ⵜⴰⴳⵍⴷⵉⵜ ⵏ ⵍⵎⵖⵔⵉⴱ
ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⵎⴷ ⵓⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ
ⵜⴰⵖⵡⵍⵉⵜ ⵏ ⵜⵓⵔⵉⵔⵜ ⴰ ⵜⵎⴰⵙⵙⴰⵏⵜ ⵜⵉⵣⵣⵓⵔⴰⵏⵜ
ⵙⴰⵢⵙ - ⴼⴰⵙ

Royaume du Maroc
Université Sidi Mohamed Ben Abdellah
Faculté des Lettres et des Sciences
Humaines Saïs -Fès

المملكة المغربية
جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية الآداب والعلوم الانسانية سايس – فاس

مركز دراسات الدكتوراه : "اللغات والتراث والتهيئة المجالية"

تكوين الدكتوراه : التاريخ والتراث

محور : الدراسات الإسلامية

مختبر: التراث دراسة وصيانة وإنقاذ

أطروحة لنيل الدكتوراه في الآداب والعلوم الإنسانية

في موضوع :

# عَقد التَّشغيل في الفقه الإسلامي وتطبيقاتُه المُعاصرة

إعداد الطالب الباحث: ابراهيم حدكي

اسم الأستاذ المشرف : الدكتور الجيلالي المريني

تاريخ المناقشة :الخميس 19 دجنبر 2019

لجنة المناقشة :

الدكتور عبد الله معصر رئيسا

الدكتور سعيد المغناوي عضوا

الدكتورة بثينة الغلبزوري عضوا

الدكتور الجيلالي المريني مشرفا ومقررا

السنة الجامعية : 2019-2020

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيم

# إهداء

أهدي هذا البحث المتواضع إلى أسرتي الكريمة، وكل من له الفضل بعد الله في تربيتي وتعليمي، ومؤازرتي بالدعم والتوجيه وبالدعاء والإلحاح.

والإهداء موصول إلى مشايخي وأساتذتي وأصدقائي الذين كان لصبرهم ودعمهم ومساندتهم الأثر الكبير في إتمام العمل، فجزاهم الله خير الجزاء.

# شكر

الحمد لله الذين وعد الشاكرين بالزيادة.

عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

فإني أشكر جامعة سيدي محمد بن عبدالله بفاس كلية الأداب والعلوم الإنسانية، المعروفة بعطائها العلمي والمعرفي، على حسن العناية وتكريم الطلبة وتوفير كل ما يحتاجونه لأجل التحصيل.

كما لا أنسى أن أخص بالتقدير وأسدي باقة من الشكر العاطر إلى فضيلة العلامة الفقيه الأصولي، الدكتورسيدي الجيلالي المريني، الذي أولاني الكثير من المتابعة والتعليم، ودوام النصح والتوجيه والتسديد، كل ذلك بحنو الأب، وسداد رأي المجرب الخبير، والشكر والتقدير موصولان للمناقشين الكرام الذين وافقوا على قبول المناقشة، وإبدائهم للملاحظات، فاللهم أجزل لمشايخي وأساتذتي الأجر في الدنيا والآخرة، وانفع بعلومهم وبارك فيها، وأعطهم من الخير فوق ما يرجون ويتمنون.

# مقدمـــة

باسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، الملك المعبود ذي العطاء والمن والجود، واهب الحياة وخالق هذا الوجود، تفرد بالوحدانية والملائكة وأهل العلم على ذلك شهود، القائل في محكم التنزيل: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾[1]، والصلاة والسلام الأكملان الأتمان على سيدنا محمد خير الأنام، القائل عليه الصلاة والسلام: "من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين"[2]، وعلى آله وصحابته الكرام، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الجزاء والدين.

أما بعد؛

فتعتبر الشريعة الإسلامية مسلكا رباني المصدر، خص الله بها عباده المؤمنين القاصدين سبل الاهتداء بأحكام هذا الدين لتكون سببا لإسعادهم في الدارين، ولقد ازداد تعلق المسلمين بها يوما بعد يوم،

---

[1] سورة آل عمران، الآية 18 .

[2] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين.

ونافحوا عنها تأليفا وتبليغا وتطبيقا، ولعل باعثهم على ذلك ليس هو التعصب أو الحمية، بقدر ما كان الدافع والباعث ما حوته هذه الشريعة الغراء من خصائص متعددة تخدم آدميتهم وإنسانيتهم، مثل الواقعية والربانية والصلاحية لكل زمان ومكان.

إن من أعظم هذه الخصائص وأنبلها والتي لا تجعل الشريعة وأحكامها في معزل تام عن الواقع المعاش، كون هذه الشريعة تمتاز بأنها شاملة مستوعبة لمختلف مناحي الحياة المتعددة مهما تطورت، وحيثما وجدت؛ فقد حوت الشريعة الإسلامية أصولا كلية وقواعد إجمالية ومبادئ مطردة تندرج تحتها جميع الجزئيات المختلفة والمتولدة عبر الأزمنة والأمكنة المختلفة، مهما تنوعت مصادرها، وكيفما كانت طرائقها وكيفياتها.

ولعل الناظر في تراثنا الإسلامي المجيد التليد،سيلمح ذلك التراكم المعرفي والزخم العلمي الذي خلفه الاشتغال على النص المؤسس قرآنا وسنة، فهما ودراسة وتنزيلا، فظهرت حول هذا النص المؤسِّس علوم متعددة مابين علوم الآلة وعلوم النقل وعلوم التقريب، وظهرت مدارس

متعددة اختص كل منها بمسلك معين في تقريب الأحكام إلى الأفهام وعموم المكلفين.

وممن برع مِن المتخصصين في التأسيس لأحكام المكلفين وما أنيطوا به بمقتضى الشريعة الإسلامية، من خلال منطوق النصوص الشرعية السادةُ الفقهاء حيث اجتهدوا وأبدعوا بعد أن حققوا ودققوا في المباحث الفقهية؛ فقربوا الأحكام ويسروا فهم المقاصد والمآلات، ووضعوا قواعد عامة لكل المستجدات والنوازل التي تطرأ على المكلفين ممّا لا يندرج بالإسم عادة تحت باب من الأبواب الفقهية المبسوطة في أمهات الكتب الفقهية.

وإذا كان فقه العبادات باعتباره أحد أقسام الفقه - بما هو علم بالأحكام العملية المكتسبة من الأدلة التفصيلية -، فإن الأحكام المتعلقة به تكاد تكون معلومة ومبسوطة ميسرة الفهم والإيضاح لكل ناظر في كتب الفقه من أمهات ومصادر وحواشي وتخريجات وشروح، والغالب فيها أنها ميسرة معلومة غير مجهولة لدى عموم المكلفين، أما فقه المعاملات فإنه يحتاج دائما إلى إعادة البحث والترتيب والمتح والتنقيب المستمر، ومحاولة رد الفرع إلى الأصل، ذلك أن الإنسان بفطرته السوية اجتماعي بطبعه، يخالط أمما وحضارات مختلفة، وتجمعات بشرية مغايرة الغالب

فيها كونها غير إسلامية وغير مقيدة بأحكام المعاملات الإسلامية، فتتواشج إذ ذاك العلاقات بينهم ويتعمق التواصل الحضاري، فتنتقل بعض من المعاملات المالية لهذه الشعوب إلى حظيرة المسلمين ووسطهم المالي.

ومع هذا التقدم التكنولوجي الهائل والتدفق المعلوماتي الباهر الذي عرفه العالم، صار لابد إذا، وبمقتضى مبدأي الشمولية وصلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، مِن النظر المؤدي إلى تحقيق المناط وإعمال الفقه التأصلي للاجتهاد المالي، قصد تحقيق توصيف شرعي لهذه القضايا المستجدة في كل وقت وإعادة تخريجها على النصوص الشرعية المعتبرة.

إن القصد المراد من ذلك والهدف المنشود أن لا تبقى الشريعة الإسلامية وأحكامها منبوذة متروكة تحت طائلة دعاوى كثيرة ومتعددة ، لعل أشنعها القول بأن الأحكام الفقهية لحقها التقادم ولم تعد صالحة لمواكبة تطوّر العصر وتغيّر الأحوال.

وتحقيقا لهذا المقصد الجلي والهدف السني، مافتئ الفقيه الأصولي العلامة الدكتور سيدي الجيلالي المريني متعه الله بالحفظ والرعاية يرنو إلى هذا المنحى،ويحاول ربط القضايا المستجدة بأصولها وفروعها الفقهية وصار متخصصا في هذا الفن بعد أن خبره وأدركه لسنوات عديدة

وأزمنة مديدة، وقد أشرف حفظه الله وبارك في علمه على دراسات علمية قيمة، ورسائل بحثية وأطروحات جامعية هامة طبعت فيما بعد، وكان لها الأثر العلمي الهام، ووجه بارك الله في عمره – ومازال – زمرة من الطلبة وجلة من الباحثين إلى السير على هذا المسلك القويم، في مقاربة الأحكام الفقهية والقضايا المالية المعاصرة.

ومن هذه القضايا المستجدة والمستحدثة، والتي نحن بصدد دراستها ورَدِّ فروعها إلى أصولها الشرعية المحكمة "عقد التشغيل"، وذلك من حيث كونه عقدا مستجدا ومستحدثا،له صور متعددة وطرائق مختلفة، يتم تداولها في المعاملات المالية والعقود الإلكترونية والتجارية المعاصرة، يوظف في كثير من مشاريع البنية التحتية، بحيث تتقارب أحكامه وتتباعد، فهي أحيانا تندرج تحت باب الإجارة، وأحيانا تحت البيع والإجارة، وأحيانا تحت باب الوكالة، وغيرها من العقود المتقاربة، وهو عقد يحتاج إلى دراسة شرعية مستفيضة، وتخريج فقهي محكم بغية تبين وتلمس مجموعة من المعالم والأحكام والشروط الفقهية المتعلقة به، وكذا وضوح صوره وأوصافه المطّردة، والتي تحقق جملة من الأهداف والمقاصد للمكلفين تحقيقا لمبدأ اليسر ورفع الحرج.

إنه وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، نجد أن الإسلام قد أعلى بصفة عامة من شأن الشغل والعمل، وما يتعلق به من فروع من مثل التشغيل والنظافة والصيانة والإجارة والجعالة؛ فكفل حريته لكل فرد، وأوجبه على كل قادر، وقرر له الضوابط والقواعد.

ولقد بلغت عناية الإسلام بهذا النوع من العقود، أن نظّم علاقاته فوضع أسسها وقواعدها، وحدد طرقها ومَعالمها وغايَاتها و مآلاتها، وأقامها على دعائم متينة من التكافل والتعاون والتراحم والتآزر والتآخي، ومجانبة التطرف والجموح، والإفراط والتفريط، حتى صارت نظاماً لا يبارى في سموه ودقته، ومبلغ تحقيقه لمصلحة الأفراد والجماعات[1].

وترى جملة من الاجتهادات المعاصرة أن عقد الشغل يكيف مع ما ورد ذكره عند الفقهاء في أبواب الإجارة على الأشخاص[2]، وهو العقد

---

[1] عقد العمل في الفقه والقانون، علي محمد أبو العز، رسالة جامعية مرقونة بالجامعة الأردنية، (ص: 4).

[2] هناك دراسات معاصرة ناقشت عقد إجارة الأشخاص وأفردته بالدراسة والبحث، نذكر على سبيل المثال دراسة للدكتور علي القره داغي بعنوان "الإجارة على منافع الأشخاص دراسة فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون العمل"، وهو بحث مقدم للدوةالثامة عشرة للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث المنعقد بباريس جمادى الثانية رجب

الأساس الذي انبثق منه عقد التشغيل وأحكامه التي تنظم العلاقة بين صاحب العمل- الشركة أو الجهة المشغلة- والأجراء المشغلين بحيث تضمن حقوقهم ولا تضيع، بل لا غرابة ولا مبالغة في القول إن جميع الموظفين والمستخدمين في دوائر الدولة وفي الشركات والمؤسسات والجمعيات وغيرها من الوظائف المعاصرة، هم أُجراء في نظر الشرع تطبق عليهم قواعد الإجارة وضوابطها وأحكامها[1].

إننا في هذا البحث نروم تجلية هذا الموضوع على ضوء أحكام الفقه الإسلامي وبمسمياته المختلفة من خلال تتبعها في أبواب الفقه ومدونات الفقهاء والوقوف على الأحكام المتعلقة بها إجمالا وتفصيلا، ليحقق هذا البحث بعضا من التبيان لحقيقة عقد التشغيل، وتكييفه تكييفاً شرعياً دقيقاً في ضوء المعطيات الفقهية المتاحة من خلال الإجابة عن الإشكالية التي يطرحها الموضوع.

---

1429 هـ الموافق يوليوز 2018م وقد أجمل الكلام حول هذا الموضوع أشار إلى أهمية الموضوع وعناية المعاصرين به لأنه يواكب التسارع الاقتصادي والاجتماعي.

[1] عقد العمل في الفقه والقانون، علي محمد أبو العز، رسالة جامعية مرقونة بالجامعة الأردنية، (ص: 4).

## أولا: أسباب اختيار الموضوع

إن الباعث، ابتداء، على دراسة موضوع عقد التشغيل يرجع إلى الاقتراح المبارك الذي تفضل به أستاذي الجليل، فضيلة الفقيه الدكتور العلامة سيدي الجيلالي المريني، الخبير في فقه الأموال وتطبيقاته المعاصرة، تحقيقا للمناط وإعمالا للمآل، فكان اقتراحه دقيقا في خوض موضوع التشغيل الذي لم يسبق إليه في العالم الإسلامي. فله الفضل في هذا السبق الذي حظيت به جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس خاصة، والمملكة المغربية عامة.

ولابد لكل موضوع معد للدراسة أو مخصص لأطروحة أو رسالة جامعية، أن تكون له إشكالية معينة يحاول الباحث متوسلا بالبحث الإجابة عنها،وتقفي المباحث الجزئية المتعلقة بها وكذا تقصي تفاصيلها والفروع المتعلقة بها، وذلك كي تتحقق الغاية من البحث العلمي، وهي إمداد الخزانة العلمية بمستجدات بحثية هامة، وتوصيات علمية مركزة وأقوال فقهية مفيدة تتلقفها الأجيال لتخرج منها ما يحقق النفع العام والدائم، وهذا الموضوع الذي نحن بصدد البحث فيه والتنقيب عن معالمه وصوره وحقيقته يطرح الإشكالية الآتية:

## ثانيا: مشكلة الدراسة

تتجلى إشكالية الدراسة في كون عقد التشغيل يعد إطلاقا معاصرا وعقدا مستجدا ومستحدثا، يستدعي رد أصوله إلى مقررات الفقهاء في مظانها، وهو أمر يستوجب الوقوف على مصطلحاتهم ومسمياتهم لهذا النوع من العقود قصد توجيهه وضبط مفهومه، أو تكييفه على أصل من الأصول المعتمدة في باب المعاملات الفقهية والمعتبرة عند الفقهاء وفق القواعد الفقهية المنضبطة، كما أن عقد التشغيل أصبح من العقود المنتشرة بين الناس في الواقع المعاصر، وأصبحت له صور كثيرة ومتعددة في الحياة المعاصرة وأشكال تعاقدية متشعبة من الواقعي إلى الرقمي، وهو ما يطرح إشكال اندراج هذه الصور في باب معين من أبواب الفقه المعروفة كالإجارة والجعالة والشركة وغيرها ومدى انطباقها عليها.

## ثالثا: أهداف الموضوع

يروم هذا البحث الذي نحن بصدد دراسته تحقيق جملة من المقاصد والأهداف البحثية الهامة، ومن أهم هذه الغايات والأهداف:

- بيان المقصود بعقد التشغيل وبيان أهم صوره وأنواعه.

- تقريب التخريج الشرعي والتكييف الفقهي لعقد التشغيل في الفقه الإسلامي.
- محاولة بيان المسار التاريخي لتطور عقد التشغيل في الفكر الاقتصادي والقانوني.
- إبراز واقع التطبيق الاقتصادي والمالي لعقد التشغيل.
- تجلية خصوصية الشريعة الإسلامية، في قدرتها على مواكبة جميع المستجدات والنوازل المستحدثة والقدرة على ملائمتها للجانب العملي المتعلق بأفعال المكلفين.
- صياغة نظرية فقهية جامعة للأصل الشرعي المعتبر، والصور العملية المشروعة لعقد التشغيل، يسهل من خلالها ضبط جميع عقود التشغيل وإدراجها تحت جانب فقهي معتبر.
- بيان تفرد الشريعة الإسلامية وتميّزها، في ضمان حقوق العمال والطبقة الشغيلة وصون كرامتهم والدفاع عن الأجراء بغية المحافظة على آدميَّتهم.
- محاولة جمع أكبر قدر من الدراسات والمراجع العلمية التي يمكن أن تخدم الموضوع، مع التركيز على الخلاصات العلمية الهامة.

## رابعا: أهمية الموضع

تتجلى هذه الأهمية فيما يلي:

- استكناه الأحكام واستخراج المباحث الفقهية المتعلقة بعقد التشغيل تأصيلا وتطبيقا، مع إيلاء العناية للجانب التأصيلي لهذا العقد وتخريجه على أسس شرعية ثابتة وقواعد فقهية دقيقة، وبيان علاقته ببعض العقود المشابهة كعقد الصيانة وعقد النظافة وعقد التحديث.
- إن عقد التشغيل من أكثر العقود تداولا في الوقت الراهن، بحيث إنه لا غنى عنه للناس؛ وخاصة الشركات والمؤسسات الحكومية إذ به يحصل الأجراء على أجر يمثل مورداً حيوياً يؤمن لهم احتياجاتهم الأساسية من مأكل وملبس ومأوى، كما أن الجهة المشغلة تتمكن من الاستفادة من خبرة تشغيل الآلات وإدارتها وغير ذلك ...
- تجلية اهتمام الفقهاء بالفني (الأجير) والتفصيل الفقهي في ضمان حقوقه وصيانتها من الضياع والظلم والجور، ومدى إسهام الفقهاء في التأصيل والتأثيل لحقوق الأجير والعمال قبل أن تُنظر لها القوانين الوضعية المعاصرة.

- دراسة بعض نماذج عقود التشغيل المستجدة على ضوء الأحكام الفقهية وخاصة أحكام المذهب المالكي.
- محاولة جمع أكبر قدر من الصور والأحكام الفقهية الخاصة بعقد التشغيل وذلك بغية وجود مرجع علي هام للباحثين والدارسين لهذا النوع من العقود المستجدة.

## خامسا: المنهج العلمي المتبع في الدراسة

لأجل نجاح التصميم الذي وضعته لدراسة هذا الموضوع؛فإنني سأعتمد منهجية علمية بحثية لمقاربة هذا البحث، تكون على النحو الآتي:

- **المنهج الوصفي:**

وهو مسلك قائم على توصيف المسائل التي تخدم إشكالا فقهيا، أو مبحثا أو حكما له صلة بعقد التشغيل، ومحاولة صياغتها بدقة محكمة مع إبراز الصفة الحكمية والواقعية لهذه الإشكالات مع إيراد جانب من الموازنة بين الفقه والاقتصاد في التوصيف والتحليل.

- **المنهج التحليلي:**

وهو مسلك قائم على تفكيك وتقريب المسائل ودراسة الإشكالات المختلفة وتحليلها، تم نقدها وتقويمها من خلال ردها إلى أصولها، كما

أن هذا المنهج تجلية الخصوصية الفقهية في عقود التشغيل، وكيف تميز الفقه الإسلامي في هذا الباب؛ خاصة في ضمان الحقوق للأجراء والعمال وسائر المشغلين، وكذا الأحكام التي رتبها الشرع على ضياع حقوق العمال.

## سادسا: الدراسات السابقة حول الموضوع

بعد أن شرعت في دراسة هذا العقد من جوانب مختلفة ومرادي من ذلك الإحاطة بجميع ما يتعلق بعقد التشغيل والوقوف على ما خطته الأنامل وأبدعته الأفهام حول الموضوع، فقد توسعت في البحث داخل المكتبات الإلكترونية والموسوعات العلمية، كما تتبعت كثيرا من الرسائل العلمية التي نوقشت في مجال المعاملات المالية المعاصرة، وتواصلت مع مجموعة من العلماء والخبراء الاقتصاديين ممن يشرفون على مراكز الأبحاث الخاصة بفقه المعاملات المالية، فلم أظفر بتوجيه إلى دراسة أفردت للموضوع، كما أكد لي كثير من هولاء العلماء الغياب شبه التام للدراسات حول عقد التشغيل.

وأعقبت ذلك بالتقصي والبحث في خلاصات الأبحاث و القررات الفقهية المقدمة للمجامع الفقهية لأستزيد في الموضوع، فلم أجد من خصه

أو أفرده ببحث مستقل، بل وجدت في بعض من هذه التقارير الفقهية توصيات ومخرجات بضرورة تكثيف البحث حول الموضوع.

وحاصل ما وقفت عليه من خلال هذا البحث رسالة علمية موسومة بنظرية عقود الصيانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور خلف عفريت الكويتي، وقد طبعت هذه الدراسة في جزأين عن دار عالم الكتب سنة 2017م. وقد خصص الباحث في هذه الرسالة فصلا مستقلا لعقد التشغيل من حيث كونه مقترنا بالصيانة، إلا أن ما ورد في هذا الفصل ليس كافيا لسبر أغوار هذا الموضوع، بل هي إشارات علمية تحتاج إلى مزيد من البحث والدراسة المستفيضة.

## سابعا: خطة البحث

يشتمل هذا البحث على مقدمة وبابين وخاتمة وملاحق وفهارس.

أما المقدمة فأبرزت فيها أهمية الموضوع والإشكالية المتعلقة به، وكذا أسباب اختيار الموضوع وأهدافه والدراسات السابقة والمنهج العلمي المتبع في إعداد الدراسة.

وخصصت الباب الأول لمدارسة الجانب النظري لعقد التشغيل وما يتعلق به من تعريفات وتطور ومساره التاريخي وتخريجات فقهية على أوجه التكييف المعتبرة.

أما الباب الثاني فقد خصصته للجانب التطبيقي لهذا العقد من خلال التركيز على معالم تطبيقه في جملة من المجالات.

ويتناول كل باب ثلاثة فصول، ويشتمل كل فصل على مباحث، وتتضمن المباحث مطالب، والمطالب على فروع في بعض الأحايين.

أما الخاتمة فاشتملت على أهم نتائج البحث والتوصيات والمقترحات التي خلص إليها البحث، وذيلت البحث بملاحق لنماذج من عقد التشغيل.

أما فهارس البحث فهي ستة فهارس، أولها فهرس الآيات، والثاني فهرس الأحاديث والآثار، والثالث فهرس الأعلام، والرابع فهرس القواعد الفقهية المذكورة في البحث، والخامس فهرس المصادر والمراجع، والسادس فهرس الموضوعات.

# الباب الأول : الإطار النظري لعقد التشغيل في الفقه الإسلامي

# الفصل الأول: عقد التشغيل المفهوم والدلالة

## المبحث الأول: تعريف عقد التشغيل في اللغةوالاصطلاح

يقتضي الكلام على تعريف عقد التشغيل باعتباره موضوع هذا البحث الوقوف ابتداء عند دلالةكلمة العقد في كلام أهل اللغة، وعند الفقهاء في إطلاقاتهم الشرعية.

### المطلب الأول: الدلالة اللغوية لكلمة العقد

يطلق العقد في لغة العرب ويراد به جملة من المعاني، ومما يستشف من هذه الإطلاقات ما يدل على معاني الربط والإحكام والتوثيق والالتزام، فيقال: عقدت طرَفي الحبل، أي جمعتها وربطت أحدهما بالآخر حتى يتصلا، قال ابن فارس: العين والقاف والدال أصل واحد، وعاقدته مثل عاهدته: وهو العقد، والجمع عقود، والعقد عقد اليمين وعقدة النكاح، ويقال: قد عقد ناصيته إذا غضب فتهيأ للشر، قال الدريدي: عقد فلان كلامه إذا أعماه وأعوصه.[1]

[1] معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء مادة عقد، ت عبد السلام هارون محمد دار الفكر (86/4).

ويقال أيضا: عقدت البيع أي أبرمته ووثقته، وعقد النكاح وعقدته إحكامه وإبرامه[1].

إن الناظر في تعريفات أهل اللغة للعقد سيلمح أنها لا تخرج عن معنى واحد، بل إنها تكاد تدور حوله وهي أن العقد يدل على معنى ربط وتوثيق الأشياء بعضها ببعض.

## المطلب الثاني: الدلالة الفقهية لكلمة العقد

لا ريب أن من يرجع إلى كتب الفقهاء سيجد أن ثمة اصطلاحات مختلفة لتعريف العقد، فالفقهاء لم يفردوا بابا مستقلا للعقد، بقدر ما ذكروه في معرض حديثهم عن بعض العقود كالنكاح والبيع وغيرها،فهناك من يجعله عاما وهناك من يجعله خاصا، وإن كانت هذه التعريفات لا تبعد عن المعنى اللغوي الآنف الذكر، ونعرج الآن على ذكر بعض من تعريفات الفقهاء للعقد مجملين القول في ذلك.

العقد بالمعنى العام عند الفقهاء:

---

[1] المصباح المنير للفيومي مادة عقد، (ص: 250)، ولسان العرب لابن مظور مادة عقد.

المعنى العام يطلق "على كل التزام تعهد به الإنسان مع نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزاما دينيا كالنذر أو دنيويا كالبيع ونحوه"[1].

ولاشك أن المعنى العام هو الأقرب في دلالته من المعنى اللغوي، وتدخل تحته جملة من صنوف الالتزامات الشرعية، ويرى بعض الباحثين المعاصرين: "أن العقد بهذا المعنى ذو مفهوم واسع؛ إذ يندرج فيه كل عقد مع إنسان كأمان ودية ونكاح وبيع وشراء وإجارة وشركة وهبة وتمليك... وما عقده مع نفسه لله تعالى طاعة: كحج وصوم واعتكاف [2].

ومن تعريفات العقد بهذا المعنى ماعرفه به أبو بكر الجصاص حيث قال: "العقد مايعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه.[3] ثم بسط الكلام واستزاد في بيان هذا المعنى فقال: "لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود، عقود المبايعات ونحوها فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه، وهذا

---

[1] الأم للشافعي، تحقيق وتخريج د رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 1422هـ/2001م، المنصورة، مصر. (184/2).

[2] عقد العمل في الفقه الإسلامي علي محمد أبو العز، رسالة جامعية من كلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية، سنة 2010 (ص:18).

[3] أحكام القرآن للإمام الجصاص. م س. (370/2).

إنما يتناول منه ما كان منتظرا ما رعى في المستقبل من الأوقات فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر المعاوضات عقودا، لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، والشركة والمضاربة ونحوها أيضا تسمى عقودا لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه إنسان على نفسه في شئ و يفعله في المستقبل فهو عقد.[1]

أما المعنى الخاص للعقد عند السادة الفقهاء وهو الغالب في الاستعمال والشائع في كتبهم، فهو ما يلي:

الفرع الأول: تعريف العقد عند المالكية

أورد الإمام الحجة شهاب الدين القرافي في الفروق ما نصه: "اعلم أن الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقد إما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه ودفع الحاجات، ويناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود، غير أنه مع هذا الأصل انقسمت العقود إلى قسمين:

أحدهما: أن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقب العقد كالبيع والإجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات.

---

[1] أحكام القرآن للإمام الجصاص (370/2).

ثانيهما: لا يستلزم مصلحة مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم[1].

والظاهر من كلام الإمام القرافي رحمه الله، الإشارة إلى أن العقد هو الذي ينعقد بالإدارة المنفردة، وهو مايطابق تعريف العقد الخاص عند الفقهاء، وهو أحد التعريفين للعقد عندهم، والوصية على غيرمعين تعتبر من عقود الإدارة المنفردة، كالوقف على غير معين باتفاق الفقهاء، وأما الوصية لمعين فهي تفتقر إلى القبول عند جمهور الفقهاء.[2]

وفي حاشية الدسوقي: "العقود هي كل مايتوقف على إيجاب وقبول[3].

ومن ذلك ما أورده الإمام الدردير: "ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول ".[4]

---

[1] الفروق للإمام القرافي، تحقيق عبد الحميد الهنداوي، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، طبعة 2011. (31/4)

[2] منح الجليل على مختصر خليل للشيخ عليش(648/4).

[3] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، شمس الدين بن أحمد بن عرفه الدسوقي م 3 ص: 5 دار إحياء الفكر، العربية القاهرة.

[4] الشرح الصغير على أقرب المسالك، لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير، تحقيق كمال وصفي مصطفى، دار المعارف مصر (12/3).

وفي تعريف جامع عرفه الدكتور عبد الله معصر بقوله: "العقد الإيجاب والقبول"[1].

الفرع الثاني: تعريف العقد عند الحنفية

عرف السادة فقهاء الحنفية العقد بتعريفات عدة، ومن بينها قولهم بأن العقد "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا "[2].

وأورد الإمام الجرجاني في كتابه التعريفات ما نصه: "العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا" [3].

وذهب بعض الفقهاء من الأحناف في تعريفهم للعقد إلى تحديد جملة من الضوابط التي يتم بها التعاقد، فيكون العقد هو: "ربط أجزاء التصرف

---

[1] تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي للدكتور عبد الله معصر (ص:94) دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى 2007.

[2] رد المحتار على الرد المختار لابن عابدين (9/2).

[3] التعريفات الشريف علي بن محمد الجرجاني تحقيق محمد باسل السود دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثالثة 2009 باب العين (ص: 155).

شرعا بالإيجاب والقبول،أو هو التزام المتعاقدين وتعمدهما أمرا، فهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول وجمعه العقود".[1]

وعرفه ابن الهمام صاحب فتح القدير بقوله: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كانا باللفظين المشهورين من: زوَّجتُ أو تزوجت، أو غيرهما،أو كلام الواحد القائم مقامهما،أعني المتولي الطرفين". [2]

وورد في مجلة الأحكام العدلية بأن العقد هو: "المعاملة التي يلتزمها الطرفان بربط الإيجاب بالقبول".[3]

الفرع الثالث: تعريف العقد عند الشافعية

---

[1]التعريفات الفقهية تأليف المفتي محمد عميم الإحسان البركتي دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الاولى 1424هـ 2003م الحرف العين (ص:149).

[2]شرح فتح القدير تأليف إمام كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السكنري المعروف بابن همام الحنفي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى 1424 هـ 2003م (177/3).

[3]مجلة الأحكام الشرعية للقاري ص 107 المادة 162.

عرف السادة الشافعية العقد بقولهم: هو "الإيجاب والقبول"[1]، وعرفه الإمام الزركشي بقوله "ارتباط الإيجاب بالقبول الإلزامي"[2]، وعرفه أيضا ابن القاسم العبادي بأنه: "مجموع الإيجاب والقبول"[3].

وقال ابن حجر الهيثمي: "العقد هو مجموع الإيجاب والقبول".[4]

الفرع الرابع: العقد عند الحنابلة

لاتكاد تخرج تعريفات فقهاء الحنابلة للعقد عن تعريفات الفقهاء السابقين من أصحاب المذاهب الأخرى قال ابن النجار: "العقد هو

---

[1] المهذب في فقه الإمام الشافعي تأليف أبي إسحاق الشيرازي تحقيق الدكتور محمد الزحيلي دار القلم دمشق، الدار الشامية بيروت الطبعة الاولى 1412-هـ 1992م./م2ص716.

[2] المنثور في القواعد للزركشي طبعة وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة الثانية 1405هـ (392/2)

[3] حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج (214/4).

[4] تحفة المحتاج لشرح المنهاج، شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي دار إحياء التراث العربي (214/4).

الإيجاب والقبول"، وجاء في مجلة الأحكام الشرعية بأن العقد هو: "المعاملة التي يلتزمها الطرفان بربط الإيجاب بالقبول " .[1]

بعد إيرادنا لهذه التعريفات الثاوية في مظانها عند فقهاء المذاهب الأربعة، نستجلي حقيقة مفادها أن المناط في وجود العقد عند الفقهاء ليس مجرد الارتباط وحده، أو مجرد الإيجاب والقبول؛ بل هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وعزمهما على إنشاء وإبرام التزام شرعي بينهما على وفق مقصد الشرع و مآلات الدين.

ولاشك أن هذا الاختلاف الحاصل بين الفقهاء في إطلاقات العقد وتعدد معانيه إنما مرده إلى استحكام المعنى اللغوي لكلمة العقد، فمن وسع من الفقهاء في إطلاق هذا اللفظ فإن مستنده في ذلك الدلالات اللغوية لكلمة العقد، ومن قصر معناه على الالتزام بين طرفي العقد فمستنده الجمع والربط والشد التي هي دلالات للمعنى اللغوي، فينجلي ويتبين إذا مما ذكر أنفا أن المعنى اللغوي والاصطلاحي بينهما تواشج وترابط، فتكون

---

[1] مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تأليف أحمد عبد الله قاري تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان مكتبة تهامة جدة المملكة العربية السعودية طبعة 1981م/ (ص:107). مادة 162.

الدلالات اللغوية و الاصطلاحية لكلمة العقد هي الشد والربط والإحكام.[1]

## المطلب الثالث: أركان العقد وشروطه

تقدم فيما سلف أن العقد يراد به الاتزام الناشئ عن الإيجاب والقبول، ولكن صورة العقد لن تكتمل، ولن تتم مع غايته إلا بوجود ماهية العقد فماهي أركان العقد؟

الفرع الأول: أركان العقد

بالرجوع إلى القواميس اللغوية فإننا نجد المراد بالعقد الجانب القوي الذي يستند عليه الشيء ويتكئ عليه: "فركن الشيء جانبه الأقوى. وأركان كل شئ جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها".[2]

الركن في اصطلاح الفقهاء: ليس هناك قول متفق عليه بين الفقهاء في حد الركن،فنجد من خلال التنقيب في كتب الفقهاء تعريفين اثنين، الأول لفقهاء الأحناف والتعريف الثاني لجمهور الفقهاء.

أولا :

---

[1] لمزيد من التفصيل، أنظر المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا.

[2] لسان العرب ابن منظور دار المعارف القاهرة، مادة ركن (ص: 1721).

تعريف الحنفية للركن: "ما يتوقف عليه وجود الشيء ، وكان جزءا داخلا في حقيقته "[1]، فحاصل ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، أن الركن جزء من الشيء ومتمم له فالركن جزء من الماهية، ويترتب على هذا الاختيار الفقهي أن السادة الأحناف رحمهم الله، جعلوا للعقد ركنا واحد وهو الإيجاب والقبول[2].

ثانيا :

تعريف الفقهاء من الجمهور: يعرف الفقهاء من غير الأحناف الركن بقولهم " ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءا داخلا في حقيقته "[3].

قال الشريف الجرجاني: "ما يقوم به ذلك الشيء من التقوم، إذ قوام الشيء بركنه لا من القيام، وإلا يلزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل، والجسم ركنا للعرض، والموصوف للصفة، وقيل: ركن الشيء ما يتم به وهو داخل فيه بخلاف شرطه وهو خارج عنه". [4]

---

[1] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، (92/4). دار الفكر للطباعة والنشر بدمشق الطبعة الثانية 1985.

[2] لمزيد من التوسع أنظر المبسوط في الفقه الحنفي للإمام السرخسي (15/5)

[3] الفقه الإسلامي وأدلته وهبة الزحيلي(93/3)، الفقه على المذاهب الأربعة طبعة دار احياء التراث الإسلامي لبنان الطبعة عبد الرحمن الحزيري(92/2).

[4] التعريفات تأليف السيد الشريف الجرجاني أبي الحسن علي بن محمد الحسيني دار الفكر المعاصر بيروت دمشق الطبعة الأولى.

والملاحظ من خلال التعريفين أن الأحناف جعلوا الركن هو الماهية، مما لا يجعل غير الماهية داخلة في العقد، مثل العاقدين، في حين نجد أن الفقهاء وسعوا دائرة الركنية لتشمل المقومات مثل الصيغة والعقد، فيظهر أن تعبير الفقهاء بلفظ: "وإن كان غير داخل في حقيقته" إشارة مقصودة لتكتمل وحدة العقد وتندرج تحته جميع مقوماته ومستلزماته، ولكن بالنظر إلى التطبيقات العملية في كتب الفقه والفروع سنلمح أن هذا الخلاف إنما هو في الحقيقة خلاف لفظي، بحيث لا يمكن أن تتحقق ماهية العقد التي ذكرها الأحناف عمليا ومنطقيا إلا بوجود متعاقدين يعقدان العقد بصيغة تكون هي الإيجاب والقبول؛ فأركان العقد عند الفقهاء إجمالا؛ثلاثة أركان [1]: العاقد ومحل العقد والصيغة، فالعاقد يتضمن طرفي العقد كالأجير والمستأجر، ومحل العقد يتضمن الثمن و المثمون أو الأجر والمنفعة، والصيغة تعني الإيجاب والقبول.

[1] لمزيد من التفصيل: أنظر الوجيز في الفقه الشافعي للإمام الغزالي، (138/1) وشرح الخرشي على المختصر (3/5) وشرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر الكتاب الأول (ص: 399).

## المطلب الرابع: شروط العقد

بعد بسط الكلام في أركان العقد، وما يتعلق به من الأحكام الفقهية، نعقب ذلك بالحديث عن الشرط وتفصيل الكلامفي أحكامه، فنبدأ بتعريف الشرط.

تعريف الشرط:

الشرط في اللغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه،والجمع شروط وشرائط[1]، ويأتي بمعنى العلامة الدالة والمميزة قال تعالى:﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْتَاتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾[2]، فالمعنى اللغوي يفيد تعلق شيء بآخر بحيث إذا وجد الأول أمكن وجود الثاني، فهي علاقة تلازمية.

الفرع الأول: الشرط في الاصطلاح الشرعي

لقد تقرر في التعريف اللغوي الآنف الذكر أن الشرط لايمكن أن ينفك أو ينفصل عن المشروط، وعليه فإن معنى الشرط في لغة الفقهاء لايخرج عن المعنى اللغوي المذكور سلفا، قال الإمام الحجة شهاب الدين القرافي:

---

[1] لسان العرب لأبن منظور (329/7).

[2] سورة محمد الآية 47

"هو الذي يلزم من عدمه العدَمُ ولا يلزم من وجوده وجود ولاعدم لذاته،ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره"[1]، وعرفه الأحناف بقولهم: "ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجا عن ماهيته، و لا يكون مؤثرا في وجوده"[2].

وورد في معجم المصطلحات الفقهية أن الشرط:"ما يتوقف ثبوت الحكم عليه، وقد قسم الفقهاء الشرط باعتبار مصدر اشتراطه إلى قسمين؛ جعلي وشرعي" .[3]

إن الظاهر من إيراد هذه التعاريف التي ذكرها الفقهاء في معرض حديثهم عن الشرط،أن الشرط وإن لم يكن داخلاً في ماهية فإن تمام العقد وكماله لا يتحقق إلا بوجود هذا الشرط، ولا يقتضي وجود الشرط إنشاء العقد وإبرامه، وهذه هي دلالة اللزوم التي خص بها الشرط عند الفقهاء.

---

[1]الفروق الإمام القرافي، الفرق التالت (61/1) طبعة دار المعرفة بيروت لبنان.

[2]الفقه الإسلامي وأدلته وهبة الزحيلي (225/4).

[3]معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية في لغة الفقهاء تأليف الدكتور نزيه حماد الطبعة الأولى 2008 دمشق، (ص: 261).

ولتقريب هذا المعنى فإن "اشتراط تمكين المستأجر من المنفعة مثلا، ليس جزءا من العقد مع أنه يتوقف إتمام العقد وتحققه على وجوده، كما أن وجود هذا الشرط لا يعني بالضرورة وجود العقد". [1]

الفرع الثاني: الشروط العامة للعقد

ثمة تفصيل فقهي فيما يتعلق بشروط العقد من حيث مصدره [2]،وإجمالا للكلام نورد الشروط الواردة في كتب الفقه؛ وهي المعروفة بشروط الانعقاد، وقد عد الشيخ مصطفى الزرقاء هذه الشروط في سبعة [3].

-أهلية العاقدين.

-قابلية محل العقد لحكمه.

-أن لا يكون العقد ممنوعا بنص شرعي تحت طائلة البطلان.

-أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به.

---

[1]العقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي، الدكتور عبد السلام البلغيتي دار ابن حزم (ص: 57).

[2]لمزيد من التفصيل انظر المقدمات لابن رشد (172/2)، ت سعيد أعراب الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي، بداية المجتهد لابن رشد (120/2) توفي 595، طبعة دار الغرب الإسلامي، والمدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقاء (477/1) طبعة دار الفكر الطبعة 9، المغني لابن قدامة (432/4) طبعة دار المنار الطبعة الثالثة 1367 هـ.

[3]المدخل الفقهي العام الشيخ مصطفى الزرقاء ،(ص: 425و426).

-أن يكون العقد مفيدا.

-بقاء الإيجاب صحيحا إلى وقوع القبول.

-اتحاد مجلس العقد.

## المبحث الثاني: تعريف التشغيل باعتباره لفظا لعقد مخصوص

بعد بسط الكلام في تعريف كلمة العقد واستجلاء دلالتهاللغوية والاصطلاحية، نشرع في تعريف التشغيل وبيان معانيه ومدلولاته اللغوية والاصطلاحية.

### المطلب الأول: تعريف التشغيل عند أهل اللغة

قال ابن فارس: "الشين والغين واللامأصل واحد يدل عل خلاف الفراغ، تقول شغلت فلانا فأنا شاغله وهو مشغول، وشغلت عنه بكذا، على لفظ ما لم يسم فاعله، قالوا: ولا يقال أشغلت، ويقال: شغل وشاغل وجمع الشغل أشغال".[1]

[1]معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق عبدالسلام هارون محمد دار عالم الكتب مادة شغل .

فالشغل هو ضد الفراغ وجمعه أشغال وشغول، فيقال شغله كمنعه شغلا.[1]

والشغل في دلالته اللغوية يوحي إلى عمل يبذله الإنسان فينشغل به عن غيره، فهو ضد الفراغ، ومما يومئ إلى هذا المعنى قول الحق عز وجل:﴿شَغَلَتْنَا أَمْوَالُنَا وَأَهْلُونَا فَاسْتَغْفِرْ لَنَا﴾[2].

ولقد أورد الإمام الطبري في بيان معنى الآية ما نصه: "سيقول يا محمد الذين خلفهم الله في أهليهم عن صحبتك، والخروج معك في سفرك الذي سافرت ومسيرك الذي سرت إلى مكة معتمرا، زائرا بيت الله الحرام إذا انصرفت إليهم فعاتبهم عن التخلف عنك...شغَلَتنا عن الخروج معك معالجة أموالنا وإصلاح معاشنا وأهلونا".[3]

فإذا كان الشغل هو ذلكم المجهود البدني أو الذهني الذي يبذله الإنسان، فإن مشتقات اصطلاحية ومفردات جذرية تقتبس من هذه المادة اللغوية، ومنها كلمة التشغيل التي قد لا تشترك وكلمة الشغل في نفس المعنى والمدلول، فماالمقصود بكلمة التشغيل وما هي اشتقاقاته اللغوية.

---

[1] القاموس المحيط للفيروز أبادي، حرف الشين (ص:871) دار الحديث القاهرة .

[2] سورة الفتح، الآية 11.

[3] تفسير الطبري الإمام ابن جرير الطبري مرجع سابق.

التشغيل من: شغل الشغل، والشغل، والشغل كله واحد والجمع أشغال...وقد شغل فلان فهو مشغول... رجل مشتغل ومشتغل الأخيرة على لفظ المفعول وهي نادرة [1]

وقريبا من هذا المعنى مما يدل على أن الشغل هو الاشتغال بالشيء عن غيره ما ورد في تفسير الإمام الطبري في قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَصْحَابَ الْجَنَّةِ الْيَوْمَ فِي شُغُلٍ فَاكِهُونَ﴾[2].

أورد الإمام الطبري بسنده قال: شغلهم النعيم عما فيه أهل النار من العذاب[3].

وورد في معجم اللغة العربية المعاصرة: "وشغل الآلة أدارها، جعلها تعمل ..وشغل "مفرد"ج أشغال، أشغال عامة: أعمال بناء أو إنشاءت أو صيانة ...ومشغل،جهاز تشغيل أو جهاز يساعد في إدارة محرك[4].

---

[1]لسان العرب تحقيق علي عبد الله الكبير دار المعارف القاهرة مصر، مادة شغل (355/11).

[2]يس، الآية 54.

[3]تفسير الطبري محمد بن جرير بن يزيد تحقيق الدكتور عبدالله بن محسن التركي دار هجر للطبع والنشر والتوزيع.

[4] معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة ش غ ل (1214/2).

إن النظر في هذه المعاني اللغوية لكلمة الشغل والتشغيل وما يشتق منها من الألفاظ المقاربة يجلي لنا بعضا من الأمور المهمة، والتي ستؤسس بدورها لتعريف جامع ومانع لعقد التشغيل:

- التشغيل عمل وحركة وهو ضد السكون والشلل،فالشاغل والمشغول يقوم بمجهود سواء أكان هذا المجهود ذهنيا أو بدنيا بالجوانح والجوراح أو بالإفكار.
- التشغيل فعل يقوم به الإنسان بحيث يجلي ويبرز حركة أو فعلا كأن يشغل الآلة أو يديرها، أو يعمد إلى جهاز فيوظف خبرته من أجل عمله وتشغليه.
- إن التعاريف اللغوية توحي إلى وجود عملية كاملة فيها مشغل وشغل وقائم بالشغل وفي كل عنصر أوصاف متعلقة به سيأتي بيانها ومحددات لابد من تحقيق مناط التشغيل.

## المطلب الثاني: التشغيل؛ لمحات تاريخية وسياقات التطور

الشغل أو التشغيل من المصطلحات الحديثة نسبيا في مجالنا التدوالي العربي والإسلامي، ذلك أن توظيف هذا اللفظ لم يظهر إلا مع حركة التقنين في البلاد العربية مع مطلع القرن الماضي، وعليه فإن هذا المصطلح يعد من المصطلحات غير الرائجة في ثنايا كتب الفقهاء الأول على الأقل

بمبناه ومسماه، ولكن وجد في كتب الفقه الإسلامي ما يندرج تحته هذا العقد بمعناه[1]، فكثير من العقود موجودة معنى وإن لم توجد مبنى، وتوجد مسمى ولو لم توجد اسما، ومما يتعلق بهذا العقد من الإشراقات الفقهية نجد أن الفقهاء بينوا الأحكام المتعلقة بالعلاقات الناشئة بين الأفراد، والتي يكون موضوعها الشغل والإجارة[2].

فالشغل بالمفهوم العام هو مجموع ما يصدر عن الإنسان من فعل أو حركة عن أي جسم، كان سواء بإرادة أو بغير إرادة، فقد تصدر عن الجمادات أفعال وحركات تعتبر أعمالا وفقا لهذا المفهوم العام[3].

---

[1] يندرج عقد الشغل أو العمل بصيغته الحديثة تحت عقد الإجارة وقد فضل الفقهاء في أحكام هذا العقد وميزوا بين صوره، لمزيد من التفصيل ينظر: إجارة الأعيان في الشريعة والقانون للدكتور محمد الكبيسي دار النوادر الطبعة الأولى سنة 2016، وكتاب العقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي تأليف الدكتور عبد السلام البلغيتي دار ابن حزم الطبعة الأولى سنة 1997.

[2] لمزيد من التوسع أنظر عقد العمل في الفقه الإسامي مصدرا للتقنينات المتعلقة بالعمل دراسة موازية، الدكتور هيثم حامد المصاروة مجلة مصر المعاصرة للاقتصاد السياسي.

[3] العمل وتشغيل العمال والسكان والقوى العاملة، صادق مهدي السعيد (ص: 10) مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية بغداد.

ويلاحظ أن هذه الأفعال والحركات التي تصدر عن أي جسم مادي قد يعبر عنها إما بالشغل أو العمل، وكلاهما مصطلحين لهما نفس الدلالة المعرفية والعلمية [1].

وتزداد هذه الرابطة المتلازمة بين المصطلحين وفق ما سنتعرف عليه في مفهوم لفظ الشغل في الفكر الاقتصادي، بحيث نجد استفاضة معرفية توضيحية لجملة المعاني المتعلقة بلفظ الشغل، وغير بعيد عن هذا المعنى نجد أن الفكر الاقتصادي يسمي الشغل"[2] بأنه مجهود اختياري يبذله الإنسان لأجل الوصول إلى غرض نافع"؛ فيتبين إذا من هذا التعريف أن هناك إرادة فردية وإرادة ذاتية نفسية، مقترنة بمجهود جسماني غايته تحقيق منفعة مادية أو معنوية لحظيا أو مستقبليا.

وبتعريف أكثر دقة وأبلغ في التحديد، فهو كل ما يزاوله الإنسان من أنشطة صناعية أو مهنية أو زراعية أو تجارية أو غيرها مما يرنو به الوصول إلى هدف معين.

---

[1] لا فرق بين لفظ العمل والشغل فكلاهما يدلان على نفس المعني فمصطلح العمل يستعمل غالبا في دول المشرق كالأردن ومصر ودول الخليج ، في حين نجد أن مصطلح الشغل يستعمل في البلدان المغاربية كالمغرب وتونس ....

[2] العمل وتشغيل العمال والسكان والقوى العاملة، مطبعة مؤسسة القافة العمالية بغداد (ص: 10).

