٣)، وجاء عن ابن سيرين أنه قال: اشترى رجل من رجل بيعاً فقال: إن جئتني بالنقد إلى يوم كذا وكذا وإلا فلا بيع بيني وبينك، فجاءه من الغد فاحتصموا إلى شريح، فقال شريح^(٤): أنت أخلفته^(٥). كما استدلوا بأن الحاجة إليه كالحاجة إلى خيار الشرط، لمعرفة قدرة المشتري على نقد الثمن، وللتروي من البائع حتى يصل إلى الثمن في المدة المحددة دون مماطلة.

وذهب الشافعية في الصحيح وزفر من الحنفية إلى عدم جواز هذا الشرط؛ لأنه شرط فاسد ومفسد للعقد، قد تعلق على غرر، فأشبهه ما لو باعه بشرط أنه إن قدم زيد اليوم فلا بيع بيننا^(٦).

رجعية الأثر: (استناداً) وهو اصطلاح المذهب الحنفي، ويسميه المالكية: (انعطافاً). ينظر المدخل الفقهي العام د. مصطفى الزرقا ١/٥٩٦.

(١) يُنظر بدائع الصنائع ١٧٥/٥، وحاشية الدسوقي ٩٧/٣، وكشاف القناع ١٩٦/٣. وأما بيع العربون: فهو (أن يشتري السلعة، ويدفع إلى صاحبها شيئاً على أنه إن أمضى البيع حُسب من الثمن، وإن لم يُمض كان لصاحب السلعة، ولم يرتجعه المشتري). المعجم الاقتصادي الإسلامي ٢٩٠.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ١٧٥/٥.

(٣) يُنظر فتح القدير ٣٢٨/٦.

(٤) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية، وهو من أشهر القضاة في صدر الإسلام، وأصله من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧هـ، وكان ثقة في الحديث، مأموناً في القضاء، له باع في الشعر والأدب، مات بالكوفة سنة ٧٨هـ. ينظر تهذيب التهذيب ٣٢٦/٤، وشذرات الذهب ٨٥/١.

(٥) يُنظر مصنف عبد الرزاق ٥٤/٨.

(٦) يُنظر فتح القدير ٣٢٨/٦، وروضة الطالبين ٤٤٤/٣، والمغني، لابن قدامة ٢٣/٤.

ولعل الراجح هو رأي الجمهور؛ لأن اشتراط أداء الثمن في مدة معينة من مقتضيات العقد، وللمتعاقدين الآخر حق الفسخ إذا ما أحل الطرف الآخر بالتزامه بأداء المقابل المالي، تحرزاً من المماثلة وتجنباً للضرر والتقاضي، وبما أن هذا الشرط (شرط الإلغاء) هو شرط اتفاقي في حال تخلف أحد المتعاقدين عن التزامه فإنه يحق للطرف الآخر فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء؛ فكأنه صار شرطاً جزائياً مقترناً بالعقد يوجب فسخ العقد عند الإخلال بالالتزام، وقد يقترن بشرط التعويض عن الضرر الذي لحق بالمتعاقدين المتضررين.

٢- الفسخ للإخلال بالالتزام: إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه يُجبر على ذلك إن كان ذلك ممكناً^(١)، فإذا صار تنفيذه غير ممكن جاز للقاضي فسخ العقد الإداري، سواء كان على صورة الإيجار أم الاستصناع أم التوريد أم غيرها؛ وذلك درءاً للضرر المتوقع على المتعاقدين الآخر نتيجة هذا الإخلال، خصوصاً إذا طلب الطرف المتضرر ذلك؛ ونظراً إلى كون عقود المدة يزداد فيها حجم الضرر مع استمرار الوقت وعدم التنفيذ؛ مما يستدعي الحاجة إلى الفسخ^(٢).

٣- الفسخ للظروف الطارئة: الظروف الطارئة: هي الحوادث الاستثنائية العامة التي ليس في الوسع توقعها عند إبرام العقد، ويترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة كبيرة^(٣)، والأعذار والظروف الطارئة^(٤) في العقود الإدارية تمنح صاحبها حق طلب فسخ العقد إذا ما وجد القاضي ما يقتضي ذلك، ويشترط أن يكون الظرف الطارئ الذي يُفسخ العقد غير متوقعاً وقت العقد ولا يمكن دفعه أو توقعه؛ مما يوقع المتعاقدين في ضرر لم يلتزمه بالعقد إذ يجعل تنفيذ العقد مرهقاً من جانبه أو يلحق به

(١) يُنظر المدخل الفقهي، العام د. مصطفى الزرقا ٥٩٩/١، ومصادر الحق للسنهوري ٢٣٠/٦، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى، ٢٣.

(٢) يُنظر مصادر الحق للسنهوري ٢٣٠/٦، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى، ٢٣، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ٢٢-١٩، ٢١.

(٣) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٨٥٢/١، وموسوعة العقود الإدارية، حمدي ياسين عكاشة، ٥٥١، والعقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٧٩/٢، آثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ٤.

(٤) قد يكون الظرف الطارئ أو العذر الطارئ عاماً، وقد يكون خاصاً، والعذر العام: أن يحدث أمر عام يمنع من استيفاء المنفعة المبتغاة من العقد، مثل خوف عام، حرب، فتنة، تحاصر بلد...، فلو كان العقد إجارة مثلاً، فسيمنع المستأجر من الخروج إلى الأرض المستأجرة ونحوها....، ينظر العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، د. قذافي عزات الغنایم، ١٢٤، وهنا لزم الفسخ عند الجمهور إلا عند الشافعية باستثناء الماوردي والروائي، ينظر تبين الحقائق ١٦٢/٦، وشرح ميارة الفاسي ١٦٧/٢، وشرح منتهى الإرادات ١١١/٣، والحاوي الكبير ٤٤٠/٧، ومغني المحتاج ٤٨٤/٣، و، وهناك أيضاً العذر الخاص، ومنه العذر المالي، والبدني، والسماعي، والمكتسب...، ينظر للتوسع العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي ١٢٤-١٣٦.

خسارة كبيرة وذلك كارتفاع الأسعار بنسبة كبيرة أو حدوث حريق أو غرق أتى على معظم أمواله أو تجارتها، وقد جاء في رد المختار: (كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ)^(١).

وأما القوة القاهرة: فيراد بها الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة كلية في ذاته^(٢)، ويشترط عدم صدور خطأ أو تقصير من المدين، وعدم توقعها عند إبرام العقد، وعدم القدرة على التحرز منها أو دفعها إذا وقعت، وأن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، ويعبر عنها الفقهاء بالآفة السماوية، بينما يصطلح القانونيون بتسميتها بالقوة القاهرة^(٣).

٤- فسخ العقد للإفلاس أو الإعسار: عندما يكون المتعاقد مع الإدارة معسرًا، فإنه يُمهّل إلى وقت اليسار عملاً بنظر الميسرة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، أما إذا كان موسرًا ممّاطلاً جاز للقاضي حبسه بالاتفاق^(٤)، ولكن هل يجوز فسخ العقد بسبب إفلاس المتعاقد؟ ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز فسخ العقد بسبب الإفلاس^(٥)، واستدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»^(٦)، وقاسوا العجز عن إيفاء الثمن بالعجز عن إيفاء المبيع.

وذهب الحنفية إلى عدم جواز فسخ العقد بسبب الإفلاس لأن الثمن دين في الذمة وهذا مانع من الإفلاس^(٧)، جاء في مجلة الأحكام العدلية م(٥٩٢): (إذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء)، واستدل الحنفية لقولهم هذا بحديث: «أما رجل أفلس

(١) رد المختار على الدر المختار ٨١/٦.

(٢) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، سليمان الطماوي ٧٤٠، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ١٧.

(٣) يُنظر العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٣٣١، ومصادر الحق ١٢٨/٦، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى، ٥، حلقة بحث، جامعة حلب، كلية الحقوق، قسم القانون العام، ٢٠١٤-٢٠١٥ م.

(٤) يُنظر الهداية للمرغيناني ١٠٥/٣، وحاشية الدسوقي ٥١٧/٢، ومغني المحتاج ١٥٦/٢.

(٥) يُنظر حاشية الدسوقي ١٥١/٢، ومغني المحتاج ١٥٦/٢، والمغني، لابن قدامة ٢٥٦/٤.

(٦) صحيح البخاري، كتاب: الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع، ٨٤٦/٢.

(٧) يُنظر بدائع الصنائع ٢٥٢/٥.

وعنده مال امرئ بعينه لم يقتض منه شيئاً فهو أسوة بالغرماء»^(١)، وأولوا حديث الجمهور بأنه خاص بحالة شرط خيار الفسخ للبائع، وقبضه المشتري بشرط الخيار للبائع.

وهذا تأويل بعيد للحديث الصحيح الصريح، وحديث الحنفية لا يقوى على الاستدلال به لضعفه ومخالفته العمل لدى أهل العلم^(٢).

ويبدو أنّ الراجح هو فسخ العقد إذا ما أفلس المتعاقد؛ وذلك بسبب العجز عن تنفيذ العقد، ولرفع الضرر المستمر حال استمرار العقد.

٥- الفسخ بسبب موت المتعاقد: تختلف العقود بالنسبة لتأثر أحكامها بموت المتعاقد، فمثلاً بالنسبة لعقد البيع ذهب الفقهاء إلى أنّ البائع إذا مات، تقوم ورثته بإيفاء ما عليه من التزامات تجاه المشتري، وإذا مات المشتري، يقوم ورثته بتنفيذ ما عليه من واجبات والالتزامات تجاه البائع وذلك في حدود ما ترك^(٣).

وأما في عقد السلم الذي يكون المبيع فيه ثابتاً في الذمة وغير معين، فلا خلاف في أنّ رب السلم إذا مات بعد دفعه رأس مال السلم فإنّ المسلم فيه يكون ديناً في ذمة المسلم إليه وعلى ورثته تأديته كسائر الديون المؤجلة، وذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية ورواية عن الحنابلة إلى أنّ الأجل يبطل بموت المسلم إليه، ويحل دين السلم، ويلزم تسليم دين المسلم من تركته الميت حالاً إلى رب السلم إن كان موجوداً وقت موته، فإن لم يكن موجوداً وقت الحل، قال الحنفية تؤخذ قيمة السلم من التركة حالاً، وقال المالكية: يوقف تقسيم التركة إلى الوقت الذي يغلب وجوده فيه، وقال الشافعية: يخير رب السلم بين الفسخ وبين الانتظار حتى وجود المسلم فيه^(٤)، وذهب الحنابلة إلى أنه إذا وثق الورثة برهن أو كفيل مليء فلا يكون حالاً، فإن لم يثق الورثة بذلك حل الدين، لكي لا يفوت حقهم^(٥).

أما عقد الإجارة فقد ذهب جمهور الفقهاء عدا الحنفية إلى أنّ الإجارة لا تنفسخ بالموت؛ لأنها عقد لازم ما دام المعقود عليه سالماً فتبقى العين المؤجرة عند المستأجر يستوفي منها المنفعة حتى انقضاء المدة^(٦)، أما الأجير في إجارة الأعمال فإن كان العمل مرتبطاً بعينه، فإن الإجارة تنفسخ بموته؛ لفوات محل المنفعة المعقود

(١) سنن الدارقطني، كتاب: كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، باب: في المرأة تُقتل إذا ارتدت، ٢٣٠/٤، عن أبي هريرة س، وقال: (واليمان بن عدي وإسماعيل بن عياش ضعيفان). الموضع نفسه، كما أنّ اليمان بن عدي الحضرمي ضعفه البخاري وأحمد بن حنبل وأبو حاتم والدارقطني والحاكم. ينظر تهذيب التهذيب ٣٥٧/١١.

(٢) يُنظر سنن الترمذي ٥٦٢/٣.

(٣) يُنظر فتح القدير ٢٠٤/٧، والمجموع ٢١١/٩، والمغني، لابن قدامة ١٤٠/٤.

(٤) يُنظر البحر الرائق ١٧٢/٦، ومواهب الجليل ٥٣٥/٤، ومغني المحتاج ٢٠٨/٢، وكشاف القناع ٤٣٧/٣.

(٥) يُنظر كشاف القناع ٤٣٧/٣.

(٦) يُنظر حاشية الدسوقي ٢٨/٤، ومغني المحتاج ٣٥٦/٢، وكشاف القناع ٢٩/٤.

عليها واستحالة التنفيذ فيما تبقى من المدة، وأما إن كان الالتزام موصوفاً في ذمة الأجير فيُنظر إن كان له تركة استؤجر منها من يقوم بالعمل، وإلا يفسخ العقد.

وذهب الحنفية إلى أن الإجارة تنفسخ بموت المؤجر في إجارة الأعيان وإجارة الأعمال سواء قبل استيفاء المنفعة أم أثناء استيفائها؛ وذلك لتعذر استيفاء المنفعة على ملك المؤجر فينفسخ العقد ضرورة^(١)، حيث إن الإجارة من العقود الزمنية التي ترتبط بالمدة، ويرون أنها تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً، وما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لانعدامها فلا يملكها الوارث، وهذا بخلاف العقود الفورية الأخرى كالبيع فهي تنعقد للحال فتنتقل ملكيتها من يد المورث إلى يد الوارث عن الموت.

واستثنى الحنفية حالات خاصة لا تنفسخ فيها الإجارة بموت المؤجر، منها ما لو استأجر دابة إلى مكان ما فمات صاحبها وسط الطريق فللمستأجر ركبها إلى المكان المستأجر إليه إذا لم يجد دابة أخرى، ولا تنفسخ الإجارة حينها^(٢).

وأما في عقد الاستصناع فقد نص الحنفية على بطلان العقد إذا مات الصانع أو المستصنع^(٣)، وذلك لمشابهته بالإجارة، والإجارة تنفسخ بالموت عندهم^(٤)، وفي فتح القدير (إذا مات الصانع يبطل، ولا يستوفى المصنوع من تركته)^(٥).

وبناء على ما سبق، يمكن أن أقول: إن العقود الإدارية من العقود الزمنية المتراخية التنفيذ، والاستصناع يشابه من هذه الناحية عقد الإجارة على العمل الذي ذهب الجمهور إلى القول بانفساخه عند موت الأجير. كما أن عمل المتعاقد في العقود الإدارية هو عنصر أساسي في تنفيذ هذه العقود بشتى أنواعها، فمثلاً عقد البوت قد يستلزم صناعة أو تجارة أو حرفة لإتمام تجهيز المشروع، وموت المتعاقد يؤثر في العقد، وقد يلحق بالورثة ضرراً كبيراً إذا ما قلنا بالتزام الورثة بإتمام العقد لفترة قد تكون طويلة نسبياً، لاسيما وأن هذا العمل يحتاج إلى خبرة ودراية قد لا تتوافر في الورثة، وبالتالي فسخ العقد في مصلحة الإدارة أيضاً. وإذا كانت مدة تنفيذ العقد طويلة، فإنه يترتب على ذلك تأخير تقسيم التركة؛ مما قد يؤدي إلى ضياع حقوق الورثة، أو تعريضها للمغامرة والمهلك والخطر، وخاصة إن كان فيهم صغار دون سن الرشد مما يستوجب الولاية على أموالهم، وهذه الولاية تمنع التصرف بأموالهم فيما يدور بين النفع والضرر، والعقود الإدارية في أغلبها كذلك.

(١) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ١٩٤/٤، ٨٣/٦.

(٢) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٨٣/٦.

(٣) يُنظر رد المحتار على الدر المختار ٢٢٤/٥.

(٤) يُنظر غمز عيون البصائر ٢٩٢/٢.

(٥) يُنظر فتح القدير ١١٦/٧.

وبالتالي نستخلص مما سبق أنّ موت المتعاقد مع الإدارة يمنح الإدارة حق طلب الفسخ لما لم يتم تنفيذه من العقد، إلا إذا رغب جميع الورثة بالاستمرار في العقد، وكان محل العقد لا يُشترط فيه أن يقوم المتعاقد بالعقد بنفسه، ورضيت الإدارة بذلك، وهذا يتماشى مع ما ذهب إليه القانون.

ويمكن القول بوجوب فسخ العقد، فيما إذا لم يوجد ورثة للمتعاقد، أو كان هناك ورثة لكن ليس لديهم الخبرة والإتقان كما كان للمتعاقد، أي كانت (شخصيته محل اعتبار)^(١)، أو كان على المتعاقد ديون حلّت بوفاته، ولم يجد الورثة سداداً لها إلا ببيع أمواله ومصنوعاته وممتلكاته، أو كان العقد يمتد لفترة طويلة يستحيل معها تقسيم تركتهم وأخذ حقوقهم.

(١) ينظر مصادر الحق، للسنهوري ٢٦٢/٧، والمدخل الفقهي، د. فتحي الدريني ٢٣٠، وعقود البناء والأشغال الخاصة والعامّة، نعيم مغيب، ١٥٠.

المطلب الثالث: الإقالة في العقود الإدارية وأثرها في المقابل المالي

أولاً: تعريف الإقالة: الإقالة في اللغة: الرفع والإزالة، ومنه قولهم: أقال الله عثرته، إذا رفعه من سقوطه^(١).

الإقالة اصطلاحاً: رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين^(٢).
وتختلف الإقالة عن الفسخ، حيث إنّ الفسخ رفع جميع أحكام العقد وآثاره وكأنه لم يكن، في حين أنّ الإقالة عدّها بعض الفقهاء فسخاً وعدّها بعضهم بيعاً^(٣).

ثانياً: مشروعيّتها: جاء في بيان مشروعيّتها عن النبي ﷺ أنّه قال: «مَنْ أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته»^(٤)، وذهب الفقهاء إلى أنّ الإقالة مندوب إليها إذا ندم أحد الطرفين، وهي واجبة إذا كانت بعد عقد فاسد أو مكروه^(٥).

ثالثاً: تكيفها: تتردد الإقالة^(٦) بين الفقهاء بين كونها فسخاً أو بيعاً، وذلك كما يأتي:

الاتجاه الأول: الإقالة فسخ في حق العاقلين وغيرهما: وإلى هذا ذهب الشافعية في الصحيح والحنابلة ومحمد بن الحسن وزفر من الحنفية^(٧)، وذلك أنّ الإقالة لغة هي الرفع، ورفع العقد أي فسخه، وبالتالي فالبيع والإقالة مختلفان في الاسم والحكم، فالبيع إثبات والإقالة رفع، والرفع نفي، فكانت الإقالة فسخاً محضاً في حق الجميع.

الاتجاه الثاني: الإقالة بيع في حق العاقلين وغيرهما إلا إذا تعذر جعلها بيعاً فتكون فسخاً: وهذا قول أبي يوسف من الحنفية وقول المالكية^(٨)، ووجه هذا القول هو أنّه تحقق معنى البيع فيها، إذ البيع هو مبادلة مال بمال، وقد وجد هذا في الإقالة، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، ولأن المبيع عاد إلى البائع على

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (قيل).

(٢) يُنظر فتح القدير ٤٨٦/٦، والمغني، لابن قدامة ٩٦/٤.

(٣) يُنظر فتح القدير ٤٨٦/٦، والمجموع ١٨٩/٩، وعقد المقاول، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٢٦٩.

(٤) سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: فضل الإقالة، ٢٧٤/٣، وسنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: الإقالة،

٧٤١/٢، والمستدرک علی الصحيحین، وقال: (حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، ٥٢/٢، وتعليق

الذهبي: (على شرط البخاري ومسلم)، المستدرک علی الصحيحین ٥٢/٢.

(٥) يُنظر فتح القدير ٤٨٦/٦، وسبل السلام ٤٢/٣.

(٦) ينظر عقد المقاوله والتوريد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. علي أبو البصل، ٢٦٦.

(٧) يُنظر بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، والمجموع ١٨٩/٩، ومغني المحتاج ٤٤٢/٤، وكشاف القناع ٢٤٨/٣.

(٨) يُنظر بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، ومواهب الجليل ٤٨٧/٤، والمجموع ١٨٩/٩.

الجهة التي خرج عليها منه، فلما كان الأول بيعاً كان الثاني كذلك، ولأنه نقل الملك بعوض على سبيل التراضي.

الاتجاه الثالث: الإقالة فسخ في حق العاقلين، بيع في حق غيرهما: وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة؛ ووجه هذا أن الإقالة فيها معنى الفسخ، وهو رفع العقد فسخه، وفيها معنى البيع وهو مبادلة مال بمال، إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقلين للتنافي، فجعلت فسخاً في حق العاقلين، بيعاً في حق غيرهما محافظة على حق الغير من الإسقاط إذ لا يملك العاقدان إسقاط حق غيرهما^(١).

رابعاً: حكم الإقالة في العقود الإدارية (إنهاء العمل بالعقد):

عرفنا أن العقود الإدارية في معظمها عقود زمنية متراخية التنفيذ، وبالتالي فإذا ما أراد المتعاقدان الإقالة، فإن ما تم تنفيذه من العقد يثبت حكمه، أما ما لم ينفذ من العقد بعد فيمكن الاتفاق على الإقالة فيه، وتُعد فسخاً لما لم يتم تنفيذه من العقد، وليس لها أثر رجعي لما تم تنفيذه لعدم إمكانية الرجوع إلى الوراء، وإنما يمكن فسخ العقد وانحلال التزام الطرفين لما هو في المستقبل^(٢).

وإن لم يكن العقد قد نفذ بعد وقد تراضى الطرفان على الإقالة، فتكون الإقالة هنا فسخاً للعقد وتزيله كأنه لم يكن، وبهذا تسترد الإدارة ما دفعته من مقابل مالي إن كان قد قُدم دفع شيء منه وتنحل بذلك التزامات الطرفين.

على أنه يمكن للطرفين أن يتراضيا على استبدال المعقود عليه قبل التسليم بشيء آخر، وبالتالي لا يُعد ذلك فسخاً، وإنما اتفاق على عناصر جديدة وتعديل للالتزامات.

(١) يُنظر بدائع الصنائع ٣٠٦/٥، ورد المختار على الدر المختار ١٢٠/٥.

(٢) يُنظر المدخل الفقهي العام ٥٩٧/١.

الفصل الثاني المقابل المالي حال الإخلال بالتزامات العاقدين وتطبيقاته المعاصرة

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الضمان وأثره في المقابل المالي

المبحث الثاني: المقابل المالي حين انتهاء العقود الإدارية

المبحث الثالث: التطبيقات المعاصرة للمقابل المالي في العقود
الإدارية

المبحث الأول الضمان وأثره في المقابل المالي

ويتضمن مطلبين مطالب:

المطلب الأول: أحكام ضمان العاقد في العقود الإدارية

المطلب الثاني: أحكام الجزاءات (الشرط الجزائي)

المطلب الأول: أحكام ضمان العاقد في العقود الإدارية

ويتناول هذا المطلب الحديث عن تعريف الضمان ومشروعيته، وأسبابه، وحكم تقديم الضمان بصورة خطاب ضمان وأخذ الأجر عليه، وحكم مصادرة الضمان، وضمان الإدارة، وضمان حسن أداء العقود عليه في العقود الإدارية لفترة معينة، وأفصل ذلك فيما يأتي:

أولاً: تعريف الضمان ومشروعيته:

١- تعريف الضمان:

الضمان لغة: للضمان في اللغة عدة معان، أهمها: الالتزام، وهو أكثر ما يرد الضمان فيه، فيقال: ضمنته المال تضميناً: أي التزمته، وتضمنه عنه إذا غرمه والتزمه، ويأتي الضمان بمعنى التحمل والمسؤولية، ويأتي بمعنى الكفالة، فالضمين هو الكفيل^(١).

الضمان اصطلاحاً: يُعرف الضمان بأنه: (واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة)^(٢). يُعرف الضمان بأنه: (شغل الدمة بحق، أو بتعويض عن ضرر)^(٣)، فالضمان بمعناه الواسع أعم من التعويض عن الضرر فهو يشمل ويضم غيره، كالكفالة بنوعيتها، ورد العين المغصوبة، وضمان العقد. ويُعرف الضمان بأنه: (الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية)^(٤).

وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بما يلي: (الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً)^(٥)، كما عرفه الدكتور مصطفى الزرقا بقوله: (الضمان التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير)^(٦).

٢- **مشروعية الضمان:** الضمان مشروع للحفاظ على حرمة أموال الناس وأنفسهم، ولجبر الضرر بعد وقوعه، ولزجر المعتدين القائمين بالإضرار، وقد ثبتت مشروعية الضمان في القرآن والسنة والإجماع.

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (ضمن).

(٢) الوجيز للغزالي ٢٠٨/١.

(٣) ينظر نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، د. محمد فوزي فيض الله، ١٤، مكتبة دار التراث، الكويت، ط: الأولى، ١٤٠٣هـ.

(٤) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ١٥.

(٥) مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٤١٦.

(٦) المدخل الفقهي العام ١٠٣٥/٢.

أما من القرآن: قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، ففي الآية دليل على جواز الضمان، لأن معنى (زعيم) أي كفيل، والكفيل هو الضامن^(١)، ومن السنة: قوله ﷺ: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم»^(٢)، ووجه الاستدلال بالحديث أنه يدل على مشروعية الضمان، فالزعيم هو الكفيل والضامن، والغارم هو الذي يلتزم ما ضمنه وتكفل به^(٣)، ومن الإجماع: فقد نقل ابن المنذر الإجماع على أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مالا معلوماً بأمره أن الضمان لازم له، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه^(٤).

ثانياً: أسباب الضمان: للضمان في الفقه الإسلامي ثلاثة أسباب هي: العقد ووضع اليد والإتلاف، وهذه الثلاثة ترجع إلى سببين اثنين فقط وهما: العقد والفعل الضار، وبالتالي فالضمان نوعان:

- **ضمان العقد** وسببه العقد، ويقابله المسؤولية العقدية في القانون.
 - **ضمان الفعل** وسببه الفعل الضار غير المشروع، ويقابله المسؤولية التقصيرية^(٥).
- والمقصود في هذه الدراسة هو ضمان العقد، وعليه فضمان العقد ينشأ بسبب العقد، أي بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أو لشروطه كما التزم به في العقد^(٦).
- فضمان العقد هو (الالتزام بتعويض الضرر الناتج عن إخلال العاقد بالتزامات العقد سواء كانت هذه الالتزامات تقتضيها طبيعة العقد أم يتطلبها الشرط)^(٧).
- يقول الدكتور وهبة الزحيلي: (أما العقد فهو مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة ثم أحل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يقدّم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه)^(٨).

(١) يُنظر تفسير الطبري ٢٠/١٣، وأحكام القرآن للجصاص ٣٩٠/٤.

(٢) سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: تضمين العور، ٢٩٦/٣، سنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة ٥٦٥/٣، وقال: (حديث حسن غريب).

(٣) يُنظر تحفة الأحوذى ٤٠١/٤.

(٤) يُنظر الإجماع لابن المنذر ٩٩.

(٥) يُنظر نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ٦٣، والشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٢٢٢.

(٦) ينظر الفعل الموجب للضمان، د. فاروق العكام ٣١.

(٧) الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ على الخفيف، ١٦، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠م.

(٨) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ٦٥.

قال السيوطي^(١): (ما يضمن ضمان عقد قطعاً هو ما عيّن في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح)^(٢)، فمقتضى عقد البيع مثلاً هو تسليم المبيع والثلث وسلامة العوضين من العيب وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه أو تبين وجود عيب في المبيع أو كان الثمن أو المبيع مستحقاً لغير من سلمه كانت المسؤولية عقدية مستوجبة للضمان لخطأ عقدي.

وقد أمر الله تعالى بالالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه والمسؤولية في الإخلال بها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقال النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرط حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٣)، ومن القواعد الفقهية كما هو عند الحنفية والمالكية (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان)^(٤)، والمراد بالشرط هنا الشرط التقيدي الذي يتم الاتفاق عليه، لا الشرط التعليقي^(٥).

وعليه فضمان العقد يشمل كل ضرر ناشئ عن أي مخالفة لبنود العقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرر ذلك، كما ويشمل ضمان المعقود عليه (محل العقد وتوابعه) وما يلزم لاستيفائه^(٦).

ودليل تعويض هذا الضرر وضمانه هو العموم الوارد في حديث النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٧)، وهذا الحديث يُعدّ كما يقول السيوطي قاعدة يبنى عليها كثير من أبواب الفقه^(٨).

(١) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير السيوطي، جلال الدين أبو الفضل، أصله من أسيوط، ونشأ بالقاهرة يتيمًا، ولد سنة ٨٤٩ هـ، وكان عالماً شافعيًا مؤرخاً أديباً، وكان أعلم أهل زمانه بعلم الحديث وفنونه والفقه واللغة، وتوفي سنة ٩١١ هـ، ولما بلغ أربعين سنة أخذ في التجرد للعبادة، وترك الإفتاء والتدريس وشرع في تحرير مؤلفاته، ومن مؤلفاته: (الأشباه والنظائر، والحاوي للفتاوى، والإتقان في علوم القرآن). ينظر شذرات الذهب ٥١/٨، والضوء اللامع ٦٥/٤.

(٢) الأشباه والنظائر ٣٦١.

(٣) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً بصيغة الجزم مقتصرًا على لفظ (المسلمون عند شروطهم) في كتاب: الإجارة، باب: أجر السمسرة، صحيح البخاري بفتح الباري ٧٩٤/٢، وأبو داود في كتاب الأقضية باب في الصلح وسكت عنه سنن أبي داود ١٩/٤-٢٠. والترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس جامع الترمذي ٦٣٣/٣، وقال: (هذا حديث حسن صحيح) وابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: الصلح سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢.

(٤) مجلة الأحكام العدلية ٨٣٢.

(٥) ينظر نظرية الضمان ٦٣-٦٤.

(٦) يُنظر نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ٦٥-٦٦، والشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٢٢٧.

(٧) سبق تخريجه ٩٠.

(٨) ينظر الأشباه والنظائر ٨٤.

وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد في معناه منها: (الضرر يدفع بقدر الإمكان) المادة ٣١ من المجلة، و(الضرر يزال) المادة ٢٠ من المجلة، فقواعد الفقه الإسلامي توجب رفع الضرر ودرءه وجبره أيّاً كان منشؤه وسببه، كما أنّ الشريعة أقرّت مبدأ المسؤولية عن الأضرار؛ وعليه فإذا أخلّ العاقد بالتزاماته بما تقتضيه طبيعة العقد أو بما هو مشروط في العقد؛ فإنّه يتحمل الضمان المترتب عليه^(١).

ومن خلال ما سبق تبين لنا مشروعية الضمان في الفقه الإسلامي، وبناء على ذلك مشروعية التعويض عن الضرر الحاصل لأحد المتعاقدين فيما إذا أخلّ الآخر بالتزاماته العقدية.

وبهذا يمكن القول بجواز أخذ ضمانات من المناقصين للدخول في المناقصة على أنّها تأمينات أولية أو نهائية لضمان تنفيذ المناقصين لالتزاماتهم بالاستمرار في المناقصة، ولضمان تنفيذ المناقص الذي رست عليه المناقصة لالتزاماته في العقد الذي تم توقيعه مع الجهة صاحبة المناقصة.

وأما عن اشتراط الإدارة تقديم الضمان الابتدائي من كل مناقص ثم أخذ الضمان منهم فليس هناك ما يمنع من جواز ذلك، خصوصاً من قال بجواز بيع العربون، حيث لم يفرقوا بين كون العربون من مستام واحد أو أكثر من واحد، كما أنّ هناك حاجة ملحة إلى مثل هذا في المناقصة واضحة، حيث إنّ المناقصين يقدمون عروضاً بأسعار مختلفة بعضها أقل من الآخر، والإدارة ستختار منهم، وأخذ العربون من جميعهم يضمن عدم رجوع صاحب العرض الأقل عن سعره إذا ما رست عليه المناقصة، خصوصاً أنّها لا تعلم من هو صاحب العرض الأقل قبل فض العروض حتى تخصه بالتأمين الأولي.

ثالثاً: حكم تقديم الضمان بصورة خطاب ضمان وأخذ الأجر عليه:

قبل أن أشرع في بيان حكم تقديم الضمان بصورة خطاب ضمان أذكر تعريف خطاب الضمان وأهميته، وأنواعه، ثم أذكر حكم تقديم الضمان بصورة خطاب ضمان، وذلك كما يأتي:

١- تعريف خطاب الضمان: هو: (تعهد خطي مقيد بزمان محدد غير قابل للرجوع، يصدره المصرف بناء على طلب أحد عملائه، يتعهد المصرف بمقتضاه بدفع مبلغ لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه تلك الجهة خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان الضمان حالة عدم التزام العميل بالوفاء بالتزاماته أو إخلاله بشروط التعاقد)^(٢).

(١) ينظر عقد المقاولة، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٢٠٣، والنظريات الفقهية، د. فتحي الدريني ٢٢٦.

(٢) ينظر فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني ٦٣، والخدمات المصرفية، د. علاء الدين زعتري ٣٣٠، وخطاب الضمان، د. بكر أبو زيد ٥٤.

٢_ أهمية خطاب الضمان: يعطي الطرف الضامن في خطاب الضمان للمستفيد ضماناً عن أي تقصير في التنفيذ من طرف العميل، وفي الغالب لا يعطي الطرف الضامن هذا الضمان ما لم يكن متأكداً من كفاءة العميل المالية والمعنوية وملاءته للوفاء بالتزاماته^(١)، ومن فوائد خطاب الضمان أنه يحل محل التأمين النقدي الذي يطلب تقديمه في مجال العقود الإدارية، ويقوم بحماية المستفيد (المضمون له) لضمان تنفيذ المشروع وفق الشروط والمواصفات والأوقات المحددة.

هذا وينشأ في خطاب الضمان علاقتان:

الأولى: هي العلاقة بين المصرف والإدارة صاحبة المناقصة المستفيدة من خطاب الضمان، وهذه العلاقة تتضمن تعهد البنك بدفع مبلغ الضمان لها في حالة عدم التزام المتعاقد المناقص بالوفاء بالتزاماته، دون تحميل الإدارة أية تبعات لصالح البنك.

وأما العلاقة الثانية: فهي بين البنك وبين المتعاقد المناقص طالب خطاب الضمان، ويلتزم فيها المصرف بدفع قيمة الضمان المحددة في الخطاب عن المناقص في حال تحقق شروط ذلك مقابل حصول المصرف على عمولة أو أجرة نظير هذه الخدمة^(٢).

ومن خلال ذلك يتضح لدينا أن أركان خطاب الضمان أربعة: الأول: الضامن: وهو هنا البنك، والذي يمثل مصدر التعهد أو خطاب الضمان، والثاني: المضمون له: وهو هنا: الإدارة (المستفيدة) والتي صدر الخطاب لصالحها، والثالث: المضمون عنه: وهو المتعاقد العميل (طالب خطاب الضمان)، والرابع: المبلغ المضمون: وهو قيمة الضمان أو المبلغ الذي التزم المصرف بدفعه.

كما ويشمل خطاب الضمان على عناصر تدخل في تكوينه، كمدة الضمان: أي الفترة الزمنية التي يكون فيها المصرف ملتزماً بتنفيذ ما ورد في الخطاب، وعمولة إصدار خطاب الضمان، أي الأجر الذي يتقاضاه المصرف نظير قيامه بهذه الخدمة^(٣).

٣_ أنواع خطاب الضمان حسب تغطيته: لخطاب الضمان حسب تغطيته ثلاثة أنواع:

أ_ خطاب ضمان مغطى تغطية كاملة: وفي هذا الخطاب يطلب المصرف أو الضامن مصدر الخطاب من العميل ضمانات كافية لتغطية المبلغ الذي سيضمنه المصرف عنه، ويمثل ١٠٠% من قيمة الضمان.

(١) يُنظر الخدمات المصرفية، د. علاء الدين زعتري ٣٣١ .

(٢) يُنظر خطاب الضمان، د. بكر أبو زيد ٥٥، والخدمات المصرفية، د. علاء الدين زعتري ٣٣١.

(٣) يُنظر الخدمات المصرفية، د. علاء الدين زعتري ٣٣١.

والغطاء قد يكون نقدياً بأن يودع العميل مبلغاً مالياً في حساب المصرف، أو يحسم المصرف هذا المبلغ من حساب العميل ويودعه في حساب خاص يسمى احتياطي خطاب الضمان، ولا يتصرف فيه حتى ينتهي التزام البنك بخطاب الضمان.

وقد يكون الغطاء عينياً يتمثل في الأوراق المالية من صكوك، فيقوم المصرف برهنها لصالحه، أو شيكات أو سندات لصالح العميل، وقد تكون في بعض الصور بضائع موجودة في مخازن العميل.

ب_ خطاب ضمان مغطى تغطية جزئية: وهذا الغطاء قد يكون ١٠% أو ٢٥% أو أكثر من قيمة الخطاب إلا أنه يساوي كامل مبلغ الضمان.

ج_ خطاب ضمان بدون غطاء: وفي هذه الحالة يصدر المصرف خطاب الضمان على المكشوف أي بدون أي غطاء من قبل العميل، وذلك بضمان سمعة العميل وإمكاناته المادية ومعاملاته السابقة التي تشير إلى قدرته على الوفاء بالتزاماته دون تأخر أو تقصير^(١).

