

أثر الخيارات والظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية : دراسة فقهية تحليلية

The Effect of Options and Emergency Circumstances on Buildings Manufacturing Contract : an Analytical Jurisprudence Study

أ. عامر عبد الرحيم المرزوقي^{1*}، أ. د. حسن محمد الرفاعي²

¹ جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الإمارات،

Dr20206@hotmail.com

² جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الإمارات،

helrifai@sharjah.ac.ae

تاريخ الاستلام: 2021/05/31 تاريخ القبول: 2021/10/06 تاريخ النشر: 2021/12/31

ملخص :

تضمن هذا البحث بيان مفهوم عقد استصناع الأبنية، بالإضافة إلى بيان مفهوم ومشروعية كلٍّ من خيار الرؤية والعيب والشرط والظروف الطارئة من الناحية الفقهية، وأثر هذه الخيارات والظروف في عقد استصناع الأبنية، من ناحية لزوم العقد من عدمه، ومن ناحية إمكان فسخ العقد من عدمه، أو إمكان تعديل فقراته، والنظر إلى مدى ملاءمة هذه الخيارات والظروف الطارئة في حفظ حق طرفي العقد.

وقد استخدم الباحث فيه مناهج الاستقراء والتحليل والاستنباط.

وتوصل الباحث إلى عدد من النتائج من أهمها: أن عقد استصناع الأبنية عند إنهاء تصنيع البناء في حق المستصنع غير لازم إلا بعد الرؤية والرضا بما صنعه الصانع، وأنه يكون لازماً للطرفين إن جاء متوافقاً مع الشروط والمواصفات. وأن مفهوم العيب في عقد استصناع الأبنية لا ينحصر في كل ما أنقص القيمة والثلث، بل يتعداه إلى مخالفة الصانع للمواصفات التي وضعها المستصنع، وأنه في حال وجود العيب في محل العقد فيكون للمستصنع الحق بإنقاص الثمن أو الحق بردّ عمل الصانع والمطالبة بإعادة البناء أو إعادة بناء الجزء الذي دخله العيب. وأن للمستصنع اشتراط المدة التي تناسب مع طبيعة البناء من عمارة ونحوها باستعماله خيار الشرط، ولا يقتصر في ذلك على ثلاثة أيام. وأن من حق طرفي العقد المطالبة بتعديل فقرات العقد أو الفسخ في حال وجود ما يدرج تحت الظروف الطارئة.

وحوى البحث توصية واحدة تمثلت بحث الجهات المختصة على إدراج تلك الخيارات مع آثارها في بنود عقود استصناع الأبنية، بالإضافة إلى ما له صله بالظروف الطارئة في هذا المجال؛ لما لها من دور من التخفيف من آثار النزاعات في حال وقوعها بين طرفي العقد .

الكلمات الدالة: خيارات؛ رؤية؛ عيب؛ شرط؛ ظروف طارئة .

Abstract:

The current study included revelation of the concept of buildings manufacturing, in addition to the concept and legitimacy of each option of seeing, defect, condition and emergency circumstances from the jurisprudence point of view, and the effect of these options and circumstances on the building manufacturing contract in terms of whether the contract is binding or not, it can be terminated or not, the possibility of amending its items and considering the extent of fittings of these options and emergency circumstances in preserving the right of both parties of the contract.

The researcher adopted the deductive, analytical, and inductive methods in this study. He found many results, the most prominent ones were the buildings manufacturing contract at the completion of building making in the right of the maker isn't binding until after seeing and satisfaction with what the manufacturer has made. The contract must be binding on both parties if it was compatible with the conditions and specifications. The concept of defect in the buildings manufacturing contract isn't restricted to everything reduced value and price, but it exceeded to manufacturer's violence to specifications have been set by the one who asked for the manufacturing, and in terms there was a defect in the contract, he has the right to reduce price or return the manufacture's work and demand the rebuilding or rebuilding the defecting part and requirement of the appropriate period with the nature of building such as constructing and others by using the option of the condition and it isn't restricted to three days. The two parties of the contract have the right to demand the amendment of the items of the contract or terminate it in the case of what is included under emergency circumstances.

The study made one recommendation represented in urging the relevant authorities to include these options with their effects in the items of building manufacturing contracts, in addition to everything that has relation with emergency circumstances in this field since they have a role in reduction the effects of conflicts in case they occur between the two parties of the contract.

Keywords : options; seeing; defect; condition; emergency circumstances; buildings manufacturing .

المُقَدِّمة :

إِنَّ الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذُ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلَّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، أمَّا بعد:

يعدُّ البناء رمزاً للتطور في هذا الزمان، ومن الضروريات التي بها تحقق منافع للعباد، من السكن، أو الدراسة، أو التطبيب، أو غيرها، وهذا لا يتم إلا بالتعاقد مع شركات مقاولات متخصصة في الأبنية .

والناظر إلى عقود استصناع الأبنية في أرض الواقع يلاحظ وجود خيارات مختلفة في فقراته، ولها أثر فيه، وتحتاج إلى مزيد بيان وتوضيح من الناحية الفقهية. ومن جهة أخرى، فهذه العقود تتم بمبالغ كبيرة، وقد تستغرق مدّة طويلة لتنفيذها، وخلال هذه المدة قد تحصل ظروف طارئة قد يكون لها أثر كبير في العقد؛ من حيث حقّ فسخه .

أهميّة البحث :

تكمن أهمية البحث في التطرق إلى دراسة أثر خيارات الرؤية والعيب والشرط، بالإضافة إلى أثر الظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية، والتي لم يسبق أن خص بدراسة تأصيلية فقهية مستقلة، بيان مفهومها ومشروعيتها وأثرها في عقد استصناع الأبنية، وبيان الملائم منها مع هذا العقد وغير الملائم بالنسبة لبعض الجزئيات، مع طرح البدائل الشرعية المتاحة لحفظ حقوق طرفي العقد من هذه الخيارات والظروف الطارئة في حال توقّرها .

مشكلة البحث :

يمكن القول إنّ مشكلة هذا البحث تتمثّل بالآتي : مدى ملاءمة كل من الخيارات والظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية كما يُطبَّق في الواقع مع أحكام الفقه الإسلاميّ. وعليه؛ فإنّ السّؤالين اللّذين يطرحان لتوضيح هذه الإشكاليّة، يمثلان بما يلي :

1. ما أثر خيارات الرّؤية والعيب والشرط في عقد استصناع الأبنية؟

2. ما أثر الظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية؟

الجهود والدراّسات السّابقة :

توجد عدّة دراّسات في نطاق الخيارات والظروف الطارئة، مثل :

1 - أطروحة دكتوراة بعنوان "أحكام الخيارات الثابتة بالشرط في الشريعة الإسلاميّة" دراسة مقارنة بالقانون اليمني -للخضر عبدالله سالم حنشل- من دولة اليمن سنة 2008، وهذه الدّراسة جمعت بين الفقه الإسلاميّ والقانون اليمني، وقد جاءت في ثلاثة أبواب، وتضمّنت التعرّف بالخيارات، وبيان مشروعيتها وأقسامها، وبيان حقيقة كل من خيار النقد وخيار التعيين، وذلك من خلال بيان المشروعية، والشروط، والآثار والمسقطات ، والتطبيقات المعاصرة .

2- أطروحة دكتوراة بعنوان "الخيارات وأثرها على العقود الإلكترونيّة" دراسة فقهية قانونية- لمحمد أحمد عبد الله الحامد، من دولة السودان سنة 2010م، وهذه الدراسة جمعت بين الفقه والقانون، وقد جاءت في ثلاثة أبواب، وتضمنت مفهوم العقد الإلكترونيّ وحجّيته في الفقه الإسلاميّ والقانون، ومفهوم خيار كلّ من الشرط والمجلس والعيب والرّؤية وأثرها على العقود الإلكترونيّة في الفقه الإسلاميّ والقانون .

3- دراسة بعنوان "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعي" وهو بحث مقدم إلى مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - العدد الثاني-، وجاء في بابين، الباب الأول، بعنوان "في نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي" والباب الثاني بعنوان "في نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلاميّ"، وتضمّنت تعريف نظرية الظروف الطارئة، والتطور التاريخي، وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، والجزاء المقرر في هذه النظرية، بالإضافة إلى بيان أحكام العذر أو الطوارئ في الفقه الإسلاميّ، وأحكام الجوائح، وشروط تطبيقها .

أثر الخيارات والظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية: دراسة فقهية تحليلية

أما دراستي -هذه- فتتميّز عن تلك الدِّراسات بأنها تتضمن دراسة فقهية تحليلية لأثر الخيارات والظروف الطارئة المقترنة بعقد استصناع الأبنية، وبيان ما يتناسب من اختيارات فقهية ملائمة لهذا العقد من عدمه منها .

أهداف البحث :

الإضاءة على الخيارات والظروف الطارئة المقترنة بعقد استصناع الأبنية كما هو مطبق في أرض الواقع، وذلك ببيان المفهوم والمشروعية والأثر من منظور أحكام الفقه الإسلامي .

منهج البحث :

إنّ هذه الدِّراسة تحتاج إلى المناهج التّالية :

1- المنهج الاستقرائيّ: وذلك من خلال التّعرّف على عناصر هذا الموضوع عبر الاطلاع والقراءة، وتتبع كلام الفقهاء في إطار عناصر البحث .

2- المنهج التّحليليّ: وذلك من خلال دراسة أقوال فقهاء المذاهب الأربعة في مفهوم خيار الرؤية والعيب والشرط والظروف الطارئة مع بيان مشروعيّتها وأثرها في العقد، وتحليل كل ما ورد والزيادة عليه ما أمكن أو النقصان وفق كلام الفقهاء.

3- المنهج الاستنباطي: وذلك من خلال النظر في الأدلة والمناقشة والموازنة والترجيح فيما

بينها .

خطة البحث :

حوى هذا البحث مقدمة، وتمهيد ومبحثين اثنين وخاتمة، تناول التمهيد مفهوم عقد استصناع الأبنية، بينما تناول المبحث الأول بيان أثر الخيارات في عقد استصناع الأبنية، أما المبحث الثاني فتطرق إلى بيان أثر الظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية، أما الخاتمة فحوت أهم النتائج والتوصيات .

تمهيد : مفهوم عقد استصناع الأبنية :

وردت تعريف عديدة لعقد الاستصناع لدى فقهاء المذهب الحنفي، وسبق بيانها في مقال سابق⁽¹⁾، والذي توصلت إليه أن عقد استصناع الأبنية هو : "عقد إنشاء مبنى بأوصاف معلومة بالذمة بئمن مؤجل".

فهذا المفهوم يتضمن المفردات الآتية :

1- عقد : تأكيداً أنه ليس بوعد .

1- إنشاء : وهذا عمل الصانع في هذا العقد .

2- مبنى : المباني المعروفة في هذه الأيام، من المساكن والمستشفيات، والمراكز الترفيهية،

والمطارات، وغيرها .

3- بأوصاف معلومة : لنفي الجهالة بين المستصنع له - المالك- وبين الصانع - وهو

المقاول .