إن ما ذكرناه في الإضاءات السابقة والآنفة، يجعلنا نقرر مما قد وضح لدينا وتقرر أن الشغل وما يتفرع عنه من الأوصاف له ركنان ومستندان أساسيان:

فما هما رُكناعقد الشغل أو التشغيل؟

هناك ركنان أساسيان هما: النشاط والهدف، وبتعبير أدق؛ عنصرا الحركية والمقصد.

فأما النشاط فهو العمل الذي يقوم به الإنسان سواء أكان ذهنيا أو جسديا، أما الهدف فهو القصد من القيام بالشغل والنشاط، سواء كان ماديا أو معنويا.

## المطلب الثالث: مفهوم التشغيل في القانون

لابد من الإشارة ابتداء إلى أن مصطلح الشغل والتشغيل من المصطلحات الحديثة نسبيا حتى في المجال القانوني وليس الاقتصادي أو الفقهي فحسب، بحيث تزامن ظهوره مع حركة التقنين في البلاد العربية، أي مع مطلع القرن المنصرم، وقد تعددت التعاريف التي أوردها فقهاء القانون والإداريون لهذا العقد؛ فتعريف العقد عندهم "هو المجهود الجسماني أو العقلي الذي يتعهد العام ببذله مقابل الأجر"؛ فكل عمل وشغل يعتبر

صالحا للالتزام في عقد العمل، ويشمل ذلك الأعمال الزراعية والصناعية والتجارية والمدنية[1].

أما مصطلح التشغيل، موضوعِ هذا البحث، وإن كان يندرج تحت باب الشغل[2] وتربطهما العلاقة المصطلحية والاشتقاقات اللغوية،إلا أن له تعريفا خصا ومميزا؛ لأنه صار له ارتباط وثيق بمجال الخوصصة، وبالتحديد مشاريع تمويل البنية التحتية بحيث "تميز قطاع التشغيل والصيانة بعلاقته الوثيقة بكافة المشروعات المدنية وغير المدنية التي نمت خلال خطط التنموية السابقة،بصورة كبيرة، ويتوقع نموها بشكل أكبر في خطة التنمية المستقبلية، فالبنظر إلى مجالات هذا القطاع نجد أنه مرتبط بكافة مشاريع (المباني _ الطرق _الأعمال الكهروميكانيكة _أعمال المياه والصرف الصحي _ نظافة المدن _تشغيل المنشأت الصحية)، كما أن الاستثمار فيه لا يتطلب تكلفة تأسيس عالية، لذا كان من السهل على كل

---

[1] شرح تشريع العمل، علي العريف، مطبعة مخيمر الطبعة الثانية مصر (ص: 146).

[2] عقد الشغل مصطلح حديث ويستعمل كثيرا في البلدان المغاربية ومن بينها المغرب ويقابله في المشرق عقد العمل ، وهو إشارة إلى العلاقة الجامعة بين العامل ورب العمل ؛ ويقابله في الفقه الإسلامي الأجير الخاص. لمزيد من التوسع حول الموضوع ينظر "عقد العمل في الفقه الإسلامي للدكور علي أبو العز الجامعة الأردنية.

أحد في العقود الأربعة الماضية الاستثمار في هذا المجال وهو ما أنتج عددا كبيرا من مقاولي التشغيل والصيانة الوطنيين...)[1]، فكان لزاما علينا ضرورة تمييزه، أو إن شئت أن تقول؛ إفراده بما يخص جنسه دون غيره.

لقد عرف فقهاء القانون"التشغيل" بقولهم: "اتفاق تبرمه الإدارة مع إحدى المؤسسات أو الشركات لتقديم خدمات لجهة الإدارة، تتمثل في قيام المتعاقد معها بتشغيل المعدات أو المرافق التابعة لجهة الإدارة لقاء مقابل مالي ينصب على تشغيل (معدات أو مرافق) مثل الجسور والمطارات والمستشفيات[2].

من خلال التعريف الذي سقناه يمكن أن نبرز ملامح وخصائص عقد التشغيل، وكذا عناصره التي تميزه عن غيره من العقود[3].

---

[1]ورقة عمل بعنوان "مستقبل التشغيل والصيانة" (ص: 4) إعداد فهد محمد النصبان المدير العام لمجموعة النصبان لملتقى الإنشاء والتعمير مركز الرياض الدولي للمؤتمرات والمعارض المنعقد بتاريخ 14و15 صفر 1432.

[2]ملخص الوجيز في العقود الإدارية ، دراسة قانونية تحليلية تطبيقية تأليف الدكتور عمر الخولي، الطبعة الثانية 1433 هـ 2012 م

[3]من بين العقود التي يذكرها فقهاء القانون، عقد الأشغال الهامة وإزالة لكل التباس بين العقدين نبين المقصود بعقد الأشغال لعامة فهو "عقد بين الإدارة العامة وأحد أشخاص القانون الخاص محله القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب جهة الإدارة ، في

لعل من أهم الملامح المميزة لهذا العقد والتي تفرده بخصائص لاتوجد لغيره من العقود،مايلي:

- أن هذا العقد في جوهره،هو اتفاق بين الإدارة وإحدى المؤسسات أو الشركات، فهو عقد إداري[1] صحيح يجمع بين طرفي العقد المعتبرينقانونا في العقود وبخاصة في العقد الإداري.
- موضوع عقد التشغيل يترتب عليه قيام المتعاقد أو الأجير بتشغيل الآلات والمعدات أو ما يلحقها من المرافق العامة مع مراعاة واجب الصيانة وحسن التدبير والتسيير.
- أن عقد التشغيل يستهدف تحقيق مصلحة عامة، فالمراد من هذا العقد توظيف القدرات البدنية والذهنية لاستخدام المعدات والآلات التي هي موضوع عقود التشغيل.

---

مقابل مادي متفق عليه ويستهدف مصلحة عامة. ينظر كتاب العقود الإدارية للدكتور الشافعي محمد أبوراس (ص: 47).

[1]العقد الإداري: هو كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسير مرفق عام، على أن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخد بوسائل وأحكام القانون العام، إما بتضمين الاتفاق شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص أو بالسماح للمتعاقد معها بالإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام. العقود الإدارية للدكتور الشافعي محمد أبو راس (ص:17).

- للمتعاقد الحق في الحصول على المقابل المادي عند إنهاء عمله، فيستفاد من التعريف أن الجهد الذي يبذله المتعاقد لأجل إستخدام الآلات يعقبه مورد مالي.
- يستخلص من التعريف ملمحٌ غاية في الأهمية، وهو أن موضوع عقد التشغيل ينصب على المرافق العامة والمعدات وفي هذا تمييز له عن غيره من العقود الذي قد تتشابه معه في بعض الجزئيات، وخاصة العقود على المنافع والأعيان، بحيث إن هذه العقود تشمل سائر المنقولات والعقارات وغيرها.

## المطلب الرابع: تعريف التشغيل في الاصطلاح الفقهي

القصد من التعبير بلفظ الاصطلاح الفقهي، ليس هو الوقوف على الأحكام الشرعية المتعلقة بعقد التشغيل وصوره عند الفقهاء ومقصودهمبهذا اللفظ، فهذا سيأتي حين الحديث عن تكييف العقد من الناحية الفقهية وتخريجه على الأصول الشرعية، ولكن القصد هو تحديد المعنى العام الذي يراد عند إطلاق لفظ التشغيل وما يقاربه في سائر المجالات ومختلف العلوم.

إننا إن متحنا وبحثنا في ثنايا كتب الفقه، سنجد أن عقد التشغيل من المصطلحات الحديثة والحادثة، بحيث لا قبل للفقهاء الأول من المتقدمين بهذا المصطلح على الأقل من حيث الاسم والمبنى، وإلا فإن تصانيف الفقهاء تكاد تستوعب ما يتحدث عنه المتأخرون من العقود، فالفقهاء قد تحدثوا إضافة إلى العقود المبسوطة في كتب الفقه عن الأصول والقواعد الكلية التي تؤطر أعمال المكلفين في كثير من العقود الحديثة والمستجدة، وعليه فإن الأمر يتطلب منا النظر والتنقيب وتعميق البحث في الدوريات والكتب وأبحاث المعاصرين، وكذا الدراسات الخاصة بالمصطلحات الفقهية وقد ضمن بعض الخلاصات من خلال البحث في هذا الباب بعض الباحثين بقوله: "فلم يتطرق إليه الدكتور عبدالرحمن في مصنفه في معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ولا الدكتور أحمد الشرباصي في معجمه،ولا الدكتور نزيه حماد في معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، ولافي مجلات المجامع الفقهية[1].

الفرع الأول: التعريف المختار لعقد التشغيل

[1]نظرية عقود الصيانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، الدكتور خلف سعيد العفريت الكويتي (484/2) الطبعة الأولى دار عالم الكتب الرياض.

من خلال البحث والنظر وتعميق المقارنات في جملة من الدراسات البحثية المعاصرة وبعض البحوث المتخصصة ، فقد تبين غياب دراسات شرعية أفردت موضوع عقد التشغيل بالدراسة،وبالتالي انعدام التعريف الدقيق والشامل لهذا العقد؛ نظرا لكونه عقدا حديثا ومستجدا،ولأن الساحة العلمية الإسلامية لا تخلو من باحثين مجتهدين، فقد اجتهد فضيلة الدكتور خلف سعيد العفريت في صياغة تعريف عام يقرب مضامين هذا العقد و مايحويه من شروط وأركان، وهو اجتهاد في محله وجهد مبارك وفق فيه الباحث لجمع شتات هذا العقد في حد وتعريف دقيق تستخرج منه العناصر والصور المطردة لهذا العقد.

ولقد عرف الدكتور خلف سعيد العفريت الكويتي عقد التشغيل بقوله: "تعهد الفني أو الشركة بإدارة المباني وإدامة عمل الآلات العائدة للجهة صاحبة المشروع لأداء العمل الذي صممت المنشأة والآلة من أجله، وفق مدة زمنية محددة مقابل أجرة مالية متفق عليها سلفا"[1].

وفي سياق صياغة الحد الجامع والتعريف المانع، أضاف الدكتور خلف العفريت إلى هذا التوصيف السابق ذكره، ملمحا وملحظا غاية في

---

[1] نظرية عقود الصيانة مرجع سابق (485/2).

الأهمية يجعل من التعريف الآنف الذكر تعريفا مستوعبا لجميع الجزئيات، يتعلق الأمر بما لا يتم عقد التشغيل إلا به من قطع الغيار وغيرها، يقول الدكتور خلف: "وقد يتطلب عقد التشغيل مواد وقطع غيار، فيضاف إلى التعريف: وعلى صاحب المشروع توفير قطاع الغيار"[1]. وهذا المعنى نفسه هو الذي أشار إليه الدكتور منذر قحف في بحثه القيم حول الصيانة عند حديثه عن عقد الصيانة المقترن بعقود أخرى كالتشغيل والنظافة "ويكون موضوع عقد التشغيل تقديم العمل اللازم والمواد الاستهلاكية اللازمة،لتشغيل الآلات والأجهزة،ونلاحظ أن عقد التشغيل قد يتضمن قدرا أكبر من العلم بما يلتزم به المشغل من عمل ومواد"[2].

**الفرع الثاني: دراسة وتقريب تعريف عقد التشغيل**

من خلال هذا التعريف الذي يقدمه الدكتور خلف العفريت[3]، يتضح أن هذا العقد ينشئ علاقة قائمة بين مشغل وشركة تشغيل، هذه العلاقة

---

[1] نظرية عقود الصيانة م-س (485/2).

[2] عقود الصيانة وتكييفها الشرعي الدكتور منذر قحف (155/2).

[3] من خلال النظر في بعض الدراسات المعاصرة والدوريات والمجلات المتخصصة في فقه المعاملات المالية المعاصرة، لم أقف على تعريف لعقد التشغيل، بل لا وجود للحديث عنه إطلاقا اللهم في ذكره مجردا عن التعريف عند الحديث عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

القائمة بينهما هي علاقة تعاهدية وتعاقدية، يقوم بمقتضاها المشغل بتوظيف جهده البدني والعقلي والفكري، لِاستمرار واستدامة عمل مكونات إدارة معينة، وتتعدد هذه المكونات فقد تكون آلات، وقد تكون مصانع، وقد تكون مؤسسات وغيرها، ويطلب من المشغل الإبقاء على عمل هذه الآلات دون تعطيل أو تأخير أو توقف، وذلك وفق مدة معينة تكون محددة سلفا في ثنايا عقد التشغيل،كما ينضاف كذلك إلى العمل ومدة العمل عنصرُ الأجرة، وهي جزاء وعوض مالي يستحقه المشغل بعد إنهاء مهمته التي وكلت إليها، وفق ما تنص عليه بنود عقد التشغيل.

وقد يتضمن هذا النوع من العقود صنوفا من الغرر والجهالة القادحتين في هذا العقد، مما يتوجب معه دراسة كل صورة من صور العقد وبيان الجزئيات المتعلقة به، وسنفصل الكلام في هذه العلل بغية تحقيق المناط، حين حديثنا عن التكييف الفقهي لصور عقد التشغيل في الفقه الإسلامي.

إن الاستزادة في البحث عن حد وتعريف جامع ومانع لعقد التشغيل، كالذي أشار إليه الدكتور خلف العفريت، يجعلنا نستخلص ونستشف جملة من الأمور التي وجب التنبيه إليها لتحديد تعريف شامل لعقد

التشغيل، وذلك بغية وضوح صورة هذا العقد موضوع الدراسة، ولكي يتحقق المناط الذي هو أساس بناء الأحكام الشرعية واستخراج العلل المطردة في التطبيقات المعاصرة؛ فأبرز هذه الأمور مايلي:

- لابد من التمييز ابتداء بين عقد التشغيل موضوع هذه الدراسة، وبين عقد البوتb .o.t[1] الذي هو أيضا من العقود المستحدثة، ويتكون من عقد البناء وعقد التشغيل وعقد التحويل وقد أنجزت حوله دراسات متعددة ومستفيضة،[2] وبين العقدين تداخل وتواشج من جهة كون عقد التشغيل

---

[1]عرفت لجنة الأمم المتحدة نظام البوت : بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية ويدعى شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات فتسترد تكاليف البناء ، وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستثماره تجاريا وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكيته ألى الحكومة.

[2]لمزيد من التوسع حول موضوع عقد البوت انظر :مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الدكتور عدنان خزعل عباس الجبوري ، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك عبد الوهاب أبو سليمان ، تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل في المرافق العامة والأوقاف الشيخ خالد بن سعود بن عبد الله الرشود ،أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية عرض ومراجعة الدكتور خليل محمد أحمد الإسلامبولي ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب،عقد البناء والتشغيل والإعادة التكييف الفقهي والحكم الشرعي ، مرتضى الترابي بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة 19 الشارقة دولة العربية المتحدة.

يضمن أحيانا في عقد البوت، مع العلم أن عقد البوت له صور متعددة سيأتي الحديث عنه وعن صوره وعلاقته بعقد التشغيل.

- والقصد من التنبيه إلى العلاقة القائمة بين هذين العقدين هو تلافي وتجنب الوقوع في الخلط بين العقدين حدا وتصورا وتنزيلا وتطبيقا،وقد حصل خلط ووهم لبعض الباحثين ممن تيسر الوقوف على رسائلهم العلمية ومقالاتهم البحثية في فهم عقد التشغيل،فظن بعضهم أن المقصود به هو عقد b.o.t، ولكن في الحقيقة بعد النظر والتدقيق والمقارنة بين خصائص ومميزات كل عقد تبين أنهما مغايران تماما، وقد يشتركان في بعض الجزئيات الفرعية مما يوهم وجود الترابط بينهما، وقد نبه إلى هذا الملحظ العلمي الهام الدكتور خلف سعيد العفريت في كتابه نظرية عقود الصيانة بقوله: "يجب علينا أن نفرق بين عقد التشغيل والذي نحن بصدد دراسته، وبين عقد البناء تم التمليك تم التشغيل تم تحويل الملكية، والمتعارف عليه بـ:"البوت"، فالأخير عقد ليس له علاقة بموضوع فصلنا اللهم إلا في بعض جزئياته.[1]

[1] نظرية عقود الصيانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة الدكتور خلف العفريت (482/2).

- ويرتب الاستثمار بنظام b.o.t جملة من الآثار المباشرة على الاقتصادات المضيفة، حيث تُحدث أثرا إيجابيا على كل من العمالة والحد من البطالةوسوق المال، ولا يُمكن إغفال دورb.o.tفي التنمية المستدامة وخدمة الأجيال القادمة في الحد من الآثار السلبية لخصخصة المشروعات العامة. بيد أن تلك المميزات لا تجعله يخلو من السلبيات والآثار غير الحميدة على الدولة المضيفة المتمثلة في الأضرار الناجمة على الاقتصاد الوطني والسيادة، من جراء طول فترة الإمتياز الممنوحة للشركة المشروع واستغلالها لثغرة التجديد لاستنزاف موارد الدولة.
- وتكمن أهمية نظام b.o.t أنه يعد أحد نماذج الاستثمار الدولي الذي ظهر في الدول المتقدمة، تلبية لحاجة دعت إليه، وأن هذا النظام يفرض نفسه مع تداعيات العولمة التي تعمل على سرعة نشر وتوحيد الكثير من الأساليب والسياسات الاقتصادية.[1]

[1] ينظر لمزيد من التوسع: بحث بعنوان، عقود التزام المرافق العامة البوت (b.o.t) البناء والتشغيل والتحويل نقل الملكية، إعداد المستشار الدكتور عبد اللطيف نايف نائب رئيس مجلس الشورى بالجمهورية العراقية.(ص: 15).

- عقد التشغيل يورد في غالب الأحوال مع عقود الصيانة[1] وعقود النظافة والتحديث، وقد اشتهر في الآونة الأخيرة هذا النوع من العقود أعني عقود الصيانة المقترنة بعقود التشغيل، خاصة بدول الخليج العربي والشام بحيث "تميز قطاع التشغيل والصيانة بعلاقته الوثيقة بكافة المشروعات المدنية وغير المدنية التي نمت خلال خطط التنمية المستقبلية.والبنظر إلى مجالات هذا القطاع نجد أنه مرتبط بكافة المشاريع:
- (المباني، الطرق، الأعمال الكهروميكانية، أعمال المياه والصرف الصحي، نظافة المدن، تشغيل المنشأت الصحية)[2].
- القصد المراد من عقد التشغيل هو تحقيق مصلحة عامة، وهذه المصلحة العامة التي تتحقق بإبرام عقد التشغيل ليست على شاكلة واحدة بحيث إننا نجد تعددها وتغايرها حسب طبيعة الأعمال التي يقوم بها المشغل أو

---

[1]عرف مجمع الفقه الإسلامي الصيانة بأنها عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شئ أخر من إصلاحات دورية أو طارئة، لمدة معلومة، في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن فيه بالعمل وحده أو بالعمل والمواد: قرار رقم 94 (11/6) بشأن عقد الصيانة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الحادية عشر المنامة البحرين (ص: 793).

[2] مستقبل التشغيل والصيانة، (ص:11) الدكتور فهد محمد النصبان المدير العام لمجموعة النصبان لملتقى الإنشاء والتعمير مركز الرياض الدولي للمؤتمرات المنعقد بتاريخ 14و15 صفر 1432 الموافق 19 يناير 2011م.

شركات التشغيل، فالقاسم المشترك بين هذه الأعمال أنها تنذرج ضمن المرفق العام أو تمويل مشاريع البنية التحتية،"وتختلف طبيعة أعمال التشغيل على حسب اختصاص الشركة، فمثلا شركات تشغيل المطارات لها أعمال وواجبات مختلف عن غيرها من شركات التشغيل، كشركة تشغيل الموانئ، أو شركة تشغيل المراكز التجارية، فكل شركة لها أعمال وواجبات مختصة بالقطاع الذي تعمل في مجاله"[1].

- عقد التشغيل من عقود المعاوضة. والمقصود بكونه من عقود المعاوضة، أي أن كِلا طرَفي العقد يأخد مقابلا وعوضا لما قدمه، فالمشغل يتعهد بإدارة المنشأة أو المصنع أو غيره خلال مدة زمنية معلومة، ويأخد عوضا ماديا عن عمله وتشغيله للمنشأة أو غيرها.. أما الجهة المشغلة فإنها تدفع الأجرة، لقاء حصول المنافع التي تم الاتفاق عليها في بنود العقد.

---

[1] نظرية عقود الصيانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة الدكتور خلف العفريت (485/2).

# الفصل الثاني: أهمية عقد التشغيل، ومشروعيته وخصائصه

## المبحث الأول: عقد التشغيل أهميته ومميزاته

نتناول في هذا المبحث ما يتعلق بأهمية عقد التشغيل، وبمشروعيته في الفقه الإسلامي من حيث الحكم العام، ولقد أشرنا في إضاءة آنفة وسابقة، إلى أن هذا العقد بهذه الصيغة وبهذه الصورة [1]المستحدثة في المعاملات المالية المعاصرة، لم يتطرق إليه الفقهاء إلا فيما يكاد يقاربه أو يشاركه من صوره وأحكامه كإجارة العمل لدى الأشخاص[2]، أو إجارة الأعيان[3]،

---

[1] عقود التشغيل التي يسر الله الإطلاع عليها ليست على رتبة واحدة وصورة موحدة ، بل هي مختلفة ومتعددة وبالتالي تختلف أحكامها الشروط المستخلصة منها ، فلا يمكن البتة الجزم أو القطع بحكم عام أو نهائي يمل جميع صور عقد التشغيل.

[2] هناك دراسات معاصرة ناقشت هذا الموضوع وأفردت بالدراسة والبحث، نذكر على سبيل المثال دراسة للدكتور علي القره داغي بعنوان "الإجارة على منافع الأشخاص دراسة فقهية مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون العمل "وهو بحث مقدم للدوةالثامة عشرة للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث المنعقد بباريس جمادى الثانية رجب 1429 هـ الموافق يوليوز 2018م وقد أجمل الكلام حول هذا الموضوع أشار إلى أهمية الموضوع وعناية المعاصرين به لأنه يواكب التسارع الاقتصادي والإجتماعي.

[3] هناك كذلك دراسات كثيرة تناولت موضوع إجارة الأعيان، ومن هذه الدرسات إجارة الأعيان في الشريعة والقانون ، سلسلة دراسات في الاقتصاد الإسلامي، تأليف الدكتور محمد الكبسي الطبعة الأولى سنة 2016 دار النوادر

والذي يهمنا من هذا المبحث الوقوف عند الحكم العام.بيد أن هنالك صورا تحتاج إلى مزيد تفصيل وإيضاح وبيان، سيأتي تقريبها وإيضاحها بما يسر الله تعالى بمنه وجوده.

## المطلب الأول: أهمية عقد التشغيل

لقد دأب سادتنا الفقهاء الأجلاء في مصنفاتهم، أن يعقبوا حديثهم عن العقد بالكلام على مشروعية العقد، وبيان شواهده الشرعية من القران والسنة والإجماع وأثار العلماء، من خلال استنطاق الوحيين الهاديين، وقبل أن نفصل الكلام ونبسطه عن الحكم العام المتعلق بهذا العقد عقد التشغيل، نرى أنه يستحسن الكلام بنوع من الإيجاز عن أهمية هذا العقد وما يحققه من مقاصد للمكلفين، ليتضح البعد التشريعي والحكم الشرعي لعقد التشغيل، وتنجلي بذلك المشروعية الفقهية لهذا العقد المستجد.

يحيلنا النظر في صور عقد التشغيل وبعض تطبيقاته المعاصرة، إلى استخراج مقاصد مهمة وأهداف جد نبيلة لهذا العقد المستجد، التي تندرج بلا شك ضمن مقاصد شريعتنا الغراء.

وهي بالتتبع والاستقراء لا تخرج في كثير من صورها عن المقاصد العظمى لعقد الإجارة بأنواعه المتعددة بحيث "يعتبر قطاع التشغيل

والصيانة من أهم القطاعات الخاصة، حيث إن هذا القطاع يعتبر المستوعب الأكبر للعمالة الوطنية والمساهم الأول في خلق فرص العمل للمواطنين، ولهذا كله كان لابد من الاعتناء بهذا القطاع وتذليل الصعاب والمعوقات التي يواجهها من أجل استمرار مساهمته البنّاءة في عجلة التنمية"[1]، فأين تبرز أهمية عقد التشغيل؟ وما أهم مقاصد هذا العقد المرجوة التحقيق؟ وماهي أهم الأعمال التي يقوم بها المشغل؟

- يعين عقد التشغيل على المساهمة في تشغيل الأيدي العاملة والقضاء على البطالة،ومحاولة استقطاب الأيادي الأجنبية المتخصصة والخبيرة في مجالات عدة؛ مما يساهم في انخفاض نسب التضخم وارتفاع معدل النمو في الاقتصاد الوطني وتحقيق وثبات اقتصادية.
- إعداد البنية التحتية من خلال الاستعانة بأموال القطاع الخاص، سِيما في المشاريع الكبرى التي يقع جزء كبير من تكاليفها على مؤسسات الدولة، مثل الإشراف على وزن الأمتعة في الرحلات الجوية والبحرية، ترتيب القطارات، إقامة الجسور، وإنشاء المصانع الكبرى، إدارة وتشغيل محطات السفن، حمل ونقل وترتيب حاويات البضائع من وإلى السفن،

[1] مستقبل التشغيل والصيانة ص 2 مرجع سابق .

نظافة المقصورات داخل الطائرات، نظافة الساحات الداخلية للمطارات، وغيرها من المهام التي تنص عليها عقود التشغيل في بنودها.

- يسهم عقد التشغيل كذلك في تقديم خدمات أساسية كخدمات الاتصالات والغاز والكهرباء والماء والصرف الصحي والسكك الحديدية وغيرها، وهي خدمات ضرورية لابد منها في الوقت الراهن ويحتاجها عموم المواطنين، وتعرف إقبالا متزيدا ومتسارعا، "فالبنظر إلى مجالات هذا القطاع نجد أنه مرتبط بكافة مشاريع (المباني، الطرق، الأعمال الكهروميكانيكية، أعمال المياه والصرف الصحي، نظافة المدن، تشغيل المنشآت الصحية)[1].
- ومما يدل على أهمية هذا القطاع نعني قطاع التشغيل مضافة إليه الصيانة، الإقبال الكبير من طرف الدول على التعاقد والعمل بهذا النوع من العقودبصيغه المتعددة، (لأن الحاجة صارت مسيسة إليه، فربما في عقد البيع الواحد أو عقد الإجارة يجدد عقد التشغيل مرات متعددة "، ويعد الاستثمار في قطاع التشغيل والصيانة المجدية اقتصاديا، ففي المملكة

[1] مستقبل التشغيل والصيانة مرجع سابق (ص: 4).

العربية السعودية بلغت تكلفة إنشائها في ميزانية عام 1431 –1432 ه مبلغا قدره 260 مليار ريال، أي بما يقدر 600 مليار درهم مغربي تقريبا. [1]

- مواكبة التحديات التكنولوجية الحديثة في مختلف والقطاعات، فمعلوم لدى الخبراء أن النظام الاقتصادي في صيغته الحديثةلايكاد ينفك عن السيرورة التكنولوجية، وقد عرف العالم المعاصر طفرة تكنولوجية أرخت بظلالها على الاقتصاد، فكان لزاما توظيف هذه التكنولوجيا في تطوير الاقتصاد وتسريع المعاملات الاقتصادية الرقمية،[2] وهنا تبرز وتنجلي

---

[1] مستقبل التشغيل والصيانة ص 4 .م_س

[2] ظهرت هذه العقود في مصر وسوريا في حدود عام 1275ه الموافق لعام 1859، حيث بدأ إنشاء قناة السويس في ذلك العام، بطريقة عقد (B.O.T) فقد قامت به شركة فرنسية وانجليزية على أن تعود ملكية هذه القناة للحكومة المصرية بعد 99 سنة، ثم توالت مشاريع البنية التحتية وإنشاء محطات للكهرباء والمياه وذلك في عام 1358ه الموافق لعام 1940م

وما ماليزيا من الدول السابقة الذكر ببعيد، حيث أنها استخدمت هذا العقد في تأسيس البنية التحتية للمياه النقية، وكذلك الصين فقد عهدت إلى شركات استثمارية لإقامة محطات توليد كهرباء بالفحم، فضلا عن المشاريع الجبارة التي أقيمت في المدن الحديثة وفق طريقة عقد(B.O.T) ، وفي تركيا تم إبرام عقد لإصلاح البنية التحتية للمياه النقية، وكان ذلك وفق أسلوب (B.O.T) وذلك في عام 1407ه الموافق لعام 1987م.

أهمية عقد التشغيل والصيانة؛ بحيث يوظف هذا العقد في تحديث الأنظمة المتعدة المتعلقة بالخدمات[1]، التي تقدمها مختلف الشركات والإدرات والشركات الحكومية وغيرها، ونظرا لهذه الأهمية التي يحقق عقد التشغيل المقترن بالصيانة، فقد أدرجت بعض الوزرات في بعض الدول ضمن برامجها، دلائل وظوابط عملية متعلقة بعقد التشغيل والصيانة، وهي متعددة وكثيرة جدا[2].

الفرع الأول: نماذج من الأعمال التي يشملها عقد التشغيل

---

وفي أفريقيا تم إنشاء نفق طوله 440كم، يربط بين زيمبابوي وجنوب أفريقيا، وذلك بطريقة عقد (B.O.T) وبلغت تكلفته الإنشائية 410 مليون دولار، مقابل تشغيله لمدة 30 عاما.

أما في الكويت ففي عام 1410هـ الموافق لعام 1990م بدأ يبرز هذا العقد، وذلك بصور متنوعة كاستثمار الواجهة البحرية، والتوسع في إقامة منازل على الأراضي البيضاء، ينظر كتاب عقود البناء ولتشغيل وإعادة التملك للدكتور عمر المحسين (ص: 46).

[1] خصصنا الباب الثاني من هذا البحث لدراسة الجانب التطبيقي لعقد التشغيل، وقد أوردنا فيه نماذج من صور هذا العقد وبعضها متعلق بخدمات ضرورية كالصرف الصحي وغيره.

[2] لمزيد التوسع والتفصيل يرجع إلى كتاب دليل إجراءات أعمال الصيانة والنظافة والتشغيل غير الطبي والصيانة الطبية، وهو كتاب صادر عن وزراة الصحة بالمملكة العربية السعودية من إعداد الإدارة العامة للصيانة سنة، 1434 وقد تضمن إجراءت والتزمات متعددة.

لابد من الإشارة في هذا الفرع إلى المهام المندرجة تحت عقد التشغيل والتي تكون غالبا من اختصاص الجهة المشغلة، وتعتبر جزءا هاما من العقد، بل يمكن القول أن القيام بهذه الأعمال هي أساس انعقاد عقد التشغيل، فمن باب أولى هي العقد كله.

وقد أفضى بنا النظر في جملة العقود المتوفرة عندنا إلى وجود اختلاف ظاهر وبون واسع بين سائر هذه الأعمال المشار إليها في هذه العقود، و لا يمكن إطلاقا القول أنها مهام موحدة ومطردة، فهي تختلف باختلاف الجهة القائمة بالعمل أو تتنوع حسب تنوع اختصاص الشركة المشغلة "فمثلا؛ شركات تشغيل المطارات لها أعمال وواجبات محتلفة عن غيرها من شركات التشغيل، كشركة تشغيل الموانئ، أو شركة تشغيل المراكز التجارية، فكل شركة لها أعمال وواجبات مختصة بالقطاع الذي تعمل في مجاله"[1].

وتقريبا لهذه الأعمال التي تنص عليها عقود التشغيل نورد هاهنا بعضها،من باب التقريب الكلي والتوضيح الجلي لعقد التشغيل؛ وهذه النماذج من الأعمال التي نسوقها هنا مقتبسة من أعمال قامت بها شركات حسين آل سلامة بالمملكة العربية السعودية، وللإشارة فإن هذه العقود منتشرة بكثرة في بلاد الخليج كالإمارات والعربية السعودية وقطر، "ويعد الإستشمار في قطاع التشغيل والصيانة لمجدية اقتصاديا ففي المملكة

[1] نظرية عقود الصيانة (485/2).

العربية السعودية بلغت تكلفة إنشائها في ميزانية عام 1431-1432هـ مبلغ قدره 260 مليا ريال، أي مايقدر ب 600 مليار درهم مغربي تقريبا "[1].

والقصد الذي نرومه من إيراد هذه النماذج وعرضها هاهنا، ليس مجرد الحصر والتقصي لجميع الأعمال التي تنص عليها عقود التشغيل، بقدر مانسعى إلى التقريب لغوائل هذا العقد والتبيان لغوامضه، وتيسر فهمه وتوضيح معالمه، وبيان هذه الأعمال كالآتي:

أولا: أعمال وواجبات شركات تشغيل الموانئ

- تقديم خدمات قطر السفن داخل حدود الميناء، والتي تجري عند المراسي والأرصفة والمحطات والمرابط والأماكن الموجودة داخل حدود الميناء ما لم يكن لدى السفينة شهادة إعفاء من القطر.
- إدارة وتشغيل المركبات والمعدات والآليات الموجودة في أرضية الميناء.
- الإشراف على عملية الإحصاء والمحاسبة والإرادت المتعلقة بالميناء كالتعرفة الجمركية.
- حمل ونقل وترتيب الحاويات والبضائع من وإلى السفن.
- إدارة وتشغيل محطة وقود السفن.

[1] مستقبل التشغيل والصيانة ص 4 .م_س

- توفر مرفق استقبال نواتج النفايات الصادرة عن السفن بما فيها النفايات المقترنة بمناولة الشحنة،وإعداد وتنفيذ خطة لاستقبال النفايات ومناولتها والتخلص منها.
- إعداد خطة للطوارئ يتم اعتمادها من الجهة البحرية المختصة لمواجهة أي حادث يمكن أن يتسبب في ثلوث بحري.... وغير ذلك من الأعمال.

ثانيا:أعمال وواجبات شركات تشغيل المطارات

- إدارة برج المراقبة الجوية ومراكز المعلومات ومحطة إطفاء الحرائق ومجمع خدمات الملاحة والأرصاد الجوية ومجمع التدريب.
- تصميم وتركيب وتشغيل أنظمة تقنية المعلومات، وأنظمة الأمن في المطار.
- توريد وتركيب وفحص وتشغيل أجهزة مناولة الحقائب للمطار.
- إدارةجسور نقل المسافرين عبر المطارات (ما يسمى بالخراطيم الموصلة بين مبنى المغادرين وبوابة الطائرة).
- نظافة المقصورات داخل الطائرة، ونظافة الساحات الداخلية للمطارات.
- الإشراف على وزن الأمتعة.
- متابعة إجراء خدمات الركاب.
- خدمات الإمداد والتموين للطائرات وإعداد الوجبات وخدمات ضيافة الركاب وأعمال التغليف وترتيب النقل للرحلات المختلفة.

- خدمات الشحن الجوي وترتيب عملية الشحن سواء بالمستودعات أو داخل الطائرات.
- مراجعة ومتابعة عملية الشحن لجميع الرحلات الداخلية كاملة.
- إجراءات أعمال مشرفي الرحلات وسائقي المعدات داخل ساحات المطارات ...وغيرها من الأعمال .[1]

الفرع الثاني: صور وصيغ عقد التشغيل

لابد من التنبيه إبتداء إلى أن عقد التشغيل ليس على صيغة واحدة، وصوره ليست موحدة ومتطابقة، بل إن تمة اختلافا في صيغه وصوره، وهذا التمايز الذي ذكرناه نابع من الإسقراء التام لمجموع العقود التي توفرت عندنا؛ فقد تبين من خلال النظر فيها وجود تعدد في صيغ التشغيل مما يترتب عنها تغايرا في التخريج الشرعي، وهذا الأمر قد تنبه إليه قبلي فضيلة الدكتور خلف العفريت الكويتي في كتابه نظرية عقود الصيانة حيث قال:

[1]لمزيد دمن التوسع حول هذه الأعمال التي تقوم بها شركات التشغيل ينظر " الموقع الإلكتروني لمجموعة شركات صالح حسين أل سلامة بالمملكة العربية السعودية shgroupcopany .net

"لا يمكن إطلاق حكم فقهي عام يشمل جميع عقود التشغيل، ذلك أن عقود التشغيل مختلفة باختلاف صيغة العقد" [1].

وحاصل النظر في هذه العقود يفضي بنا إلى استجماع مجموع ماورد في عقد التشغيل من بنود وأحكام وضوابط في أربعة طرائق وصيغ نورده تباعا كالآتي[2]:

أولا: الطريقة الأولى: يتم التنصيص في عقد التشغيل على الأعمال التي يؤديها ويقدمها المشغل، وكذا الخدمات التي تحقق العمل في أكمل وجه وأتم وصف، و لا يتم التنصيص في العقد –في غالب العقود التي توفرت لدي– عن الحاجة إلى أي مواد أو قطاع الغيار.

ومن أمثلة الأعمال التي ينص عليها العقد (تشغيل آليات ومحركات وإدارة حركات الطرق والجسور، وتقديم خدمات الأمن والحراسة

---

[1] نظرية عقود الصيانة (511/2).

[2] اعتمدت في إعداد هذه الصيغ على النظر في العقود التي توفرت لدي ، ثم استعنت بما أنجزه الدكتور خلف كتابه نظرية الصيانة وما خلص إليه عند حديثه عن صيغ عقد التشغيل وقد جعلها الدكتور خلف أربع صيغ مع الإشارة بإيجاز إلى تكييفها ؛ وقد نقلت هذه الصيغ الأربعة مع تصرف يسير في كلامه.

للمنشأت الجوية)، وهذا النوع من الصيغ الغالب فيه أن يخرَّج على أحكام الإجارة وبخاصة إجارة الأعمال والمنافع إو الإجارة الموصوفة في الذمة.

ثانيا: الطريقة الثانية

أما الصيغة الثانية فيتعهد المشغل أو الجهة المشغلة بتقديم الأعمال والخدمة المتعلقة بالعقد، دون توفير أدنى شيء من قطع الغيار بل يلزم صحة المشروع لزوما قاطعا، توفير كل المواد اللازمة لخدمة المشروع من مثل مواد الخدمة وقطاع الغياروسائر المنقولات الأخرى الضرورية للجهة المشغلة لإنجاز العمل، وفق البنود المنصوص عليها في العقد.

وهنا لابد من إيراد تفصيل دقيق، يتعلق الأمر بهذه المواد وقطع الغيار التي يحتاج إليها المشغل، فتوفيرها ووجودها يكون على ضريين اثنيين، وفي كل ضرب ونوع أحكام خاصة وبيان هذه الأضرب على الشاكلة الآتية:

1_ يقوم صاحب المشروع نفسه بشراء قطع الغيار والمواد الضرورية لقيام الشغل، دون الحاجة إلى توكيل الجهة المشغلة أو أحد من المشغلين، وهذه الحالة بلا شك تندرج أوصافها تحت أحكام الإجارة، مع وجود بعض التفاصيل الدقيقة التي لاتخرج بهذه الصيغ عن أحكام الإجارة.

2 _ في هذه الصيغة يقوم المشغل أو الجهة المشغلة أو أحد من أطراف الجهة المشغلةبشراء المواد وقطع الغيار، وهذا التصرف منه ليس لنفسه، وإنما بتوكيل من صاحب المشروع الذي يوكله بناء على خبرته أو تجربته، وقد تكون الوكالة كتابيا أو مشافهة؛ وفي هذه الحالة فنحن أمام عقدين متداخلين في صيغة واحدة، وهما عقد الإجارة وعقدالوكالة، وسيأتي في مبحث التكييف فقهي التفصيل الدقيق والعميق، حول جواز اجتماع الإجارة والوكالة في عقد واحد.

ثالثا: الطريقة الثالثة

يظهر جليا، التأكيد والتنصيص في عقد التشغيل على الأعمال التي يؤديها ويقدمها المشغل وكذا الخدمات التي تحقق العمل في أكمل وجه وأتم وصف، كما يتم التنصيص في العقد على تكليف المشغل أو الجهة المشغلة، بتوفير المواد أو قطاع الغيار اللازمة لنجاح واستكمال المشروع، وهنا يظهر أيضا اجتماع عقدين مختلفين وهما: عقد الإجارة بنوعيه، وعقد البيع، وسيأتي في مبحث التخريج الفقهي مزيد تفصيل وبيان حول جواز اجتماع البيع والإجارة في عقد واحد.

رابعا: الطريقة الرابعة

في مجموع هذه الصور المندرجة تحت هذه الصيغة، يتم التعاقد على كراء المحل التجاري، أو الدور والحوانيت لزمان معين ومدة محددة، وهذا الصنف يظهر بلا شك دخوله تحت باب الإجارة وبخاصة إجارة الأعيان وبالتحديد إجارة العين[1].

## المطلب الثاني:مميزات عقد التشغيل

سنورد في هذا المطلب جملة من الخصائص والسمات المميزة لعقد التشغيل مع إيراد بعض من نماذج عقود التشغيل، والتي تجلي لنا بمزيد من الوضوح صورةَ هذا العقد وحقيقته، كما يستفاد من هذه الخصائص كذلك الأفق والأُنف التي يفتحها عقد التشغيل في مشاريع تمويل البنية التحتية والمرافق العامة؛ ومن هذه الخصائص والسمات نذكر مايلي:

أولا: خاصية الامتياز:

يقصد بخاصية الإمتياز، أن هذا العقد يخول للأشخاص المعنويين أو الاعتباريين، الحق في إقامة وتشغيل وصيانة المشاريع الخاصة بالبنية

[1]يقصد بإجارة العين "لإجارة الواقعة على منفعة معينة ، كقولك أجرتك أو أكريتك هذه الدار شهرا بألف دينار " لمزيد من التوسع ينظر كتاب إجارة الأعيان في الشريعة والقانون تأليف الدكتور محمود الكبسي دار النوادر (ص: 123).

التحتية، وكذا إدارة وتشغيل قطاع أو جهاز معين، كما أن هذه الخاصية تخير الجهة المشغلة تقاضي الرسوم من الجمهور وغيرهم، وكثير من الخدمات التي تنتج عن عقد التشغيل يحتاجها المستكلهون[1].

ثانيا: خاصية الإلزام

ومن خصائص عقد التشغيل كذلك أنه تعاهد ينشئ أثر الإلزام بين العاقدين،فليتزم المشغل والجهة المشغلة على السواء بالتزامات وواجبات، فليتزم المشغل بتشغيل ماكلف به وإداراته وفق بنوذ العقد، كما تلتزم الجهة المشغلة بتوفير الأجرة وفق الضوابط المنصوص عليها في العقد. وفيما يلي نموذج لبعض هذه البنوذ المنشئة للإلزام، وهي خاصة بعقد اشتمل على التشغيل والصيانة والنظافة:

(نموذج عقد تشغيل ونظافة وصيانة طرق)

وثيقة العقد الأساسية

بعون الله تعالى

[1] لمزيد من التوسع في دور عقود التشغيل في تمويل مشاريع البنية التحتية، ينظر كتاب مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل للدكتور عدنان خزغل، وكتاب العقود المبتكرة للتمويل والإستثمار بالصكوك الإسلامية، د خالد سعود الراشد.

تم الاتفاق في مدينة ..... في يوم ..... //

الموافق / /

بين كل من :

أولا : (الوزارة أو الجهة الإدارية) ، ويمثلها في توقيع هذا العقد ( ) المشار إليها فيما بعد بـــ] صاحب العمل [ . (الطرف الأول(

وعنوانها : المملكة العربية السعودية – الرمز البريدي

ثانيا: شركة / مؤسسة : .....

المسجلة تحت رقم ..... وتاريخ / / 1هـ بالسجل التجاري لمدينة ..... ومقرها الرئيس.....

وعنوانها في المملكة ..... ص.ب ..... الرمز البريدي ..... ويمثلها: ..... بصفته: .....

بموجب التفويض رقم ..... وتاريخ / / الموافق/ /

والمشار إليه فيما بعد بـ[المقاول] ( الطرف الثاني)

لما كان (الطرف الأول) يرغب في تشغيل ونظافة و صيانة طرق ..... التي طرحت في منافسة عامة عبر الصحف المحلية، وتقدم لها (الطرف الثاني) بعرضه المؤرخ / / الموافق

/ / للقيام بتنفيذ تلك الأعمال بعد اطلاعه على جميع الشروط والمواصفات، وشروط العقد، وجميع الوثائق، ووقوفه على الموقع، وبعلمه بما تضمنه نظام تأمين مشتريات الحكومة، وتنفيذ مشروعاتها، وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / 14) وتاريخ 7/ 4/ 1397هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم (2131/ 17) وتاريخ 5/ 5/ 1397هـ، وما صدر عليه من تعديلات، وقرارات، وتعاميم، وتعليمات

ولما كان عرض (الطرف الثاني) قد اقترن بقبول (الطرف الأول) وفقا لما جاء في خطاب الترسية رقم ( ) وتاريخ / / الموافق / / ، فقد اتفق الطرفان على تنفيذ العمل وفقا للآتي:

المادة الأولى: الغرض من العقد

إن الغرض من هذا العقد هو تنفيذ أعمال الصيانة العادية لطرق/ ..... بحسب ما هو محدد في البيانات وجدول الكميات المرافقة للعقد البالغ مجموع أطوالها (.....) كم .

وتنفيذ أعمال الصيانة الوقائية التي تحتاج إليها تلك الطرق ويبلغ بها المقاول من قبل صاحب العمل.

المادة الثانية : وثائق العقد

أولاً: يتألف هذا العقد من الوثائق الآتية:

1- وثيقة العقد الأساس و ملحق التعديلات الصادر بتعميم وزارة المالية رقم (42/ 25517) وتاريخ 28/ 3/ 1428ه.

2- الشروط الخاصة.

3- الشروط العامة.

4- جدول الكميات وفئات الأسعار.

5- المواصفات الخاصة.

6- المواصفات العامة لإنشاء الطرق والجسور.

-7الأدلة الفنية المحددة في الفقرة رقم (15) من المادة الأولى من الشروط العامة.

-8الملاحق ( إن وجدت)

-9خطاب الترسية أو قبول العرض.

-10برامج العمل ، والمحاضر ، والخطابات ، وخرائط الطرق التي يتم الاتفاق عليها ومخططاتها.

-11أي مكاتبة بين الطرفين.

ثانيـًا: تشكل هذه الوثائق وحدة متكاملة ، وتعد كل وثيقة منها جزءاً من العقد بحيث تفسر الوثائق المذكورة أعلاه بعضها بعضا وتتممها.

ثالثـًا: إذا وجد تعارض بين نصوص وثيقة واحدة يؤخذ بالنص الأكثر انطباقا على الحالة موضوع البحث ، وإن وجد التعارض بين نصوص أكثر من وثيقة فإن الوثيقة المتقدمة تسود على الوثيقة التي تليها في الترتيب الوارد في البند (أولا) من هذه المادة .

المادة الثالثة: مدة العقد

يتعهد المقاول بالآتي:

-1 تنفيذ أعمال الصيانة العادية للطرق ، والمرافق التابعة لها موضوع العقد خلال مدة (3) ثلاث سنوات ميلادية متتالية تبدأ من تاريخ تسليم الموقع للمقاول.

-2 تنفيذ أعمال الصيانة الوقائية التي يبلغه بها صاحب العمل خلال سريان العقد ، في ( المدة / المدد) التي يُتفق عليها بين الطرفين ، فإن لم يُتفق على ( المدة / المدد ) خلال أسبوع من تاريخ إبلاغ المقاول بالحاجة إلى العمل ، جاز لصاحب العمل تحديدها وإشعار المقاول بذلك دون أن يكون للمقاول حق الاعتراض عليها.

المادة الرابعة : قيمة العقد:

إن القيمة الإجمالية لهذا العقد تتكون من:

-1 قيمة أعمال الصيانة العادية لمدة (3) ثلاث سنوات ميلادية طبقا لجدول الكميات المرافق للعقد ، محسوبة على أساس أسعار الوحدة والكميات.التقديرية.ومقدارها:..... ريالاً سعوديـًا.

-2 أما قيمة أعمال الصيانة الوقائية فهي حسب التبليغات الصادرة من صاحب العمل والتي يحتاج إليها الطريق خلال سنوات العقد وتحدد قيمتها من واقع فئات الأسعار في جداول كميات الصيانة العادية.

المادة الخامسة: الدفع

يلتزم صاحب العمل بدفع قيمة العقد بالطريقة وفي الأوقات المحددة في (المادة الرابعة عشرة) "المستخلصات" من الشروط العامة للعقد مقابل قيام (الطرف الثاني) بتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها وإتمامها) [1].

ثالثا : عقد التشغيل عقد رضائي :

وهذا هو الميسم الثالث المميز لعقد التشغيل، والمقصود بكونه عقدا رضائيا، أي أنه يكفي في انعقاده التراضي بين طرفي العقد، أي اقتران هذا العقد بالإيجاب والقبول، فلا وجود للإكراه في عقد التشغيل وليس عقد التشغيل من العقود الشكلية، وغالبا مايتم التعاقد بين المؤسسة الحكومية والجهة المشغلة على استدامة الآلات وعملها وحسن التدبير الفني للمرفق الإداري، أو الإصلاح والترميم لهذه الآلات إن اقتضى الأمر ذلك، فكثير من عقود التشغيل تتعلق بإدارة المنشآت والآلات والمعدات كما سبقت الإشارة إلى ذلك في تحديد التعريف الجامع لعقد التشغيل .

[1] سنخصص الباب الثاني لعرض نماذج من عقود التشغيل، وسندرسها دراسة فقهية ونستخلص أهم الأحكام الفقهية المستخرجة منها وتكييف البنود الوارة فيها تكييفا شرعيا معتبرا.

