

عقد المقاولة وإجراؤه بطريقة المناقصة في الفقه الإسلامي

د. أسامة الحموي*

السيد. تحسين بيرقدار**

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٠/٧/١١ م

تاريخ قبول البحث: ٢٠١١/٦/١٣ م

ملخص

يهدف هذا البحث إلى بيان أن عقد المقاولة: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ومن ثم فعقل المقاولة عقد رضائي، لا يشترط في انعقاده شكل معين، وهو عقد ملزم للعاقدين، وهو من عقود المعاوضة.

أما تكيف عقد المقاولة: فهو إذا كان وارداً على العمل، ولا يقوم العامل بتقديم شيء من المواد، فهو عقد إجارة، الأجير فيها مشتر ك. وإن كان مختلطاً ومتساوياً بين العمل وتقديم المواد فهو عقد استصناع.

محل عقد المقاولة: يتنوع تبعاً لتنوع كيفية الاتفاق الذي يتم بين العاقدين؛ لذلك يكون محل العقد في صورة (المنفعة)، ويكون في صورة أخرى هو (العين) وأما (المنفعة) فتتبع للعين.

تعريف المناقصة عرّفت في القانون الإداري بأنها: طريقة أساسية لتقديم المواد، وإنجاز الخدمات، وتنفيذ الأشغال، متى جاوزت القيمة التقديرية الحدود المقررة للشراء المباشر (ثلاثة آلاف ليرة سورية) وتتبع هذه الطريقة في كل الأحوال التي لم يرد في هذا النظام نص على الاستثناء منها.

ينتهي عقد المقاولة إما بالإقالة، أو بإنجاز العمل، أو بموت المقاول، أو بالعضد الطارئ، أو بالقوة القاهرة.

Abstract

This research aims to clarify that contracting is an obligation between two parties, in which one party commits himself to construct or perform a work for the other party in return of a fee. According to that contracting is voluntary, with no specific form and it's obliging for both parties and is described to be a "in-return-of" contract.

As for tailoring the contract, if it's a work-for contract, where the worker pays nothing for the materials of work, it's called "hiring", and if it's mixed containing effort and materials equally, then it's called "work and materials".

The core of the contract: it varies according to the arrangement between the two parties. Sometimes it would be the "benefit", other times it would be the deliverable, where the benefit follows the deliverable.

Definition of the Bid: It has been defined in the administrative law as, a basic method of providing materials, performing services and work, whenever the estimated value of the procurement exceeds 3000 SYP.

The contract is considered to be closed either by "excusing" the contractor, completion of the work, death of the contractor, emergency or force majeure.

المقدمة:

الطاهرين، أما بعد:

فإن عقد المقاولة وإجراؤه عن طريق المناقصة كثير الوقوع، وهو بحاجة إلى بيان أحكامه في الشريعة، وعلينا معشر طلاب العلم أن نبين للناس أحكام هذا العقد، وأحكام إجرائه عن طريق المناقصة؛ لذلك اخترت هذا البحث مبنياً وجه الحلال والحرام في هذا الموضوع على المذاهب الأربعة المشهورة، مع ذكر أدلة المذاهب،

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

* أستاذ، كلية الشريعة، جامعة دمشق.

** باحث، كلية الشريعة، جامعة دمشق.

أي: تفاوضنا^(٢).

ثانياً: عقد المقاولة (اصطلاحاً):

إنَّ عقدَ المقاولة لم يُعرَفْ بهذا الاسم عند الفقهاء المسلمين المتقدمين لكن اصطلاح القانونيون على تسميته بهذا الاسم، واختلفت تعريفاتهم لهذا العقد اختلافاً يسيراً، وهذا ما يدعوني لأن أبدأ بتعريف عقد المقاولة في القانون الوضعي، ثم أنظر في تكييفه. ولكنني أشير هنا إلى تكييف عقد المقاولة في مجلة الأحكام العدلية، فبالرغم من كون عقد المقاولة مصطلحاً قانونياً إلا أنَّ (مجلة الأحكام العدلية) المستمدة مبادئها من الفقه الحنفي استعملت عقد المقاولة تفسيراً لعقد الاستصناع إذ جاء فيها:

"الاستصناع: عقد مقاولة مع أهل الصناعة، على أن يعمل شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مُتصنِّعٌ، والشيء مصنوع"^(٣) وجاء فيها في موضع آخر:

"كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية، كلُّ واحدة بكذا قرشاً، وبينَ الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة، وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع"^(٤).

ويُفهم من ذلك كما ذكر الدكتور رفيق يونس المصري أنَّ مجلة الأحكام العدلية عدت عقد الاستصناع وعقد المقاولة شيئاً واحداً^(٥).

وفي القانون المدني السوري عرّفت المادة (٦١٢) عقد المقاولة بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"^(٦)، ويطلق هذا التعريف كثيراً من مواد القوانين المدنية العربية، ومنها ما ورد في شرح القانون المدني المصري^(٧).

ويخلص مما سبق -قانوناً- أنَّ عقد المقاولة عقد رضائي، لا يشترط في انعقاده شكل معين، وهو عقد ملزم للعاقدين، ومن عقود المعاوضة، وقد انفصل عقد المقاولة بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به، وهما: (عقد الإيجار وعقد العمل)^(٨).

ومناقشتها وبيان الراجح منها وقد كان منهجي في البحث هو المنهج التحليلي المقارن، مع عزو الآيات إلى سورها من القرآن الكريم مع رقم الآية، وعزو الأحاديث إلى مظانها مع ذكر درجة صحتها، وذكر الحكم القانوني في المواطن التي تقتضي ذلك، معتمداً على المصادر الأصلية والتبعية من خلال الخطة الآتية:

المقدمة.

المطلب الأول: مدخل إلى عقد المقاولة.

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة.

الفرع الثاني: تكييف عقد المقاولة في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: أركان عقد المقاولة.

الفرع الأول: صيغة عقد المقاولة.

الفرع الثاني: العاقدان في المقاولة.

الفرع الثالث: محل عقد المقاولة.

المطلب الثالث: عقد المقاولة بطريقة المناقصة:

الفرع الأول: معنى المناقصة، وكيفية إجرائها.

الفرع الثاني: حكم الشريعة في العقود المستجدة.

الفرع الثالث: حكم انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة.

المطلب الرابع: انتهاء عقد المقاولة:

خاتمة البحث.

المطلب الأول

مدخل إلى عقد المقاولة

الضلع الأول: تعريف عقد المقاولة:

أولاً: عقد المقاولة (لغة):

العقدُ في اللغة هو الرِّبْطُ والشَّدُّ والضمْلُ والعهدُ، قِيلَ: عَقَدَ الحبلُ: إذا شَدَّهُ، ويُطْلَقُ أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء، فيقال: عَقَدَ الحبلُ: إذا جمع أحد طرفيه إلى الآخر وربَّطَ بينهما.

والعقد: هو العهد، والجمع: عقود. قال تعالى: ﴿لَا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ الَّذِي آمَنُوا أَوْ فُؤَادَهُمْ﴾ [المائدة: ١] أي: بالعهود^(١).

وللمقاولة معنيان: المجادلة: يُقال: قاوله في الأمر:

أي جادله. والمفاوضة: يُقال: قاولته في أمره وتقاولنا:

الفرع الثاني: تكييف عقد المقاولة في القانون

الوضعي:

نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٤٧) مدني على أنه "يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله"، كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٦٤٧) قائلةً "كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً"^(٩)، وبناء على ما سبق انقسمت آراء فقهاء القانون ثلاثة أقسام:

(١) فرأى ذهب إلى أن العقد مقاولة دائماً، والمادة ليست إلا تابعة للعمل، وتكون المقاولة في هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشيء المطلوب، فتقع على العمل وعلى الشيء المصنوع، فتنتقل ملكيته لرب العمل.

(٢) ورأى ثان ذهب إلى أن العقد هو بيع شيء مستقبل، وهذا الرأي لا يدخل في الاعتبار أن المقاول تعاقد أصلاً على العمل، والمادة إنما جاءت تابعة للعمل، ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً؛ لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد، وهو إذا فعل، وقبل منه رب العمل ذلك، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يُكَيَّف على أنه بيع، لا لشيء مستقبل، بل لشيء حاضر.

(٣) ورأى ثالث: يذهب إلى أن العقد يكون مقاولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى العمل، فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة؛ كالرسم يُورد المقاش أو الورق الذي يرسم عليه، والألوان التي يرسم بها، وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسم، فالعقد مقاولة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل؛ كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم ببعض إصلاحات طفيفة، فالعقد بيع^(١٠).

أولاً: الرأي المقترح في تكييف عقد المقاولة في القانون:

بيدولي من خلال ما سبق أن الرأي الراجح هو الرأي الثالث الذي ينظر نسبة قيمة العمل إلى المادة، فإن كانت قيمة العمل تفوق قيمة المادة كان العقد مقاولة، وإن كانت المادة تفوق قيمة العمل كان العقد بيعاً.

ثانياً: تكييف عقد الاستصناع:

يرى أكثر الحنفية أن الاستصناع يبيع شرط فيه العمل، فقد عدت الحنفية أنواع البيوع، وذكرها منها الاستصناع، على أنه يبيع عين شرط فيه العمل، أو هو بيع، للمشتري فيه خيار الرؤية، فهو بيع لكن ليس على إطلاقه، فخالف البيع المطلق في أن فيه اشتراط العمل^(١١)، وقيل: الاستصناع: إجارة ابتداء، بيع انتهاء^(١٢).