٤_ حكم إصدار خطاب الضمان:

يندرج خطاب الضمان تحت أحكام الضمان، وهو عقد مشروع، ويُشترط في الضامن _ مصرفاً كان أو جهة مالية أخرى_ أن يكون ممن يصح تبرعه، ويشترط يُشترط أن يكون الأجل معلوماً، وأن يكون الحق معلوماً للطرفين.

ولبيان حكم إصدار خطاب الضمان الابتدائي والنهائي نفرق بين العلاقتين اللتين يشتمل عليهما:

أما العلاقة الأولى: فهي العلاقة بين البنك مصدر خطاب الضمان والعميل، وهي علاقة كفالة وضمان بمبلغ محدد في خطاب الضمان، وهذا جائز شرعاً كما سبق.

وأما العلاقة الثانية: فهي علاقة المناقص مع الإدارة عن طريق تقديم خطاب الضمان، فهذا من باب ضمان ما سيجب أو ما يسمى بضمان الحق الذي يؤول إلى الوجوب، وهذا فيه شبهة كونه عقداً معلقاً مع أن الضمان عقد التزام لازم فلا يعلق كغيره من العقود اللازمة.

والمتعاقدين مع الإدارة يقدم هذا الضمان لتستوفي منه الإدارة في حال أحل المناقص بالتزاماته، فهو يقدم هذا الضمان قبل وجوب الحق عليه.

وقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة إلى جواز ضمان الحق الذي يؤول إلى الوجوب^(٢)، وقالوا بصحة ضمان ما يثبت على فلان أو بما يقر به أو بما يخرج بعد الحساب عليه أو بما يداينه

(١) يُنظر المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير ٢٥٣، والخدمات المصرفية، د. علاء الدين زعتري ٣٣٣-٣٣٤.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ٥/٦، وروضة الطالبين ٤/٢٤٤، ومغني المحتاج ٢/٢٠١، وكشاف القناع ٣/٣٦٧.

فلان، وذلك للحاجة التي تدعو إليه، ولأنّ الكفالة أضفت إلى سبب الضمان، وإن لم يكن الضمان ثابتاً في الحال، والكفالة وإن كان فيها التملك فليس بتمليك محض، فجاز أن تحتل الإضافة^(١).

بينما ذهب الإمام الشافعي في الجديد إلى عدم جواز ذلك^(٢)؛ لأن الضمان وثيقة فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة، وأجاب الجمهور بأنّ الكفالة تصح في المعلوم والمجهول بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، وحمل البعير غير معلوم لأنّ حمل البعير يختلف باختلافه^(٣)، وكذا عموم ﷺ: «الزعيم^(٤) غارم»^(٥).

ويبدو أنّ الراجح هو قول الجمهور للحاجة إلى مثل هذه الكفالة، ولانتفاء الغرر بتحديد حدود مبلغ الكفالة مع تراضي الطرفين على ذلك.

٥_ حكم أخذ الأجر على خطاب الضمان:

يتقاضى المصرف عادة أجوراً على إصدار خطاب الضمان، وذلك مقابل تقديم الضمان كخدمة من قبل الضامن، وهو أجر زائد على مصروفات الضمان الأصلية، وبالنظر في طبيعة الخطاب نجد أنه يتردد حسب نوعه بين كونه كفالة محضة أو وكالة، وليبيان المسألة نفرق بين ثلاث حالات:

– الحالة الأولى: خطاب ضمان ليس له غطاء:

وهذا كفالة محضة، ويدخل ضمن أحكام الضمان أو الكفالة، والضامن هنا كفيل والمضمون عنه مكفول، وقرر جمهور الفقهاء في هذه الحالة منع أخذ العوض على الكفالة المحضة^(٦)، واستدلوا على ذلك بأنه يؤول إلى قرض جر نفعاً، ووجه ذلك أنه في حال أداء الضامن للمضمون له يكون العوض مقابل هذا الدفع الذي هو بمثابة قرض في ذمة المضمون عنه، وهذا ما يحصل في خطاب الضمان، لأن المستفيد يستوفي عادة من البنك (الجهة الضامنة) لا من العميل.

(١) يُنظر بدائع الصنائع ٥/٦.

(٢) يُنظر روضة الطالبين ٢/٢٤٤، ومغني المحتاج ٢/٢٠١.

(٣) يُنظر المغني، لابن قدامة ٤/٣٤٥.

(٤) الزعيم: الكفيل والضامن. يُنظر تحفة الأحوذى ٤/٤٠١.

(٥) سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: تضمين العور، ٣/٢٩٦، وسنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أنّ

العارية مؤداة ٣/٥٦٥، وقال: (حديث حسن غريب).

(٦) يُنظر بدائع الصنائع ٥/٦، ومواهب الجليل ٥/١١١-١١٣، ومغني المحتاج ٢/٢٠٧، وكشاف القناع ٣/٢٦٢.

كما أنه في بعض الحالات يستوفي المضمون له من المضمون عنه فيكون أخذ الضامن للعوض بلا حق وهذا باطل، لأنه من أكل المال بالباطل كما الحال في الضمان الابتدائي في المناقصة فهو يستوفي من العميل لا من البنك.

كما أن عقد الكفالة والضمان من عقود التبرعات، ومبناه على الإرفاق والإحسان ولا يجوز أخذ الأجر عليه، فقد جاء في شرح فتح القدير: (الكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب)^(١).

ومع هذا الاتفاق من الجمهور على منع أخذ الأجر على الكفالة المحضة إلا أنه لا مانع من تحصيل البنك للنفقات والمصاريف الإدارية التي رافقت إصدار خطاب الضمان مع مراعاة أجر المثل وعدم الزيادة على ذلك.

– الحالة الثانية: خطاب ضمان بغطاء كامل من العميل:

في هذه الحالة تكون العلاقة بين الضامن (المصرف) والمضمون عنه (العميل) علاقة وكالة بالدفع عند وجود ما يقتضيه وهو المطالبة بالالتزام، والوكالة مشروعة بأجر وبدونه^(٢)؛ وبناء على هذا يجوز للمصرف أن يتقاضى أجراً على إصداره لخطاب الضمان كونه وكيلًا بأجر عن طالب الضمان؛ وبيان ذلك أن العميل بإيداعه مبلغ الضمان كاملاً لدى المصرف يكون بذلك مالكاً لمبلغ الضمان، والمعاملة حينها بينه وبين المصرف علاقة وكيل بموكل، فهو بذلك يوكل المصرف بدفع هذا المبلغ عنه في حال اقتضاء ذلك، كما أن المصرف يتكبد نفقات إدارية ونحو ذلك، فيجوز له أن يتقاضى أجراً على قيامه بهذا العمل، وتبقى علاقة المصرف مع المستفيد علاقة ضمان وكفالة لصالح المستفيد.

الحالة الثالثة: خطاب ضمان بغطاء جزئي:

في هذه الحالة يعد خطاب الضمان وكالة فيما هو مغطى، وكفالة فيما لم يغطى، ويجري الخلاف السابق في جواز أخذ الأجر على إصدار خطاب الضمان في مبلغ الضمان غير المغطى، وهو عدم الجواز عند جمهور الفقهاء.

المناقشة والترحيع: بالنظر إلى مسألة أخذ الأجر على إصدار خطاب الضمان غير المغطى نجد اتفاق الفقهاء على عدم جواز ذلك، وهذا ما ذهب إليه الجامع الفقهي وفتاوى هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، فجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة بمجدة ما نصه:

(١) شرح فتح القدير ١٨١/٧، وينظر الشرح الكبير ٧٧/٣.

(٢) يُنظر القوانين الفقهية ٢١٦، ومواهب الجليل ١٨٨/٥، والمغني، لابن قدامة ٥/٥٥، وكشاف القناع ٤٨٩/٣.

(إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهايي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

وإن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جرّ نفعاً على المقرض وذلك ممنوع شرعاً، ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً - أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (التي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً - أن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حال تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء^(١).

وجاء في فتاوى الهيئة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي: (لا يجوز للبنك أن يأخذ أجراً في الحالة التي يكون فيها خطاب الضمان بغير غطاء إذا كان هذا الأجر نظير خطاب الضمان؛ لأنه يكون قد أخذ أجراً على الكفالة وهو ممنوع، لأن الكفالة من عقود التبرعات)^(٢).

ويرى الدكتور وهبة الزحيلي أن الكفيل إن شرط تقديم مقابل أو أجر على كفالته، وتعدّر على المكفول عنه تحقيق مصلحته من طريق المحسنين المتبرعين جاز دفع الأجرة للضرورة أو الحاجة العامة، لما يترتب على عدم الدفع تعطيل المصالح كالسفر للخارج للدراسة أو للارتقاء.

وأساس القول بالجواز أن الفقهاء أجازوا دفع الأجر للحاجة لأداء القربات والطاعة من تعليم قرآن وممارسة الشعائر الدينية، والمكفول عنه يحقق بالكفالة منفعة له تتعين الكفالة المأجورة سبباً إليها، لكن يجب عدم الاستغلال أو المغالاة في اشتراط المقابل مراعاة لأصل مشروعية الكفالة وهو التبرع^(٣).

(١) منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي قرارات وتوصيات، ١٤٠٦/١٤٠٩ هـ، ١٩٨٥/١٩٨٨، شركة دار العلم للطباعة والنشر، جدة، ص ٢٢.

(٢) الفتاوى الاقتصادية، برنامج حاسوبي على قرص مدمج من إنتاج شركة صخر.

(٣) يُنظر الفقه الإسلامي وأدلته ٤١٧٨/٦.

وما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي إنما يصر إلى في حال خلو البلاد من البنوك والمصارف الإسلامية التي تجري تعاملاتها وفق الشريعة الإسلامية.

أما البنوك التقليدية فحالتها لا ينطبق عليه حكم التبرعات باعتبارها مؤسسات مالية تهدف إلى الربح عن طريق الإقراض بالفائدة، فلن تكون خطابات الضمان عملاً راجحاً إذا كانت قائمة على التعاون والتبرع، وفي هذه الحال إذا تعينت هذه المصارف للحصول على خطابات الضمان فيمكن المصير إلى جواز دفع الأجر عليها للضرورة أو للحاجة العامة تحقيقاً للمصلحة.

أما والمصارف الإسلامية قد انتشرت، وهي تسعى للحلول محل البنوك الربوية في الكثير من تعاملاتها، فالأجدر بهذه المصارف تقديم خطابات ضمان دون تعاطي الأجر على عملية الضمان والاقتصار على الأجور والمصاريف الفعلية.

ولضمان عدم نكول العميل عن التزاماته وتكبيد المصرف خسائر كبيرة بدفعه مبلغ الضمان يمكن للمصرف الإسلامي تفادي ذلك بأخذ ضمانات كافية من العميل تجعل فيه خطاب الضمان كأنه مغطى تغطية كاملة، أو تستوفي من العميل مبلغ الضمان كاملاً فتؤول المعاملة إلى كونها وكالة من العميل للمصرف بأجر وهو أمر جائز كما ذكرنا.

وفي هذا الإجراء لن يفسح المجال لمن ليس لديهم القدرة على الوفاء بالتزاماتهم في الدخول في المناقصات وإبرام العقود الإدارية.

وهذا إجراء متفق مع الأصول الائتمانية المطبقة في بعض المصارف حتى التقليدية منها.

أما إصدار خطاب ضمان بدون أية تغطية من العميل مع أخذ الأجر بحسب قيمة الضمان يستوفي من العميل نسبة مئوية من مبلغ الضمان فهذا يعد قرضاً جرّ نفعاً، وهو حرام شرعاً لقوله ﷺ: «كل قرض جرّ منفعة فهو ربا»^(١).

٦_ حكم مصادرة الضمان:

يشترط في العقود الإدارية غالباً فقدان المتعاقد مع الإدارة حقه في استرداد مبلغ الضمان الابتدائي أو النهائي في حال تخلفه عن الاستمرار في المناقصة، وكذلك في حال تخلفه عن الوفاء بالتزاماته أو تأخره في

(١) السنن الكبرى، للبيهقي، كتاب: البيوع، باب: كل قرض جر منفعة فهو ربا، عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليهم بلفظ "كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا" ٣٥٠/٥، ومصنف ابن أبي شيبة ٨٠/٥، ورواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنّ النبي ﷺ نهي عن قرض جر منفعة. وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، ورواه ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي موقوفاً ٣٢٧/٤، كما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن إبراهيم النخعي من قوله أيضاً بلفظ "كل قرض جر منفعة فلا خير فيه" ١٤٥/٨. ينظر نصب الراية ٦٠/٤، تلخيص الحبير ٣٤/٣، نيل الأوطار ٣٥١/٥.

تنفيذها بعد إبرام عقد التوريد، وهذه المسألة تشبه بيع العربون؛ ولذلك تأخذ حكمه، وقد سبق تفصيلها، ولا حاجة لتكرارها هنا.

رابعاً: ضمان الإدارة (تعويضها للمتعاقد):

إذا تخلفت الجهة الإدارية عن تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد، فإن المتعاقد معها يستحق تعويضاً مناسباً عن الأضرار التي لحقت به، وذلك في الشرع والقانون، وهذا تطبيق للقواعد العامة، ومسؤولية الجهة الإدارية في دفع التعويض في هذه الحالة تقوم على أساس وقوع الخطأ، أو تقصير من جانبها في تنفيذ العقد ترتب عليه إلحاق الضرر بالمتعاقد معها، وقد مرّ معنا حديث النبي صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»، ويشهد لذلك أيضاً جميع أدلة رفع الضرر عن المتضرر.

ومن التطبيقات العملية لصورة الخطأ العقدي للجهة الإدارية: التأخير في تسليم المقاول موقع العمل، أو تسليمه أرضاً غير الأرض المخصصة للمشروع، وتعديل المخططات، وتغيير الموقع بعد البدء في تنفيذ العقد، وتراخي الإدارة في إجراء الاختبارات اللازمة للتربة وإفادة المقاول بالنتيجة، وتكليف المقاول بأعمال إضافية وتوقف العمل بسبب ذلك^(١).

والقاضي الإداري قبل أن يحكم نهائياً بالتعويض يتثبت من وقع الخطأ من جانب الإدارة، وأن هذا الخطأ كان سبباً في إلحاق الضرر بالمتعاقد معها، وأن التعويض المقدر يتناسب عدلاً وقانوناً مع الضرر.

أهم القواعد الأساسية التي تقوم عليها نظرية التعويض في العقود الإدارية:

١- التعويض يجب أن يكون عن ضرر محقق لحق المتعاقد مع الإدارة بسبب تقصير أو إساءة استعمال السلطة.

٢- وجوب إعدار المتعاقد الآخر المتخلف عن تنفيذ التزاماته لاستحقاق التعويض.

فالإعذار شرط من شروط التعويض، إلا في حالات استثنائية لا يشترط فيها الإعذار كما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد، أو إذا صرح المدين كتابة بأنه لا يريد القيام بالتزامه.

٣- لا تعويض عن عدم التنفيذ إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، وبالتالي لا قيام للمسؤولية العقدية إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، إذ يكون التنفيذ العيني ممكناً دائماً.

٤- إذا كان الخطأ مشتركاً يتحمل كل من الطرفين نصيبه فيه.

(١) ينظر الأشغال والمقاولة، نعيم مغيب ٢٣٩-٢٤٠، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ٧-٨، ١١.

٥- يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عما أصابه من أضرار نتيجة عدم قيام الجهة الإدارية بتنفيذ التزامها بتسليم موقع العمل مما ترتب عيه وقف العملية مدة طويلة تجاوز الحد المعقول^(١).

خامساً: ضمان حسن أداء المعقود عليه في العقود الإدارية لفترة معينة:

يشمل هذا الضمان حسن أداء المعقود عليه للغرض منه بعد التسليم مدة معينة، كما ويشمل ضمان تلف المعقود عليه أو تلف بعض أجزائه من غير تعدٍ له، أو سوء استخدام^(٢)، ويكون ذلك الضمان في العقود التي يُشترط فيها مثل هذا الضمان، كعقود الأشغال العامة أو التوريد أو الالتزام والبوت و(امتياز الإنشاء)، وهي العقود التي يبذل فيها المتعاقد جهداً لإيجاد الأعيان المعقود عليها.

وهذا الضمان يطمئن الإدارة إلى صلاحية المعقود عليه للشيء المطلوب مدة معلومة، ويغلب على الظن أن المعقود عليه في عقود الشراء العام والالتزام والبوت إذا صلح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضاءها على المدى المألوف في التعامل، كما أنه ينبئ عن الجودة والتجربة المطلوبة للتأكد من صلاحيته، وبأن المعقود عليه سليم حسن الأداء، وإن حصل فيه عيب فسيقوم المتعاقد بتبديله أو إصلاحه، وعلى هذا يكون الضمان على نوعين:^(٣)

ضمان الجودة: وهو ضمان مطابقة المعقود عليه للمواصفات والشروط الفنية المشروطة في العقد والمطبقة عرفاً بين أهل الصنعة من حيث الجودة والمقاسات وغير ذلك والتي وافقت عليها الإدارة.

ضمان الأداء: وهي ضمان صلاحية المعقود عليه وقيامه بالعمل مدة معينة بحيث إذا ثبت صلاحه وسلامته فيها غلب على الظن صلاحه بعدها.

وبموجب هذا الضمان يتعهد المتعاقد مع الإدارة بإصلاح الخلل الفني والصنعي الطارئ على المعقود عليه أو تبديله بغيره إذا اقتضى الأمر بتبديله، كما يشمل أي خلل ولو لم يكن هذا الخلل عيباً في نظر الغير، فيكفي لثبوته كون المعقود عليه غير صالح للعمل الذي استخدم لأجله^(٤)، وبالتالي لا يتعارض مع ضمان البائع للعيوب الخفية، فالبائع مثلاً ضامن للعيوب الخفية ولو لم يكن من شأنها جعل المبيع غير صالح للعمل. وأما ما لا يشملها هذا الضمان فهو العيوب التي تنشأ عن الإهمال وسوء الاستخدام.

(١) ينظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ١٦٣-١٦٨، آثار العقد الإداري، خالد العيسى ١٣.

(٢) ينظر عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. علي أبو البصل ١٦٩، وعقد التوريد، المطلق، ٥٨.

(٣) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٧٥٩/٤.

(٤) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٧٥٩/٤.

أما العيوب التي تحصل بعد قبض الإدارة للمعقود عليه فتكون من ضمان الإدارة^(١) إلا إذا كان العيب مستنداً إلى سبب سابق على القبض، وهنا اختلف الفقهاء في هذه المسألة: فذهب الحنفية والشافعية في الأصح إلى أنه من ضمان البائع^(٢)، وذهب المالكية والشافعية في قول لهم والحنابلة إلى أنه من ضمان المشتري^(٣)، وسبب الخلاف هنا هو الخلاف في سبب العيب، هل يُعد عيباً أم لا، فالحنفية والشافعية في الأصح ذهبوا إلى أنه عيب ويضمنه المتعاقد البائع، بينما ذهب المالكية والشافعية في قول لهم والحنابلة إلى أنه ليس عيباً، وبالتالي تضمنه الإدارة^(٤).

ويبدو أنّ الرّاجح هو القول الأول؛ لأنّ الأصل في المبادلات أنه يقتضي سلامة المعقود عليه من العيوب؛ ليتحقق المقصود من العقد بالانتفاع بالمعقود عليه؛ ولا يتحقق ذلك إلا بسلامته من العيوب^(٥). وإنّ تعهد المتعاقد بضمان العيب المستند إلى سبب عنده، فحينها يرتفع الخلاف، ويضمن هذا العيب. ولتفادي العيوب المستندة إلى أسباب سابقة على القبض ظهر ضمان العيوب التي لا تُعلم إلا بالتجربة والاختبار والاستعمال.

وقد ذهب الحنفية والمالكية في قول والشافعية والحنابلة^(٦) إلى أنه من ضمان البائع، وهو هنا المتعاقد مع الإدارة، بينما ذهب المالكية وأحمد في رواية إلى أنه من ضمان المشتري^(٧).

ويبدو أنّ الرّاجح هو القول الأول؛ لما ظهر في الآونة الأخيرة من كثير من الأشياء والمنتجات والسلع مما لا يُعرف مدى خلوها عن العيوب الخفية إلا بالتجربة والاستعمال، كالأجهزة الكهربائية بكل أنواعها والأدوات والمواد المتنوعة، والتي إذا ما ظهر فيها العيب فإنها غالباً تسبب ضرراً بالغاً بالجهة الطالبة لها؛ بسبب تعذر الاستفادة منها.

كما أنّ هذا الضمان يبعث بالطمأنينة والثقة بمجودة المعقود عليه وسلامته من العيوب وحسن أدائه. كما أنّ الحاجة تدعو إلى مثل هذا الضمان نظراً لتفادي الأخطاء والأعطال الفنية وغيرها والتي يكون من أحد أسبابها السرعة في الإنتاج وكثرته عن غير إتقان في كثير من الأحيان، وقد ذهب الدكتور مصطفى

(١) يُنظر بداية المجتهد ١٤٠/٢، والمغني، لابن قدامة ١١٢/٤، ومراتب الإجماع لابن حزم ٨٧.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ٢٦٣/٥، ومغني المحتاج ٥٢/٢.

(٣) يُنظر حاشية الدسوقي ١٥١/٣، وروضة الطالبين ٤٤٦/٣، وكشاف القناع ٢١٩/٣.

(٤) يُنظر فتح القدير ٣٩٢/٦-٣٩٣.

(٥) يُنظر فتح القدير ٣٩٧/٦، والمغني، لابن قدامة ١٢١/٤.

(٦) يُنظر بدائع الصنائع ٢٧٨/٥، وحاشية الدسوقي ١٢١/٣، وروضة الطالبين ٤٨٩/٣، والإنصاف ٤٢٦/٤.

(٧) يُنظر حاشية الدسوقي ١٢١/٣، والمغني، لابن قدامة ١٢٣/٤.

الزرقا أن الصانع في عقد الاستصناع ضامن للعيوب التي في المبيع الذي صنعه، على سبيل الاستحسان بالمصلحة استثناء من قواعد الحنفية^(١).

وفي مجال المنتجات المتنوعة في عصرنا وتوريدها فقد صار مثل هذا الضمان علامة إتقان عالية وجودة رفيعة تتنافس الشركات ببذله ولمدد طويلة؛ لما فيه من إقبال الناس عليه بسبب اطمئنانهم إلى هذا الضمان الذي يضمن لهم سلامة المعقود عليه وكفاءته.

المطلب الثاني: أحكام الجزاءات (الشرط الجزائي)

تضع الإدارة جزاءات معينة تلافياً لما يحدث عن عقد المتعاقد عنها من مخالفات لمقتضى العقد، كالإخلال بمواصفات الأشياء المتفق عليها، أو الإخلال بموعد التسليم المتفق عليه، فأغلب العقود الإدارية تشتمل على مثل هذه الجزاءات وهي ما تسمى (بالشرط الجزائي)، وسميت بالشرط الجزائي لأنه اشتراط من الدائن يقبله المدين جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه^(٢)، أو التنفيذ غير الصحيح، وهو بهذا يكون أعم من التسمية الأخرى لهذه الجزاءات وهي (غرامات التأخير) التي تخص فقط تأخير التنفيذ. ويدعى في القانون بالتعويض الاتفاقي؛ لأن قيمته تتحدد باتفاق الطرفين على ذلك^(٣).

أولاً: تعريف الشرط الجزائي:

الشرط في اللغة: الشرط بسكون الراء هو: إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وشرائط^(٤)، والشرط بفتح الراء العلامة، والجمع أشراط^(٥)، وأما الشرط في الاصطلاح^(٦) فيُعرف بأنه: (اسم لما يتعلق به الوجود دون الوجوب)^(١)، أي أن الشرط يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده لا بوجوده^(٢).

(١) يُنظر عقد الاستصناع ومدى أهميته ٤٢.

(٢) ينظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب ١٠٠، والنظرية العامة للالتزام، مصطفى الزرقا ٧٥/٢، وعقد المقاول، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، ٢٣٩، وعقد المقاول: الإنشاء والتعمير، حقيقته، تكييفه، صورته، الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي، ٢٣.

(٣) ينظر الوسيط في شرح القانون المدني ٨٥١/٢.

(٤) يُنظر لسان العرب، مادة: (شرط)، وتاج العروس، مادة: (شرط).

(٥) يُنظر لسان العرب، مادة: (شرط).

(٦) اعتمد الفقهاء في تعريف الشرط على تعريف الأصوليين له مع مراعاة لوازمه إذ لا فرق بين الشرط عند الفقهاء والأصوليين؛ فالأصولي بحث في الأدلة الشرعية من جهة إثبات الحكم بها، ودلالاتها عليه، فاستلزم أن يتكلم عن الحكم وتعريفه وأقسامه، ومتعلقاته، والشرط هو من متعلقات خطاب الوضع، فبحث الأصوليون في الشرط من جهة وضعه،

وعُرف بأنه: (هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره)^(٣).

أما تعريف الجزاء، فالجزاء في اللغة: مصدر جزى يجزي جزاء، ويطلق على الثواب والمكافأة على الشيء، ومقابلة العمل بما يماثله، ويأتي الجزاء بمعنى العقاب^(٤) وجازى مثل جزى إلا أن بعض العلماء جعل جزى في الخير وجازى في الشر^(٥)، ويأتي الجزاء بمعنى العوض، والبدل^(٦)، ونرى من مجموع هذه المعاني أن الشرط الجزائي هو بدل عن الضرر المحتمل، وفيه شبه بالعقوبة، وإن لم يكن عقوبة محضة، وفيه كفاية، وإغناء عن طلب التعويض القضائي.

وبحث الفقهاء فيه من جهة تعلق الحكم به إيجاباً وندباً، وكونه شرط صحة وغير ذلك. أثر الشرط في الفقه الإسلامي
لزهره الألعى ٣١.

(١) أصول البزدوي ومعه كشف الأسرار للبخاري ١٧٣/٤ ويُنظر المنار للنسفي وشرحه لابن ملك ٩٢١، وأصول السرخسي ٣٠٣/٢.

(٢) كشف الأسرار للبخاري ١٧٣/٤، وأصول السرخسي ٣٠٣/٢. يُنظر الفروق للقراقي ٦١/١ وما بعدها.

(٣) الفروق للقراقي ٦٢/١، ويُنظر شرح تنقيح الفصول للقراقي ٦٢، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٥/١، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ١٦٢. فقلوه: (يلزم من عدمه العدم): احتراز من المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء، لا وجود ولا عدم، وقوله: (ولا يلزم من وجوده وجود): احتراز من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود، وقوله: (ولا عدم): احتراز من المانع أيضاً فإنه يلزم من وجوده العدم، وقوله: (لذاته): احتراز من مقارنة وجوده لوجود السبب، فيلزم الوجود، ولكن ليس ذلك لذاته وهو كونه شرطاً، بل لأجل السبب، أو مقارنة وجود الشرط لقيام المانع، فيلزم العدم، ولكن ليس ذلك لذات الشرط، بل لأجل المانع، وقوله: (ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره) احتراز من جزء العلة فإنه وإن كان يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، إلا أنه مشتمل على جزء المناسبة فإن جزء المناسب، مناسب.

(٤) ينظر لسان العرب، مادة: (جزي).

(٥) ينظر لسان العرب، مادة: (جزي).

(٦) ينظر المسؤولية والجزاء في القرآن الكريم لمحمد الشافعي ٣٧٨.

وأما الجزاء اصطلاحاً: فهو: كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله عز وجل من مكافأة^(١) مقابل عمله الاختياري الحسن شرعاً في الدنيا والآخرة، ومن عقاب على عمله السيء شرعاً في الدنيا والآخرة^(٢).

وعليه يكون معنى الجزاء في الاصطلاح مناسباً لمعناه اللغوي؛ لأنه الثواب على العمل الحسن، والعقاب على العمل السيء.

والشرط الجزائي لا يخرج عن المعنى اللغوي والاصطلاحي للجزاء؛ لأنه هو تعويض، وضمان مشروط في العقد يستحق عند الإخلال به فهو جزاء على الإخلال بما تم الاتفاق عليه في العقود.

وعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله: (اتفاق بين متعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)^(٣).

وعرفه الدكتور أسامة الحموي بأنه: (اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه للدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه جزاء لما سببه المدين من ضرر لحق بالدائن)^(٤)، فالشرط الجزائي يترتب كنتيجة لمخالفة أحد أطراف العقد لمقتضى العقد وشروطه الصحيحة، وقد سببت هذه المخالفة ضرراً أو أذى للشارط فجبر الضرر بهذا الشرط الجزائي، حيث يأتي التعويض لإعادة التوازن إلى العقد ودرء الضرر عن الطرف الآخر من جراء عدم التنفيذ أو تأخيره.

واستقر القانون على أنه تعويض اتفاقي احتمالي جزائي له بعض آثار العقوبة يجوز أن يزيد عن قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة^(٥).

ثانياً: حكم الجزاءات (الشرط الجزائي): الأصل في جوازه صحة الاشتراط في العقود، وكذلك استدلل العلماء لصحة الشرط الجزائي بأدلة أخرى تؤيد جوازه، منها:

(١) الأفضل التعبير (بالثواب) لأن المكافأة لا تستعمل في حق الله عز وجل، لأن فيها معنى مقابلة نعمة بنعمة هي كفؤها، ونعمة الله تعالى عن ذلك. ينظر المفردات في غريب القرآن؛ لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، ١٩٥-١٩٦، تحقيق: صفوان داوودي، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، لبنان، ط: الأولى، ١٤١٢هـ.

(٢) ينظر المسؤولية والجزاء، للشافعي ٣٨٠، والشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة الرياض، لعبد الله بن محمد آل سليمان الشهري، ٤١، بحث تكميلي، لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، قسم الفقه المقارن، ١٤١٨هـ.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني ٨٥١/٢.

(٤) الشرط الجزائي، الدكتور أسامة الحموي ٤٨.

(٥) ينظر المادة (٢٢٤) من القانون المدني السوري.

١- حديث النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، فالحديث لم يرد لنفي الضرر في الواقع المحسوس وإنما أريد به التنبيه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير وإزالة الضرر عنه حال وقوعه، ولا سبيل لإزالة الضرر الواقع إلا بإيجاب الضمان على من أوقعه تداركاً لهذا الضرر^(٢).

٢- ما رواه البخاري معلقاً عن ابن سيرين: "أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتكَ الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه"^(٣).

٣- ما رواه البخاري معلقاً أيضاً عن ابن سيرين قال: "قال رجل لكرّيه: أرحل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه"^(٤).

٤- حديث النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم»^(٥)، وقوله ﷺ: «ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(٦). والليّ بتشديد الياء مصدر لوى يلوي، بمعنى ماطل في الوفاء^(٧)، وإحلال عرضه معناه جواز ذمه، قال سفيان: (عرضه يقول: مطلتي، وعقوبته الحبس)^(٨)، وقال ابن المبارك: يحل عرضه يغلظ له وعقوبته يحبس له^(٩)، والواجد هو الموسر^(١٠).

(١) سبق تخريجه ٩٠.

(٢) يُنظر المدخل الفقهي العام ٩٩٠/٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب: الشروط، باب: ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم ٩٨١/٢.

(٤) صحيح البخاري، كتاب: الشروط، باب: ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم ٩٨١/٢.

(٥) صحيح البخاري، كتاب: الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: مطل الغني ظلم ٨٤٥/٢.

(٦) صحيح البخاري، وقد علّقه البخاري في كتاب: الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: لصاحب الحق مقال، ٨٤٥/٢، وجاء موصولاً في سنن أبي داود، كتاب: الأفضية، باب: في الحبس في الدين وغيره، ٣١٣/٣، وسنن النسائي الكبرى، كتاب: البيوع، باب: مطل الغني ٥٩/٤، وسنن ابن ماجه، كتاب: الصدقات، باب: الحبس في الدين والملازمة، ٨١١/٢، وقال الإمام ابن حجر عنه: (إسناده حسن) يُنظر فتح الباري ٦٢/٥.

(٧) يُنظر فتح الباري ٦٢/٥.

(٨) صحيح البخاري، كتاب: الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: لصاحب الحق مقال، ٨٤٥/٢.

(٩) سنن أبي داود، كتاب: الأفضية، باب: في الحبس في الدين وغيره، ٣١٣/٣.

(١٠) ينظر شرح النووي لمسلم ٢٢٧/١٠.

ومعنى الحديث: أن مطل القادر على قضاء دينه يحل عرضه وعقوبته، بأن يغلظ القول عليه ويشدد في ذمه^(١)، فتأخير دفع الدين والمماطلة في أدائه ظلم محرم شرعاً يجب رده متى أمكن وضرر يجب رفعه، ولا يمكن ذلك إلا بالتعويض عما لحق المتضرر من أضرار^(٢).

٥- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله: ((مقاطع الحقوق عند الشروط))^(٣).

٦- العرف: فقد درج الناس في عقودهم ومعاملاتهم في هذه الأيام على اللجوء إلى الشرط الجزائي كثيراً، ومن النادر أن نجد عقداً بين الناس يخلو من الشرط الجزائي.

وخصوصاً العقود الإدارية، كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد والمقاولات وعقد الاستصناع وغيرها من العقود؛ لما في هذا الشرط من تحقيق مصلحة معتبرة لكل الأطراف وتحقيق الاستقرار في التعامل والحث على الالتزام بالتعهدات^(٤).

وقد أجاز الشرط الجزائي عدد كبير من الهيئات ولجان الفتوى والعلماء المعاصرين ومنهم مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، وإدارة البحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية، ودار الإفتاء المصرية، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي، وفتاوى الأزهر الشريف، وفتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في السعودية لهيئة كبار العلماء في المملكة، ومن العلماء المعاصرين العلامة الدكتور مصطفى الزرقا، وعبد الرزاق السنهوري وغيرهم^(٥).

(١) ينظر شرح النووي لمسلم ٥٢٢٧/١٠، عون المعبود ٤١/١٠، فتح الباري ٦٢/٥.

(٢) يُنظر الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ١٧٦.

(٣) صحيح البخاري، حيث رواه معلقاً في موضعين: كتاب: الشروط، باب: الشروط في المهر عند عقد النكاح، ٩٧٠/٢، وفي كتاب: النكاح، باب: الشروط في النكاح، ١٩٧٨/٥، ووصله البيهقي فأخرجه في السنن الكبرى، كتاب: الصداق، باب: الشروط في النكاح، ٢٤٩/٧، وكذلك في مصنف ابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، باب: من قال المسلمون عند شروطهم، ٤٥١/٤ وإسناده صحيح. ينظر تعليق التعليق لابن حجر ٤١٩/٤، وتمام الحديث أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها، فسأل رجل عمر رضي الله عنه فقال: لها شرطها، فقال الرجل: إذن لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقته، فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط. فتح الباري ٢١٧/٩.

(٤) يُنظر الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ١٧٧-١٧٨.

(٥) ينظر قرار الجمع في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٧٠/١٢، وأبحاث هيئة كبار العلماء ١٥١/١، وفتاوى الأزهر الشريف ١٠٦/٦، وفتاوى اللجنة الدائمة ١١٥/١٥، والمدخل الفقهي العام ٧٦٠/٢، والشرط الجزائي للدكتور عثمان شبير ٢٠، ومصادر الحق للسنهوري ٩٦/٣.

ثالثاً: تكييف الشرط الجزائي في العقد: الشرط الجزائي في الأصل من العقود المقترنة بالعقد،

والشرط المقترن بالعقد هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه أو لاحقاً له، وهذا الالتزام زائد عن أصل مقتضاه شرعاً^(١).

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز الشرط الذي يقتضيه العقد كاشتراط المشتري التصرف بالمبيع أو اشتراط البائع تسليم الثمن قبل تسليم المبيع؛ لأن هذا الشرط يثبت بمطلق العقد فاشتراطه وعدمه سواء؛ ولأنه من مقتضى العقد الذي رتبته الشارع فصح إجماعاً.

كما لا خلاف بينهم في بطلان الشرط الذي ينافي بمقتضى العقد كاشتراط البائع على المشتري عدم الانتفاع بالمبيع لأنه شرط يلغي الحكم الأصلي للعقد، وهو مناقض لقصد الشرع، ومناقضة قصد الشرع باطلة^(٢).

والأصل كما ذكر السيوطي أن ما يثبت بالشرع مقدم على ما يثبت بالشرط^(٣)، أي عند التعارض. واختلفوا فيما عدا ذلك من الشروط تبعاً لاختلافهم في الضابط للشروط المشروعة وغير المشروعة. فالخفية يصححون الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائم مقتضى العقد، أو الشرط الذي ورد النص بجوازه، أو جرى العرف على التعامل به^(٤)، والشرط الذي يلائم مقتضى العقد كاشتراط كفيل أو رهن بالثمن الآجل، أما ما ورد به النص فخير الشرط وخيار الرؤية ونحو ذلك. وأما ما ورد العرف على التعامل به فكاشتراط إصلاح المبيع لمدة معينة.