رابعا : عقد التشغيل من عقود المعاوضة

والمقصود بكونه من عقود المعاوضة، أي أن كلا من طرفي العقد يأخد مقابلا وعوضا لما قدمه، فالمشغل يتعهد بإدارة المنشأة أو المصنع أو غيره خلال مدة زمنية معلومة، ويأخد عوضا ماديا عن عمله وتشغيله للمنشأة أو غيرها.. أما الجهة المشغلة فإنها تدفع الأجرة، لقاء حصول المنافع التي تم الإتفاق عليها في بنوذ العقد، وهذا نموذج للرضائية في هذا العقد؛ وحتى لايبقى الكلام نظريا وتجريديا حول هذه السمات والخصائص المميزة لعقد التشغيل، نورد هاهنا نموذجا لعقد التشغيل أبرم بين شركة خاصة للتشغيل وبين مرفق عمومي تابع لمؤسسة حكومية بالمملكة العربية السعودية.

نموذج عقد تشغيل

المملكة العربية السعودية

وزارة المالية

(279)

الإدارة القانونية

نموذج عقدللتشغيل والصيانة والنظافة

حسب ما تضمنه قرار مجلس الوزراء الموقر

رقم 268 وتاريخ 30/ 10/ 1422هـ

ويتم التقيد بما ورد في ملحق التعديلات الصادر بتعميم

وزارة المالية رقم 42/ 25517 وتاريخ 28/ 3/ 1428هـ.

المستشار/ يزيد المرشد

عقد.....

وثيقة العقد الأساسية

بعون الله تعالى

تم الاتفاق في مدينة في يوم الموافق

بين كل من:

أولا: (الوزارة أو الجهة الإدارية)، ويمثلها بصفته المشار إليها فيما بعد بصاحب العمل . (الطرف الأول) ، ويشمل هذا التعبير من يخلف صاحب العمل ومن يحيل إليهم العقد.

ثانيا: (يذكر هنا المعلومات الخاصة بالطرف الثاني).

- اسم الطرف الثاني.

- الشكل القانوني (مؤسسة فردية – شركة)، وعنوانه الدائم في المملكة واسم الشخص المفوض بالتوقيع ورقم وتاريخ التفويض الرسمي الممنوح له بالتوقيع ).

- عنوانه في مقره الأصلي . ( الطرف الثاني)

- ويشمل هذا التعبير من يخلف الطرف الثاني ومن يصرح له بإحالة العقد إليه.

لما كان صاحب العمل يرغب في تشغيل / صيانة / نظافة ما يلي.

التي طرحت في منافسة عامة عبر الصحف المحلية. وتقدم لذلك (الطرف الثاني) بعرضه لهذه المنافسة بتاريخ / / للقيام بتنفيذ تلك الأعمال بعد اطلاعه على جميع الشروط والمواصفات وشروط العقد وجميع الوثائق ووقوفه على الموقع وبعلمه بما يتضمنه نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / 14) وتاريخ 7/ 4/ 1397هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار

وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم (2131/ 17) وتاريخ 5/ 5/ 1397هـ وما صدر عليه من تعديلات وقرارات وتعاميم وتعليمات .

ولما كان عرض (الطرف الثاني) قد اقترن بقبول الطرف الأول (صاحب العمل) وفقاً لما جاء في خطاب الترسية رقم (  ) وتاريخ /  /

فقد اتفق الطرفان على تنفيذ العمل وفقا لشروط العقد التالية:

المادة الأولى : الغرض من العقد:

إن الغرض من هذا العقد هو القيام بـ

ويشمل ذلك تقديم المواد والمعدات والعمال وجميع الأشياء اللازمة (  ) وفقاً لشروط العقد ووثائقه.

المادة الثانية : وثائق العقد :

-1/ 2يتألف هذا العقد من الوثائق الآتية.

أ - وثيقة العقد الأساسية و ملحق التعديلات الصادر بتعميم وزارة المالية رقم (42/ 25517) وتاريخ 28/ 3/ 1428ه.

ب- الشروط الخاصة إن وجدت.

ج- الشروط العامة

د- المواصفات

هـ- جداول الكميات وفئات الأسعار

و- المخططات والرسومات وكتيبات التشغيل والصيانة إن وجدت

ز- خطاب الترسية أو قبول العرض

ح- الملاحق إن وجدت

ط- نماذج الضمانات البنكية التي يصدرها وزير المالية والاقتصاد الوطني

2 / 2- تشكل هذه الوثائق وحدة متكاملة وتعد كل وثيقة منها جزءا من العقد بحيث تفسر وتتمم الوثائق المذكورة أعلاه بعضها بعضا.

3- / 2 في حالة وجود تعارض بين وثائق العقد، فإن الوثيقة المتقدمة تسود على الوثيقة التي تليها في الترتيب الوارد في الفقرة الأولى من هذه المادة.

المادة الثالثة: مدة العقد

يتعهد الطرف الثاني بـ (وصف لطبيعة الأعمال ومواقعها (

وذلك طيلة مدة العقد المحددة بـ ( تذكر مدة العقد رقماً وكتابة ) وتبدأ هذه المدة اعتباراً من تاريخ تسليم موقع العمل إلى المقاول بموجب محضر كتابي موقع عليه من قبل مندوبي صاحب العمل والطرف الثاني.

المادة الرابعة: قيمة العقد

إن القيمة الإجمالية للعقد هي (تذكر قيمة العقد رقما وكتابة) ريال عربي سعودي فقط. لقاء تنفيذ هذا العقد وفقاً للشروط والمواصفات والمخططات وجداول الكميات وفئات الأسعار وغيرها من وثائق العقد.

المادة الخامسة: الدفع.

يلتزم صاحب العمل بدفع قيمة العقد بالطريقة وفي الأوقات المحددة في المادة (السادسة والثلاثين) من الشروط العامة للعقد مقابل قيام الطرف الثاني بتنفيذ وإتمام الأعمال المتعاقد عليها.

المادة السادسة: نظام العقد

يخضع هذا العقد للأنظمة المعمول بها في المملكة ويتم تفسيره وتنفيذه والفصل فيما ينشأ عنه من دعاوى بموجبها.

المادة السابعة: تسوية الخلافات

كل خلاف ينشأ عن تطبيق هذا العقد ولا يتم التوصل إلى تسويته بين الطرفين يختص ديوان المظالم بالفصل فيه ، ويكون حكمه في ذلك نهائيا.

وتوثيقا لما تقدم فقد قام الطرفان بالتوقيع على هذه الوثيقة في المكان والتاريخ المذكورين أعلاه.

خامسا : خاصية الامتداد في الزمان

يعد عقد التشغيل من العقود التي تبنى عليها التزامات متواصلة ومستمرة ، وتكون ممتدة طول مدة العقد، والمنافع التي تتحقق للجهة المشغلة كذلك لا تكون مؤقتة بقدر ما تكون مستمرة مع توالي العقد، وحتى المنافع التي يحققها المشغل كذلك لا تكون مؤقتة، فكانت هذه خاصية ملازمة لعقد التشغيل من حيث طبيعة الالتزامات التي تنشأ بين الطرفين.

## المبحث الثاني: مشروعية عقد التشغيل

سبق وأن أوردنا في المبحث الثاني، من الفصل الأول في سياق تقريبنا لتعريف عقد التشغيل، أن هناك علاقة قائمة بين مشغل وشركة التشغيل،

هذه العلاقة القائمة بينهما هي علاقة تعاهدية وتعاقدية، يقوم بمقتضاها المشغل بتوظيف جهده البدني والعقلي والفكري، لاستمرار واستدامة عمل مكونات أجهزة معينة.

وبالنظر إلى بنود عقود التشغيل نلاحظ تعددا في هذه المكونات، كتعدد آليات ووسائل توظيفها،فقد تكون آلات وقد تكون مصانع، وقد تكون مؤسسات وغيرها، ويتم تشغيلها وفق زمن معين، وبأجرة معلومة وبنود مقررة مكتوبة،فهذه هي الصورة الحقيقة لعقد التشغيل؛وبناء عليه فإن مدارستناومطارحتنا للمشروعية الفقهية،إنما هي إسقاط لهذه الصور على الفقه ومحاولة تأصيلها أو تأثيلها لاستخلاص الأحكام الفقهية لعقد التشغيل وصوره، ومحاولة تكييفه بما يصلح أن يكون مندرجا ووعاءا لجميع جزئياته.

## المطلب الأول: بيان الأصل في العقودهل هو الإباحة أم الحظر

يتجدد هذا السؤال الفقهي كلما تمت مقاربة ومطارحة ومدراسة عقد من العقود المستحدثة والجديدة، ولأهمية هذا الاعتبار وهذه القاعدة الفقهية نورد بعض أقوال سادتنا الفقهاء في المسألة لنخلص إلى الرأي الراجح فتكون مستندا لنا في إثبات وتأثيل مشروعية عقد التشغيل.

يقول الفقيه الجليل أبو زهرة: "يقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود مايرون، غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهو ألا تشتمل على ما قد نهى عنه الشارع وحرمه، كأن يشتمل العقد على ربا أو نحوه مما حرمه الشرع الإسلامي"[1].

## المطلب الثاني: مذهب جمهور الفقهاء في المسألة

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، أن الأصل في العقود الحل والإباحة وليس الحظر والحرمة، ولايحرم منها إلا ما ذكر أو فصل الشرع تحريمه، وينبني على هذا الأصل اندراج مجموعة العقود المستحدتة تحت دائرة الإباحة مع بيان مايتعلق بتفاصيل العقود التي تختلف طبيعتها وصورها.

أ: أقوال السادة فقهاء المالكية

يقول الإمام القرافي رحمه الله: "إن الأصل في المنافع الإذن، وفي المضار المنع بأدلة السمع لا بأدلة العقل خلافا للمعتزلة، وقد تعظم

---

[1] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي، (ص: 232)

المنفعة فيصحبها الندب أو الوجوب، مع الإذن. وقد تعظم المضرة، فيصحبها التحريم على قدر رتبتها فيستدل على الأحكام بهذه القاعدة "[1].

ويقول القاضي عبد الوهاب البغدادي: "كل بيع فالأصل فيه الجواز، إلا ماتعلق به ضرب من ضروب المنع"[2].

وفي تقرير نفس المعنى، يقول الإمام أبو إسحاق الشاطبي: "المباحات من حقيقة استقرارها أن لايسوى بينها وبين المندوبات ولا المكروهات"[3].

ونجد هذا المعنى كذلك، عند الإمام القاضي أبي بكر بن العربي في أوضح المسالك حيث يقول: "وهذه الآية، يقول عز وجل [4]﴿وَأَحَلَّ اللهُ

---

[1]الدخيرة، شهاب الدين القرافي، (155/1) تحقيق الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي

[2]القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي (ص: 359).

[3]الموافقات، أبو إسحاق الشاطبي، (116/4)، تقديم بكر عبد الله أبو زيد دار ابن عفان

[4]سورة البقرة، الآية: 275.

﴿الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، الأصل في جواز البيوع كلها،واختلف العلماء فيها هي مجملة أو عامة ؟ والصحيح عندنا أنها عامة في كل بيع"[1].

ب: أقوال السادة فقهاء الحنفية:

ورد في كتاب غمز عيون البصائر أن "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على عدم الإباحة، وهو مذهب الشافعي رحمه الله أو التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة ونسبه الشافعية إلى أبي حنيفة رحمه الله، وفي البديع المختار أن لا حكم للأفعال قبل الشرع" [2].

وفي شرح معنى هذا الأصل يقول الشيخ أحمد الحنفي الحموي "قوله الأصل في الأشياء الإباحة... ذكر العلامة قاسم بن قطلوبغا في بعض تعاليقه أن المختار أن الأصل الإباحة عند جمهور أصحابنا، وقيده فخر الإسلام بزمن الفترة، فقال إن الناس لن يتركوا سدى في شئ من الأزمان.

---

[1] القاضي أبو بكر بن العربي المعافري الإشبلي الأندلسي، ت 534 هـ، المسالك في شرح موطأ مالك صفحة 5 الجزء ت محمد بن الحسين السليماني وعائشة بنت محمد السليماني دار الغرب الإسلامي.

[2] غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والظائر لابن نجيم المصري صفحة (223/1) دار الكتب العلمية لبنان الطبعة 1985.

وإنما هذا بناء على زمن الفترة لاختلاف التشريعات ووقوع التحريفات فلم يبقى الاعتقاد والوثوق على شئ من الشرائع فظهرت الإباحة بمعنى عدم العقاب.. ودليل هذا القول قوله تعالى:﴿خَلَقَ لَكُمْ مَافِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾[1]، أخبر بأنه خلقه لنا على وجه المنة علينا، وأبلغُ وجوهِ المنة إطلاق الانتفاع فتبتث المنفعة"[2].

ج: أقوال السادة الشـافعية :

ذهب جمور السادة الشافعية إلى أن الأصل في العقود هو الإباحة: "فقلت له لما كان في كتاب الله دلالة على أن الله وضع رسوله موضع الإنابة عنه، وفرض على خلقه اتباع أمره فقال الله عز وجل:﴿وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[3] ، فإنما يعني أحل الله البيع إذا كان على غير مانهى الله عنه في كتابه أو على لسان نبيه، وكذلك قوله: "وأحل لكم ماوراء ذلكم"[4]، بما

---

[1] سورة البقرة الآية 29.

[2] غمز عيون البصائر (ص: 224).

[3] سورة البقرة، الآية 275

[4] سورة النساء الآية 24.

أحله الله من النكاح وملك اليمين في كتابه؛ لأنه أباحه بكل وجه، وهذا كلام عربي.[1]

د: أقوال السادة الحنابلة:

يقول الشيخ ابن تيمة رحمه الله: "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به، وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا"[2].

وقد ذهب العلامة ابن قيم الجوزية، أبعد من هذا فقال بفساد رأي مذهب القائلين بأن الأصل هو المنع في العقود حتى يرد الحل، وعد ذلك مدخلا من مداخل المشقة على المكلفين ودخولهم في دائرة الحرج غير الشرعي قال ابن القيم: "الخطأ الرابع: فساد اعتقاد من قال أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم على البطلان حتى يقوم الدليل، فإذا لم يقم دليل على صحة عقد أو شرط أو معاملة استصحبوا بطلانه فأفسدوا

---

[1] الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ص: 232) دار الكتب العلمية، تحقيق أحمد شاكر

[2] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، مجموع الفتاوى (132/29)، جمع عبدالرحمن بن قاسم النجدي .

بذلك عقودا كثيرة من معاملات الناس وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل، وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان، وهذا القول هو الصحيح، فإنه لا حرام إلا ما حرم الله ورسوله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله، ولا دين إلا ما شرعه الله ورسوله"[1].

ويقول أيضا: "وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها الله تعالى، ولهذا نعى المشركين مخالفة هذين الأصلين،وهو تحريمُ مالم يحرمه والتقرب بما يشرعه، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفوا لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله، فإن الحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه وما سكت عنه فهو عفوٌ، فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لايجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير إهمال، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرّمه"[2].

الفرع الثاني: أدلة الفقهاء المجيزين

---

[1] العلامة ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين (344/1).دار الجيل بيروت ط 1437 تحقيق طه عبدالرؤوف سعد

[2] إعلام الموقعين، مصدر سابق (ص: 344).

بعد أن أوردنا أقوال الفقهاء من المذاهب الفقهية المشتهرة؛ يتبين من هذه النقول أن الأصل في العقود هو الإباحة وليس الحظر، وقد بنى الفقهاء من المذاهب الأربعة هذا الرأي عل جملة من الأصول والأدلة الشرعية قراءنا وسنة ومعقولا فما هي هذه الأدلة ؟

أ_ الأدلة من القرأن الكريم

الدليل الأول: الذي استدل به الفقهاء القائلون بأن الأصل في العقود هو الإباحة قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَآمَنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾[1] وقوله عز من قائل:﴿وَأَوْفُوا بِالعَهْدِ إِنَّ العَهْدَ كَانَ مَسْؤُولًا﴾[2].

والظاهر من هاتين الآيتين اللتين سقنهما، أن وجه الاستدلال بهما يتجلى في الأمر الإلهي الموجب للوفاء بالعقود وعدم نقضها أو نكثها، فكان هذا الوجه دالا على أن الأصل المعتبر هو الإباحة وليس المنع والحظر، ولو كان الأصل هو المنع وعدم الجواز لما استقام شرعا أن يكون هنالك دعوة إلى الوفاء بالعهود والعقود.

---

[1] سورة المائدة الآية رقم 1

[2] سورة الإسراء الآية رقم 34. وكتاب الإحكام في أصول الأحكام (600/2).

وقد رد المانعون هذا الاستدلال، وعلّة الرد قولهم أن هذه النصوص مخصوصة فيمن عقد عقدا صحيحا أو عاهد غيره، وكان العقد موافقا لأصول الشريعة وأحكامها مما ورد ذكره في الكتاب والسنة[1].

وعلل المجيزون دليلهم بالجواب عن هذا التخصيص الذي اعترض به المانعون بقولهم: "إن تخصيصها -أي الأدلة- بما جاء الشرع بإباحته لا وجه له، إذ أنه يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم بدون دليل على ذلك"[2].

الدليل الثاني : قوله عز وجل:﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[3].

---

[1] ينظر: المحلى (414/8)

[2] ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين ،للإمام محمد بن أبي بكر إبن قيم الجوزية ــ (348/1) دار الجيل ــ بيروت لبنان الطبعة الأولى 1973 ،تحقيق طه عبد الرؤوف سعد.

[3] سورة الأنعام الآية 151.

وقوله عز وجل:﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾[1].

الظاهر من هذه الآيات كلها هو أنها جمعت وأحصت أنواعا محددة من المحرمات، فكان وجه الاستدلال عند الفقهاء الموجزين، أن الحق جلت قدرته قد عد المحرمات وذكرها تفصيلا وألحق بها بعضا من الأوصاف التي تشترك فيها علة وشرطا، فلا يحكم على وصف أو شيء بالحرمة إلا إذا قام الدليل على تحريمه؛ "فما لم يعلم فيه تحريم يجري عليه حكم الحل، والسبب فيه أنه لا يثبت حكم على المكلفين في مستند إلى دليل".[2]

الدليل الثالث: قول الله تعالى في سورة البقرة:﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[3].

---

[1] سورة الأعراف الآية 33.

[2] ينظر: غياث الأمم في إلتياث الظلم (ص: 490) الإمام الجويني عبدالله بن عبد الملك بن يوسف محمد أبو المعالي تحقيق عبد العظيم الذيب مكتبة إمام الحرمين.

[3] سورة البقرة الآية 257.

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة، أن لفظ البيع من الألفاظ التي تفيد العموم، مما يدل على كونه من ألفاظ العموم أن "الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم، والفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلا أن يأتي ما يخصصه"[1].

الدليل الرابع:هو قول الله عز وجل:﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَآمَنُوا لَاتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَة عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[2]، ووجه الاستدلال أن الأصل في العقود هو ما توافقت عليه إرادة المتعاقدين فدل ذلك على أن الوصف سبب الحكم ولم يشترط في التجارة إلا التراضي، فالدليل الشرعي أصل في باب إباحة المعاملات والمبايعات وأنواع التجارات، متى توفر في هذه التجارة أو المعاملة الرضا المعتبر والصدق والعدل"[3].

ب: الأدلة من السنة النبوية

---

[1]ينظر: المقدمات لابن رشد (ص:359)، مجموع الفتاوى لابن تيمية (349/20)، الرسالة للإمام الشافعي (ص: 232) ف 646، أحكام القرآن للجصاص (210/2)، الجامع لأحكام القرأن القرطبي (151/5).

[2]سورة النساء الآية رقم 29.

[3] ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين (356/1).

تعددت الأدلة من السنة النبوية التي بنى عليها الفقهاء المجيزون وأسسوا عليها مذهبهم القائم على أن الأصل في العقود هو الإباحة، ومن ذلك مايلي:

الدليل الأول: ما جاء في السنة النبوية من طريق أبي الدرداء رضي الله عنه مرفوعا بلفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها، وحد حدودا فلا تعتدوها، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها "[1].

ووجه الإستدلال أن الحديث يبين أن ما سكت عنه الشارع من الأعيان والمعاملات فهو من المباح، فالحديث أفاد أن "الأشياء في حكم الشرع إما محرمة، وإما مباحة، وإما مسكوت عنها لم تذكر لا بتحليل ولا بتحريم فهي مما عفا الله عنها، ولا حرج في فعلها "[2]، ويقرر ابن القيم

---

[1] رواه الدارقطني في كتاب الرضاع (183/4-184) رقم الحديث 42 ورواه الطبراني في المعجم الكبير (221/22) رقم الحديث 859، ورواه البيهقي في كتاب الضحايا باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان في معني ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب (10 /12-13).

[2] ينظر : الموافقات (162/1) ، جامع العلوم والحكم (170/2) ، الإستقامة لابن تيمية (453/1) مؤسسة قرطبة الطبعة الثانية مدينة الأندلس تحقيق محمد رشاد سالم .

رحمه الله هذا المعنى بقوله: "فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها"[1].

الدليل الثاني:ماورد في السنة النبوية أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "إن أعظم المسلمين جُرما من سئل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته"[2]، وقوله عليه الصلاة والسلام أيضا: "ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم،ما نهيتكم عنه فانتهوا، وما أمرتكم به فآتوا منه ما استطعتم"[3].

وأما وجه الإستدلال بهذا الحديث فهو أن النبيء الكريم عليه الصلاة والتسليم قد حذر من السؤال ونهى عنه خشية أن ينزل بسبب ذلك تشديد، فدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل على التحريم، وقد

---

[1] ينظر: إعلام الموقعين (2/344-345).

[2] أخرجه الإمام البخاري في كتاب الإعتصام بالكتاب والسنة باب ما يكره من كثرة السؤال (4/261) رقم الحديث 7289 ، ورواه الإمام مسلم في كتاب الفضائل باب توقيره وترك إكثار سؤاله عما لاضرورة إليه أو لا يتعلق به تكليف وما لايقع نحو ذلك (4/1831) رقم الحديث 2358 وكلاهما من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

[3] أخرجه الإمام مسلم في الموضع السابق.

أورد الإمام الحافظ ابن حجر عند شرحه للحديث ما نصه: "وفي الحديث أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك"[1].

الدليل الثالث: ما جاء في السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنكم "[2].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث كما يقرر الإمام الشاطبي وابن رجب الحنبلي: "أن الأحاديث أفادت أن الأشياء في حكم الشارع الحكيم ثلاثة:إما محرمة أو مباحة أو مسكوت عنها لم تذكر لا بتحريم ولا بتحليل، فهي مما عفا الله عنها ولا حرج في فعلها "[3]

## المطلب الثالث: مذهب الفقهاء المخالفين وأدلتهم

أوردنا في المطلب السالف، مذهب جمهور الفقهاء القائلين بأن الأصل في العقود والشروط والمعاملات هو الإباحة والحلية وليس الحظر والمنع، وسنبرز في هذا المطلب قول المخالفين من الفقهاء القائلين بأن

---

[1] ينظر: فتح الباري (269/13).

[2] ينظر: المعجم الكبير للإمام الطبراني رقم 6124 الجزء (250/6).

[3] ينظر :الموافقات للشاطبي الجزء (162/1) ، جامع العلوم والحكم إبن رجب الحنبلي الجزء (170/2).

الأصل في العقود هو الحرمة والحظر، ولا يباح من العقود إلا ما أباحه الشرع وأجازه بدليل مفصل أومجمل، وقد ذهب إلى القول بهذا الرأي الفقهي الظاهرية، والإمام ابن حزم والفقيه الأبهري[1] من المالكية.

يقول ابن حزم: "وأيضا فيقال لمن أوجب الوفاء بعقد أو عهد أو شرط أو وعد ليس في نص القران أو السنة الثابتة إيجاب عقده وإنفاذه، إننا بالضرورة ندري أنه لا يخلو كل عقد وشرط وعهد ووعد التزمه أحد لأحد، وجهين لا ثالث لهما: إما أن يكون في نص القران أو السنة إيجابه وإنفاده، فإن كان كذلك فنحن لا نخالفكم في إنفاذ ذلك وإيجابه، وإما أن يكون ليس في نص القرآن والسنة إيجابه ولا إنفاذه ففي هذا اختلفنا فنقول لكم الآن: فإن كان هكذا فإنه ضرورة لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلا: إما أن يكون التزم فيه إباحة ما حرم الله تعالى في القرآن أو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم، فهذا عظيم لا يحل قال تعالى:﴿وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ﴾[2]، ونسألهم حينئذ عمن التزم في عهده وشرطه وعقده ووعده إحلال

---

[1] إحكام الفصول للإمام الباجي (ص: 681).

[2] سورة التوبة، الآية 29.

الخنزير... وإما أن يكون التزم فيه تحريم ما أباحه الله تعالى في القرآن وعلى لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهذا عظيم لا يحل..[1].

أدلة القائلين بأن الأصل هو الحظر

استدل الفقهاء القائلين بأن الأصل في العقود هو الحظر والمنع بمجموعة من الأدلة الشرعية، ومن أهمها:

أ_ الأدلة من القرآن الكريم: من الأدلة القرآنية التي استدل بها القائلون بأن الأصل في العقود الحظر لا الإباحة.

_ قول الباري جل جلاله: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾[2]، ووجه الاستدلال بهذه الآية عندهم أن الحق عز وجل أكمل الدين وأتم أحكامه إجمالا وتفصيلا، ومن أتى يغير ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام فقد زاد في الدين ما ليس منه، وتقوَّلَ على الشارع الحكيم مالم يقُله.

---

[1] الإحكام في أصول الأحكام، الإمام ابن حزم (15/5) دار الغرب الإسلامي تحقيق الشيخ أحمد شاكر.

[2] سورة المائدة الآية 3.

_ الدليل الثاني الذي أستدلوا به قوله الله عز وجل:﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[1]، وقوله عز وجل:﴿وَمَنْ يَعْصِ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾[2]؛ ووجه الإستدلال في الدليل، زعمهم أن القول والادعاء بأن الأصل في العقود هو الحل والإباحة، يعد ضربا من أضرب التعدي والتجاوز لحدود الله.

ب: الأدلة من السنة النبوية المطهرة

الدليل الأول: حديث عائشة رضي الله عنها: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال: (أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق"[3].

---

[1] سورة البقرة الآية 229.

[2] سورة المائدة الآية 14.

[3] أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا إشترط شروطا في البيع لا تحل الجزء (106/2)، رقم الحديث 2178 ؛ وأخرجه الإمام مسلم في كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق الجزء (1141/2-1143) رقم الحديث 1504.

ووجه الاستدلال عندهم بهذا الحديث أن النص النبوي دال دلالة واضحة وقاطعة، على حرمة اشتراط أي شرط لم يرد في كتاب الله، ولما كانت العقود المبنية على الشروط والأحكام التي يصوغها العاقدين ويتفقان عليها، ولأن هذه الشروط لم ترد في كتاب الله فدل دلك على تحريم هذه الشروط وبالتبع العقود التي وردت فيها؛ "فالحديث قاطع بإبطال كل عقد كل شرط وعقد وعهد ووعد ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده، لأن العقود والوعود شروط وإسم الشرط يقع على جميع ذلك"[1].

الدليل الثاني من السنة النبوية: حديث عائشة رضي الله عنها "عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"[2].

---

[1] ينظر : المحلى الجزء (358/8) ، مجموع فتاوى ابن تيمية الجزء (160/29 و161) ، إعلام الموقعين الجزء (348/1).

[2] أخرجه مسلم في كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور الجزء (1343/3)،رقم الحديث 1718، وأورد الإمام البخاري معلقا في كتاب البيوع باب النجش الجزء (200/2) ورواه موصولا بلفظ (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد) في كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود الجزء (267/2) ، رقم الحديث 2697.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث في معرض التأصيل لحرمة العقود المستجدة، أن كل عقد لم يرد في الشرع فهو من قبيل المحدثات والبدع المرفوضة التي لا تقبلها الشريعة الإسلامية بناء عل منطوق هذا الحديث.

خلاصة النقاش الفقهي:

بعد إيراد أقوال السادة الفقهاء في مسألة الأصل في العقود، يظهر أن الرأي الراجح والذي يحقق مقاصد المكلفين، هو الرأي الأول الذي ذهب إليه الفقهاء والقائل بجواز إبرام العقود، وبإن الأصل هو الإباحة والحل وليس الحظر والمنع، وقد أشار إلى هذا الترجيح مجموعة من الباحثين المعاصرين[1] معللين ذلك بمجموعة من الأدلة نبرزها كالآتي مع التصرف فيها :

[1]ينظر : لمزيد من التوسع على سبيل المثال عل الحصر بحث بعنوانمشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل b .o.t دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الدكتور عثمان خزعل عباس الجبوري من مطبوعات الجامعة العراقية كلية الأداب (ص: 406. / وبحث بعنوان عقد البناء والتشغيل والتحويل b.o.t دراسة فقهية مقارنة رسالة علمية غير مطبوعة إعداد الباحث خالد حسين عبدالله ملحم (ص: 62،جامعة العلوم الإسلامية العالمية كلية الدراسات العليا قسم الفقه واصوله.

_قوة الأدلة التي أستدل بها المجيزون سواء الأدلة العقلية أو النقلية، وقد بسطنا تلك الأدلة وظهر قوتها من حيث مطابقتها للأصول الشرعية واعتمادها على القطعي من الأدلة دون الظني منها من حيث الدلالة.

_ في الآن ذاته يظهر للباحث رجحان وضعف الأدلةوالنقول النقلية والعقلية التي استدل بها المعارضون، لأنها تصادم مقاصد المكلفين والقول بأن جميع العقود الأصل فيها هو المنع يوقع المكلفين في الحرج والعسر، ومعلوم أن الشريعة جاءت لرفع الإصر والحرج عن المكلفين.

_إن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الموافق والمطابق لقواعد الشريعة ومقاصدها، ومن ذلك قاعدة "المشقة تجلب التيسير"، و"رفع الحرج عن المكلفين"، ومثل "قاعدة المصالح"؛ إذ الشريعة جاءت لتحصيل المصالح للعباد وتكثيرها وتعطيل المفاسد وتقليلها،(ووضوح الحاجة إليها يغني عن تكلف بسط فيها فليصدروا العقود عن تراضي فهو الأصل الذي لا يغمض ما بقي من الشرع أصل وليجروا العقود على حكم الصحة"[1].

[1]ينظر: غياث الأمم (ص: 495).

إن ماذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح كما أسلفنا، ويوافق مقاصد الشريعة الإسلامية، وهذا العقد الذي نحن بصدد دراسته _عقد التشغيل_ ممن يشمله قاعدة "الأصل في العقود الإباحة"، وذلك لأنه لايندرج تحت المنهيات الشرعية فضلا عن كونه حسب التكييف الفقهي (كما سنبين في الفصل اللاحق) مندرجا تحت باب الإجارة في بعض صوره، وهو عقد من العقود الشرعية السليمة وقد فصل الفقهاء في أحكامها تفصيلا.

# الفصل الثالث: التكييف الفقهي لعقد التشغيل وبيان حقيقته وصوره

## المبحث الأول: التكييف مفهومه ومعناه

### المطلب الأول: التكييف الفقهي المفهوم والدلالة

قبل الشروع في بيان التخريجات الشرعية لعقد التشغيل لابد من الحديث عن مفهوم التكييف الفقهي[1]، وبيان المقصود به وأقوال الفقهاء في الموضوع.

---

[1] يعتبر التكييف الفقهي من المباحث المهمة التي يحتاجها الباحثون في الوقت الراهن والمعاصر، لتخريج كثير من القضايا الفقهية المعاصرة قصد ردها إلى أصولها وتحقيق المناط لبيان حكمها الفقهي، ومن أعظم الدراسات التي أفردت الموضوع وخصصته

فما المقصود بالتكييف الفقهي باعتباره لفظا مركبا ؟

يتكون هذا العنوان "التكييف الفقهي" الذي نحن بصدد دراسته من كلمتيين اثنتين، "التكييف" و "الفقهي"، ولكي تتضح الصورة الإجمالية لهذا العنوان نرى أنه لابد من أن نعرف كل منهما على حدا تحديدا ووصفا وتقريبا.

أولا مصطلح التكييف:

بالرجوع إلى القواميس اللغوية سنجد أن مصطلح التكييف، مشتق من "الكيف ومن معانيه، الإستفهام ، ومن معانيه كذلك "كيف الأديم" وهو الجلد المدبوغ، ومنه كذلك مصطلح الكيفة ويقصد بها القطعة من القماش"[1].

---

بالبحث والإيضاح كتاب الدكتور محمد عثمان شبير ، والموسوم ب "التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية ، وقد أورد الدكتور في كتابه حقيقة التكييف الفقهي وأقوال المعاصرين في التكييف الفقهي كما أورد في كتابه نماذج كثيرة ومتعددة لبعض القضايا الفقهية المعاصرة وصورتخريجها وتكييفها.

[1] التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، تأليف الدكتور عثمان شبير (ص: 11) دار القلم دمشق ، الطبعة الثانية سنة 2014.

أما التكييف في المدلول الإصطلاحي، فإنه لا يخرج عن المعنى اللغوي؛ وهو المعرفة الحقيقية للشيء وصفته المتعلقة به، وقد عرفه المتكلمون بقولهم: "هيئة قارة تابثة للجوهر، لايوجب تعقلها تعقل أمر خارج عنها وعن حاملها، ولايوجب قسمة ولانسبة في أجزائها وأجزاء حاملها "[1].

ثانيا: الفقهي

نسبة إلى الفقه، والفقه في اللغة يطلق على النباهة والفطانة والعلم،[2] يقول عز من قائل:﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾[3]، وأما معنى الفقه في الاصطلاح الشرعي فهو العلم بالأحكام الشرعية المكتسبة من الأدلة التفصيلية، وللعلماء في تعريف الفقه أقوال متعددة، قال ابن خلدون في بيان حده ووصفه: "معرفة أحكام الله في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهية والإباحة وهي متلقاة من الكتاب

---

[1] المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين، سيف الدين الأمدي (ص: 111) القاهرة 1983

[2] المفردات في غريب القرآن للراغب الإصفهاني، مطبعة الحلبي مصطفى القاهرة 1961

[3] سورة التوبة، الآية 123.

والسنة ومانصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة، فإذا استخرجت تلك الأحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه"[1].

فحاصل ما تقدم إذا، أن الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية المكتسبة من الأدلة التفصيلية وهذه الأحكام هي التي تشغل الجانب العملي من الدين، وقد درج الفقهاء الأول على استعمال لفظ الفقه إطلاقا على عموم أحكام الشريعة، ولم يكن هذا اللفظ دالا على الأحكام العملية فحسب، ولكن يشمل كذلك أمور الاعتقاد والسلوك، فنجد أن الإمام أبا حنيفة النعمان ألف كتابه وسماه الفقه الأكبر، وألف الإمام الأجري كتاب "الشريعة"، وهما كتابان بالنظر إلى موضوعهما خاصان بأمور العقيدة ومباحثها، ومع تطور الفكر الإسلامي وسيرورة تاريخه ظهر التخصص في العلوم، فتخصصت كل زمرة من العلماء بما تجيده وتتقنه من العلوم،فانفرد الفقهاء وقتئذ بالعلم الخاص بالأحكام العملية تحقيقا وتأصيلا وتطبيقا، وسموا نسبة إلى إشتغالهم بالفقه فقهاء، واندرجت كل زمرة من الففقهاء في الاشتغال والتقريب والتدريس قي مدرسة من المدارس الفقهية المعتبرة، وتكونت لكل مدرسة أصولها العقلية والنقلية.

---

[1] المقدمة لابن خلدون، م س. (ص: 389).

## المطلب الثاني: تعريف التكييف الفقهي باعتباره إطلاقا فقهيا

يعتبر التكييف الفقهي من المصطلحات الحديثة التي لم يتحدث عنها الفقهاء بصفة مباشرة، وبهذه الصيغة المعروفة المتداولة في أوساط الدراسات المعاصرة،[1] ولا يوجد تعريف أو توصيف جامع له في كتب المتقدمين بهذا المبنى المذكور وقد يوجد بمعناه بمصطلحات متقاربة، وقد اجتهد بعض الفقهاء المعاصرين في صياغة وتقريب تعريفات تبين المعنى المقصود من إطلاق مصطلح التكييف الفقهي على المباحث الفقهية، ومن بين هذه الاجتهادات العلمية أذكر مايلي:

-تعريف الشيخ علي الخفيف للتكييف الفقهي: "إلحاق عقد بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يعطى العقد الملحق الحكم الذي رتبه على العقد الملحق به من صحة أو بطلان وفساد، وذلك بالنظر إلى الأركان والشروط"[2]

---

[1] بالرجوع إلى كتب الفقهاء المتقدمين نجد أن لهم إطلاقات كثيرة شبيهة بالتكييف الفقهي ومن هذه الألفاظ ما يلي: – ماهية الشئ – حقيقة الشيئ – طبيعة الشيئ – القياس – التخريج الفقهي – الأشباه الفقهية . لمزيد من التوسع ينر كتاب التكييف الفقهي للدكتور عثمان شبير (ص: 22).

[2] بحث شهادات الاستثمار للشيخ علي الخفيف (ص: 11).

-وعرفه الدكتور يوسف القرضاوي بقوله: "تطبيق النص على الشرعي على الواقعة العملية"[1].

-تعريف الدكتور محمد عثمان شبير، بعد عرضه لتعاريف الفقهاء المعاصرين ونقدها، بقوله: "تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة " [2].

يظهر من خلال التعاريف السابق ذكرها أن تعريف الدكتور عثمان شبير، يتميز بكونه تعريفا جامعا لكثير من الجزئيات موراد للعلل المطردة في النازلة المحدثة المستجدة، وقد اشتمل هذا التعريف على عناصر مهمة لا يكاد يخلوا منها كل تكييف فقهي أو تخريج شرعي لكل واقعة مستجدة،وأهم هذه العناصر التي تضمنها تعريف الدكتور عثمان شبير بحسب التعريف مايلي:

-الواقعة المستجدة

---

[1]الفتاوى للدكتور يوسف القرضاوي (ص: 72).

[2]التكييف الفقهي ، الدكتور عثمان شبير (ص: 30.

والمراد بها تلك النازلة الطارئة على فعل المكلف وهي بالنظر إلى زمانها متأخرة، وبالنظر إلى حمكها الشرعي فهي فاقدة له وتحتاج إلى تخريج شرعي لها قصد إلحاقها بأصل تشترك معه في نفس الأوصاف والعلل والحكم أحيانا، وهذه النازلة كما ينبه إلى ذلك الدكتور عثمان شبير"لا تقتصر على نوع معين من أنواع الفقه الإسلامي بل تشمل،العبادات والمعاملات المالية والقضايا السياسية والقضايا الاجتماعية والقضايا الطبية وغير ذلك"[1].

-الإلحاق بأصل فقهي

ويقصد بالأصل الفقهي في هذا السياق المستند الشرعي المحكم والمعتبر،والذي يمكن أن تعزى إليه النازلة المستجدة إما لاشتراك في الوصف أو العلة أو الحكمة أو ورد التنصيص من لدن العلماء على وجود رابطة حكمية بين الأمرين،والمستند الشرعي هو نصوص الوحي المعتبرة قرآنا أو سنة أو إجماعا،وأضاف الدكتور شبير إلى هذا، أصلا من الاصول الاجتهادية لإمام من الإئمة المعتبرين المجتهدين[2].

-المطابقة بين الأصل الشرعي والواقعة المستجدة

---

[1]التكييف الفقهي ، الدكتور عثمان شبير، (ص: 30).

[2]لمزيد من التوسع ينظر كتاب التكييف الفقهي، للدكتور عثمان شبير (ص: 31).

يقصد بهذا العنصر أن مريد وقاصد التكييف الفقهي ينبغي عليه لزاما وحتما، أن يتحقق من وجود المطابقة والمشابهة والمجانسة بين الواقعة المستجدة موضوع التكييف والتخريج وبين الأصل الشرعي، الذي سيخرج ويبنى عليه التكييف الفقهي وبالتالي الوصول إلى الحكم الشرعي، وبحسب ما وقف عليه الباحث من عليه من الأبحاث والدراسات فإن هنالك كثيرا من الفقهاء يخرجون عقدا واحدا على أحكام مختلفة، وذلك لعدم التحقق من هذه المطابقة وعدم التدقيق في تحقيق المناط مما يؤدي إلى تغاير في الرؤى، وتعدد في زوايا النظر، وتغيير في التخريج الشرعي والأحكام الفقهية المبنية على هذه التخريجات.

ومن أمثلة ذلك نذكر على سبيل المثال لا الحصر، التكييف الفقهي والتخريج الخاص بعقد b.o.t البوت، وهو اختصار لما يسمى: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهذا النوع من العقود عادة ما يجري فيه التعاقد على مشاريع البنية التحتية التي تحتاجها الحياة المدنية، من مثل المستشفيات والمطارات والمياه والكهرباء والصرف الصحي، "وهذا الأسلوب يعطي الفرصة للمستثمر أن يغطي تكاليف إقامة المشروع وأجور تشغليه،وصيانته، ومن ثم الحصول على العائد الربحي المطلوب.. وبهذا

يستطيع المقاول أن يتوصل إلى نسبة ربحية مرضية لاستثمار ماله"[1]، فهذا العقد قد عرف تكييفات فقهية متعددة وتخريجات مختلفة ومازالالآن يخرج على غير ما كُيِّف عليه لعدم التدقيق في عنصر المجانسة والمشابهة.[2]

بعد أن تحدثنا في المباحث السابقة، عن خصائص عقد التشغيل وأهميته،سنخصص هذا المبحث للوقوف عند حقيقة عقد التشغيل ومحاولة تكييفه وتخريجه تخريجا شرعيا وفق المباحثالآتية:

المبحث الثاني: تخريج عقد التشغيل على أحكام الإجارة

المبحث الثالث: تخريج عقد التشغيل على أحكام الإجارة والوكالة

---

[1]مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي تأليف الدكتور عدنان خزعل عباس الجبوري، (ص: 390) الجامعة العراقية كلية الأداب.

[2]لمزيد من التوسع والتفصيل أنظر الدراسات والبحوث التي قدمت للمجمع الفقه الإسلامي ، الدورة التاسعة عشر إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة، وكتاب اسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية للدكتور خليل الإسلامبولي الصادر عن المعهد الإسلامي للتدريب والبحوث ، وعقد البناء والتشغيل والتحويل دراسة فقهية مقارنة للدكتور خالد حسين عبدالله ملحم ، مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل البوت b.o.t دراسة مقارنة بين الشرريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عدنان خزعل عباس الجبوري صادر عن الجامعة العراقية.

## المبحث الثاني: تخريج عقد التشغيل على أحكام الإجارة بنوعيها

من خلال النظر في الرسالة العلمية التي أعدها الدكتور خلف سعيد العفريت الكويت "نظرية عقود الصيانة "[1] يظهر أن هذا العقد المستحدث يمكن أن يكيف على أربع صور – عقد إجارة على العمل – عقد إجارة ووكالة – عقد إجارة وبيع – عقد إجارة على الأعيان . وهذه هي الأوجه التي ينذرج تحتها عقد التشغيل وسيأتي في ثنايا هذا البحث عرض لنماذج من العقود التي تخص كل صورة من هذه الصور الأربع، مع الاقتصار في التخريج والتكييف الفقهي على أحكام الإجارة بنوعيها؛ إجارة الأعيان وإجارة الأعمال، والوجه الثالث المتعلق بالإجارة المقترنة بالوكالة. والقصد من الاكتفاء بهذه الأوجه الثلاثة من التخريج كونها هي الغالب في عقود التشغيل التي تجريها شركات الموانئ والمطارات وغيرها من المؤسسات في المشاريع الكبرى.

### المطلب الأول: الإجارة تعريفا وحكما

---

[1] انظر نظرية عقود الضيانة (512/2).

يقتضي منا البحث في تخريج عقد التشغيل على أحكام الإجارة، الوقوف عند مدلول الإجارة وأركانها وشروطها والأحكام المتعلقة بها، وذلك من خلال التوسل بالفروع الآتية:

**الفرع الأول : الإجارة تعريفها، مشروعيتها، أركانها وشروطها**

أولا : تعريف الإجارة لغة واصطلاحا

أ _ التعريف اللغوي للإجارة

الإجارة اسم للأجرة، مأخود من أجر يأجر أجرا ، وهو ما أعطيت من أجر في عمل[1]؛ قال عز وجل:﴿لَوْ شِئْتَلَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾[2]، وفي الذكر الحكيم كذلك قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[3] ؛ ولعل هذه المعاني ترجع إلى بعضها، فإن حقيقة الأجير هو طالب للعطاء والثواب وهو الأجرة المبذولة في مقابل عمله، وهو عوض يجبر به ماقام به من كد فيما عمله[4].

---

[1]مادة أجر لسان العرب لابن منظور (11/4)، معجم مقاييس اللغة لابن فارس (63/2).

[2]الآية 77 سورة الكهف.

[3]الآية 6 سورة الطلاق.

[4]مقاييس اللغة لابن فارس (83/1).

**ب _ التعريف الإصطلاحي للإجارة :**

أورد الفقهاء في المظان المخصصة للإجارة تعاريف متعددة وحدودا مختلفة نذكرها تباعا كما يلي:

1_ تعريف الحنفية للإجارة

عرف السادة الحنفية الإجارة بقولهم: "عقد على المنفعة بعوض" [1].

والمستفاد من هذا التعريف رغم وجازته واختصاره في الحد، أنه تحدث على ركنين مهمين من أركان الإجارة وهما: العوض الذي هو الأجرة، والمنفعة المبذولة والتي هي العمل التي بني عليها عقد الأجرة، ومن جانب آخر فإن هذا التعريف يلاحظ عليه أنه لم يشتمل على ضوابط المنفعة المستفادة، وكذا العوض المادي المبذول، وهما بلا شك أعني العوض والمنفعة ركنا الإجارة الأساسيين وبانعدامها تُفتقد الإجارة.

2_ تعريف الشافعية للإجارة:

---

[1] المبسوط أبو بوبكر محمد بن أحمد السرخسي (74/15)، دار المعرفة بيروت لبنان ، 1414هـ 1993 م.

عرف فقهاء الشافعية الإجارة بقولهم: "عقد على منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم"[1].

يستفاد من هذا التعريف أن الإجارة لابد أن تنعقد على منفعة غير مجهولة، بل لابد أن تكون هذه المنفعة معلومة وبينة وواضحة، كما أن هذا التعريف كذلك تضمن أمرا غاية في الأهمية، وهو وجود بذل وعوض معلوم، وحاصل هذه المقاربة لهذا التعريف أن للإجارة ضوابط لكي يتحقق نفعها وبذلها، وهذه الضوابط وفق التعريف هي كالآتي: - المنفعة المعلومة غير المجهولة ، -وجود عوض وبذل معلوم.

3_ تعريف الحنابلة للإجارة

أورد السادة الحنابلة تعريفات متعددة للإجارة، ومن أهم هذه التعاريف قولهم الإجارة: "عقد على منفعة مباحة، معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم"[2].

---

[1]مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، محمد بن الخطيب الربيني ، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ط1 1415هـ (438/3).

[2]الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل موسى بن أحمد الحجاوي ، تحقيق عبداللطيف محمد السبكي دار المعرفة ، بيروت – لبنان (283/2).

يشير هذا التعريف إلى ملاحظ مهمة، هذه الملاحظ يتقرر بها المعنى المقصود من الإجارة، ومن أهم هذه الملاحظ مايلي: - المنفعة المباحة – أن تكون معلومة – أن تكون موصوفة في الذمة – أن يكون هنالك عوضا معلوما.

4 _ تعريف المالكية للإجارة

عرف السادة فقهاء المالكية الإجارة بقولهم: "تمليك منفعة شئ مباحة مدة معلومة بعوض"[1]، وعرفها الشيخ خليل بقوله: "بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة و لا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها"[2].

وفي بيان المقصود بمعنى هذا التعريف ومآلاته يقول العلامة الدسوقي: "قوله: تمليك، هو جنس يشمل الإجارة والبيع والهبة والصدقة والنكاح والجعل والقراض والمساقاة وتمليك منفعة الأمة المحللة فإن تمليك منفعتها وهو الاستمتاع بها لا يسمى إجارة، وقوله: مدة معلومة أخرج النكاح والجعل وقوله: بعوض متعلق بتمليك، ولو قال: بعوض غير ناشئ عنها أي عن المنفعة لكان أولى، لأجل إخراج القراض والمساقاة،

---

[1]الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ، أي البركات أحمد الدردير ، دار الفكر ، بيروت – لبنان 2/4.

[2]شرح مختصر خليل ، الخرشي محمد بن عبدالله (2/7) دار إحياء الكتب العربية .

لأن العامل ملك منفعته بعوض لكن ذلك العوض ناشئ من المنفعة، وقوله: منافع شيء: أي سواء كان آدميا أو غيره، كام ذلك الغير لايقبل النقل كالدور والأرضين، أو يقبل النقل كالسفن والرواحل وغيرها من الحيوانات والأواني"[1].

وفي تعريف أدق وأخص فقد أورد الإمام العدوي في حاشيته على الكفاية قوله: "والأولى التعبير بعقد، لإن الإجارة لست بيعا بالمعنى الأعم ولا بالمعنى الأخص"[2].

إن الظاهر من خلال النظر في كثير من أقوال المالكية أنهم يميزون ويفرقون ويخصصون لفظ الإجارة، فالعرف عندهم أنهم يخصصون الإجارة من حيث إطلاقها واستعمالها على منافع الآدمي دون غيره، في

---

[1] الشرح الكبير حاشية الدسوقي مصدر سابق (2/4).