4- بالذمة : وذلك لإخراج العين الحاضرة، فالصانع سيقوم ببناء جديد للمستصنع له

5- بئمن مؤجل : وذلك عن طريق سداد المبالغ بشكل جزئي أو كلي، على حسب

الاتفاق المتضمن لإنجاز الصانع للمستصنع له .

واستكمالاً للمقال السابق، فقد جرى هذا البحث لدراسة أثر الخيارات والظروف

الطارئة في هذا العقد .

⁽¹⁾ سبق لي أن تقدمت ببحث بعنوان "عقد استصناع الأبنية : دراسة تأصيلية فقهية"، وحصلت على موافقة بنشره في المجلة نفسها بتاريخ 2021/02/26م، وعليه؛ فلا داعي لتكرار المعلومات التي وردت في البحث السابق في البحث الحالي من خلال التوسع بتعريف عقد استصناع الأبنية ومشروعيته وأركانه، ولذلك اقتصر على ذكر التعريف فقط لحاجة هذا البحث إليه .

المبحث الأول: أثر الخيارات في عقد استصناع الأبنية:

تؤثر الخيارات والظروف الطارئة في عقود استصناع الأبنية، من حيث إمضاء العقد وتنفيذه، أو فسخه، مع مراعاة خصوصية عقد استصناع الأبنية من حيث الأضرار التي ترد على الصانع والمستصنع من جراء الفسخ، لذا وجب بيان الخيارات التي ترد على هذا العقد، وأثرها فيه.

ويتناول الكلام الآتي الخيارات المقترنة بعقد استصناع الأبنية وفق الآتي:

المطلب الأول: أثر خيار الرؤية في عقد استصناع الأبنية:

إن عقود استصناع الأبنية في أرض الواقع تكون لازمة وتترتب أحكامها بمجرد توقيع طرفي العقد عليه، فمع توقيع الصانع -المقاول-، والمستصنع -المالك- يكون لازماً، ولا يمكن الرجوع عنه أو فسخه إلا بوجود مبرر شرعي أو قانوني لذلك.

يتناول الكلام الآتي ما له علاقة بخيار الرؤية وفق الترتيب الآتي:

1- مفهوم خيار الرؤية:

جاء في كتاب التعريفات عند الجرجاني - رحمه الله- بيان مفهوم خيار الرؤية، فقال: "هو أن يشتري ما لم يره، ويرده بخياره"⁽¹⁾، وجاء عند البركتي - رحمه الله-: "هو أن يشتري شيئاً لم يره، فللمشتري الخيار إذا رآه، وهو غير مؤقت بمدة"⁽²⁾.

وهذا الخيار بهذا التعريف سواء الأول أو الثاني، بينهما تقارب، إلا أن الثاني بين المدة التي يمكن من خلالها الأخذ بهذا الخيار؛ وهذا مناسب وملئم لعقد استصناع الأبنية؛ من حيث مراعاة مصلحة المستصنع.

2- مشروعية خيار الرؤية:

يستعمل خيار الرؤية عند بيع العين الغائبة عن مجلس العقد، وقد اختلف الفقهاء في مشروعيته على أقوال، وبيانها وفق الآتي:

⁽¹⁾ الجرجاني، علي بن محمد بن علي، ت816هـ، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، ط.1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1403هـ-1983م، ص:102.

⁽²⁾ البركتي، محمد عميم الإحسان، التعريفات الفقهية، ط.1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ-2003م، ص:90.

المذهب الحنفي :

يرى فقهاؤه بمشروعية خيار الرؤية⁽¹⁾، واستدلوا بما يلي :

أولاً: خيار الرؤية ثابت بالسنة، وذلك استناداً لقول النبي - ﷺ -: "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه"⁽²⁾، ثانياً: الاستدلال بقول عثمان بن عفان - ﷺ -: "لي الخيار؛ لأنني بعث ما لم أره"⁽³⁾، وكذلك قول طلحة - ﷺ -: "لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره"⁽⁴⁾، فحكماً في ذلك جبير ابن مطعم فقاضى بالخيار لطلحة - ﷺ - وكان ذلك بمحض من الصحابة - رضي الله عنهم - ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً منهم .

المذهب المالكي :

يرى جمهوره بمشروعية خيار الرؤية بشرط أن تكون العين الغائبة مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض، وهذا قول مالك، وأكثر أهل المدينة، وقول للإمام عبد الوهاب بعدم مشروعية خيار الرؤية على كل حال، وهناك قول آخر للإمام مالك - رحمه الله - بمشروعية خيار الرؤية بدون أي شروط في حال اشترط خيار الرؤية، ودليلهم على الجواز : عدم وجود مانع يمنع من صحة هذا العقد، ولا غرر لمن يدعي أن هذا العقد فيه غرر، وأيضاً القياس على جواز عقد السلم⁽⁵⁾ .

(1) السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين، ت540هـ، تحفة الفقهاء، ج.2، ط.2، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994م، 81/2، الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد، ت587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط.2، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، 292/5، البرهاني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، ت616هـ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط.1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2004م، 532/6.

(2) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الصغير، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعي، ط.1، كراتشي-باكستان، جامعة الدراسات الإسلامية، 1410هـ - 1989م، حديث رقم: 1860/1860.2، وقال : "هذا منقطع، وابن أبي مريم هذا ضعيف، وراه عمر بن إبراهيم الكردي بأسانيد له مرفوعاً، وكان متهماً بوضع الحديث، وإنما روي عن الحسن، وابن سيرين من قولهما، وروي عن عثمان، وطلحة، وجبير بن مطعم، ما دل على جواز بيع خيار الرؤية، وفي إسناد حديثهم إرسال".

(3) الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، ت321هـ، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، ط.1، القاهرة- جمهورية مصر العربية، عالم الكتب، 1414هـ، 1994م، رقم 5507، 10/4.

(4) المرجع السابق.

(5) ابن يونس، أبوبكر محمد بن عبدالله الصقلي، ت451هـ، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ط.1، بيروت-لبنان، دار الفكر للطباعة، 1434هـ - 2013م، 898/13، ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، ت520هـ، المقدمات المهمات، تحقيق: الدكتور محمد الحجي، ط.1، بيروت-لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ - 1988م، 76/2.

أقول: إن عقد استصناع الأبنية لا غرر فيه، وذلك أن المواصفات والاشتراطات المطلوب تحققها في العقد واضحة وجلية، وأيضاً عقد استصناع الأبنية خارج عن القياس، ومستثنى من الأصل بمثل جواز عقد السلم، لذا فهذا الاستدلال مؤيد للقول بمشروعية خيار الرؤية في عقود استصناع الأبنية، وذلك أنه في عقد استصناع الأبنية يكون العقد على صفة معلومة ولا غرر فيها.

المذهب الشافعي:

يرى فقهاؤه عدم مشروعية خيار الرؤية، وذلك بناء على قولهم بعدم صحة بيع العين الغائبة، وهذا أشهر قول الشافعي، وهو المنصوص عند أصحابه⁽¹⁾.

وسبب قولهم: أن هذا من الغرر الكثير، والذي لا يمكن تجاوزه، فهو مؤثر في العقد، فلا يتم العقد أصلاً، وأن خيار الرؤية غرر من وجوه، وأهمها أنه لا يعلم هل يصل إليه أو لا يصل؟

المذهب الحنبلي:

وردت روايات مختلفة في هذا المذهب، الرواية الأولى: بأنه لا يشرع ولا يصح خيار الرؤية، واستدلوا بأنه غرر، والرواية الثانية: بأن خيار الرؤية ثابت ومشروع، واستدلوا بمثل أدلة المذهب الحنفي، وخلافهم في وقت مدة الخيار⁽²⁾.

3- أثر خيار الرؤية في العقد عند إنهاء تصنيع البناء:

لا يمنع خيار الرؤية من انعقاد عقد الاستصناع صحيحاً، وهو نافذ، ويثبت للصانع ملك الثمن، والمستصنع محل العقد، ولكن غير لازم، إلا بعد الرؤية والرضا بما صنعه الصانع، وهذا الخيار لا يورث، وفي هذا يقول الكاساني - رحمه الله -: "عقد غير لازم في حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرضا به" وهذا الحق ثابت للمستصنع، وهذا حق ثابت شرعاً لا شرطاً⁽³⁾.

(1) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، ت204هـ، الأم، بيروت-لبنان، دار المعرفة، 1410هـ - 1990م، 3/3 و75، ابن المحاملي، أحمد بن محمد بن القاسم الضبي، ت415هـ، اللباب في الفقه الشافعي، تحقيق: عبد الكريم بن صنيان العمري، ط1، المدينة المنورة- المملكة العربية السعودية، دار البخاري، 1416هـ، ص233.

(2) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، ت620هـ، المغني، جمهورية مصر العربية، مكتبة القاهرة، 495/3، ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، ت682هـ، الشرح الكبير على متن المقنع، القاهرة- جمهورية مصر العربية، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، 25/4.

(3) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 2/363، الكاساني، بدائع الصنائع، 5/210، وص:292، الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 2/94.

ويترتب على هذا القول، أن الصانع بإمكانه أن يتصرف بالمصنوع، ولا يلتزم بتسليمه بعينه، طالما لم تتحقق الرؤية، ولكن في عقود استصناع الأبنية يختلف من حيث إن الصانع يقوم بالصنع في أرض المستصنع، ولا يحق له أن يقوم بأي عمل لغير صاحب المشروع أو صاحب الأرض .

وأما إذا قام الصانع بالعين المصنوعة على حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، وحصل خلاف بين طرفي عقد الاستصناع، ففي هذه الحالة حصل خلاف في المذاهب الفقهية على ثلاثة أقوال :

القول الأول : غير لازم في حق المستصنع، بمعنى له خيار الرؤية، فله أن يقبل أو لا يقبل، أما في حق الصانع فهو لازم إذا رآه المستصنع ورضي به، ولا خيار له، وهذا قول الحنفية في ظاهر الرواية.⁽¹⁾

وجه هذا القول : أن المستصنع سيأخذ شيئاً لم يره، فحتى ندفع الضرر عنه، أوجبنا له حق خيار الرؤية؛ وهذا القول لا يمكن قبوله في عقد استصناع الأبنية، بسبب خصوصيته المميزة له عن غيره.

القول الثاني : غير لازم في حق كل واحد منهما، فيثبت الخيار للصانع والمستصنع، وهذا قول الإمام أبو حنيفة -ومحمد - رحمهما الله.⁽²⁾

وجه هذا القول : هذا العقد يمثل العين المبيعة الغائبة عن مجلس العقد، فهذا الخيار حق ثابت للصانع والمستصنع، فالصانع له أن يستثمر هذا الصنع لأي شخص آخر، وكذلك المستصنع له الحق؛ لأنه لم ير المستصنع، وهذا القول أيضاً لا يمكن قبوله للتعليل السابق نفسه.⁽³⁾

ولا يمكن الأخذ به في عقد استصناع الأبنية إلا في مرحلة التشطيب، بحيث يمكن للصانع أخذ المصنوع إلى موقع آخر، وإلا فالأصل صعوبة استثمار ما تم صنعه على أرض المستصنع .

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 210/5.