والمالكية توسعوا في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، ويستخلصون ضابط الشرط الصحيح على ضوء مدى اشتماله على معنى الغرر أو الربا أو الجهالة كثرة أو قلة، أو المناقضة والمنافاة لمقتضى العقد. فالشرط الصحيح عندهم ما يقتضيه العقد أو يلائم مقتضاه أو ورد به النص أو جرى به العرف والتعامل، وكذا صححوا الشرط الذي لا ينافي بمقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه ولا يلائمه ما دامت فيه مصلحة للعقد^(٥).

أما الشافعية فصححوا كل ما كان من مقتضى العقد أو ملائماً لمقتضى العقد ويسموناه: (الشرط الذي في مصلحة العقد)، وكذا ما ورد به النص، وكذا الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافي بمقتضاه وليس

(١) يُنظر الفقه المقارن، د. فتحي الدريني ٥٩٣.

(٢) يُنظر بدائع الصنائع ١٤١/٤، ورد المختار على الدر المختار ٧٧/٥، والموافقات للشاطبي ٢٥٢/١، مواهب الجليل ٣٧٣/٤، والمجموع ٣٤٦/٩، ومغني المحتاج ٣٤/٢، وكشف القناع ١٨٩/٣.

(٣) يُنظر الأشباه والنظائر ١٤٩.

(٤) يُنظر تبين الحقائق ١٣١/٤.

(٥) يُنظر حاشية الدسوقي ٦٥/٣، الموافقات للشاطبي ٢٨٣/١-٢٨٥.

فيه مضرة، وكذا شرط وصف خاص بالمبيع بشرط أن يكون الوصف منضبطاً وموجوداً في العقود عليه وقت العقد ككون البقرة حلوباً.^(١)

وأما الحنابلة فهم أكثر الفقهاء تصحيحاً للشروط وتوسعاً فيها، وذهبوا إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة لا الحظر، وكل ما لم يمنعه الشارع فهو مباح استصحاباً لذلك الأصل.

والشرط الصحيح عندهم هو كل شرط يقتضيه العقد أو فيه مصلحة للعقد أو العاقد وإن كان العقد لا يقتضيه، والشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه وليس من مصلحته^(٢)، لعموم الحديث: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

فالحديث أمر بالوفاء بالشروط وما توجبه هذه الشروط من التزامات ما دامت لا تحرم شيئاً أمر به الشرع به ولا تبيح شيئاً نهي الشارع عنه.

كما أجاز متأخرو الحنابلة كل شرط إلا ما كان منافياً لمقتضى العقد أو كان منافياً للشرع نفسه^(٣)، جاء في إعلام الموقعين: (الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهي عنه، وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم ببطالها حكم بالتحريم والتأثير، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله)^(٤)

وعلى هذا فالحنابلة لا يعدون كغيرهم أن كل مصلحة يشترطها أحد المتعاقدين لنفسه مما لا يوجب العقد بذاته تكون منافية لمقتضى العقد، بل يعدون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة غير محظورة شرعاً.

وبناء على هذا فالشرط الجزائي شرط صحيح عند الأئمة الأربعة لأنه شرط مقترن بالعقد وجرى به العرف، وفيه مصلحة للعقد وهو شرط ملائم للعقد.

فهو شرط صحيح عند الحنفية لجريان العرف به، وصحيح عند المالكية لأنه شرط ملائم لم يرد بإلغائه وتحريمه نص خاص وفيه مصلحة للعقد، وصحيح عند الشافعية لأن فيه مصلحة للعقد، وهو جائز عند الحنابلة لأنهم لا يجرمون من الشروط إلا ما ورد نص بتحريمه أو تنافي مع مقتضى العقد^(٥).

رابعاً: محل تطبيق الشرط الجزائي: قد يكون محل الشرط الجزائي مالياً أو غير مالي، أي أن

اشتراط الشرط الجزائي يتقرر في أحد أمرين:

(١) يُنظر مغني المحتاج ٣٤/٢.

(٢) يُنظر المغني، لابن قدامة ١٥٧/٤، وكشاف القناع ١٨٩/٣.

(٣) يُنظر إعلام الموقعين ٣٤٤/١.

(٤) إعلام الموقعين ٣٤٤/١.

(٥) ينظر نظرية العقود الإدارية، ١٥٠، والشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ١٥٥.

الأول: شرط جزائي مقرر لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخير تنفيذها، كالشرط الجزائي الذي يشترط في عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة؛ إذ يتضمن الشرط تغريم الطرف المماطل مبلغاً من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم المواد أو تنفيذ المشروع وتسليمه.

الثاني: شرط جزائي مقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها ديناً^(١)، كاشتراط مبلغ مالي أو نسبة مئوية على المبلغ المترتب على المدين عن كل يوم يتأخر فيه عن سداد دينه.
وبناء على هذا فإنه يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً.

والعقود التي يكون الالتزام فيها ديناً ثلاثة: القرض والبيع بثمن مؤجل وعقد السلم^(٢).
ففي عقد البيع بثمن مؤجل أو مقسط لا يجوز أيضاً أن يشترط البائع على المشتري شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حال تأخره عن تسليم المسلم فيه في الأجل، ومثاله: كما لو تم الاتفاق على شراء سلعة بثمن مؤجل يحل بعد سنة، واشترط الدائن في العقد أنه إن حدث تأخر عن السداد في الوقت المحدد فعلى المتأخر شرط جزائي مقدّر، كنسبة معينة عن كل شهر يتأخر فيه عن السداد، أو مبلغاً مقطوعاً يزداد على قيمة السلعة المباعة، وهو تعويض عن ضرر عدم السداد، أو التأخر^(٣).

وفي عقد القرض لا يجوز أن يشترط الدائن على المدين شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حال تأخره عن السداد؛ وذلك لأن الشرط يؤدي في هذه الحالات إلى الربا الصريح الحرم وهو ربا النسيئة الذي كان شائعاً في الجاهلية، وهذا الشرط لا يحل اشتراطه ولا أخذه ولا عطاؤه ولا الاتفاق عليه وإن وقع في العقد كان باطلاً^(٤).

(١) الدين لغة: يطلق الدين في اللغة على عدة معان، فيطلق على كل شيء غير حاضر، كما يُطلق على ماله أجل، وعلى القرض، يقال: دنت الرجل إذا أقرضته، ويُطلق على الجزاء والمكافأة، يقال: دانه ديناً أي جازاه. ينظر لسان العرب، مادة: (دين). وأما الدين اصطلاحاً: (هو المال الثابت في الذمة) يُنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٠٥.

(٢) ينظر الشرط الجزائي، د. الصديق محمد الأمين الضرير، ٢١، مقدم لجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ.

(٣) هذه الصورة من أكثر صور الشرط الجزائي وقوعاً في القوانين الوضعية؛ لذلك فإن كتب القانون تعبر عن المتعاقدين في الشرط الجزائي بالدائن والمدين وقد وقع بعض الباحثين المعاصرين في هذا فعبروا عن المتعاقدين في الشرط الجزائي بالدائن والمدين رغم أن الشرط الجزائي يحرم دخوله على الديون. ينظر الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٤٧-٤٨، ٥٤-٥٨.

(٤) يُنظر الشرط الجزائي، د. الصديق الضرير ٢١، والشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٦٨.

وربا النسيئة هو أن يبيع الرجل الرجل إلى أجل، فإذا حل الأجل قال: أتقضي ديني أم تربى، يعني أم تزيدني على مالي عليك وأصبر عليك إلى أجل آخر^(١)، وهذا حرام كما في الحديث: «لا ربا إلا في النسيئة»^(٢)، وهو المقصود من قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة/٢٧٥]، يقول الدكتور أسامة الحموي: (لا يجوز أن يتفق الدائن مع المدين على أن يدفع له مبلغاً محدداً من النقود أو نسبة من الدين الذي عليه في حال تأخره عن الوفاء في المدة المحددة، سواء سمي هذا المبلغ شرطاً جزائياً أم غرامة أم تعويضاً لأن هذا هو الربا بعينه)^(٣)، وقد نص على تحريم الشرط الجزائي في الديون وعدم صحته وبطلانه المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة ١٤٠٩ هـ، في القرار الثامن^(٤)، ومجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم: ٥١ (٦/٢) في الدورة السادسة ١٤١٠ هـ^(٥).

وبما أن الشرط الجزائي في الديون من الربا المحرم فالشرط المؤدي للربا شرط فاسد يتعدى فساده إلى العقد فيفسده^(٦).

وبناء على ما سبق يبدو أن الراجح جواز اشتراط الشرط الجزائي في غير الديون كالتوريد والمقاولة والاستصناع، سواء كان اشتراطه لعدم التنفيذ أم للتأخر عن التنفيذ في الوقت المحدد.

ففي عقد الاستصناع يجوز اشتراطه على الصانع إذا لم ينفذ ما التزم بصنعه أو إذا تأخر في تنفيذ ما اتفق عليه في الوقت المحدد.

وهذا على ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الذي ذهب إلى لزوم الاستصناع.

كذلك في عقود المقاولة والتوريد التي يكثر فيها اشتراط الشرط الجزائي، فيجوز اشتراطه على المورد في حال عدم تنفيذه لعقد التوريد وإحضاره للسلع والمواد المتفق عليها، أو في حال تأخره عن تسليمها في الوقت أو الأوقات المتفق عليها في العقد.

إلا أنه لا يجوز اشتراطه على المستصنع أو المورد له فيما إذا تأخر عن دفع المال المترتب عليه في موعده المحدد لأن محل الالتزام هنا ديناً في ذمة المدين، وباشتراط هذا يؤول الأمر إلى ربا النسيئة وهو محرم.

أما التزام المورد بتسليم المواد المتفق على توريدها فهو عين قد تدخلها الصنعة وهو يمثل أداء عين مصنعة لا يستحق مقابله إلا بعد أدائه.

(١) يُنظر أحكام القرآن للحصاص ١٨٣/٢، وفتح القدير ٢٩٤/١، وإعلام الموقعين ١٥٤/٢.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الدينار بالدينار نساء ٧٦٢/٢.

(٣) الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٧٠.

(٤) ينظر قرارات مجمع الفقه الإسلامي ٢٦٦.

(٥) ينظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ١٠٩-١١٠.

(٦) ينظر الشروط الجعلية في عقد البيع، للحكمي ٤٧-٧٦.

وإذا جاز الشرط الجزائي لعدم التنفيذ فلأن يجوز في التأخير في التنفيذ من باب أولى، إذ لا فرق في الحالين من حيث إلحاق الضرر بالدائن بسبب التأخير والمماطلة في الأداء مما يستلزم تعويض المتضرر أياً كان سبب الضرر الذي لحق به.

ويؤكد الدكتور مصطفى الزرقا أن قيمة الزمن اليوم قد ازدادت، وأصبح عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته أو تأخير تنفيذها مضرراً بوقت ومال العاقد الآخر، ومثل لذلك بتأخير تسليم بضاعة إلى تاجر حتى هبط سعر البضاعة مما ألحق بالتاجر المشتري ضرراً بالغاً وخسارة فادحة^(١).

والشرط الجزائي إنما هو لرفع الضرر الواقع سواء كان بسبب التأخر أم عدم التنفيذ.

والذي جرى عليه العلماء في الفقه الإسلامي^(٢) أنه لا تعويض مالي عن الأضرار المعنوية، حيث إنهم لم يعوضوا عن مجرد السرقة، والغصب، والنهب مع ما فيها من الإيلام وإنما فيها الحد إذا استجمع شروطه، أو التعزير لما دون الحد بل إن القذف وهو من أبلغ الأضرار المعنوية، لأنه اعتداء على العرض ليس له إلا الحد، ولا يعرض عنه بالمال، كذلك الشتم بما دون القذف عقوبته تعزيرية ولا مدخل للتعويض فيه^(٣) وقد نُقل إجماع المذاهب على هذا الرأي^(٤).

ويرى الدكتور أسامة الحموي أن مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي يتسع ليشمل كل ما يعد ضرراً في العرف، فيشمل الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال والمنافع والبدن الإنساني وسائر الحقوق المالية الأخرى، ويشمل أيضاً الضرر الناشئ من الامتناع عن تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه دون عذر يبرره.

وأيّد ذلك بالأدلة التي تجيز الشرط الجزائي، وأن الفقه الإسلامي يوجب دفع الضرر مطلقاً دون التفرقة بين ضرر وآخر، وأنه ليس من الضروري أن يكون الحكم بالتعويض المادي مقابل ضرر مالي أي مال بدل مال أتلّف، فالدية والأرّش تعويض مالي عن ضرر ليس مالي^(٥).

فإن وجد الشرط الجزائي في العقد فيحكم به عن كل ضرر لحق بالمتضرر سواء أكان الضرر مالياً أم غير مالي، ويؤيد هذا القول شريح: (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه)^(٦) دون النظر إلى حجم الضرر ونوعه.

(١) يُنظر المدخل الفقهي العام ٧٦٠/٢، والقرارات والتوصيات للدورة الثانية عشرة ١٤٢١ هـ، ص ٦.

(٢) أقرت القوانين التعويض المالي عن الأضرار المعنوية والأدبية، واستقر الأمر على التعويض. ينظر الحق في التعويض للحمادي

١٧٤-٢٢٢ وما بعدها، والوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ١/٨٦٨.

(٣) ينظر التعويض عن الضرر، للزحيلي ١٢، والضمان، علي الخفيف ٤٥.

(٤) يُنظر الضمان، علي الخفيف ٤٥.

(٥) الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٢٠٩.

وقد أخذ القانون بمبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية^(٢).

خامساً: مقدار التعويض في الشرط الجزائي:

قد يكون الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر الحاصل، وقد يكون أقل منه بكثير، ففي هذه الحالة يجب تعديل الشرط الجزائي ورده إلى حد المعقول.

فإذا كان التعويض الذي تضمنه الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر الحاصل فإن ذلك يعد ضرراً لا بد من إزالته تطبيقاً لقاعدة (الضرر يزال)^(٣) وتطبيقاً لقواعد العدل والإنصاف التي تقف عليها المعاملات في الشريعة الإسلامية، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠]، والزيادة الفاحشة في الشرط الجزائي عن الضرر الفعلي الواقع تشكل زيادة من دون مقابل، فهي تشكل تعويضاً وجب على المدين دفعه من دون ضرر مقابل له وفي ذلك ظلم.

والعدل في ذلك يوجب رد قيمة التعويض في الشرط الجزائي إلى الحد المناسب لحجم الضرر، ويرجع في تقدير ذلك إلى القاضي معتمداً على أهل الخبرة^(٤).

وقد أفتى بيت التمويل الكويتي أنه إذا جاوز الشرط الجزائي حد المعقول بأن كان أكثر من الضرر الذي يعود على الطرف الآخر فيجب رده إلى المعقول، وتعدّ مثل هذه الشروط المغالى فيها شروطاً تعسفية تتنافى مع قواعد الشريعة الإسلامية التي من أصولها (لا ضرر ولا ضرار)^(٥).

وأرى أن هذا القول هو من حيث المبدأ العام في تعويض الأضرار، إذ تجب المماثلة بين التعويض والضرر، أي يجب أن يكون مقدار التعويض مماثلاً للضرر الفعلي الواقع على المتضرر دون زيادة ولا نقصان. أما في حال وجود الشرط في العقد الذي يتمثل في الشرط الجزائي فإن الأمر يختلف، إذ إن المتعاقدين قد اتفقا على مقداره في العقد حال حصول موجه.

وهذا الاتفاق على مقدار التعويض يستحقه المتضرر وإن كان أكثر من الضرر الواقع أو أقل منه ما دام أنه مشروط في العقد على صورة الشرط الجزائي الذي اعتبرناه شرطاً صحيحاً يجوز اقترانه بالعقد.

(١) صحيح البخاري، كتاب: الشروط، باب: باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم وإذا قال مائة إلا واحدة أو ثنتين، ٩٨١/٢.

(٢) ينظر الحق في التعويض، للحمادي ١٧٤-٢٢٢، والوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٨٦٨/١.

(٣) مادة (٥٣) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) يُنظر نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ٩٥-٩٦، والشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٣٧٨-٣٨١.

(٥) يُنظر الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي ٢٢٠/٢.

ولأن الطرفين في العقد قد اتفقا على مقدار التعويض سلفاً ورضياً به في حال تخلف أحدهما عن تنفيذ العقد، فهو بذلك يشبه العربون الذي ذهبنا إلى جوازه وجواز مصادرته حال وجود سبب ذلك. وهذا الحكم تؤيده القواعد العامة في مراعاة الشروط في العقد، ومنها حديث النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»، وقول شريح: (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه)^(١).

والقاعدة الفقهية: (يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان)^(٢)، وهو ما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي إذ قال: (أما في ضمان العقد أو المسؤولية العقدية فلا يشترط التقيد بالمثل وإنما ينفذ الشرط المتفق عليه قدر الإمكان عملاً بقاعدة: يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان)^(٣).

سادساً: صور الشرط الجزائي:

١- أن يكون التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي تقديراً للتعويض عن الضرر اللاحق في حال التخلف عن تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه فيكون مساوياً أو مقارباً له.

٢- أن يكون التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي أكبر بكثير من الضرر المتوقع جراء التخلف عن تنفيذ العقد فيكون بمثابة التهديد المالي.

٣- أن يكون التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي أقل بكثير من الضرر المتوقع فيكون الشرط بمثابة التخفيف من المسؤولية التي تثبت على المتعاقد بسبب تقصيره في التنفيذ.^(٤)

حكم هذه الصور:

- أما في حالة كون الشرط الجزائي مساوياً أو مقارباً لمقدار الضرر الحاصل نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ فإن الشرط صحيح، لأنه يحقق مبدأ العدل والمساواة في حقوق كل طرف من أطراف العقد وذلك تنفيذاً للقاعدة الشرعية الضرر يزال.^(٥)

- أما إن كان التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي أكبر بكثير من قيمة الضرر الواقع، فللعلماء المعاصرين فيه قولان:

(١) صحيح البخاري، كتاب: الشروط، باب: ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم ٩٨١/٢.

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة (٨٣).

(٣) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ٩٦.

(٤) يُنظر عقد التوريد، دراسة شرعية، د. عبد الله المطلق ٦١.

(٥) يُنظر مادة (٣٥) من مجلة الأحكام العدلية.

- الأول: أنه لا يعمل بالشرط الجزائي إن كان أكبر بكثير من قيمة الضرر الواقع، لأنه ظلم وتعسف في استعمال الحق، فيجب رده إلى الحد المعقول.^(١)

وبهذا أفتت هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، فقد نصت على أنه:
(إذا كان الشرط الجزائي عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة)^(٢).
ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨]، ويقول الدكتور أسامة الحموي: (إن الزيادة الفاحشة في قيمة الشرط الجزائي تجب إزالتها ورفعها أيّاً كان منشؤها، لأن الفقه الإسلامي يوجب إزالة الضرر أيّاً كان هذا الضرر، وأياً كان منشؤه، بل إننا نستطيع القول هنا إن التعويض بشرط جزائي فاحش يدخل ضمن مفهوم التعسف باستعمال الحق بسبب الفارق الكبير بين حجم الضرر الواقع على الدائن والتعويض المتفق عليه الواجب على المدين، والتعسف باستعمال الحق محرم في الفقه الإسلامي كما هو ثابت فقهاً، وهذا يوجب تعديل الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر ورفعاً للتعسف وإحقاقاً للحق بدون تعسف أو شطط)^(٣).

الثاني: أنه يجب الوفاء بالشرط الجزائي المتفق عليه وإن كان أكبر بكثير من قيمة الضرر الواقع، إذ لا مانع من الاتفاق على مضاعفة الغرامة بسبب الإخلال بالالتزام التعاقدي.
يقول الدكتور وهبة الزحيلي: (وأما قبل وقوع الضرر فيجوز في العقود الاتفاق على التنازل عن الحق في التعويض عن الأموال والحقوق المادية أو التخفيف من المسؤولية أو التشديد فيها، إذ لا مانع شرعاً من الاتفاق على مضاعفة الغرامة بسبب الإخلال بالتزام تعاقدية ويجب الوفاء بالشرط المتفق عليه)^(٤).
وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي بجده في دورته السابعة فنص على أنه:
(يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة)^(٥).

وهذا القرار يجيز بمضمونه كون الشرط الجزائي على ما اتفق عليه العاقدان ولم يشترط كونه أقل أو أكثر من الضرر الواقع.

(١) يُنظر الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٣٧٨.

(٢) فتاوى هيئة كبار العلماء ٢٩٥/١.

(٣) الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٣٨١.

(٤) نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ١٠٨.

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١٣٧/٧.

إلا أن المجمع عاد في دورته الثانية عشر حول الشرط الجزائي بعد أن عرفه وبيّن جوازه في العقود المالية والضرر الذي يجوز التعويض عنه فنص على أنه: (يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه)^(١).

مع أن نص القرار يبين أن من العقود التي يجوز فيها الشرط الجزائي عقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه، وبمقتضى هذا القرار يكون المجمع قد أجاز للقضاء تعديل الشرط الجزائي الذي يكون مبالغاً فيه بأن يكون فاحشاً وكبيراً يراد به التهديد المالي.

وهذا القول أولى بالاتباع لأنه أبعد عن الظلم وأقرب إلى العدل والإنصاف، ولأن القول بجواز هذا الشرط الفاحش إلزام للمتعاقد بما لم يرض به، خصوصاً أنه لم يكن يتوقع حجم الضرر الذي سيقع جراء عدم تنفيذ الالتزام وإلا لما رضي بهذا الشرط الفاحش.

- وأما في حال كان الشرط الجزائي أقل بكثير من الضرر الواقع فإن ما زاد على الشرط الجزائي من مقدار الضرر فيتردد الحكم فيه بين أحد أمرين:

١- أن يكون هذا الاتفاق على هذا التقرير غير صحيح ويجب تعديل الشرط الجزائي إلى الحد المعقول كما لو كان الشرط أكبر بكثير من الضرر الواقع، وبهذا يخول القاضي بزيادة الشرط الجزائي وتعديله بما يعيد التوازن المالي للطرفين تحقيقاً لمبدأ العدالة وإبعاداً للظلم الذي سيقع على المتضرر الذي غرر به عند إبرام العقد حيث أنه لم يكن يتوقع حجم الضرر الذي سيلحق به نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ^(٢) عملاً بقاعدة: (الضرر يزال)^(٣).

٢- أن يكون هذا المقدار تنازلاً عن الحق في التعويض قبل وقوع الضرر، وهذا ما صرح الدكتور وهبة الزحيلي بجوازه فيما نقلته عنه سابقاً كما هو حال الزيادة.^(٤)

والأولى في نظري إحالة أمر التعديل للقضاء للنظر في مقدار التعويض المتفق عليه وإعادةه إلى الحدود المعتادة بما يتناسب وحجم الضرر الواقع، خصوصاً أننا قد رجحنا عدم جواز الاتفاق على مقدار التعويض إن كان كبيراً جداً يلحق الضرر بالطرف الآخر.

ولذات السبب أرى إعطاء القاضي سلطة التعديل في كلا الحالتين (الزيادة الفاحشة والنقص الفاحش) لإعادة التوازن إلى العقد تحقيقاً لمبدأ العدالة والمساواة ورفع الضرر قدر الإمكان.

سابعاً: كيفية التعويض ووقت تقديره:

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٦٧١/١٢.

(٢) يُنظر الشرط الجزائي، د. أسامة الحموي ٣٨١ _ ٣٨٢.

(٣) مادة (٣٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) يُنظر نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي ١٠٨.

١_ كيفية التعويض: لما كانت الحكمة من مشروعية التعويض هي صيانة الأموال، وجبر الضرر والنقص الذي يلحق بها كانت المساواة والمماثلة بين التعويض والضرر هي الأساس الذي قام عليه التعويض في الفقه الإسلامي فلا زيادة تضر بالمعوض، ولا نقصان يضر بالمعوض^(١) قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢)، والأصل أن ترد الحقوق بأعيانها متى كان ذلك ممكناً، وهذا لا يدخل في معنى التعويض وبه يبرأ من العهدة ويتخلص من المسؤولية باتفاق العلماء^(٣)، قال رسول الله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٤)، فإن تعذر رد الحقوق بأعيانها وجب رد أمثالها إن كان المال مثلياً، لأن الجبر بالمثل أعدل، وأتم^(٥)، قال تعالى: ﴿فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقد أجمع الفقهاء على وجوب ضمان المثلي بمثله^(٦)، فإن لم يكن للمال مثل سواء كان المال قيمياً، أم مثلياً تعذر^(٧) وجود مثله وجب تعويض الحقوق بقيمتها^(٨)، فلا يجوز إذاً زيادة قيمة التعويض عن الضرر الواقع فعلاً لأن في هذا إضراراً بالضامن نهي

(١) ينظر الضمان، علي الخفيف ٤٥، ونظرية الضمان، لمحمد فوزي فيض الله ١٦٠.

(٢) سبق تخريجه ٩٠.

(٣) ينظر الاختيار للموصلي ٥٩/٣، والمعونة، للقاضي عبد الوهاب ١٢١٤/٢، وقواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام ١٢٠/١، والمغني، لابن قدامة ٣٦١/٧، ومراتب الإجماع لابن حزم ٥٩.

(٤) سنن أبي داود، كتاب: الإجارة، باب: في تضمين العارية، ٣٢١/٣، وسنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب: أن العارية مؤداة، وقال الترمذي: (هذا حديث حسن صحيح).

(٥) ينظر الاختيار للموصلي ٥٩/٣، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢١٤/٢، وقواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام ١٢١/١، والمغني، لابن قدامة ٣٦١/٧، وكشاف القناع ١٠٦/٤.

(٦) ينظر الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٥١٧/٥، والاختيار للموصلي ٥٩/٣، وخزانة الفقه وعيون المسائل للسمرقندي ٣١٧/١-٣١٨، ومواهب الجليل للحطاب ٢٧٨/٥، والقوانين الفقهية لابن جزي ٣٢٤، وقواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام ١٢١/١، والمغني، لابن قدامة ٣٦٢/٧، ومطالب أولي النهى ٥٣/٤-٥٤، ومراتب الإجماع لابن حزم ٥٩.

(٧) التعذر نوعان: أ- تعذر حقيقي: وهو انقطاع وجود المثل في السوق. ينظر تبين الحقائق ١١٣/٥، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢١٢/٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ٥٥٥، ومطالب أولي النهى ٥٣/٤-٥٤، ب- تعذر حكمي: وهو أن يوجد المثلي بزيادة عن ثمن المثل إما لغلاء، أو لمؤونة الحمل. ينظر الأشباه والنظائر، للسيوطي ٥٦٣، وكشاف القناع ١١١/٤.

(٨) ينظر تبين الحقائق ٢٢٣/٥، وحاشية الدسوقي ٤٤٤/٣، وقواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام ١٢١/١، وشرح البهجة لتركيا الأنصاري ٢٤٨/٣ والأشباه والنظائر للسيوطي ٥٥، وكشاف القناع ١١١/٤.

عنه النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، فالشريعة راعت حتى جانب الظالم كالغاصب والمعتدي بالإتلاف فلم تجز الزيادة عليه، لأن الظالم وإن ظلم لا يظلم في شريعة الله فغيره من باب أولى أن لا يزداد عليه التعويض^(٢).

٢_ وقت تقدير التعويض: لم يختلف الفقهاء في أن تقدير التعويض يكون بعد وقوع الضرر لا قبله لكن الخلاف وقع في الوقت الأنسب لتقدير التعويض بعد وقوع الضرر هل هو عند وقوع الضرر مباشرة، أو بعده وذلك مراعاة لجانب العدل، والإنصاف لتحقيق التعويض المناسب والمساوي للضرر الواقع امتثالاً لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣) وقطعاً للتراع الحاصل^(٤).

ثم إن القاضي يقوم بالاستعانة بأهل النظر والخبرة في تحديد التعويض المناسب للضرر الواقع، وأنه لا يمكن الاستغناء عنهم^(٥)، بل ومراعاة للعدل والتعويض الجابر للضرر يجب على القاضي إذا اختلف أهل النظر والخبرة في تقدير العوض أن ينظر إلى أقرب تقويم إلى السداد، بل عليه أن يسأل غيرهم ممن لهم بصر أكثر في الأمر حتى يتبين له السداد^(٦).

ثامناً: الغرامات المالية في العقود الإدارية وعلاقتها بالشرط الجزائي:

١_ معنى الغرامات المالية في العقود الإدارية:

الغرامات لغةً: جمع غرامة وهي من غرم يغرم غُرماً و غَرَامَةً. والغرامة: ما يلزم أدائه^(٧).
الغرامات المالية في العقود الإدارية اصطلاحاً: الغرامات: (هي مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، ولا يشترط لتطبيقها

(١) سبق تخريجه ٩٠.

(٢) ينظر التعويض عن الضرر، محمد بوساق ٢٥١.

(٣) سبق تخريجه ٩٠.

(٤) ينظر الفعل الضار للزرقا ١١٨ وما بعدها، ونظرية الضمان، محمد فوزي فيض الله ١٦٢.

(٥) ينظر المبسوط للسرخسي ١٢٠/١-١٤٠، وحاشية الدسوقي ٢٧١/٤، وأدب القاضي للماوردي ٦٦/٢.

(٦) ينظر تبصرة الحكام، لابن فرحون ٧٧/٢.

(٧) ينظر لسان العرب، مادة: (غرم).

إثبات الضرر^(١)، إذاً هي جزاءات مالية تقدر مقدماً في العقد، أو في النظام^(٢) وتفرضها الإدارة في حالة إخلال المتعاقد بالتزام معين وخاصة في حالة التأخير في التنفيذ^(٣).

٢- أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة المالية في العقود الإدارية:

وأوجه الاتفاق: هي أنّ كلاهما تابعان للالتزام الأصلي، ويحددان مقدماً في العقد^(٤).
وأما أوجه الاختلاف:

١- الهدف الأول من الشرط الجزائي التعويض عن الضرر فطبيعته تعويضية، أما الغرامة فطبيعتها تهديدية عقابية.

٢- كما أنّ من شروط استحقاق الشرط الجزائي وقوع الضرر، أما الغرامة فتستحق ولو لم يقع ضرر.

٣- ثم للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي إذا زاد زيادة فاحشة عن مقدار الضرر، أو نقص نقصاً كبيراً بينما الغرامة تستحق كما نص عليها العقد أو النظام دون زيادة أو نقصان.

٤- ثم من شروط استحقاق الشرط الجزائي إنذار المتعاقد أما الغرامة فلا تحتاج إلى إنذار بل تستحق بمجرد الإخلال^(٥).

٥- كما أنّ الشرط الجزائي يكون باتفاق الإدارة والمتعاقد معها، أما الغرامة فتفرض على المتعاقد من غير اتفاق.

والخلاصة: إن الغرامة في العقود الإدارية ليست شرطاً جزائياً ويؤكد ذلك أن الجهة الحكومية لها الحق في المطالبة بالتعويض أمام القضاء عند وقوع ضرر عليها من قبل الملتزم، بل ويجوز الجمع بينه وبين الغرامة المالية المستحقة بالنص عليها في العقد أو النظام^(٦). وقد نصوا على أن التعويض بعكس الغرامة لا يحكم به القاضي إلا

(١) نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب ١٠٤. وأما الضريبة: فهي (فريضة نقدية تفرضها الدولة جبراً على الأفراد كل على قدر طاقته بما لها من حقوق السيادة ويدفعونها دون مقابل بقصد تغطية النفقات العامة).
النظم المالية في الإسلام ٣٦. وعلى هذا فالضريبة تدفع دون مقابل ما، وبالتالي لا صلة لها بالعقود الإدارية، فلا أخوض فيها فهي خارج مجال البحث.

(٢) يعني أنه لا يلزم النص عليها في العقد، بل يكفي الإحالة على ما نص عليه النظام الإداري.

(٣) يُنظر العقود الإدارية، للبننا ٢٠٣، وينظر الأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ٥١٢.

(٤) ينظر الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون الأردني، للدراكه ٢٦٤.

(٥) ينظر تعويض الضرر لأبي الليل ٤٥٠ وما بعدها، والشرط الجزائي للدراكه ٢٦٤-٢٦٥، والعقود الإدارية، للبننا

١٩٨-٢٠٤، والقانون الإداري، للحلو ٥٩١، والأسس العامة للعقود الإدارية، للطماوي ٥١٣.

(٦) ينظر العقود الإدارية، للبننا ٢٠٣، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ٥١٠.

إذا ثبت الضرر^(١)، كما أن للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض أمام القضاء إذا وقع عليه ضرر بسبب خطأ الجهة الحكومية^(٢)، والمستفاد مما أضفته قريباً أن التعويض عن الضرر لا يكون إلا بعد وقوع الضرر وثبوته لا قبله.

(١) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ٥١٠.

(٢) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ٥٧٢.

المبحث الثاني المقابل المالي حين انتهاء العقود الإدارية

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تصفية عقود تفويض المرافق العامة

المطلب الثاني: أحوال انتهاء العقود الإدارية والمقابل المالي فيها

المطلب الثالث: تحقق استحالة تنفيذ العقد أو متابعته وأثرها في المقابل المالي (اختلال

التوازن المالي)

نتعرف في هذا المبحث على تصفية عقود التفويض وأحوال انتهاء العقود الإدارية وحال المقابل المالي فيها في هذه الأحوال، حيث تختلف التزامات المتعاقدين في العقود التي تنتهي بنهاية طبيعية عن العقود التي تنتهي بنهاية غير طبيعية، وأبين ذلك وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأول: تصفية عقود تفويض المرافق العامة

تُعدّ التصفية المرحلة الأخيرة من مراحل تنفيذ عقود التفويض، وفيها يتم تصفية وتسوية الحقوق والالتزامات المالية للمتعاقد والإدارة^(١)، وأتحدث هنا في الجانب الأول عن تصفية عقود التفويض في الفقه الإسلامي، ثم أتحدث عن الجانب الثاني: وهو تصفية عقود التفويض في الجانب القانوني:

الجانب الأول: تصفية عقود التفويض في الفقه الإسلامي:

بما أنّ التصفية في عقود التفويض هي تحديد مصير أموال الأطراف في هذه العقود؛ فإنّه في الفقه الإسلامي يُنظر في تصفية هذه العقود حسب كل عقد على حدة، حيث إنّ لكل عقد تكييفه الخاص الذي يُكيّف به، وأحكامه المنوطة به.

وقد ذكرت الأحكام المتعلقة بحسب كل عقد في ثنايا البحث، كلّ في موضعه. وعلى كل فعندما يرد المتعاقد المشروع الذي تملكه الإدارة، وانتفع باستثماره، يردّه حال كونه في حالة جيدة سليمة من أي عيب.

ويُنظر في عملية التصفية إلى كل ما يتخلل العقد من أضرار وضممان وتعويض وتعديل بكل أحوالهم.

الجانب الثاني: تصفية عقود التفويض في الجانب القانوني:

أولاً: تحديد مصير أموال المرفق: أموال المرفق العام قد تكون عقارات كالأراضي والمصانع وغيرها..، أو منقولات (كالمواد الأولية الخام اللازمة للاستغلال والسيارات، والأدوات المنقولة وغيرها...)، وهذه الأموال يمكن تقويمها مادياً، وتساعد في تكوين المقابل المالي^(٢)، وهذه الأموال منها ما يؤول للجهة العامة، ومنها ما يكون للمتعاقد، وذلك كما يأتي:

١- الأموال التي تؤول للإدارة: إنّ الأموال التي تؤول للإدارة هي الأموال اللازمة لاستغلال المرفق والتي لا يتصور وجوده بدونها، سواء كانت عقارات أم منقولات، وتتسلمها الإدارة في نهاية العقد بحالة جيدة لتكون صالحة للاستخدام من قبل الجهة العامة^(٣).

(١) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٧٨ .

(٢) فمن خلال العقارات والمنقولات يمكن استيفاء المنافع، والدخول في عقود استثمار وتحصيل المقابل المالي .

(٣) يُنظر عقد امتياز المرفق العام b.o.t، إبراهيم الشهاوي ٤٣٣ .

ويُردّ إلى الإدارة كافة المنشآت والموجودات التابعة للمرفق واللازمة لسيّره سواء نص في عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص، وتقوم الإدارة بالتعويض اللازم ما لم ينص الالتزام على أنّ أيلولة هذه الأشياء دون مقابل^(١).

والأموال التي تؤول للإدارة نوعان:

النوع الأول: هي التي تكون مملوكة للإدارة قبل العقد، وبالتالي فإنّ الإدارة تقوم بتأجيرها للمتعاقد (كما في عقود الامتياز)، أو تكلفه باستثمارها مقابل أجر تدفعه له (كما في عقود مشاطرة الاستغلال)^(٢)، وفي هذه الحالة يكون حق المفوض إليه بالانتفاع بأموال المرفق استناداً إلى سلطات آلت إليه بعقد التفويض بصفته مسؤولاً عن استغلال المرفق وليس استناداً إلى حق شخصي^(٣).