[2] الحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني شرح رسالة إبن أبي زيد القيرواني على الصعيدي العدوي المالكي ، دار الفكر ، بيروت لبنان ط 3 1412 هـ 1992 م ج2 ص190

حين يطلقون لفظ الكراء على منافع الأراضي والدور والسفن والحيوانات مع أنهم من حيث الأصل يعتبرون الإجارة و الكراء أمرا واحدا[1].

**ثانيا: مشروعية الإجارة**

تعتبر الإجارة إحدى الأبواب الفقهية التي اعتنى بها الفقهاء قديما تأصياوتأثيلا وتدليلا، وقد أفرد الفقهاء والمصنفون للإجارة أبوابا تأصيلية بغية بيان الأحكام والشواهد الشرعية الدالة عليها من القرأن والسنة والإجماع، وبيان ذلك كالآتي :

أ : الأدلة من القرأن الكريم

اشتمل كتاب الله العزيز على أيات تدل على مشروعية الإجارة وجوازها ومن ذلك:

الدليل الأول: قال عز وجل:﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا

[1] لمزيد من التوسع أنظر : كتاب الصاوي ، بلغة السالك 2 ، 243 ، عليش منح الجليل 7، 431 ، الأزهري ، جواهر الإكليل 3، 184، والإجارة على منافع الأشخاص ، الدكتور علي القراهداغي (ص: 23)

أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ﴾[1]، وهذا الآيات أصل في هذا الباب ودليل راجح في جواز التعامل بالإجارة بين المسلمين؛ أما وجه الاستدلال بهذه الآيات فقد ذكر غير واحد من العلماء ممن حققوا المناط ودققوا علل الأحكام، توصيفات وأوجها متقاربة للاستدلال، ومن ذلك "أن الله سبحانه وتعالى ذكر نبيا من أنبيائه أجر نفسه حججا مسماة،ملك بها بضع امرأة فدل على جواز الإجارة"[2].

فالمستفاد من الآية أن نبي الله الكريم سيدنا موسى، أجر نفسه لمدة معلومة، ولئن كان هذا الحكم المستفاد من الآيات الكريمات الواردة أعلاه، شرعا لمن قبلنا [3]، فهو شرع لنا كذلك نحن المسلمين ولازم حكمه لنا ما لم يقم دليل على نسخه وإبطاله.

---

[1] سورة القصص، الآيتان 26و27.

[2] الإمام محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله كتاب الأم تحقيق وتخريج د رفعت فوزي عبد المطلب دار الوفاء للطاعة والنشر والتوزيع/ الطبعة الأولى 1422-2001المنصورة مصر / كتاب الشفعة، الإجارات (44/5).

[3] شرع من قبلنا من الأدلة الشرعية المختلف فيها، وللأصوليين في ذلك كلام كثير فذهب الأكثرون إلى أنه حجة معتبرة بشروط معلومة وهي مبسوطة في كتب الأصوليين ،إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الاصول (980/2) ومعالم أصول الفقه محمد بن حسن الجيزاني (ص: 232.

وقد استدل بهذه الآية الكريمة "أصحاب أحمد ومن تبعهم، في صحة استئجار الأجير بالطعمة والكسوة بهذه الآية، واستأنسوا في ذلك بما رواه أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه في كتابه السنن، حيث قال: باب استئجار الأجير على طعام بطنه: حدثنا محمد بن المصفى.....سمعت عتبة بن المنذر يقول: كنا عند رسول الله عليه وسلم فقرا طسم، حتى إذا بلغ قصة موسى قال: "إن موسى أجر نفسه ثماني سنين أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه" [1].

الدليل الثاني: قول الله عزوجل: ﴿أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَةَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضاً سُخْرِيًّا وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾[2].

ومن دلالات وأوجه الاحتجاج بهذه الآيات والاستدلال بها، أن الباري جل جلاله وعظمت قدرته، قد خلق الخلق وهو أعلم بهم، فاقتضت حكمة الخلق أن يكون بعض الناس للبعض الأخر سخريا، يعين بعضهم بعضا عبى قضاء الحوائج والمآرب .

---

[1] الحافظ إسماعيل بن كثير الدمشقي ، تفسير القرأن العظيم المجلد (455/10)

[2] سورة الزخرف الآية 43.

ومما يعضد هذا المعنى كذلك ماورد في تأويل هذه الآية الكريمة بحيث إن "التحقيق إن شاء الله أنه من التسخير، ومعنى تسخير بعضهم لبعض: خدمة بعضهم لبعض وعمل بعضهم لبعض، لأن نظام العالم في الدنيا يتوقف قيامه على ذلك ، فمن حكمته تعالى أن يجعل هذا فقيرا مع كونه قويا قادرا على العمل ، ويجعل هذا ضعيفا لايقدر على العمل بنفسه ولكنه تعالى يهيئ له دراهم يؤجر بها ذلك الفقير القوي ، فينتفع القوي بدراهم الضعيف والضعيف بعمل القوي ، فتنتظم المعيشة لكل منهما وهكذا ".[1]

الدليل الثالث : يقول الله عز وجل: ﴿قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾[2].

وللاستدلال بهذه الآية كما هو ظاهر من منطوقها وجه دال على جواز الإجارة وأخذ العوض عنها مقابلا ماديا لهذا العمل؛ قال ابن جريج عن

---

[1] العلامة محمد الأمين الجكنيالشنقطي ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرأن (260/7)، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع تحقيق بكر عبدالله أبوزيد.

[2] سورة الكهف الآية 94.

عطاء، عن ابن عباس رضي الله عنهما: "أجرا عظيما، أي أنهم أرادوا أن يجمعوا له من بينهم مالا يعطونه إياه، حتى يجعل بينهم وبينهم سدا" [1].

وقد استنبط هذا المعنى أيضا الدكتور خلف العفريت بقوله: "وهذا يدل على جواز الإجارة من باب شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ ولم يرد دليل على النسخ فدل على الجواز"[2].

الدليل الرابع: قال عز وجل:﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا أَتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[3]، قال المحدث سفيان الثوري في بيان تأويل الآية: "إذا سلمتم إلى هذه التي تستأجرون أجرها بالمعروف،يعني إلى من استرضع للمولود إذا أبت الأم رضاعه [4].

ب: الأدلة من السنة النبوية

---

[1] تفسير ابن كثير (195/5).

[2]نظرية عقود الصيانة (213/1).

[3]سورة البقرة الآية 233.

[4]أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش دار الكتب المصرية القاهرة مصر ط 2 1384هـ1964 م (26/13).

تواترت الأدلة والشواهد الشرعية في السنة النبوية والتي تدل على جواز الإجارة ومشروعيتها ومن هذه الأدلة نذكر مايلي:

الدليل الأول: حديث عائشة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت:(واستأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الديل هاديا خريتا...).

الدليل الثاني: عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبئ صلى الله عليه وسلم قال، قال الله تعالى:"ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره" [1]

الدليل الثالث: حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مثلكم ومثل أهل الكتابين كمثل رجل استأجر أجراء فقال: من يعمل لي من غدوة إلى نصف النهار على قيراط؟ فعملت اليهود ثم قال: من يعمل لي من نصف النهار إلى صلاة العصر على قيراط فعملت النصارى، ثم قال من يعمل لي من العصر إلى أن تغيب الشمس على قيراطين؟ فأنتم هم، فغضبت اليهود والنصارى، فقالوا: مالنا أكثر

[1] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة باب إثم من منع أجر الأجير (90/2).

عملا، وأقل عطاء؟ قال: هل نقصتكم من حقكم؟ قالوا: لا، قال: فذلك فضلي أوتيه من أشاء).[1]

الدليل الرابع: عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من استأجر أجيرا فليعلمه أجره" [2].

فقه الحديث :

لقد استنبط شراح الحديث من هذا النص الشرعي والحديث النبوي، جملة من الفوائد واللطائف الفقهية، ومن بينها أن هذا الحديث أصل في بابه بحيث يستشف ما يفيد أنه: "دليل على جواز إستئجار الحر للعمل، ووجوب إعلام الأجر، وأنه لا يجب تسليم الأجرة بنفس العقد لكان الأولى أن يقول: فليؤته أجره".[3]

---

[1]أخرجه البخاري كتاب الإجارات باب الإجارة الى نصف النهار.

[2]أخرجه البيهقي في كتاب الإجارة باب لاتجوز الإجارة حتى تكون معلومة حديث رقم (11431) ، (6/120)، وأخرجه محمد بن الحسن في كتاب الأثار عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهم النخعي عن أبي سعيد وأبي هريرة مرفوعا وعبدالرزاق في مصنفه في البيوع من حديث أبي سعيد الخذري.

[3]المبسوط، الإمام السرخس الحنفي (76/15)

كما قرر الفقهاء قاعدة في هذا الباب مستفادة من هذا الحديث النبوي الشريف وهي "أن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد"[1]، وهذه القاعدة قد قررها الفقهاء في مختلف المذاهب الفقهية القائلة بجواز الإجارة.

الدليل الرابع: وورد في مشروعية الإجارة كذلك من طريق ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "احتجم النبي صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره، ولو علم كراهية لم يعطه" [2].

بعد أن سقنا هذه الأدلة الشرعية المختلفة، يتبين بجلاء ووضوح مشروعية الإجارة من حيث الحكم الأصل والعام، حيث ورد في النصوص الشرعية السالفة الذكرضوابط وتحديدات شرعية خاصة بهذا النوع من العقود مقيد لها منها، ضرورة إعطاء الأجرة وإعلام الأجير بمقدارها،

---

[1] كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني تأليف علي علي بن خلف المالكي ت 939 هـ / وبهامشها حاشية عل الصعيدي العدوي تحقيق أحمد حمدي إمام/ الطبعة الأولى 1407هـ 1987م مطبعة المدني (379/3).

[2] صحيح البخاري كتاب الإجارة باب خراج الحجام (796/2) والمسند الصحيح المختصر ، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق فؤاد محمد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان متاب المساقاة باب حل أجرة الحجام (1205/3).

والترهيب بمخاصمة الله لمن منع حق الأجير، ومدة العمل... وبناء على هذه الأدلة الشرعية المحكمة، فقد "أجمع أهل العلم في كل عصر ومصر، على جواز الإجارة" [1]، وعقد التشغيل الذي نحن بصدد دراسته ينذرججزء كبير من صوره تحت باب الإجارة، وبخاصة إجارة الأشخاص على المنافع.

ج: الإجماع

لاشك أن الناظر في النصوص الشرعية السالفة الذكر والورود، سوءا كانت آيات قرآنية أو نصوصا حديثية، سيلمح بإمعان وإيقان أن الإجارة من المعاملات المالية الجائزة نقلا وعقلا، ويستحيل أن تدخل تحت دائرة المحظور والممنوع، شرعها الله سبحانه وتعالى لتتحقق مصالح العباد، ولكي لا يعيشوا المشقة والضنك والتعب، ويحصل الناس على ما يرومونه من المنافع ويقصدونه من الحاجات،وبجوازها يتحقق العمران والاستخلاف ويتبادل الناس المنافع، "فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولايقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ولايلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعا، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر،

[1] العقد على المنافع مرجع سابق (ص: 112

ولا يمكن كل أحد عمل ذلك، ولا يجد متطوعا به فلا بد من الإجارة لذلك، بل ذلك مما جعله الله سبحانه وتعالى طريق للرزق حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع" [1].

فالحاجة للإجارة إذا ماسة وداعية، فليس لكل واحد القيام بأعماله، ولو استطاع فلن يقدر على إتقان كل أعماله وكل عمل يقوم به، وليس كل أحد يمتلك منزلا للسكنى، أو مركبا للنقل أو السفر،فدعت الضرورة إلى إجارة المنافع كما دعت الضرورة إلى شراء الأعيان فإذا كان العقد على بيع الأعيان جائزا فكذلك العقد على بيع المنافع.[2]

ولاشك أن الناظر في المعاملات المالية المعاصرة وما تحتاجه المصارف الإسلامية والمؤسسات التكافلية سيجد أن الإجارة بأنواعها المتعددة من أهم "الصيغ الاستثمارية والتمويلية لدى هذه المؤسسات المالية الإسلامية، وهي كذلك من أهم المنتجات المرنة للأدوات المالية،حيث تصاغ منها صكوك الإجارة التي تعتبر من أنجح الأوراق المالية وأكثرها مرونة وقدرة على استيعاب متطلبات العصر.

---

[1] المغني لابن قدامة (6/8).

[2] عبدالرحمان الجلعود، الإجارة بجزء من العمل صورها وحكمها وتكييفها، مجلة العدل المملكة العربية السعودية عدد (1429/37) (ص: 202).

كما أن الإجارة على الأشخاص هي العقد الأساس الذي انبثق منه عقد العمل، وقانونه الذي ينظم العلاقة بين صاحب العمل، والعمال، بل إن جميع الموظفين والمستخدمين في دوائر الدولة، وفي الشركات والمؤسسات، والجمعيات وغيرها هم أُجراء في نظر الشرع تطبق عليهم قواعد الإجارة وضوابطها، وأحكامها.

ومن هنا تأخذ الإجارة على عمل الأشخاص أهمية قصوى في حياتنا اليومية، ومختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية" [1].

وتحقيقا لهذه المقاصد النبيلة، والغايات العظيمة فقد استقر الإجماع عند الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، على جواز الإجارة، ولم يخالفهم إلا من شذ عن الإجماع وتأول النصوص[2]، مخالفا ما استقر عليه الإجماع والإتفاق والنصوص الشرعية الصريحة البينة الواضحة.

_ الإجماع عند السادة الشافعية:

---

[1]الدكتور علي القره داغي، الإجارة على منافع الأشخاص دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العمل ، بحث مقدم للمجلس الأوروبي للإفتاء الدورة الثامنة عشر باريس سنة 2008_ (ص: 2).

[2]قال صاحب البدائع: "وأما الإجماع فإن الأمة قد أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم، حيث يعقدون الإجارة من زمن الصحابة إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ به إذ هو خالف الإجماع" الإمام الكاساني بدائع الصنائع (4 /174).

قال ابن المنذر رحمه الله تعالى: "واتفق على إجازتها - أي الإجارة – كل من نحفظ قوله من علماء الأمة"[1]، وقد كان ثاويا عند الرعيل الأول من الفقهاء القول بالجواز والإجماع على ذلك، فمن ذلك ما أورده صراحة الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه"الأم" بقوله: "مضت بها السنة – الإجارة– وعمل بها غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يختلف أهل العلم ببلدنا علمناه في إجازتها وعوام فقهاء الأمصار"[2].

_ الإجماع عند السادة الحنابلة:

وقد قرر هذا المعنى أيضا عالم السادة الحنابلة الإمام ابن قدامة الحنبلي ونقل الإجماع والاتفاق عن أهل عصره ومصره بقوله: "وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز، لأنه غرر، يعني: أنه يعقد على منافع لم تخلق، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار".[3]

---

[1] الأوسط من السنن والإجماع والإختلاف ، (130/11).

[2] كتاب الأم (43/5).

[3] ابن قدامة المغني (250/5).

الإجماع عند السادة المالكية:

إن البحث في كتب السادة المالكية وبخاصة الكتب التي عنيت بالإجماع، يفضي أن فقهاء المذهب وسادتنا المالكية لم يخالفوا الإجماع، وإنما هم مقررون له،وناقلون له ومجمعون على جواز الإجارة، قال القاضي عبد الوهاب البغدادي رحمه الله تعالى:"أجمع السلف والخلف– على جواز الإجارة – على مر الأعصار قبل خرق من خرقه، فلا يعتد بخلافهم فيه".[1]

ونفس الأمر يقرره ابن رشد رحمه الله بقوله: "إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأول" [2].

الإجماع عند السادة الحنفية:

إن فقهاء المذهب الحنفي لم يخالفوا إجماع الفقهاء، بل استقر العمل عندهم على جواز الإجارة،وقد ذكر الإجماع غير واحد من فقهاء

---

[1] القاضي أبومحمد عبدالوهاب بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي المعونة على مذهب عالم أهل المدينة، 422 تحقيق حميش عبد الحق/ مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الثانية 1429هـ 2008م السعودية، الرياض (789/2).

[2] ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد (5/4).

الأحناف، يقول الإمام البهوتي: "باب الإجارة... وهي ثابتة بالإجماع وسنده من الكتاب والسنة"[1].

ويقول الإمام الكاساني: "وأما الإجماع فإن الأمة قد أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم، حيث يعقدون الإجارة من زمن الصحابة إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ به إذ هو خالف الإجماع"[2].

بهذه الأقوال الفقهية و الأراء العلمية المقتبسة من أشهر المذاهب الفقهية التي جرى العمل بها، يبرز بجلاء ووضوح لكل ذي بصيرة نافذة، جواز عقد الإجارة لما يتحقق به للعباد من منافع متعددة فهذه النقول تبين بما لايدع مجالا للريب، أنه قد استقر الإجماع عند الفقهاء وعلى مختلف مذاهبهم الإتفاق على جواز الإجارة ولم يخالفهم إلا من شذ عن الإجماع وتأول النصوص[3] مخرجا إياها عن سياقها التيسيري، مخالفا ما أستقر عليه السواد العظم والجمع الغفير من الفقهاء،والنصوص الشرعية الصريحة البينة الواضحة.

---

[1] الإمام البهوتي، كشف القناع (546/3).

[2] الكاسني بدائع الصنائع (174/4).

[3] قال صاحب البدائع " وأما الإجماع فإن الأمة قد أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم، حيث يعقدون إسجارة من زمن الصحابة إلى يومنا هذا من غير نكير، فلا يعبأ به إذ هو خالف الإجماع" الإمام الكاساني بدائع الصنائع (174/4).

**ثالثا : أركان الإجارة وشروطها**

بعد أن قاربنا في الفروع والعناصر الأنفة مدلولات الإجارة لغة واصطلاحا، وأوردنا تعاريف السادة الفقهاء وحدودهم المختارة، وإجماعهم على جواز الإجارة وأصولها الشرعية المعتبرة؛ بقي الحديث عن أهم العناصر المؤسسة لعقد الإجارة، وهي الأركان التي تنعقد بها حتى تصير صحيحة غير باطلة، فما هي أركان الإجارة وشروطها؟

أ: الخلاف الفقهي حول أركان الإجارة

قبل أن نشرع في بيان الأركان التي تتأسس عليها الإجارة، لابد من نقلوتحرير الخلاف الحاصل بين السادة الفقهاء في عد أركان الإجارة، والناظر في طبيعة هذا الخلاف الفقهي سيلمح من جهة أولى أنه ليس خاصا بباب الإجارة فحسب ولكنه شامل لسائر العقود والأبواب الفقهية، ومرد هذا الخلاف هو ما أشرنا إليه في مبتدإ هذا البحث حينما تحدثنا عن المقصود بالعقد والفرق بين الركن والشرط وإطلاقات الفقهاء لكل منهما[1]، ومن جهة ثانية فإن تحقيق المناط والنظر في هذا الاختلاف يجعل الباحث والناظر يقرر أنه خلاف لفظي صرف، لا يؤثر على جوهر الأحكام

[1] ينظر المبحث الثاني من الفصل الأول في الباب الأول من هذا البحث.

الشرعية وكنهها، ولا عن التصرفات الناتجة عن عقد الإجارة بين المتعاقدين، "فهو خلاف لفظي لا ثمرة له"[1] وقد استقر خلافهم على قولين اثنين:

القول الأول:

ذهب الفريق الأول من الفقهاء، إلى القول بأن عقد الإجارة وبالتبع سائر العقود المالية لها خمسة أركان بها ينشأ العقد ويصير صحيحا ومنها عقد الإجارة، وهذه الأركان الخمسة هي:

_ الصيغة _ الأجير _ المستأجر _ المنفعة _ الأجرة.

وهذا الرأي الفقهي هو قول جمهور الفقهاء، من السادة المالكية والشافعية والحنابلة، وبه صار معمولا في الفقه ومنتشرا في كتب المذاهب المذكورة.[2]

القول الثاني:

---

[1] ابن جزي الغرناطي ، القوانين الفقهية، (ص:212)، التوضيح شرح مختصر خليل (485/5).

[2] نظرية عقود الصيانة، (229/1)، الإجارة بجزء من العمل (ص:203).

ذهب جمهرة من الفقهاء، وهم أهل القول الثاني،إلى أن الإجارة وبالتبع سائر العقود المالية الأخرى، لها ركن واحد فقط،وهذا الركن في نظر هولاء الفقهاء هو الصيغة[1]؛ والمقصود بها ما يفيد الوجوب والقبول من طرف العاقدين في كل عقد من العقود قبولا أو رفضا، فالسؤال الفقهي الذي يطرحه كل ناظر في هذا القول، ماهو الإطار الفقهي للأجير والمستأجر والأجرة؟

الجواب في نظر أهيل المذهب الثاني: أن الأجير والمستأجر والأجرة...من مقومات العقد وأطرافه وتوابعه التي لا يتم العقد إلا بها، فهي إذ ليست أركانا؛ وهذا الرأي الفقهي المرجوح هو قول الجماء الغفير وأكثر الفقهاء من مذهب أبي حنيفة النعمان رضي الله عنه[2].

خلاصة الخلاف الفقهي:

بعد عرض المذهبيين الفقهيّين وبسطهما وبيان ما ذهب إليه كل فريق في هذه المسألة الفقهية، يبرز بجلاء ووضوح أنه ليس ثمة بواعث خلاف

---

[1] سنخصص جزءا من البحث للحديث عن الصيغة باعتبارها ركنا من أركان عقد الإجارة وأيضا عقد التشغيل موضوع هذا البحث.

[2] لمزيد من التوسع حول هذه المسألة ينظر كتاب "إجارة الأعيان في الشريعة والقانون"، دار النوادر (ص:53)، تأليف الدكتور فؤاد محمد الكبيسي.

أصلية معتبرة، ودواعي اختلاف تحتاج إلى موزانة أو ترجيح،فالبون بين القوليين ليس بالشاسع ولا بالمتباعد، فإذا إنما حقيقة الخلاف أنه لفظي واصطلاحي صرف، بحيث يستحيل عقلا أن يتكون العقد وينشء بالصيغة دون سائر الأطراف- الأركان- الأخرى،والأجرة مثلا من توابع تمام العقد كما يقرر أهل المذهب الثاني أنفسهم،وعليه فإنه لا مشاحة ولا محاججة في الاصطلاح كما قرر ذلك سادتنا الأكارم، فيكون القصد من هذا الكلام الذي أوردناه هاهنا وأشرنا إليه، محاشاة الخلاف الذي قد يتوهم أو قد يحصل لدى الناظر.

وقد حاول بعض الباحثين الجمع بين هذه الأقوال الفقهية المتعددة بقوله إن هذه الأقوال "ترجع في مجملها إلى قول واحد: فالإيجاب والقبول –عند الحنفية–لابد له من عاقدين ومحل للعقد فيصبح العدد ثلاثة إجمالا، الصيغة والعاقدان ومحل العقد، وعلى التفصيل ستة: الإيجاب والقبول، والمؤجر والمستأجر والمنفعة والأجرة، وكذلك الشأن عند جمهور الفقهاء، وعليه يمكن الجمع بين أقوالهم فنقول: أركان الإجارة ثلاثة إجمالا، وستة على وجه التفصيل" [1].

[1] العقد على المنافع أحكامه في الفقه الإسلامي، (ص: 114).

**ب : أركان الإجارة**

تنعقد الإجارة الصحيحة المعتبرة شرعا بالأركان التالية:

_ العاقدان (الأجير والمستأجر) _ الأجرة _ المنفعة _ الصيغة

_ العاقدان: الأجير والمستأجر

وهما الطرفان المكونان للعقد،فالأجير هو الطرف المستأجر لأجل أداء الخدمة المعقود عليها، ويسمى كذلك عاملا، قال الإمام الكاساني في بيان هذا الوصف ناقلا عن أبي يوسف: "إذا استأجر الرجل أجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع، ثم دفع المستأجر إلى الأجير دراهم مضاربة، فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع، ولاشئ للأجير سوى الأجرة"[1].

ويقول الإمام ابن رشد: "وأما العمل الذي لا يتعين: فإن أفلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله في الموت والفلس جميعا"[2]، ونفس الإطلاق نجده عند فقهاء الشافعية، جاء في كتاب مغني المحتاج ما نصه: "وعلى الأجير لغسل الثياب أجرة من

---

[1] بدائع الصنائع (101/6).

[2] بداية المجتهد (72/4).

يحملها إليه،لأن حملها إليه من تمام الغسل، إلا إن شرطت الأجرة على المستأجر فتلزمه"[1].

وفي كشاف القناع ما نصه "ويسمى الأجير فيها الأجير الخاص وهو من يقدر نفعه بالزمن لاختصاص المستأجر بمنفعته في مدة الإجارة، لا يشاركه فيها غيره"[2].

واستزداة في بيان حدود إطلاق لفظ الأجير فقد ذهب بعض الفقهاء إلى إدراج مدلولات عديدة تحت مسمى الأجير، فيدخل في ذلك كل العاملين في المجتمع سواء كانوا عمالا يدويين[3] أو موظفين حكوميين، ولو كانوا في أعلى المناصب وأسماها كالأمير مثلا.[4]

---

[1]مغني المحتاج (493/3).

[2]كشاف القناع للبهوتي (5/4).

[3]العقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي ، (ص: 124.

[4]مما يدل على هذا المعنى ماحكاه ابن تيمية "حيث ذكر أن أبا مسلم الخولاني دخل على معاوية فقال السلام عليك أيها الأجير ، فاحتج عليه من كان حوله ، فكررها ثلاثا فقال : إنما أنت أجير استأجرك الله على هذه الغنم ، فإن أنت داويت مرضاها ورددت أولاها على أخرها ، وفاك سيدك أجرك وإن لم تفعل عاقبك سيدك فاستعمل لفظ الأجير للأمير وأقره معاوية وقال: دعوا أبا مسلم فإنه أعلم بما يقول "السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص 22، مكتبة ابن تيمية.

هذه الأقوال الفقهية التي أوردنها، ليس القصد منها مجرد معرفة الحكم الفقهي المتعلق بتصرف الأجير وما يعقبه من أثار الفعل التكليفي المنوطة به شرعا، ولكن المراد هو استحضار مدلول الإطلاق الفقهي لمصطلح الأجير،بحيث لا يخرج حد الأجير وتعريفه على ضربين اثنيين، فإما أن يكون أجيرا خاصا أو أجيرا مشتركا، ولكل منهما أحكامه الخاصة والشروط التي يتفرد بها أحدهما عن الأخر.

1 : الأجير الخاص: وهو الذي يعقد عليه العقد لمدة معلومة، يستحق المستأجر منفعة المعقود عليها في تلك المدة؛ يقول الإمام الجرجاني: "الأجير الخاص هو الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة المتفق عليها، عمل أو لم يعمل، كراعي الغنم، والأجير المشترك هو من يعمل لغير واحد كالصباغ"[1]، وعرفه الأحناف بقولهم: "من يعمل لواحد عملا مؤقتا بالتخصيص" [2].

[1]الجرجاني التعريفات ص8.

[2]رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين (69/6) دار الكتب العلمية بيروت- لبنان .

ويعرفه المالكية بقولهم، الأجير الخاص والأوحد هو"الذي ينصب نفسه للعمل لشخص معين، أو مجموعة خاصة من الناس"[1]، وقال الفقيه ابن رشد " الخاص هو الذي لم ينتصب للناس"[2].

وعند الشافعية فإنهم يعرفون الأجير الخاص بقولهم " من أجر نفسه أي عينه ، مدة معينة لعمل"[3].

أما الحنابلة فإن الأجير المنفرد، هو من يقيد عمله بزمان معين بعد انتهاء عمل قد قام به، يقول علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: "الأصل أن كل من ينتهي عمله بانتهاء مدة معلومة فهو أجير وحد"[4].

---

[1]الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل(28/7).

[2]بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الفكر بيروت (481/7).

[3]نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الرملي الشهير بالشافعي الصغير (311/5) دار الفكر بيروت لبنان .

[4]تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق عثمان بن علي الزيلعي ، دار الكتاب الإسلامي (143/5).

2: الأجير المشترك: بعد أن قاربنا في إضاءة سابقة مفهوم الأجير، وحددنا إطلاقات الفقهاء على الأجير،بقي أن نورد الفرق بين الأجير الخاص والمشترك فما هو الفرق بينهما وماهي خصوصية كل منهما؟

بالرجوع إلى أقوال الفقهاء في باب الإجارة على التحديد تظهر جملة من المعالم الفقهية البارزة، والمبينة للفرق الجلي والواضح بين الأجير المشترك والأوحد، ولعل أجلاها هو أن الأجير الخاص يقدر عمله بالزمان والتأقيت، بحيث يعد معيار الزمن وعنصر الوقت أمرا ضروريا في تجلية خصوصية الأجير الأوحد، في حين أن الأجير المشترك يقوم عمله ويتأسس بالأعمال التي يقوم بها، وهذه الأعمال تكون قابلة للتعدد والتبعيض،فالمشترك " هو من قدر نفعه بالعمل، و لا يستحق الأجرة حتى يعمل كمن أستؤجر لصباغة ثوب، أو لخياطته،أو لبناء حائط "[1].

(1) رد المحتار ابن عابدين (349/6)، الفواكه الدواني النفراوي (118/2)

فهناك إذا تعدد للمهام والأعمال التي يقوم بها الأجير المشترك مقارنة بالأجير المنفرد، وقد أشار الفقهاء إلى هذا حين تعريفهم للأجير المشترك بقولهم " الأجير المشترك مثل الصناع وغيرهم "[1].

وقيل: "ولا يضمن الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للناس".[2]

وقد نقل الخلاف أيضا في الحد الفاصل بين الأجيرين صاحب الفتاوى الهندية بقوله: "اختلفت عبارة المشايخ في الحد الفاصل بينهما بعضهم؛ قالوا الأجير المشترك من يستحق الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه للعمل والأجير الخاص من يستحق الأجر بتسليم نفسه وبمضي المدة ولا يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر، وبعضهم قالوا الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد، والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد، وإنما يعرف استحقاق الأجر بالعمل على العبارة الأولى بإيقاع العقد على العمل، كما لو استأجر خياطا ليخيط له هذا الثوب بدرهم أو استأجر قصارا ليقصر له هذا الثوب بدرهم، وإنما يعرف استحقاق الأجر

---

[1] مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب ت 954 هـ ت زكرياء عميرات دار عالم الكتب طبعة خاصة 1423 هـ 2003 م (178/8).

[2] القوانين الفقهية ابن جزي الغرناطي (ص 259).

بتسليم النفس وبمضي المدة بإيقاع العقد على المدة، كما لو استأجر إنسانا شهرا ليخدمه والإجارة على العمل إذا كان معلوما صحيحة بدون بيان المدة والإجارة على المدة لا تصح إلا ببيان نوع العمل، وإذا جمع بين العمل وبين المدة وذكر العمل أولا نحو أن يستأجر راعيا مثلا ليرعى له غنما مسماة بدرهم شهرا يعتبر هو أجيرا مشتركا إلا إذا صرح في آخر كلامه بما هو حكم أجير الواحد بأن قال على أن لا ترعى غنم غيري مع غنمي، وإذا ذكر المدة أولا نحو أن يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بدرهم يعتبر هو أجير وحد بأول الكلام إلا إذا نص في آخر كلامه بما هو حكم الأجير المشترك فيقول وترعى غنم غيري مع غنمي. كذا في الذخيرة.

والأوجه أن يقال الأجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان عمله والأجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة. كذا في التبيين"[1].

وخلاصة الكلام في الفرق بين الأجيرين أن هذه التعريفات "جميعها مؤداها واحد؛ وهو أن الإجارة إذا وردت على عين الإنسان وقرنت بالتوقيت فإن لرب العمل أن يلزمه الاشتغال بما استحقه عليه، وإذا كان

---

[1] الفتاوى الهندية دار الفكر الطبعة الثانية 1310، (500/4).

المستأجر يملك هذا بموجب العقد بينهما، فإن معنى هذا أنه يستحق على الأجير توفية منافع عينه، ويجب أن لا يصح من أحد استئجاره، ولايحق له أن يتقبل مدة العقد عملا لغيره؛ لأن منفعة عينه مستحقة مستغرقة فترة العقد لصالح رب العمل وحده.

فإن عمل لغيره فيها نقص من أجرته بنسبة ما يقابل عمله لغيره، وهو يستحق الأجرة في المدة المحددة ولو لم يعمل، إذا كان حاضرا للعمل وقادرا عليه، فإن لم يكن قادرا عليه لمرض أو حال دون قيامه به مانع، فلا أجرة له.[1]

- الصيغة:

تعد الصيغة ركنا أساسا في كل العقود، والمراد بها كل لفظ محقق للإيجاب والقبول دال على الرضا والتوافق سواء كان اللفظ صريحا أو كناية، "والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ كان من الألفاظ التي عرف بها المتعاقدان مقصودهما، وهذا عام في جميع القعود، فإن الشارع لم يحد حدا لألفاظ العقود، بل ذكرها مطلقة" [2].

---

[1] عقد العمل في الفقه الإسلامي والقانون (ص 29).

[2] نظرية عقود الصيانة (234/1).

وقد عرف الفقهاء الصيغة بتعريفات نقتبس بعضها، قال الحنفية: "هو ما يذكر آخرا من كلام أحد المتعاقدين". وعرفها الجمهور بقولهم: "مايقع أو يصدر من المستأجر"،[1]وللتعبير عن الرضا في الإجارة صيغ متعددة أورده الفقهاء وبيانها كالآتي:

1_ التعبير عن الرضا بالقول

أجمع الجماء الغفير من الفقهاء على صحة هذه الطريقة في التعبير عن الإجارة باللفظ الصريح (أجرت واستأجرت وكريت)،[2]وسائرالألفاظ الموضوعة للإجارة والصريحة في معناها، كما اتفقوا على صحة انعقادها بلفظ الكناية الدال على الإجارة مثل: "اسكن داري بكذا"، و"انتفع بالدكان بكذا".[3]

واختلف الفقهاء في صحة عقد الإجارة بلفظ البيع على قولين:

---

[1]حاشية الدسوقي (3/3) ، كشاف القناع (146/3).

[2]حاشية ابن عابدين (6/6-7)، مواهب الجليل (306/5) ، روضة الطالبين (173/5)، كشاف القناع (547/3).

[3]حاشية ابن عابدين (6/6-7)، مواهب الجليل (306/5) ، روضة الطالبين (173/5) ، كشاف القناع (547/3)

قول الجمهور[1]: وهم القائلون بجواز هذا النوع من الصيغة، لأن الإجارة نوع من البيع فالمنافع تشبه الأعيان من جهة قبولها المعاوضة فتنعقد بلفظ البيع، لأن العبرة في العقود بما دل على التراضي وأفهم المقصود.[2]

قال ابن عابدين: "والأظهر أنها تنعقد بلفظ البيع إذا وجد التوقيت."[3].

أما الفريق الثاني من الفقهاء: فقد ذهب إلى عدم صحة العقد، لأن مصطلح " البيع" إنما يفيد تمليك العين وتملكها وانتقالها من بائع إلى مشتري، فلا يصح انتقال لفظ التملك إلى المنفعة؛ "فالبيع لا ينعقد بالإجارة فكذلك الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع بل تحتاج إلى لفظ خاص"[4].

قال ابن قدامة: "وهل تنعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان؛ أحدهما تنعقد به، لأنها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف، والثانيلا تنعقد به، لأن فيها معنى

---

[1]ذهب إلى هذا الرأي جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة.

[2]الإجارة على منافع الأشخاص في الفقه الإسلامي ، شراد فؤاد (ص: 44.

[3]حاشية ابن عابدين (5/6).

[4]حاشية ابن عابدين (5/6) ، المبسوط (46/5 )، المغني (322/5) .

خاصا، فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى، ولأن الإجارة تضاف إلى العين التي يضاف إليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما، كالعقود المتباينة، ولأنه عقد يخالف البيع في الحكم والإسم"[1].

2- التعبير عن الرضا بالفعل: وفيه تفصيل على أوجه ثلاثة:

_ التعبير بالإشارة:

أجاز الفقهاء التعبير بالإشارة المفهمة والتي تقوم مقام التعبير الصريح، قال الإمام السرخسي ناقلا مذهب الأحناف: "وإن كان الأخرس لا يكتب، وكانت له إشارة تعرف في طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه فهو جائز استحسانا"[2].

وعند المالكية أيضا؛ نقل شراح المختصر جواز التعبير بالإشارة المفهمة قال العلامة الحطاب: "وعلم أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك، وهي أولى بالجواز من المعاطاة، لأنها يطلق عليها أنها كلام،قال، قلت "وغير الأخرس كالأخرس قال أبو الحسن

---

[1] المغني ، (322/5).

[2] المبسوط (144/6).

في شرح مسألة المدونة المذكور، ونصه: وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه الإشارة، وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها"[1].

وجاء في كشاف القناع: "ولو خرس أحدهما قامت إشارته المفهومة مقام نطقه لدلالتها على ما يدل عليه نطقه"[2].

_ التعبير بالمعاطاة: ويقصد بها دفع العين أو الأجرة من أحد الطرفين دون تكلم، أو إشارة من أحدهما، وقد يلتبس الأمر في هذه الحالة لاحتمال أن يكون السكوت غير دال على الرضا والموافقة؛ وقد اختلف الفقهاء في المعاطاة، فذهب الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة إلى صحة وجواز انعقاد العقد بالمعاطاة[3].

ولعل الناظر في قول الفقهاء المجيزين للمعاطاة، سيلمح أن مستندهم في ذلك وحجتهم التي اعتمدوها قولهم: "إن الشرع لم يطلب غير الرضا في صحة العقود، فكان كل ما يدل عليه من لفظ أو فعل كافيا في إنعقادها، ولم

---

[1] مواهب الجليل (229/4).

[2] كشاف القناع (201/3).

[3] انظر: حاشية ابن عابدين (5/6)، مواهب الجليل (229/4)، المجموع شرح المهذب (229/9).

يرد شيءمن النصوص والآثار اشترط الإيجاب والقبول، بل كان الصحابة يتبايعون بالمعاطاة دون استعمال إيجاب أو قبول"[1].

وذهب أكثر الشافعية وهو القول المشتهر في كتبهم، إلى عدم جواز المعاطاة، وقد منعوها وعدوا العقد المنعقد بها غير صحيح، ودليلهم في هذا المنع جملة من الأدلة المعتبرة؛ من ذلك قول الله جل جلاله:﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[2]، وقَوله صلى الله عليه وسلم: "إنما البيع عن تراض"[3].

وقد استنبط الفقهاء المانعون من ذلك، شرط الرضا فاستقر رأيهم بأنه "شرط في العقد وهو أمر خفي لا يطلع عليه، فيجب أن يناط الحكم بشيء ظاهر وهو الإيجاب والقبول، والمعاطاة لا تدل لوحدها على الرضا فلا يصح العقد بها"[4].

---

[1] إجارة الأشخاص بين الفقه والقانون (ص: 58).

[2] سورة النساء الآية 29.

[3] سنن ابن ماجه كتاب التجارات ، باب بيع الخيار (305/3).

[4] حاشية الجمل على المنهج، سليمان بن منصور العجيلي الجمل ، دار الفكر بيروت لبنان (8/3).

_التعبير بالكتابة:

ويقصد بالكتابة والرسالة ما تخطه يمين أحد المتعاقدين للآخر ويقوم في هذا المقاممما يقارب حكم الكتابة، من مثل ما يرسله أحد المتعاقدين من رسول ناقل للخطاب أو الرسالة موضحا فيها شروط التعاقد والتعاهد.

وقد اتفق الفقهاء على جواز الكتابة والرسالة كصيغة من صيغ التعاقد في باب الإجارة، ومستند الفقهاء الذين أجازوا الكتابة في الإجارة كصيغة من صيغ الإيجاب والقبول أن "التعبير بالرضا حاصل بالكتابة والرسالة بوضوح فلا يستوجب الأمر تعبير صريحا وواضحا، "واشترط القائلون بهذا الرأي أن يصدر القبول من الطرف الثاني في مجلس قراءة الكتاب[1]، أو إخبار الرسول بالقبول حتى يحصل إتحاد مجلس العقد حقيقة أو حكما،ولا يضر وجود زمن بين خروج الرسالة أو الرسول وبين وصولها للطرف الثاني" [2].

والكتابة لا تقتصر على مجرد الخط بالقلم وغيره، ولكنها تتطور وتتنوع؛ فالناظر في وقتنا المعاصر سيلمح هذا التسارع والتنوع في الصيغ

---

[1]الإجارة على منافع الأشخاص في الفقه الإسلامي ص 47.

[2]المجموع شرح المهذب (167/9).

الإلكترونية الحديثة، فتتحقق الصيغة حتى بهذه الوسائل الحديثة والمعتمدة في التواصل الإلكتروني لأنها تؤدي المقصد نفسه الذي تحققه الكتابة وهي حصول التراضي الذي هو أصل العقد؛ وفي هذا الصدد فقد صدر قرار عن مجمع الفقه الإسلامي بجدة، بجواز استعمال وسائل الإتصال الحديثة في إجراء العقود، كالهاتف والفاكس والأنترنت وغيرها[1].

المعقود عليه المنفعة والأجرة:

بعد تفصيل الكلام في الركنين السابقين لعقد الإجارة، نعرج على الركنين الثالث والرابع وهما المنفعة والأجرة، ويعبر عن هذين الركنين بصيغ متعددة ومختلفة وسنحاول في هذا الفرع أن نجمل الكلام في الركنين الأخيرين مستدلين عليهما بأقوال الفقهاء.

المنفعة: هي العمل المادي الملموس الذي يتحقق لأحد من المتعاقدين في عقد الإجارةويتحقق تحديدا للمستأجر، وقد اشترط الفقهاء

[1]مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، تصدرها منظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة المملكة العربية السعودية العدد 6، (785/2).

في المنفعة أن تكون من المباح المطلق[1]، وأن تكون متقومة، ومعنى كونها متقومة أي أنها ذات قيمة مادية معتبرة شرعا وعرفا، فينبني إذا على هذا الكلام الذي سلف أن المنافع المحرمة والمنهي عنها شرعا، لا تصح الإجارة عليها[2]، قال الإمام ابن قدامة الحنبلي رحمه الله موردا بعض هذه المحرمات ومعقبا بمذاهب الفقهاء: "ما منفعته محرمة، كالزنى والزمر والنوح والغناء، فلا يجوز الاستئجار لفعله، وبه قال مالك، والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور، وكره ذلك الشعبي والنخعي لأنه محرم،فلم يجز الاستئجار به كإجارة أمته للزنى"[3].

ومما يشترطه الفقهاء كذلك في المنفعة أن تكون حاصلة للمستأجر، فإذا كان "المستأجر هو من بذل الأجرة في سبيل حصول المنفعة فإنه أولى الناس بها، لذلك اشترط الفقهاء رجوع المنفعة على المستأجر لا الأجير أو غيره، وإلا كانت الإجارة باطلة"[4]، وقد أورد ابن تيمية رحمه الله كلاما

---

[1]انظر: حاشية ابن عابدين (505/4)، حاشية الدسوقي (18/4)، المجموع شرح المهذب (3/15).

[2]انظر : مواهب الجليل (422/5) ، الخرشي على مختصر خليل (30/7).

[3]المغني (407/5).

[4]الإجارة على منافع الأشخاص في الفقه الإسلامي ص 53.

جامعا لأصل الخلاف الحاصل بين الفقهاء بقوله: "ومأخذ العلماء في عدم جواز الاستئجار على هذا النفع، أن هذه الأعمال يختص أن يكون فاعلها من أهل القرب بتعليم القرآن والحديث والفقه والإمامة والأذان، لا يجوز أن يفعله كافر، ولا يفعله إلا مسلم بخلاف النفع الذي يفعله المسلم والكافر كالبناء والخياطة والنساجة ونحو ذلك"[1].

ومما أنيط بالمنفعة في الإجارة من شروط كذلك وخصت به، أن تكون مقدورة التسليم والتسلم، وخاصة عند تنفيذالعمل، وقد مثل الفقهاء للعجز بأمور من بينها؛ "أن يتعهد بتعليم الطب وهو يجهله، أو إحياء ميت فارقت روحه جسده، أو استئجار أعمى للحراسة ببصره أو أن يتعهد بقتل نفس مؤمنة بغير حق أو تعليم التوراة أو الإنجيل"[2].

كما اشترط الفقهاء كذلك في المنفعة أن تكون معلومة، وقصدهم في ذلك إزالة الجهالة المؤدية في غالب إلى النزاع والتمزع، واللذان يؤديان إلى اضمحلال وبطلان المقصد الأسنى الذي شرعت الإجارة من أجله

---

[1] مجموع فتاوى ابن تيمية ، (30/ 206و207)

[2] أنظر : بدائع الصنائع (190/4)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب مع حاشية الرملي الكبير ،أبو يحي زكرياء بن محمد الأنصاري دار الكتاب الإسلامي القاهرة (409/2)، المبسوط (38/16) ، مواهب الجليل (409/5)، كشاف القناع (565/3).

والمقصد الذي بنيت عليه وهو التراضي، وتحقيقا لهذا المقصد فقد قرروا وقالوابأن "اشتراط العلم بالأجرة يقاس عليه العلم بالمنفعة من باب أولى؛لأنها المقصودة بالعقد"[1]، ومما سؤسس لهذا الكلام الآنف الذكر ما جاء في نهاية المحتاج حيث قال: "إذا توفرت شروط المنفعة تارة تقدر المنفعة بزمان فقط، وضابطه كل ما لا ينضبط بالعمل، وحينئذ يشترط علمه كرضاع هذا شهرا وتطيين أو تخصيص أو اكتحال أو مدواة هذا يوما ... وتارة تقدر بعمل أي بمحله"[2].

الأجرة:

بعد أن بسطنا الكلام في الأركان المتقدمة المؤسسة لعقد الإجارة، نشرع في بيان الأحكام المتعلقة بالأجرة؛ فما هو تعريفها وما هي أهم صورها وأنواعها ؟

---

[1]انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي شمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي الحنبلي ، دار العبيكان الرياض السعودية ط 1 1413- 199" (255/2).

[2]نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (280/5).

تعريف الأجرة: المقصود بالأجرة في الإصطلاح الشرعي: "ثمن المنفعة، وهي كل ما يصح أن يكون ثمنا"[1]،وقيل في تعريفها أيضا:"العوض الذي في مقابلة المنفعة"[2]، وعرفها السادة المالكية بقولهم: "العوض الذي يدفعه المستؤجر للمؤَجر في مقابل المنفعة التي يأخدها منه"[3].

الظاهر أن هذه التعريفات التي سقنها أن الأجرة هيالمقابل المادي المتقوم، الذي يعطى للأجير بعد أن قام هو الآخر بعمل مادي ملموس هو المنفعة، ولاشك أن هذه الأجرة مع أهميتها فلها كذلك شروط وأوصاف ذكرها الفقهاء ضمانا لحق المتعاقدين وضمانا لعدم أكل أموال الناس بالباطل.

---

[1]انظر: الفواكه الدواني ، للنفراوي أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان (158/2)، البحر الزخار لجميع مذاهب علماء الأمصار للمرتضى أحمد بن المرتضى مؤسسة الرسالة بيروت 5 / ، الهداية شرح بداية المبتدئ للميرغناني برهان الدين بن عبد الجليل الرشداني مطبعة مصطف الحلبي وأولاده بمصر (331/3).

[2] انظر: المغني (255/5)، والحاوي الكبير للماوردي، ط 1 دار الكتب العلمية بيروت، لبنان 1994 (392/7)

[3] انظر: حاشية الدسوقي (2/4).

والأجرة ركن في عقد الإجارة "لا يقل أهمية عن المنفعة، فلذلك خصها الفقهاء بشروط خاصة، لضبطها وبيانها، بهدف منع الغرر، ورفع النزاع المحتمل"[1]، ومما أورده الفقهاء في معرض بسطهم وتفصيلهم للأحكام المتعلقة بالأجرة، مايلي:

-أن تكون الأجرة متقومة: ومعنى هذا القيد أن الأجرة التي يأخدها الأجير عوضا لعمله الذي بذله، ينبغي لزاما أن تكون ذا قيمة غير محرمة ولا باطلة شرعا، فلا بد أن تكون طاهرة غير نجسة مملوكة للمستأجر فيترتب على هذا الكلام أن كل شئ لا منفعة فيه فهو ليس بأجرة أصالة أو تبعا فيخرج بذلك "ما لا منفعة فيه كالحشرات والفئران، والمحرمات كالخمر والخنزير والأصنام وآلات العزف والنجاسات كالميتة والعذرة؛ فكل هذه المأكولات لا يجوز أن تكون أجرة،لأن ما لا يجوز ثمنا في البيع لا يجوز أجرة في الإجارة"[2].

وقد جاء في الصحيحين[3] "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي[1]،وحلوان [2]الكاهن".

---

[1] إجارة الأشخاص في الفقه الإسلامي ، محمود رمضان محمد شبير رسالة جامعية في الفقه المقارن من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة (ص: 46).

[2] الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (4/6).

[3] صحيح مسلم (536/4)، صحيح مسلم (75/4) باب تحريم ثمن الكلب

-أن تكون الأجرة معلومة: فالأجرة المجهولة غرر وغبن في عقد الإجارة، وقد وردت نصوص شرعية كثيرة مؤكدة على ضرورة انتفاء صفة الجهالة عن الأجرة، من هذه النصوص الشرعية قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من استأجرا أجيرا فليعلمه أجره" [3].