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 363/2، الكاساني، بدائع الصنائع، 210/5.

(3) المرجع السابق.

القول الثالث : لازم في حق الصانع والمستصنع، فلا خيار لهما، وهذا قول الإمام أبو يوسف - رحمه الله- وهو قول المالكية والحنابلة.⁽¹⁾

وجه هذا القول : أنه مبيع في الذمة بمنزلة السلم، ولأن إثبات خيار الرؤية للمستصنع فيه إضرار بالصانع، لأنه صناعة السلعة على حسب الشروط أو المواصفات المتفق عليه، لذا فلا خيار لهما، دفعاً للضرر.⁽²⁾

وهذا القول هو الراجح، والمتلائم مع فكرة الدراسة، وذلك أن عقد استصناع الأبنية عقد له خصوصية، فالصانع - المقاول- يتكلف مواد وأبنية في أرض المستصنع، ولا يمكن بحال القول بأنه غير لازم بحق المستصنع، لأنه سياترب على ذلك خسائر مالية كبيرة بحق الصانع - المقاولين-، ولا يمكن بحال أن يتصرف الصانع بالمصنوع في مشروع آخر، لأن البناء تم على أرض المالك - المستصنع-.

وهذا الترجيح هو ما اختارته مجلة الأحكام العدلية، في مادتها 392، والتي نصت على ما يلي: "وإذا انعقد الاستصناع: فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً"⁽³⁾.

وهو ترجيح مصطفى الزرقاء، فقال: "والحال أنه في هذا الزمان، قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاولة، وبذلك صار الاستصناع من الأمور العظيمة التي جرى عليها الناس، فتخيير المستصنع في إمضاء العقد أو فسخه يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة"⁽⁴⁾.

وهذا القول اختاره أيضاً وهبة الزحيلي، وعلّله بأنه يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة، وهو الملائم والمناسب مع الظروف الحديثة، وفي القول بإعطاء الخيار للمستصنع إيقاع ضرر بالغ على الصانع.⁽⁵⁾

وهنا يمكن التفصيل في هذا الأمر، وذلك أن البناء يتكون من مرحلتين :

المرحلة الأولى : بناء القواعد، والأساسات، والهيكل الخرساني، والطابوق.

(1) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 363/2، الكاساني، بدائع الصنائع، 210/5، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 174/3، ابن قدامة، المغني، 496/3.

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 363/2، الكاساني، بدائع الصنائع، ج/210، ابن قدامة، المغني، 3/.

(3) مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواوي، (نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي)، المادة (392).

(4) الزرقاء، بحث بعنوان : عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، 742/7.

(5) الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط.4، دمشق، سوريا، 3651/5.

المرحلة الثانية: مرحلة التشطيب، من الأصباغ وتركيب الاسقف المستعارة إلى بقية الأعمال النهائية في المبني السكني .

فعادة في المرحلة الأولى تكون متابعة ومراقبة من قبل البلديات، ويقوم بزيارة الموقع مهندس استشاري من البلدية لمراجعة دقيقة للمشروع، وذلك قبل صب الخرسانة، وبعد الانتهاء منها يصعب القول فيها بإعطاء الخيار للمستصنع بفسخ العقد أو إمضائه؛ بسبب التكاليف التي سيتحملها الصانع، والتي تتراوح بين 30% إلى 40% من تكلفة المشروع، ولا يحصل خلاف في هذه المرحلة عادة .

وتنص المادة 11 من عقد استصناع بناء لمصرف الإمارات الإسلامي، والذي يؤكد على أحقية المهندس الاستشاري في معاينة الموقع قبل صب الأساسات، وحتى بعد صبها، للتحقق من صحة وسلامة القواعد، وهنا يقل الخلاف، فإن تمت الرؤية قبل صب القواعد والاساسات، فغالباً يكون العمل موافقاً للمواصفات.

أما في المرحلة الثانية، وهي مرحلة تعرف بالتشطيب، فيمكن إعطاء المستصنع حق خيار الرؤية، لأن الصنّاع يختلفون في كيفية إظهار المشروع السكني بشكل مناسب، ولا تترتب أضرار كبيرة على الصانع، وتكون الأعمال قابلة للتعديل، ويمكن للمستصنع طلب تعديل الصنع، حتى له الحق برفض العمل، ويتحمل الصانع الأضرار، وذلك أن في حرمان المستصنع من حقه ستترتب عليه أضرار أكبر، فهو دفع مبالغ مالية في سبيل الحصول على مبنى ملائم ومناسب، وقول المستصنع بطلب التعديل والتغيير متوقف على موافقة الاستشاري، حتى لا يكون الأمر مفتوحاً للأهواء، فضبط الأمر يكون بوجود شخص محايد يتفق عليه أطراف العقد .

وهذا ما أكدته المادة 11 من عقد استصناع بناء لمصرف الإمارات الإسلامي، في فقرتها 11، والتي أكدت على ما يلي: "يكون للمهندس الاستشاري أثناء تنفيذ الأعمال الصلاحية الكاملة أن يأمر المقاول خطياً من حين لآخر بما يلي :

11-7-1: إزالة أي مواد من الموقع تكون برأيه غير مطابقة لمواصفات العقد خلال المدة أو المدد التي يحددها الأمر"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عقد استصناع بناء لمصرف الإمارات الإسلامي، وهنا فائدة اقتراحها: يمكن لأطراف العقد كتابة بند متعلق باحتكام أطراف العقد إلى جهة استشارية في حال النزاع بين الصانع والاستشاري في أي مرحلة من مراحل المشروع، بدلاً من الذهاب للجهات الرسمية، وفي حال عدم الرضا بهذه الجهة الاحتكام للجهات الرسمية .

المطلب الثاني: أثر خيار العيب في عقد استصناع الأبنية :

يتناول الكلام الآتي ما له علاقة بخيار العيب، وفق الترتب الآتي :

1- مفهوم خيار العيب : عرّف الجرجاني خيار العيب بقوله : "هو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب"⁽¹⁾. وهنا سؤال، ما المقصود بالعيب؟، فهذا التعريف بحاجة إلى مزيد بيان .
ويوجد تعريف آخر ذكره السمرقندي – رحمه الله- مبيناً العيب بقوله : "كل ما أوجب نقصان القيمة والثلث"⁽²⁾.

فمن خلال التعريفين السابقين، يمكن القول بأن ضابط تحقق العيب من عدمه يكون في كل ما ينقص القيمة والثلث، ففي نقصانهما أو أحدهما يكون عيباً⁽³⁾.

وفي عقود استصناع الأبنية، قد يختلف الأمر نوعاً ما، وذلك أن العمل قد لا ينقص من قيمته ولا ثمنه، ولكن يكون مخالفاً لما أراده المستصنع، فيكون عيباً من هذه الجهة، فلا بد من النظر إلى نوع العقد، والذي بين أيدينا الآن عقد استصناع الأبنية، فالذي يتوافق عليه المهندسون الاستشاريون في القول بأن هذا عيباً يكون عيباً، وفي هذا يقول الموصلني الحنفي – رحمه الله-: "وكل ما أوجب نقصان الثلث في عادة التجار فهو عيب"⁽⁴⁾.

2- مشروعية خيار العيب : يجب لصحة أي عقد أن يكون البدلان صحيحين، فالأصل صحة البدلين -المبيع والثلث-، ومنزلتها منزلة الشروط المشروطة صريحاً في العقد، لذا فالأصل أن يكون المبيع سليماً من العيوب حتى يكون العقد صحيحاً .

3- أثر خيار العيب في العقد عند إنهاء تصنيع البناء : سيتم توضيح ذلك وفق الترتيب الآتي:
أ- المذهب الحنفي :

أعطى الشارع المستصنع الحق في الخصومة بسبب العيب، والعيب أنواع، فإن كان العيب بيناً وواضحاً للعيان، فهنا لا يطلب من المستصنع البينة على ثبوت العيب، وأما إن كان غير واضح وغير جلي، فهنا لا بد من تقديم البينة، وللصانع أن يبين رضا وإبراء المستصنع بالعين المصنوعة وذلك من خلال البينة بأي وسيلة يتفق عليها الأطراف⁽⁵⁾.

(1) الجرجاني، التعريفات، ص:102.

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 93/2.

(3) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 93/2، الشُّغْدِي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، ت461هـ، 464، النتف في الفتاوى، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، ط.2، عمان – بيروت، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، 1404هـ - 1984م، 1/452.

(4) الموصلني الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 2/18.

(5) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج.2، ص:96.

وفي حال ثبوت وجود عيب في محل عقد استصناع الأبنية وهو البناء، فللمستصنع أن يقبل وينقص الثمن أو الرد⁽¹⁾، والرد هنا بمعنى إعادة البناء .

ولكن هنا لا بد من التنبيه إلى أن اتخاذ قرار بإعادة البناء في بعض المراحل قد تسبب أضراراً مالية كبيرة على الصانع، أو ضرراً في محل العقد وهو البناء، بالتالي سيرد الضرر على المستصنع في المستقبل، فالقول يختلف عن خيار الرؤية، وذلك أنه في حال وجود عيب في المرحلة الأولى والمتضمنة صب القواعد والاساسات، فالقول الصحيح بعدم الأخذ بخيار العيب بأن ينقص من الثمن مثلاً، والواجب رد عمل الصانع، حتى لا يقع الضرر على محل العقد وهو البناء، مع التأكيد على ضرورة الأخذ بقول المهندس الاستشاري في التحقق من قرار وجود عيب مؤثر في البناء، فإن كان هناك مجال للتعديل فيقوم الصانع بالتعديل، حفاظاً على سلامة البناء، وإن كان الأمر يتطلب رد البناء بالكامل، فلا بد من كتابة تقرير ويتم رفعه إلى لجنة مختصة من البلدية للأمر بإزالة البناء .

وقد يتعذر الرد في بعض الأحوال، لهذا أورد الموصلي الحنفي مسألة متعلقة في حال صيغ الثوب ثم اطلع على عيب، فهل هنا يمكن القول بالرد؟

فاختار الموصلي والمرغياني وهو قول الإمام أبي حنيفة بأن يرجع بنقصان الثمن؛ لأن الرد قد تعذر⁽²⁾، فتخفيفاً للضرر على الطرفين، ينقص الثمن، لعدم إمكانية رد البناء على الصانع، فلا يمكن أن يستفيد من البناء وهو في محل وأرض المستصنع .

ب- المذهب المالكي :

يرى المالكية بثبوت الخيار لكل من جهل بعيب الآخر⁽³⁾، ونص قولهم: "ومن ابتاع سلعة على السلامة، فظهر بها عيب يوجب الرد، فهو بالخيار بين أن يرد ويرجع بالثمن، شاء البائع أو أبي، أو يمسك، ولا شيء له، أرش ولا غيره، إلا أن يبذل له البائع الأرش، ولا يلزم في الأرش بذله ولا أخذه بالتراضي"⁽⁴⁾.

(1) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 18/2.

(2) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 20/2، المرغياني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين، ت593هـ، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 38/3.

(3) ابن عسكرو، عبدالرحمن بن محمد، ت732هـ، ارشاد السالك إلى أشرف المسالك، ط.3، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ص:61، الفرائد الفقهية، ص:175.