كما يصدق على عقد الاستصناع أنه يجمع بين السلم وبين الإجارة، فقد عرفه السمرقندي^(١٣) من الحنفية بأنه: عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع^(١٤). ويقول الكاساني^(١٥): "فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستتجار الصانع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً"^(١٦).

ويرى الدكتور القره داغي: أن الاستصناع ليس كالسلم الذي لا بد فيه من قبض رأس المال في المجلس، وليس كالبيع الذي لا بد فيه من وجود المبيع، بل هو عقد مستقل يكون المعقود عليه وهو: العمل والعين في الذمة، ويجوز فيه تأجيل الثمن أو تقسيطه، مما يسهم في تنشيط الصناعة وزيادة المرونة في سوق المال^(١٧).

والذي أرجحه: هو ما ذهب إليه الدكتور القره داغي من أن عقد الاستصناع عقد مستقل، يكون المعقود عليه في الاستصناع هو: العمل والعين في الذمة، ويجوز فيه تأجيل الثمن أو تقسيطه؛ للأسباب التي أوردها الدكتور، فهي وجيهة جداً.

المطلب الثاني

أركان عقد المقاولة

للفقهاء خلاف مشهور في تحديد الأركان في المقاولة وغيرها من العقود:

أولاً: فقد ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن أركان العقد ثلاثة مجملة، ستة متفرقة، هي:

١- الصيغة (الإيجاب والقبول).

٢- والعاقدان (المقاول ورب العمل).

٣- والمعقود عليه، والبدل^(١٨).

ثانياً: وذهب الحنفية إلى أن للعقد ركناً واحداً، هو الصيغة (الإيجاب والقبول)^(١٩) ولا حاجة للترجيح بين هذين الرأيين؛ لأن الخلاف بينهما لفظي. وإلى بيان هذه الأركان:

الفرع الأول: صيغة عقد المفاوضة:

المفاوضة عقد كباقي العقود التي تحتاج إلى توافق الإرادتين، وهذا التوافق الأصل فيه أن يتم بألفاظ تدل على الرضا بالعقد وهذا ما يسمى: الإيجاب والقبول؛ لذلك الأصل أن يبرم بالصيغة اللفظية، لكن يمكن أن يتم إبرامه عن طريق المناقصة، أو المزايدة، أو غيرها من الطرق.

أولاً: (الإيجاب والقبول) في إجراء عقد المفاوضة بطريقة المناقصة:

هل المناقصة عقد؟ وأين الإيجاب والقبول في المناقصة؟ هذا ما سأبينه بعد صفحات قليلة في المناقصة.

الفرع الثاني: العاقدان في المفاوضة:

العاقدان في المفاوضة هما: رب العمل، والمقاول، ويشترط في كل منهما أربعة شروط هي: العقل، والبلوغ والرشد، والرضا بالعقد. واقتصرت على ذكر الشروط اختصاراً، وكل من العاقدين إما أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً.

أولاً: تعريف الشخص الطبيعي، والشخص الاعتباري:

١. الشخص الطبيعي هو: "الإنسان نفسه أو الكائن البشري الذي يصلح لاكتساب الحقوق والالتزامات"^(٢٠)، ومن خصائصه:
٢. والشخصية الاعتبارية: كما عرفها الحقوقيون-

هي: "شخص يتكون من عناصر أشخاص أو أموال يهدف إلى تحقيق غرض معين مشروع، يقدر له التشريع كياناً خاصاً مستمداً منها مستقلاً عنها قابلاً للإلزام والالتزام"^(٢١).

ثانياً: الفرق بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري:

بالتعريف السابق اتضح لنا أن الشخص الاعتباري يفتقر عن الشخص الطبيعي في عدة أمور، هي:

أ. أن الشخص الاعتباري: وجوده وجود قانوني، أي: تقديري، لا حسي ويتوقف وجوده على اعتراف القانون به. أما الشخص الطبيعي: فذو وجود مادي محسوس، ولا يتوقف وجوده على اعتراف القانون به^(٢٢).

ب. أن الشخص الاعتباري: وجوده وجود تبعي، أي: هو تابع لوجود مجموعة من الأشخاص الطبيعيين أو الأموال. أما الشخص الطبيعي: فوجوده مستقل بنفسه في الواقع الحقيقي والمعنوي.

ج. الشخص الاعتباري: لا تتعلق به الحقوق التي هي من خصائص الإنسان، مثل: حقوق الأسرة من زواج وطلاق، ونسب، ولا تطبق عليه العقوبات البدنية، كالسجن، وغيرها، بخلاف الشخص الطبيعي^(٢٣).

د. الشخص الاعتباري: يمتاز بالاستمرارية في تأدية غرضه حتى مع وفاة الشخص الطبيعي الذي يمثله، أو إفلاسه أو انسحابه.

هـ. الشخص الاعتباري: يزول بزوال شرائطه أو العوامل التي أوجدته، أو انتهاء الغرض الذي أنشئ من أجله، بخلاف الشخص الطبيعي الذي لا يزول إلا بالموت.

ومن هذه الفروق يتبين لنا أن العاقد في المفاوضة إذا كان شخصاً طبيعياً يختلف عنه فيما إذا كان شخصاً اعتبارياً.

فإذا ثبتت الشخصية الاعتبارية لأحد العاقدين في عقد المفاوضة، فهذا يعني أن العوارض التي يمكن أن

ثالثاً: محل عقد الاستصناع في المذاهب:

إن المذاهب الثلاثة (المالكية والشافعية والحنابلة) أجمعت على عدم جواز الاستصناع إلا بشروط السلم، غير أن المالكية أجازوا استصناع أي شيء مما يعمل الناس في أسواقهم من آنياتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصنّاع، وقال الحنفية: إن الراجح أن الاستصناع نوع من البيوع مستقل، لا يدخل تحت أنواع البيوع الأخرى؛ كالصرف والسلم، وهو ليس من البيع العادي (المطلق)، وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية، فعقدت للاستصناع فصلاً خاصاً به في باب (أنواع البيوع في المواد: ٣٨٨ - ٣٩٢) (٢٨)، لذلك إذا اعتبرنا عقد المقاولة عقد استصناع، فهو غير جائز عند جمهور الفقهاء؛ لانعدام محل العقد، وجائز عند الحنفية استحساناً.

المطلب الثالث

عقد المقاولة بطريقة المناقصة

الفرع الأول: معنى المناقصة، وكيفية إجرائها:

أولاً المناقصة (لغة):

المناقصة: على وزن (فاعة) من النقص، وهي: مشتقة من القَطْعُ (يَنْقُصُ نَقْصاً وَنُقْصَاناً وَنَقِيسَةً) فيقالُ قُصَّ الشيءُ، ونقصه وأنقصه، ويعني: أخذ من الشيء قليلاً قليلاً حتى أتى عليه. والنون والقاف والصاد: كلمة واحدة تُلَى على خلاف الزيادة، والنقصية: العيب (٢٩).

ثانياً المناقصة (اصطلاحاً):

لم يرد ذكر للمناقصة في القرآن أو السنة أو الفقه، لكن نستطيع أن نعدّ المناقصة - كما تنص المادة (٧) من نظام عقود هيئات القطاع الإداري (٣٠) السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٢٢٨) لعام (١٩٦٩) - : "طريقة أساسية لتقديم المواد، وإنجاز الخدمات، وتنفيذ الأشغال، متى تجاوزت القيمة التقديرية الحدود المقررة للشراء المباشر (ثلاثة آلاف ليرة سورية)، وتتبع هذه الطريقة في كل الأحوال التي لم يرد في هذا النظام نص على الاستثناء منها" (٣١).

يتعرض لها العاقد فيما لو كان شخصاً طبيعياً لا ترد على الشخص الاعتباري؛ لأنه لا يعتمد على وجود شخص بذاته. فمثلاً: من الممكن أن يتعرض المقاول أو ربّ العمل للإفلاس أو الجنون أو الموت أو نحو ذلك من العوارض، إذا كان شخصاً طبيعياً، لكن ذلك لا يحدث ولا يمكن تصوّر حدوثه في الشخصية الاعتبارية، ولذلك فإنّ الأمر مختلف تماماً بين الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية (٢٤).

الفرع الثالث: محل عقد المقاولة:

محل العقد أو المعقود عليه: هو ما يقع عليه التعاقد، ويختلف باختلاف العقود (٢٥).

أولاً نظرة القانون لمحل العقد في المقاولة:

لم ترد في القانون المدني نصوص خاصة تتعلق بالعمل كركن في المقاولة، فوجب تطبيق القواعد العامة، سواء فيما يتعلّق بالشروط الواجب توافرها في العمل، أو فيما يتعلّق بأنواع العمل.

وأما الشروط الواجب توافرها في العمل طبقاً للقواعد العامة قانوناً هي: أن يكون العمل ممكناً؛ لأنه لا التزام بمستحيل، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين؛ بأن بيّنت أوصافه تبييناً كافياً، وأن يكون مشروعاً (٢٦).