والناظر في الحديث سيلمح أن النبي صلى الله عليه وسلم صرح إلى أن المستأجر ينبغي أن يكون على علم بالأجرة، وهذا دال دلالة قطعية على أن الأجرة ينبغي أن تكون معلومة فوجب على المؤجر أن يعلم الأجير بأجرته كاتفاق مبدئي بينهما قبل الشروع في العمل، ومن تجليات كونها معلومة أن تحدد بصفة تنفي عنها الغرر والجهالة، "وبالقياس على البيع الذي يجب أن يكون الثمن فيه معلوما فيجب أن تكون الأجرة معلومة لأنها

---

[1] مهر البغي: ما تاخده الزانية على الزنا سماه مهرا مجازا فتح الباري على صحيح البخاري (537/4).

[2] حلوان الكاهن :وهو مايقدم للكهنة والسحرة على صنيع فعلهم وأصله من الحلاوة وشبه بالشئ الحلو لانهيؤخد سهلا من دون عناء أو تكلف شرح الإمام النووي عل صحيح مسلم
(86/4).

[3] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى :(120/6)، والعسقلاني في تلخيص الحبير (69/3)،

عقد معاوضة أيضا"[1]، ولأنها عوض وبدل في عقد معاوضة فوجب أن تكون معلومة كالثمن في البيع [2]، علما ينفي الجهالة عنها، والجهالة لا تنتفي إلا بالتعيين والتحديد والإشارة والبيان.[3]

-أن تكون الأجرة مقدورة التسليم حال العقد: هذا الشرط نفسه قد اشترطه الفقهاء في المنفعة التي يقدمها المستأجر وهي كذلك شرط في الأجرة،فالمستأجر الذي لايقدر على تسليم الأجرة حال العقد فهو كحال العقد عل المعدوم، والعقد على المعدوم باطل شرعا، فلا يصح أن يكون محلا للعقد سواء أكان مبيعا أو ثمنا أو أجرة.[4]

-ألّا تكون الأجرة من جنس المعقود عليه: كإجارة السكنى بالسكنى، والخدمة بالخدمة، والزراعة بالزراعة.

أما جمهور الفقهاء (المالكية الشافعية الحنابلة الظاهرية الزيدية الإمامية) فقد خالفوا فقهاء الأحناف، ولم يشترطوا ما قرره الأحناف كما سلف، بحيث رأوا جواز العوض وإن كان منفعة من جنس العمل "كمنفعة

---

[1]الفقه الإسلامي وأدلته الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي دار الفكر دمشق سوريا الطبعة 12 (3288/5)

[2]المغني (255/5).

[3]إجارة الأعيان في الشريعة والقانون ص 90.

[4]بدائع الصنائع (138/5) ، الدسوقي (168/4)،مغني المحتاج (444/3)، ، المغني (327/5).

دار بمنفعة دار أخرى، أو مختلفا، كمنفعة دار بمنفعة عبد، لأن المنفعة عوض يجوز في البيع، فجاز في الإجارة كالذهب والفضة" [1].

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بجملة من الأدلة ومنها:

أ- قول الله عز وجل: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾[2]، ووجه الدلالة أن الزواج جعل عوضا في الإجارة.

ب- المنافع هي موجودة وقت القعد، لأن الأعيان تقوم مقامها.

ت- إذا كانت الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض، فكذلك المنافع.

أدلة الأحناف:

دليل الأحناف في منعهم الأجرة من جنس المنفعة "أن عقد الإجارة ينعقد عندهم شيأفشيأ على حسب حدوث المنفعة ، والمنافع هنا معدومة، وقت العقد، فيتأخر قبض أحد المستأجرين فيتحقق ربا النسا لاتحاد الجنس فيحرم، حيث يشترط لصحة ذلك أن يكون يدا بيد سواء بسواء أما إذا كانت من خلاف الجنس، كإجارة السكنى بالخدمة، والخدمة بالزراعة،جاز،لأن الربا لا يتحقق من جنسين مختلفين.

---

[1] مواهب الجليل للحطاب (365/5)، المغني (255/5)، البحر الزخار (51/5). المحلى(198/8)

[2] سورة القصص الآية 27.

**الرأي الراجح و المختار :**

بعد عرض أدلة كل من المذهبين، يظهر والله أعلم أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو الرأي القاضي بجواز إجارة المنافع من جنس العمل في الإجارة، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع، وإذا كانت الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع،كما أن كل ما يجوز ثمنا في البيع جاز كذلك في الإجارة.

ومما يجعل هذا القول راجحا وقويا وقول الأحناف مرجوحا وضعيفا،هو عدم وجود الربا الذي علل به الأحناف رأيهم المخالف لمذهب الجمهور، فيظهر غياب الربا في هذه المنافع حتى ولو كانت من جنس واحد؛ فالمنافع قائمة وقت العقد كأعيان قائمة[1]، لأن الأعيان تقوم مقام منافعها.

## المطلب الثاني: أنواع الإجارة

بعد أن بسطنا الكلام عن تعريف الإجارة لغة واصطلاحا، وبينا أهم أحكامها وشروطها، نعرج على ذكر أنواع الإجارة في الفقه الإسلامي؛ والقصد المراد من الحديث عن أنواع الإجارة وبسط الكلام فيها أن يكون ذلك مقدمة لاستقراء المعاني المتعلقة بالتكييف الخاص بعقد التشغيل وهو يشمل نوعي الإجارة المعتبرين عند الفقهاء.

---

[1] إجارة الأعيان في الشريعة والقانون (ص: 98).

إنه وبالرجوع والأوب إلى كتب الفقه نجد أن سادتنا الفقهاء يميزون بين نوعين من الإجارة، وهما إجارة الأعيان والإجارة على عمل الأشخاص[1]، يقول الفقيه الأجل والعلامة الجليل الإمام الكاساني:"وذكر بعض المشايخ أن الإجارة نوعان إجارة على المنافع وإجارة على الأعمال "[2].

وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى أنواع الإجارة وقسمتها باعتبار المعقود عليه إلى نوعين:

النوع الأول: عقد الإجارة الوارد عل منافع الأعيان، وهذا النوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: إجارة العقار كإيجار الدور والأراضي.

القسم الثاني: إجارة العروض، كإيجار الملابس والأواني.

القسم الثالث: إجارة الدواب.

النوع الثاني: عقد الإجارة الوارد على العمل، وهنا يقال للمأجور أجير كاستئجار الخدمة والعملة، واستئجار أرباب الحرف والصنائع هو من هذا

---

[1] ينظر لمزيد من التفصيل : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر مسعود الكاساني ، ط 2 دار الكتاب العربي بيروت م (174/4)، تحفة الفقهاء للسمرقندي دار الفكر دمشق (476/2)،شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس البهوتي ،دار الفكر (360/2)، المقنع لابن قدامة المقدسي المطبعة السلفية (200/2)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد (175/2) طبعة دار الفكر العربي بيروت لبنان

[2] بدائع الصنائع (174/4).

القبيل، حيث إن إعطاء السلعة للخياط مثلا ليخيطها ثوبا يصير إجارةعلى العمل، كما أن استخياط الثوب على أن السلعة من عند الخياط استصناع.[1]

وسنتطرق ابتداء إلى الحديث عن الإجارة الواردة عل عمل الإنسان مع بيان أهم الأحكام الفقهية المتعلقة بها، وكذا شروطها المعتبرة لنقرر بعد ذلك أهم الأحكام المتعلقة بالإجارة الواردة على الأعيان.

فماهي أنواع الإجارة وأقسامها:

**أولا: الإجارة على منافع الأشخاص:**

يقابل هذا النوع من الإجارة إطلاقات أخرى في كتب الفقه، ومن هذه الإطلاقات تعبير السادة الفقهاء بالألفاظ الآتية:

عقد إجارة الأشخاص، أو عقد الإجارة على العمل، أو العقد على المنافع وقد رجح أحد المعاصرين وهو الدكتور علي القراه داغي التعبير بلفظ الإجارة على العمل لأنه هو الأبلغ في الدلالة وهو الذي ينطبق على منفعة الشخص صورة واسما.

يقول الدكتور علي القره داغي: "الشائع استعمال عقد الإجارة على الأشخاص، وهناك مصطلح آخر يستعمله الفقهاء،وهو عقد إجارة الأشخاص، أو عقد الإجارة على العمل، أو على منافع الأشخاص والمصطلحات الثلاثة وإن كانت صحيحة، ولكن الأدق منها هو الأخير،

---

[1] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (453/1).

وهو عقد الإجارة على العمل أو منفعة الشخص وأن التحقيق أن العمل هنا هو منفعة الشخص، إذ أن عقد الإجارة لا يرد على الشخص بذاته، وإنما يرد على عمله ، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية وأكثر الشافعية، والحنابلة في حين ذهب بعض الشافعية إلى أن محل عقد الإجارة هو العين نفسها، لأن المنافع معدومة، وذهب ابن تيمية، وابن القيم إلى أنها ترد على الأعيان المتجددة كلبن المرضعة."[1]

وقيل في تعريفها أيضا: "ما يقوم به العمال والصناع من أعمال معينة مقابل أجرة معلومة، كاستئجار الأشخاص في البناء أو الحدداة أو النجارة أو الخياطة وغيرها من المهن والأعمال وهذا النوع من الإجارة هو ما يسمى بإجارة العمال أو الأشخاص".[2]

**ثانيا: الإجارة على منافع الأعيان**

تعد الإجارة على منافع الأعيان إحدى أقسام الإجارة المهمة، وهي النوع الثاني كذلك من أنواع الإجارة وقد قيل في تعريفها: "هي ماينتفع به من الأعيان، وتشمل الأشياء الثابتةوالمنقولة كإجارة الدور والحوانيت والأراضي والأواني والثياب، والدواب ووسائل النقل الحديثة و ماشابه ذلك.

---

[1] الإجارة على منافع الأشخاص مرجع سابق (ص: 4).

[2] إجارة الأعيان في الشريعة والقانون مرجع –س (ص: 19) .

وفي تعريف جامع ومركز يمكن صياغته بالقول: "هي عقد على منفعة معلومة من عين غير آدمي بعوض معلوم لمدة معلومة"[1]، وفي شرح معنى هذا التعريف وبيان غوامضه يقول الباحث فؤاد الكبيسي: "فقولنا: (عقد) المقصود به الإيجاب والقبول، وتخصيص(المنفعة) لإخراج مايفيد تمليك الذات كالبيع والهبة والصدقة، و(معلومة) لإخراج المنفعة المجهولة كما في (الجعالة)، ولا نرى ضرورة بتخصيصها (مباحة )، ولا (مقصودة )؛ لأننا نتكلم في إجاة الأعيان ضمن ضوابط الشريعة الإسلامية، وهي لا تقر أصلا إجارة منفعة عين محرمة فيها ولا تافهة غير معتبرة شرعا ولاعقلا".[2]

وهذا النوع من الإجارة هو ما يسمى بـ:(إجارة الأعيان) أو الأشياء [3]، ولها أحكامها الخاصة والمبسوطة في مظانها في كتب الفقه الإسلامي، وتنقسم إجارة الأعيان كما هو معلوم في كتب الفقه، إلى إجارة العين وإجارة الذمة[4] فما المقصود بكل منهما؟ وماهي أهم الأحكام المتعلقة بهما، وأوجه الإختلاف والائتلاف بينهما؟

---

[1] إجارة الأعيان (ص: 34).

[2] المرجع السابق (ص: 34).

[3] لمزيد م التوسع والتفصيل ينظر كتاب : إجارة الأعيان في الشريعة والقانون (ص: 20).

[4] ينظرلمزيد من التوسع: روضة الطالبين (173/5)، نهاية المحتاج (261/5)، المقنع (200/2). الخرشي على مختصر خليل (12/7)، حاشية ابن عابدين (6/6).

أ –إجارة العين:

وهي "الإجارة الواقعة على منفعة عين معينة، كقولك: أجرتك أو أكريتك هذه الدار شهرا بألف دينار". [1]

شروط إجارة العين:

اشترط الفقهاء لصحة إجارة العين مجموعة من الشروط نوردها تباعا:

الشرط الأول: أن تكون العين المؤجرة معينة وحاضرة ومشاهَدةً عند عقد الإجارة.[2]

الشرط الثاني: عدم تأجيل المنفعة وهو ما ذهب إليه فقهاء السادة الشافعية، ومثاله أجرتك هذا الحانوت السنة المقبلة، أو هذه السيارة غدا، أما جمهور السادة الفقهاء فيجوز عندهم تأجيل المنفعة.[3]

الشرط الثالث: الأجرة في إجارة العين يصح فيها التأجيل والتجزيء والتبعيض يعني التقسيط، بحسب ما يتم عليه الإتفاق والتراضي بين الطرفين.[4]

---

[1] روضة الطالبين (173/5)، نهاية المحتاج (261/5)، المقنع (200/2).

[2] إجارة الأعيان في الشريعة (ص: 123.

[3] مغني المحتاج (337/2) روضة الطالبين (182/5)،

[4] حاشية ابن عابدين (10/6)، مواهب الجليل (395/5)، روضة الطالبين (174/5).

الشرط الرابع: أن تكون مما يصح بيعه، فلا يصح عقد الإجارة على ما لا يصح بيعه كالكلب والخنزير وغيرهما واستثنى من هذا الشرط الوقف، والحر والحرة، فتصح إجارتهما لأن منافعها مملوكة.[1]

الشرط الخامس: ومما يشترط كذلك في إجارة العين "أن تكون مشتملة على المنفعة المعقود عليها، والتي من أجلها تأسس العقد وأجري إبرامه فلا يصح عند الفقهاء إجارة الأرض السبخة[2]،لأنه لا يمكن تحصيل المنفعة المعقودة بالعقد في هذه العين".[3]

ب -إجارة الذمة:

هي الإجارة التي يكون المحل المعقود عليه فيها، هو المنفعة الموصوفة المتعلقة بالذمة، فتكون غير محددة ولا معينة[4]، ومثال ذلك كي يتضح الحد والتعريف: "قولك لشخص ألزم ذمتك ألف دينار في سيارة صغيرة حديثة غدا لمدة يوم واحد".[5]

شروط إجارة الذمة:

---

[1] عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة د عبد الوهاب أبوسليمان البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ص 60.

[2] الأرض السبخة هي الأرض التي لا تصلح للزراعة.

[3] عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامي، (ص: 60).

[4] ينظر لمزيد من التفصيل: الخرشي على خليل (3/7)، حاشية الرهوني(4/7)، روضة الطالبين (147/5)، مواهب الجليل (395/5)، نهاية المحتاج (263/5).

[5] إجارة الأعيان في الشريعة والقانون (ص: 125).

اشترط الفقهاء لصحة إجارة الموصوفة في الذمة جملة من الشروط ومن أهمها:

الشرط الأول: ويتعلق بالأجرة بحيث لابد أن تسلم حالا في مجلس العقد؛ ويترتب عن ذلك عدم جواز التأخير والتأجيل في تسليمها، وإلا كان ذلك مقابلة دين بدين وقد نهت السنة عن بيع الدين بالدين .[1]

الشرط الثاني: يتعلق بصيغة نفاذ إجارة الذمة فيكفي أن يقال فيها نحو: ألزمت ذمتك،أو أسلمت إليك كذا في عين صفتها كذا، فيقول الآخر: قبلت أو التزمت أواستأجرت...[2]

الشرط الثالث:أن تكون مما ينضبط قدرا ووزنا ... وما كان عدا يجب ألا يكون مما يختلف حجما، ذلك أن ما لا تنضبط صفاته بأحد المقاييس السابقة فتختلف آحاده اختلافا كبيرا يفضي بلا شك إلى المنازعات والشقاق.[3]

الشرط الرابع: في كيفية انعقاد الإجارة الموصوفة في الذمة فتنعقد "هذه الإجارة بلفظ السلَم، فيقول: أسلمت إليك ديناراً في ذمتي، أو هذا الدينار بمنفعة ظَهْر، من صفته كذا وكذا، لأركبه إلى بلد كذا وكذا، وتنعقد

---

[1] لمزيد من التفصيل ينظر: الخرشي (3/7)، زاد المحتاج (369/2)، شرح منتهى الإرادات (360/2).

[2] لمزيد من التفصيل ينظر: نهاية المحتاج (261/5)، الإقناع (301/2)، شرح منتهى الإرادات (365/2).

[3] الإجارة مصدرا من مصادر التمويل المعاصرة ، (ص: 61).

بلفظ الإجارة، بأن يقول: أجّرني ظهراً من صفته كذا وكذا، لأركبه إلى موضع كذا."[1]

## المطلب الثالث: صور الأجير في عقد التشغيل والتخريج الفقهي

مما تنبغي الإشارة إليه وبسط الكلام فيه، ونحن بصدد تكييف عقد التشغيل على أحكام الإجارة بقسميها ونوعيها، معرفة الأحكام والصور والشروط المتعلقة بكل من الأجير المشترك والخاص، ذلك أن كثيرا من هذه الصور هي المعتمد في دراسة عقود التشغيل المعاصرة، بل ربما تكررت هذه الصور التراثية بصيغة مستجدة،فالأجير في صفته وحكمه الفقهي تابث والصور التي تترتب عليه متغيرة ومتحولة.

وإذا كانت كتب الفقه وخاصة أبواب المعانلات المالية، قد أشارت إلى إجارة الدواب والحوانيت والسكن والأرض للزراعة والبضاعة وغيرها من الصور المعروفة في الزمن الأول.... فإن العين المؤجرة في الوقت الراهن انتقلت من الحوانيت والدواب والمنقولات إلى أمور معاصرة كالسيارتوالمطارت والطائرات والمرافئ والسفن... أو بصيغة أخرى انتقلت الإجارة من الصيغ التراثية إلى صيغ معاصرة، فهي إذا: أعني الصيغ المعاصرة المختلفة داخلة تحت أحكام الإجارة،وذلك بمقتضى

---

[1] إجارة الأشخاص مرجع سابق (ص: 15).

القياس وتنقيح المناط داخل الأقسام والأنواع التي ذكرها الفقهاء ومندرجة فيها بالتبع والإلحاق بعد تحقيق المناط.

وقد تنبه إلى هذا التواشج والتكامل والأهمية في الآن ذاته كثير من الفقهاء المعاصرين الذين أفردوا باب الإجارة بدراسة فقهية معاصرة، قصد توظيف أحكام الإجارة في نشاط المصارف الإسلامية في شتى بلدان العالم الإسلامي، وحتى العالم الغربي المستقبل للتجربة الإسلامية في المالية الإسلامية.

يقول الدكتور بدر حسان القاسمي: "ومع تقدم الزمن تطورت صور العقود سواء كانت في الإجارة العادية أو الموصوفة في الذمة؛ فإن تأجير الخدمات في مجال التعليم والتطبيب وتنظيم المؤتمرات وترتيب الرحلات للمناسبات وأداء المناسك أصبح من الأمور الاعتيادية المعروفة.

كذلك تقديم الخدمات في مجالات إيجار ناقلات النفط،والبواخر والطائرات العملاقة والمعدات والأجهزة للمشروعات الصناعية والزراعية،وغيرها أصبح شائعا ومنتشرا ".[1]

ونظرا لهذه الأهمية التي تحققها الإجارة وجدنا كثيرا من الدراسات تعتمد من حيث التأصيل والتطبيق على أحكام الإجارة وصورها الفقهية، بغية حل كثير من المشاكل الاقتصادية التي لاتتوافق مع مبادئ الاقتصاد

---

[1] الإجارة الموصوفة في الذمة للخدمات غير المعينة (ص: 14)،إعداد الدكتور بدر حسان القاسمي بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي 31 مايو 2009 م.

الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية، ومحاولة تقديم حلول للمصارف الإسلامية بغية التيسير وقصد ذ على المكلفين، فمثلا على حساب التقريب لا الحصر "تعد صكوك الإجارة أحد الحلول الرائدة لمشكلة وفرة السيولة في المصارف الإسلامية، وذلك لما تتمتع به صكوك الإجارة من درجة عالية من الإستقراروالتباث في العائد، مقارنة بالأدوات الاستثمارية الأخرى"[1].

كما أن هذه الصكوك نفسها "تعد علاجا ناجعا وبلسما شافيا لكثير من المشكلات التي تواجه الدول الإسلامية و المصارف والمؤسسات الاستثمارية الإسلامية، لكونها أداة فاعلة للتمويل بصيغة إسلامية مما يجعلها بديلا مهما لأداة تمويلية ربوية عم بلاؤها وطم ألا وهي السندات الربوية، وهو ما يصير صكوك الإجارة أداة تصلح لتمويل التنمية بكل قطاعاتها الرئيسية سواء في ذلك: مشروعات البنية التحتية، أم الخدمات العامة كما تصلح لتمويل مشاريع الإنتاجية الكبيرة .[2]

لقد أسهبنا في إيراد النصوص الداعمة والنقول الدالة، على أن الإجارة أصل شرعي ثاو في كتب الفقه، يمكن أن تكييف عليه مجموعة من المباحث المعاصرة التي تجد وتستجد في المعاملات المالية، وعليه فإن المقترح الأول في التكييف الفقهي لعقد التشغيل هو تخريجه على أحكام

---

[1] صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصلية تطبيقية حامد بن محمد عالي ميرة (ص: 12)، مطبوعات المجموعة الشرعية رقم 2 بنك البلاد .

[2] صكوك الإجارة مرجع سابق (ص: 12).

الإجارة،لإن هذا الباب من أبواب المعاملات المالية التي تسع أحكامه الفقهية كثيرا من القضايا والشروط الواردة في معظم عقود التشغيل المقترن بالصيانة والنظافة والتحديث.[1]

**صور الأجير في الفقه الإسلامي وصلتها بعقود التشغيل المعاصرة**

من أهم الأمور التي فصل فيها الفقهاء في باب الإجارة، والتي لها صلة بالتكييف الشرعي لعقد التشغيل موضوع الأجير.

ويعرف الأجير عندهم بأنه هو كل من يؤدي خدمة معينة في زمن معين مقابل أجرة معينة[2]؛ ويميز الفقهاء بين نوعين من الأجير وهما: المشترك، والخاص، فما هي أهم الصور الخاصة بهما؟ وما صلتها بعقد التشغيل؟

**الفرع الأول: الأجير المشترك وصوره**

يعرف الأجير المشترك بتعريفات مختلفة عند الفقهاء ومن التعاريف المختارة القول بأنه "من يكون عقده وردا على عمل معلوم"[3]، وقيل في

---

[1] كثير من عقود التشغيل التيي اطلع عليها الباحث تكون مقترنة بعقود الصيانة والنظافة والتحديث وناذرا مايكون عقد التشغيل مستقلا عن العقود المذكورة ، وهذه العقود المذكورة مع عقد التشغيل لها أحكامها الخاصة كذلك وللإجارة وأحكامها ابا كبير في هذا التكييف والتخريج الشرعي.

[2] لمزيد من التفصيل في تعريف الأجير يرجع إلى ثنايا هذا اللحث عند الحديث العاقدان في الإجارة وشروطهما.

[3] كشاف القناع البهو تي (33/4)،روضة الطالبين (299/4).

تعريفه أيضا: "من يعمل لا لواحد، أو يعمل له عملا غير مؤقت، أو مؤقتا بلا تخصيص".[1]

إن تمحيص النظر في هذه التعاريف يحتم علينا البحث في بواعث التسمية بهذا الإطلاق، ليتقرر بعد النظر أن العمل والخدمة هي الأمر المعقود عليه في صورة الأجير المشترك، أما المنفعة التي يؤتيها الأجير فليست خاصة لمستحق واحد هو المؤجر، بل يعمل لمن شاء ورغب في خدمته، بحيث إن ما استحقه الأول فهو بمثابة الدين في ذمته ومن هنالك سمي مشتركا.[2]

**أولا:شروط الأجير المشترك**

أورد الفقهاء مجموعة من الشروط للأجير المشترك نوردها تباعا كالآتي:

الشرط الأول: عدم اقتصار العمل على شخص واحد وإلا صار إذ ذاك أجيرا خاصا فهذا هو عمق الفروق بينهما.

الشرط الثاني: التقييد بخدمة وعمل معلوم موصوف في الذمة، ومما ينبغي علمه هاهنا أن العلم بالمدة أو تحديدها ليس شرطا؛ لأن العمل متعلق بالذمة وليس بالعين.[3]

---

[1] رد المحتار (349/6).

[2] المبسوط السرخسي (80/15).

[3] المغني لإبن قدامة (39/6).

الشرط الثالث: القيام بالعمل من أجل استحقاق العوض الذي هو الأجرة، لأن الإجارة عقد معاوضة وكلا الطرفين يؤديان أمرا مطلوبا متفقا عليه، و مالم يقم الإجير بالعمل فإنه لا يستحق الأجرة والعوض مالم يؤدي المعقود عليه وهو العمل.[1]

الشرط الرابع: إضافة إلى الشروط التلاثة الآنفة الذكر، فقد أضاف بعض فقهاء السادة الشافعية شرطا أخر؛ وهو أن يكون عمله في ملك يديه دونما حاجة إلى ضرورة حضور من إستأجره، ومن أمثلة ذلك من يعمل في دكانه.[2]

**ثانيا: صور الأجير المشترك في الفقه الإسلامي**

بالرجوع إلى كتب الفقه نجد أن للأجير المشترك صورا متعددة فصل فيها الفقهاء تفصيلا، وأبرزوا الأحكام المتعلقة بكل صورها وشروطها المقترنة بها وحالة الضمان عند التفريط والتضييع لها؛ وسنقتصر عند إيرادنا لهذه الصور على ما يمكن أن يحققق نوعا من التقارب والتكامل بينها وبين صيغ عقد التشغيل باعتباره إجارة (بناء على التكييف الذي اخترناه في الصيغة الأولى من صيغ التكييف المقترحة) بصيغة معاصرة مختلفة عن الصيغ التقليدية.

**الصورة الأولى: صورة الخياط وما في حكمه**

---

[1] رد المحتار (439/6)، بداية المجتهد (233/2) .

[2] الحاوي للفتاوي (425/1).

من الصور المهمة التي يذكرها الفقهاء في كتبهم، صورة الخياط ومافي معناه، ويعرف الخياط بأنه "من كانت حرفته الخياطة، والخيط هو ما يخاط به، والثوب: مخيط ".

إنه وبالرجوع إلى مباحث الإجارة في كتب الفقه،نجد أن السادة الفقهاء كثيرا ما يجعلون عمل الخياطة صدرا للتمثيل بالمعقود عليه عند الأجير المشترك، ونموذجا دالا على باعث التسمية بهذا الإسم_ المشترك_ ومن أضرب ذلك قولهم: "فالأجير المشترك من يرد عقده على عمل كخياطة ثوب، أو بناء حائط أو حمل شئ إلى مكان معين، أو على أي عمل في مدة لا يستأجر المستأجر نفعه في جميعها بحيث يمكنه أن يتقبل أعمالا لغير المستأجر،ولذلك سمي مشتركا"[1].

وقد اتفق الفقهاء جميعهم، على جواز استئجار الخياط ومافي معناه (كالحائك[2] والقصار[3] والصباغ[4])، وإن ظهر للناظر اختلاف فيما يقوم به كل واحد من هولاء إلا أن كلا منهما مكمل للآخر ومتمم لعمله.

---

[1] رد المحتار (88/9)، كشف القناع للبهوتي(33/4)، روضة الطالبين (299/4).

[2] حاك الثوب أي نسجه فالذي ينسج الثوب فهو حائك أنظر مختار الصحاح مادة حوك / 162..

[3] القصرة هي الجزء والقطعة من الخسب ،فالقصار هو محور الثياب ومبيضها . انظر المصباح المنير مادة قصر 261.

[4] الصباغ: هو من يقوم بتلوين الثياب بالصباغ. انظر مختار الصحاح مادة صبغ 355.

وفي هذه الصورة الخاصة بالخياطة فإن العقد يبرم غالبا على مايقدمه الأجير المشترك "وإذا ذكرت المدة فللتعجيل،وإن المستأجر لا يتحق جميع نفع الخياط في هذه المدة، ويحق له أن يتقبل أعمالا من غير واحد، ولهذا فإن الخياط وما في معناه كالحائك والقصار والصباغ،غالبا ما يكون أجيرا مشتركا، أما إن وقع العقد معه على مدة معينة ويستحق فيها مستأجره جميع نفعه كان خاصا وهو قليل ونادر."[1]

**الصورة الثانية: صورة البناء و مافي حكمه**

البناء عند أهل اللغة، من بنى يبني بناء وهو الحائط، فالبناء من احترف البناء، والبنيان هو الحائط [2]واستعمله الفقهاء "في بناء الدور ونحوها" [3].

أما الحكم الفقهي فهو لا يخالف الصورة الأولى الخاصة بالخياط، وقد نقل الفقهاء في مصنفاتهم جواز استئجار البناء لإقامة البنيان وتشييد العمران،شرط أن يكون المستأجر عليه من سائر المباحات التي لا تمنعها النصوص الشرعية المعتبرة[4]، ومما أورده الفقهاء في معرض التأصيل

---

[1] إجارة الأشخاص في الفقه الإسلامي، محمود رمضان محمد شبير (ص: 94.

[2] مختار الصحاح مادة بنى 65-66.

[3] الموسوعة الكويتية الفقهية (206/8).

[4] المبسوط (50/16) ، حاشية الدسوقي (22/4)، منهاج الطالبين (461/6).

لجواز عمل البناء ما يقوم به الحفار[1] من حفر الأرض وكذلك الاستئجار على ضرب اللبن[2].

**الفرع الثاني: تكييف عقد التشغيل على أحكام الإجارة**

تقدمت الإشارة في هذا البحث عند الحديث عن التعريف الاصطلاحي لعقد التشغيل أن هذا العقد لا قبل للفقهاء به، وليس ثمة في كتب الفقه ما يفيد ولو من حيث تصور صورة هذا العقد، وحتى في الدراسات المعاصرة والبحوث الاقتصادية المتخصصة ذات الطابع التأصليالتأثيلي لم تتطرق لهذا العقد، إلا إذا استثنيا ما أنجزه الدكتور خلف العفريت في كتابه نظرية عقود الصيانة، بحيث خصص حيزا لابأس به للتعريف بصور عقد التشغيل ومحاولة استنباط التخريج الشرعي المناسب لها بحسب ما توفر عنهده من العقود.

وهو جهد يؤجر عليه فضيلة الدكتور خلف سعيد العفريت، بحيث إنه لم يسبق إلى طرح الموضوع وبسطه،فحاز بصنيعه ذلك قصب السبق في هذا الإبداع، والأوليةَ في الإشارة للموضوع وإفراده بجزء منه الدراسة. ولو بمباحث محددة تضمنت إشارات وإيماءات مهمة، مع توصيته بتكثيف البحث في هذا الموضوع.

---

[1] الحفار: من كان مهنته وصناعته الحفر وهو من حفر الأرض حفرا والحفرة ما يحفر في الأرض وغيرها ينظر :مختار الصحاح مادة حفر، (ص: 144.

[2] حاشية العدوي (284/2) ، المبسوط (47/16).

ولأن الباحث لم يكن قصده ومراده إطلاقا، إفراد عقد التشغيل ببحث مستقل، بقدر ما كان موضوع بحثه عقد الصيانة مستقلا ومقترنا بعقود أخرى، وإنما تطرق لعقد التشغيل من حيث صلته واقترانه بعقد الصيانة عرضا، فإنه مع ذلك قد عرض ما يتعلق بعقد التشغيل بنوع من الإيجاز والاختصار، ورغم هذه الوجازة في العرض فقد تضمن بحثه خلاصات مهمة، خاصة مقاربته العلمية لما تعلق بالتكييف الشرعي والتخريج الفقهي، بحيث استجمع الدكتور خلف صورا عديدة لعقد التشغيل واهتدى من خلال النظر فيها والتدقيق المحكم في بنودها وفصولها أن يكون التخريج على أربعة أبواب فقهية.

يقول الدكتور خلف سعيد العفريت الكويتي: "إن عقود التشغيل ترد بعدة صيغ، وعليه فكل صيغة لها تكييفها الفقهي الخاص بها، وهي على النحو التالي: - إما عقد إجارة على أعمال، فقد ترد إما على إجارة عمل معين، أو على عمل في الذمة وهي الغالب على عقود التشغيل – أو قد إجارة ووكالة –أو عقد إجارة وبيع – أو عقد إجارة على الأعيان"[1].

ونظرا لأهمية هذه الخلاصات البحثية التي توصل إليها الدكتور خلف، والأحكام الفقهية التي استنبطها وبالمقارنة مع ما توفر من نماذج لعقود التشغيل المنفردة والمقترنة بعقود أخرى، فسيتم الاعتماد في التكييف الفقهي والتخريج الشرعي،على الأبواب الفقهية التي أشار إليها

---

[1] نظرية عقود الصيانة (512/2).

الدكتور خلف،مع تنقيح المناط في الأحكام والعلل المطردة في صور هذا العقد المتعددة،للوصول إلى الحكم الشرعي اهتداء بأقوال السادة الفقهاء، مع إستخراج أهم الأحكام التي تضمنتها نماذج من عقود التشغيل التي سنبسطها عرضا ودراسة وتطبيقا في ثنايا هذا البحث.

**الفرع الثاني التكييف الفقهي لعقد التشغيل على أحكام الإجارة بنوعيها**

مما أوردناه آنفا من الأحكام المتعلقة بالإجارة يتبين أن بعضا من الأحكام تنطبق على عقد التشغيل، فمن خلال النظر في جملة من العقود الخاصة بعقد التشغيل[1]التي تبرمها المؤسسات الحكومية مع شركات التشغيل والصيانة، تنجلي صورة عقد التشغيل كالآتي "أن يتعهد مشغل أو شركة تشغيل بإدارة المباني والمنشآت والمرافق وعادة ما تكون حكومية _ كالجامعات المطارات والموانئ والمصانع العملاقة والداوائر الحكومية والمراكز التجارية _وجعل الآلات والمحركات قيد العمل لاستعمالها في

[1] اطلعت على نماذج متعددة من عقود التشغيل أبرمتها مؤسسات حكومية لدول عربية مع بعض الشركات الخاصة لمشاريع المياه والكهرباء والصرف الصحي والبنية التحتية والمطارات والموانئ وغيرها، فتبين بجلاء أن هذه العقود ليست على شاكلة واحدة وان كانت داخلة تحت مسمى التشغيل، ولا يمكن أن تقيد بحكم واحد أو علة واحدة مطردة بحيث يوجد بين هذه العقود تفاوت واختلاف كبيرين، مما يستوجب على دارسي هذه العقو د إفراد كل عقد و صروته بالبحث والدراسة.

تنفيذ الأعمال والخدمات الخاصة بصاحب المشروع، ووفق المدة المتفق عليها، بحيث تستمر سير عمل الإنتاج دون توقف أو عطل أو تأخير" [1].

إضافة إلى هذا فإن هذه المباني المختلفة والمنشآت الحديثة المتعددة،تحتاج إلى جملة من الآلات والتجهيزات الكثيرة، كما تحتاج في الآن ذاته إلى خبرة فنية وحسن توظيف وتسيير لها لكي تحقق الوظيفة التي يتمحور عليها العقد،"فالرافعات في الميناء مثلا،وسلالم الوصول إلى الطائرات وأجهزة تحميل البضائع فيها،وآلات وأجهزة المستشفيات، ومختبراتها العلمية،وكذلك عقود تشغيل لغرف الطوارئ في المستشفيات بما يحتاجه من عمل ومواد ولوزام طبية معا، كل ذلك مما يمكن أن يشمله عقد التشغيل."[2]

فخلاصة ما تقدم أن عقد التشغيل يكيف على أحكام الإجارة،وبخاصة في الصيغتين التي يرد بهما، لأنه في بنوذ العقد يتم التنصيص على قيام المشغل باستخدام الآلات وتوابعها من المحركات إضافة إلى تقديم خدمات أخرى تندرج بعد النظر فيها في إجارة الأعمال أو إجارة الأعيان، فإذا احترمت الضوابط التي نص عليها الفقهاء في باب الإجارة والتي أوردنها سلفا فإن عقد التشغيل يبقى عقدا صحيحا يجوز التعامل به بين عموم المكلفين ليتحقق لهم بذلك رفع الحرج واليسر بما

---

[1] نظرية عقود الصيانة (485/2).

[2] عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، الدكتور منذر قحف العدد 11 مجلة مجمع الفقه الإسلامي (155/2).

هو مقصد شرعي معتبر، وقد بسطنا فيما تقدم أهم الأحكام الشرعية المتعلقة بعقد الإجارة والتي تشترك مع عقد التشغيل؛ لننتقل بعد ذلك إلى دراسة صورة أخرى من صور التكييف الفقهي لعقد التشغيل وهي التخريج على أحكام الوكالة.

## المبحث الثالث تكييف عقد التشغيل على أحكام الإجارة والوكالة

بعد أن أوردنا في المبحث السابق أهم الأحكام الشرعية المتعلقة بالإجارة بنوعيها إجارة الأعيان وإجارة الأشخاص، بغية تيسيرها وتقريب وبيان الوجه الشرعي والتكييف الفقهي لعقد التشغيل في الصيغتين الاثنتين، نورد في هذا المبحث التخريج الشرعي للصيغة الثالثة التي يأتي عليها عقد التشغيل، مع بيان أهم الإحكام الشرعية المتعلقة بالوكالة واجتماعها مع الإجارة.

**صورة اجتماع الإجارة والوكالة في عقد التشغيل :**

ومثال هذه الصورة كما هي واردة في كثير من عقود التشغيل،[1] أن يبرم عقد التشغيل بين المشغل وصاحب المشروع، فيتم التراضي على أن يقدم المشغل الأعمال المنصوص عليها في العقد، على أن يتعهد صاحب المشروع بتوفير قطع الغيار اللازمة وسائر المقتنيات التي يتم بها العمل.

---

[1] نظرية عقود الصيانة الجزء الثاني (ص 512).

ولكي تتوفر قطع الغيار يقوم صاحب المشروع بتوكيل من ينوب عنه في شراء واقتناء قطع الغيار وسائر المستلزمات، وفي هذه الصيغة تحديدا من صيغ عقد التشغيل قد اجتمع عندنا عقدان مختلفان، عقد الإجارة وعقد الوكالة، وسنبين في هذا المبحث الحكم الشرعي لاجتماع هذين العقدين وأهم الأحكام المتعلقة بهما.

## المطلب الأول: الوكالة تعريفها و أهم الأحكام المتعلقة بها

أشرنا في المبحث السابق إلى أهم الأحكام المتعلقة بالإجارة وفصلنا فيها القول تفصيلا، وسننتقل الآن إلى تعريف الوكالة مع بيان أهم الأحكام الخاصة بها.

**الفرع الأول : تعريف الوكالة لغة واصطلاحا:**

للوكالة في لغة العرب جملة من الدلالات والمعاني، ومن ذلك التفويض والاعتماد قال عز وجل: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ مَا مِنْ دَابَّةٍ إِلا هُوَ آخِذٌ بِنَاصِيَتِهَا إِنَّ رَبِّي عَلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾[1].

ومنها أيضا المراعاة والحفظ قال تعالى: ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللهُ وَنِعْمَ

[1] سورة هود الآية 56.

الوَكِيلُ﴾[1]، ووكيل الرجل الذي يقوم بالأمر، سمي وكيلا، لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر[2].

وورد عند صاحب القاموس المحيط، ." ووكلت وتواكلوا مواكلة ووكالا : اتكل بعضهم على بعض، وقد وكله توكيلا، والاسم الوكالة ..[3]

الوكالة اصطلاحا:

الوكالة في اصطلاح الفقهاء لا تخرج عن المعنى المبسوط سلفا عند أهل اللغة، فالوكالة عند الفقهاء يقصد بها الإنابة في فعل معين، وهو التفويض الذي أشرنا إليه في إحدى أوجه التعريف اللغوي، فالوكالة عند الفقهاء" إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك معلوم قابل للنيابة [4].

أولا : تعريف الحنفية

عرفها الإمام السرخسي الوكالة بقوله "التوكيل تفويض التصرف إلى الغير وتسليم المال إليه ليتصرف فيه"[5].

ثانيا: تعريف المالكية

---

[1] سورة أل عمران الآية 173.

[2] لسان العرب مادة وكل باب الواو.

[3] القاموس المحيط فصل الواو باب اللام صفحة 65 الجزء الرابع.

[4] شلبي محمد مصطفى المدخل في الفقه (ص 523).

[5] الإمام السرخسي، المبسوط (2228/2).

يعرف فقهاء المالكية الوكالة بقولهم" نيابة ذي حق غير إمرة ولا عبادة لغيره غير مشروطة بموته"[1]، وتتعلق بهذا التعريف عند المالكية مجموعة من الضوابط، فهم يخرجون الوكالة من هذا المعنى بعد وفاة الموكل، ويخرج من هذا التعريف كذلك الذين ينيبهم السلطان،وهذا الحكم ليس غالبا على فقهاء المذهب بحيث يرى بعد فقهاء المذهب، كالإمام اللخمي وابن رشد وغيره، أن نيابة الإمام وكالة.[2]

ثالثا:تعريف السادة الشافعية:

يعرف السادة فقهاء الشافعية الوكالة بقولهم" تفويض خص لغيره ما يفعله،عنه حال حياته مما يقبل النيابة".[3]

رابعا: تعريف السادة الحنابلة :

يعرف السادة الحنابلة الإجارة بقولهم" استنابة جائز التصرف مثله، فيما تدخله النيابة "[1].

---

[1] الإمام أبو عبدالله محمد الأنصاري الرصاع شرح حدود ابن عرفة ، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الأولى 1993، (ص 493).

[2] المرجع السابق.

[3] أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج دار الكتب العلمية بيروت لبنان كتاب الوكالة (15/5) ، الشربيني شمس الدين ين محمد الخطيب، مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية بيروت لبنان سنة 2000، (217/2)

يتبين من تعاريف الفقهاء التي أوردنها،أن الوكالة عقد يتم بين متعاقدين أحدهما موكل، وينيب غيره في القيام بعمل يعجز عنه لظرف مانع، ويسمى القائم بهذا العمل وكيلا، ويستفاد من تعاريف الفقهاء تقييدات وضوابط لهذا العقد خاصة عند الإطلاق.

_ لايسمى العقد وكالة إلا إذا وجد طرفي العقد وهما الوكيل والموكل.

_ الوكالة هي تفويض كلي أو جزئي من طرف الموكل للوكيل للقيام بجملة من الأمور التي تعذر عن الموكل القيام بها.

_الوكالة لا تكون إلا فيما أجازته أحكام الشرع الإسلامي ومن ذلك ما بسطه الفقهاء في كتبهم عند حديثهم عن النيابة في العبادات.

_ الوكالة ليست تنازلا عن حقوق مملوكة أو تمليكا لحقوق مخصوصة، بقدر ماهي تفويض مؤقت لعمل مخصوص بشروط مخصوصة اقتضتها ظروف محددة معلومة.

_ من مقتضيات الوكالة وصحتها كذلك، التزام الوكيل بما أورده الموكل وخص به الوكيل من التصرف في النيابة عنه.

بعد هذه الضوابط المستخلصة من التعاريف السالفة والأنفة، نتساءل ماهو الحكم الشرعي المنوط بعقد الوكالة، وماهي أصوله الشرعية والحكم التشريعية وضوابط صحة التعامل بالوكالة.

---

[1] البهوتي منصور بن يونس، شرح الإرادات (105/3)، والهوتي كشف القناع على متن الإقناع (261/3).

## الفرع الثاني: مشروعية الوكالة

الوكالة باعتبارها عقدا متعارفا بين الناس، يحقق لهم جملة من المصالح والمقاصد الحسنة فإن له أدلة شرعية من الوحيين، تبيين مشروعيته والغاية من تشريعه وبيان ذلك كالأتي:

### أولا: الأدلة من القرآن الكريم

الدليل الأول : قوله عز وجل:﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَداً﴾[1]

قال الفقيه المالكي الأجل أبو بكر بن العربي في شرح معنى هذه الآية" هذا يدل على صحة الوكالة ، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه ، وقيام المصلحة به ، إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره ، أو يترفه فيستنيب من يريحه ، حتى جاز ذلك في العبادات ; لطفا منه سبحانه ، ورفقا بضعفة الخليقة ، ذكرها الله كما ترون ، وبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تسمعون ، وهو أقوى آية في الغرض ."[2]

الدليل الثاني قوله عز وجل: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾[3].

---

[1] سورة الكهف الآية 19.

[2] الإمام أبوبكر بن العربي المعافري الإشبيلي الأندلسي، أحكام القرآن دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، (1216/2).

[3] سورة النساء الآية 35.

الدليل الثالث : قوله عز وجل عل على لسان سيدنا يوسف:﴿اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا فَأَلْقُوهُ عَلَى وَجْهِ أَبِي يَأْتِ بَصِيراً﴾[1].

الدليل الرابع : قوله تعالى حكاية عن سيدنا يوسف لما طلب تولي مهام خزائن مصر:﴿قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾[2].

يستفاد من هذه الآيات التي أوردنها جواز التعامل بالوكالة من حيث الأصل، وذلك لما تحققه من مقاصد للمكلفين يسرا ورفعا للحرج؛ وقد وردت في السنة المطهرة الكريمة كذلك جملة من الشواهد الدالة على هذا المعنى نوردها تباعا.

**ثانيا الأدلة من السنة النبوية :**

وردت في السنة النبوية المطهرة وفي الأثر، أحاديث كثيرة تجلي مشروعية عقد الوكالة، ومن ذلك ماورد في الصحيحين

الدليل الأول :

روى جابر بن عبد الله قال : "أردت الخروج إلى خيبر ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلت له : إني أريد الخروج إلى خيبر ، فقال : ائت

---

[1] سورة يوسف الآية 93

[2] سورةيوسف الآية 55.

وكيلي ، فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته "[1]

الدليل الثاني : وقد وكل عمر بن أمية الضمري على عقد نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان عند النجاشي ، ووكل أبا رافع على نكاح ميمونة في إحدى الروايتين ، ووكل حكيم بن حزام على شراء شاة ، والوكالة جائزة في كل حق تجوز النيابة فيه.[2]

الدليل الثالث :

وعن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له شاة فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار فجاء بدينار وشاة ودعا له بالبركة، وكان لو اشترى التراب لربح فيه"[3].

وقد استنبط العلامة الشوكاني من هذا الحديث "أنه يجوز للوكيل إذا قال له المالك : اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة"[4]

---

[1] الحديث أخرجه أبو داوود في السنن مرفوعا رقم الحديث 3150، وأخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين رقم 395، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير رقم 996،و البيهي في شعب الإيمان رقم الحديث .

[2] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير مؤسسة قرطبة، سنة النشر 1416هـ/1995م الطبعة الأولى صفحة 111، باب الوكالة.

[3] أخرجه البخاري في كتاب المناقب باب سؤال لمشركين أن يريهم النبي صلى الله عليه وسلم أية فأراهم انشقاق القمر رقم الحديث 3635،(247/4)

[4] نيل الأوطار للشوكاني (286/3).

ثالثا : الإجمـاع

أطبق العلماء جميعهم وفي سائر المذاهب الفقهية على جواز عقد الوكالة، وذلك لما يحققه هذا العقد من مقاصد حسنة لعموم المكلفين، ذلك " أن الوكالة جائزة في القيام على الأموال، والتذكية وطلب الحقوق وإعطائها "[1]، و لا تجوز الوكالة عند الحاكم إلا على جلب البينة، وعلى طلب الحق، وعلى تقاضيه، وعلى تقاضي اليمين، لأن كل ذلك بيد الوكيل مقام يد الموكل".[2]

ويقول الإمام القرافي رحمه الله" اعلم أن الأصل في العقود اللزوم لأن العقد إما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات ويناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود ... وكذلك الوكالة قد يطلع عليها فيما وكل عليه تعذر أو ضرر فجعلت على الجواز".[3]

وفي سياق تقرير الإجماع يقول الإمام ابن قدامة الحنبلي "وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة"[4] ، ولم يشذ عن هذا الرأي أحد من الفقهاء بل "إنه حكي الإجماع على كونها مشروعة، بفعل الصحابة رضوان

---

[1] ينظر المحلى بالأثار بن حزم كتاب الوكالة الجزء 7 .

[2] المصدر السابق.

[3] الفروق الإمام القرافي (15/4).

[4] المغني لابن قدامة (197/7)

الله عليهم،فكان علي رضي الله عنه إذا خوصم في شيء من أمواله وكل عقيلا رضي الله عنه"[1].

وذكر الإمام السرخسي في سياق تجلية بواعث جوزا عقد الواكلة وتشريعه ما نصه" ثم للناس إلى العقد حاجة ماسة، فقد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه للسفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته وكثرة اشتغاله، أو لكثرة ماله فيحتاج إلى تفويض التصرف للغير بطريق الوكالة"[2].

إن الظاهر مما أوردناه من أقوال الفقهاء هو الجواز المطلق لهذا العقد، فهو يحقق مقاصد حسنة لعموم المكلفين ويزيل مشقة التعب المالي فيما بينهم، وقد أرشد الحق سبحانه وتعالى عباده المؤمنين إلى ابتغاء سبل الخير والتعاون على البر والتقوى قال عز وجل:﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[3]، فالناس إذا يحتاج بعضهم بعضا، فلا يقدر الواحد منهم على إتيان كل شيء لنفسه والقيام به دون معونة غيره، فكان من سنن الكون أن ينيب بعض الناس بعضا في أمورهم العامة والخاصة ، وخاصة في زمن تكثر فيه الشواغل و الصوارف التي

---

[1] الأم، الشافعي (286/4)، رد المحتار لابن عابدين(240/8)، المبوط للسرخسي، (2280/2)، نيل الأوطار للشوكاني (284/5)، مغني المحتاج الشربيني (213/3).

[2] المبسوط للسرخسي (2280/2).

[3] سورة المائدة الآية رقم 2.