(4) الثعلبي، أبو محمد عبدالوهاب بن علي، ت422هـ، التلقين، تحقيق: أبي أويس محمد بوخيرة الحسني التطواني، ط.1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1425هـ، 2004م، 153/2، المازري، أبو عبدالله محمد بن علي، ت536هـ، شرح التلقين، تحقيق: سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، ط.1، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، 2008م، 613/2.

ومن خلال هذا القول، يظهر ما يلي :

أن العقد لا يفسخ، لعدم وجود ما يمنع من صحته وانعقاده، وحتى مع نهي الشرع عن التدليس والغش في العقود، فإن النهي لا يقتضي فساد العقد؛ لأن هذا الحق حق الخلق، وأما إن كان النهي لحق الله فيفسد العقد، وهذا التوجيه هو رأي جمهور المالكية⁽¹⁾. وهناك قول آخر للمالكية بفسخ العقد⁽²⁾.

ومن أقوى الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا القول - صحة العقد وعدم فسخه-، قول النبي - ﷺ : "لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدُ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا : إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ"⁽³⁾.

فهنا نهي النبي - ﷺ - عن التصرية، وخير فيما بين الإمساك أو الرد⁽⁴⁾.

وحجتهم في عدم إلزام البائع على دفع قيمة العيب: أن دفع قيمة العيب إلزام بغير وجه حق، فكأنه يقوم بإجراء عقد جديد، وهذا الأمر غير ملزم لا على البائع ولا المشتري، وفي حال تراضي طرفي العقد فلهما ذلك .

وهذا القول تصريح بجواز تراضي الصانع والمستصنع على مبلغ معين مقابل العيب الحاصل في البناء، وهم بذلك مع المذهب الحنفي في عدم فسخ العقد، والذهاب إلى خصم مبلغ معين من الصانع لتحقيق توازن في العقد، فطالما قصر الصانع في عمله، فمن حق المستصنع تعويض الضرر الحاصل .

ج- المذهب الشافعي :

عرّف الشافعية العيب بأنه " كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً، وقد يكون بنقصان وصف أو زيادته"⁽⁵⁾.

(1) المازري، شرح التلقين، 616/2.

(2) المرجع السابق.

(3) رواه البخاري في الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط.1، بيروت، لبنان، دار طوق النجاة، 1422هـ، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الأبل، حديث رقم 2148، 70/3.

(4) ابن المحاملي، اللباب في الفقه الشافعي، ص:243، المازري، شرح التلقين، 616/2.

(5) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ت505هـ، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ط.1، القاهرة- جمهورية مصر العربية، 1417هـ، 119/3.

وفي هذا التعريف مزيد بيان للعيب، فقد أضاف قيداً هاماً، وهو أن العيب قد يكون بزيادة عمل، والمعروف أن العيب عادة يكون بالنقص وليس بالزيادة، لذا أشار هنا بأن الزيادة عيب من العيوب المقررة لدى الفقهاء، ومثال هذا بأن يقوم الصانع بعمل إضافات لم يطلبها المستصنع، وبذلك يكون عمله معيباً.

ويرى جمهور الشافعية بأن العقد لا يفسخ⁽¹⁾؛ وذلك عملاً بقول عثمان - رضي الله عنه - لابن عمر - رضي الله عنهما: "أحلف لقد بعته وما به داء تعلمه، فأبى ابن عمر أن يحلف، وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة"⁽²⁾.

وبذلك يتفق قول جمهور الشافعية مع قول فقهاء المذهب الحنفي وجمهور المذهب المالكي.

وقول آخر للشافعية بفساد العقد، وذلك أن الثمن في مقابل السلعة، وهذه السلعة فيها عيب لا يعلم بها المشتري، بالتالي حصلت جهالة في العقد، وهذه الجهالة تفسد العقد⁽³⁾.

وهذا القول ضعيف، فلا يتصور مع عقد استصناع الأبنية، فالخطأ وارد، ولا يمكن أن يفسخ كل عقد بناء على عيب حصل أو سيحصل في البناء، والقائلين بالفسخ هنا بناء على عيب يعلم به البائع وأخفاه عن المشتري، وأيضاً لا يمكن حمل قولهم على عقد استصناع الأبنية، لأنهم لا يرون بهذا العقد، ولكن كمبدأ عام إذا وجد العيب فإن العقد يفسخ، بناء على وجود جهالة، والجهالة سبب من أسباب فسخ العقد.

د- المذهب الحنبلي :

يرى الحنابلة أن وجود العيب في السلعة يعطي المشتري حق الخيار أو الفسخ، وذلك بأن يرد المبيع أو الإمساك بالمبيع مع الأرش، وهو الفرق ما بين قيمة الصحة والعيب⁽⁴⁾.
وهنا في عقد استصناع الأبنية يمكن الأخذ بهذا القول في مراحل التشطيب النهائية، والتي يمكن للمستصنع طلب رد عمل الصانع، وله أن يقبل مع خصم مبلغ من الثمن.

(1) الغزالي، الوسيط في المذهب، 3/121، النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، ت676هـ، المجموع، دمشق-سوريا: دار الفكر، 355/12.

(2) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبدالله، ت368هـ، الاستذكار، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعي، ط1، دمشق-سوريا، دار قتيبه، وحلب، دار الوعي، 1414هـ، 1993م، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، حديث رقم: 1258، 43/19.

(3) النووي، المجموع، 355/12.

(4) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، 86/4، المرادوي، أبو الحسن علي بن سليمان، ت885هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2، بيروت-لبنان، دار إحياء التراث العربي، 428/4.

مسألة : شرط البراءة من كل عيب :

ومثال هذه الصورة : لو كتب في العقد أن الصانع بريء من كل عيب في البناء، فهل بهذه العبارة يكون الصانع بريئاً من العيوب الواردة على محل العقد وهو البناء؟

اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يبرأ من كل عيب، وهو قول الإمام أبي حنيفة وأصحابه وقول للإمام الشافعي⁽¹⁾. وتفصيل القول عندهم : أنه يبرأ من كل عيب، سواءً أكان العيب ظاهراً أم باطنياً؛ لأن اسم العيب يطلق على الكل .

وجه هذا القول : أن هذا الحق تم اسقاطه بعلم الصانع والمستصنع، فلا يفضي إلى المنازعة والخلاف⁽²⁾.

القول الثاني : يبرأ مما لا يعلم الصانع من العيوب، ولا يبرأ مما يعلمه، وهذا قول الإمام مالك وقول آخر للإمام الشافعي⁽³⁾.

القول الثالث : لا يبرأ بكل حال، إلا في حال قيامه بتسمية العيوب، وهذا قول ابن أبي ليلى⁽⁴⁾.

وهذه المسألة فيها أقوال كثيرة، وتفريعات كثيرة، وتحديد في بيع الرقيق، وهذا بناء على الخلاف فيما روي عن "سالم أن أباه باع غلاماً بثمانمائة بالبراءة من كل آفة، فوجد الرجل به عيباً، فخاصمه إلى عثمان - رضي الله عنه - فقال عثمان لابن عمر - رضي الله عنه -: احلف لقد بعته وما به داء تعلمه، فأبى ابن عمر أن يحلف، وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة"⁽⁵⁾.

وهنا لابد من بيان أمر، وهو اختلاف الفقهاء في صحة العقد الذي شرط فيه البراءة عن كل عيب، فمنهم من قال ببطلان العقد، ومنهم من صحح العقد وأبطل هذا الشرط⁽⁶⁾، وفي كل حال يصعب القول ببطلان عقد استصناع الأبنية؛ لما سبق من الأدلة من ترتب آثار ومفاسد كبيرة على طرفي العقد .

(1) الشُّغدي، التنف في الفتاوى، 1/ 452، السمرقندي، تحفة الفقهاء، 102/2، الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 21/2، العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 327/5، المهاجي، شمس الدين محمد بن أحمد، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ت 880هـ، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط.1، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، 1417هـ- 1996م، 1/61.

(2) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 21/2.

(3) القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل، تحقيق: د.محمد حجي وآخرون، ط.2، بيروت- لبنان، 1408هـ- 1988م، 8/285.

العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 327/5، النووي، المجموع، 12/356.

(4) الشُّغدي، التنف في الفتاوى، 1/ 452، السمرقندي، تحفة الفقهاء، 102/2.

(5) سبق تخريجه.

(6) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 102/2.

المطلب الثالث: أثر خيار الشرط في عقد استصناع الأبنية:

يتضمن الكلام الآتي بيان خيار الشرط وفق الترتيب الآتي:

1- مفهوم خيار الشرط:

قال الجرجاني - رحمه الله- في بيان مفهوم خيار الشرط: "هو أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل"⁽¹⁾، ويلاحظ بأنه قال: "ثلاثة أيام أو أقل"، وهذا القول فيه خلاف.

أما الإمام البركتي - رحمه الله- فقال: "هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما الخيار بين قبول العقد وردّه ثلاثة أيام أو أقل"⁽²⁾، وهنا بين أن هذا الخيار يكون من أحد العاقدين أو من طرفي العقد، وبين أثر هذا الخيار من قبول أو رد، وبذلك فالخيار للصانع والمستصنع، وليس للمستصنع فقط كما هو المعهود والغالب في العقود، وحدد المدة بثلاثة أيام أو أقل، وهذا التحديد بناء على ترجيحه، وهذه المسألة خلافية، وسيأتي بيان خلاف الفقهاء في مدة الخيار.

وجاء في المدونة للإمام مالك - رحمه الله- في بيان مفهوم الخيار بذكر مثال لهذا الخيار، فقال: "بيع الخيار أن يقول الرجل: أبتاع منك هذا الثوب، أو هذه الدار، أو هذه الجارية، أو هذه الدابة، وأنا عليك فيها بالخيار هذا اليوم، أو هذه الجمعة، أو هذا الشهر"⁽³⁾، وهنا في هذا التعريف بيّن أن مدة الخيار تتغير بتغير المعقود عليه، وهذا هو المناسب والمتلائم مع عقد استصناع الأبنية، ولا يصح إطلاق المدة عبثاً فالصحيح النظر إلى تحقق الغرض من هذا الخيار، ومراعاة المعقود عليه.

(1) الجرجاني، التعريفات، ص: 105.

(2) البركتي، التعريفات الفقهية، ص: 90، وينظر: الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهر، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ط. 1، الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 1399هـ، ص: 194.

(3) مالك، المدونة، 206/3.

2- مشروعية خيار الشرط :

شرح هذا الخيار من قول النبي - ﷺ - لحبان بن منقذ - ﷺ - وكان يخدع في البياعات: "إذا ابتعت فقل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام" (1).

فهذا الحديث صريح في جواز التعاقد على شرط الخيار؛ مع أنه مخالف لمقتضى العقد، ولكن شرع لمراعاة أن بعض أفراد المجتمع يتعرضون للغبن من قبل التجار في السوق، مع التنبيه والتحذير من الخلافة، وهي الخديعة، وللإمام الشافعي - رحمه الله - قولٌ في الخلافة، حيث يقول: "وينبغي للمسلمين أن لا يخلبوا" (2).

وجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يرون مشروعية هذا الخيار (3).

وحصل خلاف بينهم في مدة الخيار، بمعنى هل يجوز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام أم لا؟، مع اتفاقهم أن المدة إن كانت ثلاثة أيام أو أقل جائزة، وذلك على أكثر من قول: القول الأول: لا يجوز بأكثر من ثلاثة أيام، وهو قول الإمام أبو حنيفة وزفر والشافعي (4).

(1) رواه البخاري، صحيح البخاري، ونص الحديث: ((إذا بايعت فقل لا خلافة))، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، حديث رقم 2117، 65/3، ورواه الحميدي بنص: ((بايع وقل: لا خلافة، ثم أنت بالخيار ثلاثاً))، مسند الحميدي، أبو بكر عبدالله بن الزبير، ت219هـ، تحقيق: حسن سليم اسد الداراني، ط.1، دمشق، سوريا، 1996م، حديث رقم 677، 537/1، ورواه ابن ماجه، ونصه: ((إذا أنت بايعت فقل: لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فأرددها على صاحبها))، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط.1، القاهرة-جمهورية مصر العربية، 1430هـ-2009م، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، حديث رقم 2355، 442/3، وذكر ابن حجر في كتابه التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافي الكبير: "وقال الرافي: وهذه الروايات كلها في كتب الفقه وليس في كتب الحديث المشهورة"، ثم قال: "سوى قوله: "لا خلافة"، ثم قال: "وأما قوله: ولك الخيار ثلاثاً: فرواه الحميدي في مسنده، والبخاري في تاريخه، والحاكم في مستدرکه، من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر، ولفظ البخاري: ((إذا بعث فقل لا خلافة، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال)) وصرح بسماع ابن إسحاق"، ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، ط.1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1419هـ-1989م، حديث رقم 1187، كتاب البيوع، باب خيار المجلس والشرط، 53/3، 54.

(2) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، 450هـ، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، ط.1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1419هـ، 1999م، 66/5.

(3) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 12/2، مالك، ت179هـ، المدونة، ط.1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م، 206/3، الثعلبي، التلقين في الفقه المالكي، 142/2، القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، ت684هـ، الذخيرة، تحقيق: محمد أبو خزيمة، ط.1، بيروت-لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1414هـ-1994م، 23/5، الأم، الشافعي، 3/3، الماوردي، الحاوي الكبير، 65/5، العمراني، البيان في المذهب الشافعي، 24/5، ابن قدامة، المغني، 503/3، ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي، ت620هـ، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط.1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994م، 72/2، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبدالله، ت884هـ، المبدع في شرح المنقذ، دار الرياض-المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب، 1423هـ، 2003م، 66/4.

(4) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 12/2، الماوردي، الحاوي الكبير، 65/5، العمراني، البيان في المذهب الشافعي، 5/.

وجه هذا القول :

أولاً : وجود الخيار في العقود غرر، والقول بجوازها رخصة، والرخص لا يتوسع بها⁽¹⁾، ثانياً : ما روي (أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط)⁽²⁾.

هذا الحديث فيه نهى عن بيع وشرط، والأصل أن يكون العقد لازماً لا خيار فيه، وقول النبي - ﷺ : "إذا ابتعت فقل لا خلاية، ولي الخيار ثلاثة أيام"⁽³⁾، خروج عن الأصل؛ فلا يتوسع فيه .

ثالثاً : ذكر النبي - ﷺ - المدة بثلاثة أيام، ودلالة هذا التحديد من وجهين اثنين لا ثالث لهما، الوجه الأول: أن حبان - ﷺ - كان في حاجة إلى الزيادة في الخيار؛ لمكانه من ضعف النظر، وحاجته الماسة لاستدراك الخديعة، "فلما لم يزد على الثلاث؛ دل على أنها غاية الحد في العقد"⁽⁴⁾، والوجه الثاني : أن التحديد بالثلاث يمنع المجاوزة أو النقصان، "فلما جاز النقصان من الثلاث، علم أنه حد للمنع من مجاوزة الثلاث"⁽⁵⁾.

وقد يجاب على هذا الدليل : أن هذه الرخصة حتى تتحقق لأبد من النظر إلى المعقود عليه، ولا يتصور أن يتم التحقق منها بثلاثة أيام دون النظر إلى طبيعة المعقود عليه، فهل يتصور أن يتم التحقق من سلامة سيارة أو بناء بنفس المدة الزمنية؟

(1) العمراني، البيان في المذهب الشافعي، 30/5.

(2) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب، (ت360هـ)، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبدالمحسن بن إبراهيم الحسيني، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار الحرمين، 1415هـ-1995م، وتكملة نص الحديث: (نهى عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل)، حديث رقم 4361، 335/4، وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط، وفي طريق عبدالله بن عمرو مقال، انظر:

الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1412هـ)، حديث رقم 152/4.6386.

(3) رواه البخاري، صحيح البخاري، ونص الحديث : ((إذا بايعت فقل لا خلاية))، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، حديث

رقم 2117، 65/3، ورواه الحميدي بنص: ((بايع وقل: لا خلاية، ثم أنت بالخيار ثلاثاً))، مسند الحميدي، تحقيق: حسن سليم اسد

الداراني، ط1، دمشق-سوريا، 1996م، حديث رقم 677، ورواه ابن ماجه، ونصه: ((إذا أنت بايعت فقل: لا خلاية، ثم أنت في كل سلعة

ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فأردها على صاحبها))، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1،

القاهرة-جمهورية مصر العربية، 1430هـ-2009م، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، حديث رقم 2355، 442/3، وذكر

ابن حجر في كتابه التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: "وقال الرافعي: وهذه الروايات كلها في كتب الفقه وليس في كتب

الحديث المشهورة"، ثم قال: سوى قوله: "لا خلاية"، ثم قال: وأما قوله: ولك الخيار ثلاثاً: فرواه الحميدي في مسنده، والبخاري في تاريخه،

والحاكم في مستدركه، من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر، ولفظ البخاري : ((إذا بعث فقل لا خلاية، وأنت في كل سلعة

ابتعتها بالخيار ثلاث ليال)) وصرح بسماع ابن إسحاق"، ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، ط1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية،

1419هـ-1989م، حديث رقم 1187، كتاب البيوع، باب خيار المجلس والشرط، 53/3، 54.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، 66/5.

(5) المرجع السابق.

القول الثاني: يجوز الزيادة على ثلاثة أيام إذا ذكر ذلك في العقد، وهو قول محمد وأبي يوسف وابن أبي ليلى والإمام أحمد⁽¹⁾.

وجه هذا القول: أن هذا الخيار شرع دفعاً للظلم والغبن الذي يحصل بين طرفي العقد، وقد لا تكون المدة بثلاثة أيام كافية لتحقيق هذا القصد، بالإضافة إلى أن الأصل في الشروط الإباحة، والخيار معلوم غير مجهول، وقياساً على جواز خيار المجلس فوق ثلاث⁽²⁾.

القول الثالث: الأمر يعود إلى محل العقد، والمدة الزمنية لا اعتبار لها، وذلك أن محل العقد يختلف من سلعة إلى أخرى، وهذا قول الإمام مالك - رحمه الله -⁽³⁾.

وجه هذا القول: النظر إلى العلة التي شرع من أجلها هذا الخيار، فلا يتصور تحقيق المقصد بثلاثة أيام، وفي هذا المقام قال الإمام مالك - رحمه الله - مبيناً صحة قوله: "وللأشياء وجوه من هذه الوجوه، تشتري إليها ليعرفها الناس بوجه ما تختبر فيه، ويستشار فيها"⁽⁴⁾.

والراجح: هو القول الثالث، وهو المتناسب مع عقد استصناع الأبنية، فالمستصنع قد لا تكفيه ثلاثة أيام لمعرفة حال البناء، ففي بعض مراحل البناء لا تظهر جودة العمل إلا بعد مضي مدة قد تصل إلى شهر أو أقل أو أكثر، لذا فالأمر يترك إلى عرف المختصين في هذا المجال، وهم المهندسون الاستشاريون الذي يقفون على جميع مراحل البناء، فلهم اللجوء إلى هذا الخيار لتحقيق الهدف الذي من أجله شرع هذا الخيار.

وفي هذا يعلل ابن شاس - رحمه الله - بعد أن ذكر اختلاف أقوال المالكية في المدة الكافية للتحقق من صحة الدار، هل هي - شهر أو شهران -: "ووجه أنه يحتاج النظر في حيطانها، وأساسها، ومرافقها"⁽⁵⁾.

وهنا قد يرد سؤال، هل يحق إعطاء المهندس الاستشاري حقاً في هذا الخيار، وهو ليس طرفاً في هذا العقد؟

(1) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، 12/2، الماوردى، الحاوي الكبير، 65/5، والعمراني، البيان في المذهب الشافعي، 30/5، ابن قدامه، الكافي في فقه الإمام أحمد، 72/2، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 66/4.

(2) المرجع السابق.

(3) مالك، المدونة، 206/2، القرافي، الذخيرة، 23/5.

(4) مالك، المدونة، 206/2.

(5) ابن شاس، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم السعدي، ت616هـ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: أ.د.

أ.د. حميد بن محمد لحمر، ط1، بيروت-لبنان، دار الغرب الإسلامي 1423هـ-2003م، 691/2.

فأقول: خيار الشرط ثابت لطرفي العقد، ولا خلاف في ذلك، ولكن حصل خلاف في جواز أن يكون هذا الخيار لأجنبي:

القول الأول: لا يصح خيار الشرط لأجنبي، وهو قول الإمام زفر من الحنفية، وقول عند الشافعية⁽¹⁾.

وجه هذا القول: أن خيار الشرط من أحكام عقد حصل بين طرفين، فلا يصح ادخال أطراف أخرى في هذا العقد؛ إلا بمسند شرعي يجيز هذا الأمر⁽²⁾.

القول الثاني: يصح أن يكون خيار الشرط لأجنبي، وهو قول جمهور الفقهاء، على خلاف في بعض تفاصيل الشروط الواجب توافرها في الأجنبي، فمنهم من يرى ضرورة التصريح باسم الأجنبي بعينه، ومنهم من شرط أن يكون بتراضي طرفي العقد على الأجنبي⁽³⁾.

وجه هذا القول: وذلك لأن حاجة الناس تدعو إلى القول بجواز إعطاء خيار الشرط لأجنبي عن العقد؛ فليس كل أفراد المجتمع لديهم الخبرة والدراية في جميع أمور السوق، فمع توسع التجارات، واختلاف السلع في هذا الزمان، وكذا البناء بشكل أخص، وكثرة الأنواع والأصناف، واختلاف الأثمان بشكل متباين، كل هذا يدعو إلى الأخذ بهذا القول، وهذا حق ثابت لطرفي العقد، ثم لهم نيابة من يرونه في حق لهم، وهذا الحق لا يكون له قيمة بدون تحققه، وتحققه يكون من خلال اسناد هذا الأمر لمتخصص في هذا المجال، وهذا القول هو الراجح، وهو المعمول به.