النوع الثاني: الأموال التي يقوم المفوض إليه بإعدادها من إنشاءات وتجهيزات تم الاتفاق عليه في العقد، ثم تؤول بعد ذلك للإدارة، كما في عقد التزام المرافق العامة. وجرّت العادة على أن يتم النص على الأموال الواجبة الرد إلى الجهة الإدارية، أما في حال عدم ذكرها فإنّ القاضي هو من يتولى الحكم بذلك من خلال تحديد ما هو ضروري لمتابعة استغلال المرفق^(٤)، كما يستعين بنية أطراف العقد، وبدفتر الشروط^(٥).

وقد تؤول الأموال إلى الإدارة بمقابل أو بالجان:

أ. **الأموال التي تؤول مجاناً:** لا شك أنّ الأموال التي تكون مملوكة بداية للدولة فإنها تبقى في ملكيتها، وإن كانت أجزّرها للمتعاقد أو وكلته في استثمارها.

أما الأموال التي يقوم المتعاقد بإنشائها لاستخدامها في عملية الاستثمار، فإنّه يُنظر: إن تم النص في العقد أو دفتر الشروط، أو القانون على أنّ مآلها للجهة الإدارية^(٦)، فإنّها تؤول إليها، أما إن لم يُنص على ذلك، فلا تستطيع الجهة الإدارية تملكها.

وهناك حالات لا تؤول فيها هذه الأموال للجهة الإدارية مجاناً على الرغم من النص على ذلك، كما في حالة عدم كفاية مدة العقد لاستهلاك ثمن الإنشاءات بسبب ظروف حدثت أثناء تنفيذه^(٧)، كقيام المتعاقد

(١) ينظر عقد امتياز المرفق العام b.o.t، إبراهيم الشهاوي ٤٣٢.

(٢) تفويض المرافق العامة، د. محمد محمد عبد اللطيف، ٢٣٣.

(٣) يُنظر المرجع نفسه ٢٣٦.

(٤) يُنظر المرجع نفسه ٢٦٣.

(٥) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٨٠.

(٦) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٨٠.

(٧) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٨١.

بإنشاءات ضرورية جديدة، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في سورية والتي جاء في أحد أحكامها: (قيام المستثمر بإجراء تحسينات على المنشأة لتوفيق أوضاعها مع مواصفات ومعايير التصنيف الجديدة، وشمول هذه التحسينات كافة أقسام المنشأة والارتقاء بها إلى مستوى التصنيف الحديث يخرج التحسينات المذكورة من مفهوم الإنشاءات الجديدة التي نص دفتر الشروط على عدم أحقية المستثمر بالمطالبة بقيمتها ويعطي المستثمر الحق باقتضاء كلفتها)^(١).

ب. الأموال التي تؤول إلى الجهة الإدارية بمقابل:

إن الأموال التي تؤول إلى الجهة الإدارية بمقابل هي الأموال يملكها المتعاقد منذ البداية^(٢)، وغالباً ما تكون منقولات، وقد تكون عقارات، ويجب أن تكون هذه الأموال محددة في دفتر الشروط والعقد^(٣)، وتتصف هذه الأموال بأن للإدارة أن تشتريها متى بدا لها أنها ضرورية لاستثمار المرفق^(٤)، وليس للمتعاقد أن يعترض على ذلك^(٥)، ويكون ثمنها إما محددًا في العقد^(٦)، أو يُتفق على تحديده بواسطة أهل الخبرة في تقويمها في نهاية العقد، سواء كانت نهايته طبيعية أم مبتسرة، أو أن يكون تحديد الثمن بناء على أساس التكلفة منقوصاً منه مبلغ يمثل الاستهلاك، مضروب بعدد أعوام الاستثمار^(٧).

٢_ الأموال التي تبقى ملكاً للملتزم:

إن الأموال التي تبقى ملكاً للمتعاقد مع الإدارة هي الأموال التي ليست ضرورية لاستغلال المرفق^(٨)، كما أنها منفصلة ومستقلة عنه^(٩)، سواء كانت من نوع المنقولات المملوكة له منذ البداية، أم اكتسبها أثناء التنفيذ.

ثانياً: تسوية الحسابات المالية:

-
- (١) حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم ٢٠٨/١-٨٩ لعام ١٩٩٤، مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهديني ١٢٦/٣.
 - (٢) يُنظر تفويض المرافق العامة، د. محمد محمد عبد اللطيف ٢٣٩.
 - (٣) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي ٨١١.
 - (٤) يُنظر التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر ١٧٣.
 - (٥) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٨٢ .
 - (٦) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٨٢ .
 - (٧) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٨٢ .
 - (٨) يُنظر تفويض المرافق العامة، د. محمد محمد عبد اللطيف، ٢٤١.
 - (٩) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٨١٠.

في نهاية العقد بين الإدارة والمتعاقد معها يتم تصفية الحسابات المالية وتسويتها^(١)، وبالتالي من واجب المتعاقد أن يُقدم سائر الحسابات المطلوبة؛ لأنه هو المسؤول عن إدارة المرفق العام، وهذا من واجبه وإن لم يُنص على ذلك في العقد^(٢).

وغالباً ما ينص العقد على شروط التصفية، وتكون هذه الشروط ذات طبيعة تعاقدية بحيث لا يحق للإدارة تعديلها بشكل منفرد^(٣)، وتشمل التصفية الأموال المتعلقة باستثمار المرفق، وأموال المتعاقد التي استخدمها في عملية الاستثمار، والأموال التي ينص العقد على أيلولتها للجهة العامة^(٤)، وكذلك الأموال الاحتياطية، وأموال الطوارئ^(٥).

ومما يلاحظ في عملية التصفية الأخطاء التعاقدية التي يرتكبها كلا الطرفين، كإهمال عملية صيانة المنشآت^(٦)، وعدم دفع الجهة العامة للإعانات التي نص عليها عقد التفويض، بينما لا يدخل فيها ما يترتب على المتعاقد من ديون أثناء عقده وقيامه بمصالح المرفق؛ لأنه هو الملتزم بتنفيذ العقد الذي وافق عليه، فيبقى هو وحده المسؤول عن تسديدها؛ ولأنه ليس وكيلاً عنها في ذلك^(٧).

وإن حصل اختلاف في هذه التصفية فإنّ النظر في ذلك يعود لاختصاص المحاكم الإدارية، ويكون للقاضي تفسير الشروط التعاقدية وفق النية المشتركة للمتعاقدين^(٨).

ومن جوانب أهمية التصفية ما يكون فيها من تعويض للإدارة أو للمتعاقد معها، كما في التعويض القائم في بعض حالات النهاية المبسرة للعقد، فمن أمثلة تعويض المتعاقد من قبل الإدارة، حالة إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة، وهنا غالباً ما يكون المتعاقد متضرراً، حيث لم يسترد كامل المبلغ الذي أنفق في استثمار المرفق، وبالتالي يجب تصفية حقوق الطرفين، وتعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر، وقد جاء في بعض

(١) يُنظر تفويض المرافق العامة، د. محمد محمد عبد اللطيف، ٢٤٢.

(٢) يُنظر المرجع نفسه ٢٤٣.

(٣) يُنظر تفويض المرافق العامة، د. محمد محمد عبد اللطيف، ٢٤٢.

(٤) ينظر العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٥١٧/٢.

(٥) ينظر المقابل المالي في العقود الإدارية ١٨٣.

(٦) يُنظر تفويض المرافق العامة، د. محمد محمد عبد اللطيف، ٢٤٢.

(٧) يُنظر حكم صادر عن محكمة النقض السورية رقم ٢١٨١/٢٠١١/أساس/١٧٢٥ صادر بتاريخ ١٥/١١/١٩٨٢، متاح على

شبكة الإنترنت www.ibiunish.com، تاريخ ٨/٧/٢٠١٥.

(٨) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٨١٢.

أحكام المحكمة الإدارية العليا في سورية ما يأتي: (إن الإدارة تملك في كل وقت سلطة إنهاء العقد الإداري طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة على أن يكون للمتعاقد الحق بالمطالبة بالتعويض إذا كان لذلك وجه قانوني)^(١). ومن الأمثلة على قيام المتعاقد بتعويض الإدارة ما يُسمى بإسقاط الالتزام، وذلك عندما يُخل المتعاقد بالشروط الجوهرية للعقد، كما في حال عدم تقيده بالنظام، أو عدم تقيده بالتسعيرة، وهنا للجهة الإدارية أن تطلب من قاضي العقد الحكم بإسقاط الالتزام، وأخذ التعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء هذا الإخلال في عملية التصفية الشاملة للعقد، وغالباً ما يترافق ذلك بطلب الحجز الاحتياطي على أموال المتعاقد^(٢). وبالنسبة لهذا التفصيل في الجانب القانوني: فأرى أنه ينبغي الفصل والنظر في تحديد ما تملكه الإدارة، وتحديد ما يملكه المتعاقد معها، وعندما تتحدد أملاك كل منهما لا يكون لبس فيما أيلولة ملكية كل واحد منهما؛ وبالتالي يكون العقد واضحاً، والممتلكات واضحة، ثم تنطبق الآثار المترتبة لكل عقد على حدة.

المطلب الثاني: أحوال انتهاء العقود الإدارية والمقابل المالي فيها

لا شك أن العقود إنما شُرعت من أجل أن تترتب عليها آثارها الشرعية المرجوة منها، وهذه الآثار لا يمكن أن تتحقق إلا بوفاء أطرافها بالتزاماتهم.

والرابطة العقدية بين طرفي العقد تبقى قائمة حتى بعد الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد؛ لتبقى وسيلة لإثبات الآثار المترتبة عليه كالضمان ونحوه، ومن ثم فإن العقد لا ينقضي إنما تنقضي الالتزامات الناشئة عنه إما بالوفاء بها كما هو الغالب في العقود، وإما بأسباب أخرى غير الوفاء كالفسخ والإقالة والانفساخ.

ومن هنا نميز بين نمطين لعقد التوريد:

١- النهاية الطبيعية لعقد التوريد.

٢- النهاية غير الطبيعية لعقد التوريد أو النهاية المبسرة.

أولاً: النهاية الطبيعية للعقود الإدارية:

ينتهي العقد الإداري نهاية طبيعية بما تنتهي به العقود المشابهة له في الفقه الإسلامي كالبيع والاستصناع والإجارة والسلم ونحوها.

ويتم هذا بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها من قبل الطرفين في أصل العقد وشروطه، ويكون ذلك بقيام المتعاقد مع الإدارة بتسليم المعقود عليه المتفق عليه في الأوقات المحددة لنهاية العقد.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم ٢٢١/٣٢ لعام ١٩٧٤، مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهاني، ١١٦/٣.

(٢) ينظر موسوعة العقود الإدارية، حمدي ياسين عكاشة، ٥٧٦، وحكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم ٢/٢١ لعام ٢٠٠٠، ينظر مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في سورية لعام ٢٠٠٠م، ص ٢٧٦.

فإذا تسلمت الإدارة ما قام به المتعاقد معها، وقاما بأداء البذل المتفق عليه في العقد، فقد انتهت الالتزامات في العقد، وهذا هو المقصود من العقد.

وعلى هذا يكون انتهاء العقد نهاية طبيعية بإحدى طريقتين:

١- التنفيذ الكامل للالتزام بالتسليم والتسليم.

٢- انتهاء المدة الزمنية للعقد (مدة الارتباط)، وهذا يكون في العقود الإدارية الزمنية التي يكون التنفيذ فيها خلال مدة معينة محددة في العقد، فيكون انتهاء العقد مرهوناً بانتهاء الوقت المحدد وانقضائه^(١).

ثانياً: النهاية غير الطبيعية لعقد التوريد (النهاية المبسرة):

يصطلح على تسمية النهاية غير الطبيعية للعقد بالنهاية المبسرة^(٢).

والبسر في اللغة: الإعجال، وبسر أي أعجل، وبسر حاجته وابتسرها طلبها في غير موضعها فهو مبسور، وتكون النهاية المبسرة للعقد في الحالات الآتية:

١- الإقالة: ويعبر عنه بالتفاسخ أو الفسخ الاتفاقي.

فإذا أقال أحد المتعاقدين صاحبه من تنفيذ العقد وقبل الآخر صحت الإقالة وانحل العقد.

٢- الإنفساخ التلقائي: ويكون الإنفساخ التلقائي منهياً للعقد بحكم الشرع كالاستحالة الشرعية، أو بمقتضى الشرط إذا ما شرط في العقد شرط صحيح فاسخ، كتعليق فسخ العقد على الإخلال بالعقد دون الحاجة إلى حكم قاضي.

٣- الفسخ القضائي: فإذا فسخ القاضي العقد انتهى الالتزام المتعلق به وانحل كل طرف من التزاماته^(٣).

وقد فصلت الحديث عن المقابل المالي في الإقالة، وكذلك المقابل المالي حال الفسخ والتفاسخ، فلا حاجة للتكرار هنا.

(١) ينظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب، ١٢٣، والأسس العامة في العقود الإدارية ٧٩٩، وعقد التوريد د. عبد الله المطلق ٦٤.

(٢) يُنظر لسان العرب، مادة: (بسر).

(٣) ينظر الأسس العامة للعقود الإدارية د. سليمان الطماوي ٧٤٠، والوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٧٨/٧، وعقد التوريد د. عبد الله المطلق ٦٤، والقانون الإداري، د. راغب ماجد الحلو، ٤٦٨.

المطلب الثالث: تحقق استحالة تنفيذ العقد أو متابعته وأثرها في المقابل المالي (اختلال التوازن المالي)

يتناول هذا المطلب الحديث عن معنى استحالة تنفيذ العقد أو متابعته، وأدلة مراعاة حال المتعاقد حين اختلال التوازن المالي، والأحكام المترتبة على ذلك في الفقه الإسلامي والجانب القانوني، وأبين ذلك كما يأتي:

أولاً: معنى استحالة تنفيذ العقد أو متابعته:

ومعنى استحالة تنفيذ العقد هنا: أي أصبح مستحيلًا تنفيذ العقد أو متابعة التنفيذ. والاستحالة إما أن تكون استحالة شرعية أو استحالة مادية، أما الاستحالة الشرعية فتتحقق بوجود مفسدات العقد التي تمنع من متابعة تنفيذه شرعاً، وقد سبق الحديث عنها. أما الاستحالة المادية فهي تشمل عدم القدة على السير في تنفيذ العقد أو تعذر متابعته، إما بسبب حدوث ظرف طارئ أو حدوث عذر من الأعذار التي تمنع الاستمرار في العقد، وسأتحدث عن ذلك في نظريات اختلال التوازن المالي في هذه العقود.

تتصف عقود الأشغال العامة والتوريد والالتزام والامتياز بأنها عقود متراخية التنفيذ، ويكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذها؛ مما يفسح المجال لحدوث حوادث طارئة من حروب أو زلازل أو طوفان ونحو ذلك مما هو غير متوقع عند التعاقد؛ وبالتالي فإنها قد تتعرض لتبدل مفاجئ، في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بني عليه الطرفان المتعاقدان حساباً، فيما يعطيه العقد كلاهما من حقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعامل بالظروف الطارئة^(١).

ثانياً: أدلة مراعاة حال المتعاقد حين اختلال التوازن المالي في العقود الإدارية:

بعض تطبيقات هذه النظرية يقابلها ما يُعرف في الشرع الإسلامي بوضع الجوائح، ومراعاة الأعذار الطارئة، خاصة في عقد الإجارة، إذ إنَّ هناك العديد من المسائل الفقهية التي ذكرها الفقهاء، ويمكن اعتبارها تطبيقاً للظروف الطارئة، ومن هذه المسائل ما جاء في كتاب الفروع ما نصه: (وينفسخ العقد بتلف محل عمل معين)^(٢)، وكذلك مسألة فسخ الإجارة ببراءة الضرس الذي أُستأجر الأجير لقلعه^(٣)... وأما بالنسبة لمبدأ وضع الجوائح فقد أخذ به المالكية والحنابلة^(٤).

(١) ينظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب، ١٩٤.

(٢) يُنظر الفروع ٣٣١/٤.

(٣) يُنظر البحر الرائق ٤٢/٨، والمغني، لابن قدامة ٢٧٢/٥.

(٤) يُنظر بداية المجتهد ١٤٠/٢، والمغني، لابن قدامة ٨٦/٤.

والجائحة لغّة: الجائحة مشتقة من الفعل جوح، يُقال: جاحتهم السنّة جوحاً وجياحة، وأجاحتهم واجاحتهم أي: استأصلت أموالهم، والجائحة: الشدة، المصيبة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال، وهي المصيبة التي تحل بالرجل في ماله فتهلكه كله^(١).

الجائحة اصطلاحاً: عرّف الفقهاء الجائحة بمعناها اللغوي مخصوصاً بالثمار، ووضع الدكتور عياد تعريفاً عاماً للجائحة لتشمل العقود الأخرى غير بيع الثمار، وهذا التعريف مفاده أن الجائحة هي: (حدث عام طارئ أثناء تنفيذ العقد، غير متوقع الحدوث وقت إبرامه، ويتعذر دفعه أو تجنب آثاره، مما يسبب خسارة فادحة للمدين إذا استمر في تنفيذ التزامه بشروطه السابقة)^(٢).

والأعذار لغّة: جمع عذر والعذر هو الحجة التي يعتذر بها، وتعذر عليه الأمر: لم يستقم، وتعذر عليه الأمر إذا صعب وتعسر^(٣)، والطارئة لغّة: من طرأ يطرأ ما يأتي فجأة^(٤).

والأعذار الطارئة^(٥) اصطلاحاً: هي الأمور التي تحدث فجأة ولا يد للمتعاقدين فيها، وتكون في العقود الملزمة للطرفين المتراخية التنفيذ غالباً كبيع التقسيط والمقاوله والتوريد فيستحيل، أو يصعب معها استمرار العقد على وضعه الأصلي، فيفسخ العقد، أو تعدل آثاره كتأخير تنفيذ العقد مثلاً^(٦).

ومثال الأعذار الطارئة: أن تتفق مؤسسة مع مقاول بناء على إنشاء عمارة سكنية بسعر ١٠٠٠ ل.س. للمتر وكان سعر المواد من حديد وإسمنت وغيرها عند العقد ٦٠٠ ل.س، ولكن حدثت حرب أثرت على

(١) يُنظر لسان العرب، مادة: (جوح).

(٢) أثر الجائحة على العقد، عياد ٢٨٠.

(٣) يُنظر لسان العرب، مادة: (عذر).

(٤) يُنظر لسان العرب، مادة: (طرأ) ١٤/١.

(٥) يقابلها في القانون أمران: أ) نظرية الظروف الطارئة وهي: الحادث العام النادر الوقوع كزلازل، أو حرب، أو وباء، أو ارتفاع باهظ في الأسعار، أو نزول فاحش فيها يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه وألا يكون بالإمكان توقعه، أو التحرز منه. ينظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٧٠٤-٧١٦، والأسس العامة للعقود الإدارية للطماوي ٦٧٢ ب) نظرية القوة القاهرة: وتتفق مع التي قبلها في المفاجأة وعدم التوقع، وأنه لا يد للمتعاقدين في حدوثها ويختلفان في أمرين (١) من جهة الأثر: القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بينما الحادث الطارئ يجعل التنفيذ مرهقاً دون أن يبلغ حد الاستحالة. (٢) ومن جهة الجزاء: القوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام ولكن الحادث الطارئ يترتب عليه رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ينظر نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، فاضل شاكر النعيمي، ٩٠، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، ١٩٦٩م.

(٦) ينظر العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، د. قذافي عزات الغنaim، ١٣٧، ونظرية الظروف الطارئة لفاضل النعيمي ٢١ وما بعدها، واختلف القانونيون في العقود الفورية مؤجلة التنفيذ والعقود الاحتمالية والعقود الملزمة لطرف واحد، ينظر العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، د. قذافي عزات الغنaim، ٣٣٦.

أسعار الشحن فارتفعت أسعار المواد الخام إلى ١٢٠٠ ل.س، فهذا عذر طارئ جعل الاستمرار في العقد فيه مشقة خارجة عن المؤلف على المفاوض.

ويشترط أن لا يكون الضرر ناشئاً عن ذات الالتزام، وأن يؤدي إلى الإخلال بالالتزامات الواردة في العقد^(١).

واستدل مَنْ حكم بوضع الجوائح وأثر الأعذار الطارئة في تعديل آثار العقود، أو فسخها بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] فهذه أدلة عامة في عدم التكليف بما لا يطاق، أو بما يشق مشقة خارجة عن المعتاد^(٢)، ومن الأدلة من السنة:

١- قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣)، وكذلك ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ قال: «لو بيعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»^(٤).

٢ - ما رواه جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح»^(٥)، ووجه الاستدلال بالحديث أنه دل على أن الجائحة التي تصيب الثمار كالبرد والريح ونحوها من الأعذار الطارئة تؤثر في العقد اللازم بالفسخ دفعاً للضرر مما يدل على أثر العذر الطارئ على العقود.

ويُستدل كذلك بالقواعد الفقهية المستفادة من النصوص السابقة والدالة على إزالة الضرر، ورفع الحرج، ودفع المشقة ومنها: (الضرر يزال).

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن المجمع الفقهي الإسلامي كما ذكر الدكتور المصري قرر الأخذ بالظروف الطارئة، وجواز اللجوء إلى القضاء لإعادة تعديل الحقوق والالتزامات، بالنسبة لطرفي العقد، أو فسخ العقد والتعويض، بناءً على رأي أهل الخبرة^(٦).

(١) ينظر العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، د. قذافي عزات الغنيم، ١٦٨ — ١٦٩ .

(٢) ينظر علم المقاصد الشرعية، للخادمي ١٠٩، ١٢٣، ١٣٠.

(٣) سبق تخرجه ٩٠.

(٤) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، ٣/ ١١٩٠.

(٥) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب وضع الجوائح، ٣/ ١١٩١.

(٦) يُنظر مناقصات العقود الإدارية، د. رفيق يونس المصري ٢٣٨.

بناءً على ما سبق فإن إعمال وتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية بالموازنة بين طرفي العقد أمر ليس فيه حرج شرعي، بل إنه يُزيل الخلل الذي سببه الظرف الطارئ على ميزان المعايضة الذي قام عليه العقد.

ثالثاً: أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي:

إن نظرية الظروف الطارئة وسيلة من وسائل إقامة العدل وإعادة التوازن إلى العقد وتعديل آثار العقد بالنسبة للمدين الذي أرقه الظرف الطارئ لدرء الضرر غير المستحق عنه إذ أن المتعاقد ليس ملزماً شرعاً إلا بالتزامات العقد التي نشأت عند إبرامه لا بعده لأنها خارجة عن نطاقه.

وعلى هذا فإن الحكم عند وجود موجب تطبيق هذه النظرية يختلف باختلاف طبيعة الظرف الطارئ والظروف الملازمة له على النحو الآتي: ^(١)

١- ثبوت حق الفسخ للمتعاقد المتضرر الذي ثبت تضرره نتيجة الظرف الطارئ كما هو الحال في فسخ الإجارة بالأعذار.

٢- ومن ذلك أيضاً الانفساخ التلقائي بحكم الشرع، وهو في حال كون العقد مستحيل التنفيذ شرعاً أي لمانع شرعي وفي هذه الحال يفسخ العقد تلقائياً دون رضا المتعاقدين، ودون حاجة إلى رفع الأمر للقضاء ليحكم بالفسخ وهذا يدخل في نظرية القوة القاهرة.

٣- تعديل قيمة الالتزام كما في حال تغيير قيمة النقود ارتفاعاً وهبوطاً وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد، وهو ما سماه الفقهاء (الصلح على الأوسط) لإعادة التوازن بقدر الإمكان. هذا وإن حق تعديل العقد أو فسخه بإرادة الطرف المتضرر حق ثابت لا على أساس أن العقد فاسد، ولا على أساس خيار الشرط وغيره من الخيارات، بل على أساس الضرر الفاحش الناشئ عن الظرف الطارئ وغير المستحق بالعقد.

٤- في عقد التوريد يتحمل البائع وحده عبء الخسارة كلها أو بعضها كتعديل الثمن. وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي حول موضوع تبدل الظروف وأثر ذلك على العقود المتراخية التنفيذ ما يأتي:

(في العقود المتراخية التنفيذ) (كعقد التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة عند التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة لم تكن معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته:

(١) يُنظر النظريات الفقهية د. فتحي الدريني ١٥٢.

فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقدين 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 العدل بينهما دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

ويحق للقاضي أيضاً أن يمهّل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإهمال.

هذا وإن مجلس الجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة الإسلامية تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها^(١).

رابعاً: نظريات اختلال التوازن المالي في الجانب القانوني:

١- **الظروف الطارئة:** هي الحوادث الاستثنائية العامة التي ليس في الوسع توقعها عند إبرام العقد، ويترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة كبيرة^(٢).

فهي حوادث وظروف طبيعية واقتصادية أثناء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، فتتحمل الإدارة جزءاً من الخسارة، لإعادة التوازن المالي للعقد^(٣).

٢- وكذلك **الصعوبات المادية غير المتوقعة:** فهي صعوبات ذات طبيعة مادية يتعرض لها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، ولم تكن متوقعة وقت إبرامه، وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً، وبالتالي يستحق المتعاقد التعويض الكامل عن ما لحقه من أضرار^(٤)، وكثيراً ما تُطبق هذه النظرية في عقد الأشغال العامة^(٥).

(١) مجلة مجمع الفقه، العدد ٩٢٠/٩-٩٢١، وقرارات الجمع الفقهي الإسلامي ١٠٧-١٠٨.

(٢) يُنظر الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، ٨٥٢/١، وينظر موسوعة العقود الإدارية، حمدي ياسين عكاشة، ٥٥١، والعقود الإدارية، عبد الهادي عباس، ٢٧٩/٢، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ٤.

(٣) ينظر آثار العقد الإداري، خالد العيسى ١٥، والمبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين ٤٢٠.

(٤) ينظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ٢٢١، ونظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب، ١٨٥، ٢٠٠، والعقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، ٣٤٠، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ٦.

(٥) ينظر التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عبسي عبد القادر الحسن، ٢٤٨، والمبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ٢٢١، ٢٢٦.

وهذا تعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد بفعل هذه الظروف خلال مدة العقد^(١)، وطيلة فترة استمرار الظرف الطارئ^(٢)، ويحصل على التعويض ولو كان السعر جزافياً، أو حصل على سلفة أو كان جهة عامة^(٣)، وغالباً ما تتحمل الإدارة الجزء الأكبر لتعويض ما يحصل في الظرف الطارئ، وتترك مسألة تحديده للقضاء^(٤)، وأما إذا كان الظرف الطارئ يتمثل بارتفاع الأسعار، فعندها يتحمل المتعاقد ١٥٪ من قيمة مجموع الأجزاء التي لم يتم تنفيذها، بينما تتحمل الإدارة الباقي^(٥).

وانطلاقاً من عموم الأدلة القاضية بمنع الضرر، ينبغي أن يُنظر إلى حال الأوضاع التي كان فيها المتعاقد راضياً بإنشاء العقد، وبني على ذلك حساباته في تحديد مدى قدرته على الالتزام بمهام العقد، حيث إنه لا شك وأن المتعاقد سوف يتغير عنده كل الخطوات التي قد خطط لها بناء على الأسعار المعطاة، فإن ارتفعت الأسعار ارتفاعاً غير محسوب له الحسابان؛ فإن ذلك بلا شك يُضّرّ بالمتعاقد إضراراً كبيراً؛ وقد علمنا أدلة النهي عن الضرر، لا سيما في مثل هذه الأحوال الخطيرة التي يتوجب على المتعاقد إعادة النظر في حسابها؛ لرعاية مصلحته.

٣- والقوة القاهرة: يُراد بها الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة كلية في ذاته^(٦)، فلو تعهد تاجر بتوريد سلعة ما ثم طرأ حادث مفاجئ جعل تنفيذ الالتزام ممكناً ولكن يعود بخسارة كبيرة على التاجر تخرج عن حد المألوف وغير متوقعة بالنسبة له عند التعاقد كارتفاع الأسعار ارتفاعاً كبيراً، كان هذا الحادث ظرفاً طارئاً لا ينقض الالتزام بسببه لأنه ممكن التنفيذ وليس مستحيلاً إلا أن التزامه لا يبقى على حاله لأنه يؤدي إلى إرهاب المدين وتحميله خسارة كبيرة، بل يردّ الأمر للقضاء لإعادة التوازن إلى طرفي العقد إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه دون إرهاب وذلك استناداً إلى مبدأ وضع الجوائح.

-
- (١) يُنظر بلاغ وزارة المالية السورية، رقم ٣٦ ب. ع لعام ١٩٧٦، ينظر موسوعة العقود، صبحي سلوم، ٤٣٢.
- (٢) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٦٩٨، والموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات، عليه مصطفى فتح الباب، ٤٩٥.
- (٣) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ٧٢٦، وقرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٧٤/٣٦٩ لعام ١٩٧٩، صيغ الدعاوى الإدارية، مصباح نوري المهائبي، ٢٢٢.
- (٤) يُنظر المادة ٥٣/فقرة ١-هـ/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤: "هـ... أما البت في الحالة الواردة في البند (د) إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهّد الحق بطلب تعويض عادل من هذه المادة فيعود للقضاء الإداري وحده".
- (٥) المادة ٦٣/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.
- (٦) يُنظر الأسس العامة للعقود الإدارية، سليمان الطماوي ٧٤٠، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ١٧.

٤- وأما فعل الأمير: فهو أمر الإدارة للمتعاقد بفعل مجرد عن الخطأ يؤدي إلى تكاليف مرهقة للمتعاقد، فتقوم الإدارة بتعويضه بمبلغ يعادل مقدار الضرر الذي لحق به^(١)، ويُمنح التعويض سواء كان مصدر الأمر بالفعل هو الإدارة المتعاقدة، أم جهة إدارية غيرها^(٢)، وكذلك التعويض لما لحق المتعاقد من خسارة، وما فاته من كسب^(٣).

والظرف الطارئ في العقود يحصل بعد التعاقد بصورة مفاجئة لم يكن في حسابان العاقدين وقت التعاقد، تختلف فيه قيمة الالتزام الذي التزمه أحدهما تجاه الآخر اختلافاً جسيماً من شأنه أن يجعل الالتزام مرهقاً للملتزم إرهاقاً شديداً.

إن لنظرية الظروف الطارئة دوراً مهماً وذو تأثير كبير في الحقوق والالتزامات، من خلال الموازنة بين مصلحتي طرفي العقد، وذلك عند مواجهة نوازل وأحداث عامة كالحروب والزلازل وغيرها لم تكن متوقعة عند التعاقد، ولم يكن في الوسع دفعها، وهذه الأحداث الطارئة التي تقع بعد إبرام العقد وقبل تمام التنفيذ قد تجعل تنفيذ الالتزامات إن لم يكن مستحيلاً فصعباً وأكثر تكلفة وإرهاقاً للمناقض مورداً كان أو مقاولاً، بحيث يهدده بخسارة فادحة.

ونظرية الظروف الطارئة كما يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي حديثة العهد في القانون المعاصر^(٤).

— حكم تغير الأسعار خلال فترة العقد زيادة ونقصاناً:

إذا تغيرت الأسعار خلال العقد زيادة ونقصاناً، ينظر:

— إن كان هذا التغير ناشئاً عن عوامل العرض والطلب وهو داخل ضمن المتوقع والمألوف ويمكن للتاجر توقعه عند تقديمه للعطاء، فهذا التغير لا ينظر إليه ولا يعد سبباً مبيحاً لتعويض المتضرر به.

(١) يُنظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب ١٦٤، والعقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ٣٦٠ وما بعدها، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى ١٤.

(٢) يُنظر نظرية العقود الإدارية، د. نذير أوهاب ١٦٤، وآثار العقد الإداري، خالد العيسى ١٤، وآثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور ٥.

(٣) يُنظر المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، ١٨١، ١٩٥، والمشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، محمود عبد المجيد المغربي، ٨٧، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ط ١، ١٩٩٨ م.

(٤) يُنظر نظرية العقد والإرادة المنفردة، عبد الباقي ٥٤١.

- أما إن كان هذا التغير بسبب ظروف طارئة خارجة عن إرادة المتعاقدين ولا يمكن توقعها عند التعاقد كارتفاع أسعار المواد الأولية ارتفاعاً فاحشاً غير معتاد، فيمكن حينها اللجوء إلى القضاء لتسوية الأوضاع وتعديل الالتزام بما يحقق العدل والمساواة وبما يدفع الضرر عن المتضرر قدر الامكان.

ومثل هذا تغير قيمة العملة ارتفاعاً وهبوطاً لتغير قوتها الشرائية تبعاً لقوانين التضخم والانكماش الذي يطرأ على النقود في بعض الأحيان^(١).

وهذا التغير يؤثر على التعاقد مع الإدارة قبل استيفاء الثمن وبعد تسليمه للسلع والأعمال المطلوبة منه مما يؤثر في حقوقه ويلحق به خسائر قد تكون كبيرة.

ومن طرق تعديل الالتزام: تسوية الأوضاع بما يتناسب مع قيمة الأوراق النقدية وقت البيع^(٢)، وذلك قول لأبي يوسف من الحنفية في اعتبار القيمة في وفاء الديون يوم البيع.

وهذا تطبيق لنظرية الظروف الطارئة يحقق العدالة ويعيد التوازن إلى المعايضة التي قام على أساسها العقد وتم التراضي على موجبها.

وخصوصاً في العقود الإدارية التي يمتد الالتزام فيها إلى فترة زمنية طويلة نسبياً، مما يجعل تغير الأسعار وكذا قيمة العملة يؤثر تأثيراً مباشراً على التعاقد مع الإدارة، وقد يعرضه إلى خسارة فادحة لا يستحقها بموجب العقد.

(١) التضخم هو ارتفاع مطرد في المستوى العام للأسعار ينتج عن فائض الطلب الزائد عن قدرة العرض، والانكماش هو هبوط مفاجئ في الأسعار أو زيادة مفاجئة في قيمة العملة. ينظر التضخم النقدي د. خالد المصلح ٦٠.

(٢) ينظر موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، حمدي ياسين عكاشة، ٤٣٩، ونظرية العقد والإرادة المنفردة، د. يوسف عبد الباقي ٤٥٣.

المبحث الثالث
التطبيقات المعاصرة للمقابل المالي في العقود الإدارية
ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تطبيقات المقابل المالي في عقود الأشغال العامة

المطلب الثاني: تطبيقات المقابل المالي في عقد التوريد

المطلب الثالث: تطبيقات المقابل المالي في عقود الامتياز

إنّ تطبيقات العقود الإدارية تظهر في العقود الكثيرة التي تجريها الإدارة وفق الشروط معروفة للعقود الإدارية، وضمن هذه العقود تتمثل التطبيقات المعاصرة للمقابل المالي، وبالتالي فتطبيقاته كثيرة جداً بعدد تلك العقود؛ ولذلك ينبغي عليّ أن أذكر فقط بعض صور هذه العقود، وتركيز النظر فيها على المقابل المالي المدروس بأحواله في هذا البحث.

وهذا ما أبينه في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تطبيقات المقابل المالي في عقود الأشغال العامة



الجمهورية العربية السورية

جامعة حلب

عقد اتفاق بالتراضي رقم (٢٠١٥ /)

لأعمال استبدال وتحديد شبكة الإنارة في مباني وساحات الشريحة الأولى في المدينة الجامعية بجامعة

حلب

بناءً على أحكام القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤م المتضمن نظام العقود واستناداً إلى أحكام

الفصل السادس من الباب الثاني.

وعلى أحكام المرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤م المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود .

وعلى محضر الاجتماع المؤرخ في ٢٦/١٠/٢٠١٥م المصدق من قبل السيد الدكتور رئيس الجامعة .

وعلى موافقة السيد الدكتور رئيس الجامعة المسطرة على الكتاب رقم ١٧٢٢ /ص.ش.ه تاريخ

٢٠١٥/١١/٤م .

واستناداً إلى المرسوم رقم ٧١/ تاريخ ٤/٣/٢٠١٥م المتضمن تعيين رئيساً لجامعة حلب .

فقد تم الاتفاق بين :

الإدارة الممثلة برئيس جامعة حلب السيد الدكتور (إضافة لوظيفته) فريقاً أولاً

المتعهد الشركة العامة لأعمال الكهرباء والاتصالات (السورية للشبكات) فريقاً ثانياً

على ما يلي :

المادة ١/ _ التعاريف :

- الإدارة جامعة حلب .
- المتعهد الشركة السورية للشبكات (الشركة العامة لأعمال الكهرباء والاتصالات).
- الأشغال تعني جميع الأشغال والمشييدات الواجب تنفيذها بموجب العقد.
- العقد يعني مجموعة الوثائق المؤلفة من الشروط العامة والخاصة والمواصفات والمخططات وجدول الكميات وجدول الأسعار والعرض.
- قيمة العقد تعني المبلغ الوارد في هذا العقد وكذلك أية إضافات أو تزييلات يمكن أن تطرأ على المبلغ عملاً بأحكام هذا العقد.
- الموقع ويعني أية أماكن أو أراضي تجري عليها الأشغال وكذلك أية أماكن أخرى ينص العقد على إدخالها في الموقع أو توضع تحت تصرف المتعهد من قبل الإدارة لأغراض تنفيذ الأشغال.