ثانياً بيع المعدم في الفقه الإسلامي:

كان الأصل في سبب عدم جواز بيع المعدم في الفقه الإسلامي هو وجود الغرر، لكن سرعان ما اختفى هذا الأصل، وأصبح انعدام الشيء في حد ذاته سبباً لبطلان العقد حتى لو لم يكن هناك غرر، أو كان الغرر يسيراً؛ لذلك نجد إجماعاً من المذاهب على أنّ الشيء إذا لم يكن موجوداً وقت التعاقد، كان العقد باطلاً، حتى لو كان وجوده مُحَقَّقاً في المستقبل، لكن تعامل الناس والحاجة الملحة أوجدا ثغرتين في هذا المبدأ، فأجاز الفقه الإسلامي بيع المعدم في (عقد السلم) وفي (عقد الاستصناع) (٢٧)، وبما أن عقد المقاولة غالباً ما يُكف بأنه (عقد استصناع)، فلننظر كيف كان موقف الفقه الإسلامي من محل عقد استصناع؟

وبناء على ذلك فالمناقصة: "طريقة نظامية (خاضعة لنظام محدد)؛ لشراء سلعة أو خدمة، تلتزم فيها الإدارة (الجهة الإدارية) بدعوة المناقصين؛ لتقديم عطاءاتهم (عروضهم)، وفق شروط ومواصفات محددة؛ من أجل الوصول إلى أرخص عطاء، بافتراض تساوي العطاءات في سائر المواصفات"^(٣٢).

رابعاً: (الإيجاب والقبول) في المناقصة:

هل المناقصة عقد؟ وأين الإيجاب والقبول في المناقصة؟

قالت بعض القوانين: إن المناقصة عبارة عن طريقة أو إجراءات تمهد لعقد المناقولة^(٣٣).

وقالت قوانين أخرى: إن عقد المناقصة طرفين؛ الطرف الأول: الجهة الإدارية صاحبة المناقصة التي تلتزم بالتعاقد مع المناقص الأقل سعراً، والطرف الآخر: المناقصون الذين يلتزم كل منهم بالتعاقد مع الجهة الإدارية إذا كان سعره هو الأقل^(٣٤).

الترجيح:

لكن بإمعان النظر في المناقصة نجد أنها عقد واحد مركب (منظومة عقود)، أي: تدخل فيه عدة عقود، مثل: (عقد بيع دفتر الشروط، وعقد الضمان الابتدائي، والضمان النهائي، ... إلخ).

وبما أن المناقصة تؤول إلى إبرام عقد المناقولة، فيمكن القول بأن العقد عقد واحد، الإيجاب فيه يصدر من المقاول، عندما يتقدم بعرضه، وهذا الإيجاب ملزم له، فلا يملك الرجوع عنه حتى رسو المناقصة على غيره، وإذا كانت المناقصة علنية فكل عرض لاحق (يقدمه المناقص) ينسخ عرضه السابق، والقبول فيه يصدر من الجهة الإدارية صاحبة المناقصة عندما تبرم العقد مع المقاول الأقل سعراً، بعد رسو المناقصة عليه، فهما إيجاب وقبول تسبقهما وتتوسط بينهما إجراءات تمهد للإيجاب أو للقبول^(٣٥).

خامساً: كيفية إجراء عقد المناقصة:

تقوم المناقصة على مبدأ المساواة بين المتنافسين،

وتتم بالمراحل الآتية:

١- يعدُّ ربُّ العمل أو الجهة المعلنة المواصفات والشروط المطلوبة في العمل المطلوب بدفتر يدعى: (دفتر الشروط).

٢- تدعو الجهة المعلنة إلى المناقصة عن طريق الإعلان، ويحدّد في الإعلان العمل المطلوب، وقيمة دفتر الشروط، وآخر موعد لتقديم العروض، وموعد فتح المظاريف، ونحو ذلك. وهذا في المناقصة العامة، وهناك مناقصات خاصة محدودة تُوجّه الدعوة فيها لعدد معين من المقاولين بخطابات رسمية؛ ليتقدموا بعروضهم، وقد تكون علنية أو سرية.

٣- يتقدم المتقدمون بعروضهم مختومة بالشمع الأحمر، ويقدمون مع العروض الضمان الابتدائي^(٣٦).

٤- تُشكّل لجنة لفتح المظاريف، تتكوّن عادة من أربعة أشخاص، وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف، وإعلان اسم صاحب كل عرض، وسعره على الحضور.

٥- تُشكّل لجنة أخرى لفحص العروض، فتقوم بفحصها، ومن ثمّ تحيل الصالح منها إلى لجنة البت.

٦- تُشكّل لجنة للبت في العروض، وتقوم باختيار العرض الأقل سعراً، ويتمّ إخبار من رسّ عليه المناقصة، ويطلب حضوره لتوقيع العقد، وتقديم الضمان النهائي^(٣٧).

٧- لا تُلزم الجهة المعلنة بترسية المشروع على المتقدمين، ولكن يحقّ لها إلغاء المناقصة كاملة والإعراض عن المشروع، إلا أنها إذا أرادت ترسية المشروع، فليس لها أن ترسيه إلا على صاحب السعر الأدنى، ما لم تكن الجهة المعلنة قد اشترطت لنفسها غير ذلك^(٣٨).

الفرع الثاني: حكم الشريعة في العقود المستجدّة:

أولاً: حكم الشريعة فيما ترد عليه المناقصة:

المناقصة بحد ذاتها ليست عقداً، وإنما وسيلة لإجراء عقد، فيما أن يكون عقد توريد، أو عقد مناقولة،

أو تقديم خدمات أو غير ذلك، فهي إذن وسيلة وليست غاية، وهذه الوسيلة لا يُنظر إليها بحد ذاتها، ولكن يُنظر إلى مشروعية العقد الذي يتم بعدها. **بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** [النساء: ٢٩].

ولا بد أن يكون التعاقد على شيء مشروع، فإن كان التعاقد على أمر غير مشروع؛ بأن كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أو مخالفاً للنظام العام، أو للآداب العامة التي تحرم مخالفتها شرعاً، كان العقد باطلاً.

فلا يجوز التعاقد على تشييد منزل للدعارة أو للقمار، كما لا يجوز عقد على توريد الخمر، أو على تهريب المخدرات، أو تهريب البضائع من الجمرك، أو صنع الأسلحة الممنوعة، أو ارتكاب جريمة^(٣٩).

ثانياً: حكم الشريعة في المناقصة باعتبارها أسلوباً جديداً لإجراء العقود:

ذكرت سابقاً أن المناقصة ليست عقداً، وإنما وسيلة وأسلوب لإجراء عقد بين طرفين، فما حكم الشريعة في هذه الوسيلة الجديدة؟ هناك طريقتان للوصول إلى حكم الشريعة في المناقصة:

أولاهما: من خلال بيان حكم الشريعة في استحداث عقود جديدة.

وثانيهما: من خلال تطبيق حكم المناقصة على المزايدة؛ فالمزايدة طبقها النبي ﷺ بنفسه كما ورد^(٤٠).

وسأكتفي هنا بالطريقة الأولى، فأقول: إن إجراء عقد المقاولة بطريقة المناقصة، من المعاملات المستحذثة، التي لم ينص عليها الشارع بنص خاص، وهذا ما يقودنا إلى أن نبحث ولو بإيجاز المسألة الآتية:

ما حكم استحداث عقود جديدة، ليس ثمة ما يدل على تحريمها أو بطلانها؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

أولاً القول الأول، وأدلته:

ذهب ابن تيمية^(٤١) وابن قيم الجوزية^(٤٢): إلى أن الأصل جواز استحداث عقود جديدة تتطلبها مقتضياتكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً [المائدة: ٣] وقوله حياة الناس، إلا إذا قام دليل شرعي صحيح يحرّم ذلك العقد^(٤٣).

ذهب ابن تيمية^(٤١) وابن قيم الجوزية^(٤٢): إلى أن الأصل جواز استحداث عقود جديدة تتطلبها مقتضياتكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً [المائدة: ٣] وقوله تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون [البقرة: ٢٢٩].

ذهب ابن تيمية^(٤١) وابن قيم الجوزية^(٤٢): إلى أن الأصل جواز استحداث عقود جديدة تتطلبها مقتضياتكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً [المائدة: ٣] وقوله تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون [البقرة: ٢٢٩].

ذهب ابن تيمية^(٤١) وابن قيم الجوزية^(٤٢): إلى أن الأصل جواز استحداث عقود جديدة تتطلبها مقتضياتكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً [المائدة: ٣] وقوله تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون [البقرة: ٢٢٩].

ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه، فإن ما دلّ كتاب الله على إباحته بعمومه فإنه في كتاب الله؛ لأنّ قولنا: هذا في كتاب الله يعم ما هو فيه بالخصوص والعموم^(٥٤).

ب. ليس ثمة تعارض بين الحديثين: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلّ حراماً" وحديث: "من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل؛ لأنّ التعارض يُعرف بعد معرفة المراد من قوله ﷺ: "كتاب الله" الوارد في الحديث الثاني، فلا يُراد به القرآن الكريم قطعاً؛ لأنّ أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن، بل علّمت من السنة النبوية المطهرة، فعلم بذلك أنّ المراد ب"كتاب الله" أي: حكمه، وحكم الله تعالى هو الذي حكم به على لسان رسوله ﷺ ومن المعلوم أنّ كلّ شرط ليس في حكم الله، هو مخالف له، ويُعدّ باطلاً، كما أنّ تحريم ما أحله الله أو إباحة ما حرّمه يُعدّ حراماً باطلاً، أمّا ما سكت عنه وعفا عن ذكره، فهو مُباح وتحريمه هو الذي يُعدّ تعدياً لحدود الله تعالى^(٥٥).