تجعل الإنسان عاجزا عن إتيان كل شؤونه لنفسه فكان لابد من إنابة الغير، وهذا من مقاصد الإسلام المباركة الموسوم بالتيسير وعدم المشقة.

**الفرع الثالث شروط صحة الوكالة**

لا يمكن أن نتحدث عن صحة عقد الوكالة[1] إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط والضوابط المهمة، ومن بين هذه الضوابط والشروط:

**أولا** _ الضابط الأول : أن يكون الموكل مالكا لحق التصرف فيما يروم التوكيل فيه.

ومقتضى هذا الشرط أنه إن كان الموكل غير مالك للشيء المراد توكيله لم يجز تصرفه ذلك، وبناء على هذا الضابط فإنه لا يجوز توكيل الصبي غير المميز والمجنون، قال الإمام الشافعي رحمه الله "و لا يجوز أن يوكل غير بالغ و لا معتوها، فأن فعل فالوكالة باطلة إذا كان ذلك لا حكم لكليهما على أنفسهما فيما لله عز وجل و للأدميين فلا يلزمهما ، لم يجز أن يكونا وكيلين يلزم غيرهما بهما قول".[2]

---

[1] من أهم الدراسات التي وقفت عليها وقاربت موضوع الوكالة واستخرجت التطبيقات المعاصرة لها، رسالة علمية قيمة للدكتور مروان أبو فضة محمد بعنوان، عقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية ، من جامعة القدس المفتوحة، جامعة الضفة الغربية فلسطين، وقد نشرت ضمن مجلة الجامعة سلسلة الدرسات الإنسانية، المجلد السابع عشر العدد الثاني، وقد تضمنت هذه الرسالة مباحث مهمة، وقد اعتمدنا عليها في تحديد شروط الوكالة مع تصرف الكثير ينظر لمزيد من التوسع صفحة 9.

[2] ينظر: الأم للإمام الشافعي، باب خلع المرأتين، م س.

**ثانيا**_ الضابط الثاني: أن لا يكون الوكيل محجورا عليه أو ممنوعا من التصرف فيما وكل به بسبب فقد الأهلية الشرعية.

ومقتضى هذا الضابط أن لا يكون الوكيل ممنوعا من التصرف، بسبب عدم الأهلية الشرعية أو القانونية، ومما يشير إليه الفقهاء في معرض بسط هذا الضابط،"أنه لا يصح للصبي غير المميز أو المحجور بسفه أو فلس أو جنون، أن يتقلد مهام التوكل لغيره لأنه لا يملك مباشرته بنفسه لمصلحته، فلا يملك ذلك لغيره، ويصح أن يكون الصبي المميز وكيلا، وإن لم يكن مأذونا ، ولكن حقوق العقد من تسليم وتسلم ودفع ثمن عائدة إلى موكله، وليست بعائدة إليه، ويشترط في الوكيل أيضا رضاه عن الوكالة بحيث لا يصدر عنه ما يدل على الإعراض عنها، سواء كان ذلك بالقول، أم بالفعل."[1]

ثالثا_ الضابط الثالث: أن يكون الموكل به غير مجهول ومقدور على تسلمه :

فلو كان الشئ الموكل به مجهولا غير معلوم للوكيل، أو من الأمور التي لا تجوز فيها النيابة[2]، كانت الوكالة باطلة ، ومن مستلزمات هذا

---

[1] عقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية الصفحة 798.

[2] من الأمور المرتبطة بالنيابة في التوكيل، النيابة في باب العيادات وقد بسط الفقهاء الكلام في هذا الموضوع فأجمعوا على عدم جواز النيابة في العبادات الصرفة كالصلاة والزكاة والصوم واختلفوا في الإنابة في الحج والعمرة فأجازها الجمهور ومنعها المالكية. ينظر لمزيد من التوسع الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري عبدالرحمن صفحة 255.

الضابط كذلك وجود بعض الشروط المتعلقة بمحل الوكالة ومنها " أن يكون معلوما، و لا تضر الجهالة اليسيرة .. وأن يكون من التصرفات المباحة شرعا، فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعا كالتوكيل في الغضب أو الإعتداء على الغير ... وأن يكون مما يقبل النيابة."[1]

وإذ توفرت هذه الشروط في المحل جاز"التوكيل بالتصرفات المالية واستيفاء وإيفاء كل حق متعلق بالمعاملات، كالبيع والشراء، والإيجار و الإستئجار ، والرهن والارتهان، والإيداع والاستيداع والهبة والإتهاب والصلح والإبراء، والإقرار والدعوى، وطلب الشفعة والقسمة وإيفاء الديون واستيفائها وقبض المال بشرط أن يكون الموكل به معلوما"[2].

## المطلب الثاني: أنواع الوكالة وأثرها

بعد أن بسطنا الكلام في المطلب السابق عن تعريف الوكالة ومشروعيتها وبعض الأحكام المتعلقة بها، نخصص هذا المطلب للحديث عن أنواع الوكالة وإبراز أهم الآثار التي تترتب عن هذا العقد.

### الفرع الأول: أنواع الوكالة

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي تعريفه وتاريخ ومذاهبه نظرية الملكية والعقد صفحة 528. بيروت الدار الجامعية 1989 .

[2] ابن رشد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد بيروت دار المعرفة الطبعة السابعة 1405هالجزء الثاني صفحة 252.

يميز الفقهاء بين أنواع متعددة من الوكالة، وسنقتصر في هذا الفرع البحثي على بيان نوعين من انواع الوكالة ، وهما الوكالة العامة ووكالة الخاصة .

أولا: الوكالة العامة :

قال الفقيه ابن رشد في بداية المجتهد عند حديثه عن الوكالة" وهي ضربان عند مالك : عامة وخاصة، فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء، وذلك أنه إن سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض"[1]

ويقصد بالوكالة العامة كما جاء في مجلة الأحكام العدلية" تفويض عام بك شيء من الأمور الجائزة مثل: أن يقول كلتك في كل قليل وكثير وفي كل شيء جائز أو كل شيء مشعر بالعموم ".[2]

وفي سياق التعريف والتقريب لمعنى الوكالة العامة أورد الدكتور مصطفى شلبي في تعريفه للوكالة العامة "ما كانت إنابة عامة لا في تصرف خاص، كأن يقول وكلتك عني في تصرفاتي كلها، أو أنت وكيلي في كل شيء"[3].

وعرفها الدكتور نزيه حماد بقوله" هي تفويض عام لا يختص بشيء دون شيء مثل أن يقول شخص لشخص أنت وكيلي في كل شيء، أي في

---

[1] بداية المجتهد ابن رشد(1970/4)

[2] المجلة العدلية علي حيدر (510/3).

[3] المدخل إلى الفقه د شلبي (ص 529).

أموري كلها التي تقبل التوكيل، فيدخل تحته جميع ما يقبل النيابة من الأمور المالية والنكاح والطلاق والمخاصمة، وغير ذلك إلا ما يستثنيه المفوض من الأشياء"[1]

ومن معالم كون الوكالة عامة، أنها تشتمل على كل أمر يقبل النيابة، كأن يقول الشخص للآخر أنت وكيلي في كل شيئ ، وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى صحتها إلا أن الوكيل " يتقيد عند الصاحبين بما تعارف عليه الناس وإلا كان فضوليا توقف تصرفه على إجازة الموكل واستثنى الشافعية بعض التصرفات التي فيها ضرر بالموكل كالتبرع والطلاق والإبراء فاشترطوا النص عليها صراحة من الموكل".[2]

ثانيا : الوكالة الخاصة :

بعد أن قاربنا مفهوم الوكالة العامة في الفرع البحثي السابق، نقارب الآن مفهوم الوكالة الخاصة و ذلك كالأتي :

الوكالة الخاصة هي ضد الوكالة العامة، فإذا كانت هذه الأخيرة غير مقيدة، فأن الوكالة الخاصة تكون محددة وقد ذهب بع الفقهاء إلى اعتبار هذا النوع الثاني هو الأصل قال ابن عابدين في حاشيته" الأصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم "[3]، ويقول الإمام الكاساني مبرزا بعض

---

[1] معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص 477) .

[2] عقد الوكالة وتطبيقاته في المصارف مروان أبو فضة (ص 12).

[3] حاشية ابن عابدين (262/8) .

أعمال الوكالة الخاصة" والخاص أن يقول : اشتر لي ثوبا أو حيوانا أو دابة أو جوهرا أو عبدا أو جارية أو فرسا أو بغلا أو حمارا أو شاة"[1].

تعريفات الوكالة الخاصة عند الفقهاء المعاصرين

عرف الفقهاء المعاصرين الوكالة الخاصة بتعريفات متعددة ومنها:

_ تعريف الدكتور شلبي: "ما كانت إنابة في تصرف معين كبيع سيارة أو شراء بيت"[2]

_ تعريف الدكتور حماد نزيه :"توكيل خاص ببعض ما تصح فيه الإنابة"[3].

يظهر من تعاريف الفقهاء المتقدمين والمحدثين أن الوكالة الخاصة،، لا تشتمل على كل التصرفات التي غالبا ما تمتاز بها الوكالة العامة، بقدر ما تكون الوكالة الخاصة محددة في تصرف معين، أو توكيل خاص يناط بالوكيل من لدن الموكل فلا تكون له الحرية المطلقة في التصرف العام في كل ما يخص الموكل.

الفرع الثاني: أثار الوكالة

عقد الوكالة كغيره من العقود الفقهية ينتج جملة من الأثار تخص الوكيل والموكل وهذه بعضها.

---

[1] البدائع للإمام الكاساني (415/7) .

[2] المدخل الى الفقه الدكتور شلبي (ص 4229).

[3] معجم المصطلحات المالية والإقتصادية د نزيه صفحة 477.

_ بعد عقد الوكالة يكون للوكيل حق التصرف في الموكول به، تصرفا شرعيا بعد أن كان ممنوعا منه لا يجوز له التصرف فيه،كما أنه لا يتجاوز الحدود التي نصت عليها شروط وبنود الوكالة.[1]

_ الوكالة تلزم الوكيل بأن يبدل قصارى جهده في تنفيذ التزامات هذا العقد، ومعيار ذلك ما يبذله في أموره الخاصة عادة أو في الأمور التي يتلقى عليها أجرا ماديا.

## المطلب الثالث : اجتماع الإجارة والوكالة في صفقة واحدة وأقوال الفقهاء

وجه اقتران الوكالة بعقد التشغيل

خصصنا هذا المطلب – تخريج عد التشغيل على أحكام الوكالة و الاجارة_ ، للحديث عن الوكالة من حيث ارتباطها بعقد التشغيل، فمن الصور التي يجرى عليها عقد التشغيل، الاتفاق بين أطراف العقد على تشغيل منشأة معينة مع التوكيل في جلب قطع الغيار[2]، أي أن رب العمل يكلف المشغل أن يحضر قطع الغيار معه توكيلا لا بيعا ، وهنا اجتماع عقدين في صفقة واحدة، وهما الوكالة والاجارة.

**أقوال الفقهاء في المسألة**

---

[1] بدائع الصنائع للإمام الكاساني، (24/6).

[2] ينظر الملاحق أخر البحث ففيها نماذج متعددة.

تعتبر هذه المسألة الفقهية من القضايا التي تنتج عن العقود المركبة في الفقه الإسلامي، وقد تحدث الفقهاء عن ما يقارب هذه المسألة عند تعرضهم للحديث عن صور الوكالة الخاصة،[1] فقد أورد الفقهاء للوكالة صورا متعددة يجتمع في الصورة الواحدة عقد الوكالة مع عقود أخرى مجتمعة أو منفردة.

ومن الفقهاء الذين بسطوا الكلام في هذه الصور الإمام النووي رحمه الله حيث قال:

وأما الوكالة الخاصة، ففيها صور.

إحداها : "لو وكله في بيع جميع أمواله، أو قضاء ديونه واستيفائها، صح قطعا. ولا يشترط كون أمواله معلومة على الصحيح. "[2]والظاهر من هذا الصورة التي أوردها الإمام النووي، جوزا التوكيل في البيع والشراء مع عدم اشتراط العلم بالأموال.

ثانيها: "

ولكي لا يبقى الكلام نظريا وبغية الوضوح التام لصورة عقد التشغيل،نورد أنموذجا من أمثلة هذا العقد، والذي أبرمته جهة حكومية وإدارية مع شركة من شركات التشغيل والصيانة، وقد حذفنا الأسماء

---

[1] أشرنا في السابق الى مفهوم الوكالة الخاصة وبعض الأحكام المتعلقة بها.

[2] روضة الطالبين الإمام النووي (296/4) .

والمعلومات الشخصية واكتفينا بمضمون العقد الذي يعنينا في دراستنا هذه.

المثال التطبيقي الأول: نموذج لعقد التشغيل

عقد.....

وثيقة العقد الأساسية

بعون الله تعالى

تم الاتفاق في مدينة.... في يوم .....الموافق

بين كل من:

أولا:(الوزارة أو الجهة الإدارية)،ويمثلها ... بصفتهالمشار إليها فيما بعد بصاحب العمل(الطرف الأول)، ويشمل هذا التعبير من يخلف صاحب العمل ومن يحيل إليهم العقد.

ثانيا:(يذكر هنا المعلومات الخاصة بالطرف الثاني)

- اسم الطرف الثاني
- الشكل القانوني (مؤسسة فردية – شركة)، وعنوانه الدائم في المملكة واسم الشخص المفوض بالتوقيع ورقم وتاريخ التفويض الرسمي الممنوح له بالتوقيع.
- عنوانه في مقره الأصلي. ( الطرف الثاني).
- ويشمل هذا التعبير من يخلف الطرف الثاني ومن يصرح له بإحالة العقد إليه.

لما كان صاحب العمل يرغب في تشغيل / صيانة / نظافة ما يلي.

التي طرحت في منافسة عامة عبر الصحف المحلية. وتقدم لذلك (الطرف الثاني) بعرضه لهذه المنافسة بتاريخ / / للقيام بتنفيذ تلك الأعمال بعد اطلاعه علي جميع الشروط والمواصفات وشروط العقد وجميع الوثائق ووقوفه على الموقع وبعلمه بما يتضمنه نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / 14) وتاريخ 7/ 4/ 1397هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم (2131/ 17) وتاريخ 5/ 5/ 1397هـ وما صدر عليه من تعديلات وقرارات وتعاميم وتعليمات.

ولما كان عرض (الطرف الثاني) قد اقترن بقبول الطرف الأول (صاحب العمل) وفقاً لما جاء في خطاب الترسية رقم ( ) وتاريخ / /

فقد اتفق الطرفان علي تنفيذ العمل وفقا لشروط العقد التالية:

المادة الأولي: الغرض من العقد:

إن الغرض من هذا العقد هو القيام بـ

ويشمل ذلك تقديم المواد والمعدات والعمال وجميع الأشياء اللازمة

المادة الثانية: وثائق العقد :

-1/ 2يتألف هذا العقد من الوثائق الآتية.

أ -وثيقة العقد الأساسية .

ب- الشروط الخاصة (إن وجدت).

ج- الشروط العامة .

د- المواصفات.

هـ-جداول الكميات وفئات الأسعار.

و- المخططات والرسومات وكتيبات التشغيل والصيانة (إن وجد).

ز- خطاب الترسية أو قبول العرض.

ح-الملاحق (إن وجدت).

ط-نماذج الضمانات البنكية التي يصدرها وزير المالية والاقتصاد الوطني.

-2 / 2 تشكل هذه الوثائق وحدة متكاملة وتعد كل وثيقة منها جزءا من العقد بحيث تفسر وتتمم الوثائق المذكورة أعلاه بعضها بعضا.

-3/ 2 في حالة وجود تعارض بين وثائق العقد، فإن الوثيقة المتقدمة تسود علي الوثيقة التي تليها في الترتيب الوارد في الفقرة الأولي من هذه المادة.

المادة الثالثة: مدة العقد .

يتعهد الطرف الثاني بـــ (وصف لطبيعة الأعمال ومواقعها).

وذلك طيلة مدة العقد المحددة بـ (تذكر مدة العقد رقما وكتابة) وتبدأ هذه المدة اعتباراً من تاريخ تسليم موقع العمل إلى المقاول بموجب محضر كتابي موقع عليه من قبل مندوبي صاحب العمل والطرف الثاني.

المادة الرابعة: قيمة العقد.

إن القيمة الإجمالية للعقد هي (تذكر قيمة العقد رقما وكتابة) ريال عربي سعودي فقط. لقاء تنفيذ هذا العقد وفقـًا للشروط والمواصفات والمخططات وجداول الكميات وفئات الأسعار وغيرها من وثائق العقد.

المادة الخامسة: الدفع.

يلتزم صاحب العمل بدفع قيمة العقد بالطريقة وفي الأوقات المحددة في المادة (السادسة والثلاثين) من الشروط العامة للعقد مقابل قيام الطرف الثاني بتنفيذ وإتمام الأعمال المتعاقد عليها.

المادة السادسة: نظام العقد.

يخضع هذا العقد للأنظمة المعمول بها في المملكة ويتم تفسيره وتنفيذه والفصل فيما ينشأ عنه من دعاوى بموجبها.

المادة السابعة: تسوية الخلافات.

كل خلاف ينشأ عن تطبيق هذا العقد ولا يتم التوصل إلي تسويته بين الطرفين يختص ديوان المظالم بالفصل فيه، ويكون حكمه في ذلك نهائيا.

وتوثيقـًا لما تقدم فقد قام الطرفان بالتوقيع علي هذه الوثيقة في المكان والتاريخ المذكورين أعلاه.

والله الموفق.

الطرف الثاني الطرف الأول

الاسم : الاسم:

الصفة : الصفة:

التوقيع: التوقيع:

الشروط العامة

المادة الأولي: التعريفات

أولاً: يقصد بالكلمات والعبارات الآتية المعاني المبينة إلى جانب كل منها ما لم يتضح من صراحة النص أو يقتضي سياق الكلام غير ذلك:

أ-صاحب العمل (الطرف الأول):

يعني الوزارة أو الجهة الإدارية التي دعت إلى تقديم العطاءات أو أي جهة يؤول إليها حق الإشراف علي العمال.

ب- المقاول (الطرف الثاني):

يعني الشخص أو الأشخاص الطبيعيين أو ذوي الصفة الاعتبارية الذين قبل صاحب العمل عطاءهم ويشمل ذلك ممثليهم وخلفهم ومن يحل محلهم بموافقة الإدارة.

ج- مندوب صاحب العمل:

يعني الشخص أو الأشخاص من ذوي الصفة الطبيعية أو المعنوية الذي يعين في أي وقت من قبل صاحب العمل لمتابعة تنفيذ الأعمال.

د- ممثل مندوب صاحب العمل:

يعني أي مراقب أعمال مسؤول يعينه صاحب العمل أو مندوبه من وقت إلى آخر لأداء الواجبات المنصوص عليها في المادة (الثانية) من هذه الشروط في حدود الصلاحيات التي يبلغها خطيا صاحب العمل أو مندوبه للمقاول.

هـ- الأعمال:

تعني كل الأعمال والخدمات الدائمة والمؤقتة التي يجب تنفيذها بموجب العقد.

و- التشغيل:

1- تشغيل المباني والمنشآت والمرافق بشكل دوري وحسب جدول زمني.

2-الإدارة اليومية للمنشآت لأداء العمل الذي صممت المنشأة من أجله.

ز- الصيانة:

1- الصيانة العلاجية وتشمل أعمال الصيانة التي تجري من وقت إلي آخر لمعالجة أي خلل أو قصور قد ينشأ عن الاستهلاك والاستعمال والحوادث والهدف منها المحافظة على المرافق والمعدات بالحالة التي أنشئت عليها.

2- الصيانة الوقائية هي الأعمال الدورية المجدولة شبه المتكررة التي يتم القيام بها بهدف تفادي التلف التدريجي للمرافق والمعدات

وفحص وإصلاح المعدات والأجهزة طبقًا لتعليمات الكتيبات والأدلة الفنية للشركات الصانعة.

ح- المعدات:

1- معدات المقاول:وهي الآلات والأدوات والأجهزة العائدة للمقاول التي يلزم توفيرها لاستعمالها في تنفيذ الأعمال والخدمات.

2- معدات المشروع: وهي الآلات والأدوات والأجهزة العائدة للجهة صاحبة المشروع التي يلتزم المقاول بتشغيلها وصيانتها والمحافظة عليها لاستعمالها في تنفيذ الأعمال والخدمات.

ط- المخططات:

تعني المخططات والرسومات المشار إليها في العقد أو أي تعديلات عليها يعمد المقاول بها خطيًا من وقت إلي آخر.

ى- المواصفات:

وتعني المواصفات الخاصة والعامة والأدلة للأعمال أو الخدمات المشار إليها في هذا العقد، وكذلك أي تعديلات أو إضافات عليها بموافقة صاحب العمل.

ك- الموقع:

يعني المباني والأماكن والمرافق التي ستجري صيانتها أو تشغيلها أو نظافتها.

ل- الموافقة:

تعني الموافق الخطية بما في ذلك التأكيدات الخطية اللاحقة لأي موافقات شفوية سابقة.

م- الشهر:

ويعني الشهر الهجري.

ن- التكلفة:

هي التكاليف العامة سواء كانت بالموقع أو خارجة.

ثانيـًا: المفرد والجمع:

تدل الكلمات الواردة بصيغة المفرد علي ذات المدلول بصيغتي المثنى أو الجمع، ويكون العكس صحيحـًا أيضا إذا تطلب النص ذلك.

ثالثـًا: العناوين والهوامش:

إن العناوين والهوامش الواردة في العقد لا تعد جزءاً منه ولا تؤخذ بعين الاعتبار عند تفسيره.

مندوب صاحب العمل وممثله

المادة الثانية: صلاحيات مندوب صاحب العمل:

إن صلاحيات مندوب صاحب العمل هي ملاحظة الأعمال ومراقبتها وفحص واختبار أي مادة تستعمل أو أي طريقة تستخدم لتنفيذ الأعمال والخدمات وفقـًا لشروط ومواصفات وثائق العقد.

ولمندوب صاحب العمل أن يفوض ممثله خطيـًا بممارسة أي من الصلاحيات والسلطات المنوطة به علي أن يقدم للمقاول نسخة من هذا

التفويض الخطي وتعد التعليمات والموافقات المكتوبة الصادرة من ممثل مندوب صاحب العمل إلي المقاول في نطاق حدود التفويض المعطي له ملزمة لكل من المقاول وصاحب العمل كما لو كانت صادرة عن لمندوب نفسه ويراعي دائما ما يلي:

أ -إن تقصير ممثل المندوب في رفض أو قبول أي عمل أو مواد مخالفة للشروط والمواصفات لا يؤثر علي سلطة المندوب الذي يحق له فيما بعد أن يرفض العمل أو المواد المذكورة.

ب- في حالة عدم رضا المقاول بأي قرار يتخذه ممثل المندوب يحق للمقاول خلال ثلاثة أيام عمل أن يحيل الأمر إلي المندوب الذي عليه تأييد القرار المشار إليه أو إلغاءه أو تعديله خلال سبعة أيام عمل.

التنازل للغير والتعاقد من الباطن

المادة الثالثة: التنازل للغير

أ-لا يحق للمقاول أن يتنازل لغيره عن أي جزء من العقد أو عن أي ربح أو أي مصلحة تنشأ عنه أو تترتب عليه بدون الحصول على موافقة خطية سابقة من صاحب العمل ومع ذلك يبقي المقاول مسؤولاً أمام صاحب العمل بطريق التضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ العقد.

ب-لا يجوز الموافقة وفقـًا لما ورد في الفقرة السابقة على التنازل بأكثر من ستين في المائة (60٪) من العقد ويجب أن يكون المقاول

المتنازل إليه مختصاً ومصنفاً في مجال الصيانة والتشغيل والنظافة وبنفس الدرجة المغطية لهذه النسبة.

المادة الرابعة: التعاقد من الباطن:

لا يحق للمقاول أن يتعاقد من الباطن لتنفيذ جميع الأعمال والخدمات موضع العقد، وما لم ينص العقد علي خلاف ذلك فإنه لا يحق للمقاول أيضا أن يتعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من الأعمال والخدمات بدون الحصول علي موافقة خطية مسبقة من صاحب العمل على أن يكون المتعاقد معه من الباطن مختصاً ومصنفاً في مجال الصيانة والتشغيل والنظافة وفي نفس الدرجة المغطية لالتزامه من المشروع، علي أن هذه الموافقة لا تعفي المقاول من المسؤولية والالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، بل يظل المقاول مسؤولاً عن كل تصرف أو خطأ أو إهمال يصدر من جانب أي مقاول من الباطن أو من وكلائه أو موظفيه أو عماله، كما لو كان هذا التصرف أو الخطأ أو الإهمال صادراً من المقاول نفسه أو من وكلائه أو موظفيه أو عماله، ولا تشكل عقود العمل التي يبرمها المقاول على أساس الأجر بالقطعة تعاقداً من الباطن بمقتضى هذه المادة.

نطاق العقد:

المادة الخامسة:

يشمل العقد ما يلي:

أ –تشغيل

ب- صيانة

ج- نظافة

لغة العقد:

المادة السادسة:

أ -اللغة العربية هي اللغة المعتمدة في تفسير العقد وتنفيذه، ومع ذلك يجوز للطرفين استعمال إحدى اللغات الأجنبية في كتابة العقد أو جزء منه إلى جانب اللغة العربية وإذا وجد تعارض بين النصين العربي والأجنبي يعمل بالنص العربي كما يكون الاعتماد فيما يتعلق بالمواصفات والمخططات علي اللغة العربية.

ب - تكون المراسلات المتعلقة بهذا العقد باللغة العربية ومع ذلك يجوز للمقاول استعمال إحدى اللغات الأجنبية مع ترجمتها على نفقته إلى اللغة العربية ويكون النص العربي هو المعمول به عند الاختلاف.

المادة السابعة: حفظ المخططات:

أولاً: يحتفظ مندوب صاحب العمل وحده بالمخططات على أن يقدم منها نسخًا مجانية إلى المقاول ويتحمل المقاول بعد ذلك على نفقته الخاصة مصاريف إعداد أي نسخ إضافية تلزمه لأداء عمله، وعلى المقاول أن يعيد إلي مندوب صاحب العمل عند إنجاز العقد جميع المخططات التي سلمت له.

ثانيـًا: يتعهد المقاول بأن يحتفظ في موقع العمل بنسخة من المخططات المسلمة إليه على النحو المبين أعلاه وتكون هذه النسخة معدة في جميع الأوقات المناسبة للتفتيش والاستعمال من قبل مندوب صاحب العمل أو ممثلة أو أي شخص آخر مفوض بذلك خطيـًا من قبل صاحب العمل أو مندوبه.

المادة الثامنة: مخططات وتعليمات إضافية:

مع مراعاة ما ورد في المادة (الثانية) من هذه الشروط – لمندوب صاحب العمل مطلق السلطة والصلاحية في أن يزود المقاول في جميع الأوقات أثناء تنفيذ العقد بأي مخططات أخرى أو تعليمات إضافية تكون ضرورية من أجل الوفاء بالتزاماته بشكل مرضٍ وسليم وعلي المقاول أن ينفذ تلك المخططات والتعليمات وأن يتقيد بها وأن يعمل علي تحديث المخططات وفقـًا لما تتطلبه طبيعة تنفيذ العقد.

**الالتزامات العامة**

المادة التاسعة: الضمان النهائي:

أولاً: علي المقاول خلال مدة عشرة أيام من تاريخ تبليغه بقبول عرضه بموجب خطاب مسجل أن يقدم لصاحب العمل ضمانـًا بواقع خمسة في المائة (5٪) من قيمة العرض تأمينـًا لتنفيذ العقد. ويجوز لصاحب العمل منح المقاول مهلة إضافية قدرها عشرة أيام من تاريخ انتهاء الفترة المشار إليها آنفـًا.

ثانيـًا: يجب أن يكون هذا الضمان غير قابل للإلغاء، ونافذاً طوال مدة العقد وحتى التسليم النهائي.

ثالثـًا: يجب أن يكون الضمان بالشكل الذي حدده النظام ووفق الصيغة التي يتفق عليها بين كل من وزارة المالية والاقتصاد الوطني، ومؤسسة النقد العربي السعودي.

رابعـًا: إذا لم يقدم المقاول صاحب العرض المقبول الضمان المطلوب، جاز لصاحب العمل إلغاء الترسية ومصادرة الضمان الابتدائي دون حاجة إلى تنبيه أو إخطار، ودون إخلال بحق صاحب العمل في الرجوع على المقاول بالتعويض عن الأضرار والخسائر التي قد تلحق به من جراء ذلك.

المادة العاشرة: معاينة الموقع

على المقاول أن يقوم بفحص ومعاينة الموقع والظروف المحيطة به، وأن يتأكد بنفسه وقبل تقديم العرض من طبيعة الأعمال والخدمات المطلوب تقديمها حسب العقد، وأن يقوم كذلك بمراجعة كميات العمل وطبيعته والمواد والمعدات اللازمة لإنجاز الأعمال والخدمات ووسائل الوصول إلى الموقع والمرافق التي يحتاج إليها، وعليه بصورة عامة أن يحصل لنفسه على جميع المعلومات الضرورية المشار إليها أعلاه وغيرها من العوامل التي قد تؤثر علي عرضه.

المادة الحادية عشرة: كفاية العرض

يفترض في المقاول أن يكون قد استكمل معلوماته قبل تقديم عرضه وتأكد من أن الأسعار التي دونها في قائمة الكميات وفئات الأسعار تكفي لتغطية جميع التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد، وغيرها من الأمور والأشياء الضرورية لإنجاز الأعمال والخدمات بشكل متقن وسليم.

المادة الثانية عشرة: تسليم الموقع وبدء العمل

يجب على المقاول أن يبدأ بالأعمال فور تسلم الموقع بموجب محضر موقع بينه وبين صاحب العمل أو من يمثلهما.

المادة الثالثة عشرة: تنفيذ الأعمال

على المقاول أن يقوم بتنفيذ الأعمال والخدمات محل العقد وعليه أن يتقيد بتعليمات مندوب صاحب العمل أومن يمثله وتوجيهاته الخطية في أي موضوع يتعلق بالأعمال والخدمات أو يتصل بها، وعلى المقاول أن يتلقى التعليمات والتوجيهات من المندوب وحده أومن يمثله في نطاق الحدود المشار إليها في المادة (الثانية) من هذه الشروط.

13/ 2 يلتزم المقاول بما يلي:

أ –أن يشتري المنتجات الوطنية ولا يجوز له أن يستخدم منتجات شبيهة بها مستوردة من الخارج لغرض تنفيذ العقد.

وفي حالة عدم وجود منتجات وطنية تفي بمتطلبات العمل يلتزم بشراء المنتجات ذات المنشأ الوطني أو الخليجي. ومع عدم الإخلال بحق الجهة الحكومية في رفض هذه المنتجات يترتب علي عدم التزامه بما ورد

في هذه الفقرة خضوعه لغرامة لا تقل عن عشرين في المائة (20٪) من قيمة المشتريات إضافة إلى تطبيق الشروط المنصوص عليها في العقد.

ب- أن تكون المواد المستخدمة سواء المحلية أو المستوردة لتنفيذ العقد مطابقة للمواصفات القياسية السعودية وبالنسبة للمواد التي لم تصدر بشأنها مواصفات قياسية سعودية فيجب أن تكون مطابقة لإحدى المواصفات العالمية المعروفة التي يحددها صاحب العمل أومن يمثله.

ج- مراعاة النظم والمقاييس واللوائح الخاصة بحماية البيئة في المملكة التي تصدر عن الجهات المختصة.

د-شراء الأدوات والمعدات التي تلزمه في تنفيذ عقده من الوكلاء السعوديين لهذه الأدوات والمعدات في المملكة، ولا يجوز له الاستيراد مباشرة من الخارج إلا في حالة استيراد المعدات المستعملة الخاصة به.

هـ- الحصول على الخدمات التالية من مؤسسات سعودية محلية:

1- خدمات نقل البضائع أو الأفراد داخل المملكة إذا لم يقم المقاول بأدائها من قبله مباشرة وبمعدات مملوكة له ولأفراد يعملون مباشرة معه.

2-خدمات التأمين المحلية.

3-الخدمات البنكية.

4-خدمات تأجير وشراء الأراضي والمباني.

5- خدمات الإعاشة وتوريد المواد الغذائية.

13/3 على المقاول تقديم خطاباته وحساباته وبياناته إلى الجهة الإدارية باللغة العربية وأن يمسك سجلاته وجميع حساباته ووثائقه محلياً باللغة العربية وتحت مسؤوليته مصحوبة بشهادة محاسب قانوني سعودي مرخص له بالعمل، وفى حالة إخلاله بذلك تطبق بحقه العقوبات المقررة.

13/4 نقل كل ما ينقل جواً ويتعلق بتنفيذ العقد من الركاب والمواد وغير ذلك عن طريق الخطوط الجوية العربية السعودية، وفي حالة مخالفته لهذا الالتزام يخضع للغرامة المقررة لذلك.

كما يلتزم بنقل كل ما يمكن نقله بحراً من المواد اللازمة لتنفيذ العقد- بوساطة البواخر والسفن السعودية- كلما كان ذلك ممكناً، وذلك بحسب التعليمات والأوامر المقررة لذلك.

13/5 يلتزم المقاول عند توقيع أي عقد تزيد قيمته على خمسة ملايين ريال بأن يقدم إلى الجهة الحكومية بوليصة التأمين اللازمة من قبل أي شركة وطنية للتأمين التعاوني – تفيد قيامه بالتأمين علي معداته وأجهزته التي سوف يستخدمها في تنفيذ أعمال وخدمات العقد- وعلى عماله ومستخدميه أثناء مدة العقد وحتى تسليم المرافق والمنشآت.

المادة الرابعة عشرة: برنامج العمل:

على المقاول أن يقدم إلى مندوب صاحب العمل أو ممثله المعلومات التفصيلية المتعلقة بالترتيبات اللازمة لإنجاز الأعمال والخدمات التي يزمع المقاول تنفيذها وفقـًا لوثائق العقد.

المادة الخامسة عشرة: إشراف المقاول

على المقاول أن يقوم بالإشراف اللازم أثناء تنفيذ العقد بالقدر الذي يراه المندوب ضروريـًا للوفاء بالتزاماته التعاقدية بشكل متقن وسليم، وعلى المقاول أو ممثله المقبول خطيـًا من قبل المندوب أن يكون مقيمـًا بصورة مستمرة وثابتة في موقع العمل، وأن يخصص كل وقته للإشراف علي تنفيذ العمل.

وفي حالة سحب مندوب صاحب العمل لقبوله المشار إليه فعلى المقاول بمجرد تسلمه إشعاراً خطيـًا بهذا السحب أن يقوم بنقل ممثله من موقع العمل بأسرع وقت ممكن، وألا يستخدمه بعد ذلك في موقع العمل مرة أخرى، وأن يعين بدلا منه ممثلاً آخر يوافق عليه المندوب، وعلى هذا الممثل أن يتلقى بالنيابة عن المقاول التعليمات والتوجيهات التي يصدرها المندوب أو ممثله في نطاق الحدود المبينة في المادة (الثانية) من هذه الشروط.

المادة السادسة عشرة/ مستخدمو المقاول:

أولاً: على المقاولأن يقدم ويستخدم في الموقع بغرض تنفيذ الأعمال والخدمات:

أ-الفنيين ومساعديهم ذوي الخبرة والمهارة في نطاق اختصاص كل منهم، وكذلك المساعدين ورؤساء العمل والمشرفين الأكفاء للقيام بالمراقبة السليمة على الأعمال المنوطة بهم مراقبتها.

ب-العدد اللازم من العمال المهرة وأنصاف المهرة والعمال العاديين لتنفيذ الأعمال وصيانتها بشكل متقن وسليم.

ج-يلتزم المقاول بتوظيف سعوديين وفقًا لقوائم بيانات الوظائف المعدة من قبل صاحب العمل ضمن وثائق العقد، ويلتزم المقاول بأن لا تقل رواتبهم عن مستوى مماثليهم في أنظمة الخدمة المدنية ولوائحها.

د- إذا لم يلتزم المقاول بتوظيف السعوديين وفقًا لما ورد في الفقرة (ج) يتم حسم التكلفة.

هـ- يجب أن يكون توظيف السعوديين توظيفًا كاملاً وليس جزئيًا، وعلي المتعاقد تقديم الشهادات التي تثبت تسجيل هؤلاء الموظفين لدى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية.

ثانيًا:لمندوب صاحب العمل الحق في جميع الأحوال أن يطلب من المقاول أن يستبعد فوراً من موقع العمل أي شخص يستخدمه في تنفيذ الأعمال والخدمات أو بأي شأن يتعلق بها إذا كان المندوب يرى أنه سيئ السلوك أو غير كفء أو مهمل في واجباته أو أن استخدامه غير مرغوب فيه من جانب المندوب، وفي مثل هذه الحالة فإنه لا يجوز استخدام مثل هذا الشخص مرة ثانية دون موافقة المندوب الخطية، وعلي المقاول أن

يستعيض بأسرع وقت ممكن عن أي شخص يتم استبعاده علي النحو المبين أعلاه ببديل كفء يوافق عليه المندوب.

المادة السابعة عشرة: تحديد مواقع الأعمال:

يكون المقاول مسؤولا عن تنفيذ الأعمال والخدمات في مواقعها بصورة صحيحة وسليمة، وعن تقديم جميع الأجهزة والأدوات واليد العاملة اللازمة في هذا الشأن، وعليه أن يصحح أي خطأ يقع في هذا التنفيذ ، وعلي المقاول عندما يطلب منه المندوب أو صاحب العمل تصحيح أي أخطاء في التنفيذ لا تتفق مع ما يتطلبه العقد أن يقوم علي نفقته الخاصة بتصحيح هذه الأخطاء بحيث يوافق المندوب أو ممثله علي ذلك التصحيح.

المادة الثامنة عشرة: الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات

يكون المقاول مسؤولا عن جميع الخسائر والأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات من جراء تنفيذ الأعمال والخدمات أو بسبب يتعلق بها، كما يكون مسؤولا عن جميع الدعاوى والمطالبات والنفقات التي تنجم عن ذلك.

المادة التاسعة عشرة: إرسال الإشعارات ودفع الرسوم والغرامات:

أولاً:علي المقاول أن يرسل جميع الإشعارات وأن يدفع جميع الرسوم المقررة بموجب الأنظمة أو اللوائح أو القرارات وذلك فيما يتعلق

بتنفيذ الأعمال والخدمات أو فيما يتعلق بالقواعد والأنظمة بأي شكل كان

.

ثانيـًا: التقيد بالأنظمة والقرارات:

على المقاول أن يتقيد بالأنظمة واللوائح والقرارات الصادرة عن السلطة العامة المختصة المتعلقة بالأعمال والخدمات، وكذلك أن يتقيد بالأنظمة والقواعد الخاصة بالهيئات العامة والشركات ذات العلاقة وأن يتحمل المسؤولية والغرامات المقررة مهما كان نوعها بسبب مخالفته لتلك الأنظمة أو اللوائح والقرارات.

المادة العشرون: بقايا الآثار والأشياء ذات القيمة وغيرها

تعد جميع النقود والأشياء الثمينة والعاديات والأبنية والآثار والأشياء الأخرى ذات القيمة الجيولوجية أو الأثرية المكتشفة في موقع الأعمال ملكـًا خالصـًا لصاحب العمل، وعلى المقاول أن يتخذ الاحتياطات المناسبة لمنع عماله أو أي أشخاص آخرين من نقل أو تخريب أي من هذه الأشياء.

وعليه أيضا فور العثور على مثل هذه الأشياء المشار إليها وقبل نقلها – أن يعلم المندوب أو ممثله بهذا الاكتشاف وأن يقوم بتنفيذ تعليماته فيما يتعلق بالتصرف بها وذلك على نفقة صاحب العمل.

المادة الحادية والعشرون: حقوق براءات الاختراع وملكيتها

على المقاول أن يحمي ويعوض صاحب العمل عن جميع الادعاءات والإجراءات المترتبة أو الناشئة عن التعدي على أي حق أو امتياز أو تصميم أو علامة تجارية أو اسم أو غير ذلك من الحقوق المسجلة فيما يتعلق بأي من معدات العمل أو المواد المستعملة في إنجاز الأعمال أو أي منها، وكذلك عن جميع الادعاءات والطلبات والإجراءات والأضرار والمصاريف والرسوم والنفقات التي تترتب عليها أو تتعلق بها مهما بلغت.

المادة الثانية والعشرون: عرقلة حركة المرور الإضرار بالممتلكات المجاورة.

يلتزم المقاول بجميع العمليمات اللازمة لتنفيذ الأعمال والخدمات ضمن النطاق الذي تسمح به متطلبات العقد وبشكل لا يتعارض مع الأنظمة ومع مقتضيات الراحة العامة ولا يحول دون الوصول إلى استعمال الطرق العامة والخاصة والممرات أو الدخول والخروج من الممتلكات سواء كانت في حيازة صاحب العمل أو أي شخص آخر.

وعلى المقاول أن يحمي ويحول دون إلحاق الضرر بصاحب العمل وأن يعوضه عن أي ادعاءات أو طلبات أو إجراءات أو أضرار أو مصاريف أو رسوم أو نفقات مهما بلغت إذا كانت ناشئة عن مثل هذه الأمور أو متعلقة بها وبالقدر الذي يكون فيه المقاول مسؤولا عنها.

المادة الثالثة والعشرون: إتاحة الفرصة للمقاولين الآخرين:

على المقاول بناءً علي تعليمات مندوب صاحب العمل وأوامره أن يتيح الفرصة لأي من المقاولين الآخرين الذين يستخدمهم صاحب العمل لكي يتمكنوا من تنفيذ أعمالهم، وعلى المقاول أن يتيح الفرصة نفسها لعمال أولئك المقاولين أو لعمال صاحب العمل أو لعمال الحكومة الذين يتم استخدامهم في الموقع أو بجواره لتنفيذ أي عمل لا يشتمل عليه العقد أو لتنفيذ أي عقد يبرمه صاحب العمل ويكون ذا صلة بالأعمال أو ملحقًا بها أو مكملاً لها.

المادة الرابعة والعشرون: إخلاء الموقع بعد إنجاز الأعمال:

على المقاول فور انتهاء العقد أن يخلي الموقع وينقل منه جميع معداته والمواد والنفايات والأعمال المؤقتة أيا كان نوعها، وعليه أن يترك كامل الموقع بشكل يوافق عليه صاحب العمل.

المادة الخامسة والعشرون / الموظفون والعمال:

مع مراعاة ما ورد في الفقرات (ج ، د ، هـ) من البند أولاً من المادة (السادسة عشرة) من هذا العقد، على المقاول أن يتخذ الترتيبات الخاصة من أجل توظيف واستخدام جميع العمال، مواطنين كانوا أم أجانب في حدود ما ينص عليه نظام العمل والعمال ونظام التأمينات الاجتماعية ونظام الإقامة وغيرها من الأنظمة، كما يلتزم المقاول بتوفير متطلبات العمل الضرورية لعماله بما في ذلك السكن الصحي وتأمين وسائل النقل والرعاية الصحية وفقًا لما تنص عليه الشروط الخاصة.

المادة السادسة والعشرون : كشوفات العمال

على المقاول أن يقدم في الأوقات التي يحددها المندوب أو ممثله كشفاً تفصيلياً يبين فيه أسماء جميع موظفيه وعماله ورواتبهم، وغير ذلك من المعلومات التي قد يطلبها منه مندوب صاحب العمل أو ممثله.

المادة السابعة والعشرون: إيقاف العمل

يجب علي المقاول بناءً علي أمر خطي من صاحب العمل أن يوقف سير الأعمال أو أي جزء منها لمدة أو بطريقة يعدها صاحب العمل ضرورية لسلامة العمل، وعلي المقاول أثناء فترة الإيقاف – أن يقوم بحماية العمل بالقدر الذي يراه المندوب ضرورياً .

ولا يتحمل صاحب العمل التكاليف الناجمة عن الإيقاف إذا جرى في أي من الحالات الآتية:

أ – إذا كان منصوصاً عليه في العقد.

ب– إذا كان ضرورياً للقيام بالعمل بصورة أصولية، أو كان بسبب تقصير المقاول.

ج– إذا كان ضرورياً لسلامة الأعمال أو أي جزء منها.

المادة الثامنة والعشرون: حقوق المرور

يتحمل المقاول جميع النفقات والرسوم اللازمة لتأمين حقوق المرور الخاصة أو المؤقتة التي يحتاج إليها فيما يتعلق بالوصول إلي الموقع، كذلك عليه أن يهيئ على نفقته الخاصة أي تسهيلات ستكون

إضافية خارج الموقع يحتاج إليها لأغراض العمل، طبقـًا لما يصدر عن السلطة المختصة من تنظيمات لذلك.

المادة التاسعة والعشرون: غرامة التقصير

أ-إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته يلتزم بغرامة تحدد وفقـًا لما يرد في الشروط الخاصة للعقد، بحيث لا يجوز أن تزيد الغرامة عند نهاية التنفيذ علي عشرة في المائة (10٪) من قيمة العقد.

ب- وفي حالة عدم قيام المقاول بتأمين أي من البنود والعناصر المطلوب توفيرها وفقـًا لوثائق العقد يتم حسم تكلفتها من مستحقاته ولو جاوزت قيمة الحسـم عشرة في المائة (10٪) من قيمة العقد.

المادة الثلاثون: معدل تقدم سير العمل

يقدم المقاول إلى مندوب صاحب العمل بصورة منتظمة حسبما يرد في الشروط الخاصة تقارير تفصيلية عن المواد والعمالة وسير العمل.

المادة الحادية والثلاثون: تكاليف القيام بأعمال الإصلاح وغيرها:

أ-إذا تطلبت أعمال هذا العقد شراء قطع غيار لازمة لأعمال التشغيل والصيانة فإن هذه الأعمال تنفذ من قبل الطرف الثاني ويصرف عليها من البند المحدد من قبل الطرف الأول وفقـًا للضوابط التالية:

1- أخذ موافقة الطرف الأول رسميـًا على هذه الأعمال بشرط ألا تكون بسبب إهمال في التشغيل أو انخفاض في مستوى الأداء.

2-أن يقوم المتعهد بإعادة قطع الغيار المستبدلة إلى مستودع الجهة الإدارية، ولها الحق في فحص تلك القطع والتأكد من عدم صلاحيتها.

3-تتم محاسبة المتعهد عن قيمة قطع الغيار التي أمنها بموجب الفواتير التي يحصل عليها ممن تم التأمين منهم بعد مراجعة الجهة الإدارية لها وتأكدها من أن أسعارها مماثلة للأسعار السائدة.

4-ليس للمتعهد الحق في المطالبة بأية مصاريف أخرى كربح أو أجور نقل أو أجور تركيب أو مصاريف إدارية أو خلافها بحيث تعتبر هذه المصاريف محملة على قيمة عقد الصيانة، مع عدم تضمين الشروط والمواصفات الخاصة بالعملية أي التزام على الجهة الحكومية بذلك.

ب- على المقاول أن يقوم بجميع أعمال الإصلاح على نفقته الخاصة، إذا كان سبب تلك الأعمال يعود حسب رأي مندوب صاحب العمل خطيًا إلي أن المواد المستعملة أو أصول الصنع ليست موافقة للعقد، أو إذا كان السبب يعود إلى إهمال أو تقصير من جانب المقاول في تنفيذ أي التزام صريح أو ضمني مترتب عليه بموجب العقد.

المادة الثانية والثلاثون:

إذا قصر المقاول في تنفيذ الأعمال المشار إليها في المادة (الحادية والثلاثين) من هذه الشروط والمطلوبة من قبل المندوب، فلصاحب العمل الحق في تنفيذ مثل هذا العمل بمعرفته أو بوساطة مقاولين آخرين، ويستوفي

من المقاول تكاليف العمل المذكور، وله أن يحسمها من المبالغ المستحقة الدفع للمقاول أو التي قد تصبح مستحقة الدفع له فيما بعد.

التعديلات والإضافات والإلغاءات

المادة الثالثة والثلاثون:

أولاً:لمندوب صاحب العمل في حدود الصلاحيات المخولة له إجراء أي تغيير في شكل أو نوع أو كمية الأعمال والخدمات أو أي جزء منها، مما قد يراه مناسبًا، وعلى المقاول تنفيذ ذلك على ألا يؤدي هذا إلى تغيير في محل العقد أو تجاوز الحدود المنصوص عليها في الفقرة التالية.

ثانيًا:يجوز لصاحب العمل – أثناء تنفيذ العقد– زيادة مقدار الأعمال والخدمات بنسبة لا تتجاوز عشرة بالمائة (10٪) من مجموع قيمة التزاماته، كما يجوز له إنقاص مقدار الأعمال بنسبة لا تتجاوز عشرين بالمائة (20٪) من مجموع قيمة التزاماته، على أن يجري في هذه الحالة تعديل القيمة بالزيادة أو النقص تبعًا لذلك.

ثالثًا:علي المقاول ألا يجري أي تغيير من التغييرات المشار إليها بدون أمر خطي صادر من صاحب العمل أو من يمثله.

المادة الرابعة والثلاثون: التغييرات

أولاً:علي صاحب العمل أن يقوم بتحديد القيمة – إن وجدت – التي يرى أن تضاف أو تحسم من المبلغ المذكور في العرض بسبب أي عمل زائد أو إضافي جرى تنفيذه أو إلغاؤه بناء على أمره.

ويجرى التقويم قبل بدء العمل الإضافي وفقـًا للبنود المذكورة في العقد إذا رأى صاحب العمل أو المندوب أنها قابلة للتطبيق، أما إذا كان العقد لا يتضمن أي بنود مماثلة تنطبق على العمل الإضافي فعلى صاحب العمل والمقاول أن يتفقـًا علي تحديد الأسعار العادلة لذلك.