المادة ٢/ _ الغاية من العقد :

أن يقوم المتعهد بإنجاز جميع الأعمال التي نظم هذا العقد من أجلها والموضحة صراحة وضمناً في المواصفات الفنية وقوائم الكميات والكشوف والمستندات المرفقة لقاء المبالغ التي تتحقق له لدى الإدارة وذلك بموجب الشروط والأسعار والأحكام المدرجة في هذا العقد.

المادة ٣/ - موضوع العقد :

يتعهد الفريق الثاني بتنفيذ أعمال استبدال وتجديد شبكة الإنارة في مباني وساحات الشريحة الأولى في المدينة الجامعية بجامعة حلب وفق ما هو وارد في دفتر الشروط الفنية.

المادة ٤/ - وثائق العقد :

تعتبر الوثائق التالية جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ويرجع إليها في كل ما لم يرد عليه النص في هذا العقد:

١. هذا العقد.
٢. دفتر الشروط الفنية الخاصة والكشف التقديري.
٣. محضر الاجتماع المؤرخ في ٢٦/١٠/٢٠١٥ م.
٤. دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم رقم ٤٥٠/٤ تاريخ ٩/١٢/٢٠٠٤ م.
٥. جدول تحليل الأسعار.

المادة ٥/ - إطلاع المتعهد على أحكام العقد واستيعابه محتواها :

يعتبر المتعهد بمجرد توقيعه على هذا العقد أنه استوعب جميع أحكام هذا العقد ودرس وتفهم كافة ما تتطلبه المواصفات الفنية العامة والخاصة وجدول الأسعار وقائمة الكميات وغير ذلك من المستندات المرفقة بهذا العمل وموقعه ومواسم الأشغال والعادات المحلية والقوانين والأنظمة السارية والرسوم الجمركية والمالية وغيرها والمسافات وما إذا كان موقع العمل سهل الوصول إليه أم لا ووسائل النقل وحالة الأيدي العاملة ومصادر المواد المناسبة وامكانية هذه المصادر لتلبية الحاجات التي يتطلبها تنفيذ العقد وجميع الأعمال والأوضاع التي يمكن أن تؤثر في أي من الأعمال المطلوبة في هذا العقد وكذلك يعتبر المتعهد أنه قد قبل العمل بمقتضى كل هذه الشروط والأحكام بمجرد توقيعه على هذا العقد.

المادة ٦/ - قيمة العقد :

فقط /٧,٠٠٠,٠٠٠/ ل.س فقط سبعة ملايين ليرة سورية لا غير.

المادة ٧/ - مدة التنفيذ :

فقط /٢١٠/ مئتان وعشرة أيام تقويمية تنتهي بانتهاء المدة العقدية أو القيمة العقدية أيهما أقرب .

المادة ٨/ - بدء التنفيذ وأمر المباشرة :

يحدد بدء تنفيذ هذا العقد اعتباراً من اليوم الذي يلي تاريخ تبليغ الفريق الثاني أمر المباشرة .

المادة ٩/ - برنامج تنفيذ العمل :

أ _ على المتعهد أن يقدم للإدارة خلال مدة ثمانية أيام اعتباراً من التاريخ المحدد للمباشرة بالعمل برنامجاً خطياً يوضح فيه الإجراءات والخطوات التي يرى إتباعها لتنفيذ المشروع ويبين فيه الآجال التي يتوقع أن ينهى خلالها كل من المراحل والأعمال المشمولة بالعقد.

ب _ يحق للإدارة أن تطلب إجراء أي تعديل في هذا البرنامج تقتضيه مصلحتها ضمن حدود أحكام هذا العقد وبشكل يتناسب مع المدة المحددة لتنفيذ مجموع الأشغال ويجب على المتعهد التقيد بهذا البرنامج المعدل والعمل بموجبه أثناء التنفيذ ولا يجوز له الخروج عن حدوده أو تغيير أي قسم منه إلا بموافقة خطية من الإدارة وإذا لم يقدم المتعهد البرنامج المطلوب ضمن المدة المحددة فيحق للإدارة أن تلزمه بالبرنامج الذي تضعه هي حسب تقديرها بعد أن تبلغه هذا البرنامج.

ج _ يلتزم المتعهد بتقديم تقارير دورية شهرية أثناء تنفيذ التعهد يبين فيها مدى تقدم الأعمال ومراحله وفقاً لبرنامج العمل المشار إليه في الفقرات / أ _ ب / المذكورتين.

المادة / ١٠ / _ إتقان العمل ودقة التنفيذ :

يجب أن تنفذ جميع الأعمال المطلوبة في هذا العقد بشكل ينطبق على كل ما تستوجبه المخططات والمواصفات الفنية وتعليمات الإدارة من دقة فنية وإتقان في العمل وبما يتفق مع الأصول الفنية المتعارف عليها لتنفيذ مثل هذه الأعمال وفي حال عدم تحقيق الدقة في التنفيذ وفق الشروط الفنية المطلوبة فإنه يحق للإدارة التدخل في تدعيم ورشات المتعهد على نفقته أو مشاركته في إدارتها ويتم محاسبته وفق الأعمال التي تساهم فيها الإدارة بعد إنذاره أصولاً.

المادة / ١١ / _ التباين والأخطاء في التعليمات :

١. على المتعهد قبل المباشرة في تنفيذ أي جزء من هذا العقد أن يدقق ويتثبت من صحة دفتر الشروط الفنية وجدول الأسعار وقائمة الكميات وغيرها من الأحكام وعليه أن يطلب من الإدارة تصحيح أي تباين أو تناقض أو خطأ أو نقص قد يلحظه في دفتر الشروط الفنية أو الكشف أو التعليمات المعطاة إليه (سواء أكانت التعليمات مكتوبة أم مرسومة وسواء أكانت مرفقة بهذا العقد أم أعطيت إلى المتعهد فيما بعد أثناء التنفيذ) وعلى المتعهد في مثل هذه الحالات العمل بموجب التعليمات النهائية والخطية التي تطلب الإدارة منه إتباعها أثناء التنفيذ في هذا المشروع .

٢. إذا نتج عن عدم مراجعة المتعهد الإدارة خطياً بشأن أي تباين أو تناقض أو خطأ أو نقص في المخططات والشروط الفنية وظهر بعد تنفيذ الأعمال كلها أو بعضها أي خطأ لا يمكن تلافيه أو قبوله في أي من الأعمال الواردة في هذا العقد إجمالاً أو تفصيلاً تقع على المتعهد مسؤولية ما يترتب على تصحيح أو هدم أو إعادة بناء القسم المتأثر بالخطأ الواقع وعليه إزالة نتائج هذا الخطأ على نفقته الخاصة مهما بلغت التكاليف.

٣. إن الإدارة هي المسؤولة عن صحة التصاميم المقدمة من قبلها من الوجهتين الفنية والحسابية.

المادة /١٢/ _ طريقة الدفع :

تدفع الإدارة للمتعهد قيمة الكشف شهرياً بشكل نظامي وفقاً للأعمال والتحضيرات المنجزة من قبله بحيث تشمل هذه الكشف ما يلي :

١. الأعمال غير المنجزة بصورة نهائية وتقدر قيمتها بموجب الأسعار الملحوظة لها في العقد مع اعتبار نسبة انجازها.

٢. الإحضارات المجهزة في موقع العمل وتدون كمياتها بنسبة (٨٠%) من مجموع ما جهز منها فعلاً وكان مطابقاً لشروط العقد .

٣. الأعمال المنجزة بصورة نهائية وتقدر قيمتها بموجب الأسعار الملحوظة لها في العقد مع اعتبار درجة انجازها في الكشف ما قبل النهائي .

٤. يوقف مبلغ قدره / ٢,٥ % / من قيمة الأعمال الإجمالية وذلك استناداً الى بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم (١٥/٣٣٢٧) تاريخ ٢٠١١/٣/٣م ويفرج عنه بعد انقضاء فترة الضمان والحصول على براءة ذمة عن المشروع من الدوائر المختصة.

المادة /١٣/ _ التأمينات النهائية :

يعنى الفريق الثاني من تقديم التأمينات النهائية استناداً لأحكام المادة /٢٦/ من المرسوم التشريعي رقم ٨٤/ لعام ٢٠٠٥م بشأن المؤسسات العامة .

المادة /١٤/ _ تعديل العقد :

أ - يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات والأشغال المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز (٣٠%) لكل بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في هذا العقد دون حاجة إلى تنظيم عقد جديد على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقصان نسبة (٢٥%) من القيمة الإجمالية لهذا العقد .

ب - يعطى المتعهد في حال الزيادة مدة اضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط وذلك عملاً بأحكام المادة /٦٢/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤م .

المادة /١٥/ _ غرامات التأخير :

إذا تأخر المتعهد بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بموجب أحكام هذا العقد عن المدد والمواعيد المحددة فيه فتفرض عليه غرامة تأخير يومية مقدارها (٠,٠٠١) واحد بالألف من القيمة الإجمالية للتعهد عن كل يوم تأخير على ألا يتجاوز مجموع هذه الغرامات نسبة (٢٠%) عشرون بالمائة من القيمة الإجمالية للتعهد ولو لم يلحق بالإدارة أي ضرر.

المادة /١٦/ _ النفقات الناجمة عن التعاقد والضرائب والرسوم :

١. يتحمل الفريق الثاني جميع النفقات الناجمة عن هذا العقد.

٢. يتحمل الفريق الثاني الضرائب والرسوم المالية والجمركية والبلدية والمحلية المترتبة في الجمهورية العربية السورية والناجمة عن تنفيذ هذا العقد وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة بما فيها رسم طابع هذا العقد على نسختين.

المادة /١٧/ _ التأمين :

يتم التأمين على المشروع وجميع مستلزماته أثناء تنفيذ الأشغال وتركيب المعدات والتجهيزات لدى المؤسسة العامة للتأمين وذلك من قبل المتعهد وعلى نفقته.

المادة /١٨/ _ الجهاز الإداري والفني والعمال لدى المتعهد :

يجب على المتعهد أن لا يستخدم في التزامه إلا العمال والصناع والمستخدمين وأرباب المهن والاختصاصات والخبرات الذين تتوافر فيهم الكفاءة والسلوك الحسن ويجب أن يستخدم العمال السوريين والفلسطينيين المقيمين في الجمهورية العربية السورية والتأمين عليهم وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة في الجمهورية العربية السورية.

المادة /١٩/ _ التنازل عن العقد أو العقود الثانوية :

لا يحق للمتعهد أن يتنازل عن أي عمل أو جزء منه من الأشغال التي أبرم العقد من أجل تحقيقها ولا أن يعهد بها أو يلزمها كلها أو بعضها إلى أشخاص آخرين كمتعهدين ثانويين إلا بموافقة خطية من الإدارة وان حصول المتعهد إلى مثل هذه الموافقة لا يعني بأي حال من الأحوال إلزام الإدارة بأن تدخل في أية علاقة من أي نوع كانت مع المتعهدين الثانويين كما لا يعفى المتعهد من التزاماته ومسؤوليته الفنية والإدارية والحقوقية والجزائية المفروضة عليه تجاه الإدارة بموجب أحكام هذا العقد .

المادة /٢٠/ _ ضمان حقوق الملكية وبراءات الاختراع :

يلتزم المتعهد بأن يجعل الإدارة ومن يؤول إليه المشروع بعد التنفيذ في مأمن وفي كل حين من أية مطالبة أو ادعاء أي كان حق من حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو التجارية أو الفنية أو حقوق الاختراع أو الأشغال والأساليب الصناعية أو حقوق العمل لأي مرجع كان عن تصميم التعهد وتنفيذه ومستلزماته وعن كل ما يتفرع عن تلك المطالب والحقوق وما يتعلق باتفاقات خاصة وغيره ويكون ضامناً وفق ما تقدم ومسؤولاً عن كل ما يصيب الإدارة من تبعات وأضرار مهما كان نوعها ومداه من يؤول إليه المشروع فيما بعد على أن يبلغ المتعهد بجميع الادعاءات التي تقدم إلى الإدارة ليقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة بصدد ما تقدم .

المادة /٢١/ _ المسؤولية تجاه الغير :

يتحمل المتعهد مسؤولية جميع الأضرار الناجمة للغير من جراء تنفيذ أعمال التعهد ويلتزم بالتعويض عن هذه الأضرار وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة في الجمهورية العربية السورية بالنسبة للأضرار الحاصلة فيها

وللإدارة حق الرجوع عليه في كل ما يصيبها من التزامات تجاه الغير من جراء ذلك بطريق التقاص أو بأي طريق آخر.

المادة /٢٢/ _ الضمان :

أ _ يضمن المتعهد جميع المواد والأشغال المتعاقد عليها خلال مدة سنة من تاريخ صدور محضر ضبط الاستلام المؤقت ويكون ملزماً خلال تلك الفترة بتبديل أية آلة أو مادة أو قطعة من القطع التي يثبت عطلها أو سوء صنعها ولا يسأل عن العطل الذي تسببه الإدارة.

ب _ إذا ظهر بعد انتهاء فترة الضمان المشار إليها في الفقرة / أ / من هذه المادة عيب أخفاه المتعهد يبقى الضمان سارياً لمدة سنة أخرى اعتباراً من تاريخ ظهور العيب أو العلم به.

ج _ يضمن الفريق الثاني ولمدة سنة من تاريخ التبديل جميع القطع التي يجري تبديلها خلال فترة الضمان بالإضافة إلى مسؤولية المتعهد خلال فترة الضمان .

المادة /٢٣/ _ الاستلام :

أ _ يتم استلام الأعمال استلاماً مؤقتاً بعد الانتهاء من تنفيذ الأعمال بناء على كتاب مقدم من قبل المتعهد يبين فيه تاريخ الانتهاء ويكون مشفوعاً بحاشية لجنة الإشراف على الأعمال.

ب _ يتم الاستلام النهائي بعد سنة من تاريخ صدور محضر ضبط الاستلام المؤقت ويبقى المتعهد مسؤولاً تجاه الجهة العامة طيلة هذه المدة عن كل عيب أو نقص يحتمل ظهوره في الأعمال المنجزة والمسلمة تسليماً مؤقتاً خلال تلك الفترة وعليه أن يقوم بالإنفاق على كل ما يستلزمه إصلاح وإزالة تلك العيوب والنواقص الجديدة وصيانة المشروع على نفقته مهما بلغت قيمتها.

المادة /٢٤/ _ تمديد العقد بسبب القوة القاهرة :

يجب على المتعهد تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة بموجب هذا العقد، وإذا طرأ أي تأخير في تنفيذ تلك الالتزامات بسبب الظروف أو القوة القاهرة أو الحوادث المفاجئة التي لم تكن متوقعة عند توقيع العقد يحق للمتعهد أن يطلب خلال فترة التنفيذ تمديد تلك المواعيد استناداً إلى الظروف المذكورة وبكتاب خطي يوضح فيه الظروف ويقدمه إلى الإدارة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث تلك الظروف والحوادث المفاجئة تحت طائلة سقوط حقه بطلب التمديد.

المادة /٢٥/ _ الأعذار :

أ _ يعتبر المتعهد مسؤولاً عن جميع التزاماته (بما فيها غرامات التأخير المترتبة) فور حلول الآجال المحددة له بموجب هذا العقد دونما حاجة لأي إجراء من قبل الإدارة واستناداً إلى المادة /٥٤/ من أحكام القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ م فإنه يحق لرئيس الجامعة أن يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه في الحالات التالية:

(١) عند عدم مباشرة المتعهد تنفيذ التعهد في الوقت المحدد لذلك وفق أحكام هذا النظام أو دفا تر الشروط.

٢) عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ثلث الكمية المتعاقد عليها أو ربع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأة على دفعات متتالية.

٣) إذا ثبت للإدارة ارتكاب المتعهد أعمال الغش أو التلاعب أو الرشوة.

٤) إذا أخل المتعهد بالتزاماته وامتنع عن إصلاح خطئه خلال المدة التي تحددها الإدارة.

٥) إذا أخل المتعهد ببرنامج العمل الموضوع بحيث يخشى أن لا ينجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية أو إدارية استثنائية لإجازه في هذا الموعد أو كان من المنتظر أن تتجاوز غرامة التأخير النسبة المحددة في المادة /٥٠/ من قانون نظام العقود رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤م أو جاوزتها فعلاً.

٦) إذا أعلن المتعهد عجزه عن الاستمرار في تنفيذ التعاقد.

ب_ ينذر المتعهد بسحب تنفيذ التعاقد لمرة واحدة ولمدة تحدد في الإنذار قبل سحب التعاقد في الحالات المنصوص عليها في الفقرات /١- ٢- ٣- ٤- ٥/ من البند السابق وللمتعهد أن يقدم اعتراضاته للجهة العامة خلال هذه المدة، وفي جميع الأحوال يبقى المتعهد مسؤولاً عن التنفيذ خلالها وعلى الجهة العامة أن تبت في الاعتراض خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض في ديوان الجهة العامة.

ج_ يحق لأمر الصرف الرجوع عن هذا الإجراء إذا قدم المتعهد الضمانات الكافية لحسن تنفيذ التعاقد وكان في ذلك مصلحة للجهة العامة ما لم يكن أمر المباشرة بالتنفيذ قد أعطي للمتعهد الجديد.

المادة /٢٦/_ التبليغ :

يجب أن تصدر التبليغات والمراسلات بين الإدارة والمتعهد بصورة خطية إلى الوطن المختار المحدد في هذا العقد.

المادة /٢٧/_ الوطن المختار :

يحدد المتعهد الشركة السورية للشبكات موطناً مختاراً له: (١) حمص - طريق مصياف - الإدارة العامة، (٢) جامعة حلب رباعي/٢١٤٣/_/٤٣٧٩، يعتبر الوطن المذكور ملزماً للمتعهد ولو انتقل منه إلى غيره ما لم يبلغ الإدارة خطياً عن موطنه المختار الجديد في البلدة نفسها وإلا تعتبر كافة التبليغات المرسلة إلى موطنه المختار الأول صحيحة حكماً.

المادة /٢٨/_ المراجع القانونية :

في كل ما لم يرد عليه النص في هذا العقد ومتمماته يرجع فيه إلى أحكام نظام العقود الصادر بالقانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤م ودفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤م ودفاتر الشروط الخاصة بهذا التعاقد وفي حال عدم كفاية هذه النصوص يعتبر التشريع العربي السوري مرجعاً وحيداً في كل ما يتعلق بصحة العقد وتفسير أحكامه وتطبيقها وفي كل نزاع ينشأ نتيجة تنفيذه.

المادة /٢٩/_ حل الخلافات :

تحل جميع الخلافات التي تنشأ بين الفريقين بالطرق الودية وفي حال تعذر ذلك يتم حلها عن طريق القضاء الإداري السوري وفق القوانين والأنظمة النافذة في الجمهورية العربية السورية.

المادة ٣٠/ _ نفاذ العقد :

أ _ التزم الفريق الثاني بأحكام هذا العقد كلا وجزءاً دون أن يكون له حق النكول فيه أو في جزء منه.

ب _ لا يعتبر هذا العقد نافذاً إلا بعد تصديقه من المراجع المختصة في الجمهورية العربية السورية.

المادة ٣١/ _ في ارتفاع الأسعار :

إذا طرأ ارتفاع في أسعار أي من أجور اليد العاملة أو المواد المحصور بيعها بالشركة والواردة في محضر الاتفاق على الأسعار المؤرخ في ٢٦/١٠/٢٠١٥م يحق للشركة المطالبة بفروقات الأسعار وفق بلاغات رئاسة مجلس الوزراء والقوانين والمراسيم الصادرة بهذا الشأن.

المادة ٣٢/

يقدم الفريق الأول إلى الفريق الثاني مقراً مع خط هاتف داخلي رباعي لاستعماله من قبل كادر المشروع إضافة إلى مكان آخر لاستخدامه لوضع المواد والآليات التي يستخدمها في تنفيذ مضمون العقد .

المادة ٣٣/ _ نسخ العقد:

نظم العقد على نسختين أصليتين واحتفظ كل فريق بنسخة منه .

حلب في / / ٢٠١٥ م .

رئيس شعبة العقود التدقيق القانوني محاسب الإدارة للنفقات مدير الشؤون الهندسية والخدمات

.....

الفريق الأول

الفريق الثاني

رئيس جامعة حلب

المتعهد

.....

الشركة العامة لأعمال الكهرباء والاتصالات يمثلها

.....

بالتفويض مدير فرع المنطقة الشمالية

.....

مصدق

آمر الصرف

رئيس جامعة حلب

.....

التطبيقات في هذا العقد:

وأذكر هنا على ما يتعلق بالمقابل المالي (محل البحث) فقط.

المادة (٦): حدد المقابل المالي للمتعاقدين وهو ما عبرت عنه ب قيمة العقد، وهو سبعة ملايين

المادة (٧): حدد مدة التنفيذ التي ينبغي ألا يتجاوزها المتعاقد.

المادة (٩): فقرة (ب) وضحت أن للإدارة إجراء أي تعديل تقتضيه مصلحتها، غير أنها لم تذكر ما يتعلق بتعديل المقابل المالي بناء على تعديل التزامات المتعاقد، وقد فصلت في البحث أحكام التعديل شرعاً وقانوناً.

المادة (١١): فيها شرط مقترن بالعقد، ومضمونه وجوب التدقيق والتثبت من قبل المتعاقد لصحة دفتر الشروط الفنية وجدول الأسعار وقائمة الكميات وغيرها من الوثائق، وأن يطلب تصحيح أي تناقض أو خطأ أو نقص يلحظه فيهم، وأن يعمل بموجب التعليمات النهائية والخطية التي تطلب الإدارة اتباعها، وأن أي تقصير في ذلك لا يمكن تلافيه أو قبوله، تقع على المتعاقد مسؤوليته، يعني (أن يتأكد من كامل التزاماته، وإلا فإنه إن لم يتأكد فيتحمل المسؤولية).

المادة (١٢): تنص على كيفية دفع قيمة الكشف بأنها تُدفع شهرياً، (مقسطاً) لما تم إنجازه من أعمال بصورة نهائية، ولما تم إحضاره، وتقدر القيمة حسب قوائم الأسعار في العقد. وهذا لا إشكال فيه فللمتعاقدين أن يتفقا في دفع المقابل المالي كما يريدان. ويتم توقيف مبلغ قدره ٢,٥% من قيمة الأعمال الإجمالية، ويُفرج عنه بعد انقضاء الضمان والحصول على براءة الذمة، ويُعتبر هذا المبلغ الموقف من قبيل التأمين النهائي.

المادة (١٣): وتنص على إعفاء الفريق المتعاقد من التأمينات النهائية بسبب وجود مرسوم خاص بشأن المؤسسات. وهذا لا إشكال فيه.

المادة (١٤): وتنص على اشتراط حق الإدارة (آمر الصرف) في زيادة الكميات والأشغال المتعاقد عليها أو إنقاصها بما لا يتجاوز ٣٠% لكل بند من التعهد، وبنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد، وقد ذكرت حكم هذا في أحكام الشروط والتعديل.

كما تنص على إعطاء المتعاقد مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار الزيادة التي كُلف بها.

المادة (١٥): وتنص على غرامات التأخير وتحديد مقدارها إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته، وهي غرامة عن كل يوم تأخير على ألا يتجاوز مجموع هذه الغرامات نسبة ٢٠% من القيمة الإجمالية للتعهد.

المادة (١٦): وتنص على أن المتعاقد يتحمل جميع النفقات المترتبة على تنفيذ العقد، كما يتحمل الضرائب والرسوم المالية والجمركية والبلدية والمحلية المترتبة على تنفيذ العقد.

المادة (٢٠): وفيها يلتزم المتعاقد مع الإدارة بضمان كامل لحقوق الملكية وبراءات الاختراع، وما يتعلق بذلك مما قد يصيب الإدارة من تبعات وأضرار، وفي حال وجود خلل من المتعاقد فسوف يؤثر ذلك سلباً على مقابله المالي بالنقص.

المادة (٢١): وتنص على مسؤولية المتعاقد مع الإدارة عن جميع الأضرار التي يتسببها تجاه الغير وذلك أيضاً يؤثر على مقابله المالي بالنقص.

المادة (٢٢): وتنص على تفصيل الضمان المؤقت (خلال سنة) وكيفية الصيانة فيه (تبديل الأشياء المعطلة والسيئة الصنع)، ومدة صيانة الأشياء التي يتم استبدالها. كما تنص على ضمان العيوب التي يخفيها المتعاقد.

المادة (٢٣): وتنص على تفصيل الاستلام المؤقت والنهائي للأعمال المقدمة من المتعاقد، وضمانه لتلك الأعمال عن كل عيب أو نقص يُحتمل ظهوره.

المادة (٢٤): وتنص على حق المتعاقد مع الإدارة في طلب تمديد مدة العقد بسبب الظروف الطارئة أو القوة القاهرة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوثها.

المادة (٢٥): وتنص على الحالات التي يحق فيها للجهة الإدارية أن تسحب تنفيذ العقد من المتعاقد وأن تنفذ على حسابه وكيفية ذلك (الشرط الجزائي وغرامات التأخير)، وذلك كما في حالة تأخير المتعاقد أو غشه وتلاعبه أو إخلاله بإصلاح الأخطاء وبرنامج العمل المتفق عليه، أو عجزه عن الاستمرار في تنفيذ العقد.

المادة (٣١): وتنص على حق المتعاقد مع الإدارة بالمطالبة بفروقات الأسعار.

المطلب الثاني: تطبيقات المقابل المالي في عقد التوريد

عقد توريد

أبرم هذا العقد في تاريخ / / ١١٣هـ، الموافق / / ٢٠م

بين كل من

١- الطرف الأول (المورّد له):

السيد:

يمثله:

٢- الطرف الثاني (المورّد):

السيد:

يمثله:

وبعد أن أقر الطرفان بأهليتهما المعتبرة للتعاقد، وتفهمهما لبنود وشروط هذا العقد، اتفقا على بنود هذا العقد على النحو التالي:

المقدمة:

لما كان الطرف الأول يرغب في توريد / مواد بناء، آلات صناعية، مواد أولية، أغذية...../ للاستفادة منها في / مصانعه، مستشفياته، منشآته..../، ولما كان الطرف الثاني لديه القدرة والخبرة على توريد هذه السلعة، فقد تعهد الطرف الثاني أن يورد للطرف الأول ما يحتاجه من هذه السلعة، ووافق الطرف الأول على ذلك وفق البنود الواردة في هذا العقد.

البند الأول: تعتبر مقدمة هذا العقد جزءاً لا يتجزأ منه، ومكملة له في شروطه وبنوده.

البند الثاني: مدة العقد: / من تاريخ توقيعه، وهذه الفترة قابلة للتجديد باتفاق

الطرفين.

البند الثالث: صفة السلعة: التزم الطرف الثاني بتوريد السلعة المطلوبة وفق المواصفات التالية:

. النوع:

. العلامة التجارية:

. بلد المنشأ:

. سنة الصنع

. الصلاحية:

. الواحدة:

. المواصفات الفنية المرغوبة:

البند الرابع: الكمية: التزم الطرف الثاني على توريد السلعة المبينة أعلاه وفق الكمية التالية:

. الكمية الإجمالية:

. الكمية المطلوبة لكل عملية توريد هي: / كل يوم / أسبوع / شهر.

. الأوقات المستثناة من التوريد

واتفق الطرفان على إمكانية تغيير كمية التوريد اليومية/ الأسبوعية/ الشهرية زيادة أو نقصاناً إذا اقتضى

الأمر ووافق عليه الطرفان.

. **البند الخامس: مكان التسليم:** التزم الطرف الثاني بتوريد الكمية المطلوبة وفق البند الرابع وتسليمها

للمطرف الأول على النحو الآتي:

. مكان التسليم:

. عنوان مكان التسليم بالتفصيل:

. تعبئة المواد المسلمة:

البند السادس: نفقات التسليم: اتفق الطرفان على أن نفقات التسليم من شحن ونقل وتفرغ في

مخازن الطرف الأول تكون على عاتق الطرف/ الأول، الثاني/

البند السابع: تعهد الطرف الثاني بأن تكون المواد الموردة للطرف الأول مطابقة للمواصفات المذكورة

أعلاه، وخالية من كل العيوب، كما يضمن الطرف الثاني العيوب التي تظهر في المواد الموردة خلال فترة/

/ من تاريخ تسليمها.

البند الثامن: في حال ظهور أي عيب في المواد المسلمة وتبين أن سبب العيب يعود للطرف الثاني،

فللطرف الأول ردّ المواد المعيبة ومطالبة الطرف الثاني بإحضار مواد سليمة بدلاً عن المعيبة، شرط إخطاره

بوجود العيب خلال فترة / من عملية التسليم.

أما إذا كان سبب العيب يعود للطرف الأول، فلا يلزم الطرف الثاني بردّ هذه البضاعة أو استبدالها.

البند التاسع: لا يلزم الطرف الأول بتسليم البضاعة في حال تم التوريد في غير الوقت والمكان المحددين

في العقد إلا إذا رغب بذلك، وللطرف الأول مطالبة الطرف الثاني بالتسليم الصحيح وفق بنود العقد.

البند العاشر: تحديد الثمن:

. اتفق الطرفان على أن الثمن يُحسب على أساس: / ليرة سورية لكل واحدة

. هذا السعر التزم به الطرفان خلال فترة سريان عقد التوريد المبينة أعلاه.

. يمكن للطرفين تغيير السعر زيادة أو نقصاناً إذا اقتضى الأمر ذلك بالاتفاق بين الطرفين.

البند الحادي عشر: طريقة دفع الثمن: اتفق الطرفان على أن يكون سداد الثمن بالليرة السورية عن طريق الدفع النقدي أو الحوالة المصرفية وما في حكمها على النحو التالي:

البند الثاني عشر: الشروط الجزائية: يتعهد الطرف الثاني بتعويض الطرف الأول عما لحقه من خسارة وأضرار مادية في الحالات التالية:

. التأخر عن وقت التوريد المحدد في العقد لوقت يزيد عن / ساعة.

. التخلف عن عملية أو أكثر من عمليات التوريد.

. التنفيذ الجزئي للعقد بتوريد كميات أقل من الكمية المحددة في العقد.

. ظهور عيب في المواد الموردة وعدم قيامه بتبديلها بعد إنذاره بذلك.

. تسليم مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية المذكورة في العقد.

. الضرر الحاصل نتيجة التأخر في عملية تبديل المواد المعيبة أو المخالفة للصفة.

البند الثالث عشر: يحق للطرف الأول طلب فسخ العقد مع تحميل الطرف الثاني ما لحقه من خسارة

وأضرار مادية نتيجة ذلك وفق الحالات التالية:

. إذا تكرر التأخر عن عملية التوريد ل / مرة.

. إذا تكرر التخلف عن عملية التوريد ل / مرة.

. إذا تكرر ظهور العيب في المواد المسلمة ل / مرة.

. إذا لم يتمكن الطرف الثاني من توريد السلع حسب المواصفات المشروطة في العقد.

البند الرابع عشر: يحق للطرف الثاني طلب فسخ العقد في الحالات التالية:

. إذا امتنع عن تسليم المواد الموردة من الطرف الثاني أو تأخر في تسلمها بعد إخطاره بذلك، مع تحميل

الطرف الأول ما لحقه من خسارة وأضرار نتيجة ذلك، وهذا في حال تنفيذ الطرف الثاني لبنود العقد تنفيذاً صحيحاً.

. إذا تأخر عن دفع ما ترتب عليه من مبالغ لفترة تزيد عن / أيام.

البند الخامس عشر: لا يحق للطرف الثاني أن يسند العقد أو يتنازل عنه أو عن أي جزء منه لمورد آخر

إلا بموافقة مسبقة من الطرف الأول.

البند السادس عشر: إذا نشب نزاع بين الطرفين حول بنود هذا العقد أو تنفيذه أو تفسيره، فإن

الفصل في النزاع يكون وفق أحكام الشريعة الإسلامية عن طريق إحالة الأمر إلى لجنة تحكيم يرتضيها الطرفان من أهل الخبرة والحكمة، ويكون حكمها ملزماً للطرفين، وإن لم يرتض الطرفان هذا الحكم، فإن المحاكم المدنية هي المختصة بفض النزاع وفق القانون.

البند السابع عشر: حرر هذا العقد على نسختين، تسلم كل طرف نسخة للعمل بمضمونه.

توقيع الطرف الأول	توقيع الطرف الثاني	توقيع شاهد أول	توقيع شاهد ثاني ^(١)
-------------------	--------------------	----------------	--------------------------------

التطبيقات في هذا العقد:

نلاحظ في هذا العقد فيما يخص المقابل المالي ما يأتي:

في البند السادس: ينص على أن نفقات التسليم من شحن ونقل وتفريغ في مخازن الطرف الأول تكون على عاتق الطرف الذي يتفقان عليه (أحدهما)

البند السابع والثامن: يشتملان على تعهد الطرف الثاني (المورد) بضمان المواد الموردة مطابقة للمواصفات المتفق عليها وخالية من العيوب، وهذا ما يؤثر في المقابل المالي المتفق عليه بالنقص في حال ظهور الخلل المستتبع للضمان، وبالتالي يكون المقابل المالي في النتيجة أقل من المقابل المالي المسمى، وفي حال ظهور العيوب يعود الطرف الثاني (المورد على من أخذ منه السلع - حال وجوده - بالنقص والضمان.

في البند العاشر: يتم فيه تحديد الأساس الذي يكون حساب الثمن على وفقه، وأن هذا القدر له إنما هو خلال فترة سريان العقد.

كما نص على أن لطرفي العقد تغيير المقابل المالي زيادة أو نقصاً بشرط الاتفاق بينهما على ذلك. وهنا في العقود الإدارية يكون للمصلحة العامة دوراً فاعلاً في تحديد المقابل المالي مع مراعاة حال المتعاقد مع الإدارة وضاه، وعدم تحميله خسران جهده وماله.

البند الحادي عشر: وينص على النقاط المتفق عليها في دفع المقابل المالي من حيث جنس الثمن ونوعه (بالليرة السورية)، ومن حيث طريقة دفع الثمن من كونه نقداً أو تقسيطاً أو مؤجلاً، وفيما إذا كان استلامه عن طريق حوالة أو لا.

كما يتم الاتفاق على ما يترتب على المقابل المالي فيما يأتي

— ما يترتب على المقابل المالي حال التخلف عن عملية أو أكثر من عمليات العقد.

— ما يترتب على المقابل المالي حال التنفيذ الجزائي.

— ما يترتب على المقابل المالي حال ظهور عيب في المواد الموردة وعدم القيام بتبديلها بعد إنذاره

بذلك.

— ما يترتب على المقابل المالي حال تسليم مواد غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد.

(١) عقد التوريد في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو ٤٥٢-٤٥٤.

— ما يترتب على المقابل المالي حال الضرر الحاصل نتيجة التأخر في عملية تبديل المواد المعيبة أو المخالفة للصفات المتفق عليها.

البند الثالث عشر: وينص على الحالات التي يحق للطرف الأول (المورّد له) فسخ العقد مع تحميل الطرف الثاني (المورّد) ما يترتب على هذه الحالات من خسارة وأضرار نتيجة ذلك؛ مما يؤدي إلى نقص المقابل المالي للمتعاقد، وذلك في حالات التأخر عن عمليات العقد أو التخلف عنها أو ظهور عيب في المعقود عليه.

البند الرابع عشر: وينص على الحالات التي يحق للطرف الثاني (المورّد) فسخ العقد، وذلك حال امتناع المورّد له أو تأخره عن استلام المعقود عليه؛ مع تحميل الطرف الأول (المورّد له) ما يلحق المورّد من خسارة وأضرار.

المطلب الثالث: تطبيقات المقابل المالي في عقود الامتياز

امتياز الإدارة



الجمهورية العربية السورية

جامعة حلب

عقد نتيجة إعلان مزايادة علنية رقم (٢٧ / ٢٠١٥)

لأعمال استثمار مركز تصوير كلية الحقوق بجامعة حلب

بناءً على أحكام القانون رقم/٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود واستناداً إلى أحكام الفصل الرابع من الباب السادس .

وعلى أحكام المرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود .

وعلى إعلان رئاسة جامعة حلب رقم ١٠٢٦/١٤/١٠٢٦ تاريخ ٢٨/١/٢٠١٥ م .

وعلى محضر ضبط المزايادة العلنية الجارية بتاريخ ٦/٤/٢٠١٥ م المصدق من قبل السيد الدكتور رئيس الجامعة .

واستناداً إلى المرسوم رقم /٧١/ تاريخ ٤/٣/٢٠١٥ م المتضمن تعيين السيد رئيساً لجامعة حلب .

فقد تم الاتفاق بين :

الإدارة الممثلة برئيس جامعة حلب السيد (إضافة لوظيفته)
فريقاً أولاً
المتعهد السيد
فريقاً ثانياً

على ما يلي :

المادة ١/ _ موضوع العقد :

مزايادة لأعمال استثمار مركز تصوير كلية الحقوق بجامعة حلب .

المادة ٢/ _ وثائق العقد :

٦. هذا العقد .

٧. دفتر الشروط الفنية والحقوقية والبنود الواردة فيه .

٨. دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم رقم /٤٥٠/ تاريخ ٩/١٢/٢٠٠٤ م .

٩. محضر ضبط لجنة المناقصات .