ج. وأمّا الحديث الذي قيل فيه: (لا يصحّ منه شيء؛ لأنّ الطّرق التي جاء بها طرق ضعيفة) فالجواب: إنّ كان في بعض طرقه ضعف من جهة السند، فقد جاء من طرق أخرى، وهذه الطرق يقوّي بعضها بعضاً، ولا يصحّ القدح في سائرهما، فهي بالطرق الأخرى ترتفع لمرتبة ما يُحتجّ به^(٥٦).

٣) الترجيح: بعد عرض أدلة الفريقين، ومناقشتها، يبدو بوضوح أنّ رأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم القائل بأنّ ما يستحدثه النّاس من عقود وما يتصل بها من شروط: الأصل فيها الصحة، ويجب الوفاء بها، ولا يبطل منها شيء إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وبطلانه نصّاً أو إجماعاً هو الرأي الراجح الذي ينبغي الأخذ به. والله أعلم.

أ. أما أسباب التّرجيح: إنّ أسباب التّرجيح هي: قوة الأدلة التي استدلت بها ابن تيمية وابن القيم، وقوة ردّ الاعتراضات الموجهة لهما. إضافة إلى أنه لا

وجه الاستدلال: أنّ دين الله اكتمل، ولا يحتاج إلى زيادة، وإنّ إنشاء عقود وشروط جديدة ليست في كتاب الله تعالى هو تعدّ على حدود الله، وزيادة على شرعه^(٥٩).

ب. ومن السنة: ما روته عائشة ؓ أنّ رسول الله ﷺ قال: ((ما بال الناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مئة شرط، شرط الله أحق وأوثق))^(٥٠).

وجه الاستدلال: أنّ هذا الحديث قاطع الدلالة على إبطال كلّ عقد وشرط وعهد ليس في كتاب الله ﷻ لأنّ اسم الشرط يصدق عليها جميعاً^(٥١).

ثالثاً: مناقشة الأدلة، والتّرجيح:

١) اعتراضات الظاهرية على أدلة ابن تيمية وابن القيم:
أ. إنّ أدلة المعارض لنا ليست على عمومها ولا على ظاهرها، بل هي مخصوصة بما استدلت به الظاهرية من آيات وأحاديث صحيحة، إذا هي مخصوصة بالعقود والشروط التي جاء بها القرآن أو السنة بإلزامها فقط.

ب. إنّ يعارضها الحديث الصحيح: ((من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل))^(٥٢).

ج. حديث: المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلّ حراماً لا يصحّ منه شيء؛ لأنّ الطّرق التي جاء بها طرق ضعيفة، ولو وجدنا خبراً يصحّ في غير هذه الشروط باقياً غير منسوخ لقلنا به، وعلى فرّض صحته: فهو حجة على المعارضين لنا؛ لأنه لا شروط للمسلمين إلا الشروط التي أباحها الله تعالى في القرآن أو السنة، فالمسلمون لا يجيزون استحداث عقود لم يأذن بها الله^(٥٣).

٢) إجابات ابن تيمية وابن القيم:

أ. قال ابن تيمية: "قد ذكرنا ما الكتاب والسنة والآثار الدالة على وجوب الوفاء بالعهود والشروط عموماً، وأنّ المقصود هو وجوب الوفاء بها، وعلى هذا التقدير فوجوب الوفاء بها يقتضي أن تكون مباحة، وذلك لأنّ قوله ﷺ: ((ليس في كتاب الله)) إنّما يشمل

المناقصة على شخص ما، تؤهله لأن يتعاقد معه. ومن ثم: فإن عقد المفاوضة لا يكون منعقداً بالمناقصة.

■ الاتجاه الثاني:

يرى أن المناقصات وما يتبعها من ترسية يعد تعاقداً مع من رست عليه المناقصة، وقد أخذ بهذا الاتجاه النظام الإداري السعودي^(١٠) وهذا الاتجاه يبين أن الإيجاب والقبول يحصلان عن طريق المناقصة، فالإيجاب هو: تقديم العرض من المتقدم إلى المناقصة، والقبول هو: ترسية المناقصة على صاحب العرض المختار.

وهذا الاتجاه يعد تحرير العقد بعد ذلك أمراً شكلياً، أو لمجرد التوثيق ليس لإلزاماً أن عقد المفاوضة يبرم عن طريق المناقصة برأي هذا الاتجاه فما صحة إبرام العقد عن طريق الكتابة؟

وللإجابة عن هذا السؤال لابد من دراسة انعقاد العقد بطريقة الكتابة.

ثانياً: انعقاد العقد بطريقة الكتابة:

اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بطريقة الكتابة بين حاضرين على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء: الحنفية، والمالكية، والشافعية في الأصح والحنابلة في رواية إلى أنه يصح التعاقد عن طريق الكتابة^(١١). واشترط الشافعية الفور في القبول، ولا بد من ذكر شرطين اثنين:

- ١ أن تكون الكتابة مستبينة: أي: (تبقى صورتها على ما كتبت عليه بعد الانتهاء من الكتابة). مثل: الكتابة على لوح أو ورق.
- ٢ أن تكون الكتابة مرسومة: أي: يذكر فيها اسم المرسل إليه، واسم المرسل وتوقيعه^(١٢).

■ واستتلوا بما يأتي:

■ إن الكتاب كالخطاب في دلالاته على الرضا، ويعد من نوع الكناية، فيصح به الإيجاب والقبول. كما جاء في القواعد الفقهية: (الكتاب كالخطاب)^(١٣).

القول الثاني: أن العقد ينعقد بالكتابة إذا كان بين غائبين، ولا ينعقد بين حاضرين. وهذا ما ذهب إليه الشافعية في

يمكن لشرعية عالمية كالشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان أن تقف جامدة إزاء ما يجد من عقود وشروط مما يتعلق بجانب المعاملات المالية المعاصرة، وقد فرض علينا معشر الباحثين أن نبحث عن حلول عملية منبثقة من نصوص الشريعة واجتهادات السابقين واللاحقين لنحقق مصالح العباد المشروعة، ونظهر لهم سعة هذا الدين الحنيف الذي سيبلغ ما بلغ الليل والنهار.

ب. وبناء على بحث هذه المسألة يتبين لنا أن حكم إجراء المناقصات إن عدناها من العقود المستحدثة جائزة صحيحة؛ لأنه ليس فيها شيء محرّم في الكتاب أو السنة. والأصل في استحداث العقود الجواز.

الفرع الثالث: حكم انعقاد عقد المفاوضة عن طريق المناقصة:

إن إبرام عقد المفاوضة عن طريق المناقصة هو أكثر الطرق شيوعاً في هذا العصر، بل إنها الطريقة الرئيسة في تعاقد الجهات الحكومية مع المقاولين؛ إذ إن الجهات الحكومية مقيدة بوجوب اتباع هذه الطريقة في تعاقدتها، ويجوز لها اتباع طرق أخرى في حالات استثنائية^(١٤).

وقبل أن أبين شرعية انعقاد المفاوضة عن طريق المناقصة، لابد من معرفة الإجابة عن السؤال الآتي:

أولاً: هل المناقصة إجراء تمهيدي لإبرام عقد المفاوضة، أم هي العقد ذاته؟

عند النظر إلى كيفية إبرام عقد المفاوضة عن طريق المناقصة بصورته الدارجة، يتبين لنا أن هناك اتجاهين:

■ الاتجاه الأول:

يرى: أن المناقصات وما يتبعها من ترسية، لا تعد تعاقداً مع من رست عليه المناقصة، ولا يعد من رست عليه المناقصة متعاقداً معه إلا من تاريخ توقيع العقد. وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الإداري السوري^(١٥) والكويتي، والقطري، والإماراتي^(١٦). وهذا الاتجاه يبين أن رسوء

المطلب الرابع

انتهاء عقد المفاوضة^(٦٧)

وسأذكر خمس حالات لانتهاء عقد المفاوضة هي:
انتهاءه بالإقالة، وبإنجاز العمل، وبموت المفاوض، وبالغنى الطارئ، وبالقوة القاهرة.

الحكم التكليفي للإقالة:

الإقالة تدور بين الذنب والوجوب، بحسب حالة العقد، فتكون مندوباً إليها إذا ندم أحد طرفي العقد، وطلب الإقالة؛ لحديث رسول الله ﷺ: "من أقال مسلماً بيعته، أقال الله عثرته"^(٦٨) ونُقاس إجارة الأجير المشترك على البيع، وتكون الإقالة واجبة إذا كان أحد العاقدين غائباً للآخر، وكان الغين يسيراً، وإنما قيّد الغين باليسير هنا؛ لأنّ الغين الفاحش يوجب الردّ على الغابن.

١) انتهاء العقد بالإقالة:

إذا انعقدت المفاوضة بين جهة إدارية وفرد من أفراد المجتمع أو مؤسسة اقتصادية، ثمّ أرادت كلتا الجهتين أو إحداهما إنهاء هذا العقد دونما مسوّغ، لم يكن أمامهما لإنهائه إلا الإقالة^(٦٩).

٢) انتهاء العقد بإنجاز العمل:

إذا عقدت المفاوضة وانفق العاقدان على إنجاز عمل ما كبناء مشروع سكني، فإنّ عقد المفاوضة ينتهي بإنجاز العمل، وسواء حصلت المفاوضة على صورة إجارة الأجير المشترك، أو على صورة عقد استصناع؛ لأنّ إنجاز العمل هو المقصود في العقد، ويكون قد تحقق بالإنجاز^(٧٠).