⁽¹⁾ شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ت1078هـ، دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ، 30/2، ابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبدالرحمن، ت643هـ، فتاوى ابن الصلاح، تحقيق: دموفق عبد الله عبدالقادر، ط1، بيروت-لبنان: مكتبة العلوم والحكم، 1407هـ، 579/2.

⁽²⁾ المرجع السابقة.

⁽³⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، 271/5، شيخي زاده، مجمع الأنهر، 30/2، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، ت1230هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت-لبنان، بدون تاريخ للطبعة)، 496/2، عليش، محمد بن أحمد، ت1299هـ، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت-لبنان، 1409هـ - 1989م)، 136/5، الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت476هـ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية)، 5/2، الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، ت977هـ، مغني المحتاج، ط1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ، 1994م، 422/2، ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة 694/2، ابن قدامه، الكافي في فقه الإمام أحمد، 72/2، ابن تيمية، عبدالسلام بن عبدالله بن الخضرم، ت652هـ، المحرر في الفقه، ط2، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1404هـ، 1984م، 264/1. الحجاي، موسى بن أحمد بن موسى، الإقناع في فقه الإمام أحمد، ت968هـ، تحقيق: عبداللطيف محمد موسى السبكي، بيروت-لبنان: دار المعرفة، بدون رقم طبعة، 86/2.

3- أثر خيار الشرط في العقد عند إنهاء تصنيع البناء :

اتفق الفقهاء⁽¹⁾ أن الخيار يؤثر في حكم العقد، ويجعله غير لازم؛ لأن الخيار يمنع لزوم العقد، والخيار من التخيير بين إمضاء العقد أو فسخه، وحكمه كحكم خيار العيب والرؤية عند الجمهور .

ولكن هل عدم اللزوم يعني توقف آثار هذا العقد، أم أن آثاره تترتب مع وجود هذا الخيار؟ حصل خلاف في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : عقد موقوف، وهو قول الحنفية، وقول الإمام مالك، وقول للإمام أحمد - رحمهم الله⁽²⁾ .

وجه هذا القول : الخيار يمنع انعقاد العقد في الحال لمن له الخيار، فلهذا لا يمكن معرفة حال العقد إلا بعد سقوط الخيار⁽³⁾ .

القول الثاني : ينعقد العقد، وتترتب آثار حتى مع وجود خيار الشرط، وهو قول الإمام الشافعي، وقول الحنابلة في أظهر القولين⁽⁴⁾ .

وجه هذا القول : أن الخيار لا يمنع من ثبوت الملك؛ بمثل خيار العيب وخيار الرؤية⁽⁵⁾ .

والراجح القول الأول، فطالما وجد هذا الخيار فإنه يمنع من ترتب آثار العقد، فالصانع حتى وإن قبض الثمن بعد إتمام أي مرحلة من مراحل البناء، فيمكن للمستصنع أن يطلب تعديل محل العقد في حال وجد ما يستدعي التعديل، أو ينقص من الثمن مقابل الرضا بالعمل الذي تم، ولا يمكن بحال فسخ العقد، لاستحالة هذا الأمر في عقد استصناع الأبنية، إلا في بعض مراحل البناء - مرحلة التشطيب- كما سبق بيانه في الترحيح في خيار الرؤية.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 264/5، ابن شاش، عقد الجواهر الثمينة، 695/2، ابن مفلح، المبدع، 67/4، المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 398/4، ابن تيمية، المحرر في الفقه، 264/1، الغزالي، الوسيط في المذهب، 111/3، العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 35/5، ابن مفلح، المبدع، 67/4، المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 398/4، ابن تيمية، المحرر في الفقه، 264/1.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 264/5، ابن شاش، عقد الجواهر الثمينة، 695/2، ابن مفلح، المبدع، 67/4، المرادوي، أبو الحسن علي بن سليمان، ت885هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ)، ط2، 398/4، ابن تيمية، المحرر في الفقه، 264/1.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج:5، ص:264، الموصلي الحنفي، 14/2.

(4) الغزالي، الوسيط في المذهب، 111/3، العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 35/5، ابن مفلح، المبدع، 67/4، ابن تيمية، المحرر في الفقه، 264/1.

(5) الطوسي، الوسيط في المذهب، 111/3، العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 35/5، ابن مفلح، المبدع، 67/4.

المبحث الثاني : أثر الظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية :

قد يطرأ على عقد استصناع الأبنية ظروف أو حوادث طارئة، وذلك أن إتمام وإنجاز البناء غالباً يحتاج إلى وقت طويل، قد يصل إلى ستة أشهر، وقد يزيد إلى أبعد من ذلك بحسب طبيعة البناء، وحجمه، وموقعه الجغرافي، بالإضافة إلى أن البناء يعتمد على أمور كثيرة، منها مواد البناء والتي قد يختلف سعرها من وقت لآخر بحسب الظروف والمستجدات الأمنية والسياسية في المنطقة التي يتم فيها البناء، وأيضاً إلى عوامل متعلقة بالأحوال والظروف الجوية التي يتم من خلالها شحن هذه المواد بواسطة البواخر وطائرات الشحن. ومما جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الرابعة، أمثلة تطبيقية حول الظروف الطارئة، منها على سبيل المثال :

"لو أن عقد مقاوله على إنشاء بناية كبيرة، يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة بين الطرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وإسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً، فوقع حرب غير متوقعة، أو حادث آخر خلال التنفيذ، قطعت الاتصالات والاستيراد، وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً"⁽¹⁾. يلاحظ في هذا المثال أن عقود استصناع الأبنية من الأمثلة العملية للظروف الطارئة، وهي كثيرة ما تقع في جميع دول العالم دون استثناء، مع اختلاف طبيعة الظروف الطارئة بحسب المنطقة، وبخاصة خلال السنوات القليلة السابقة، والتي شهدت تسارعاً في الأحداث، من حروب، وتبدل الأحوال بشكل مفاجئ، وآخر حادثة حصلت في قناة السويس، فمجرد توقف الباخرة فيها تعطلت مصالح الناس، وتسبب تعطلها إلى خسائر مالية عالمية؛ لارتباط هذه البواخر بعقود كثيرة من بناء وصناعة وتطوير للمشاريع .

لذا ومع هذه الحال، هل يستمر العقد على ما هو عليه؟ أم لابد من إجراء تجاه هذا العقد لمواجهة الظروف الطارئة المؤثرة في طرفي العقد أو أحدهما؟ لذا لابد بداية من بيان التأصيل الفقهي لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، ثم مفهومها وشروط تطبيقها، وأثرها في عقد استصناع الأبنية .

(1) قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الرابعة، المنعقدة في سنة 1402هـ، بشأن الظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، السنة الثانية، ع. 2، ص: 292.

المطلب الأول : مفهوم الظروف الطارئة :

عرّفت الظروف أو الحوادث الطارئة عند رجال القانون بعدة تعريفات منها :

1- "كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على التعاقد، ينجم عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراضى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً، ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار"⁽¹⁾، ويلاحظ في هذا التعريف ما يلي :

1- أن الظروف الطارئة عامة على جميع أفراد المجتمع .

2- أنه يمكن تنفيذ العقد، ولكن بخسارة فادحة غير مألوفة بعرف التجار .

وبذلك يكون مفهوم الظروف الطارئة تختلف عن القوة القاهرة من حيث أنها تكون حادثة عامة أو فردية، ومع انقضاء الالتزام؛ لاستحالة التنفيذ⁽²⁾ .

وجاء في نص المعايير الشرعية تعريف الظروف الطارئة "بأنها أحداث غير اعتيادية، من شأنها منح اتخاذ إجراءات لا تجوز في الظروف الاعتيادية، مثل حالة الحرب، أو الاضطرابات الداخلية، أو الكوارث الطبيعية"⁽³⁾ .

المطلب الثاني : التأصيل الفقهي لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي :

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الأعذار أو الجوائح التي قد تطرأ على العقد تكون سبباً في فسخ العقد، - كما سيأتي هذا في التأصيل الفقهي لكل مذهب - على خلاف بينهم في العذر العام والخاص، وأصل هذا القول في باب الإجارة، وذلك لحصول ظروف معينة في ذلك الزمان، بالإضافة إلى بيانهم لحكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة .

وهذه الظروف والأعذار التي حصلت في زمانهم، حصلت في هذا الزمان بكيفية مختلفة، ولكنها متفقة معها من حيث عدم القدرة على إتمام العقد، أو القدرة على إتمام العقد على أن يلحق ضرر بالغ على طرفي العقد .

(1) قباني، محمد رشيد، بحث بعنوان: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، ع.2، ص:131، وذلك نقلاً من كتاب نظرية الالتزام في القانون المدني، للدكتور أحمد حشمت أوسيت، 216/1.

(2) قباني، بحث بعنوان: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، محمد رشيد، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، ع.2، ص:131.

(3) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (صفر 1339 هـ-2017م)، ص:931.

1- تأصيل نظرية الظروف الطارئة عند الحنفية : عرف الحنفية العذر بأنه "العجز عن المضي على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد"⁽¹⁾.

يلاحظ في هذا التعريف بأن تعذر استيفاء المنفعة إلا بضرر غير مستحق لأحد طرفي العقد يعتبر سبباً لفسخ العقد.

ويلاحظ أيضاً، بأن هذا العذر خاص بأحد طرفي العقد، فمن باب أولى أن يكون العذر العام، أو بمعنى آخر أن تكون الطوارئ العامة تكون مقبولة لديهم في فسخ العقود.

بل جاء ما هو أقل من ذلك، بحيث يكون العذر عارضاً، قال السمرقندي - رحمه الله- في جواز الفسخ بسبب العذر العارض: "ثم العذر ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ"⁽²⁾.

فالعذر سواء أكان عاماً أم عارضاً يعتبر أصل القول عندهم على اعتبار الظروف الطارئة في العقود، ومنها عقد استصناع الأبنية.

2- تأصيل نظرية الظروف الطارئة عند المالكية : يرى المالكية أن الظروف العامة القاهرة تؤثر في استمرار العقد، وجاء هذا بناء على قول الإمام مالك - رحمه الله: "أن أرض المطر إذا أكرت فمنع القحط من زراعتها، أو زرعها، فلم ينبت الزرع لمكان القحط، أن الكراء يفسخ"⁽³⁾.

فمن هذا القول يمكن القول بأن المالكية اعتبروا الظروف القاهرة سبباً لفسخ العقد، بالتالي يمكن فسخ عقد استصناع الأبنية في حال حصول الظروف الطارئة.

ويلاحظ هنا أن قولهم في الظروف الطارئة يطبق في الظروف العامة وليس في الظروف الخاصة أو العارضة كما هو الحال عند الحنفية.

3- تأصيل نظرية الظروف الطارئة عند الشافعية : يضرب الشافعية مثلاً للعذر الذي يعطي الخيار في فسخ عقد الإجارة، ومثال هذا قولهم فيمن أجر أرضاً للزراعة، فانقطع ماؤها"⁽⁴⁾.

(1) شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، 399/2، وينظر أيضاً: السرخسي، المبسوط، 5/16، المرغيباني، البداية في شرح بداية المبتدى، 247/3.