المادة ٣/ _ قيمة العقد :

قيمة بدل الاستثمار السنوي /٥٥٥,٠٠٠/ ل.س فقط خمسمائة وخمسة وخمسون ألف ليرة سورية لاغير، سددت إلى حساب جامعة حلب في البنك العقاري بالحساب رقم /١٠٥٩٠٨٩١_CK١/ بموجب الايصال رقم (٨٨_٢٤٠_١٥_١٠_٠١) تاريخ ١٤/٤/٢٠١٥ م بمبلغ /٢٥٥,٠٠٠/ ل.س وايصال صندوق جامعة حلب رقم (٥٨٥٦٣) تاريخ ١٦/٤/٢٠١٥ م بمبلغ /٣٠٠,٠٠٠/ ل.س .

المادة /٤/ _ مدة التنفيذ :

فقط سنة واحدة قابلة للتمديد برضى الطرفين .

المادة /٥/ _ بدء التنفيذ وأمر المباشرة :

- يلتزم الفريق الثاني باستلام موقع العمل من اللجنة المختصة أصولاً خلال فترة أقصاها ثلاثة أيام من تاريخ تبلغه أمر المباشرة تحت طائلة مصادرة بدل الاستثمار والتأمينات النهائية وتوقيفات الضمان وملاحقته قضائياً بالاعطال والضرر .
- يحدد بدء تنفيذ هذا العقد اعتباراً من اليوم الذي يلي تسليم الفريق الثاني موقع العمل .

المادة /٦/ _ التزامات الفريق الثاني :

- يلتزم الفريق الثاني باستخدام المركز لتقديم الخدمات الطلابية وبيع الأغراض المخصصة له والتي تشمل أغراض مركز تصوير وتأمين كافة التجهيزات والمستلزمات الضرورية لخدمة الطلاب من (تصوير - خدمات مطبعية - قرطاسية - لوازم جامعية _ أدوات ومستلزمات مكتبية مختلفة _ وتأمين ما يحتاجه الطلاب منها...) وبأسعار مناسبة لهم حسب ما ورد في دفتر الشروط الفنية والحقوقية والمالية، ولا يجوز استخدام المركز لبيع مواد غير المواد المخصصة له .
- يلتزم الفريق الثاني بالأسعار الطلابية المحددة من قبل الادارة .
- يلتزم الفريق الثاني بتجهيز موقع العمل بكامل مستلزماته حسب الخدمة المطلوبة ويُمنح مدة لقاء ذلك بحال الحاجة لها (مهلة صيانة) على أن يتقدم بطلب هذه المهلة خلال الفترة الممتدة من تاريخ توقيع العقد حتى توقيع أمر المباشرة .
- يلتزم الفريق الثاني بعدم القيام بأي إضافات أو تحسينات في مكان الاستثمار قبل الحصول على موافقة مسبقة من الفريق الأول وعندها لا يحق له الادعاء بأي حق أو المطالبة بأي تعويض من جراء قيامه بذلك .
- يتحمل الفريق الثاني جميع المسؤوليات القانونية والمادية التي تترتب على ما يقع في المركز من مخالفات تموينية أو صحية أو بلدية .
- الفريق الثاني مسؤول بمفرده عن كل ذمة أو دين أو التزام وكل ما ينجم عن استثماره ويعتبر مسؤولاً عن جميع الحوادث والأضرار التي تقع خلال مدة الاستثمار .
- تقدم الجامعة الماء والكهرباء للمركز من الشبكة العامة لمحافظة حلب ويتحمل الفريق الثاني قيمة الماء والكهرباء المصروفة في المركز المستثمر مقابل مبلغ يتم دفعه كل شهرين ويتم تحديده من قبل لجنة فنية وفقاً لما يستهلكه بموجب قراءات عدادات نظامية تقع مسؤولية تأمينها وتركيبها على المستثمر وفق النموذج الموحد للعدادات المعتمدة ودفع قيمتها ولا تدخل في حساب الاستثمار وفي حال عدم وجود عداد فيتم حساب النسبة على ضوء ما تراه لجنة مشكلة لهذا الغرض، وفي حال مخالفة المستثمر تطبق بحقه القوانين المتعلقة بالاستحجار غير المشروع للكهرباء والماء .
- يلتزم الفريق الثاني بتنفيذ كافة البنود الواردة في دفتر الشروط الفنية والحقوقية والمالية الذي اطلع عليه بموجب الإعلان دون أي إخلال بأي شرط من شروطه وفق الاختصاص وإن أي مخالفة لدفتر الشروط تعرضه لفسخ العقد المبرم معه ومطالبته بالاعطال والضرر دون أي انذار .

- يلتزم الفريق الثاني بوضع أجهزة إطفاء في المركز عدد ١/ سعة ٦/ كيلو غرام مع المحافظة على صلاحيتها وجاهزيتها بشكل دائم .

المادة ٧/ _ إطلاع المتعهد على أحكام العقد واستيعابه محتواها :

يعتبر المستثمر بمجرد توقيعه على هذا العقد أنه استوعب جميع أحكام هذا العقد ودرس وتفهم كافة ما تتطلبه المواصفات الفنية العامة والخاصة وجدول الأسعار وقائمة الكميات وغير ذلك من المستندات المرفقة بهذا العمل وموقعه ومواسم الأشغال والعادات المحلية والقوانين والأنظمة السارية والرسوم الجمركية والمالية وغيرها والمسافات وما إذا كان موقع العمل سهل الوصول إليه أم لا ووسائل النقل وحالة الأيدي العاملة ومصادر المواد المناسبة وامكانية هذه المصادر لتلبية الحاجات التي تتطلبها تنفيذ العقد وجميع الأعمال والأوضاع التي يمكن أن تؤثر في أي من الأعمال المطلوبة في هذا العقد وكذلك يعتبر المتعهد أنه قد قبل العمل بمقتضى كل هذه الشروط والأحكام بمجرد توقيعه على هذا العقد.

المادة ٨/ _ التأمينات النهائية وتوقيفات الضمان:

ضماناً لتنفيذ هذا العقد قدم الفريق الثاني التأمينات النهائية بنسبة (١٠%) وتوقيفات الضمان بنسبة (٥%) من بدل الاستثمار السنوي سُددت إلى حساب جامعة حلب بموجب إيصاليين الأول برقم /٨٧-٢٤٠-١٥-١٠-٠١/ تاريخ ١٤/٤/٢٠١٥ م بمبلغ /٥٥,٥٠٠/ ل.س فقط خمسة وخمسون ألف وخمسمائة ليرة سورية لاغير والذي دفع بموجبه التأمينات النهائية، والثاني برقم /٨٦-٢٤٠-١٥-١٠-٠١/ تاريخ ١٤/٤/٢٠١٥ م بمبلغ /٢٧,٧٥٠/ ل.س فقط سبعة وعشرون ألف وسبعمائة وخمسون ليرة سورية لاغير والذي دفع بموجبه توقيفات الضمان، تعاد إليه بعد إنتهاء أعمال العقد وانقضاء فترة الاستثمار وتسليم المركز أصولاً وتسديد رسم الدلالة وضريبة الدخل والتأكد من سلامة المبنى والحصول على براءة ذمة من الدوائر المالية المختصة.

المادة ٩/ _ اجور الاعلان :

سدد الفريق الثاني أجور الاعلان البالغة قيمتها /١٤,٨٨٥/ ل.س فقط أربعة عشر ألف وثمانمائة وخمسة وثمانون ليرة سورية لاغير بموجب إيصال صندوق جامعة حلب رقم /٥٨٤٦٨/ تاريخ ١٤/٤/٢٠١٥ م .

المادة ١٠/ _ عمليات الاستلام :

يكون المستثمر ملزماً بإخلاء المركز وإغلاقه وتسليمه إلى اللجنة المختصة في اليوم المحدد لنهاية مدة الاستثمار دون الحاجة لأي انذار أو أعذار، ويتم التسليم الى اللجنة المختصة بذلك أصولاً وبموجب محضر استلام أصولي، وفي حال عدم الالتزام يحق للإدارة إغلاق المركز بشكل فوري واستلامه بدون حضور المستثمر والحجز على موجوداته إضافةً لتأميماته النهائية وتوقيفات الضمان، ولا تعاد التأمينات أو التوقيفات وكافة المحجوزات الا بعد تسليم المركز أصولاً والحصول على براءة ذمة من الدوائر المالية المختصة .

المادة ١١/ _ النفقات الناجمة عن التعاقد والضرائب والرسوم :

١. يتحمل الفريق الثاني جميع النفقات الناجمة عن هذا العقد.

٢. يتحمل الفريق الثاني الضرائب والرسوم المالية والجمركية والبلدية والمحلية المترتبة في الجمهورية العربية السورية والناجمة عن تنفيذ هذا العقد وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة بما فيها رسم طابع هذا العقد على نسختين.

٣. يتحمل الفريق الثاني نفقات الإعلان الناجمة عن هذا العقد مهما بلغت.

المادة ١٢/ _ التنازل عن العقد أو العقود الثانوية :

إن الاستثمار شخصي ولا يحق للمستثمر أن يتنازل عن أي عمل أو جزء منه من الأشغال التي أبرم العقد من أجل تحقيقها ولا أن يعهد بها أو يلزمها كلها أو بعضها إلى أشخاص آخرين كمتعهدين ثانويين إلا بموافقة خطية من الإدارة تحت طائلة فسخ العقد، وإن حصول المستثمر على مثل هذه الموافقة لا يعني بأي حال من الأحوال إلزام الإدارة بأن تدخل في أية علاقة من أي نوع كانت مع المتعهدين الثانويين كما لا يعفى المستثمر من التزاماته ومسؤوليته الفنية والإدارية والحقوقية والجزائية المفروضة عليه تجاه الإدارة بموجب أحكام هذا العقد.

المادة ١٣/ _ المسؤولية تجاه الغير :

يتحمل المتعهد مسؤولية جميع الأضرار الناجمة للغير من جراء تنفيذ أعمال التعهد ويلتزم بالتعويض عن هذه الأضرار وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة في الجمهورية العربية السورية بالنسبة للأضرار الحاصلة فيها ولإدارة حق الرجوع عليه في كل ما يصيبها من التزامات من جراء ذلك بطريق التقاص أو بأي طريق آخر.

المادة ١٤/ _ فسخ العقد :

- ١- لرئيس الجامعة الحق في فسخ العقد وإخلاء المستثمر لضرورات المصلحة العامة وترد المبالغ المستحقة للمستثمر نتيجة عملية الفسخ هذه دون أن يكون له الحق في المطالبة بعطل وضرر كما لا يحق له مراجعة القضاء للحيلولة دون الفسخ والإخلاء، أما بحال كانت عملية فسخ العقد ناتجة عن سوء تصرف من المستثمر أو تكراره لأي من المخالفات المذكورة في دفتر الشروط الفنية والحقوقية والمالية فلا تتحمل الجامعة في هذه الحالة دفع أو إعادة أية مبالغ أو تعويضات للمستثمر ويسقط حقه في الاعتراض أمام الجهات المختصة .
- ٢- يفسخ العقد عند وقوع أي مخالفة تتعلق بالإخلال في شروط التعاقد بعد ثلاثة اذنارات مسجلة ويسقط حق المستثمر في الاعتراض أمام الجهات المختصة.
- ٣- يفسخ العقد في حالة استثماره من قبل الغير أو اجراء تعهدات ثانوية للغير ويسقط حق المستثمر في الاعتراض أمام الجهات المختصة .

المادة ١٥/ _ التبليغ :

يجب أن تصدر التبليغات والمراسلات بين الإدارة والمتعهد بصورة خطية إلى الموطن المختار المحدد في هذا العقد أو صندوق البريد الخاص بالمركز .

المادة ١٦/ _ الموطن المختار :

يحدد المتعهد السيد عامر عابد ابن أحمد موطناً مختاراً له : (١) حلب _ حلب الجديدة - مقابل جامع سعد بن الربيع - شارع جول جمال - خليوي / ٠٩٨٨٦٢٥٦٢٧ / _ أرضي / ٥٢١٦٩١٦ /، (٢) جامعة حلب - مركز تصوير كلية

الحقوق، يعتبر المواطن المذكور ملزماً للمتعهد ولو انتقل منه إلى غيره ما لم يبلغ الإدارة خطياً عن موطنه المختار الجديد في البلدة نفسها وإلا تعتبر كافة التبليغات المرسلة إلى موطنه المختار الأول صحيحة حكماً .

المادة /١٧/ _ المراجع القانونية :

في كل ما لم يرد عليه النص في هذا العقد ومتمماته يرجع فيه إلى أحكام نظام العقود الصادر بالقانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤م ودفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤م ودفاتر الشروط الخاصة بهذا التعهد وفي حال عدم كفاية هذه النصوص يعتبر التشريع العربي السوري مرجعاً وحيداً في كل ما يتعلق بصحة العقد وتفسير أحكامه وتطبيقها وفي كل نزاع ينشأ نتيجة تنفيذه.

المادة /١٨/ _ حل الخلافات :

تحل جميع الخلافات التي تنشأ بين الفريقين بالطرق الودية وفي حال تعذر ذلك يتم حلها عن طريق القضاء الإداري السوري وفق القوانين والأنظمة النافذة في الجمهورية العربية السورية.

المادة /١٩/ _ نفاذ العقد :

- أ _ التزم الفريق الثاني بأحكام هذا العقد كلاً وجزئاً دون أن يكون له حق النكول فيه أو في جزء منه.
ب _ لا يعتبر هذا العقد نافذاً إلا بعد تصديقه من المراجع المختصة في الجمهورية العربية السورية.

المادة /٢٠/ _ نسخ العقد :

نظم العقد على نسختين أصليتين واحتفظ كل فريق بنسخة منه.

حلب _____ ٢١ / ٤ / ٢٠١٥ م .

رئيس شعبة العقود	التدقيق القانوني	محاسب الإدارة للنفقات	مدير الشؤون الهندسية والخدمات
.....			

الفريق الأول
رئيس جامعة حلب
.....

الفريق الثاني
المتعهد
.....

مصدق
آمر الصرف
رئيس جامعة حلب
.....

التطبيقات في هذا العقد:

وأذكر هنا فيما يتعلق بالمقابل المالي ما يأتي:

المادة (٣): وتنص على قيمة بدل الاستثمار للسنة الواحدة وهي (٥٥٥٠٠٠) ل.س، وأنه قد تم تسديدها مقدماً إلى حساب الإدارة.

فهو عقد إداري مضمونه تأجير مركز التصوير في الجهة الإدارية (كلية الحقوق بجامعة حلب).

المادة (٥): وتتضمن النص على الضمان حال حصول الضرر والعطل عند إخلال المتعاقد باستلام موقع العمل من اللجنة المختصة في الموعد المحدد.

المادة (٦): وتنص على التزام المتعاقد مع الإدارة بالأسعار المناسبة المحدد من قبل الإدارة.

كما تنص على التزام المتعاقد بتجهيز موقع العمل حسب الخدمة المطلوبة، ويُمنح (مهلة صيانة).

كما تنص على التزام المتعاقد بعدم القيام بإضافات وتحسينات إلا بموافقة الإدارة.

كما تنص على التزام المتعاقد بالمسؤوليات القانونية والمادية المترتبة على المخالفات التموينية أو الصحية أو البلدية.

كما تنص على التزام المتعاقد بكل التزام ناجم عن استثماره، وعن كل الحوادث والأضرار الواقعة.

كما تنص على التزام المتعاقد بقيمة الماء والكهرباء أيضاً خلال مدة استثماره للمركز.

كما تنص على التزام المتعاقد بكل الشروط في العقد، وإنّ أي مخالفة لدفتر الشروط تعرض المتعاقد لفسخ العقد ومطالبته بالعطل والضرر دون إنذار (الشرط الجزائي).

كما تنص على التزام المتعاقد بوضع أجهزة إطفاء في المركز

ولا يخفى ما لكل ما سبق من تأثير على المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة.

المادة (٨): وتنص على أنّ المتعاقد مع الإدارة قد قدم التأمينات النهائية ١٠٪، وهي جزء من المقابل

المالي، كما قدم توقيفات الضمان، وهي ٥٪ من بدل الاستثمار السنوي، والتي تُعاد إليه بعد انتهاء العقد.

المادة (١١): وتنص على تحمل المتعاقد مع الإدارة لكافة النفقات والضرائب والرسوم المالية والجمركية والبلدية والمحلية المترتبة على العقد بما في ذلك نفقات الإعلان.

المادة (١٣): وتنص على تحميل المتعاقد مع الإدارة كل ما يترتب على أعماله من أضرار، ويلتزم بالتعويض عنها، وهذا ما يؤثر في مقابله المالي بالنقص.

المادة (١٤): وتنص على حالات فسخ العقد وحال المقابل المالي فيها، حيث يحق للإدارة فسخ العقد لضرورة المصلحة العامة، وتُرد المبالغ المستحقة للمتعاقد.

أما في حال سوء تصرف المتعاقد أو تكرار المخالفات المذكورة في دفتر الشروط فلا يستحق المتعاقد تعويضات على ذلك، ولا تتحمل الجهة الإدارية تبعات ذلك، ويُرجع بهذه التبعات على المتعاقد.

كما يُفسخ العقد بعد ثلاثة إندارات مسجلة تتعلق بالإخلال بشروط التعاقد، وفي حالة التعهدات
الشانوية دون إذن مسبق.
وكل ذلك لا يخفى تأثيره على المقابل المالي للتعاقد مع الإدارة.

الخاتمة

وفي نهاية المطاف، أشكر المولى الجليل على ما أكرمني به ومنّ به علي من إتمام هذا البحث وجمع متفرقاته، ومعالجة مشكلاته، وإتمام تفاصيله، لأنتهي الآن إلى استنباط النتائج المستخرجة منه، وأذكرها فيما يأتي:

أولاً: النتائج:

١- تُعد تسمية (المقابل المالي) تسمية شاملة لكل ما يناله المتعاقد مع الإدارة كعوض له عما يقدمه في عقده معها، سواء كان تكيفه ثمناً أم أجراً أم ربحاً، بصورة نقود أو منافع أو عروض.

٢- يظهر من خلال الدراسة المقارنة فروق واختلافات متنوعة بين المقابل المالي في الجانب الشرعي، والمقابل المالي في الجانب القانوني، ومن هذه الفروق والاختلافات: الاختلاف في تسمية أنواع المقابل المالي، وتكيفه، وتحديد في عقود الشراء العام، وعقود التفويض العام، والاختلاف في مراحل، ومصادر أخذه، وطبيعة استحقاقه، ووقته، وتشريعاته.

٣- فمن ناحية التسمية والأنواع: فقد ظهر أنّ تسمية المقابل المالي لعقود الشراء العام في الجانب القانوني بـ: (التمن) فقط، غير دقيق؛ لأنّ عقود الشراء العام متنوعة ومختلفة في مضمونها وحقيقتها، فقد يكون مضمونها أداء عمل فقط، على سبيل الإجارة ويكون المقابل المالي حينئذ أجراً لذلك العمل، وقد يكون مضمونها أداء عمل ومواد على سبيل الشركة، كما في شركة العنان، وبالتالي يكون المقابل المالي هو الربح، وقد يكون أداء العمل والمال على الاستصناع، فيكون المقابل هو الثمن، وقد يكون مضمونها الصيانة والترميم،...، فيختلف تكيف كل عقد عن الآخر، وبالتالي يختلف تكيف المقابل المالي تبعاً لذلك، فلا ينبغي تسمية كل أنواع المقابل المالي بالتمن في عقود الشراء العام.

وكذلك الكلام نفسه يُقال في عقود التفويض، فلا يُمكن أن يُقال إن المقابل المالي فيها هو الرسوم أو التعريفات أو الأجر؛ حيث إنّ المقابل المالي تختلف حقيقته، ويختلف تكيفه حسب تكيف كل نوع من أنواع عقود التفويض.

٤- وأما من ناحية التكيف: فقد توضّح أنّه لا يستبين التكيف الصحيح للمقابل المالي إلا بعد ظهور التكيف الصحيح للعقد الإداري الذي هو فيه.

فإن تمّ تكيف العقد على أنّه نوع من البيوع - كما في التوريد، والاستصناع... - فالمقابل المالي هو الثمن ويأخذ أحكام الثمن.

إن تمّ تكيف العقد على أنّه عقد إجارة، فالمقابل المالي هو الأجر، فيأخذ أحكام الأجر.

إن تمّ تكيف العقد على أنّه عقد شركة، فالمقابل المالي هو الربح فيأخذ أحكام الربح.

وعند عدم ظهور التكيف الحقيقي للعقد شرعاً يُنظر:

__ إن قدم المتعاقد مواداً (أعياناً) يملكها: فالعقد أشبه بالبيع وللمقابل أحكام الثمن والربح في البيوع، كما في التوريد.

__ إن قدم المتعاقد عملاً: يُنظر:

إن كان المقابل المالي نسبة من صافي الأرباح فالعقد شركة مضاربة وللمقابل حكم الربح.
إن كان المقابل المالي مبلغاً محدداً أو نسبة من إجمالي الإيراد فالعقد إجارة، وله أحكام الأجر، كما في الأشغال حال تقديم العمل فقط، وكما في الصيانة حال تقديم العمل فقط.

__ إن قدم المتعاقد مواداً وعملاً: يُنظر:

__ تقديم المواد في عقد منفصل فهو بيع لها والعمل حسب تحديد مقابله في الفقرة السابقة (أحكام الثمن، والربح أو الأجر)

__ إن لم يتم التعاقد على المواد في عقد منفصل، يُنظر:

__ إن قدم المتعاقد المواد والعمل معاً كما هو الحال في عقد الاستصناع، فالمقابل المالي يكون ثمناً (وله أحكام الثمن).

__ إن تشارك المتعاقدان في المواد، وكان العمل على الطرفين فهي شركة عنان (أحكام الربح).

__ إن تشارك المتعاقدان في المواد، وكان العمل على أحدهما، فهذه صورة مختلف فيها... (أحكام الربح).

وأما عن الجانب القانوني: فتُكيف العقود الإدارية في القانون على أساس عقد المقاولة الذي يتضمن تعهد المتعاقد بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً؛ وذلك لشمول معنى المقاولة للعمل والمواد قانوناً، إلا إذا تم النص على غير ذلك، كأن يتم النص على أنها شركة مثلاً فتكون حسب النص، لكن هذا لا يكفي للتكييف الشرعي الدقيق السديد؛ لأن العقود على عمل (كالإجارة على العمل) تختلف عن العقود على المواد والعمل (كالاستصناع)، ولكل أحكامه المختلفة تماماً عن الآخر من حيث الالتزامات والمقابل المالي، وكثير من الآثار المترتبة على العقد، والمقاولة في تكييفها الشرعي إما أن تكون عقد إجارة، أو عقد استصناع، أو شركة.

وكذلك لم يفصل الجانب القانوني المقابل المالي من حيث كونه مالا، ومن حيث كونه مقابلاً، ففي عقود الشراء العام اكتفى بذكر المقابل من حيث كونه مقابلاً واحداً (الثمن)، ولم يذكر التكييفين الآخرين (الأجر، والربح في البيوع)، وأما في عقود التفويض العام: فقد أغفل المقابل المالي في عقد المتعاقد مع الإدارة (المنفعة).

كما تحدث في عقود التفويض عن المقابل المالي في عقد المتعاقد مع المنتفعين بالمصطلحات: (التعرفة، نسبة من الربح الصافي، مبلغ جزائي ومكافأة، مساعدة)، لكن لم يذكر التكييف الكامل للمقابل المالي من حيث كونه مقابلاً: (ثمناً أو ربحاً أو أجراً)، كما لم يفصل أنواعه من حيث كونه مالا (نقوداً، أو منفعة، أو عروضاً)، كما لم يذكر تكييف العقود من كونها استصناعاً، أو إجارة أشخاص، أو شركة... .

٥- وأما من ناحية تحديد المقابل المالي: فيُحدد المقابل المالي في الفقه الإسلامي وفق ضوابط وشروط كل نوع من أنواعه مهما اختلفت صوره وتطبيقاته، فالمهم في تلك الصور والتطبيقات أن تتوافر فيها تلك الشروط والضوابط، كشروط الثمن والربح والأجر، وضوابط عملية التبادل... وقد ظهر أن أنواع المقابل المالي لها شروط وضوابط تزيد على الشروط الموجودة في الجانب القانوني، كشرط المشروعية، والقدرة على التسليم، وغيرها... من الشروط والضوابط التي فصلتها في موضعها من البحث، والتي أرى أنه ينبغي النص عليها في الصياغة القانونية لتحقيق صحة العقود وسلامتها في كلا الناحيتين الشرعية والقانونية.

وفي الجانب القانوني يُحدد المقابل المالي في العقود الإدارية بحيث يغطي كامل نفقات الالتزامات الملقة على عاتق المتعاقد مع الجهة الإدارية.

٦- وأما من ناحية مراحل المقابل المالي ومصادر أخذه: فللمقابل المالي في عقود الشراء العام مرحلة واحدة، وهي مرحلة عقده مع الإدارة، أما المقابل المالي في عقود التفويض العام فله مرحلتان، المرحلة الأولى: العقد مع الإدارة، ويكون المقابل هو المنفعة (سواء كانت هذه المنفعة ثمنًا للمتعاقد، أم أجرًا...)، والمرحلة الثانية: في التعاقد مع المنتفعين ببيع المنفعة وأخذ الرسوم.

كما أن المقابل المالي في عقود الشراء العام هو نقود (أموال نقدية) تدفعها الإدارة، سواء كانت تمثل هذه النقود ثمنًا للأعيان أم ثمنًا للمنافع (أجرة، رسم، إتاوة) أم ربحاً في البيوع أم ربحاً في الشركة، أما في عقود التفويض فالإدارة تدفع منفعة المشروع، ثم يأخذ المتعاقد المقابل النقدي من خلال قيامه بعقود استثمار وبيع هذه المنافع للمنتفعين، وأخذ عائد الاستثمار، وهو عائد غير ثابت، حيث يرتبط بنتائج الاستثمار (بيع المنفعة).

٧- وأما طبيعة المقابل المالي: ففي الفقه الإسلامي: تُعد عقود البيوع وأشباهاها كالتوريد من العقود الملزمة لكلا طرفي العقد، وبالتالي فالمقابل المالي له القوة الملزمة، والطبيعة والتعاقدية، باستثناء حالات الإقالة والتعديل، وما أشبه ذلك مما يُعد حالة خاصة يتعرض لها هذا المقابل، أما في كان تكييف العقد على أنه إجارة وتم فيه التأجير للأعيان أو للأعمال فكذلك لا بد فيه من دفع قيمة ما تم تأجيره، بخلاف ما لم يتم فيه التأجير، وأما إن كان تكييف العقد على أنه شركة، فهي في بدايتها عقد جائز غير لازم، فإن تم فيه الالتزام بوقت ما فلا بد فيه من الوفاء بما تم الالتزام به، وهكذا... ، كما لا يخفى ما للإدارة من تنظيم للرسوم لحفظ المصلحة العامة.

وأما في القانون فالمقابل المالي للمتعاقد في عقود مع الإدارة ذو طبيعة تعاقدية، أما إن تعلق بحقوق طرف آخر فإنه يكون ذو طبيعة تنظيمية كما في التعريفات في عقود تفويض المرافق العامة.

٨- بالنسبة للتشريعات المتوافرة: يوجد في الفقه الإسلام الشرح والتفصيل الوافي لكل أنواع المقابل المالي وتفصيله، كما ظهر معنا ذلك حين الحديث عن تكييف العقد والمقابل المالي فيه.

وأما في القانون فيوجد تشريعات حول عقود الشراء العام والمقابل المالي فيها، بينما لا يوجد تشريع خاص عن عقود تفويض المرافق العامة في التشريع السوري، وإذا أردنا البحث عن قواعد ناظمة لإبرامها أو تحديد مقابلها المالي، فعلينا الرجوع لقانون العقود الموحد الخاص بعقود الشراء العام ومحاولة تكييف قواعده لتناسب مع عقود التفويض، أو اللجوء إلى القانون المدني السوري الذي تطرق لعقود التزام المرافق العامة من جانب العلاقة التي تربط المتفعين بالمتعاقدين وبالجهة الإدارية، أي أنه نظم التعريفات، ولم ينظم العلاقات المالية بين الجهة العامة والمتعاقد مع الإدارة.

٩- يُشترط في الفقه الإسلامي أن يكون ثمن المعقود عليه على اختلاف صور تحديده معلوماً عند العقد؛ أما في القانون فلا يُشترط ذلك، وكفي أن يتم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس تكاليف المبيع، ولا مانع من معرفة ذلك فيما بعد، وقد يتفق القانون مع المذهب الحنبلي الذي أجاز البيع بما ينقطع عليه السعر، فالثمن لم يُحدد عند العقد.

وفيما يتعلق بالربح في الشركة حال كونه هو المقابل المالي فلا يجوز في الفقه الإسلامي أن يكون محدداً بقدر معين، بل يجب أن يكون نسبة مئوية من صافي الأرباح بعد حسم التكاليف، ووقاية رأس مال الشركة.

١٠- أثر كون العقود إدارية على العقود المالية: هو أن العقود الإدارية ترتبط بالمرافق العام والمصلحة العامة، وحيثما تقررت المصلحة العامة فالمتعاقدين ملزم بالسير وفق ما تراه الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، ولو كان ذلك على حساب تعديل بعض التزامات العقد من قبل الإدارة، أو فسخ العقد، والإقالة، أو غير ذلك مما يخضع لرعاية المصلحة العامة.

١١- تتميز عقود الشراء العام بدفع الجهة الإدارية للمقابل المالي للمتعاقد معها مباشرة من الخزينة العامة بناء على المبالغ المرصودة لها في موازنة الدولة، أما عقود التفويض العام فيرتبط المقابل المالي للمتعاقد بنتائج ومخاطر عملية الاستثمار، ويكون الدفع في كليهما لاحق للتنفيذ.

١٢- في عقود الشراء العام: لا يمكن تكييفها على عقد الشركة؛ لأن الإدارة تُحمّل المتعاقد مسؤولية جميع العقد، ولا تتحمل هي شيئاً من هذا، وهذا ما لا يجوز في عقود الشركات؛ لأن طرفيها يتقسمان المسؤولية فيه.

أما في عقود التفويض العام، فيمكن تكييف العقد على الشركة إذا أرادت الإدارة أن تشارك المتعاقد.

١٣- الفرق في المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت (امتياز الإنشاء) بين الشرع والقانون حال كون العقد استصناعاً:

في الفقه الإسلامي يُنتظر إلى استكمال حقه:

فالمقابل المالي في هذه العقود إما أن يحدد باستغلال هذا المرفق مدة معينة، وإما أن يحدد بمبلغ مالي محدد: فإذا حُدد المقابل المالي من خلال استغلاله والانتفاع به فتره معينة، فالعقد يُعد من قبيل الاستصناع؛ لأن الثمن كما يمكن أن يكون مبلغاً نقدياً يكون منفعة، ولو كانت منفعة الشيء المصنوع نفسه، وإن تم تحديد

المقابل المالي بمبلغ مالي محدد يُترك المشروع في حيازة المتعاقد مع الإدارة مدة محددة على سبيل التوثيق ليضمن حقه في الحصول على الثمن من عوض منافع المشروع، مع حقه في المقاصة بين الثمن وعوض المنافع، فإذا حصل على الثمن قبل نهاية المدة رد المشروع لمالكه، أما إن لم يحصل على الثمن في هذه المدة فإن حقه في التوثيق يبقى حتى يستوفي الثمن، فكأن العلاقة بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها بعد الإنشاء علاقة إدارة، وعلاقة مقاصة بين المبلغ المستحق ثمناً وما يتم تحصيله من رسوم عن الاستخدام.

أما في القانون: إذا انتهت مدة الامتياز والانتفاع الممنوحة للمتعاقد، فلا يُنظر إلى استكمال حقه الذي دفعه في العقار.

١٤- الفرق بين أنواع المقابل المالي: لأنواع المقابل المالي نقاط اتفاق ونقاط اختلاف فيما بينها:

أولاً: نقاط الاتفاق في جميع الأنواع:

أ- يجب أن يكون المقابل المالي (بكل أنواعه) معلوماً.

ب- يجوز الاتفاق على تسليمه مقسطاً أو دفعة واحدة عند حلوله.

ج- يجوز أن يكون جميع أنواع المقابل نقوداً أو منفعة أو عروضاً.

ثانياً: نقاط الاختلاف فيما بينها: تختلف أحوال المقابل المالي وأنواعه وأحكام هذه الأنواع (الربح، الثمن، الأجر) في كيفية تقديره، وتكييفه، وفي وقت استحقاقه، وفي الشروط وكثير من الأحكام.

أ- كيفية التقدير:

١- الثمن: مقدار محدد معلوم، قد يأخذ صوراً متعددة، كالتكلفة مثلاً، ويكون على أساس الوثائق والمخططات، أو على أساس وحدة قياسية أو غير ذلك.

٢- الربح في الشركة: هو نسبة من صافي الأرباح بعد حسم التكاليف، ووقاية رأس المال، ولا يجوز أن يكون محدداً مقدراً بعدد معين، وبالتالي يمكن أن يزيد أو ينقص حسب كمية الربح، وإن خسر المشروع فيحتمل نسبة من الخسارة في العنان حسب ماله، أما في المضاربة فيخسر عمله، وبالتالي فمصيب مقابله المالي غير مضمون.

٣- أما الأجر: فهو مبلغ محدد أو نسبة من إجمالي الإيراد دون النظر إلى التكاليف، ونتائج المشروع من ربح أو خسارة، وبالتالي فهو مضمون، يستحقه على عمله، كما أن تقدير الأجر للأجير المشترك يكون بالعمل، أما الأجر للأجير الخاص فيكون تقديره بالمدة.

ب- تكييف المقابل المالي:

١- يكون المقابل المالي أجراً: إن قدم المتعاقد عملاً فقط (ثمن منفعة عمله).

٢- يكون المقابل المالي ثمناً: إن قدم المتعاقد أعياناً، أو أعياناً ومنافع (كما في الاستصناع)، أما إن قدم منافعاً فقط: فهو أجر (ثمن منفعة).

٣_ يكون المقابل المالي ربحاً: إن كان نسبة مئوية بعد حسم التكاليف، كما في حال تكييف العقد على أنه شركة عنان، أما في غير الشركات فهو ربح البيوع.

ج_ وقت وجوبه وتسليمه:

١_ الثمن: يجب بتسليم المعقود عليه، وفي الاستصناع بعد تمام الصنع، ويمكن دفع دفعات والاتفاق على كيفية تسليمه.

٢_ الأجر: يجب بالحصول المنفعة شيئاً فشيئاً، لكن يُتفق على مدة أخذه.

٣_ الربح في الشركة: يُعرف مقدار الربح إما بالتنزيض أو التقويم للمشروع بالنقد، ويُستحق الربح بالظهور، ويُملك بالتنزيض أو التقويم، ولا يلزم إلا بالقسمة. أما الربح في غير الشركة فيحصل بحصول الثمن.

د_ من ناحية الشروط: شروط الربح في الشركات تختلف عن شروط الأجر والثمن فيما عدا شرط المعلومية.

هـ_ بالنسبة للنفقات والتكاليف: في الجانب القانوني: تحسب النفقات والتكاليف من الثمن، أما في الفقه فالنفقات المترتبة حسب أحكامها في العقود المخرج عليها، فنقات صيانة الشيء المستأجر على المؤجر، ونفقات الشركة من مال الشركة، وهكذا... .

١٥_ من فوائد الدراسة المقارنة:

أ_ الكشف عن الصور الجائزة لتحديد المقابل المالي وغير الجائزة، وتوضيح تصوّر العقود شرعاً، والمقابل المالي من حيث كونه مالاً، ومن حيث كونه مقابلاً، والنظر في القياس على صورته.

ب_ طرح أنواع من العقود يمكن إجراء العقود الإدارية على أساسها، كما في أنواع عقود الامتياز.

ج_ الكشف عن الثغرات المتعلقة بالمقابل المالي في هذه العقود، والمؤثرة على حكم المقابل المالي والعقد الذي هو فيه، كما في الربط بين المرحلتين في بعض عقود التفويض، كما لو تعاقد مع الإدارة ثم مع المتفعين على أنه عقد واحد.

د_ إظهار إبداعية الفقه الإسلامي وأسبقته في تحديد المقابل المالي وتنظيمه.

ثانياً. أهم التوصيات:

وأهم ما أوصي به في نهاية هذه الدراسة، فألخصه فيما يأتي:

١_ توصي الدراسة بالنظر الدقيق في مضامين العقود المستجدة الإدارية وغيرها ذات المهام المختلفة، وتحليل التزاماتها تحليلاً دقيقاً؛ بهدف الوصول إلى التصور والتكييف الواضح، وتحديد التزامات كل من الطرفين وحقوقهما في العقد.

فبعض العقود تكون الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد متعددة ومتشابهة، أو غامضة، كأن يكون المعقود عليه يتكون من منافع أعمال، ومنافع أشخاص، ومواد، وحقوق، أو من بعضها، وهنا لا بدّ من تحليل العقد تحليلاً صحيحاً، وتكييفه تكييفاً مناسباً، ثم النظر في المقابل المالي للمتعاقد حسب أنواعه وصوره بشروطها وضوابط عقودها.