٣) انتهاء العقد بموت المفاوض:

إن كان عقد المفاوضة على صورة إجارة، فهو على إحدى حالتين:

أ. الحالة الأولى: أن تكون مؤهلات المفاوض محل اعتبار، وقد اشترط ربّ العمل على المفاوض أن يعمل بنفسه، ففي هذه الحالة يكون المفاوض مقصوداً لذاته؛ فإذا مات المفاوض انتهى عقد المفاوضة باتفاق الفقهاء^(٧١)؛ لأنّ المفاوض في هذه الحالة محل المعقود

وجه آخر، والحنابلة في قول^(٦٤).

- واستدلوا: بأنه يصح بين غائبين للحاجة، ولا يصح بين حاضرين لعدم حاجة المتكلم للكتابة.
 - ويُجابُ عنه: بأنه لا حاجة للغائب في الكتابة؛ إذ يمكنه أن يوكل من يعقد عنه باللفظ.
 - ويردّ عليه: بأن الوكالة قد لا تتيسر في كل وقت، وقد لا يرغب بها العاقد لأسباب كثيرة.
- القول الثالث:** لا ينعقد العقد بالكتابة، وهو وجه ثالث عند الشافعية^(٦٥).
- واستدلوا: بأن العاقد قادر على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره.
 - ويُجابُ عنه: بأن الغرض من اللفظ هو: الدلالة على الرضا، فإذا حصل بغيره صح العقد، وما المانع؟

الترجيح: يبدو أنّ القول الأول الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء، القائل بأنّ العقد ينعقد بالكتابة سواء بين حاضرين أو غائبين، هو القول الأرجح لقوة أدلته، ومناسبته للمسائل المعاصرة، وقوة رده على المخالف.

ثالثاً: الإيجاب والقبول في المناقصة:

مرّ سابقاً أنه بإمعان النظر في المناقصة نجد أنها عقد واحد مركب (منظومة عقود)، أي: تدخل فيه عدة عقود، مثل: (عقد بيع دفتر الشروط، وعقد الضمان الابتدائي، والضمان النهائي، ... إلخ).

وبما أن المناقصة تؤوّل إلى إبرام عقد المفاوضة، فيمكن القول بأنّ العقد عقد واحد، الإيجاب فيه يصدر من المفاوض، عندما يتقدّم بعرضه، وهذا الإيجاب ملزم له، فلا يملك الرجوع عنه حتى رسوّ المناقصة على غيره، وإذا كانت المناقصة علنية فكل عرض لاحق (يقدمه المناقص) ينسخ عرضه السابق، والقبول فيه يصدر من الجهة الإدارية صاحبة المناقصة عندما تبرم العقمع المفاوض الأقل سعراً، بعد رسوّ المناقصة عليه، فهما إيجاب وقبول تسبقهما وتتوسط بينهما إجراءات تمهد للإيجاب أو للقبول^(٦٦).

عليه، وليس عاقداً فحسب، وبفوات منفعة المقاول ينتهي العقد.

ب. الحالة الثانية: ألا تكون مؤهلات المقاول محل اعتبار، ولم يشترط ربّ العمل على المقاول أن يعمل بنفسه، وكان العمل المعقود عليه ممّا لا يختلف باختلاف المقاولين، ففي هذه الحالة يكون العمل المطلوب الذي يراد إنجازه موصوفاً في الذمة بصرف النظر عن المنجز، فإذا مات المقاول في هذه الحالة فهل ينتهي العقد؟.

الجواب: اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

■ القول الأول: عدم انتهاء عقد المقاولة بموت المقاول (الأجير)، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٧٢).

واستدلوا: بقياس عقد إجارة الأجير المشترك على عقد البيع في عدم انتهائه بالموت، فكذلك المقاولة، بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة لازم.

■ القول الثاني: هو انتهاء عقد المقاولة بموت الأجير (المقاول). وهذا ما ذهب إليه الظاهرية^(٧٣).

واستدلوا بأنّ عقد الإجارة عقد يتجدد انعقاده ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة، فالمنفعة التي يستحقها ربّ العمل بالعقد هي التي تحدث على يد الأجير لصالح ربّ العمل، فإذا مات الأجير انقطعت المنفعة التي هي: محل العقد، وانتهى عقد الإجارة.

ويجاب عنه بأنّ ربّ العمل يستحق العمل المعقود عليه موصوفاً في ذمة الأجير، ويجب استيفاء المنفعة من الأجير أو من تركته، فإذا نفذ الورثة عقد مورثهم على الشكل المتفق عليه لم يحقّ لربّ العمل الاعتراض على ذلك.

وأما ما ذهبت إليه القوانين الإماراتي والأردني والسوري والمصري فهو الآتي:

"ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه، أو اعتباراً لمؤهلاته الشخصية. فإن لم يكن هناك مثل هذا الشرط أو لم تكن مؤهلات المقاول

الشخصية محل اعتبار في التعاقد، جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

وفي حال الموت أو الفسخ يدخل في التركة قيمة ما تمّ من الأعمال والنفقات حسب شروط العقد ومقتضى العرف^(٧٤).

التّرجيح:

يبدو لي أنّ عقد المقاولة إذا كان على صورة إجارة، الأجير فيها مُشترك، ولم تكن مؤهلات المقاول محل اعتبار، فإنّ عقد المقاولة لا ينتهي بموت المقاول، ويحقّ للورثة إتمام العقد؛ لأنّ العمل وصف في الذمة؛ وإذا كان العمل كذلك جاز للورثة القيام به بأي شكل من الأشكال.

وإن كانت المقاولة على صورة عقد استصناع على مذهب الحنفية. فموت المقاول سبب لانتهاء عقد المقاولة عندهم سواء أكان الصانع مقصوداً لذاته أم غير مقصود لذاته، وذلك تشبيهاً لعقد الاستصناع بعقد الإجارة، والإجارة تنتهي عندهم بالموت.

انتهاء العقد لعذر طارئ:

العذر الطارئ (اصطلاحاً) ما يتعدّرُ معه المضيُّ على موجب الشّرع إلاّ بتحمّل ضرر زائد^(٧٥).

٤) انتهاء عقد المقاولة بالعذر الطارئ:

إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ عقد المقاولة أو إتمام تنفيذه، جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه أو إنهؤه حسب الأحوال، فقد أجاز الحنفية دون غيرهم فسخ عقد الإجارة وعقد المزارعة بالأعذار الطارئة، سواء أكان العذر قائماً بالعاقدين أم بالمعقود عليه؛ لأنّ الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. يقول ابن عابدين: كلُّ عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلاّ بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حقُّ الفسخ^(٧٦).

أما الجمهور فالأصل عندهم عدم الفسخ بالعذر، وقد

شيئاً، بَمَ تَأْخُذْ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟))^(٨٣). وفي رواية أخرى لفظها: ((لَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَمْرٌ بَوْضَعِ الْجَوَائِحَ))^(٨٤)، فالحديثان ظاهر فيهما التنبيه إلى وجوب مراعاة الظروف الطارئة، على الرغم من وجود العقد الذي مقتضاه أن البائع بعد تسليمه المبيع إلى المشتري، فإنه قد خرج من ضمانه، في حين أن هذا الحديث يدل على أنه في حال حدوث جائحة، فإنَّ البائع يظلَّ ضامناً، ولا يحلَّ له أخذ الثمن^(٨٥).

وقد سبق أن بينَّ قرار مجمع الفقه الإسلامي أن المفاوض لا يضمن ما كان بسبب رب العمل، أو بسبب قوة قاهرة.

الخاتمة:

عقد المقاولة: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، ومن ثمَّ فعقد المقاولة عقد رضائي، لا يشترط في انعقاده شكل معين، وهو عقد ملزم للعاقدين، وهو من عقود المعاوضة.

أما تكليف عقد المقاولة: فهو إذا كان وارداً على العمل، ولا يقوم العامل بتقديم شيء من المواد، فهو عقد إجارة، الأجير فيها مُشْتَرَكٌ. وإن كان مختلطاً ومتساوياً بين العمل وتقديم المواد فهو عقد استصناع.

محل عقد المقاولة: يتنوع تبعاً لتنوع كيفية الاتفاق الذي يتم بين العاقدين؛ لذلك يكون محل العقد في صورة هو (المنفعة)، ويكون في صورة أخرى هو (العين) وأما (المنفعة) فتبع للعين.

تعريف المناقصة: عرِّفت في القانون الإداري بأنها: طريقة أساسية لتقديم المواد، وإنجاز الخدمات، وتنفيذ الأشغال، متى تجاوزت القيمة التقديرية الحدود المقررة للشراء المباشر (ثلاثة آلاف ليرة سورية)، وتتبع هذه الطريقة في كل الأحوال التي لم يرد في هذا النظام نص على الاستثناء منها^(٨٦). وبناء على ذلك فالمناقصة: "طريقة نظامية (خاضعة لنظام محدد) لشراء سلعة أو خدمة، تلتزم فيها الإدارة (الجهة الإدارية) بدعوة

يرون الفسخ في أحوال قليلة، لكن إذا تضرر أحد العاقدين جاز له مطالبة الطرف الآخر بالتعويض المتعارف عليه^(٧٧).

وأكتفي بهذه الحالات الأربع في انتهاء عقد المقاولة. ولا أرى حاجة للتوسع أكثر من ذلك.