ثانيـًا: علي المقاول أن يرسل إلى المندوب مرة كل شهر بيانـًا يشرح فيه بصورة كاملة ومفصلة المعلومات الخاصة بجميع المطالبات المتعلقة بالنفقات الإضافية التي يرى المقاول أن له حقـًافيها، وبجميع الأعمال الإضافية التي أمر بها صاحب العمل وقام المقاول بتنفيذها خلال الشهر السابق.

المعدات والأعمال المؤقتة والمواد

المادة الخامسة والثلاثون:

أولاً: استعمال المعدات والمواد وغيرها في الأعمال

تعد المعدات والمواد التي قام المقاول بتقديمها – بعد جلبها للموقع – مخصصة كليـًا للصيانة والتشغيل والنظافة وحدها دون غيرها، ولا يحق للمقاول بدون موافقة خطية من المندوب أن ينقلها أو ينقل جزءاً منها من الموقع إلا إذا كان النقل من مكان إلي آخر في الموقع ذاته ولا يحق للمندوب الامتناع عن إعطاء الموافقة الخطية لغير سبب معقول.

ثانيـًا : نقل المعدات والمواد وغيرها

يجب علي المقاول بعد إنجاز الأعمال أن ينقل من الموقع جميع ما ذكر من المعدات المتبقية وكل المواد غير المستعملة التي قام بجلبها وتنظيف الموقع.

ثالثاً: عدم مسؤولية صاحب العمل عن العطل اللاحق بالمعدات وغيرها:

لا يكون صاحب العمل مسؤولا في أي وقت عن أي خسارة أو ضرر يلحق أياً من المعدات أو الأعمال المؤقتة أو المواد، فيما عدا ما نصت عليه المادة (الأربعون) من هذه الشروط.

المادة السادسة والثلاثون:

أولاً: كيفية الدفع

أ-يتم صرف استحقاقات المقاول وفق ما يتم إنجازه من عمل حسب المستخلصات المصدقة من مندوب صاحب العمل وبصفة دورية وبمعدل مستخلص واحد كل شهر علي الأقل.

ب-يؤجل صرف المستخلص أو المستخلصات الأخيرة التي يجب ألا تقل عن نسبة خمسة في المائة (5٪) من قيمة العقد أو قيمة الأعمال المنفذة حتى يتم تقديم شهادة من مصلحة الزكاة والدخل والمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية تفيد تسديد المقاول ما يستحق عليه من زكاة أو ضرائب أو تأمينات اجتماعية وتصفية عمالته.

ثانياً: عملة الدفع

مع مراعاة ما تقضي به الأنظمة والتعليمات، تكون جميع الدفعات بالعملة السعودية ما لم ينص في الشروط الخاصة علي عملة أخرى.

المادة السابعة والثلاثون: التسليم والتسلم

على المقاول قبل انتهاء مدة العقد بفترة كافية أن يعمل الترتيبات اللازمة لتسليم المرافق والمنشآت بكامل معداتها وأجهزتها، ثم يرسل إشعاراً خطيـًا بذلك إلي صاحب العمل الذي يحدد موعد المعاينة تمهيداً لإجراء التسلم، وعلى صاحب العمل أن يحدد موعد المعاينة خلال مدة معقولة من تاريخ إشعار المقاول له بذلك. وعند التسليم يقوم صاحب العمل أو من ينوب عنه بمعاينة المرافق والمنشآت وتسلمها بحضور المقاول أو مندوبه، ويُحَرِّر محضرا من عدة نسخ –حسب الحاجة– عن عملية التسلم ويعطِي المقاول نسخة منه، وإذا كان التسلم قد تم بدون حضور المقاول رغم إخطاره بخطاب مسجل –يثبت الغياب في المحضر. وإذا ظهر من المعاينة أن هناك ملاحظات تمنع من التسلم، فيثبت ذلك في المحضر ويؤجل التسلم للأعمال محل الملاحظة لحين إتمام تنفيذها أو إصلاحها وفقـًا للمدة التي يحددها صاحب العمل.

سحب العمل من المقاول

المادة الثامنة والثلاثون: سحب العمل من المقاول

مع عدم الإخلال بما تقضي به الأنظمة الأخرى ذات العلاقة، يجوز لصاحب العمل القيام بسحب العمل من المقاول ووضع اليد على الموقع في أي حالة من الحالات الآتية:

أ-إذا تأخر المقاول عن البدء في العمل، أو أظهر تقصيراً في أدائه، أو بطئاً في سيره، أو وقفه كلياً لدرجة يرى معها صاحب العمل أنه لا يمكن إتمام العمل طبقاً لقائمة الأعمال.

ب-إذا انسحب المقاول من العمل، أو تخلى عنه، أو تركه، أو تعاقد لتنفيذه من الباطن دون إذن مسبق من صاحب العمل.

ج- إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد، أو امتنع عن تنفيذ أي من التزاماته التعاقدية، ولم يصلح ذلك رغم انقضاء خمسة عشر يوماً علي إخطاره كتابة بإجراء هذا الإصلاح.

د- إذا قام المقاول بالذات أو بالوساطة بإعطاء أي هدية، أو سلفة، أو مكافأة، أو وعد بها لأي من موظفي الحكومة أو مستخدميها أو لأي شخص آخر له علاقة بالعمل موضع العقد.

هـ- إذا أفلس المقاول، أو طلب شهر إفلاسه، أو ثبت إعساره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، أو كان المقاول شركة أو عضواً في شركة وجرت تصفيتها قضائياً أو حلها.

ويكون سحب العمل من المقاول بإخطار كتابي مبني على توصية من لجنة فحص العروض وقرار من صاحب الصلاحية دون حاجة لاتخاذ أي إجراءات قضائية أو خلافها.

المادة التاسعة والثلاثون: آثار سحب العمل

أولاً:في حالة سحب العمل من المقاول يكون لصاحب العمل – حسب تقديره– أن يلجأ إلى أحد الإجراءات الآتية:

1. أن يتفق مع صاحب العطاء الذي يلي عطاء المقاول على تنفيذ العمل بنفس الأسعار المقدمة منه، وفي حالة عدم موافقته يتم مفاوضة أصحاب العروض الأخرى للقيام بذلك.
2. أن يطرح في المنافسة من جديد الأعمال والخدمات المطلوبة، ويكون ذلك في جميع الحالات على نفقة المقاول.

ثانيـًا: يحق لصاحب العمل إذا توافرت إحدى الحالتـين المنصوص عليهـما في الفقرتين (1،2) من البند (أولاً) من هذه المادة أن يحجز المواد والمعدات والآلات الموجودة في الموقع، كما يجوز له أن يرجع على المقاول بجميع ما تكبده من خسائر أو أضرار.

ثالثـًا: بعد تسوية حساب المقاول مع صاحب العمل يحق للمقاول نقل معداته وآلاته والمواد العائدة له من الموقع.

المادة الأربعون : المخاطر الخاصة

يقصد بالمخاطر الخاصة؛ الحرب وأعمال الغزو من قوات معادية والأعمال العسكرية وما شابهها.

ولا يكون المقاول مسؤولاً بالتعويض أو غيره عن أي تخريب أو تدمير للأعمال، أو الأعمال المؤقتة، أو ممتلكات صاحب العمل، أو أي شخص ثالث، أو أي عطل وضرر يلحق بالأرواح إذا كان هذا التخريب أو التدمير أو العطل والضرر ناشئًا عن المخاطر الخاصة.

وفيما عدا ما يكون خاضعًا للإزالة والرفض، يكون للمقاول الحق بأن يدفع له صاحب العمل قيمة الأعمال أو الأعمال المؤقتة أو المواد الموجودة متى ثبت تخصيصها للعمل إذا أصابها تخريب أو تدمير ناشئ عن المخاطر الخاصة، سواء كانت في موقع العمل أو بقربه أو في الطريق إليه، كما يكون للمقاول الحق بأن يدفع له صاحب العمل التكاليف اللازمة لإعادة تصليح الأعمال أو الأعمال المؤقتة إلى الحد الذي يعده مندوب صاحب العمل ضروريًا وذلك على أساس سعر التكلفة مضافًا إليه مقدار الربح المعقول كما يحدده المندوب. كما أن أي خراب أو ضرر أو خسارة في الأرواح يحدث نتيجة لانفجار أو ضغط في أي مكان أو زمان بسبب لغم أو قنبلة أو ذخيرة أو متفجرات أو أي مواد حربية يعد ناشئًا عن المخاطر الخاصة ويطبق عليه حكمها كما هو منصوص عليه في هذه المادة، ما لم يكن ناشئًا عن فعل أو إهمال المقاول أو مقاوليه الفرعيين أو مستخدميهم

.

وإذا نشبت الحرب أثناء سريان هذا العقد فإن على المقاول أن يقوم باتخاذ جميع التدابير الممكنة والجهود لإتمام الأعمال، على أن يراعى دائما أن لصاحب العمل الحق في كل وقت بعد نشوب الحرب في إنهاء العقد بموجب خطاب كتابي للمقاول، وعند إعطاء هذا الإخطار يصبح العقد منتهياً عدا ما يختص بحقوق الطرفين التي تنص عليها هذه المادة وكذلك المادة (التاسعة والثلاثون) من هذه الشروط، وحقوقهما المتعلقة بأي مخالفة سابقة لإنهاء العقد.

المادة الحادية والأربعون:

في حالة إنهاء العقد بسبب نشوب الحرب على النحو المبين آنفاً، يجب على صاحب العمل أن يدفع للمقاول جميع الحقوق المستحقة له عن الأعمال التي قام بتنفيذها بالإضافة إلى قيمة المواد والبضائع التي تم توريدها إلى الموقع، وذلك بعد خصم المبالغ المتبقية له في ذمة المقاول من رصيد الدفعات المقدمة والمسددة إليه، أو أي مبلغ آخر جرى تسديده للمقاول على حساب تنفيذ العمل.

المادة الثانية والأربعون: تسوية الخلافات

كل خلاف ينشأ بين الطرفين ويتعذر حله ودياً يحال إلى ديوان المظالم في المملكة، وفي جميع الأحوال فإن الخلاف الحاصل لا يحول دون التزام الطرفين بالاستمرار في تنفيذ أعمال العقد.

تقصير صاحب العمل

المادة الثالثة والأربعون:

على صاحب العمل أن ينفذ شروط العقد بحسن نية وأن يدفع للمقاول الأقساط المستحقة دون تأخير، وإذا أخل صاحب العمل بأي شرط من شروط العقد أو قصر عن الدفع في الميعاد المحدد، فيحق للمقاول أن يطالب بالتعويض عن الخسائر المترتبة على هذا التقصير أو ذلك الإخلال، ولا يجوز للمقاول أن يوقف العمل استناداً إلى تأخر صاحب العمل في الدفع بسبب أي خطأ ينسب إلي المقاول، ويعد المقاول متنازلاً عن أي تعويض لا يطالب به خلال ثلاثين يومـاً من حدوث الواقعة التي يطالب على أساسها بالتعويض.

الضرائب والرسوم

المادة الرابعة والأربعون:

يخضع المقاول لأنظمة المملكة المتعلقة بالضرائب والرسوم، ويجب عليه وتحت مسؤوليته أن يقوم بتسديدها في آجالها المحددة ومقاديرها المستحقة للجهة صاحبة الاختصاص.

وفي حالة تعديل الضرائب والرسوم في المملكة بالزيادة أو النقص بعد تاريخ تقديم العطاء فتزداد قيمة العقد أو تنقص حسب الأحوال بمقدار الفرق، على أنه يشترط لدفع الفرق الناتج عن زيادة الرسوم الجمركية، أن يثبت المقاول أنه قام بدفع الفرق الزائد من الرسوم نتيجة لتوريده مواد

مخصصة لأعمال العقد بعد تعديل الرسوم بالزيادة، وأن يثبت أن هذا الفرق لم يعوض نتيجة لتعديل الأسعار طبقـًا لهذه المادة.

أنظمة وأحكام الاستيراد

المادة الخامسة والأربعون:

يقر الطرف الثاني بعلمه بأن أنظمة وأحكام الاستيراد والجمارك في المملكة هي التي يجري تطبيقها على توريد وشحن أي منتجات أو أجزاء منها إلي المملكة أو منها بما في ذلك الأحكام المتعلقة بحظر الاستيراد.

الإشعارات

المادة السادسة والأربعون: تبليغ الإشعارات

يتم تبادل الإشعارات والإخطارات المتعلقة بهذا العقد إما بتسليمها باليد مقابل إيصال أو بالبريد الرسمي أو المسجل أو بالفاكس أو برقيـًا بطريق التلكس، وتعد منتجة لآثارها إذا بلّغت بالطريقة المذكورة إلى أي من العناوين الآتية في المملكة:

بالنســـبة لصـــاحب العمـــل.....

بالنســـــبةللمقـــــاول.....

ويجوز تغيير العنوان بإشعار الطرف الآخر قبل ثلاثين يومـًا من تغييره

.

المادة السابعة والأربعون:

لا يحق للمقاول شطب سجله التجاري حتى يتم الوفاء بكامل التزاماته.

المادة الثامنة والأربعون: التصوير

يلتزم المقاول وجميع منسوبيه ومقاوليه من الباطن بعدم أخذ أي صور للمرافق والمنشآت أو أي جزء منها بغير موافقة صاحب العمل الخطية مسبقـًا، كما يلتزم المقاول بعدم استخدام أي صور للمرافق والمنشآت أو أي جزء منها لأغراض الدعاية بغير موافقة صاحب العمل مسبقـًا.

المادة التاسعة والأربعون: السرية

يلتزم المقاول وجميع منسوبيه ومقاوليه من الباطن بعدم إفشاء أو استغلال الإفصاح عن أي بيانات أو رسومات أو وثائق أو معلومات سواء كانت تحريرية أو شفوية، ويسري ذلك على ما هو بحوزته أو ما يكون قد اطلع عليه لعلاقته بالعقد أو بالعمل وأسرار وتعاملات وصفقات أو شؤون صاحب العمل – إلى أي شخص أو جهة، ويسري هذا التزام أثناء تنفيذ العقد أو بعد إنهائه من قبل صاحب العمل أو بعد انتهاء مدته.

**أهم الشروط التي تضمنها المثال التطبيقي 1.**

يتضمن هذا العقد الذي أوردناه هاهنا، مجموعة من الضوابط والشروط المبرمة بين صاحب العمل والجهة المشغلة، وهي عينة من

الشروط التي تتضمنها عقود التشغيل في الغالب مع تفاوت بين العقود المبرمة.[1]

وهذه الضوابط التي سنوردها تباعا، تحتاج بدورها إلى دراسة فقهية مستفيضة، وذلك بإعمال منهج المقارنة والتأصيل،من خلال عرضها على الأحكام الشرعية وبيان الجائز منها شرعا،والموافق للقواعد الشرعية المعتبرة،وهذه أهم الشروط المستخلصة من العقد.

- التنازل عن العقد بضوابط واردة في العقد.
- التزام المقاول بتشغيل الأجهزة والمعدات وفقا للمواصفات والشروط.
- التزام الجهة المشغلة بالإدارة اليومية للأعمال والمنشآت.
- حتمية الصيانة العلاجية والوقائية للمعدات والأجهزة التي يوظفها المقاول.
- عدم جواز التنازل للغير بأكثر من 6 ٪.
- الضمان النهائي ويحدد مقداره ب 5٪.
- الشروع في العمل بعد تسلم الموقع، وضرورة توقيع محضر التسليم.

---

[1] نفس الشروط نجدها في هذا العقد كذلك بتفاوت/ دليل مستندات الطرح لأعمال التشغيل والصيانة لمحطة معالجة مياه الصرف الصحي،مشروع دعم قطاع مياه الشرب ولصرف الصحي ممول من الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية يناير 211 شركة كيمونيكس إنتر ناشيونال: m-2011 .01.81 (ملحق بآخر البحث).

- التزامات المقاول والمتمثلة في (شراء المنتجات الوطنية، حماية البيئة من خلال مراعاة النظم والوثائق المعمول بها).
- شراء الأدوات والمعدات الميسرة والمعينة على تنفيد العقد.
- تقديم بوليصة التأمين إلى الجهة الحكومية، عند إبرام عقد تتجاوز قيمته المادية 5 ملايين ريال سعودي .
- من مسؤولية المقاول تقديم الأجهزة المعينة على الخدمة، وتحمل جميع الأضرار التي تلحق الأشخاص والممتلكات .
- إرسال الإشعارات إلى الجهات المعنية ودفع الرسوم الواجبة والغرامات عند الإخلال بالمقتضيات الموجبة لها.
- الأشياء والممتلكات ذات القيمة الأثرية والجيولوجية المكتشفة هي ملك لصالح صاحب العمل ولا يحق التصرف بها بحال من الأحوال.
- لصاحب العمل حق براءة الإختراع وحق التملك عند الإقتضاء.
- إضرار المقاول بالممتلكات المجاورة ومنع استعمال المرفق العام.
- إخلاء الموقع بعد إنجاز الأعمال مع الإعتناء بالعمال وتوفير السكن الصحي وتأمين وسائل النقل ومستلزمات الرعاية الصحية.
- إيقاف العمل اضطررا لا يكون إلا بعد إخبار كتابي من صاحب العمل.
- غرامة التقصير لايجوز أن تزيد عن 10٪ من قيمة العقد.

- كل خطأ أو تقصير أو سوء استعمال للمواد المستعملة يتحمله المقاول.
- في حال وقوع المخاطر الخاصة (الحرب أو أعمال الشغب أو غيرها... ) يتوقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الطارئ.
- إلتزام المقاول وجميع معاونية ومساعديه ومقاوليه من الباطن بعدم إفشاء أو استغلال أو الإفصاح عن البيانات أو غيرها.
- التعاقد من الباطن وفق شروط مقعدة وملعومة.

## أهم الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية المستنبطة من الشروط

### المسألة الأولى: اشتراط بوليصة التأمين في عقود التشغيل

في كل عقود التشغيل التي تبرمها الجهات الإدارية وشركات التشغيل نجد أن هذه العقود لا تخلوا من العبارة الآتية، أو ما يقاربها حكما ومضمونا أو حتى إيماء وتصريحا، بحيث نجد في العقد ما يلي: "يلتزم المقاول عند توقيع أي عقد تزيد قيمته على خمسة ملايين **ريال** سعودي بأن يقدم إلى الجهة الحكومية بوليصة التأمين اللازمة من قبل أي شركة وطنية للتأمين التعاوني – تفيد قيامه بالتأمين على معداته وأجهزته التي

سوف يستخدمها في تنفيذ أعمال وخدمات العقد- وعلى عماله ومستخدميه أثناء مدة العقد وحتى تسليم المرافق والمنشآت" [1].

ومن مقتضيات الإلمام بعقد التشغيل واستكناه أوصافه ومعالمه، حتمية معرفة بوليصة التأمين من حيث المقصود بها عند الإطلاق، وأهم صورها والأحكام الشرعية المتعلقة بها، وكذلك التفريعات الخاصة بها ومشتملاتها كذلك عند الإيراد؛ وشرط البوليصة حسب ماهو وراد في عقود التشغيل"ينطبق على المشاريع الكبيرة التي يلتزم بها المشغل عد توقيع أي عقد تزيد قيمته على خمسة ملايين ريال، بأن يقدم إلى الجهة الحكومية بوليصة التأمين اللازمة من قبل أي شركة وطنية للتأمين".[2]

**حقيقة بوليصة التأمين**

مصطلح البوليصة من الألفاظ الرائجة في المعاملات المالية والاقتصادية المعاصرة، وكثيرا ما يتم تداوله في عقود الأشغال العامة و عقود الامتياز وكذلك عقود التأمين العامة والخاصة على التحديد؛ وبالرجوع إلى القواميس العربية الأصيلة والأثيلة لا نكاد نجدا ذكرا لهذا

---

[1] مقتطف من عقد التشغيل الذي أبرمته جهة حكومية في المملكة العربية السعودية لمزيد من التوسع ينظر الملحق المتضمن للعقود في أخر هذا البحث.

[2] ينظر: نظرية عقود الصيانة (529/2).

اللفظ بهذه الصورة تحديدا فهو إذا من الألفاظ التي تروج وتتدوال في مؤلفات الاقتصاد الوضعي.

فلفظ البوليصة إذا ليس بأصل عربي، بل هو كلمة إفرنجية دخيلة ويقابلها باللغة الإنجلزية (policy)، وباللغة الإيطالية (polizza)، ومن دلالات هذا اللفظ عند الإطلاق والذكر،الإشارة إلى معاني الوصل والوثيقة والسند وسفتجة.[1]

إن مدلولات مصطلح البوليصة توحي إلى عنصر التأمين والأمن، مما يستلزم معه الوقوف عند حقيقة التأمين من حيث تعريفه وصوره وحكمه الشرعي.

**التأمين في اللغة :**

[1] ينظر: تكملة المعاجم العربية من تاليف المستشرق رينهارت دوري، الجمهورية العراقية وزارة الثقافة والإعلام دار الرشيد للنشر طبعة سنة 1980، (491/1) مادة بوليصة، معجم اللغة العربية المعاصرة تاليف الدكتور أحمد مختار عبد الحميد عمر،عالم الكتب الطبعة الأولى 1429هـ 2008 م/ مادة بوليصة.

في قواميس اللغة وردت كلمة (أمن) ومصدرها التأمين على الدعاء، ومن أبرز مشتقات هذا الأصل، الأمن والأمان،[1]وهو ضد الخوف، الأمانة وهي ضد الخيانة، من مشتقاته كذلك الأمان، أي إعطاء الأمنة أي الأمن.[2]

ومن هذا الاشتقاق الأخير أشتق لفظ التأمين، فقد ورد في المعجم الوسيط: "وأمن على الشيء دفع مالا منجما، لينال هو وورثته قدرا من المال المتفق عليه، أو تعويضا متفقا عليه أو تعويضا عما فقده، يقال أمن على حياته، أو على داره أو سيارته.[3]

**التأمين في المدلول الإصطلاحي و القانوني:**

يعرف التأمين اصطلاحا بأنه: "تعاون منظم تنظيما دقيقا بين كبير من الناس معرضين جميعا لخطر واحد، إذا تحقق الخطر،بالنسبة إلى بعضهم، تعاون الجميع على مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضرارا جسيمة تحيق بمن نزل الخطر بهم منهم لولا هذا التعاون[4].

---

[1] ينظر: معجم مقاييس اللغة (133/1) مادة أمن.

[2] ينظر: معجم مقاييس اللغة (133/1) مادة أمن.

[3] ينظر: المعجم الوسيط 27،28

[4] الوسيط السنهوري عبدالرزاق، م (7/2).

ويعرف التأمين كذلك بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه أن يؤدى إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيردا مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن."[1]

ويعرف المشرع المغربي التأمين والعمليات التأمينية بأنها "كل العمليات المتعلقة بتغطية أخطار تخص شخصا أو مالا أو مسؤولية، وتترتب هذه العمليات حسب أصناف تحدد قائمتها بنص تنظيمي".[2]

والتعريف المختار للتأمين الجامع بين الفنية والنوعية والتطبيق هو اعتباره "نظاما ماليا يلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ مالي أو مرتب، أو أي عوض آخر للمستفيد عند وقوع الحادث المرغوب فيه،أو غير المرغوب

---

[1] ينظر: القانون المدني لجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الأمانة العامة رمضان 1395 هـ الموافق 1975م الفصل الثالث، عقد التأمين القسم الأول أحكام عامة المادة رقم 619،ص102.

[2] ينظر:أحكام عقد التأمين وأنواعه، (ص: 33) الدكتورة كلثومة موباريك، مطبعة قرطة حي السلام أكادير ، سلسلة محاضرات لطلبة كلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة ابن زهر أكادير المملكة المغربية.

فيه، مدة معينة مقابل دفع المستأمن قسط التأمين بصفة دورية أو دفعة واحدة"[1]

وينقسم التأمين في القانون الوضعي من حيث أنواعه إلى أصناف ثلاثة،كما مايلي:

الصنف الأول: التأمين الاجتماعي الذي تقوم به الدولة.[2]

الصنف الثاني:التأمين الاجتماعي الذي تقوم به الجمعيات الخاصة، وتسمى بالجمعيات التأمينية التعاونية.

الصنف الثالث:التأمين بقسط ثابت كالذي تقوم به شركة التأمين.[3]

يتبين مما سبق إذا أن عقد التأمين يحيل إلى"وجود علاقة قانونية عبارة عن عقد تتعاقد فيه شركة التأمين،مع شخص معين ضد حادث معين يحصل للمؤمن له في المستقبل سواء كان المؤمن عليه حياته أو أمواله من

---

[1] ينظر التأمين الإجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية (ص 35) تأليف عبد اللطيف محمود أل محمود مطبعة دار النفائس الطبعة الأولى 1414هـ 1994م.

[2] ينظر لمزيد من التوسع التأمين الإجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية.

[3] ينظر: موقف الشريعة الإسلامية من البنوك وصندوق التوفير وشهادات الإستثمار 190/أ، د مضان حافظ عبد الرحمن دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1425هـ 2005م.

عقارات أو منقولات بأنه إذا أصيب في نفسه بموت أو في ماله بتلف عن حريق أو غرق أو تلف فإن شركة التأمين تدفع للمؤمن مبلغا من المال تعويضا عن هذه الحوادث على أن يدفع المؤمن له قسطا شهريا معلوما، فإذا لم يحصل الحادث المتوقع إستمر في الدفع وإن حصل الحادث أخد العوض".[1]

فحاصل ما تقدم من التعاريف السالفة أن التأمين وبخاصة التأمين التجاري، الذي نحن بصدد دراسته له جملة من الخصائص القانونية، فهو ملزم للجانبين وهو عقد من عقود المعاوضة، ومن العقود الاحتمالية والزمنية، ومن عقود الإذعان،وحسن النية، وليس من خصائصه إطلاقا أن يكون وسيلة للتعاون،بل إن من خصائص التأمين أنه عقد مالي وليس ذا طبيعة خيرية إحسانية، ملزم لأطرافه بالدخول فيه، وهو كذلك من العقود الاحتمالية، و الإلزامية.[2]

**التأمين في الفقه الإسلامي:**

---

[1] ينظر: موقف الشريعة الإسلامية من البنوك وصندوق التوفير وشهاداث الإستثمار (ص 194).

[2] ينظر: التأمين على ضوء الشريعة الإسلامية (ص: 54).

من أول ما يلحظه الباحث عن حكم التأمين في ثنايا كتب الفقه الإسلامي، أن الفقهاء لم يتكلموا عن عقد بهذا الإسم، أي عقد التأمين بالمعنى المراد به الآن عند الإطلاق، ولكن مع تدقيق النظر وتمحيصه في عقد التأمين، وبخاصة التأمين التجاري كما تجريه المؤسسات المالية؛ يظهر أن هذا العقد المستحدث ليس إلا صورة من صور القمار المحرم المؤدي إلى الربا والجهالة والغرر، وأكل أموال الناس بالباطل وغيرها من علل التحريم الواردة فيه.

ويرى بعض الباحثين المعاصرين أن الفقه الإسلامي في باب المعاملات المالية،"عرف بعضا من أنواع العقود التي تعطي الطمأنينة لأحد الأفراد في العقد عندما يخشى على أمواله لدى الطرف الآخر، وهذه العقود هي الرهن والضمان الشامل للكفالة والحمالة"[1].

لكن الظاهر من هذا الكلام مجانبته للصواب، وهو محاولة لتخريج هذا العقد على أصول الكفالة والضمان الشامل، ولاشك أن الاطلاع على هذه الأصول المعروفة في باب المعاملات ينبئ عن وجود تغاير وفرق واضح بين التأمين وبين هذه العقود المعروفة في فقه المعاملات المالية؛

[1] ينظر: التأمين الاجتماعي على ضوء الشريعة الإسلامية (ص: 37).

وإذا كان الرهن والضمان الشامل والكفالة والمضاربة، عقود أصيلة تشترك في كونها تعطي الأمان لعاقدها فإن هذا لا يبيح إطلاقا جواز التأمين بناء على اشتراك في وصف واحد، فبعد تنقيح المناط في مجمل صور التأمين وبخاصة التجاري، يظهر أنه ليس إلا ضربا من أضرب القمار المعروفة والتي بسط فيها الفقهاء الكلام تفصيلا وحذروا من إتيانها تحذيرا.

إن قضية ضمان الأموال التي ترنوا إليها النفس البشرية إما أن يكون بطرق الكفالة، أو بطرق التعدي أو الإتلاف، "فالتأمين من الحريق ليس كفالة قطعا، ولا هو بضمان تعد، ولا ضمان إتلاف، وليس بعقد مضاربة، لأن عقد المضاربة، يلزم أن يكون فيه المال من جانب رب العمل والمال من جانب المضارب، والربح على ما شرط وأهل الشركة (شركة التأمين) إنما يأخدون المبالغ، التي يأخدونها في نظير ضمان ما عساه أن يلحق المال المؤمن عليه من الضرر، وتارة هذا الضرر يقع وتارة لايقع؛ فيكون هذا العمل قمارا معنى يحْرُم الإقدامُ عليه شرعا"[1]

[1] ينظر: الوسيط للسنهوري (1088/7).

وسعيا إلى القول بجواز التأمين ذهب كذلك بعض الباحثين إلى استصحاب الحِلّ، واعتبار أن الأصل في العقود الحل والإباحة[1] يقول الدكتور السنهوري: "وممن يفتون بتحليل التأمين الأستاذ مصطفى الزرقا فعنده أن الأصل في العقود الإباحة،ولم توجب حصر الناس في العقود المعروفة قبلا، ولم تمنعهم من أي عقد جديد تدعوهم حاجتهم الزمنية إليه، إذا كان غير مخالف لنظام التعاقد الشرعي وشرائطه العامة؛ ثم يشبه التأمين بعقد الموالاة وضمان خطر الطريق والوعد الملزم ونظام العواقل في الإسلام".[2]

إن القول بجواز التأمين يخالف القواعد العامة المعتبرة في العقود المالية، إضافة إلى وجود شبه كثيرة تتعلق بهذا القول على إطلاقه، وإن الأخذبالأحوط يرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المعاصرين، وهو عدم جواز التأمين التجاري معللين هذا التحريم بمجموعة من الأسباب

---

[1] خصصنا مبحثا هام ف هذا البحث " لقاعدة الأصل في العقود الإباحة أم الحظر" وقد فصلنا القول فيها تفصيلا وأوردنا فيها جملة من أقوال العلماء سواء المانعون او المجيزون والرأي الراجح ..

[2] ينظر: الوسيط (1088/7).

سنبسطها في حينها، وهذا ما تقرر عند هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية[1]، ومجمع الفقه الإسلامي[2] في شأن موضوع التأمين.

**أدلة وعلل تحريم التأمين التجاري[3]**

إذا كان الحكم المتفق عليه بين أغلب الفقهاء المعاصرين بعد التدقيق والتمحيص، هو حرمة التأمين التجاري وعدم جوازه، فإن هذا الحكم ليس أهوائيا أو عاطفيا مبنيا على أصول واهية وعلل بالية، ولكن هذا الحكم الفقهي له جملة من البواعث والمقتضيات والعلل التي استلزمت القول بالتحريم والحظر، وبيان ذلك فيما يلي:

أولا: عقد التأمين من التجاري من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش؛ لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد القدْرَ الذي سيأخد والقدرَ الذي سيعطي، فقد يدفع قسطا أو قسطين ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن، وفي الحالة

---

[1] ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، إصدار رئاسة إدارة البحوث والإفتاء السعودية، طبعة سنة 1422هـ (4/314_315).

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامّي، التابعة للمؤتمر الإسلامي في الدورة الثانية بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406هـ /22-28 ديسمبر 1985م، قرار رقم 2 بشأن التأمين وإعادة التأمين.

[3] منقول بنصرف يسير من نظرية عقود الصيانة الجزء الثاني، (ص: 530).

الثانية قد لا تقع الكارثة أصلا فيكون ملزما بدفع جميع الأقساط ولن ينال منها شيئا، وكذلك المؤمن له لا يستطيع أن يحدد ما يعطي ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده، وقد ورد في الحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي عن الغرر.

ثانيا: عقد التأمين التجاري نوع من أنواع المقامرة وضرب من أضربها، بحيث توجد مخاطرة مالية، وكذا الغرم بلا جناية ومن الغنم بلا مقابل، فإن المستأمن قد يدفع قسطا من التأمين ثم يقع الحادث فيغرم المؤمن كل مبلغ التأمين، وقد لا يقع الخطر ومع ذلك يغنم المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل، وإذا استحكمت فيه الجهالة كان قمارا ودخل في عموم النهي الوارد في الآية الكريمة: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[1].

ثالثا: ومن العلل القادحة في التأمين التجاري، كونه مشتملا على ربا الفضل والنسأ، ذلك أن الشركة إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا الفضل، والمؤمن يدفع ذلك بعد مدة

---

[1] سورة المائدة، الآية 90.

من العقد فيكون ربا نسأ، وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا نسأ فقط، وكلاهما محرم بالنص والإجماع.

رابعا: عقد التأمين التجاري من الرهان المحرم، لأن كلاهما منهما فيه جهالة وغرر إضافة إلى المقامرة، كما أن عقد التأمين التجاري فيه أخذ مال الغير بلا مقابل، وأخذ بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم؛ لدخوله في عموم النهي في قول الله تعالى:﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَآمَنُوا لَاتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.[1]

وحاصل الكلام أن التأمين التجاري محرم شرعا، ولا يجوز التعامل به لما تضمنه من علل مؤدية إلى المنع تقدح فيه، فهو أقرب إلى القمار منه إلى المضاربة والكفالة، وإذا كان لابد من اشتراط التأمين، فالأولى أن يتم التعامل بالتأمين التعاوني والتكافلي أو التبادلي[2]، خروجا بذلك من دائرة

---

[1] سورة النساء الآية 29.

[2] التأمين ليس على درجة واحدة فهناك أنواع متعددة ، والنوع الذي يطابق أحكام الشريعة الإسلامية حسب الخلاصات العلمية والتخريجات الشرعية للعلماء المعاصرين فردای ومؤسسات، هو التأمين التعاوني وهو ذلك" التأمين الذي تقوم به مجموعة من الأفراد بدور المستأمن والمؤمن، فيتفقون على تعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين والمسؤولية فيه غير محددة وهو على نوعين" ينظر التأمين الإجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية (ص: 26) .

الحرام والمحظور، و أخذا بالأحوط في المعاملة المالية، لأنه هو الحكم الموافق لعموم قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها المباركة.

**المسألة الرابعة: التنازل عن العقد**

من بين المواد التي تتضمنها عقود التشغيل بصفة خاصة وعقود الامتياز بصفة عامة، التنصيص على الأحكام المتعلقة بالتنازل عن العقد لصالح طرف ما، وغالبا ما يقع خلط كبير وتوهم فادح عند بعض الدراسين لهذه العقود، فيخالون التنازل عن العقد هو نفسه وعينه التعاقد من الباطن؛ ولكن في الحقيقة هما أمران مختلفان تماما، سواء من حيث حقيقتهما أو من حيث الأحكام والشروط المتعلقة بكل منهما.

وقد أفرد أحد الباحثين المعاصرين فرعا بحثيا أبرز فيه بجلاء هذه الفروق بين الشرطين مبينا أن هنالك "فرق بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، ففي التنازل عن العقد نجد أن هناك تنازلا عن الصفة التعاقدية أو المركز العقدي في رابطة عقدية موجودة من قبل، بحيث أن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في الرابطة العقدية الموجودة، ويترتب على التنازل عن العقد أن تنشأ علاقة مباشرة

ومتبادلة فيما بين المتنازل لديه والمتنازل له ويكيف الفقه هذا الرأي بالقول أنه للحق وحوالة للدين في أن واحد"[1].

وقد أشرنا في السابق من صفحات هذا البحث، إلى شرط التعاقد من الباطن كمادة من المواد التي لا تخلوا منها عقود التشغيل؛ وقد أبرزنا بجلاء أهم الأحكام والشروط المتعلقة به، ليتبقى لنا الآن الإشارة المستفيضة والدراسة الوافية للتنازل عن العقد متوسّلين لذلك بالأسئلة الآتية، ما هو تعريف التنازل عن العقد وماهي شروطه وأحكامه و ماهي أهم الأمور المتعلقة به.

قبل أن نشرع في الإجابة عن الأسئلة التي صدرنا بها هذا الفرع البحثي، نورد هاهنا نموذجا لمادة التنازل عن العقد مقتبسة من عقد التشغيل بغية وضوح صورة هذه المادة، وفي ضوئها يتم بسط الكلام تفصيلا وشرحا وتخريجا.

ورد في عقد التشغيل[1] تحت عنوان مادة التنازل للغير، مايلي:

---

[1] التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، تأليف د إسماعيل المحاقري مجلة البحوث القضائية المحكمة العليا، المكتب الفني، صنعاء الجمهورية اليمنية العدد السابع لعام 2007م، 168.

- (لا يحق للمقاول أن يتنازل عن العقد للغير أو عن أي جزء منه أو عن أي ربح أو أي مصلحه تنشأ عنه أو تترتب عليه، بدون الحصول على موافقة خطيه مسبقة من صاحب العمل، ويظل المقاول مسؤولاً أمام صاحب العمل بالتضامن مع المتنازل إليه).

- (يجب أن يكون المتنازل إليه مختصـًا ومصنفـًا تصنيفـًا معتمداً في نفس الدرجة المغطية لالتزامه بالأعمال المتعاقد عليها).

**حقيقة التنازل للغير وشروطه**

تعددت التعاريف المتعلقة بالتنازل عن العقد، ومن أهمها قولهم: "هو تصرف قانوني بموجبه يحل المقاول المتعاقد مقاولا آخر غيره يحل محله في تنفيذ العقد بكامله، أي استبدال المقاول الأصلي بمتعاقد آخر

---

(1) نموذج عقد للتشغيل ونظافة صيانة الطرق، المملكة العربية السعودية وزارة المالية رقم 229/حسب ما تضمنه قرار مجلس الوزراء الموقر، رقم 87 وتاريخ (1425/3/14)هـ، وزارة المالية رقم 25517/42 وتاريخ 1428/3/28هـ. دليل مستندات الطرح لأعمال التشغيل والصيانة لمحطة معالجة مياه الصرف الصحي، مشروع دعم قطاع مياه الشرب ولصرف الصحي ممول من الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية يناير 211 شركة كيمونيكس إنتر ناشيونال: 01.81. 2011-m.

يصبح مسؤولا عن تنفيد العقد، مما يجعلنا أمام متعاقد جديد وعقد جديد".[1]

ومقتضى التنازل عن العقد هو حلول طرف جديد محل المتعاقد الأصلي، وغالبا ما يكون هذا التخلي من المتعاقد الأول لسبب من الأسباب المانعة التي تحول دون استكماله لمستلزمات العقد، فتنتقل سائر الالتزامات وكافة الحقوق المتولدة عن المتعاقدين إلى المتعاقد الجديد المتنازل له.[2]

ولأجل تقريب هذا التعريف نورد مثالا ملموسا بغية وضوح صورة التنازل الكلي عن العقد؛ فإذا كان محل العقد مثلا هو "المقاولة لأجل بناء عمارة، فإن الإدارة تتعاقد مع مقاول من أجل القيام بالأعمال الصحية، ومع مقاول ثان للقيام بأعمال التدفئة والتبريد، ومع ثالث للقيام بأعمال النجارة وهكذا، وهذا ما يطلق عليه المقاولة المشتركة،بحيث إنه يوجد في هذه الصورة تعدد المتعاقدين والمقاولين ولكن ليس من الباطن، وإنما

---

[1] ينظر: أثار عقد الأشغال العامة عل طرفيه في التشريع الجزائري، إعداد ابن شعبان دراسة مقارنة (ص 229) رسالة دكتوراه غير منشورة جامعة منتوري قسطنطينة الجزائر.

[2] ينظر: النظام القانوني لعقد التوريد الإداري دراسة مقارنة (ص 269) غانم هاني عبد الرحمن إسماعيل، رسالة دكتوراه غر منشورة سنة 2012جامعة الإسكندرية جمهورية مصر العربية.

تعدد مقاولين أصليين يلتزمون بتنفيد العمل سوية، كل مقاول يعتبر طرفا في عقد مستقل عن العقود المبرمة الأخرى مع الإدارة مع صاحب العمل، ولا يعد أي منهم مسؤولا تجاه الإدارة إلا بقدر الأعمال المعهودة إليه، ويتم اللجوء إلى هذا النظام من قبل الإدارة إما لرغبتها في تشغيل أكبر عدد من المقاولين أصحاب الكفاءة والخبرة المهنية، أو لغرض تنفيذ العمل على مراحل، وبالنظر إلى تعدد الملتزمين في هذه العقود، فإنهم يعينون أحدهم لتمثيلهم في علاقاتهم مع الإدارة، وهذا ما يعرف بالمقاول الرئيس.[1]

لكي يكون التنازل عن العقد صحيحا، لابد من مجموعة من الشروط[2]،وهي إما شروط عامة أو خاصة، وتقريب ذلك كالآتي:

الشرط الأول: ألا يكون العقد من عقود الاعتبار الشخصي[1]: بحيث يشترط لصحة التنازل ألا تكون شخصية المتنازل محل اعتبار في العقد، فإذا كانت كذلك فإنه لا يصح التنازل إلا بموافقة الإدارة.

---

[1] ينظر: الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دراسة مقارنة إعداد الباحث المفرجي كنعان محمد محمود (ص 119) الطبعة الأولى الإسكندرية دار الفكر الجامعي.

[2] منقول بتصرف يسير من بحث بعنوان: التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة في فلسطين دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، إعداد أحمد محمد أحمد أبو موسى رسالة جامعية غير مطبوعة ذي الحجة أغسطس2017. الجامعة الإسلامية جامعة غزة كلية الشريعة والقانون.ماجستير قانون عام.

الشرط الثاني: وهو عدم تنفيذ العقد وهذا شرط بديهي لصحة التنازل، أن لا يكون قد نفذ، لأنه إذا نفد انتهت المسألة ولم يبقى الحديث عن التنازل ذا جدوى أو فائدة تذكر.

**المسألة الخامسة: دفع أجرة مقدمة بنسبة 10 ٪ بالمئة.**

هذه المسألة أيضا من المسائل المشتركة بين عقود التشغيل، وهي كذلك من المواد التي يتم التنصيص عليها في مجمل العقود الخاصة بالتشغيل التي يسر الله الإطلاع عليها[2]، وسنبيّن بحول الله تعالى أهم الأحكام المتعلقة بهذه المسألة في هذا الفرع البحثي.

فبما أن معظم الأحكام التي تخص عقد التشغيل لا تكاد تخرج عن أحكام الإجارة، فإننا سنبحث هذه المسألة في باب الإجارة لنتبين الحكم

---

[1] الاعتبار الشخصي يطلق ويراد به: "صفات المتعاقد الشخصية التي تكون ذا تأثير في حسن تنفيذ العمل المتعاقد عليه، فيدخل في المؤهلات الشخصية سمعة المتعاقد من ناحية الكفاية المالية والفنية والأمانة والثقة وحسن المعاملة، وتخصصه في نوع العمل محل العقد وما حصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص، وما قام به من أعمال تكسبه تجربة عملية فنية" ينظر: الوسيط للسنهوري.

[2] خصصنا أخر هذا البحث لإيراد جملة من الملاحق المتضمنة لمعظم عقود التشغيل المتوفرة والتي عقدتها مؤسسات مختلفة بالبلدان التي تعامل بهذا العقد.

الشرعي وأقوال الفقهاء في جواز تقديم 10٪ من الأجرة التي يتم التنصيص عليها في مواد عقود التشغيل.

تبحث هذه المسألة في الفقه الإسلامي في باب الإجارة وبالتحديد في جواز تعجيل جزء من الأجر قبل انتهاء المعقود عليه وهو العمل؛ وقد أسهب الفقهاء في هذا الفرع البحثي وأغنوه بأقوالهم الماتعة التي سنوردها بعد حين، وفي ضوئها نستخرج الحكم الشرعي الملائم لاشتراط تقديم 10 ٪ من الأجر في عقود التشغيل وذلك بعد تحقيق المناط.

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز تعجيل الأجرة، ولم يخالف في ذلك إلا فقهاء الظاهرية وحدهم، يقول ابن حزم: "ولا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة ولا تعجيل شيء منها، ولا اشتراط تأخيرها إلى أجل ولا تأخير شيء منها"[1]

أما جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والمالكية الحنابلة والإمامية، فقد قالوا بجواز تعجيل الأجرة إذا تم التنصيص عليها حالا في العقد،وأما إذا أطلقت بدون شرط فإنها تكون مؤجلة وتجب بعد انقضاء المنفعة.

---

[1] ينظر المحلى (183/8).

جاء في مذهب الحنفية "ولو أجر بشرط تعجيل الأجرة جاز ... لأن هذا شرط يلائم العقد وإن كان لا يقتضيه"[1]، وجاء في درر الحكام أنه "يجب مراعاة كل شرط يشترطه العاقدان بخصوص تعجيل الأجرة أو تأجيلها"[2].

وذهب المالكية كذلك إلى القول بجواز التعجيل، قال الإمام القرافي "لا يتعين تعجيل الأجرة بالعقد لكن بالشرط أو العادة أو يقارن العقد ما يوجب التقديم أو يستلزم التأخير محذورا في العرض المعين والطعم الرطب ونحوها"[3].

وقريبا مما أورد الإمام القرافي شهاب الدين، قال صاحب مواهب الجليل: "واعلم أنه يقضى بتعجيل الأجرة إذا شرط التعجيل سواء كانت الأجرة شيئا بعينه، أو شيئا مضمونا في الذمة، وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت العادة التعجيل سواء كانت الأجرة شيئا معينا أو شيئا مضمونا، وسواء في ذلك الأجرة المعينة، والمضمونة، وكذلك يقضي بالتعجيل إذا

---

[1] البدائع والصنائع (207/4).

[2] درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (85/1).

[3] الذخيرة (465/5).

كانت المنفعة المستأجرة مضمونة في ذمة الأجير وتأخر شروعه في العمل يومين، وأما لو أخره إلى يوم واحد فيجوز التقديم والتأخير"[1].

وأما الشافعية فقد أورد الإمام الشربيني في الإقناع: "ويجوز في الأجرة في إجارة العين تعجيل الأجرة وتأجيلها إن كانت الأجرة في الذمة كالثمن".

ونفس الأمر نجده عند السادة الحنابلة حيث جاء في دليل الطالب وغيره من كتب الحنابلة: "وصح شرط تعجيل الأجرة وتأجيرها".

وحاصل الكلام في هذا الفرع البحثي المتعلق بالأجرة من حيث تأجيلها وتأخيرها:

- إذا كان كل من الأجرة والمنفعة معينين، فيجب تأجيل الاجرة؛ لأن تعيين المنفعة المؤجلة، لا يصلح معه تعجيل الأجرة، ذلك أنه يتعذر تسليم المنفعة المعينة والمنصوص عليها والتي هي محل العقد.
- إذا كان كل من الاجرة والمنفعة مضمونيين في الذمة، تعين تعجيلهما، إذ أو تعجيل أحدهما، لأن تأجيلهما يؤدي إلى إبتداء الدين بالدين.
- إذا كانت الأجرة معينة والمنفعة مضمونة، تعين تعجيل الأجرة، إذ لا يجوز تأخير المعين، فقد يهلك وغيره لا يقوم مقامه.

---

[1] مواهب الجليل (393/5).

- إذا كانت الأجرة مضمونة والمنفعة معينة فلا يجوز تقديم الأجرة، لأن المنفعة قد تتعذر فيتردد الثمن بين السلفية والثمنية.[1]

**المسألة السادسة: التزام المقاول في مرحلة التشغيل وفقا للمواصفات والشروط المنصوص عليها.**

هذا الشرط كذلك من الشروط التي لا تكاد تخلو منها معظم عقود التشغيل التي تبرمها المؤسسات الحكومية، بحيث قد ورد في نموذج لعقد التشغيل مايلي:

المادة الثانية عشرة: تسليم الموقع وبدء العمل:

يجب على المقاول أن يبدأ بالأعمال فور تسلم الموقع بموجب محضر موقع بينه وبين صاحب العمل أو من يمثلهما.

المادة الثالثة عشرة: تنفيذ الأعمال

على المقاول أن يقوم بتنفيذ الأعمال والخدمات محل العقد، وعليه أن يتقيد بتعليمات مندوب صاحب العمل أومن يمثله وتوجيهاته الخطية في أي موضوع يتعلق بالأعمال والخدمات أو يتصل بها، وعلى المقاول أن يتلقى التعليمات والتوجيهات من المندوب وحده أومن يمثله في نطاق الحدود المشار إليها في المادة (الثانية) من هذه الشروط.

---

[1] منقول بتصرف يسير من: نظرية عقود الصيانة (239/2).

المادة الثانية: يلتزم المقاول بما يلي

أ -أن يشترى المنتجات الوطنية، ولا يجوز له أن يستخدم منتجات شبيهة بها مستوردة من الخارج لغرض تنفيذ العقد.

وفي حالة عدم وجود منتجات وطنية تفي بمتطلبات العمل يلتزم بشراء المنتجات ذات المنشأ الوطني أو الخليجي. ومع عدم الإخلال بحق الجهة الحكومية في رفض هذه المنتجات يترتب على عدم التزامه بما ورد في هذه الفقرة خضوعه لغرامة لا تقل عن عشرين في المائة (20٪) من قيمة المشتريات إضافة إلى تطبيق الشروط المنصوص عليها في العقد.

ب- أن تكون المواد المستخدمة سواء المحلية أو المستوردة لتنفيذ العقد مطابقة للمواصفات القياسية السعودية، وبالنسبة للمواد التي لم تصدر بشأنها مواصفات قياسية سعودية فيجب أن تكون مطابقة لإحدى المواصفات العالمية المعروفة التي يحددها صاحب العمل أومن يمثله.