٢- كما توصي الدراسة بتكوين كُتَيْبٍ صغير، يتضمن الأحكام المختصرة للمقابل المالي في الفقه الإسلامي والقانوني، يُوزَّع على المتعاقد الذي يريد التعاقد مع الإدارة، حينما يُعطى دفتر الشروط، حتى يكون على بَيِّنَةٍ من كافة الأحوال والأحكام التي يمكن أن يتعرض لها أثناء عقده، لاسيما وأنّ معظم العقود الإدارية من العقود الزمنية.

٣- أوصي بدراسة الأعمال الكاملة التي يقوم بها فريق الكونسورتيوم الذي يقوم بتولي المهمات المتنوعة تحت مظلة المتعاقد مع الإدارة.

٤- وكذلك أوصي بدراسة ضوابط العلاقات العقدية التي تتضمنها العقود الإدارية، كدراسة ضوابط سلطة الإدارة على المتعاقد في العقود الإدارية، وحدود الشروط في العقود الإدارية.

٥- دعوة البنوك والمصارف إلى التدقيق في أحكام المقابل المالي؛ للاستفادة من الدارسات المقارنة الشرعية والقانونية.

٦- إيجاد جهة رقابية للمرفق تتسم بالحياد والاستقلالية عن الجهة المتعاقدة، والجهة مانحة الالتزام، يكون لها مراقبة تسعير الخدمات، وجودة الخدمة المؤداة حفاظاً على حقوق المنتفعين بالمرفق.

٧- ابتكار أساليب جديدة للمقابل المالي في عقود التفويض، في إطار المنافسة الكاملة، من خلال ربط نسبة العائد الاستثماري المستحق للمتعاقد تصاعدياً مع زيادة عدد المنتفعين، مما يشجع المستثمرين على تحسين جودة الخدمة المؤداة بهدف زيادة الربح.

٨- نشر الأبحاث والفتاوى التي تتعلق بالمقابل المالي في المؤسسات المالية المختصة.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية.

ثالثاً: فهرس الأعلام.

رابعاً: فهرس المصادر والمراجع.

خامساً: فهرس الموضوعات.

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	الآية	السورة	طرف الآية
٣٥٧	١٨٥	البقرة	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾
٣٤٤	١٩٤		﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾
٣٠٩-٣٠٠	٢٨٠		﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾
٣٥٧	٢٨٦		﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾
٢٩٨	٢٤	النساء	﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيزَةِ﴾
٢٥٦	٢٩		﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾
٣٤٢	٥٨		﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾
٣١٩-٢٥٦	١	المائدة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
٤٣	٢٠	يوسف	﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾
٣٢٣-٣١٨	٧٢		﴿وَلَمِنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٍ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾
٣٤٠	٩٠	النحل	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾
١٩٩	٢٧	القصص	﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ﴾

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
٥٢٣	إذا بايعت فقل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام
٣٥٧	أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح
٩٠	أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل العربان في البيع
٣٠٩	أيما رجل أفلس وعنده مال
٩٨	بعنيه بوقية
٢٥٦	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا
٨٧	الخراج بالضمان
٩٢	الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر
٣١٨	الزعيم غارم
٢٩٩	زن وأرجح
٣١٨	العارية مؤدأة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم
٣٤٤	على اليد ما أخذت حتى تؤديه
٣٢٦	كل قرض جرّ منفعةً فهو ربا
٧٠	لا تبع ما ليس عندك
٣٣٨	لا ربا إلا في النسيئة
٩٠_٣١٩_٣٢٧_٣٣٣_	لا ضرر ولا ضرار
٣٤٠_٣٤٤_٣٤٥_٣٥٧_	
٢١٤	لا يحل سلف وبيع
٣٥٧	لو بعت من أخيك ثمراً
٣٣٣	لبي الواجد يحل عرضه وعقوبته
٢٦٠	ليس الخبر كالمعاينة
٣١٩	المسلمون على شروطهم
٣٣٣	مطل الغني ظلم

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
٣٣٤	مقاطع الحقوق عند الشروط
٧٠	من ابتاع طعاماً فلا يبعه
٣٠٩	من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس
٣٠٠	من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره
٢٦٢	من اشترى شاة مصرة فهو بخير النظرين، إن شاء أمسك
٢٦٠	من اشترى شيئاً فلم يره فله الخيار
٢٥٩	من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه
٣١٣	من أقال مسلماً يبعته أقال الله عشرته
٣٠٠	من أنظر معسراً فله بكل يوم مثله صدقة
٣٠٠	من سرّه أن يظله الله يوم لا ظل إلا ظله فليسر على
—	من لم يشكر الناس لم يشكر الله
٩٩	نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو
٨٩	نهى النبي ﷺ عن بيع العربان
٥٨	نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة
٦٠	نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط
١١٧_٧٩	نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة
٩٦_٦٨	نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ
٢٠٣_١١١	نهى عن عسيب الفحل
—	ومن صنع إليكم معروفاً فكافئوه

ثالثاً: فهرس الأعلام

الصفحة	العلم المترجم له
٩٨	جابر
٢٧٣	ابن حبيب
٦٩	ابن حجر
١٩٨	ابن الرفعة
٩٧	السبكي
٣١٩	السيوطي
٢٩١	الشريبي
٣٠٧	شريح
٥٨	أبو عبيد
٢٠٤	ابن عقيل
٦٨	ابن عمر
١٦١	ابن القاسم
١٧٢	الماوردي
٤٧	محمد بن الحسن
١٥٨	محمد تقي العثماني
٥٨	ابن مسعود
٨٤	ابن ميارة
٧٩	أبو هريرة
٢٠٠	ابن نجيم
٢٥٧	النووي
٩٤	أبو يوسف

رابعاً: فهرس المصادر والمراجع

— مصادر التفسير:

١. أحكام القرآن: محمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق محمد البجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٣٨٧هـ، ودار المعرفة.
٢. أحكام القرآن: للإمام أبي بكر أحمد بن علي الجصاص، دار الفكر، بيروت، د.ت، د.ط، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي ١٤٠٥ هـ.
٣. أحكام القرآن: للإمام الشافعي، تحقيق: أ. عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٥ هـ.

— مصادر الحديث الشريف وعلومه:

٤. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: لابن الملتن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى ٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض—السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ—٢٠٠٤م.
٥. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي: لمحمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا، دار الكتب العلمية، بيروت.
٦. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى : ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١٩هـ — ١٩٨٩م.
٧. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، نشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية—المغرب، ١٣٨٧، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري.
٨. سنن ابن ماجه: لمحمد بن يزيد أبي عبد الله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.
٩. سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
١٠. سنن الترمذي (الجامع الصحيح): لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١١. سنن الدارقطني: لعلي بن عمر أبي الحسن الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ — ١٩٦٦م.
١٢. السنن الكبرى: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ—١٩٩٤م.

١٣. سنن النسائي (المجتبى من السنن): لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١٤. سنن النسائي الكبرى: لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١-١٩٩١م.
١٥. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
١٦. شرح النووي على صحيح مسلم (المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج): لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.
١٧. صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر) لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري الجعفي، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، الطبعة الثالثة، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة، جامعة دمشق، مع الكتاب: تعليق د. مصطفى ديب البغا.
١٨. صحيح مسلم بن الحجاج أبي الحسين القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت.
١٩. عون المعبود شرح سنن أبي داود: لمحمد شمس الحق العظيم آبادي أبي الطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٥.
٢٠. غريب الحديث القاسم بن سلام: أبو عبيد، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٧٦م.
٢١. فتح الباري شرح صحيح البخاري: للإمام الحافظ أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، الطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٨٠هـ.
٢٢. المستدرک على الصحيحين: لمحمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا _ بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٢٣. مسند الإمام أحمد بن حنبل أبي عبد الله الشيباني: مؤسسة قرطبة _ القاهرة، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرناؤوط عليها.
٢٤. مسند البزار (البحر الزخار): لأبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار، المتوفى ٢٩٢هـ، تحقيق: د. محفوظ الرحمن زين الله، مؤسسة علوم القرآن، مكتبة العلوم والحكم، بيروت، المدينة ١٤٠٩هـ.
٢٥. مسند الشافعي: لمحمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، دار الكتب العلمية _ بيروت.
٢٦. مصباح الزجاجة: لشهاب الدين البوصيري، دار الجنان _ بيروت.
٢٧. مصنف عبد الرزاق: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي _ بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

٢٨. المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
٢٩. المعجم الأوسط: لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني دار الحرمين، القاهرة، ١٤١٥هـ.
٣٠. المنتقى شرح الموطأ: للقاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ، ط٢: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
٣١. منهج النقد في علوم الحديث: للدكتور نور الدين عتر دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٣٢. الموطأ: للإمام مالك، اعتنى بالتخريج والترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، ط: الشعب.
٣٣. نصب الراية لأحاديث الهداية: لعبد الله بن يوسف أبي محمد الحنفي الزيلعي، دار الحديث، مصر، ١٣٥٧، تحقيق: محمد يوسف البنوري، ومع الكتاب: حاشية بغية الأملعي في تخريج الزيلعي.
٣٤. النهاية في غريب الحديث والأثر: للإمام ابن الأثير، تحقيق محمود الطناجي، دار إحياء التراث العربي، د. ت.
٣٥. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، ط. مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، ١٣٩٨ هـ، وإحياء التراث العربي.

— مصادر أصول الفقه:

٣٦. — الإلهام في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، تأليف: علي بن عبد الكافي السبكي، ط: مكتبة الكليات الأزهرية.
٣٧. — أصول السرخسي: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، دار المعرفة — بيروت.
٣٨. — التلويح على التوضيح: للعلامة سعد الدين التفتازاني، المتوفى ٧٩٢ هـ، وهو شرح التوضيح لعبيد الله بن مسعود الحنفي صدر الشريعة الثاني، المتوفى ٧٤٧ هـ، طبعة محمد علي صبيح — القاهرة.
٣٩. — تيسير التحرير: للعلامة محمد أمين الحنفي الخراساني المعروف بأمير بادشاه، طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ١٣٥٠ هـ، ودار الكتب العلمية.
٤٠. — الفروق، أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش): لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق: خليل المنصور دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ — ١٩٩٨م.
٤١. — كشف الأسرار عن أصول البزدوي: لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، طبعة سنة ١٣٠٧هـ، ودار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ — ١٩٩٧م، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر.

٤٢. _ الحصول في علم أصول الفقه: للإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي، تحقيق: د. طه جابر فياض العلواني، مطابع فرزدق بالرياض سنة ١٣٩٩هـ.

٤٣. _ الموافقات: لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

— مصادر الفقه الحنفي:

٤٤. الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٦هـ—٢٠٠٥م.

٤٥. البحر الرائق: لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري، دار المعرفة، ط ٣، ١٩٩٣، بيروت.

٤٦. بدائع الصنائع للإمام الكاساني، مطبعة الإمام بالقاهرة، د. م، د.ت، وطبعة دار الكتاب العربي، ط ٢، والكتب العلمية.

٤٧. تبين الحقائق شرح كثر الدقائق: لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، ومعه حاشية الشُّلبي: لشهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلبي (المتوفى: ١٠٢١ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ.

٤٨. تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

٤٩. جامع الفصولين: لمحمود بن إسرائيل قاضي سماننة، ط. بولاق ١٣٠٠هـ.

٥٠. درر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف: علي حيدر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، تحقيق وتعريب المحامي فهمي الحسيني، ودار الجيل ١٩٩١م.

٥١. رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لمحمد أمين ابن عابدين. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت—١٤٢١هـ— ٢٠٠٠م. والبابي الحلبي.

٥٢. العناية شرح الهداية: لمحمد بن محمد بن محمود البابري، دار الفكر، د. م، د. ت

٥٣. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: لزين العابدين ابن نجيم أبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكّي الحسيني الحموي الحنفي المصري، دار الكتب العلمية، لبنان/بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، الطبعة: الأولى، تحقيق: السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي.

٥٤. فتح القدير للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (الكمال بن الهمام)، المطبعة الأميرية سنة ١٣١٦هـ — بالقاهرة، ودار الفكر.

٥٥. اللباب في شرح الكتاب: لعبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، تحقيق: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي، د.ت.

٥٦. لسان الحكام، لإبراهيم بن محمد بن الشحنة، ط: مصطفى الحلبي سنة ١٩٧٣م.

٥٧. المبسوط: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل، شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٩٨٠م، بيروت، وط: محمد أفندي المغربي.

٥٨. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبي المدعو بشيخي زاده، المتوفى ١٠٧٨هـ، خرح آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ — ١٩٩٨م.

٥٩. الهداية شرح بداية المبتدي: لأبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيباني المتوفى سنة ٥٩٣هـ، المكتبة الإسلامية.

٦٠. التنف في الفتاوى، علي بن الحسين بن محمد السعدي، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، بيروت، عمان — الأردن، ١٤٠٤هـ.

— مصادر الفقه المالكي:

٦١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت، ودار المعرفة

٦٢. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك: للعلامة أحمد بن محمد الصاوي، ط: عيسى البابي الحلبي بالقاهرة، وهو مطبوع مع الشرح الصغير للإمام الدردير، وطبعة دار المعارف بمصر.

٦٣. البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، لبنان — بيروت، ١٤١٨هـ — ١٩٩٨م.

٦٤. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ — ١٩٨٨م.

٦٥. التاج والإكليل لمختصر خليل: للعلامة أبي عبد الله سيدي محمد بن يوسف العبدري المالكي بهامش مواهب الجليل، دار السعادة، مصر، ١٣٢٩هـ. وط: دار الكتب العلمية بهامش مواهب الجليل.

٦٦. تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام ومناهج الأحكام: للقاضي إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، دار الكتب العلمية، د.ت. ومكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا .

٦٧. تحفة الحكام: للقاضي أبي بكر محمد بن حجر الأندلسي الغرناطي، طبعة مطبعة الاستقامة بالقاهرة.

٦٨. التلقين في الفقه المالكي: لعبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبي محمد، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية — مكة المكرمة — ١٤١٥هـ، الطبعة: الأولى.

٦٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفه الدسوقي، دار الفكر، بيروت، وط ١٩٢٧م.

٧٠. حاشية العدوى على شرح الخرشي: علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، طبعة: عيسى البابي الحلبي، القاهرة، د.ت.
٧١. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: لعلي الصعيدي العدوي المالكي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت ١٤١٢هـ.
٧٢. الذخيرة: لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م.
٧٣. شرح ابن ميارة الفاسي على تحفة الحكام: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، طبعة الاستقامة، بالقاهرة.
٧٤. شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد الخرشي، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، الطبعة الثانية، ودار الكتب العلمية
٧٥. الشرح الصغير: أحمد بن محمد الدردير، ط: عيسى البابي الحلبي بالقاهرة، ومعه بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك: للعلامة أحمد بن محمد الصاوي.
٧٦. الشرح الكبير: أحمد الدردير أبو البركات، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر— بيروت.
٧٧. شرح حدود ابن عرفة: للإمام محمد بن قاسم الأنصاري، أبي عبد الله، الرصاع، المتوفى ٨٩٤هـ.
٧٨. الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ١١٦/٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٩٧ م.
٧٩. القوانين الفقهية: لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، د.ط، د.ت، د.د.
٨٠. الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، تحقيق محمد ولد مالك، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.
٨١. مختصر خليل: للإمام خليل بن إسحاق الجندي المتوفى سنة ٧٦٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ— ١٩٩٥م
٨٢. المدونة الكبرى: للإمام مالك، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، عن عبد الرحمن بن قاسم العتقي، دار صادر، بيروت.
٨٣. المعيار المغرب: أحمد بن محمد الوُثْرِيسي، تحقيق جماعة من العلماء بإشراف د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨١م،
٨٤. المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأهميات مسائلها المشكلات: لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م، ودار صادر
٨٥. منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل: لمحمد عlish، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ— ١٩٨٩م.

٨٦. مواهب الجليل: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالخطاب، دار السعادة، مصر، ١٣٢٩هـ، ودار الفكر ودار الكتب العلمية، بيروت وبهامشه التاج والإكليل.

— مصادر الفقه الشافعي:

٨٧. الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، ط: دار الشعب، القاهرة، د.ت. ودار الفكر، بيروت، شركة الطباعة الفنية.

٨٨. تحفة المحتاج للعلامة شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، مطبعة الميمنية، مصر، د.ت.

٨٩. تكملة المجموع: علي بن عبد الكافي السبكي، دار الفكر، د.ت.

٩٠. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين: لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر — بيروت.

٩١. حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد) سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر.

٩٢. حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج: لعبد الحميد الشرواني، دار الفكر، بيروت، د.ت.

٩٣. حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج: لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، ط: عيسى البابي الحلبي، القاهرة، د.ت، ومطبعة أحمد بن سعد.

٩٤. الحاوي الكبير: لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت،

٩٥. لبنان، ١٤١٩ هـ — ١٩٩٩ م، الطبعة: الأولى، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود.

٩٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين: للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المتوفى ٦٧٦هـ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر — دمشق.

٩٧. السراج الوهاج على متن المنهاج: للعلامة محمد الزهري الغمراوي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.

٩٨. شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ط: عيسى البابي الحلبي، القاهرة.

٩٩. الغاية القصوى في دراية الفتوى: للإمام عبد الله بن عمر البيضاوي، تحقيق ودراسة وتعليق: علي محيي الدين القره داغي، دار الإصلاح ١٩٨٢ م.

١٠٠. الفتاوى الفقهية الكبرى: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، دار الفكر، د.ط، د.ت.

١٠١. فتح العزيز شرح الوجيز، لعبد الكريم بن محمد الراجعي القزويني (٦٢٣هـ)، د.د، د.ت.

١٠٢. المجموع: للإمام يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، د.ت.

١٠٣. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، والبابي الحلبي.

١٠٤. المذهب: للإمام إبراهيم بن علي أبي اسحاق الشيرازي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ودار الفكر.
١٠٥. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر للطباعة، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م. وطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦هـ.
١٠٦. الوجيز في فقه الإمام الشافعي، محمد بن محمد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٩هـ.

— مصادر الفقه الحنبلي:

١٠٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: محمد بن أبي بكر الزرعي ٧٥١هـ، دراسة وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ودار الجيل
١٠٨. الإفصاح عن معاني الصحاح: للعلامة الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة، المتوفى ٥٦٠هـ، طبعة مؤسسة السعيدية بالرياض، ١٣٩٨هـ.
١٠٩. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لشرف الدين المقدسي، دار المعرفة، بيروت، د. ت.
١١٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للعلامة علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٥هـ.
١١١. الروض المربع شرح زاد المستقنع: لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ.
١١٢. الشرح الكبير: لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي، د. ت، د. ط.
١١٣. الشرح الممتع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
١١٤. شرح منتهى الإرادات: لمنصور بن يونس البهوتي المتوفى ١٠٥٦هـ، عالم الكتاب، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م.
١١٥. العدة شرح العمدة: لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، المطبعة السلفية بالقاهرة.
١١٦. الفروع: ل محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
١١٧. كشف القناع عن متن الإقناع: لمنصور بن يونس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.
١١٨. المبدع في شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبي إسحاق، المكتب الإسلامي، سنة ١٤٠٠هـ، بيروت.
١١٩. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى السيوطي الرحيباني، المتوفى ١٢٤٣هـ، المكتب الإسلامي، سنة، دمشق ١٩٦١م.

١٢٠. المطلع على ألفاظ المقنع: محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ/١٩٨١م.

١٢١. المغني: لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى ٦٢٠هـ، ط: مكتبة الرياض الحديثة بالرياض، د. ت. ودار الفكر، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ، وط الكليات الأزهرية.

١٢٢. منار السبيل في شرح الدليل: لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، مكتبة المعارف _ الرياض _ ١٤٠٥، الطبعة: الثانية، تحقيق: عصام القلعجي.

كتب الفتاوى

١٢٣. الفتاوى الهندية، الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، ١٤١١هـ/١٩٩١م. ودار صادر، بيروت، ١٤١١هـ/١٩٩١م. وطبعة المطبعة الأميرية ببولاق مصر، ١٣١٠هـ.

كتب فقهية ومصادر أخرى:

١٢٤. الإجماع لابن المنذر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري أبو بكر، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ.

١٢٥. الأحكام السلطانية: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء، أبو يعلى، دار الوطن، الرياض، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٩٦٦م.

١٢٦. الأحكام السلطانية للماوردي والولايات الدينية: لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ودار الكتاب العربي، مكتبة ابن قتيبة، الكويت، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م، ودار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٠م.

١٢٧. إحياء علوم الدين: للإمام محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، دار المعرفة، بيروت.

١٢٨. الأموال، أبي عبيد القاسم بن سلام، تحقيق: محمد خليل هراس، مكتبة الكليات الأزهرية، الأزهر، ط ١، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م، ط: دار الكتب العلمية.

١٢٩. الخراج، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، مطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٩٦هـ .

١٣٠. زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر الزرعي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، ط: ١٤، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، بيروت، الكويت، ١٩٨٦م.

١٣١. المحلى للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الإتحاد العربي للطباعة بالقاهرة، سنة ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م. ودار الآفاق الجديدة، بيروت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي.

كتب القواعد والنظريات الفقهية:

١٣٢. الأشباه والنظائر، للعلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى ٩١١هـ، ط. عيسى البابي الحلبي وشركاه بالقاهرة، د. ت، د. ط، وطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ، ودار الفكر.
١٣٣. الأشباه والنظائر: لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ — ١٩٨٠م، ودار الفكر.
١٣٤. الأشباه والنظائر: للإمام تاج الدين السبكي عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ — ١٩٩١م.
١٣٥. شرح القواعد الفقهية: للشيخ أحمد الزرقا، دار القلم. د.ت، د.ط.
١٣٦. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ٦٦٠ هـ، دراسة وتحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف، بيروت، لبنان.
١٣٧. القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، عبد الله عبد المجيد دية، دار النفائس، الأردن، ط: ١، ٢٠٠٥م.
١٣٨. المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقاء، جامعة دمشق، ط ٣، ١٩٥٨م.
١٣٩. المدخل الفقهي العام، للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، وط: ٢، ١٤٢٥/٢٠٠٠م. وط: ٩، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٨م، مطبعة جامعة دمشق.
١٤٠. — المنشور في القواعد: لمحمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله، نشر وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الكويت ١٤٠٢ هـ، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، طبعة مؤسسة الخليج.
١٤١. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
١٤٢. النظريات العامة في الفقه الإسلامي: لرمضان علي الشرنباصي، نشر منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
١٤٣. النظريات الفقهية: للدكتور فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية، ١٤٢٧—١٤٢٨هـ، ٢٠٠٦—٢٠٠٧م.

مراجع فقهية واقتصادية معاصرة:

١٤٤. أحكام عقد المفاولة: لفتيحة قرّة، نشر منشأة المعارف ١٩٨٧م.
١٤٥. أحكام المعاملات: للأستاذ الدكتور: كامل موسى، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

١٤٦. أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، دار الفكر العربي، مدينة نصر، مصر، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
١٤٧. الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، قطب مصطفى سانو، دار النفائس، ط١، عمان، ٢٠٠٢م.
١٤٨. الاستهلاك وضوابطه في الاقتصاد الإسلامي، عبد الستار إبراهيم الهيتي، دار الوراق، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٥م.
١٤٩. أصول الإدارة في القرآن والسنة، د. جميل جودت أبو العينين، منشورات دار ومكتبة الهلال، دار البحار، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
١٥٠. أصول الاقتصاد الإسلامي، د. رفيق المصري، دمشق، دار القلم، بيروت، الدار الشامية، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
١٥١. الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية، مازن عبد العزيز فاعور، وما بعدها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م.
١٥٢. الاقتصاد والأخلاق، د. رفيق يونس المصري، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
١٥٣. بحوث في الاقتصاد الإسلامي، الأستاذ الدكتور رفيق يونس المصري، دار المكتبي، دمشق، الطبعة: الثانية، ٢٠٠٩م.
١٥٤. بيع التقييط - تحليل فقهي واقتصادي، رفيق يونس المصري، الدار الشامية، بيروت - دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
١٥٥. التضخم النقدي في الفقه الإسلامي، د. خالد بن عبد الله المصلح، جامعة القصيم.
١٥٦. الجامع في أصول الربا، رفيق يونس المصري، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.
١٥٧. حماية المال العام في الفقه الإسلامي، د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
١٥٨. الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي، د. نزيه حماد، طبع مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٧٨م.
١٥٩. السياسة الاقتصادية والنظم المالية في الفقه الإسلامي: للدكتور أحمد الحصري، مكتبة الكليات الأزهرية في القاهرة، د. ت.
١٦٠. شرح أحكام عقد المفاولة، محمد لبيب شنب، القاهرة، دار النهضة، ١٩٩٢م.
١٦١. شرح مرشد الحيران، محمد زيد الأبياتي، محمد سلامة المستجلقي، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٥م.

١٦٢. الشركات في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، قرأه: أنور هشام درويش، خرج أحاديثه: حسين سلمان مهدي، المشرق للكتاب، الفاروق، ط: ١، ٢٠٠٩م.
١٦٣. الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠م.
١٦٤. ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، سليمان محمد أحمد، مطبعة السعادة، مصر، ط ١، ١٩٨٥م.
١٦٥. عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي محمد قاسم، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر.
١٦٦. عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير، حقيقته، تكييفه، صورته، الأستاذ الدكتور محمد جبر الألفي، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
١٦٧. عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. علي أبو البصل، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، دبي، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.
١٦٨. عنصر الأجر في عقد العمل، د. محمود الهمشري، الرياض معهد الإدارة العامة، إدارة البحوث والاستشارات، ١٣٩٨هـ.
١٦٩. فتاوى الاستصناع والمقاوولات والسلم، دلة البركة: مجموعة دلة البركة: جمع وتصنيف أحمد محيي الدين أحمد، ط الأولى ١٤١٩هـ — ١٩٩٨م.
١٧٠. الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخرجها ملحقاً به فهرسة ألفبائية شاملة للموضوعات الفقهية: للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط: ٤، ١٩٩٧م، الإعادة التاسعة، ١٤٢٧هـ — ٢٠٠٦م.
١٧١. الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، د. الصديق محمد الأمين الضير، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ودار الجيل، بيروت، ط ٢، ١٩٩٠م.
١٧٢. فتاوى ندوات البركة، الطبعة الخامسة، جدة، ١٤١٨هـ.
١٧٣. الفعل الضار والضمان فيه، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، دار العلوم، بيروت، ط: الأولى، ١٤٠٩هـ.
١٧٤. الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الثانية.
١٧٥. فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات ومهدات وقرارات، عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
١٧٦. قرارات الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السادسة عشرة، ١٣٩٨هـ/ ١٤٢٢هـ.
١٧٧. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية.
١٧٨. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية، للدورات من ١ إلى ١٠، دار القلم، دمشق، سوريا، ط: الثانية، ١٤١٨هـ.

١٧٩. قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي.
١٨٠. قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، د. نزيه حماد، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
١٨١. مبادئ التحليل الاقتصادي، محمد مروان السمان، ومحمد ظافر محبك، وأحمد زهير شامية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢م.
١٨٢. مجمع الضمانات، غانم البغدادي، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
١٨٣. مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، قرارات وتوصيات، ١ — ٩٧، تنسيق وتعليق عبد الستار أبو غدة، الطبعة الثانية، ١٤١٨/١٩٩٨م.
١٨٤. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: لعبد الكريم زيدان، دار الوفاء، مكتبة القدس، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.
١٨٥. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشعبية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة ملائماً لعرف الديار المصيبة وسائر الأمم الإسلامية: لمحمد قدري باشا، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية ١٣٠٨ هـ — ١٨٩١م، والدار العربية.
١٨٦. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت.
١٨٧. المصارف الإسلامية والتنمية الصناعية، د. حسن يوسف داود، دار الفكر العربي، ١٩٩٨م.
١٨٨. المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، أحمد أبو الفتح، مطبعة النهضة، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٢٢م.
١٨٩. المعاملات المالية المعاصرة: للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دارالفكر، دمشق—سورية، دار الفكر المعاصر، بيروت—لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ—٢٠٠٢م.
١٩٠. مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي مدخل منهجي: للدكتور: محمد كمال الدين إمام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ—١٩٩٦م.
١٩١. المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، المنامة، ٢٠٠٩م.
١٩٢. الملكية في الشريعة الإسلامية، دكتور عبد السلام داود العبادي، مكتبة الأقصى، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان، الطبعة الأولى، ١٣٩٤هـ—١٩٧٤م.
١٩٣. الملكية ونظرية العقد: للشيخ محمد أبو زهرة، دار الإتحاد العربي للطباعة، نشر دار الفكر العربي.
١٩٤. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، لأحمد فرج حسين، الدار الجامعية، ١٩٨٦م.
١٩٥. الموسوعة التجارية المصرفية، محمود الكيلاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.

١٩٦. منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي قرارات وتوصيات، ١٤٠٦/١٤٠٩هـ، ١٩٨٥/١٩٨٨، شركة دار العلم للطباعة والنشر، جدة.
١٩٧. نظام الإدارة في الإسلام، د. محمد القطب، دار الفكر العربي.
١٩٨. النظريات العامة في الفقه الإسلامي، رمضان علي الشرنباصي، نشر منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
١٩٩. نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية، دراسة مقارنة، د. عيسى ضيف الله المنصور، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٧م.
٢٠٠. نظرية الحق، عبد الفتاح عبد الباقي، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥م.
٢٠١. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، د. محمد فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت، ط: الأولى، ١٤٠٣هـ.
٢٠٢. النظم المالية في الفقه الإسلامي، لإبراهيم محمد قطب، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط٣، ١٩٨٦م.
٢٠٣. الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار، أنس الزرقا، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر.
- الرسائل والأطروحات الجامعية**
٢٠٤. آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي، موسى آدم عيسى، وهو رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، شعبة الاقتصاد الإسلامي، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٥م.
٢٠٥. آثار العقود الإدارية، رائد حاج قدور، حلقة بحث، إشراف: د. عصام الشهابي، ود. محمد السيد، جامعة حلب، كلية الحقوق، الدراسات العليا، قسم القانون العام، ٢٠١٤م.
٢٠٦. الإدارة التعاقدية للمرفق العام، د. محمد أديب الحسيني، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، ٢٠٠٩م.
٢٠٧. الإدارة في سورة يوسف عليه السلام، لنايف شعبان عبد الله قرموط، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٩م-١٤٣٠هـ.
٢٠٨. أسباب سقوط الحقوق المالية في الشريعة الإسلامية، محمود عبد الحميد طهماز، رسالة ماجستير في جامعة أم القرى، كلية الشريعة، مكة المكرمة، ١٤١١هـ.
٢٠٩. الاستغلال غير المشروع في العقود المالية وتطبيقاته المعاصرة، أحمد كواره، جامعة دمشق، كلية الشريعة، ٢٠١١م.
٢١٠. أقسام العقود في الفقه الإسلامي، حنان بنت محمد حسين جستن، رسالة ماجستير، إشراف الأستاذ الدكتور ياسين بن ناصر الخطيب، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

٢١١. التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، د. عيسى عبد القادر الحسن، رسالة دكتوراه، إشراف فتحي فكري، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٧م.
٢١٢. الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم بن صالح التميمي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، ١٤٢٧هـ.
٢١٣. الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها: للدكتور أحمد حسن، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، ١٩٩٩م، والإعادة الثانية ١٤٢٨هـ — ٢٠٠٧م.
٢١٤. البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها، د. محمد توفيق البوطي، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٨م.
٢١٥. الجزاءات المؤقتة والنهائية في مجال العقود الإدارية، وسام بديع يزبك، رسالة دبلوم، جامعة دمشق، ٢٠٠٠—٢٠٠١م.
٢١٦. خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، أسامة محمد المطيري، بحث لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون العام من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الملك محمد الخامس. المغرب، ط وزارة الإعلام الكويتية، ٢٠٠٦.
٢١٧. الربح في الفقه الإسلامي أحكامه وضوابطه، دراسة مقارنة، عبد الحميد إسماعيل الحيميد، رسالة ماجستير، كلية الشريعة بجامعة دمشق، ٢٠٠٥م.
٢١٨. الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي، حبيب الهرمزي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، ١٩٧٧م.
٢١٩. الشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة الرياض، لعبد الله بن محمد آل سليمان الشهري، بحث تكميلي، لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، قسم الفقه المقارن، ١٤١٨هـ.
٢٢٠. الشروط الجعلية في عقد البيع، عبد الله بن حافظ الحكمي، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ١٣٩٧هـ.
٢٢١. ضمان العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون، د. محمد نبذات محمد المحمد، أطروحة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الشريعة، ٢٠٠٣م.
٢٢٢. الضوابط الشرعية للاستثمار، إعداد: نصر محمد السلامي، دار القمة، دار الإيمان، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
٢٢٣. العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، د. قذافي عزات الغنيم، أطروحة دكتوراه، دار النفائس، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٨م.

٢٢٤. عقد الإذعان: لأنس بن عبد الله العيسى، وهو بحث مقدم للمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في السعودية، ١٤٢٦-١٤٢٧هـ.
٢٢٥. عقد التوريد في الفقه الإسلامي دراسة تأصيلية، د. إبراهيم محمد شاشو، ١٤٠، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة بجامعة دمشق، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
٢٢٦. عقد التوريد في الفقه الإسلامي، نمر صالح محمود دراغمة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م. وعقد المقاول في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني.
٢٢٧. عقد المقاول، عقد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠٤م.
٢٢٨. عقد المقاول في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، زياد شفيق حسن قرارية، رسالة ماجستير في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٤هـ.
٢٢٩. عقود المناقصات الإدارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة فقهية تأصيلية مقارنة، د. محمد خميس العجمي، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، القاهرة، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢م.
٢٣٠. عوض المثل أحكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، جمال عبد الجليل يوسف صالح، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٥م.
٢٣١. فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة في عقد الأشغال العامة، نسيم محمد بني عامر، بحث مقدم في جامعة اليرموك، كلية القانون، الأردن.
٢٣٢. مفهوم الربح وضوابطه في الاقتصاد الإسلامي، فداد العياشي، رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات العليا، قسم الاقتصاد الإسلامي، مكة المكرمة، ١٤٠٦-١٤٠٧هـ، ١٩٨٦-١٩٨٧م.
٢٣٣. المقابل المالي في العقود الإدارية دراسة مقارنة، عزة محمد سلمان، وهي رسالة ماجستير، إشراف: د. مهند نوح، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م.
٢٣٤. الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيودها، د. عبد السلام داود العبادي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٩٧٤م.
٢٣٥. منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، دراسة تأصيلية تطبيقية، د. مسفر بن علي بن محمد القحطاني، رسالة دكتوراه، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.

٢٣٦. نظرية توزيع العوائد على عوامل الإنتاج في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أيمن مصطفى حسين الدباغ، وهو أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، إشراف د. عبد المجيد الصلاحين كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٣ م.

٢٣٧. نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، د. تيسير برمبو، أطروحة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الشريعة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣ م.

كتب التراجم والتاريخ

٢٣٨. الإصابة في تمييز الصحابة: لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، المتوفى (٨٥٢هـ)، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجليل، بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، وط التجارية.

٢٣٩. الأعلام: لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، المتوفى: (١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر، ٢٠٠٢ م.

٢٤٠. البداية والنهاية: لإسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبو الفداء، مكتبة المعارف، بيروت.

٢٤١. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: للعلامة محمد بن علي الشوكاني، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.

٢٤٢. تذكرة الحفاظ: لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دراسة وتحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ — ١٩٩٨م، وهو مذيّل بجواشي المحقق.

٢٤٣. تهذيب التهذيب: لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤ — ١٩٨٤، الطبعة: الأولى.

٢٤٤. الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لحي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي ٧٧٥هـ، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣ م.

٢٤٥. الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب: لابن فرحون، ط. مكتبة دار التراث.

٢٤٦. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: للعلامة الشيخ محمد بن محمد مخلوف، المطبعة السلفية ومكبتها، القاهرة، ١٣٤٩ هـ.

٢٤٧. شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لعبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، محمود الأرناؤوط، دار بن كثير، دمشق، ١٤٠٦هـ، الطبعة: الأولى.

٢٤٨. طبقات الحنابلة: لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، المتوفى (٥٢٦هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة — بيروت.

٢٤٩. طبقات الشافعية الكبرى: للإمام العلامة تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣هـ.

٢٥٠. معجم المؤلفين: لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، بيروت، ودار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٥١. ميزان الاعتدال في نقد الرجال: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفي سنة ٧٤٨ هجرية، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
٢٥٢. النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي، نشر: وزارة الثقافة والإرشاد القومي - مصر.