٥) انتهاء عقد المقاولة بسبب القوة القاهرة^(٧٨):

القوة القاهرة في الواقعة القانونية هي: "ذلك الحادث المفاجئ الذي يجعل تنفيذ العقد مستحيلًا استحالة مطلقة" ويشترط لتوافرها أربعة شروط^(٧٩):

الأول: عدم صدور خطأ من المدين.

الثاني: عدم توقعها عند إبرام العقد.

الثالث: عدم القدرة على التحرز منها أو دفعها إذا وقعت.

الرابع: أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلًا.

فالشروطان الأوليان: شخصيان، والثالث: يعود إلى طبيعة الحادث، والرابع: هو نتيجة الحادث^(٨٠).

نظرة القانون لانتهاء العقد بسبب القوة القاهرة:

إذا كان عدم قيام العاقد بتنفيذ التزامه راجعاً إلى قوة قاهرة، فللعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد؛ لتوافر الحكمة التي بُنيت عليها قاعدة الفسخ، وليس من العدل أن يكلف أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، بينما لا يستطيع المتعاقد الآخر أن يقوم بما عليه من التزام، وأن التزم هذا المتعاقد ينقطع سببه فيسقط، ويتحمل المدين تبعة استحالة تنفيذ التزامه^(٨١).

نظرة الفقه الإسلامي لانتهاء العقد بسبب القوة القاهرة^(٨٢):

إذا بحثنا في الفقه الإسلامي عن مفهوم (القوة القاهرة) فإننا نجد ما يسمى بمبدأ (وضع الجوائح) والمراد بهذا المبدأ: أنه إذا وقعت جائحة خارجة عن إرادة العاقدين، فإنها تؤثر على العقد وآثاره، وهو مبدأ قائم على استثناء حالة الجائحة من قاعدة ضمان المبيع قبل قبضه من المشتري، وقد ورد في ذلك أحاديث صحيحة، منها: ما رواه جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ((لو بعثت من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحلَّ لك أن تأخذ منه

بيروت، دار ابن حزم، (ط ١) مادة: (١٢٤)، ص ١٠٢.
 (٤) المرجع السابق، جزء من المادة: (٣٨٨)، ص ١٥٥.
 (٥) د. رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، على قرص مدمج من (العربية لتقنية المعلومات)، مصر، بحث بعنوان: مناقصات العقود الإدارية الدورة التاسعة، العدد التاسع الجزء الثاني. ص ٢٢٢ وما بعدها.
 (٦) القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم: (٨٤) عام ١٩٤٩، وتعديلاته، إعداد وتنسيق: مدوح عطري، دمشق، مؤسسة النوري، ص ١٠٦. ويطابق هذا التعريف المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري، والمادة (٦٤٥) من القانون المدني الليبي، والمادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي. ينظر. عبد الرزاق بن أحمد السنهوري (ت ١٣٩١هـ/١٩٧١م)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، (ط ٣) (للعام ٢٠٠٠)، ج ٧، ص ٥.

(٧) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٧، ص ٥.

(٨) المرجع السابق، ج ٧، ص ٥.

(٩) السنهوري، الوسيط، ج ٧، ص ٢٣.

(١٠) المرجع السابق، ج ٧، ص ٢٦-٢٧.

(١١) ينظر: شمس الأئمة، محمد بن أحمد بن سهل السرخسي (ت ٤٨٣هـ/١٠٩٠م)، المبسوط، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط ١)، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ج ١٥، ص ٨٤-٨٥.

(١٢) ينظر: (ابن الهمام) كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت ٨٦١هـ/١٤٥٧م)، شرح فتح القدير، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج ٧، ص ١١٦. و(ابن عابدين) محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ/١٨٣٦م)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، بيروت، دار الفكر، (ط ٢)، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م، ج ٥، ص ٢٢٤.

(١٣) السمرقندي (... - ٥٥٦هـ/... - ١١٦١) علاء الدين، محمد بن يوسف بن محمد بن علي العلوي الحسني، أبو القاسم، ناصر الدين، المدني السمرقندي: فقيه حنفي، عالم بالتفسير والحديث والوعظ، من أهل

المناقصين؛ لتقديم عطاءتهم (عروضهم)، وفق شروط ومواصفات محددة؛ من أجل الوصول إلى أرخص عطاء، بافتراض تساوي العطاءات في سائر المواصفات^(٨٧).

وبما أن المناقصة تؤول إلى إبرام عقد المقاوله، فيمكن القول بأن العقد عقد واحد، الإيجاب فيه يصدر من المقاول، عندما يتقدم بعرضه، وهذا الإيجاب ملزم له، فلا يملك الرجوع عنه حتى رسو المناقصة على غيره، وإذا كانت المناقصة علنية فكل عرض لاحق (يقدمه المناقص) ينسخ عرضه السابق، والقبول فيه يصدر من الجهة الإدارية صاحبة المناقصة عندما تبرم العقد مع المقاول الأقل سعراً، بعد رسو المناقصة عليه، فهما إيجاب وقبول تسبقهما وتتوسط بينهما إجراءات تمهد للإيجاب أو للقبول^(٨٨).

ينتهي عقد المقاوله إما بالإقالة، أو بإنجاز العمل، أو بموت المقاول، أو بالعذر الطارئ، أو بالقوة القاهرة.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الهوامش:

(١) ينظر، مادة (عقد)، أحمد بن محمد الفيومي (ت نحو ٧٧٠هـ/١٣٦٨م)، المصباح المنير، القاهرة، دار الحديث، ٢٠٠٣م، ص ٢٥٠. ومحمد بن مكرم ابن منظور (ت ٧١١هـ/١٣١١م)، لسان العرب، بيروت، دار صادر (ط ١)، (ج ٢)، ص ٦٢٥) وإبراهيم مصطفى (ت ١٣٨٢هـ/١٩٦٢م)، وأحمد حسن الزيات (ت ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م)، وحامد عبد القادر (ت ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م) ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، إستنبول تركيا، دار الدعوة (ط ٢)، ج ٢، ص ٩٥١.

(٢) الفيومي، المصباح المنير: مادة (قول)، ص ٣٠٩. ومرضى الزبيدي محمد بن محمد (ت ١٢٠٥هـ/١٧٩٠م)، تاج العروس، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، ١٣٨٥هـ الكويت، مطبعة حكومة الكويت، وزارة الإعلام، ج ٣٠، ص ٣٠١. وإبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج ٢، ص ٧٦٧.

(٣) مجلة الأحكام العلية، بعناية: بسام عبد الوهاب الجابي،

- سمرقند حج سنة /٥٤٣هـ/ وأقام بعد عودته مدة ببغداد، ومات بسمرقند، وكان شديد النقد للعلماء والأئمة، له تصانيف منها (مصاييح السيل) و (تحفة الفقهاء) وغيرهما. ينظر، الزركلي، الأعلام، ج٧، ص١٤٩.
- (١٤) السمرقندي محمد بن يوسف (ت ٥٥٦هـ/١١٦١م)، تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١) ١٤٥٥هـ/١٩٨٤م، ج٢، ص٣٦٢.
- (١٥) الكاساني (٥٨٧هـ/١١٩١م) أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين، منسوب إلى كاسان: (أوقاشان، أو كاشان) بلدة بالتركستان خلف نهر سيحون، من أهل حلب، من أئمة الحنفية، كان يسمى "ملك العلماء" من كتبه "بدائع الصنائع"، تولى بعض الأعمال لنور الدين الشهيد، والمتوفى بحلب، ينظر، الزركلي، الأعلام، ٧٠/٢. والموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٦٦/١.
- (١٦) علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني (ت ٥٨٧هـ/١١٩١م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (ط٢)، ١٩١٤هـ/١٩٩٨م، ج٤، ص٩٤.
- (١٧) ينظر: د. علي محيي الدين علي القره داغي، التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية، بحث: منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، على قرص مدمج من (العربية لتقنية المعلومات) الدورة الثامنة، العدد الثامن، ج٢، ص٤٦٦.
- (١٨) ينظر، الصاوي أحمد بن محمد الخلوتي (ت ١٢٤١هـ/١٨٢٥م)، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للأحمد الدريبر، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ج٣، ص٤. ومحمد بن أحمد الشرييني (ت ٩٧٧هـ/١٥٧٠م)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بيروت، دار المعرفة، (ط١)، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ج٢، ص٦. ومنصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ/١٦٤١م)، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، (ط١)، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ج٣، ص١٢٢.
- (١٩) علي بن أبي بكر المرغيناني الحنفي (ت ٥٩٣هـ/١١٩٧م)، الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط٢)، (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م)، ج٤، ص٣ مع كتاب (نصب الراية تخريج أحاديث الهداية). (٢٠) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٢٤٠.
- (٢١) ينظر، مصطفى أحمد الزرقا (ت ٢٠٠٣م)، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دمشق، دار القلم، (ط١)، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، ص٢٨٤.
- (٢٢) ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط١، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، ص٢٩٤.
- (٢٣) ينظر: المرجع السابق، ص٢٩٤.
- (٢٤) ينظر: المرجع السابق، ص٢٩٤.
- (٢٥) ينظر، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٤٠٠.
- (٢٦) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٧، مج١، ص٥٥.
- (٢٧) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج٣، ص٣١.
- (٢٨) ينظر: مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات المعاصرة، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (الدورة السابعة، المجلد الثاني، ص٢٣٨) برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، على (قرص مدمج) (الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢٠٥، الرقم المتسلسل ١٠) العربية لتقنية المعلومات، القاهرة.
- (٢٩) ينظر: مادة (نقص) ابن منظور، لسان العرب، ١٠٠٠/٧ وما بعدها.
- (٣٠) المناقصة، وعقد التوريد، وعقد الأشغال العامة، وعقد إدارة المرافق العامة هي جزء من القانون الإداري الذي لم يُقنن في كثير من البلاد، ولكن له نظريات، مثل (نظرية القوة القاهرة) و(نظرية تغير الظروف) و(نظرية فعل الأمير وما إليها). ينظر: القاضي محمود شمّام، بحث (دراسة معمّقة حول الشرط الجزائي)، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ج٢، ص٢٢٨٢٤) في برنامج (الشاملة الإلكتروني على الإنترنت). www.shamela.ws.