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 60/2.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 339/5.

(4) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 64/7، النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، ت 676هـ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، دمشق، المكتب الإسلامي، 1412هـ/ 1991م، 242/5.

وهناك قول آخر صريح عن الإمام النووي بعدم فسخ عقد الإجارة بالأعذار، قال: "لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواء كانت إجارة عين أو ذمة"⁽¹⁾.

ويمكن اعتبار هذا القول بأنه صريح في المذهب الشافعي بعدم فسخ العقد بالأعذار، إلا أنهم يذكرون أمثلة تبين حق الفسخ في أعذار تحصل لطرفي العقد أو حتى للمعقود عليه، لذا فالذي أراه بأن هناك تفاصيل كثيرة في هذا المذهب، ولا يصح إطلاق القول بأنهم لا يأخذون بالأعذار، ودليل هذا قول الإمام النووي - رحمه الله -: "وأطلق الجمهور القول بأن له الفسخ، ولم يذكروا هذا التفصيل"⁽²⁾، يعني أنه ذكر تفاصيل توجب الفسخ دون الإطلاق.

4- تأصيل نظرية الظروف الطارئة عند الحنابلة: يرى الحنابلة أن الظروف الطارئة سبب في فسخ العقد، ويذكر الحنابلة مثال هذه الظروف، وذلك بأن يحدث خوف عام يمنع من سكنى العين المستأجرة، فيثبتون للمستأجر حق الفسخ؛ لأنه تعذر عليه استيفاء المنفعة، ويمكن البقاء على العقد لحين زوال هذا العذر، وأما إن كان العذر خاص فلا يحق له الفسخ؛ ويعللون هذا القول بأنه عذر خاص، ولا يمنع من استيفاء المنفعة بالكلية، فأشبهه الشخص المريض⁽³⁾.

الفرع الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

وردت أربعة شروط في القانون الوضعي لتطبيق هذه النظرية على العقد، وهي:

الشرط الأول: أن يكون العقد متراخياً.

الشرط الثاني: أن تحصل ظروف استثنائية عامة بعد العقد.

الشرط الثالث: أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية عامة، وليس في الوسع توقعها ولا دفعها.

الشرط الرابع: أن تجعل هذه الحوادث الطارئة تنفيذ العقد مرهقاً لا مستحيلاً⁽⁴⁾.

وقد أخذ مجلس المجمع الفقهي في دورته الرابعة بهذا الرأي من ضرورة توافر هذه

الشروط، وذلك كما جاء في الفقرة الأولى من القرار:

(1) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 39/5.

(2) المرجع السابق.

(3) ابن قدامة، المغني، 16/4.

(4) قباني، محمد رشيد، بحث بعنوان: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي

الإسلامي، السنة الثمانية، ع. 2، ص: 142، 143.

"في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات)، إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد بدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته"⁽¹⁾.

المطلب الثالث: أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية:

يترتب على تطبيق هذه النظرية في عقود استصناع الأبنية فسخ العقد عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية- على خلاف بينهم- والحنابلة⁽²⁾.

فمثلاً عن الحنفية، يذكرون ذلك في عقد الإجارة، وأنه يلزم فسخ العقد؛ وذلك لأن الإبقاء بالعقد يضر بطرفي العقد أو أحدهما، أو حتى في محل العقد.

وبين الكاساني - رحمه الله- أحوال العذر الطارئ بقوله: "العذر قد يكون في جانب المستأجر، وقد يكون في جانب المؤجر، وقد يكون في جانب المستأجر"⁽³⁾.

ومن الأمثلة التطبيقية القريبة من عقد استصناع الأبنية ما ذكره الكاساني - رحمه الله- بقوله: "ولو استأجر رجلاً ليحفر له بئراً، فحفر بعضها فوجدها صلبة، أو خرج حجراً أو وجدها رخوة، بحيث يخاف التلف كان عذراً؛ لأنه يعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه"⁽⁴⁾.

لذا، فمن الأعدار - أو الظروف الطارئة- التي قد تواجه الصانع، وجود ما يعيق عمله، وهذا يحدث في مرحلة الحفر، وحصل هذا في مشروع وقفت عليه، حيث واجه المقاول عند الحفر وجود أسلاك ومواد كهربائية قديمة تحت الأرض، مما ترتب على هذا عدم قدرته على السير في العمل، وتأخر المشروع، فهنا ومع هذا العذر لا بد من إيقاف العمل، فيمكن القول بالفسخ في حال عدم الاتفاق على إعادة بنود العقد، بما يتوافق مع المستجدات والظروف الطارئة التي حصلت.

⁽¹⁾ قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الرابعة، المنعقدة في سنة 1402هـ، بشأن الظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، السنة الثانية، ع. 2، ص: 297.

⁽²⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، 198/4، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 16/4، العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 364/7، المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 65/6.

⁽³⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، 197/4.

⁽⁴⁾ المرجع السابق، 198/4.

أثر الخيارات والظروف الطارئة في عقد استصناع الأبنية: دراسة فقهية تحليلية

وعند المالكية الحال نفسه، حيث جاء قول الإمام مالك - رحمه الله - بفسخ عقد المزارعة بسبب الظروف الطارئة⁽¹⁾، كذا الحال عند الحنابلة، من فسخ عقد الإجارة لعذر عام⁽²⁾.

وذكر قباني بعد أن سرد أقوال الفقهاء في المذاهب الثلاثة المذكورة، بأن العذر قد يكون عاماً، وقد يكون خاصاً، فمن خلال النظر إلى أقوال الفقهاء يظهر بأن الحنفية لا يشترطون أن يكون العذر عاماً، بدليل ما ذكره الكاساني من أحوال العذر التي قد تصيب المستأجر، أو المؤجر، أو المستأجر، أما عند المالكية والحنابلة فلا بد أن يكون العذر عاماً حتى يمكن الأخذ بأحكام العذر⁽³⁾.

والذي يتناسب مع عقد استصناع الأبنية هو الأخذ بقول الحنفية؛ وذلك أن العذر قد يصيب الصانع أو المستصنع أو حتى محل العقد.

وأما عن القول بفسخ العقد، فيمكن القول بأن المتضرر من العقد له حق الفسخ، وذلك أن الفسخ طريق في حال عدم الاتفاق على إعادة بناء العقد بشروط جديدة، وبثمن يتناسب مع الوضع الطارئ، وهنا إن تم التمكن من دفع الضرر دون الحاجة إلى الفسخ، فهذا أفضل، فالأصل المحافظة على العقد قدر الإمكان، وذلك بتطبيق الشروط الواجب توافرها في الظروف الطارئة على من يدعي العذر أو من يقول بأن هناك ظرف طارئ، ومن ثم القيام على تحقيق التوازن في عقد استصناع الأبنية، وذلك يكون برد الالتزام إلى حد معقول، لا يضر بالعاقدين، وهذا يتحقق بعد طرق منها:

الطريق الأول: زيادة الثمن مقابل زيادة العمل.

الطريق الثاني: إنقاص الالتزام المرهق على الصانع.

الطريق الثالث: وقف التنفيذ حتى يزول الحادث الطارئ⁽⁴⁾.

وأكد قباني أنه في حالتي إنقاص الالتزام المرهق، أو زيادة الالتزام المقابل، أن "القاضي يرد الالتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط، ولا شأن له بالمستقبل؛ لأنه غير معروف"⁽⁵⁾.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 16/4، ونص ما ذكره ابن رشد - رحمه الله - "وعند مالك: أن أرض المطر إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو زرعها، فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء يفسخ".

(2) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 65/6، ونص ما ذكره المرادوي - رحمه الله - "لو حدث خوف عام يمنع من سكني المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو حُصِر البلد، فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض، ثبت له خيار الفسخ".

(3) قباني، محمد رشيد، بحث بعنوان: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، ع. 2، ص: 174.

(4) المرجع السابق، ص: 145.

(5) المرجع السابق، ص: 146.

وهذا الرأي هو الموافق لقرار مجلس المجمع الفقهي، والذي جاء في فقرته الأولى من القرار ما يلي: "فإنه يحق للقاضي في هذا الحال عند التنازع، وبناء على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي الخبرة والثقات .

ويحق للقاضي أيضاً أن يمهّل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال"⁽¹⁾.

وهذا القول قريب من قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث جاء فيها: "إذا وجدت ظروف طارئة تستدعي تعديل ثمن الاستصناع زيادة أو نقصاً، فإنه يجوز باتفاق الطرفين، أو بالتحكيم، أو بالرجوع إلى القضاء"⁽²⁾.

مع مراعاة أنه "لا يجوز زيادة الثمن لتمديد أجل السداد، أما تخفيض الثمن عند تعجيل السداد فيجوز إذا كان غير مشروط في العقد"⁽³⁾.

وجاء في قانون المعاملات المدني الإماراتي ما يوافق هذا الرأي، وذلك أن نص المادة 249 ما يلي: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يكن مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ قرار مجلس المجمع الفقهي في دورته الرابعة المنعقدة في سنة 1302هـ، بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، السنة الثانية، ع. 2، ص: 297.

⁽²⁾ المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (صفر 1339هـ-2017م)، ص: 303.

⁽³⁾ المرجع السابق.

⁽⁴⁾ قانون المعاملات المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م، (دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، 1432هـ-2011م)، ط 1، ص: 63.

مسألة: تسوية العقد بين الصانع والمستصنع في الظروف الطارئة أو القاهرة:

وردت عدة معايير شرعية تبين كيفية تسوية العقد الحالي بين الصانع والمستصنع في حال تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القاهرة على الصانع.

1- إمكانية إجراء عقد استصناع أبنية جديد:

يُعد السماح بإجراء عقد استصناع أبنية جديد من أهم الحلول المطروحة لاستمرار المشروع وعدم تأخره، مع ضرورة مراعاة أمور قبل إجراء العقد الجديد، وتفصيل هذه النقطة في هذا المعيار: "يجوز الاستصناع لإتمام مشروع بدأ به صانع سابق، وحينئذٍ يجب تصفية العملية بحالتها الراهنة، على حساب العميل مع الصانع السابق، حيث تظل الديون - إن وجدت- التزاماً شخصياً عليه، ومن ثم إبرام عقد استصناع لبقية العمل، دون التزام المؤسسة بالاستعانة بالصانع السابق، بل ينص على أن لها الحق في إنجاز العمل بأي وسيلة تراها مناسبة"⁽¹⁾.

يلاحظ هنا عدة أمور لا بد من القيام بها قبل إجراء العقد الجديد:

أ- القيام بتصفية بين الصانع والمستصنع السابق.

ب- الديون المترتبة على المستصنع تبقى في ذمته.

ج- الصانع الجديد مهمته إكمال الأعمال المتبقية بنفسه، ودون الرجوع للصانع السابق.