مصادر اللغة والمعاجم

٢٥٣. تاج العروس من جواهر القاموس: لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية.
٢٥٤. التعريفات للجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢، ١٩٩٢م.
٢٥٥. التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
٢٥٦. جهرة اللغة، ابن دريد، دار العلم للملايين، تحقيق: د. رمزي بعلبكي، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.
٢٥٧. القاموس الفقهي، سعدي أبو جيب، دار الفكر، ط: ١، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.
٢٥٨. القاموس المحيط: للفيروز أبادي، دار مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧١ هـ — ١٩٥٢ م.
٢٥٩. لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.
٢٦٠. المصباح المنير: للعلامة أحمد بن محمد الفيومي، مصطفى البابي الحلبي بمصر، د. ت.
٢٦١. المعجم الاقتصادي الإسلامي، أحمد الشرباصي، دار الجيل، ١٤٠١هـ، ١٩٨١م.
٢٦٢. معجم الطلاب، د. محمد إسماعيل الصيني، حيمور حسن يوسف، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩١م.
٢٦٣. معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، تأليف د. نزيه حماد الطبعة الثانية ١٤١٥هـ، نشر وتوزيع الدار العالمية للكتاب الإسلامي.
٢٦٤. معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، د. جرجس جرجس، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى.
٢٦٥. لمعجم الوسيط: تأليف إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية، د. ت.
٢٦٦. معجم متن اللغة لأحمد رضا، دار مكتبة الحياة.

٢٦٧. المفردات في غريب القرآن؛ لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان داوودي، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، لبنان، ط: الأولى، ١٤١٢هـ.

مراجع قانونية ومقارنة

٢٦٨. آثار العقد الإداري، خالد العيسى، حلقة بحث، جامعة حلب، كلية الحقوق، قسم القانون العام، ٢٠١٤-٢٠١٥م.

٢٦٩. أحكام العقد الإداري في القانون السوري، نبيل الظواهرة الصايغ، عبد الحي والي، مطبعة سوريا، دمشق، ١٩٨٢م.

٢٧٠. الإدارة التعاقدية للمرفق العام، د. محمد أديب الحسيني، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، ٢٠٠٩م.

٢٧١. الإدارة العامة، محمد سعيد عبد الفتاح، المكتب العربي الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط/٥، ١٩٨٦م.

٢٧٢. الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ط٥، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١م.

٢٧٣. الأسس العامة للعقود الإدارية، محمود زكي شمس، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠م.

٢٧٤. أصول التنفيذ المدني، صلاح الدين سلحدار، مطبعة الداودي، دمشق، ١٩٩٨م.

٢٧٥. الاعتماد المستندي والتجارة الإلكترونية، مازن عبد العزيز فاعور، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م.

٢٧٦. أعمال السلطة الادارية، د. محمد فؤاد عبد الباسط، مكتبة الهداية، الإسكندرية ١٩٨٨م.

٢٧٧. التطبيقات العملية للعقد الإداري في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا، د. محمد رشاد عمران، ٢، مذكرة ٢٠٠٣م.

٢٧٨. التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، د. وليد حيدر جابر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩م.

٢٧٩. تفويض المرافق العامة، د. محمد محمد عبد اللطيف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

٢٨٠. التقنين المدني السوري، د. أديب استنبولي، شفيق طعمة، الطبعة الثانية، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٩٠م.

٢٨١. تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، د. هشام علي صادق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣.

٢٨٢. الجزاءات المؤقتة والنهائية في مجال العقود الإدارية، وسام بديع يزبك، رسالة دبلوم، جامعة دمشق، ٢٠٠٠-٢٠٠١م.

٢٨٣. دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، يعرب محمد الشرع، دار الفكر، دمشق.

٢٨٤. الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، د. عبد الله طلبة، الطبعة السابعة، مطبعة جامعة دمشق، ٢٠٠٢-٢٠٠٣ م.
٢٨٥. شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، د. محمد واصل، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٦ م.
٢٨٦. شرح القانون المدني عقود البيع والحوالة والمقايضة، الأستاذ أحمد نجيب الهلالي، والدكتور حامد زكي، مطبعة الفجالة الجديدة، مصر، الطبعة الثانية، ١٩٥٤ م.
٢٨٧. الشركات التجارية، د. جاك يوسف الحكيم، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٦/٢٠٠٧ م.
٢٨٨. صيغ الدعاوى الإدارية، مصباح نوري المهاني، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠١ م.
٢٨٩. عقد امتياز المرفق العام b.o.t، إبراهيم الشهاوي، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٣ م.
٢٩٠. عقد الإيجار، د. جميل الشرقاوي، طبع دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦ م.
٢٩١. عقد الإيجار، د. سليمان مرقس، ١٤٧، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، ١٩٦٨ م.
٢٩٢. عقد الإيجار، ملخصاً من دروس د. عبد المنعم البدرائي، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٥-١٩٥٦ م.
٢٩٣. عقد البيع، د. شفيق الجراح، مطبعة ابن خلدون، دمشق، ١٩٨١ م.
٢٩٤. عقد البيع، د. عبد العزيز عامر، دار النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٦٧ م.
٢٩٥. العقود الإدارية، د. سعيد نخيلي، د. عيسى الحسن، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ١٤٢٨ هـ، ٢٠٠٧ م.
٢٩٦. العقود الإدارية، عبد الهادي عباس، مطبعة دار المستقبل، دمشق، ط ١، ١٩٩٣ م.
٢٩٧. العقود الإدارية، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٦ م.
٢٩٨. العقود الإدارية، محمود عاطف البناء، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٨٤ م.
٢٩٩. العقود الشائعة والمسماة، د. جاك يوسف الحكيم، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠ م.
٣٠٠. عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، سميرة حصايم، رسالة ماجستير نوقشت في جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١١ م.
٣٠١. العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة (شرح القانون المدني السوري)، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، مطابع دار الفكر، دمشق، الطبعة الخامسة، ١٩٦٣ م.
٣٠٢. العقود المسماة، محمد الزحيلي، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ط ٤، ١٩٩٤ م.
٣٠٣. العقود المسماة في الفقه الإسلامي، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، ط ١، ١٤٢٠ هـ/١٩٩٩ م.

٣٠٤. قانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة، ومعه قانون رقم ٢ الخاص بالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة، والمرسوم رقم ٤٥٠، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود، مؤسسة النوري، ٢٠٠٥م.

٣٠٥. القانون الإداري، د. شاب توما منصور، مطبعة الأعظمي، بغداد، ١٩٧٥م.

٣٠٦. القانون الإداري، د. راغب ماجد الحلو، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ١٩٨٧م.

٣٠٧. القانون الإداري، د. طعيمة الجرف، وما بعدها، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ط: ٤، ١٩٧٨م.

٣٠٨. القانون الإداري، د. عبد الغني بسيوني، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩١ م .

٣٠٩. القانون الإداري، د. محمد الحسين، د. مهند نوح، ط، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٢م.

٣١٠. القانون الإداري، "علماء وعملاً ومقارنة"، عبد الإله الخاني، المجلد الرابع، العقود الإدارية، ط ٢.

٣١١. القانون الإداري، ماجد راغب الحلو، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ١٩٨٧ م .

٣١٢. القانون الإداري، د. مازن راضي ليو، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك، ٢٠٠٨م.

٣١٣. القانون المدني السوري، الأستاذ مصطفى الزرقا، نشر معهد البحوث والدراسات العربية، بجامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٩م.

٣١٤. القانون المدني السوري، تنسيق وليد عدي، مكتبة الملاح، دمشق.

٣١٥. مبادئ التحليل الاقتصادي، محمد مروان السمان، ومحمد ظافر محبك، وأحمد زهير شامية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢م.

٣١٦. مبادئ دراسة الجدوى الاقتصادية، أحمد عبد الرحيم زروق، محمد سعيد بسيوني، ٢٠١١م.

٣١٧. المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، د. عادل عبد الرحمن خليل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤-١٩٩٥م.

٣١٨. _ المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د. محمد سعيد أمين، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

٣١٩. _ مبادئ القانون الإداري، د. عبد الله طلبة، دار الكتاب، دمشق، ٢٠٠٦ م .

٣٢٠. مبادئ القضاء الإداري (اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً)، مصباح نوري المهائني، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠٥م.

٣٢١. مبادئ وأحكام العقود الإدارية، د. محمد عبد العال السناري، دار النهضة العربية.

٣٢٢. مبادئ وأحكام القانون الإداري، محمد رفعت عبد الوهاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦م.

٣٢٣. المدخل إلى القانون، حسن كيرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١ م .

٣٢٤. المرافق العامة، إبراهيم الهندي وآخرين، مديرية الكتب والمطبوعات جامعة حلب، ٢٠٠٤م.
٣٢٥. المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، محمود عبد المجيد المغربي، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ط١، ١٩٩٨م.
٣٢٦. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عياد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣م.
٣٢٧. معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، د. مصطفى عبد المقصود سليم، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
٣٢٨. مناقصات العقود الإدارية، د. رفيق يونس المصري، دار المكني، دمشق، ط: الأولى، ١٤٢٠هـ.
٣٢٩. الموسوعة التجارية المصرفية، محمود الكيلاني، "عمليات البنوك"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.
٣٣٠. موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، حمدي ياسين عكاشة، منشأة المعارف بالإسكندرية.
٣٣١. موسوعة العقود، صبحي سلوم، الطبعة الأولى، والثانية ١٩٩١م، ٢٠٠١م.
٣٣٢. الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات، عليوه مصطفى فتح الباب، مطبعة مكتب كوميت، القاهرة، ط١، ١٩٩٩م.
٣٣٣. النظام القانوني لعقد المعاونة في تسيير المرفق العام، د. داود عبد الرزاق الباز، ٢٠٠٦م.
٣٣٤. نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، فاضل شاكر النعيمي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، ١٩٦٩م.
٣٣٥. نظرية الالتزام العامة (شرح القانون المدني السوري)، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، مطبعة دار الحياة بدمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٦٤م.
٣٣٦. النظرية العامة في العقود الإدارية، د. ثروت بدوي، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
٣٣٧. النظرية العامة للالتزام (شرح القانون المدني)، د. محمد وحيد الدين سوار، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ١٩٧٥م.
٣٣٨. نظرية العقد، عبد المنعم الصدة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٤٧م.
٣٣٩. نظرية العقود الإدارية، للدكتور نذير بن محمد الطيب أوهاب، معهد الإدارة العامة، مركز البحوث، السعودية، ٢٠٠٦م.
٣٤٠. الوجيز في القانون الإداري، د. سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٦٧م.
٣٤١. الوجيز في القانون الدولي مقارناً بأحكام الفقه الإسلامي، د. محمد عزيز شكري، منشورات جامعة دمشق، دمشق.
٣٤٢. الوجيز في العقود الإدارية، د. جابر جاد نصار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

٣٤٣. الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ومطابع دار النشر للجامعات المصرية.

المجلات والدوريات والبحوث:

٤٠٧. اتجاهات جديدة لدى مجلس الدولة السوري في نطاق العقود الإدارية، د. مهدي نوح، مجلة المحامون، العدد ٥٦/ لعام ٢٠٠٧.

٤٠٨. أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، د. نزيه حماد، أبحاث ندوة «نحو دور تنموي للوقف».

٤٠٩. بيع العربون، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م.

٤١٠. التحكيم في منازعات عقود الـ BOT، محمد مصطفى محمود السيد، بحث علمي مقدم إلى جامعة المنصورة، مصر.

٤١١. تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، د. أحمد محي الدين أحمد، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

٤١٢. تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، د. أحمد محمد أحمد بخيت، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

٤١٣. -تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف، خالد بن سعود بن عبد الله الرشود، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

٤١٤. تطبيق نظام البناء والتملك (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، محمد عبده عمر، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

٤١٥. التمويل التنموي الإسلامي لرأس المال الثابت في الصناعة، مصطفى فضل المولى، ٥٩، بحث مقدم لندوة صيغ تمويل التنمية في الإسلام، بالخرطوم، ندوة رقم (٢٩)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية، ١٤١٣هـ.

٤١٦. حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ، د. ناهد علي حسن السيد، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.

٤١٧. الربح وقياسه في الإسلام، شوقي شحاته، بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر، العدد الثاني والعشرون، ط ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع، الكويت.
٤١٨. زكاة المال العام، مجلة الحقوق الكويتية، د. محمد عبد الغفار الشريف، العدد ٤، ١٩٩٨م.
٤١٩. سرقة المال العام، د. أسامة الحموي، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، مجلة جامعة دمشق، ٢٠٠٣م.
٤٢٠. الشرط الجزائري، د. الصديق محمد الأمين الضرير، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في الدورة الثانية عشرة ١٤٢١هـ.
٤٢١. ضوابط وأحكام أجارة الخدمات المقدمة من المؤسسات المالية الإسلامية، د. عبد الحق حميش، جامعة الشارقة، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، ٢٠٠٩م.
٤٢٢. عقد الاستصناع، كمال الدين جعيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة.
٤٢٣. عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، د. علي محي الدين القره داغي، ١٩٩٢م.
٤٢٤. عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مصطفى الزرقاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد السابع.
٤٢٥. عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة، رؤية شرعية، دأحمد ذياب شويديح، عاطف محمد أبو هريدي، المؤتمر العلمي الدولي الثاني "الإسلام والتحديات المعاصرة"، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٧م.
٤٢٦. عقد الصيانة وتكييفها الشرعي للصديق الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الحادي عشر، وهو بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ١٤١٩هـ.
٤٢٧. عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، د. أحمد بو عشيق، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية الذي أقيم في الرياض ١/٤ تشرين الثاني/ ٢٠٠٩م.
٤٢٨. عقود الصيانة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة الدورة الحادية عشر، الجزء الثاني، سنة ١٤١٩هـ.
٤٢٩. -عقود الصيانة وتكييفها الشرعي لمحمد الزرقاء، وسامي السويلم، مجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الحادية عشرة ١٤١٩هـ.

٤٣٠. عقد البناء والتشغيل والإعادة (BOT) في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، د. عكرمة سعيد صبري، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.
٤٣١. عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.
٤٣٢. عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، د. عبد الستار أبو غدة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.
٤٣٣. عقد المقابلة شرعاً وقانوناً، د. وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر،
٤٣٤. عقد المقابلة في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم شاشو، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الثاني، ٢٠١٠م.
٤٣٥. القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيدليك، د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني والخمسون، تشرين الأول، ٢٠١٢.
٤٣٦. عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، محمد تقي العثماني، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة.
٤٣٧. كيفية إعادة التوازن المالي لعقود BOT في ظل الظروف غير المتوقعة، د. عمار تركاوي، محاضرة ملقاة على طلاب ماجستير العلوم الإدارية والمالية جامعة دمشق، غير منشورة، ٢٠١٠م.
٤٣٨. مبادئ القانون الإداري، زين العابدين بركات، جامعة دمشق، ١٩٨٦.
٤٣٩. مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الحادي عشر، بحث عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، محمد مختار السلامي، ١٤١٩هـ.
٤٤٠. مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد السابع، ١٩٩٢م.
٤٤١. مجلة الأحكام العدلية: تأليف لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، نشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
٤٤٢. مفهوم القيمة بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، محمد إحسان طالب، بحث منشور في مجلة الأمة، العدد ٤١، جمادى الأولى، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٤٤٣. نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية، روليت عبود، بحث علمي مقدم إلى كلية الهندسة المدنية، قسم الإدارة الهندسية والإنشاء، جامعة دمشق، ٢٠١١م
٤٤٤. نظرية العقود المستجدة، ضوابطها ونماذج منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٠

المواقع:

www.abogoddah.com موقع الدكتور على الانترنت

www.mot.gov.sy الموقع الرسمي لوزارة الاتصالات والتقانة السورية

www.iqtissadiya.com/archives_detail.asp?id=١٨٨٥&issue

www.ibiunish.com

www.buildexonline.com/new/studies_research/files/٢.ppt

خامساً: فهرس الموضوعات:

المقدمة.....	١
فصل تمهيدي.....	١٠
مفهوم العقود الإدارية والمقابل المالي	١٠
المبحث الأول	١١
مفهوم العقود الإدارية.....	١١
المطلب الأول: تعريف العقد:	١٢
أولاً: تعريف العقد لغةً:	١٢
ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً:	١٢
المطلب الثاني: تعريف الإدارة:	١٣
أولاً: تعريف الإدارة لغةً:	١٣
ثانياً: تعريف الإدارة اصطلاحاً:	١٣
المطلب الثالث: تعريف العقود الإدارية:	١٤
المطلب الرابع: شروط العقود الإدارية:	١٥
المطلب الخامس: أنواع العقود الإدارية:	١٨
المطلب السادس: المرفق العام.....	١٩
المبحث الثاني.....	٢٢
مفهوم المقابل المالي في العقود الإدارية.....	٢٢
المطلب الأول: تعريف المقابل:	٢٣
أولاً: تعريف المقابل لغةً:	٢٣
ثانياً: تعريف المقابل اصطلاحاً:	٢٣
ثالثاً: المصطلحات ذات الصلة:	٢٣
المطلب الثاني: تعريف المال:	٢٤
أولاً: تعريف المال لغةً :	٢٤
ثانياً: تعريف المال اصطلاحاً:	٢٤

المطلب الثالث: تعريف المقابل المالي.....	٢٦
الجانِب الأول: تعريف المقابل المالي حسب الاصطلاح الشرعي:.....	٢٦
الجانِب الثاني: تعريف المقابل المالي في الجانِب القانوني:.....	٢٦
أولاً: الثمن:.....	٢٦
ثانياً: عائد الاستثمار:.....	٢٨
ثالثاً: مقارنة بين المقابل المالي في التعريف الاصطلاحي الذي توصلت إليه	٣١
المبحث الثالث.....	٣٢
أنواع المقابل المالي في العقود الإدارية.....	٣٢
المطلب الأول: أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المقابل	٣٤
أولاً: الثمن:.....	٣٤
ثانياً: الأجر:.....	٣٤
ثالثاً: الربح.....	٣٥
المطلب الثاني: أنواع المقابل المالي من حيث النظر إلى المال	٣٧
أولاً: النقود:.....	٣٧
ثانياً: العروض:.....	٣٧
ثالثاً: المنافع:.....	٣٨
الباب الأول.....	٤٠
المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقود الشراء العام	٤٠
الفصل الأول.....	٤١
تكييف المقابل المالي في عقود الشراء العام	٤١
المبحث الأول.....	٤٢
تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة.....	٤٢
تمهيد: مفهوم عقود الشراء العام والتكييف وعقود الأشغال العامة:.....	٤٣
أولاً: مفهوم عقود الشراء العام.....	٤٣
ثانياً: مفهوم التكييف	٤٣
ثالثاً: مفهوم عقود الأشغال العامة:.....	٤٤

المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعاقد بتقديم المواد اللازمة والعمل	٤٦
أولاً: صورة المسألة:	٤٦
ثانياً: تكييف عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل من التعاقد مع الإدارة شرعاً:	٤٦
ثانياً: تكييف عقد الأشغال المتضمن المواد والعمل قانوناً:	٤٩
المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعاقد بتقديم العمل فقط	٥١
أولاً: توضيح صورة المسألة:	٥١
ثانياً: تكييف عقد الأشغال المتضمن العمل فقط من التعاقد مع الإدارة شرعاً:	٥١
ثالثاً: تكييف عقد الأشغال المتضمن العمل فقط من التعاقد قانوناً ^{٥٠} :	٥٤
المطلب الثالث: تكييف المقابل المالي في عقود الأشغال العامة حال التعاقد بالصيانة.....	٥٦
المبحث الثاني.....	٦٥
تكييف المقابل المالي في عقد التوريد والخدمات	٦٥
المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقد التوريد شرعاً.....	٦٦
المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقد التوريد قانوناً:	٧١
المطلب الثالث: التمييز بين المقابل المالي في عقد الأشغال وعقد التوريد.....	٧٢
المطلب الرابع: تكييف المقابل المالي في عقود الخدمات.....	٧٣
الفصل الثاني.....	٧٥
شروط المقابل المالي وضوابط عملية التبادل في عقود الشراء العام.....	٧٥
المبحث الأول.....	٧٦
شروط المقابل المالي (التمن) في عقود الشراء العام.....	٧٦
المطلب الأول: شروط المقابل المالي (التمن) في الفقه الإسلامي.....	٧٧
أولاً: إن كان المقابل المالي من النقود:	٧٧
ثانياً: وإن كان المقابل المالي من العروض (الأعيان):	٧٧
ثالثاً: إن كان المقابل المالي منفعةً:	٧٨
المطلب الثاني: شروط المقابل المالي (التمن) في القانون.....	٨٠
المبحث الثاني.....	٨٢

ضوابط العقود (عملية التبادل) في عقود الشراء العام	٨٢
المطلب الأول: ضوابط العقود.....	٨٣
المطلب الثاني: أثر المال والعمل والضمان في استحقاق وتوزيع الربح	٨٦
أولاً: استحقاق الربح بالمال:.....	٨٦
ثانياً: استحقاق الربح بالعمل:	٨٦
ثالثاً: استحقاق الربح بالضمان:.....	٨٦
المبحث الثالث.....	٨٨
أحكام التبادل في عقود الشراء العام	٨٨
المطلب الأول: أحوال قبض المقابل المالي في عقود الشراء العام	٨٩
أولاً: قبض المقابل المالي (التمن) أو جزء منه بعد العقد وقبل تسلم المعقود عليه:	٨٩
ثانياً: قبض المقابل المالي (التمن) والمعقود عليه في مجلس العقد:	٩١
ثالثاً: تأخير قبض المقابل المالي (التمن) أو أجزاءه عن تسليم المعقود عليه.....	٩٢
المطلب الثاني: كساد المقابل المالي (التمن) وغلاؤه ورخصه وهلاكه	٩٣
أولاً: حكم كساد المقابل المالي (التمن) ورخصه وغلائه في عقود الشراء العام	٩٣
ثانياً: أثر هلاك المقابل المالي (التمن) في عقود الشراء العام	٩٥
المطلب الثالث: تأجيل البدلين وضوابط المبادلات ذات الأعواض المدومة	٩٦
أولاً: تأجيل البدلين في عقود الشراء العام	٩٦
ثانياً: ضوابط المبادلات ذات الأعواض المدومة.....	٩٩
الفصل الثالث	١٠٠
آلية تحديد المقابل المالي والوفاء به في عقود الشراء العام	١٠٠
المبحث الأول	١٠١
كيفية تحديد المقابل المالي (التمن) في عقود الشراء العام	١٠١
المطلب الأول: أساليب تحديد الثمن في حالة النص عليها في العقد	١٠٢
المطلب الثاني: أساليب تحديد الثمن في حالة عدم النص عليها في العقد	١٢٠
المطلب الثالث: طريقة تحديد الثمن ووقته	١٢٢
أولاً: المناقصة وطلب العروض:	١٢٢

١٢٤	 ثانياً: التعاقد بطريقة التفاوض:
١٢٤	 ثالثاً: التحديد في حالة العقود الفعلية:
١٢٨	 المبحث الثاني
١٢٨	 مدى حرية الإدارة والمتعاقد معها في تحديد الثمن
١٢٩	 المطلب الأول: إذا كانت الأصناف موضوع التعاقد مسعرة جبرياً:
١٢٩	 المطلب الثاني: إذا كانت الأصناف موضوع التعاقد غير مسعرة جبرياً:
١٣٢	 المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للثمن
١٣٤	 المبحث الثالث
١٣٤	 أساليب الوفاء بالثمن وشروط إجراءات الوفاء بكامل الثمن في القانون
١٣٥	 المطلب الأول: أساليب الوفاء بالثمن
١٣٥	 أولاً: الدفعات الجزئية:
١٣٨	 المطلب الثاني: شروط وإجراءات الوفاء بكامل الثمن في عقود الأشغال العامة
١٤٠	 المطلب الثالث: شروط وإجراءات الوفاء بكامل الثمن في عقود التوريد
١٤٠	 أولاً: عقود التوريد الداخلية:
١٤١	 ثانياً: عقود التوريد الخارجية:
١٤٤	 المطلب الرابع: دفع الثمن (الدفع للأشخاص المسؤولين عن التنفيذ)
١٤٤	 أولاً: الدفع للمتعاقد الأصلي:
١٤٤	 ثانياً: الدفع للمتعاقد الثانوي:
١٤٥	 ثالثاً: الدفع في حال التنازل عن العقد:
١٤٦	 رابعاً: الدفع للغير (غير المسؤول عن تنفيذ العقد)
١٤٦	 ١_ الدفع للمحال له:
١٤٧	 ٢_ الدفع لدائن المتعاقد:
١٤٨	 ٣_ الدفع لورثة المتعاقد:
١٤٩	 الباب الثاني
١٤٩	 المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة في عقود التفويض العام
١٥٠	 الفصل الأول

١٥٠	تكييف المقابل المالي في عقود الالتزام والامتياز وضوابطه وأنواعه
١٥١	المبحث الأول
١٥١	تكييف المقابل المالي في عقود التزام المرافق العامة والامتياز
١٥٢	أولاً: تعريف عقود التفويض:
١٥٢	ثانياً: تعريف عقود التفويض العام:
١٥٤	المطلب الأول: تكييف المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت (عقد البناء والتشغيل والإعادة)
١٥٨	أولاً: تخريج عقدي الالتزام والبوت (امتياز الإنشاء) على عقد الاستصناع
١٦٢	ثانياً: تخريج عقد الالتزام والبوت على عقد الإجارة
١٦٤	ثالثاً: إمكانية تخريج عقد الالتزام والبوت على عقد الإجارة التمويلية (المنتهية بالتمليك): ...
١٦٥	رابعاً: تخريج عقد الالتزام والبوت على أنه عقد جديد (عقد مركب)
١٦٧	خامساً: إمكانية تخريج عقد الالتزام والبوت على عقد المشاركة المتناقصة:
١٧٣	المطلب الثاني: تكييف المقابل المالي في عقد الامتياز
١٨٧	المطلب الثالث: التمييز بين المقابل المالي في عقود الالتزام والبوت وعقود الامتياز
١٨٨	أولاً: المقابل المالي في عقدي الالتزام والبوت (امتياز الإنشاء):
١٨٨	ثانياً: المقابل المالي في عقود الامتياز:
١٩٠	المطلب الرابع: تكييف المقابل المالي في عقود مشاطرة الاستغلال
١٩٣	المبحث الثاني
١٩٣	أنواع المقابل المالي وشروطه في عقود التزام المرافق العامة والامتياز
١٩٦	المطلب الأول: المقابل المالي للمتعاقد في عقده مع الإدارة (المنفعة)
٢٠٠	المطلب الثاني: المقابل المالي للمتعاقد في عقودهم مع المتفعين (تعرفه)
٢٠٣	المطلب الثالث: كون المقابل المالي حصة من الإنتاج
٢٠٣	أولاً: الأجرة بحصة محددة من الإنتاج:
٢٠٤	ثانياً: الأجرة بحصة شائعة من الإنتاج:
٢٠٦	الفصل الثاني
٢٠٦	أحكام عائد الاستثمار والرسم والمزايا المالية في عقود التفويض العام
٢٠٧	المبحث الأول

٢٠٧	أساليب تحديد عائد الاستثمار
٢٠٨	المطلب الأول: تحديد المقابل المالي في عقود التفويض العام شرعاً.....
٢١٨	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعائد الاستثمار
٢٢٠	المطلب الثالث: كيفية تحديد عائد الاستثمار في الجانب القانوني والوقت المعاصر
٢٢٠	أولاً: التحديد الابتدائي (دراسة الجدوى الاقتصادية):
٢٢٣	ثانياً: إجراءات التحديد النهائية:
٢٢٤	المبحث الثاني.....
٢٢٤	مدى حرية الإدارة والملتزم في تحديد وتعديل مقدار رسم الانتفاع
٢٢٥	المطلب الأول: أساليب تحديد رسم الانتفاع قانوناً.....
٢٢٦	المطلب الثاني: القيود الواردة على تحديد رسم الانتفاع
٢٢٩	المطلب الثالث: مدى حرية الإدارة والمتعاقد في تعديل رسم الانتفاع
٢٣١	المبحث الثالث.....
٢٣١	العلاقات المالية في عقود التفويض والمزايا المالية التي تقررها الجهة الإدارية
٢٣٢	المطلب الأول: العلاقات المالية في عقود تفويض المرافق العامة
٢٣٢	أولاً: أنواع العلاقات المالية:
٢٣٢	١_ العلاقة المالية بين المفوض إليه والمتفعين بالمرفق:
٢٣٢	أ_ الدفع للمتعاقد الأصلي.....
٢٣٢	ب_ الدفع للمتنازل له:
٢٣٣	ج_ الدفع للمتعاقد الثانوي:
٢٣٧	المطلب الثاني: المزايا المالية التي تقررها الجهة الإدارية
٢٣٧	أولاً: تقديم الإدارة المانحة للملتزم مبلغاً من المال في صورة قرض
٢٣٧	ثانياً: ضمان أرباح القروض التي يقترضها المتعاقد
٢٣٨	ثالثاً: عدم السماح لجهة أخرى بمزاولة النشاط الذي يزاوله المتعاقد مع الإدارة
٢٣٩	المطلب الثالث: توزيع الفائض في عقود التفويض
٢٣٩	أولاً: كيفية توزيع الفائض في عقود التفويض شرعاً.....
٢٤٠	ثانياً: كيفية توزيع الفائض في الجانب القانوني:

الباب الثالث	٢٤١
الآثار المترتبة في العقود الإدارية بالنسبة للمقابل المالي في الفقه الإسلامي والقانون	٢٤١
الفصل الأول	٢٤٢
المقابل المالي وقت العقد واستحقاقه وأثر فساد العقد والتعديل والفسخ والإقالة فيه	٢٤٢
المبحث الأول	٢٤٣
المقابل المالي حال إبرام العقود الإدارية	٢٤٣
المطلب الأول: المقابل المالي حين إبرام العقد بطريق المناقصة	٢٤٤
أولاً: تعريف المناقصة:	٢٤٤
١_ المناقصة لغة:	٢٤٤
٢_ المناقصة اصطلاحاً:	٢٤٤
ثانياً: التكيف الفقهي للمنافسة:	٢٤٥
المطلب الثاني: المقابل المالي حين إبرام العقود الإدارية بطريق الاتفاق المباشر	٢٥٠
المطلب الثالث: المقابل المالي في الخيارات التي يصح ثبوتها في العقود الإدارية	٢٥٢
أولاً - خيار الشرط:	٢٥٢
ثانياً - خيار المجلس	٢٥٥
ثالثاً - خيار الرؤية:	٢٥٩
رابعاً - خيار العيب	٢٦١
خامساً - خيار الغبن	٢٦٣
المبحث الثاني	٢٦٥
استحقاق المقابل المالي في العقود الإدارية	٢٦٥
المطلب الأول: وقت استحقاق المقابل المالي وأحواله	٢٦٦
أولاً: وقت استحقاق الثمن حال تخريج المقابل المالي على أنه ثمن:	٢٦٦
ثانياً: وقت استحقاق الربح في المضاربة	٢٧٠
١_ إذا اتفقت الإدارة مع المتعاقد معها على تعجيل الأجر أو تأجيله أو تنجييمه:	٢٧٢
٢_ إذا كانت الأجرة المتفق عليها بين الإدارة والمتعاقد معها من العروض القيمة	٢٧٢
٣_ إن كانت الأجرة من النقود، وقد عينها العاقد عند العقد	٢٧٢

- ٤_ إذا جرى العرف على تعجيل الأجر، ولم يتفقا على خلافه: ٢٧٢
- ٥_ إذا كان المستأجر عليه (المنفعة أو العمل) مضموناً في الذمة ٢٧٢
- المطلب الثاني: مفسدات العقود الإدارية وأثرها في المقابل المالي وأحوال سقوطه ٢٧٧
- أولاً: أثر عيوب الرضا في المقابل المالي في العقود الإدارية ٢٧٧
- ثانياً: أثر اختلال أركان أو شروط العقود الإدارية في المقابل المالي: ٢٧٨
- ثالثاً: أثر اختلال شروط العقود الإدارية في المقابل المالي: ٢٧٩
- رابعاً: أحوال سقوط المقابل المالي: ٢٨٠
- المطلب الثالث: حكم المقابل المالي حال فساد العقد والعوامل المؤثرة في تقديره ٢٨٤
- أولاً: المقابل المالي المماثل في عقود الشراء العام (ثمن المثل): ٢٨٤
- ثانياً: المقابل المالي المماثل في عقود التفويض العام: ٢٨٦
- المطلب الرابع: حكم نفقات وواردات العقود الإدارية ٢٨٩
- أولاً: نفقات العقود الإدارية ٢٨٩
- ثانياً: واردات العقود الإدارية ٢٩٥
- المبحث الثالث ٢٩٦
- أحكام التعديل والفسخ والإقالة في العقود الإدارية ٢٩٦
- المطلب الأول: تعديل العقود الإدارية ٢٩٧
- أولاً: من له الحق بالتعديل: ٢٩٧
- ثانياً: حالات التعديل في العقود الإدارية: ٢٩٨
- المطلب الثاني: فسخ العقود الإدارية وأثره في المقابل المالي فيها ٣٠٦
- أولاً: تعريف الفسخ والانفساخ والفرق بينهما: ٣٠٦
- ثانياً: أثر الفسخ والانفساخ في العقود الإدارية: ٣٠٦
- ثالثاً: حالات الفسخ في العقود الإدارية: ٣٠٧
- المطلب الثالث: الإقالة في العقود الإدارية وأثرها في المقابل المالي ٣١٣
- أولاً: تعريف الإقالة: ٣١٣
- ثانياً: مشروعيتها: ٣١٣
- ثالثاً: تكييفها: ٣١٣

٣١٤	رابعاً: حكم الإقالة في العقود الإدارية (إنهاء العمل بالعقد):
٣١٥	الفصل الثاني
٣١٥	المقابل المالي حال الإخلال بالتزامات العاقدين وتطبيقاته المعاصرة
٣١٦	المبحث الأول
٣١٦	الضمان وأثره في المقابل المالي
٣١٧	المطلب الأول: أحكام ضمان العاقد في العقود الإدارية
٣١٧	أولاً: تعريف الضمان ومشروعيته:
٣١٨	ثانياً: أسباب الضمان:
٣٢٠	ثالثاً: حكم تقديم الضمان بصورة خطاب ضمان وأخذ الأجر عليه:
٣٢٣	حكم أخذ الأجر على خطاب الضمان:
٣٣٠	المطلب الثاني: أحكام الجزاءات (الشرط الجزائي)
٣٣٠	أولاً: تعريف الشرط الجزائي:
٣٣٢	ثانياً: حكم الجزاءات (الشرط الجزائي):
٣٣٥	ثالثاً: تكييف الشرط الجزائي في العقد
٣٣٦	رابعاً: محل تطبيق الشرط الجزائي:
٣٤٠	خامساً: مقدار التعويض في الشرط الجزائي:
٣٤١	سادساً: صور الشرط الجزائي:
٣٤٣	سابعاً: كيفية التعويض ووقت تقديره:
٣٤٥	ثامناً: الغرامات المالية في العقود الإدارية وعلاقتها بالشرط الجزائي:
٣٤٥	١- معنى الغرامات المالية في العقود الإدارية:
٣٤٦	٢- أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة المالية في العقود الإدارية:
٣٤٨	المبحث الثاني
٣٤٨	المقابل المالي حين انتهاء العقود الإدارية
٣٤٩	المطلب الأول: تصفية عقود تفويض المرافق العامة
٣٤٩	أولاً: تحديد مصير أموال المرفق:
٣٥١	ثانياً: تسوية الحسابات المالية:

المطلب الثاني: أحوال انتهاء العقود الإدارية والمقابل المالي فيها	٣٥٣
أولاً: النهاية الطبيعية للعقود الإدارية:	٣٥٣
ثانياً: النهاية غير الطبيعية لعقد التوريد (النهاية المبصرة):	٣٥٤
المطلب الثالث: تحقق استحالة تنفيذ العقد أو متابعته	٣٥٥
أولاً: معنى استحالة تنفيذ العقد أو متابعته:	٣٥٥
ثانياً: أدلة مراعاة حال التعاقد حين اختلال التوازن المالي في العقود الإدارية:	٣٥٥
ثالثاً: أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي:	٣٥٨
رابعاً: نظريات اختلال التوازن المالي في الجانب القانوني:	٣٥٩
المبحث الثالث	٣٦٣
التطبيقات المعاصرة للمقابل المالي في العقود الإدارية	٣٦٣
المطلب الأول: تطبيقات المقابل المالي في عقود الأشغال العامة	٣٦٥
المطلب الثاني: تطبيقات المقابل المالي في عقد التوريد	٣٧٥
المطلب الثالث: تطبيقات المقابل المالي في عقود الامتياز	٣٨٠
الخاتمة	٣٨٧
أولاً: النتائج:	٣٨٨
ثانياً: أهم التوصيات:	٣٩٣
الفهارس	٣٩٥
أولاً: فهرس الآيات القرآنية	٣٩٦
ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار	٣٩٧
ثالثاً: فهرس الأعلام	٣٩٩
رابعاً: فهرس المصادر والمراجع	٤٠٠
خامساً: فهرس الموضوعات:	٤٣١