- (٣١) د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، مقرر السنة الثانية لكلية الحقوق في جامعة دمشق، منشورات جامعة دمشق، للعام (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ج ٢، ص ٣١٤.
- (٣٢) د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، المجلد الثاني، (ص ١٨٥)، على (قرص مدمج) (الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢.٥، الرقم المتسلسل ١٠) العربية لتقنية المعلومات، القاهرة.
- (٣٣) ينظر: عبد الرحمن بن عايد العايد، عقد المفاوضة، ص (٥٨) نقلاً عن المادة (٥٦) من القانون الكويتي، والمادة (٤٣) من القانون القطري، والمادة (٦٢) من القانون الإماراتي.
- (٣٤) المرجع السابق (نقلاً عن دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ومعه عقد الأشغال، في النظام السعودي، ص ٢٢).
- (٣٥) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان (١٩٩٨)، الطبعة الثانية الجديدة، ج ٢، ص ٦٢.
- (٣٦) الضمان الابتدائي: "تعهد مقيد بزمن يصدر من البنك بناء على طلب العميل يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ يُقدَّر بـ (١%) من قيمة المشروع الذي سيقدم إليه، لأمر جهة مستفيدة من هذا العميل، يدل على جدية المتقدم للتعهد والاستمرار فيه". ينظر، عبد الرحمن ابن عايد بن خالد العايد. عقد المفاوضة، الرياض، وزارة التعليم العالي، (ط ١) ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ص ٥٦.
- (٣٧) الضمان النهائي: تعهد مقيد بزمن يصدر من البنك بناء على طلب العميل يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ يُقدَّر بـ (٠، ١٠) من قيمة المشروع الذي سيقدم إليه، لأمر جهة مستفيدة من هذا العميل، يُقصد منه ضمان قيام الشخص بتنفيذ العمل وفق المواصفات المتفق عليها. عبد الرحمن العايد، عقد المفاوضة، ص ٥٧.
- (٣٨) ينظر، د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، جامعة دمشق، ص ٣١٥. عاطف محمد حسين أبو هرييد، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، ص ٩٦-١٠٥.
- (٣٩) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، ص ١، ص ٥٧.
- (٤٠) عن أنس بن مالك: لُقِبَ مِنَ الْأَنْصَارِ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَ لَهَا فِي بَيْتِكَ شَيْءٌ؟ قَالَ: بَلَى، نَلَيْسَ بَعْضُهُ وَنَبْسَطُ بَعْضُهُ وَقَعِبُ نَشْرَبُ فِيهِ مِنَ الْمَاءِ. قَالَ لُتْنِي بِهِمَا».
- فَاتَّاهُ بِهِمَا فَأَخَذَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَ قَالَ: «بَيْنَ يَشْتَرِي هَذَيْنِ؟ هَلْ رَجُلًا أَخَذَهُمَا بِدَرِّهِمْ، قَالَ: مَنْ يَزِيدُ عَلَيَّ دَرْمِيْنَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، قَالَ رَجُلٌ: أَنَا أَخَذَهُمَا بِدَرِّهِمَيْنِ، فَأَعْطَاهُمَا إِيَّاهُ، وَأَخَذَ الدَّرْمَيْنِ وَأَعْطَاهُمَا الْأَنْصَارِيَّ، وَقَالَ اشْتَرِي بِأَحَدِهِمَا طَعَامًا فَانْبِذْهُ إِلَى أَهْلِكَ، وَاشْتَرِ بِالْآخَرِ قَدُومًا فَأَتَيْتُ بِهِ».
- أخرجه أبو داود، كتاب: الزكاة، باب: ما تجوز فيه المسألة، رقم (١٦٤١)، (ج ٢ / ص ٢٠٠)، وأخرجه الترمذي مختصراً في البيوع، باب: من يزيد، رقم (١٢١٨) وقال: "هذا حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان".
- (٤١) ابن تيمية: (٦٦١ ٧٢٨هـ/٢٦٦٣م ١٣٢٨م) أحمد بن عبد الحليم أبو العباس تقي الدين الحراني النمشقي الحنبلي، شيخ الإسلام، ولد في حران جنوب دمشق وتحوّل به والده إلى دمشق حيث تعلم فبغ واشتهر، واعتقل في مصر، ثم في دمشق والمتوفى بها معتقلاً. من كتبه (الفتاوى)، ينظر، الزركلي، الأعلام، ١/١٤٤.
- (٤٢) ابن قيم الجوزية: (٦٩١ ٧٥١هـ/٢٩٢٢م ١٣٥٠م) محمد بن أبي بكر الزرعي النمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين، أحد كبار العلماء، مولده ووفاته في دمشق، تتلمذ على شيخ الإسلام ابن تيمية، وسجن معه في قلعة دمشق، من مؤلفاته: "إعلام الموقعين" و"زاد المعاد" وغيرها كثير. ينظر: الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، (ط ٥)، ٥٦/٦.
- (٤٣) المذاهب الأربعة يتوسعون في العقود والشروط وفق أصول وأدلة يعتمدها، كالتقاسم، والعرف، والاستحسان، والمصالح المرسلة. ويؤكد ذلك: ما جاء في المبسوط من أن الثابت بالعرف ثابت بدليل، وجاء فيه أيضاً: الثابت بالعرف، كالثابت بالنص. (السرخسي، المبسوط، ج ١٣/ص ٤١، ٤١، ١٩، ١٤)

(٤٨) علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ/١٠٦٤م)، المحلى، كتاب: القرض. مسألة: رقم: (١٢٠٦) من كان له دين حال فرغب المدين في أن ينظره ففعل، تحقيق: أحمد شاكر، بيروت، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، (ط٢)، ٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ج٨، ص٢٢٧.

(٤٩) علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ/١٠٦٤م)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ج٥/ص١٥.

(٥٠) أخرجه البخاري في الصحيح: كتاب: البيوع، باب: الشراء والبيع مع النساء، رقم (٢١٥٦) ص: ٣٤٥. وأخرجه مسلم: كتاب: العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق. رقم (٣٧٥٦): ٣٨٠/١٠. واللفظ: للبخاري.

(٥١) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام.

(٥٢) سبق تخريجه، والحكم عليه قبل قليل في أدلة ابن تيمية وابن القيم.

(٥٣) ينظر: ابن حزم، المحلى، مسألة رقم (١٤٤٧)، ج٩، ص١٩٣.

(٥٤) ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج٢٩/ص٨٩.

(٥٥) ينظر: محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ/١٣٥٠م) إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: بشير محمد عيون، دمشق، مكتبة دار البيان، (ط١)، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ج١، ص٣٢٧.

(٥٦) ينظر: ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ص٢٦٢.

(٥٧) تنص المادة ٧/ من نظام عقود هيئات القطاع الإداري السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٨/ لعام ١٩٦٩، على أن: ((المناقصة هي الطريقة الأساسية لتقديم المواد وإنجاز الخدمات، وتنفيذ الأشغال متى تجاوزت القيمة التقديرية الحدود المقررة للشراء المباشر (ثلاثة آلاف ليرة سورية) وتتبع هذه الطريقة في كل الأحوال التي لم يرد في هذا النظام نص على الاستثناء منها)) ينظر: أ.د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، مطبوعات جامعة دمشق، (ط٥)، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ج٢، ص٣١٤.

وعليه: أجاز الحنفية الكثير من العقود كالاتصناع وغيره، لكن الحنابلة كانوا أكثر الفقهاء توسعاً في إباحة العقود والشروط، خاصة: ابن تيمية، وابن القيم، وهما اللذان أثبتا أن الأصل في العقود الجواز. ينظر: أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ/١٣٢٨م)، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م، ج٤/ص٧٦ وما بعدها.

ويقول ابن تيمية: (والذي يمكن ضبطه قولان: أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود والشروط ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تُبنى على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس، وكذلك بعض أصحابه قد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد.) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج٤، ص٧٦.

(٤٤) ينظر: أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ/١٣٢٨م)، القواعد النورانية الفقهية حققه وخرج أحاديثه: د. أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، ص٢٦١.

(٤٥) أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ/١٣٢٨م)، مجموعة الفتاوى، اعتنى بها وخرج أحاديثها: عامر الجزر، وأنور الباز، المنصورة، مصر، دار الوفاء، (ط٣)، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ج٢٩/ص٢٨ + ١٢٩.

(٤٦) أخرجه الترمذي: كتاب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم (١٣٥٢) ص: ٣٢٦. وقال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح" وأخرجه أبو داود: كتاب: الأقضية، باب: في الصلح، رقم: (٣٥٩٤). وابن ماجه: كتاب: الأحكام، باب: الصلح، رقم: (٢٣٥٣).

(٤٧) ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج٢٩/ص١٤٧، وما بعدها. ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، عمان، دار النفائس، (ط٤)، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ص٢٢.