2- أحوال الامتناع عن تنفيذ المشروع:

أ- اعتبار المدة الزمنية:

تحصل خلافات بين الصانع والمستصنع في المدة التي يمكن الحكم فيها على الصانع بأنه ممتنع عن العمل، لذا وخروجاً من الخلاف، ورد هذا المعيار والذي من خلاله يحفظ المستصنع على حقه في إتمام المشروع دون تأخير، ونص المعيار على ما يلي:

"يجوز النص على حق المستصنع في تنفيذ الاستصناع على حساب الصانع في حال امتناعه عن التنفيذ أو الإتمام خلال مدة محددة تبدأ منذ التوقف عن العمل في حالة استصناع مبان أو منشآت على أرض المستصنع"⁽²⁾.

فمن خلال هذا المعيار أعطى الحق للمستصنع من إكمال المشروع على حساب الصانع، لذا يكون ردعاً من التهاون أو التخاذل من إكمال المشروع.

(1) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (صفر 1339 هـ- 2017 م)، ص: 303.

(2) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، (صفر 1339 هـ- 2017 م)، ص: 303.

ب- عجز الصانع عن إتمام المشروع :

لابد من النظر إلى سبب العجز عن إكمال البناء السكني، لذا فالحكم يكون بناء على

المتسبب، وذلك وفق ما يلي :

1- الصانع هو السبب في العجز عن إكمال البناء السكني، فهنا يضمن المستصنع قيمة

البناء بنسبة ما أنجز الصانع، مع تحمل الصانع ما قد ينشأ للمستصنع من ضرر فعلي.

2- أما إن كان المستصنع هو السبب، فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه مع تحمل

المستصنع الضرر اللاحق بالصانع.

3- أما إن كان سبب العجز لا يرجع لطرفي العقد، فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه

فقط، ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر⁽¹⁾.

(1) المرجع السابق، ص:303، وص:304.

الخاتمة :

توصلت في هذا البحث إلى عدة نتائج، أهمها التالي :

- عقد استصناع الأبنية في حق المستصنع عقد غير لازم إلا بعد الرؤية والرضا بما صنعه الصانع، ويكون ذلك استعمالاً لحقه بخيار الرؤية. ويكون لازماً له إن جاء موافقاً للشروط والمواصفات، والأمر نفسه عند اقترانه بخيار الشرط وخيار العيب.

- لا ينحصر مفهوم العيب في كل ما أنقص القيمة والثمن، بل يتعداه إلى مخالفة الصانع للمواصفات التي طلبها المستصنع.

- إذا وجد العيب في محل عقد استصناع الأبنية فيجب أن ينقص من الثمن، أو رد عمل الصانع بإعادة تصنيع جزء العيب الموجود في البناء، وذلك بحسب طبيعة العيب، ومدى تأثيره في البناء في المستقبل. ويكون القرار إلى المستصنع؛ ويكون ذلك استعمالاً لحقه في خيار العيب.

- يستطيع المستصنع اختيار المدة التي تناسب مع طبيعة العين المصنوعة الممثلة بالعمارة أو المبنى عند تسلمه لها، وعدم الاقتصار على ثلاثة أيام، وذلك استعمالاً لحقه في خيار الشرط.

- إنَّ للظروف الطارئة أثراً في عقد استصناع الأبنية؛ من حيث إمكان فسخه أو إمكان تعديل بعض شروطه، وذلك بحسب طبيعة ومقدار الضرر الذي لحق بطرفي العقد أو أحدهما.

أما توصية هذا البحث فتمثّل بمطالبة الجهات المختصة المشرفة على منح الترخيص في قطاع استصناع الأبنية بإدراج تلك الخيارات مع آثارها في بنود تلك العقود، بالإضافة إلى ما له صلة بالظروف الطارئة في هذا المجال، وذلك في بنديْن اثنين مستقلّين من بنود هذا العقد؛ لما لها من دور من التخفيف من آثار النزاعات في حال وقوعها بين طرفي العقد.

قائمة المصادر والمراجع :

- 01- البخاري، المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط.1، بيروت-لبنان: دار طوق النجاة، 1422هـ
- 02- البركلي، محمد عميم الإحسان، التعريفات الفقهية، ط.1، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ-2003م .
- 03- البرهاني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، ت616هـ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط.1، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، 1424 هـ - 2004م .
- 04- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الصغير، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، ط.1، كراتشي، باكستان، جامعة الدراسات الإسلامية، 1410هـ-1989م.
- 05- ابن تيمية، عبدالسلام بن عبدالله بن الخضر، ت652هـ، المحرر في الفقه، ط.2، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1404هـ، 1984م .
- 06- الثعلبي، أبو محمد عبدالوهاب بن علي، ت422هـ، التلقين، تحقيق: أبي أويس محمد بوخبزة الحسني التطواني، ط.1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1425هـ، 2004م .
- 07- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، ت816هـ، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، ط.1، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، 1403هـ-1983م .
- 08- الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى، الإقناع في فقه الإمام أحمد، ت968هـ، تحقيق: عبداللطيف محمد موسى السبيكي، د.ط.، بيروت-لبنان، دار المعرفة، د.ت..
- 09- ابن حجر، التلخيص الحبير، ط.1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1419هـ-1989م ..
- 10- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، ت1230هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ط.، بيروت-لبنان، د.ت..
- 11- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد، ت595هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة-جمهورية مصر العربية، دار الحديث، 1425هـ-2004م .
- 12- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، ت520هـ، المقدمات الممهيات، تحقيق: الدكتور محمد الحجي، ط.1، بيروت-لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988م .
- 13- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، ت483هـ، المبسوط، بيروت-لبنان، دار المعرفة، 1414هـ-1993م .
- 14- السُّغدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، ت461هـ، النتف في الفتاوى، تحقيق: المحامي د. صلاح الدين الناهي، ط.2، عمان-الأردن: دار الفرقان، بيروت-لبنان، مؤسسة الرسالة، 1404هـ-1984م).
- 15- السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين، ت540هـ، تحفة الفقهاء، ط.2، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م .
- 16- سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط.1، القاهرة-جمهورية مصر العربية، دن، 1430هـ-2009م .
- 17- ابن شامس، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم السعدي، ت616هـ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: أ.د. حميد بن محمد لحر، ط.1، بيروت-لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1423هـ-2003م .
- 18- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، ت204هـ، الأم، بيروت-لبنان: دار المعرفة 1410هـ-1990م .
- 19- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، ت977هـ، مغني المحتاج، ط.1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ، 1994م
- 20- شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأهر في شرح ملتقى الأبحر، ت1078هـ، د.ط.، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- 21- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت476هـ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية .
- 22- ابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبدالرحمن، ت643هـ، فتاوى ابن الصلاح، تحقيق: د. موفق عبد الله عبدالقادر، ط.1، بيروت-لبنان، مكتبة العلوم والحكم، 1407هـ .

- 23- الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب، (ت360هـ)، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبدالمحسن بن إبراهيم الحسيني، القاهرة- جمهورية مصر العربية، دار الحرمين، 1415هـ- 1995م .
- 24- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، ت321هـ، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، ط.1، القاهرة- جمهورية مصر العربية، عالم الكتب، 1414هـ، 1994م .
- 25- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، ت368هـ، الاستذكار، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعي، ط.1، دمشق- سوريا: دار قتيبه، حلب- سوريا: دار الوعي، 1414هـ، 1993م .
- 26- ابن عسكرو، عبدالرحمن بن محمد ، ت732هـ، ارشاد السالك إلى أشرف المسالك، ط.3، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، د.ت.
- 27- عليش، محمد بن أحمد، ت1299هـ، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت- لبنان، 1409هـ- 1989م .
- 28- العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير، ت558هـ، البيان في المذهب الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط.1، جدة- المملكة العربية السعودية، 1421هـ، 2000م .
- 29- الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري أبو عبد الله المواق، ت897هـ، التاج والإكليل لمختصر خليل، بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1416هـ / 1994م .
- 30- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ت505هـ، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ط.1، القاهرة- جمهورية مصر العربية: دن، 1417هـ.
- 31- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي، ت620هـ، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط.1، بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1414هـ- 1994م .
- 32- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، ت620هـ، المغني، جمهورية مصر العربية: مكتبة القاهرة، د.ت.
- 33- ابن قدامة، عبدالرحمن بن محمد بن أحمد، ت682هـ، الشرح الكبير على متن المقنع، القاهرة- جمهورية مصر العربية: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ت.
- 34- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، (ت684هـ)، الذخيرة، تحقيق: محمد أبو خيزة، ط.1، بيروت- لبنان: دار الغرب الإسلامي 1414هـ- 1994م .
- 35- القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل، تحقيق: د.محمد حجي وآخرون، ط.2، بيروت- لبنان، 1408هـ- 1988م
- 36- القنوي، قاسم بن عبد الله بن أمير، ت978هـ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: يحيى حسن مراد، ط.1، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2004م .
- 37- الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد، ت587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط.2، بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1406هـ- 1986م .
- 38- المازري، أبو عبد الله محمد بن علي، ت536هـ، شرح التلقين، تحقيق: سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، ط.1، بيروت- لبنان: دار الغرب الإسلامي، 2008م .
- 39- مالك (ت179هـ)، المدونة، ط.1، بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1415هـ- 1994م .
- 40- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، ت450هـ، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، ط.1، بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1419هـ، 1999م .
- 41- المحاملي، أحمد بن محمد بن القاسم الضبي (ت415هـ)، اللباب في الفقه الشافعي، تحقيق: عبد الكريم بن صنيتان العمري، ط.1، المدينة المنورة- المملكة العربية السعودية: دار البخاري، 1416هـ.
- 42- المرادوي، أبو الحسن علي بن سليمان، ت885هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط.2، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي .

- 43- المرغيباني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين (ت593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، بيروت-لبنان: دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- 44- مسند الحميدي، تحقيق: حسن سليم أسد الداراني، دمشق-سوريا، دن.. 1996م .
- 45- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله (ت884هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الرياض-المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب، 1423هـ، 2003م .
- 46- المنهاجي، شمس الدين محمد بن أحمد، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود(ت880هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط1، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1417هـ-1996م .
- 47- الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، القاهرة-مصر: مطبعة الحلبي، 1356هـ-1937م .
- 48- الموصلي الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، ت683هـ، الاختيار لتعليل المختار، حققه الشيخ شعيب الأرنؤوط وأحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله، ط1، دمشق-سوريا، دار الرسالة العلمية، 1430هـ-2009 .
- 49- النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (ت676هـ)، المجموع، دمشق-سوريا: دار الفكر، د.ت.
- 50- النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (ت676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، دمشق-سوريا، المكتب الإسلامي، 1412هـ/ 1991م .
- 51- الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهر، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ط1، الكويت، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 1399هـ .
- 52- الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1412هـ .
- 53- ابن يونس، أبوبكر محمد بن عبد الله الصقلي (ت45هـ)، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ط1، بيروت-لبنان، دار الفكر للطباعة، 1434هـ-2013م .
- 54- الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة .
- 55- قباني، محمد رشيد، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، ع2 .
- 56- مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواوي، نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي .
- 57- قانون المعاملات المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م، (دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، 1432هـ-2011م)، ط1.
- 58- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، (1-85)، النص الكامل للمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، صفر 1439هـ- نوفمبر 2017.