- (٥٨) المرجع السابق، ص: ٣١٦.
- (٥٩) المادة: (٥٦) من القانون الإداري الكويتي، والمادة: (٤٣) من القانون القطري، والمادة: (٦٢) من القانون الإماراتي. ينظر، علي عبد الله الجريسي، اختيار المتعاقد، دراسة مقارنة بدول مجلس التعاون الخليجي، معهد الإدارة العامة، (ط١)، (١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، ص ١٥٥.
- (٦٠) ينظر، إعداد: إدارة المقاولين في الغرفة التجارية والصناعية، دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية في المملكة العربية السعودية، الرياض، (ط١)، غرفة التجارة والصناعة، ١٤١٧هـ. ومعه نموذج عقد الأشغال العامة.
- (٦١) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، دار الفكر، ٥١٢/٤. والزيلعي، تبين الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، ٤/٤. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤/٣. والرددير، الشرح الصغير، ٥/٣. والخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٩/٣. والبهوتي، كشف القناع، ١٦٩/٣.
- (٦٢) ينظر، والخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٩/٣. وأحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص ٣٤٩.
- (٦٣) ينظر، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الفكر، (إعادة ط٢)، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م، ص ٤٠٣.
- (٦٤) ينظر، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية، تحقيق: عبد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، (ط٣)، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م، ص ٣٠٩. علاء الدين علي بن أحمد المرادوي، (ت ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م، ٤٧٢/٨.
- (٦٥) ينظر: يحيى بن شرف النووي، (ت ٦٧٦هـ/ ١٢٧٧م)، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، الرياض، دار عالم الكتب، (طبعة خاصة)، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م، ج ٣، ص ٦.
- (٦٦) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان (١٩٩٨)، الطبعة الثانية الجديدة، ج ٢، ص ٦٢.
- (٦٧) الإقالة: هي نزع العقد وإلغاء حكمه وأثاره بتراضي الطرفين. أ.د. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دمشق، دار القلم، (ط١)، ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م، ص ٧٢.
- (٦٨) أخرجه أبو داود: كتاب: البيوع والإجازات. باب: في فضل الإقالة. رقم (٣٤٦٠)، وسكت عنه، وأخرجه ابن ماجه: كتاب: التجارات، باب: الإقالة. رقم (٢١٩٩)، وأخرجه الحاكم: كتاب: البيوع (٤٥/٢) رقم (٢٢٩١)، وقال: "هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه" ووافقه الذهبي، وأخرجه أحمد في المسند (١٥٢/٢) وابن حبان: رقم (١١٠٣). وغيرهم.
- (٦٩) قال الشافعي وأحمد في الصحيح ومحمد من الحنفية: الإقالة: فسخ، وقال مالك وأبو يوسف من الحنفية: الإقالة: بيع. وقال أبو حنيفة: هي: فسخ في حق العاقدين، بيع في حق غيرهما. والراجح أن الإقالة فسخ بحق العاقدين وغيرهما. ينظر، الكاساني، البدائع، ج ٤/ ص ٥٩٣، وسليمان بن خلف الباجي، (ت ٤٩٤هـ)، المنتقى شرح الموطأ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، (١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م)، ج ٦، ص ٦٥. وابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ١٩٩.
- (٧٠) ينظر، المادة: (٨٩٢) أ.د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، ص ٢٨١. السنهوري، الوسيط، ج ٧/ ص ٢٣٥.
- (٧١) ينظر، المبسوط، ج ١٥، ص ٩٠. الكاساني، البدائع، ج ٤/ ص ٥٩٢، ٥٩٨. والخطاب، مواهب الجليل، ج ٤، ص ٢٨٨. والرملّي، نهاية المحتاج، دار الفكر، ٣١٧/٥. وابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، ٧٦/٨.
- (٧٢) ينظر: المصادر السابقة.
- (٧٣) ينظر: ابن حزم، المحلى، مسألة رقم (١٢٩١)، كتاب الإجازة والأجزاء، ج ٩، ص ٦.

- (٧٤) القانون الإماراتي، مادة (٨٩٦) والأردني (٨٠٤) واللفظ لهما. والقانون المدني السوري، مادة (٦٣٢) والمصري (٦٦٦)، السنهوري، الوسيط، ج٧، ص ٢٥٤.
- (٧٥) أ.د. نزيه حمّاد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٣١٢.
- (٧٦) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج ٥/ ص ٥٥.
- (٧٧) القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، شرح وتحقيق: د. عبد الله العبادي، القاهرة، دار السلام، (ط١)، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م، ج ٤، ص ١٨١٦، النظر في الفسوخ. والخطيب الشرييني، مغني المحتاج، ج ٢/ ص ٣٥٥. وما بعدها. وابن قدامة، المغني، ج ١٠/ ص ٥٢١-٥٢٢. والقانون المدني الإماراتي، مادة (٨٩٤) والأردني، مادة (٨٠٢). ومجلة الأحكام العدلية، مادة (٤٤٣) و(٥٨١).
- (٧٨) ذكر قرار مجمع الفقه الإسلامي (حكم انتهاء عقد المقاولة بسبب القوة القاهرة، وعدم ضمان المقاول في الفقرة رقم (١٠) من هذا القرار، وإتماماً للفائدة ذكرت القرار كله، وهذا نصه:
- إنّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) ٨ ١٣ نو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١٦ ١ كانون الثاني ٢٠٠٣م. بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره.
- وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع وقواعده ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات. ونظراً لأهمية عقد المقاولة ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي، قرر ما يلي:
١. "عقد المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً؛ مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر" وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة، وهو ما يسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم
- المقاول العمل وهو ما يسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.
٢. إذا قدم المقاول المادة والعمل، فينطبق على العقد قرار المجمع رقم (٦٥) (٧/٣) بشأن موضوع الاستصناع.
٣. إذا قدم المقاول العمل فقط، فيجب أن يكون الأجر معلوماً.
٤. يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:
- أ. الاتفاق على الثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصفات المحددة بدقة.
- ب. الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية؛ طبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.
- 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 يرفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذٍ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.
٥. يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم يكن هناك ظروف قاهرة، ويُطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم (١٠٩) (١٢/٣) ٧٨.
٦. يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط لأجال معلومة، أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.
٧. يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.
٨. إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجره، فللمقاول عوض مثله.
٩. إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات دون اتفاق عليها، فلا يستحق عوضاً زائداً على المسمى، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات أو الإضافات.
١٠. يضمن المقاول إذا تعدى أو فرط أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها، ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل، أو بقوة قاهرة.

١١. إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه، فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.
١٢. إذا لم يشترط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه، جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداؤه من المقاول نفسه؛ لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الأجراء.
١٣. المقاول مسؤول عن عمل مقاولييه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.
١٤. لا يُقْبَلُ في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول.
١٥. لا يُقْبَلُ في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد.
- (٧٩) ينظر: السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، ص٧١٧. وفاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، (١٩٦٩م)، ص٥٨.
- (٨٠) فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، ص٥٨.
- (٨١) وهناك رأي يذهب إلى أن الفسخ لا يكون إلا إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين، أما إذا استحال تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة، فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه، ولا ضرورة إلى حكم بالفسخ (محكمة النقض الفرنسية "١٩٢٠" وغيرها) نقلاً عن: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (١٩٩٨م)، ج٢، ص٦٨٥.
- (٨٢) القوة القاهرة: قريبة من (الظروف الطارئة) وقد نظر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في "الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية" في الدورة الخامسة (٢٠٢٠هـ)، وقرر الأخذ بالظروف الطارئة، وجواز اللجوء إلى القضاء لإعادة تعديل الحقوق والالتزامات بالنسبة لطرفي العقد، أو فسخ العقد والتعويض بناء على رأي أهل الخبرة. ينظر: د. رفيق المصري، بحث "مناقصات العقود الإدارية"، ضمن مجلة مجمع الفقه
- الإسلامي، (ج٢، ص١٨١٧٢) في برنامج (الشاملة الإلكتروني على الإنترنت). www.shamela.ws.
- (٨٣) أخرجه البخاري بلفظ مختلف عن أنس بن مالك، كتاب: البيع، باب: إذا باع الثمار قبل بدو صلاحها ثم أصابها عاهة فهو من البائع، رقم (٢١٩٨)، ص٣٥٠. وأخرجه مسلم عن جابر رضي الله عنه، كتاب المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم (٣٩٥٢)، ج١٠، ص٤٦٠.
- (٨٤) أخرجه مسلم من حديث جابر رضي الله عنه، كتاب المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم (٣٩٥٧)، ج١٠، ص٤٦٢.
- (٨٥) ينظر: د. علي القره داغي، بحث (التضخم وعلاجه على ضوء القواعد العامة من الكتاب والسنة وأقوال العلماء) ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (الدورة ١٣، مج٤، ص٣٠-٣١).
- (٨٦) د. عبد الله طلبية، مبادئ القانون الإداري، مقرر السنة الثانية لكلية الحقوق في جامعة دمشق، منشورات جامعة دمشق، للعام (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ج٢، ص٣١٤.
- (٨٧) د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، المجلد الثاني، ص١٨٥، على (قرص مدمج) (الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢.٥، الرقم المتسلسل ١٠) العربية لتقنية المعلومات، القاهرة.
- (٨٨) ينظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (١٩٩٨)، الطبعة الثانية الجديدة، ج٢، ص٦٢.