ج- مراعاة النظم والمقاييس واللوائح الخاصة بحماية البيئة في المملكة التي تصدر عن الجهات المختصة.

د- شراء الأدوات والمعدات التي تلزمه في تنفيذ عقده من الوكلاء السعوديين لهذه الأدوات والمعدات في المملكة، ولا يجوز له الاستيراد مباشرة من الخارج إلا في حالة استيراد المعدات المستعملة الخاصة به.

هـ- الحصول على الخدمات التالية من مؤسسات سعودية محلية:

1- خدمات نقل البضائع أو الأفراد داخل المملكة إذا لم يقم المقاول بأدائها من قبله مباشرة وبمعدات مملوكة له ولأفراد يعملون مباشرة معه.

2- خدمات التأمين المحلية.

3- الخدمات البنكية.

4- خدمات تأجير وشراء الأراضي والمباني.

5- خدمات الإعاشة وتوريد المواد الغذائية. [1]

تضمنت المادتين السالفتين المقتبستين من نموذج لعقد التشغيل، مجموعة من الشروط وجملة من الأحكام التفصيلية الخاصة بالتزام المقاول بتنفيد الأعمال الموكولة إليه، والتي يتم التنصيص عليها في عقد التشغيل كما أوردنا آنفا؛ وقبل بسط الكلام فيها وبيان الأحكام الفقهية المتعلقة بها، نحدد أهم المعالم المتعلقة بالمقاولة من حيث تعريفها وتوصفيها الشرعي وتكييفها الفقهي.

**تعريف المقاولة**

تعريفها لغة: من المدلولات التي تشير إليها المقاولة، هي المجادلة والمفاوضة، ومن ذلك قول أهل اللغة قاوله في الأمر مقاولة إذا فاوضه

---

[1] ينظر: نموذج عقد للتشغيل ونظافة وصيانة الطرق، المملكة العربية السعودية وزارة المالية رقم 229/ حسب ما تضمنه قرار مجلس الوزراء الموقر، رقم 87 وتاريخ 1425/3/14هـ، وزارة المالية رقم 25517/42 وتاريخ 1428/3/28هـ. (ملحق بآخر البحث منشور على شبكة الأنترنت: www.abhatoo.net.ma).

وجادله وقولهم تقاولوا في الأمر: تفاوضوا؛ ومن معاني المقاول كذلك منح العمل للآخر وتمكينه منه، والمقاول اسم فاعل، وهو من يتعهد بالقيام بعمل معين ومحدد بناء على شروط خاصة، كإصلاح طريق أو ترميم بيت وبناءه وغير ذلك من أعمال البنية التحتية المعروفة."[1]

**عقد المقاولة في القانون**

بالرجوع إلى القانون نجد أن عقد المقاولة يبحث في إطار القانون المدني، ويصنف عقد المقاولة كأحد العقود المسماة التي خصت باسم معين تمييزا لها عن غيرها من العقود غير المسماة، وقد أشارت معظم الدول في قوانينها المدنية، وخصصت فصولا ومواد للتعريف بالمقاولة وأهم الأحكام المتعلقة بها؛ فنجد في القانون المصري المادة 646 تعرف المقاولة بأنها: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أو يؤدي عملا، لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[2].

وفي المادة 780 من القانون الأدرني نجد أن المقاولة هي: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا، لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[3]، وبالرجوع إلى القانون المدني الفلسطيني وبخاصة

---

[1] لسان العرب ابن منظور: (345/5) مادة قاول، تاج العروس للزبيدي الجزء (641/5)، المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية : 767.

[2] ينظر: الوسيط، (5/7).

[3] ينظر: الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية عنبر محمد عبد الرحيم (ص: 7، الطبعة الثانية القاهرة 1987 ميلادية.

المادة 790 نجدها تعرف المقاولة بأنها: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر"[1].

وفي سياق مقاربة تعاريف المقاولة في القوانين المدنية، نجد أن القانون الإماراتي يعرف المقاولة بأنها: "عقد يبرمه صاحب مشروع مع مقاول يتعهد الآخير بمقتضاه أن يضع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الأول"[2]

**عقد المقاولة في الإصطلاح الشرعي:**

بالرجوع إلى ما كتبه الرعيل الأول من الفقهاء المتقدمين، فإننا لا نجد ذكرا لهذا العقد، فهو إذاً، عقد مستحدث وجديد اقتضته التطورات الإنسانية في مجالات البناء والعمران والتشييد، أما عند الخلف من الفقهاء المتأخرين فإننا نجد تعريفات وإشارات ودراسات مستفيضة لعقد المقاولة،[3] وإن دل هذا على شيء فإنما يؤكد "أن الفقه الإسلامي

---

[1] ينظر: مجلة وزارة العدل ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين مروع القانون المدني (ص: 123).

[2] القرار الوزاري الأول لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 255 لسنة 2010 الخاص بشأن عقود المقاولات من الباطن المادة الأولى، التعاريف.

[3] هناك مجموعة من الدراسات والبحوث التي أفردت موضوع المقاولة بالدراسة والتنقيب وقارنت المقاولة من منظور فقهي وقانوني، وخلصت إلى أهم الأحكام الخاصة بهذا العقد، ويمكن القول أن هذه الدراسات تعتبر أصلا في هذا الباب وهذه بعضها :- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني رسالة علمية مرقونة من إعداد

يستوعب كل ماهو جديد في المعاملات المالية، مادام ضمن الضوبط والقواعد العامة التي أرساها"[1].

وفيما يلي بعضُ التعريفات التي حد وخص بها الفقهاءُ المعاصرون عقد المقاولة.

**التعريف الأول: مجلة الأحكام العدلية**

جاء في المادة 124 من مجلة الأحكام العدلية: الاستصناع هو"عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا، فالعامل صانع والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع"[2].

**التعريف الثاني: تعريف الدكتور الضرير**

---

الدكتور زياد شفيق حسن قرايه من جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا عام 2004 نابلس فلسطين، – بحث بعناون عقد المقاولة في الفقه الإسلامي للدكتور إبراهيم شاشو منشور ضمن مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية الجزء ؤقم 26 العدد الثاني سنة 2010– عقد المقاولة رسالة دكتوراه للدكتور عبدالرحمن بن عايد بن خالد العايد جامعة محمد الإمام بن سعود الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الأول 1425هـ 2004م.

[1] ينظر: بحث عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني – رسالة علمية غير مطبوعة، من إعداد الباحث زياد شفيق حسن قرارية تحت إشراف حسن سعد عوض خضر، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، عام 2004 نابلس دولة فلسطين.

[2] شرح مجلة الأحكام العدلية، (99/1).

عرف الدكتور الضرير رحمه الله عقد المقاولة بقوله: "عقد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل ".[1]

**التعريف الثالث:تعريف الدكتور يونس رفيق المصري**

عرف الدكتور يونس رفق المصري المقاولة بأنها "اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئا، أو أن يؤدي عملا بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر".[2]

**التعريف الرابع: تعريف مجمع الفقه الإسلامي**

ورد في مجلس المجمع الفقهي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، أن عقد المقاولة"هو عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر"[3].

**خصائص عقد المقاولة** [4]:

---

[1] الدكتور الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، العدد 11 (117/2).

[2] ينظر: الجامع في أصول الربا، لمؤلفه الدكتورالمصري توفيق يونس ،(ص: 380.دار القلم دمشق – سوريا الطبعة الأولى سنة 2001 ميلادية.

[3] ينظر: تعريف مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي مدينة جدة المملكة العربية السعودية، الدورة الرابعة عشرة الدوحة قطر بتاريخ 8-13 ذو القعدة 1432 هـ الموافق 11-16 كانون الثاني يناير 2003.

[4] خصص الباحث زياد شفيق حسن قرارية في بحثه عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، جزءا هاما تحدث فيه عن خصائص عقد المقاولة في (ص: 24، ولأن الباحث قد أفرغ وسعا كبيرا وجهدا مهما في إستخلاص هذه الخصائص فإننا سنورد بعضا من إشاراته العلمية مع التصرف .

يتميز عقد المقاولة بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة له، فمن خلال النظر في التعاريف القانونية والفقهية التي أوردناها سلفا، تستخلص جملة من الخصائص والمميزات.

_عقد المقاولة من العقود الرضائية:فهو كالعقود الرضائية بحيث لا يشترط في عقد المقاولة أن ينعقد بشكل معين، فهو يبرم بمجرد ارتباط أحد الطرفين بالآخر إيجابا وقبولا، كما أن هذا العقد يمكن أن ينعقد بالصيغ المعروفة والتي أشرنا إليها عند بسطنا الكلام في الصيغة في باب الإجارة.

_من الخصائص كذلك: أن التعاقد في المقاولة يقع على أمرين اثنين، الأمر المطلوب صنعه والعمل المطلوب تأديته، والأمر الثاني هو العوض الذي يلتزم به صاحب العمل.

_عقد المقاولة يعتبر كذلك من عقود المعاوضة ومعلوم أن هذه العقود يكون الأصل فيها تبادل المنافع فليست المقاولة من عقود التبرعات التي لا منفعة فيها لأحد المتعاقدين وخاصة في هبة الثواب؛ ومما يدل على هذا الكلام أن القصد الذي من أجله يؤدي المقاول العمل هو الحصول عل مقابل مادي وعوض مالي، ومايرومه صاحب العمل كذلك هو إنجاز العمل، ولا وجود للتبرع إطلاقا في عقد المقاولة وإلا لم تكن من خاصيته أن يكون من عقود المعاوضاتكما هو ثاو في كتب الفقه في الفروق بين المعاوضات والتبرعات.

_عقد المقاولة كذلك من عقود الالتزام، والقصد المراد بالالتزام أن هذا العقد ينشئ آثارا ويرتب التزاما في ذمة الطرفين كليهما، سواء تعلق الأمر بالمقاول المباشر للعمل أو صاحب العمل؛ فمما يترتب على العقد مثلا أن المقاول مطالب بإنجاز العمل في وقته وشروطه المتفق عليها، وصاحب العمل مطالب بتسلم العمل ودفع العوض المعلوم في تاريخ المحدد وفق ماتنص عليه دفاتر التحملات والصفقات العمومية.

_من الخصائص كذلك أن عقد المقاولة عند إبرامه يكون ورادا على العمل وحده، ذلك أن الأصل في الإنعقادهو العمل الذي يقوم به المقاول ويباشره، حتى إنه يمكن القول أن جوهر عقد المقاولة هو العمل وإذا انتفى هذا الجوهر غاب عقد المقاولة، و يجدر التنبيه هاهنا إلى أن "المقاول لا يخضع لأي تبعية أو إشراف من صاحب العمل، فعقد المقاولة يحدد النتيجة التي أرادها المتعاقدان ويترك للمقاول حرية اختيار الوسائل والأدوات التي تكفل تحقيقها"[1].

_عقد المقاولة من العقود المؤقتة بتوقيت محدد ومعلوم بين المتعاقدين،"والعقد المحدد هو العقد الذي يمكن لكل من طرفيه أن يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها إلى المتعاقد الآخر، وقيمة المنفعة

[1] ينظر: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني (ص: 25).

التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقود الغرر[1].

_من مميزات عقود المقاولة أنه كذلك عقد له صفة الامتداد في الزمان، وذلك لأن عقد المقاولة كما أوضحنا سلفا ينشئ رابطة الالتزام، وهذه الآثار التي يرتبها عقد المقاولة بين المتعاقدين من حيث الامتداد في الزمان "ينفذ بأداءات مستمرة أو أداءات دورية، والعقد الممتد أقسام هي: عقد ذو تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار، وعقد العمل لمدة معينة،وعقد ذو تنفيذ دوري، كعقد التوريد، وعقد المقاولة يشمل القسمين معا، ويقابل العقد الممتد الفوري التنفيذ كعقد البيع الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة وقد يتراخى تنفيذ العقد إلى أجل يحدد اختياريا أو إجباريا ويترتب على هذا التقسيم أمران:

الأمر الأول: لا ينسحب الفسخ في العقد الممتد أثره على الماضي؛ لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته، فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة إلى الزمن الآتي بعد الفسخ.

الأمر الثاني: العقود الممتدة هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، أم العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلا "[2].

---

[1] ينظر عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني (ص 26).

[2] المرجع السابق (ص 27).

_الخاصية الثامنة لعقد المقاولة:هي الخبرة المهنية أو الاعتبار الشخصي[1]، خاصة حينما يتعلق العمل بأصحاب المهن الحرة الماهرين[2]، كما هو الحال بالنسبة للمهندس والطبيب... ذلك أن مثل هذه الحرف والمهن تعتمد على تحقيق نتيجة منتظرة، ومعتمدة على مدى الثقة والخبرة التي يوليها المقاول للعمل الذي ينجزه.

**مشروعية عقد المقاولة في الفقه الإسلامي:**

نتناول في هذا الفرع البحثي مشروعية المقاولة في الفقه الإسلامي، وذلك من حيث بيان الحكم الشرعي المتعلق بها، وأقوال الفقهاء في هذا الباب، وأوجه التكييف الشرعي المعتبرة.

من خلال النظر في كثير من صور المقاولة المتداولة يتبين أنها لا تخرج عن الأبواب الفقهية التالية وغالب أحكامها تدور عليها، وهي:

_عقد الإجارة والبيع، _ عقدإجارة الأشخاص،_ عقد الاستصناع

ويترتب عن هذا الكلام جواز عقد المقاولة إذا استكملت الشرط واستوفيت الأحكام الخاصة بهذه المباحث؛ وقد تقدم في هذا البحث الإشارة إلى أهم الأحكام المتعلقة بالإجارة وبخاصة إجارة الأشخاص، فبقي لنا أن نبين أهم الأحكام المتعلقة بالاستصناع، كوجه من أوجه

---

[1] تقدمت الإشارة فيما سلف لمبدأ الإعتبار الشخصي عند الحديث عن الشرط الجزائي وصلته بالغرامات التأخيرية.

[2] المرجع السابق نفس الصفحة.

التخريج الفقهي لعقد المقاولة، والتي تدور أحكامها عليه في الغالب الأعمّ.

**عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي وأهم أحكامه الفقهية**

لقد أولت الشريعة الإسلامية جانبا مهما للصناعة والاستصناع، وفصل الفقهاء في ذلك تفصيلا، وسنقف من خلال هذه الإشارات عند تعريف الاستصناع وبعض الأحكام المتعلقة به، مع إيراد بعض التطبيقات المعاصرة التي تشترك فيها المقاولة مع الاستصناع.

تعريف الاستصناع: يعرف في اللغة بأنه: "طلب الصنع، والصنع العمل، والصناعة حرفة الصانع"[1].

أما في اصطلاح الفقهاء فإن الاستصناع هو"عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"[2]؛ ويعرف أيضا بأنه "عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص"[3]، وعرف أيضا بأنه"طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص"[4].

ويترتب على هذه التعاريف استخلاص مجموعة من الخصائص الخاصة بعقد الاستصناع، ومنها مايلي:

---

[1] ينظر: لسان العرب ابن منظور (8 ص 208_209) مادة صنع.

[2] ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (84/6).

[3] ينظر: عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي للدكتور كاسب عبد الكريم بدران (ص 59) دار الإسكندرية دار الدعوة.

[4] ينظر: حاشية الدر المختار (474/7).

_ يشترط في الاستصناع حسب التعاريف السابقة ضرورة وجود صانع ومستصنع ووجود الثمن وكذلك الشيء المصنوع.

_ الاستصناع بيع لِعيْن في الذمة مع اشتراط العمل.

_ بالنسبة للثمن في عقد الاستصناع لا يشترط قبضه حالا؛ أي في المجلس، بل يجوز تقسيطه وتأجيله.

_من خصائص عقد الاستصناع أنه لا يدخل في المواد التي لا تشملها الصناعة غالبا، بل يندرج في المواد التي تصنع.

**شروط صحة الاستصناع**

عقد الاستصناع كغيره من العقود الفقهية، لايمكن أن يكون صحيحا ونافذا، إلا إذا توفرت مجموعة من الأركان والشروط التي حددها الفقهاء[1]، ومن أهم هذه الشروط:

_ أن يكون المعقود عليه وهو الأمر المصنوع، مما دأب الناس وجرى على أيديهم استصناعه، وليس ثمة نوع من المصنوعات المحددة وصفا وشكلا وهيئة، بل إن المرجع في هذا هو ما آل إليه عرف الناس وانتهى إليه في مختلف الأمكنة والأزمنة، فالزمن القديم الذي عرفه الفقهاء ومن جاء بعدهم غير الزمن الحديث الذي نحيا فيه، ذلك أننا في عصر

---

[1]لقد فصل الفقهاء في الاستصناع كثيرا وبينوا أهم الأحكام الفقهية الخاصة به، ولعل أهم ما يمكن الإشارة إليه ما نجده عند فقهاء الأحناف من كونهم خصصوا باب مستقلا للإستصناع في كتبهم ينظر على سبيل المثال ( البدائع للكاساني، والمبسوط للسرخسي ....)

تطورت فيه الصناعة والمصنوعات بشكل كبير وملفت للنظر، فرأينا أنواعا شتى من الصناعات الثقيلة والخفيفة والبرية والبحرية والجوية، "ومن أبرز لأمثلة التطبيقية لعقد المقاولة إنشاء المباني الضخمة، كالمدارس والجامعات والمستشفيات، وإقامة السدود وتعبيد الطرق، ودور السكن سواء أكانت الأرض مملوكة للمقاول أم لصاحب العمل، فيقوم المقاول ببناء بيت لصاحب العمل بحسب المواصفات والتقسيمات والكسوة التي يرغبها"[1].

وهذه التطبيقات المعاصرة التي أوردناها، كلها يشملها عقد الاستصناع وتنطبق عليه أحكامه وشرائطه المعروفة والمبسوطة في كتب الفقه.

_ضرورة إزالة الجهالة والتنصيص في العقد بصيغة واضحة على نوع المصنوع وجميع الأوصاف المتعلقة به هيئة وشكلا ووصفا دقيقا، قصد إزالة كل ما من شأنه أن يخلق نوعا من الخلاف بين المتعاقدين.

_عدم تحديد الأجل فإذا ذكر الأجل فسد عند الإمام أبي حنيفة، هذا إذا لم يستجمع شروط السلم فإن استجمعها صلح سلماً، ووجه قوله أنه إذا ضرب أجلا فقد أتى بمعنى السلم والعبرة بمعاني العقود، لا لصور ألفاظها.

---

[1] ينظر: عقد المقاولة في القانون المدني وما يقابله في الفقه الإسلامي (ص: 85.

**التكييف الفقهي لعقد الاستصناع**[1]

تعددت الآراء الفقهية وتنوعت الاجتهادات في هذا الباب، وسنورد هاهنا التكييفات الفقهية التي استنبطها الفقهاء.

أ: تخريج الاستصناع على أنه وعد وليس عقد: وقد ذهب إلى هذا القول زمرة من فقهاء الأحناف حيث أورد الإمام السرخسي في المبسوط ما نصه: "الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغا منه".[2]

ب:تخريج الاستصناع على أحكام عقد السلم:وذهب إلى القول بهذا جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة حيث قرروا أن الاستصناع داخل في باب السلم، فكان لزاما أن تخضع أحكام الاستصناع وشروطها لأحكام عقد السلم، فلا وجود لاستقلالية عقد الاستصناع عند هؤلاء الفقهاء.

---

[1] ينظر: عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية رسالة بحثية للماجستير غير مطبوعة (ص: 7، إعداد الباحث أحمد بلخير من جامعة الحاج الخضر بانتة كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة الإسلامية فرع الاقتصاد الإسلامي، وقد أورد الباحث في رسالته مجموعة من أوجه التكييف التي أوردها العلماء المعاصرون و التي اعتمدتها المؤسسات الفقهية المعتبة ومن باب الأمانة العلمية فقد اعتمدنا في نقل هذه التكييفات على ما تضمنته هذه الرسالة العلمية مع التصرف اليسير.

[2] ينظر: المبسوط (139/12).

ج: تخريج الاستصناع على أحكام البيع: وقد قال بهذا القول بعض من فقهاء الأحناف بحيث تقرر عندهم أن الاستصناع يرتب وعدًا ملزما للطرفين، وفي رأي آخر داخل المذهب نفسه، قال بعضهم إنه بيع ولكن للمشتري فيه حق الخيار.[1]

د_ تخريج الاستصناع على أحكام الإجارة:

يرى بعض الفقهاء أن الاستصناع ليس إلا نوعا من أنواع الإجارة، ذلك أن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العمل والخدمة، فالاستصناع بهذا المعنى ليس إلا طلبا للعمل والصنعة التي يمتهنها الصانع لأن العقد الذي قصد به العمل هو الإجارة.[2]

ه_ اعتبار الاستصناع عقدا مستقلا :

وهذا الرأي هو مذهب غالبية فقهاء الأحناف؛ بحيث يقول الإمام السرخسي: "اعلم أن البيوع أنواع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين بثمن في الذمة وهو السلم، وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، والعين هو الصبغ تبع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع،فالمستصنع فيه مبيع عين ...[3]

---

[1] بدائع الصنائع (84/6).

[2] العناية شرح الهداية (115/7).

[3] ينظر: المبسوط للإمام السرخسي (139/12)

فالاستصناع بهذا المبدأ إذا هو: "عقد جديد مستقل ليس وعدا، وليس بيعا، وليس إجارة، وليس سلما؛ وإن كان له شبه بالسلم وبالإجارة والبيع، فهو يشبه السلم؛ لأنه عقد على موصوف في الذمة، ويشبه البيع من أجل أن الصانع يقدم المواد من عنده مقابل عوض، ويشبه الإجارة من حيث أن العمل جزء من المعقود عليه".[1]

وقد أخذ بهذا الرأي كثير من الفقهاء المعاصرين والباحثين الاقتصاديين ومنهم: "مصطفى الزرقا، وكاسب عبدالكريم بدران، ومحمد الأشقر سليمان، ومحي الدين علي القراه داغي، وقد تبنى هذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره السابع المنعقد بجدة في ذي القعدة 1412ه الموافق لجانفي 1992"[2].

يتبين مما سبق إذا أن عقد المقاولة جائز شرعا: فهو إما أن يكون إجارة أشخاص أو عقد استصناع؛ والغالب في عقود المقاولة هو الاستصناع، فإذا توفرت شروط الاستصناع في المقاولة بأنواعها وصورها المختلفة، فإن العقد جائز ويجب الوفاء بالالتزامات من طرف المتعاقدين في عقد المقاولة.

بقي لنا أن نشير إلى أمر مهم جدا يخص ما يترتب على عقد المقاولة وأنواعها، لكي نتبين جملة وأنواع الالتزمات التي تنبثق عنها، والتي لا تكاد

---

[1] ينظر: عقد الإستصناع محمد سليمان الأشقر بحث منشور في مجلة بحوث فقهية إقتصادية معاصرة عمان دار النفائس 1418-1998 (227/1).

[2] ينظر: عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة (ص 7).

تخلوا منها عقود التشغيل المنفردة أو المقترنة بعقود الصيانة والنظافة والتحديث وغيرها.

**الالتزامات في عقود المقاولة وصلتها بعقد التشغيل**

ينتج عقد المقاولة جملة من الالتزامات والشروط بين طرفي العقد، ولكي نتبين أحكام هذه الشروط والالتزامات نورد نموذجا مكونا من مادتين تم التنصيص عليهما في عقد التشغيل بحيث جاء فيها مايلي:

"المادة الثانية عشرة: تسليم الموقع وبدء العمل:

يجب علي المقاول أن يبدأ بالأعمال فور تسلم الموقع بموجب محضر موقع بينه وبين صاحب العمل أو من يمثلهما.

المادة الثالثة عشرة: تنفيذ الأعمال

على المقاول أن يقوم بتنفيذ الأعمال والخدمات محل العقد، وعليه أن يتقيد بتعليمات مندوب صاحب العمل أومن يمثله وتوجيهاته الخطية في أي موضوع يتعلق بالأعمال والخدمات أو يتصل بها، وعلى المقاول أن يتلقى التعليمات والتوجيهات من المندوب وحده أومن يمثله في نطاق الحدود المشار إليها في المادة (الثانية) من هذه الشروط.

المادة الثانية :يلتزم المقاول بما يلي

أ -أن يشترى المنتجات الوطنية، ولا يجوز له أن يستخدم منتجات شبيهة بها مستوردة من الخارج لغرض تنفيذ العقد.

وفي حالة عدم وجود منتجات وطنية تفي بمتطلبات العمل يلتزم بشراء المنتجات ذات المنشأ الوطني أو الخليجي. ومع عدم الإخلال بحق الجهة الحكومية في رفض هذه المنتجات، يترتب على عدم التزامه بما ورد في هذه الفقرة خضوعه لغرامة لا تقل عن عشرين في المائة (20٪) من قيمة المشتريات، إضافة إلى تطبيق الشروط المنصوص عليها في العقد.

ب- أن تكون المواد المستخدمة سواء المحلية أو المستوردة لتنفيذ العقد مطابقة للمواصفات القياسية السعودية وبالنسبة للمواد التي لم تصدر بشأنها مواصفات قياسية سعودية، فيجب أن تكون مطابقة لإحدى المواصفات العالمية المعروفة التي يحددها صاحب العمل أومن يمثّله.

ج- مراعاة النظم والمقاييس واللوائح الخاصة بحماية البيئة في المملكة التي تصدر عن الجهات المختصة.

د- شراء الأدوات والمعدات التي تلزمه في تنفيذ عقده من الوكلاء السعوديين لهذه الأدوات والمعدات في المملكة، ولا يجوز له الاستيراد مباشرة من الخارج إلا في حالة استيراد المعدات المستعملة الخاصة به.

هـ- الحصول على الخدمات التالية من مؤسسات سعودية محلية:

1- خدمات نقل البضائع أو الأفراد داخل المملكة، إذا لم يقم المقاول بأدائها من قبله مباشرة وبمعدات مملوكة له ولأفراد يعملون مباشرة معه.

2- خدمات التأمين المحلية.

3- الخدمات البنكية.

4- خدمات تأجير وشراء الأراضي والمباني.

5- خدمات الإعاشة وتوريد المواد الغذائية"[1].

يستخلص من هاتين المادتين بعض من الأحكام الفقهية والشروط، وهي كالآتي:

_ المبادرة والشروع في العمل مباشرة بعد توقيع العقد، ولا يقبل أي تماطل أو تأخر من طرف المقاول.

_ من حق صاحب المشروع فسخ العقد إذا رأى في فعل المقاول ما يوجب ذلك ويحتّمه.

_الالتزام بشراء جميع المواد والعتاد التي يحتاجها من داخل (المملكة)، وغالبا مايتردد هذا الشرط، ولعل المقصود منه هو تشجيع الاقتصاد الوطني.

_الاعتماد على معايير السلامة البيئية وعدم المساهمة في تلويث البيئة.

_ اشتراط توظيف العمالة الوطنية، واشتراط التعامل بالسلع والخدمات الوطنية.

---

[1] ينظر: نموذج عقد للتشغيل ونظافة وصيانة الطرق، المملكة العربية السعودية وزارة المالية رقم 229/ حسب ما تضمنه قرار مجلس الوزراء الموقر، رقم 87 وتاريخ 1425/3/14هـ، وزارة المالية رقم 25517/42 وتاريخ 1428/3/28هـ . (www.abhatoo.net.ma).

_ فسخ العقد مع المقاول إذا تأخر في إنجاز الأعمال خارج الآجال المحددة والمواعيد المقيدة في العقد.

يتبين مما سبق إذاً، أن هنالك التزامات تقع على عاتق كل من المقاول وصاحب المشروع، وهي الغاية من تأسيس العقد.

التزامات المقاول:

_القيام بالعمل المطلوب حسب شروط العقد.

_ تسليم العمل بعد إنجازه.

_ ضمان العمل بعد تسليمه.

التزامات صاحب العمل في عقد المقاولة

_ تسلم العمل.

_ دفع العوض والأجرة المتفق عليها سلفا في العقد.

وهذه الالتزاماتالتي أشرنا إليها، الظاهر أنها تشترك فيها النصوص القانونية بالأحكام والشروط المعتبرة في صحة الاستصناع كوجه من أوجه التكييف الخاصة بعقد المقاولة، فكان لابد إذا، من الالتزام بها من كل طرفي هذا العقد، وذلك قصد تلافي مبطلات العقد ومفسداته.

# الباب الثاني: التكييفات المعاصرة

# لعقدالتشغيل والأحكام الفقهية المتعلقة بها

# الفصل الأول: تصييق عقد التشغيل وفقا لخطاب الضمان

**تمهيد:**

يعتبر خطاب الضمان –أو ما يطلق عليه اسم "الضمان المالي" من المواضيع البحثية التي تحتاج لمزيد من الدراسة والتدقيق في مجال الكفالة البنكية التي يندرج تحتها أنواع من العقود من أشهرها: الضمان المالي.

والمتأمل في عقود التشغيل موضوع هذه الدراسة بعين التحقيق والتدقيق، سيلمح بإمعان وإيقان أن كل عقد من هذه العقود لا يكاد يخلو "من شرط الضمان المالي، أو ما يعرف بالمفهوم الأوسع بالكفالة البنكية"[1]، وله مسميات عديدة في الاقتصاد الوضعي ليس هذا مجال بسطها وتفصيلها.

وبالتالي فالبحث في خطاب الضمان من الأهمية بما كان لأن البنوك تزاول هذا النشاط على نطاق واسع ليذر عليها أرباحا متعددة.

ورغم صدور بعض البحوث والفتاوى والقرارات الصادرة بشأن هذه القضية، إلا أنها لا تزال محل خلاف ومثار للنزاع، وخاصة فيما يتعلق بتقاضي الأجرة والرسوم بنسبة معينة، مقابل الضمان بالنظر إلى المبلغ الذي يتضمنه خطاب الضمان، وأخذ هذه الكفالة بعين الاعتبار كما أن الحاجة تدعو إلى خطاب الضمان عند الدخول في مناقصات ونحوها للقيام

---

[1] نظرية عقود الصيانة في الفقه الإسلامي ، وتطبيقاتها المعاصرة، خلف سعيد العفريت الكويتي (2/ 513).

بأعمال معينة، لتنفيذ بعض المشاريع، فيمكن للجهة الطالبة لتلك الأعمال والمشاريع بطلب خطاب الضمان من المتقدم للدخول في تلك المناقصات، وتعتبر الجهة المصدرة له هي البنك.

ولما كان خطاب الضمان بهذه الأهمية، وأنه من العقود الواردة مبنى ومعنى في الفقه الإسلامي، وصورة من صور إقراض التوقيع، على أمل أن يسلم البنك لعميله المبلغ على حسب ما يتَّفقان عليه من شروط، كانت دراسته وإفراده بالبيان متحتمة ومهمة.

إن الحديث عن خطاب الضمان يستوجب بيان حقيقته وأنواعه وأركانه، ثم إبراز حكمه من الناحية الشرعية، وما قد يترتب عن هذا العقد من أحكام وتوصيفات شرعية.

ولأجل بيان ذلك نتوسل بالمباحث التالية .

## المبحث الأول: مفهوم خطاب الضمان

### المطلب الأول: مفهوم الخطاب لغة:

بالرجوع إلى المعاجم اللغوية يلاحظ أنها قد أفاضت الحديث عن مصطلحالخطاب.

جاء في معجم مقاييس اللغة: الخاء والطاء والباء أصلان أحدهما الكلام بين اثنان، يقال: خاطبه يخاطبه خطابا، والخطبة من ذلك، وفي النكاح الطلب أن يزوج"[1]

وفي العين: "والخطاب مراجعة الكلام، والخطبة مصدر الخطيب، وكان الرجل في الجاهلية إذا أراد الخطبة قام في النادي فقال خطب"[2].

وقد جاء في القرآن الكريم: ﴿قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ﴾[3].

وقوله تعالى: ﴿قَالَ فَمَا خَطْبُكَ يَا سَامِرِيُّ﴾[4].

وفي الحديث: "نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه"[5].

---

[1] ابن فارس، الخاء والطاء والباء.

[2] الخليل بن أحمد الفراهدي، باب الخاء والطاء والباء.

[3] اسورة الذاريات، الآية: 31.

[4] سورة طه، الآية: 93.

[5] نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية: بعيت الألمعي في تخريج الزيلعي، كتاب البيوع، باب: البيع الفاسد.

قال ابن منظور: "الخطاب: الشأن أو الأمر صغر أو عظم، وقيل هو سبب الأمر، يقال: ما خطبك أي ما أمرك، وتقول: هذا خطب جليل وخطب يسير، والخطب: الأمر الذي تقع فيه المخاطبة. «...» ويقال: خطب فلان إلى فلان فخطبه وأخطبه أي: أجابه.

والخطاب والمخاطبة مراجعة الكلام وقد خاطبه بالكلام مخاطبة وخطابا وهما يتخاطبان "..." قال الليث: والخطبة مصدر الخطيب، وخطب الخطاب على المنبر، واختطب يخطب خطابة، واسم الكلام الخطبة، قال أبو منصور: والذي قال الليث: إن الخطبة مصدر الخطيب لا يجوز إلا على وجه واحد وهو أن الخطبة اسم للكلام الذي يتكلم به الخطيب، فيوضع موضع المصدر."[1]

بينما يرى صاحب (مختار الصحاح) "أن الخطب سبب الأمر، وتقول هذا خطب جليل، وخطب يسير، وجمعه خطوب". [2]

أما صاحب (تاج العروس) يقول: «(الخطب: الشأن)، وما خطبك؟ أي ما شأنك الذي تخطبه، وهو مجاز والخطب: الحال.

ومن المجاز: هو قياسي خطوب الدهر.

وخطب (المرأة) يخطبها (خطبا) حكاه اللحياني (وخطبة بكسرها)[3].

---

[1]لسان العرب، مادة: خطب

[2]مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، مادة: خطب.

[3]تاج العروس لمحمد مرتضى الزبيدي، مادة: خطب.

- من خلال ما سبق يتضح أن الخطاب كلمة صحيحة في اللسان العربي تأتي بمعنى: الكلام بين المتكلم والسامع، وتدخل خطبة الإمام على المنبر، وخطبة المرأة عند النكاح، كما أنها قد تطلق على الأمر والشأن.

- وتطلق مجازا على الرسالة وعلى الإجابة في رد الخطاب.

كل هذه المعاني لمادة: "خطب" أكدها صاحب: (القاموس المحيط) إذ قال:

"فالخطاب من: خطب الخطاب على المنبر خطابة بالفتح وبالضم، وذلك الكلام خطبة أيضا، وهو المنثور المسجع ونحوه، أو هو اسم ذلك الكلام الذي يتكلم به الخطيب"[1].

- يستخلص مما سبق أن جل المفاهيم لمادة: (خطب) تفيد أن الخطاب هو:

الكلام المفيد الموجه من كلام طرف إلى طرف آخر يحصل به إفادة للطرف الثاني.

وإذا كان مفهوم الخطاب قد تبين مدلوله! فلابد من تبيان مفهوم الضمان، وهو المطلب الثاني.

---

[1] القاموس المحيط للفيروز أبادي، مادة: خطب.

## المطلب الثاني: مفهوم الضمان:

يمكن القول: إنه كما تعددت معاني الخطاب في اللغة تعددت مثلها في مفهوم: الضمان.

فالضمان من ضمن بكسر الميم، مصدر، ويفيد: الكفالة والالتزام، كما أنه يأتي بمعنى المسؤولية والتغريم بصفة عامة.

قال ابن منظور: «الضمين: الكفيل، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا: كفل به، وضمنه إياه: كفله"[1].

- وقال العلامة: مرتضى الزبيدي: "قال ابن الأعرابي: فلان ضامن وضمين كسامن وسمين، وناصر ونصير، وكافل وكفيل، يقال: ضمنت الشيء ضمانا فأنا ضامن ومضمون"[2].

- والضمان عند بعض المعاصرين هو: «من يلتزم بضمان غيره في دين أو غيره، ويسمى: بالحميل والزعيم والكفيل"[3].

- من خلال هذا التعريف والذي سبقه يتضح أن الضمان يأتي بمعنى الكفالة والالتزام والحمالة، كما أنه قد يأتي بمعنى المسؤولية والتغريم.

---

[1] لسان العرب، مادة: ضمن.

[2] تاج العروس، مادة: ضمن.

[3] تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي، ص: 86-87.

- ويمكن القول أيضا: إن الضمان مصدر لفعل ضمن بالكسر، بمعنى كفل، مشتق من التضمن، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، كأن يطلب شخص من آخر أن يبيعه سيارته بخمسين ألف درهم مؤجلة إلى سنة، فيقول طرف ثالث: بعه وأنا ضامن لك ثمنها، أو يقول له: بعه وهي علي، وما أشبه ذلك من الصيغ التي تفيد هذا المعنى.

- ومن خلال ما سبق من المعاني لمادة: ضمن، يتضح أن معنى هذا المصطلح اللغوي يفيد: الصيغة أو الكلام الذي يفيد التضمين والالتزام للطرف الثالث البائع أو شبهه.

- وهذا المعنى اللغوي يتشارك في كثير من الصور للمعنى الاصطلاحي، وهو المبحث الثاني.

## المبحث الثاني: مفهوم خطاب الضمان اصطلاحا

### المطلب الأول: مفهوم الضمان اصطلاحا

هذا المصطلح تعددت معانيه في الاصطلاح، فعند كل من المالكية والشافعية والحنابلة، أن الضمان يطلق ويراد به الكفالة.

فقال السادة المالكية: «الضمان هو شغل ذمة أخرى بالحق، وشغل الذمة يستوي فيه الالتزام للاعتداء جزاء المخالفة، والالتزام الشخصي بالعقد ونحوه.

وقال الشافعية بعبارة مختصرة: إنه التزام دين أو إحضار عين أو بدون».

- وقد عرفه ابن عرفة بقوله: "التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له.

فقوله: (لا يسقطه) الجملة في محل رفع صفة التزام، لا في محل خفض، صفة لدين كما في الشيخ ميارة، أي: التزام لا يسقط الدين عمن هو عليه إبقاؤه في ذمة المضمون، فقوله: (التزام دين) جنس يشمل: الحمل والحمالة التي هي الضمان.

وقوله: (لا يسقطه) فصل يخرج به الحمل، كمن التزم أداء دين، أو صداق عن الغريم، أو الزوج لرب الدين، أو الزوجة بدون رجوع الملتزم

على من أدى عنه، لأن الالتزام فيه يسقط الدين عن الغريم بخلاف الحمالة"[1].

يطلق الضمان عند الفقهاء لأحد أمرين:

تعريف أخص وهو: شغل ذمة أخرى بالحق.

وتعريف أعم وهو: الحفظ والصون الموجب تركه المغرم، ومنه قولنا: ضمان الرهن، وضمان البيع.

جاء في التحفة:

ويسمى الضامن بالعميل كذاك بالزعيم والكفيل[2]

- وقد تعددت التعريفات للضمان، إلا أن التعريف المختار هو الذي يشمل كل هذه المعاني، وهو حسب ما يظهر تعريف السادة المالكية، ولذا يمكن صياغة تعريف مانع شامل للضمان في الاصطلاح على النحو التالي: (الضمان هو : شغل ذمة أخرى بحق، أو هو: تعويض عن ضرر).

- وإذا كان الضمان قد أعطي هذا المعنى الاصطلاحي فإن الأهم والأولى هو إعطاء معنى اصطلاحيي دقيق لخطاب الضمان، أو ما يعرف: بالضمان المالي.

---

[1] توضيح الأحكام على تحفة الحكام للتويزري، (166/1).

[2] تحفة ابن عاصم، مع شرح أحكام الإحكام، محمد الكافي، (ص: 56).

## المطلب الثاني: مفهوم خطاب الضمان اصطلاحا

نروم في هذا المطلب محاولة إيضاح مفهوم خطاب الضمان عن طريق عرض بعض التعريفات الاصطلاحية للخروج بنتيجة تؤول إلى تصور هذا العقد تصورا يفيد المطلع على هذا البحث، وتكفيه مشقة الرجوع إلى بعض ما كتب في هذا الموضوع، خاصة وأن هذا المصطلح لم تتناوله المعاجم الاصطلاحية القديمة ، بل كل ما كتب حوله هو للباحثين المعاصرين مع الندرة والقلة، إضافة إلى وجود بعض التنوع والتغاير سواء في الصياغة أو المضمون. وهذه بعض من تلكم التعريفات:

- اختار علي السالوس، وهو من المعاصرين، تعريف خطاب الضمان على أنه : "تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه(طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه هذا المصرف خلال مدة معينة على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما يبديه العميل من المعارضة"[1].

- يلاحظ من خلال هذا التعريف أن العميل (المكفول) يتحمل تبعات هذا الإصدار، وإن أبدى معارضة فلا يسمع له كلام، كأنه ملزم برده سواء كانت له الاستطاعة والقدرة على ذلك أم لا.

---

[1] فقه البيوع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، (ص: 1389).

- بينما يرى باحثون معاصرون في تعريفه: "بأنه تعهد من البنك بقبول دفع مبلغ معين لدى صاحب الطلب إلى المستفيد بذاك الخطاب، نيابة عن طالب الضمان عند عدم قيام كطالب الضمان بالتزامات معينة تجاه المستفيد"[1].

الجديد في هذا التعريف عن سابقه أنه يضمن لصاحب الخطاب دفع مبلغ معين عن طريق تعهد من البنك في حالة أخل طالب الضمان بالتزاماته.

- كما عُرِّف أيضا بأنه: "صك يتعهد بمقتضاه البنك المصدر له بأن يدفع مبلغا معينا لحساب طرف ثالث لغرض معين"[2].

- ويرى آخر في تعريفه «بأنه تعهد نهائي يصدره البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين خلال مدة معينة، بمجرد أن يطلب المستفيد من البنك ذلك دون الرجوع إلى العميل"[3].

إلا أن هذا التعريف لا يسلم إذ وصف التعهد بالنهائي، فيلتبس المقصود من هذا الكلام، «هل المراد منه قصر خطاب الضمان على نوعه النهائي، أم أن المقصود عدم التردد في التزام أم غير ذلك، فإن كان

---

[1] فقه المعاملات المالية المعاصرة ، سعد الخثلان، (ص: 189).

[2] خطاب الضمان، أبو غدة عبد الستار، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

[3] خطاب الضمان، أبو ندى عبد الستار، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

المقصود هو الاحتمال الأول، فإن التعريف هنا قاصر على الأنواع المتبقية.

وإذا كان المراد الاحتمال الثاني، هذا المعنى يفهم من التعهد بالضرورة، وهو جعل الطرف الثالث يستحق المبلغ المضمون بمجرد المطالبة، لا بإخلال بالشروط المتفق عليها بين العميل والطرف المستفيد، إلا إذا كانت المطالبة تعني إخلال العميل بالشروط وفق اتفاق مسبق بين المستفيد والعميل"[1].

- وللإشارة، فإن هيأة كبار العلماء أعطت تعريفا مهما لخطاب الضمان (الضمان المالي) موجزة ذلك بالقول: «هو عقد يتعهد فيه مصرف لشخص أو جماعة بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين عن مقاول مثلا بمجرد طلب المستفيد من المصرف خلال مدة محدد، وذلك من أجل قيام العميل بعمل أو التزامه بأمر لذلك الشخص أو الجماعة على أن يدفع عمالة للمتعهد بالمبلغ ويضع تحت يده في الغالب ضمانا نقديا أو رهنا ليكون ذلك غطاءا للمبلغ المتعهد بدفعه"[2].

- وهذا المعنى قريب من تعريف الدكتور بكر أبو زيد كما هو في كتاب نظرية عقود الصيانة، وفيه أشار إلى تعريف خطاب الضمان بأنه "تعهد قطعي مقيد بزمن محدد غير قابل للرجوع يصدر من البنك بناءا على

---

[1] خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، سليمان القرم، (ص: 26)

[2] أبحاث هيأة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، (5/314-315).

طلب طرف آخر عميل له بدفع مبلغ لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل، لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو تنفيذ مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما، ويرجع البنك بعد على العميل بما دفع عنه المستفيد"[1].

ولإعطاء مفهوم جامع لهذا المركب الإضافي، يزيل بعض ما أشكل من الفهم، يمكن القول في التعريف المختار لخطاب الضمان بأنه : عقد يتعهد فيه المصرف كتابيا بضمان عميله (طالب الإصدار) على صيغة القطع، بناء على طلب ذلك العميل، ومقيد بزمن محدد على سبيل الإلزام، بدفع القيمة التي نص عليها التعهد لقاء قيام العميل بعمله وفق ما نص عليه من الشروط، ليكون ذلك الغطاء للمبلغ المتعهد بدفعه، دون التفات في الغالب لما قد يبديه العميل من المعارضة إذا أخل بالتزاماته.

واستنتاجا ممّا سبق؛ فإن المصرف أو البنك يعتبر ضامنا للعميل حسب الصرف، وكذلك حسب شروط وقت الاتفاق.

ويبقى الإشكال المثار هو: هل الشروط الملزمة في هذا العقد صادرة من الأطراف المشاركة الثلاثة أم أنها صادرة من جهة واحدة؟وعليه، تكون

---

[1] نظرية عقود الصيانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، خلف سعيد العفريت الكويتي، (514/2).

هذه الإصدارات مجحفة وبشروط في بعض الأحيان مهينة، ترجع بالنفع على جهة دون أخرى.

وهذا ما سيحاول هذا المبحث تبيينه من خلال الحكم الشرعي للضمان المالي (خطاب الضمان).

ولكي تتضح صورة خطاب الضمان أكثر لابد من ذكر أنواعه وشروطه والأطراف المشاركة فيه، وهو ما يتناول في المبحث الموالي:

## المبحث الثالث: أنواع خطاب الضمان وشروطهوالأطراف المشاركة فيه

ولتبيين هذا المبحث نتوسل المطالب التالية:

### المطلب الأول: أنواع خطاب الضمان.

المتأمل في هذا العقد وخاصة عند الرجوع إلى التعريفات السابقة تمحيصا وتفكيكا وقراءة، يجد عدة أنواع من خطاب الضمان تختلف باختلاف الغرض الذي صدر من أجله هذا الخطاب سواء على المستوى المحلي أو الخارجي.

وتلعب البنوك دورا مهما في تنمية العمل التجاري وتسهيل قنواته عن طريق تقديم خدمات مصرفية عن طريق إصدار خطاب الضمان لعملائها خاصة في تنفيذ عقد التشغيل.

وهذه أهم الأنواع التي ذكرها بعض الباحثين المعاصرين من خلال النظر في نماذج عدة لخطاب الضمان.

•أولا: الابتدائي والنهائي.

الابتداء في اللغة: من بدأ الشيء ابتداء، أخد فيه أو فعله ابتداء، وبدأه إذا أنشأه ومنه بئر بديء، أي ابتداء حفرها.

تعرف خطابات الضمان الابتدائية بأنها «بأنها هي التي تتضمن تعهدات مقدمة إلى الجهات المستفيدة منها، سواء كانت هيئات حكومة أو شركات أو غيرها، لضمان دفع معين من النقود يمثل في الغالب نسبة تتراوح من ٪10 إلى ٪3 من قيمة العطاء التي يتنافس العميل الطالب لخطاب الضمان للحصول عليه.

ويرفق هذا العرض الذي قدمه الخطاب بمجرد طلبها له، وذلك في حالت عجز العميل (مقدم الخطاب) عن إتمام التعاقد معها إذ رست عليه العملية خلال مدة معينة، وهي في الغالب لا تزيد عن عشرة أيام من إبلاغه نتيجة المناقصة"[1].

ويعرف كذلك بأنه "تعهد موجه إلى المستفيد من هيئة حكومية أو غيرها لضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي يتنافس خطاب

[1]فقه البيوع والاستيثاق، علي السالوسي، (ص 1389).

الضمان للحصول عليها ويستحق الدفع عند عدم قيام الطالب باتخاذ الترتيبات اللازمة عند رسوّ العملية عليه" [1].

ويرى البعض أن خطاب الضمان الابتدائي هو: «من كفاية المركز المالي لمقدم الخطاب وضمان جديته"[2].

يلاحظ في هذا النوع من الضمانات أنه أكثر الأنواع شيوعا وانتشارا، إذ أنه يكون مقابل الدخول في مناقصات أو مشاريع، كما أنه يقدم فيه طالب الخطاب نسبة من قيمة الخطاب تصل إلى٪3، ويبقى ساري المفعول لمدة قد تصل إلى ثلاثة أشهر. ولا يمكن إلغاءه بصفة رسمية إلا بإرجاعه إلى الجهة المقدم إليها.

والغرض الأبرز من هذا النوع هو التأكد من كفالة المركز المالي للعميل عند الجهة التي تقدم العطاءات لضمان جديته، وهو ما يصطلح عليه: بهامش الجدية.

أما خطاب الضمان النهائي فقبل أن نورد ما قيل في تعريفه، نشير ابتداء إلى المدلول اللغوي للنهاية،يقول أهل اللغة "نهاية الشيء أقصاه وآخره، ونهايات الدار حدودها، وانتهى الأم بلغ النهاية وهي أقصى ما يمكن أن يبلغه"[3].

---

[1] البنك اللاربوي محمد باقر الصدر (ص: 123).

[2] خطابات الضمان المصرفية، أحمد حسني (ص: 9).

[3] المصباح المنير (ص: 629).

أما في المدلول الاصطلاحي فهو "عبارة عن تقديم تعهدات إلى الجهة التي تصدر العطاء، وغالبا تختار أفضل المنافسين، فتطلب منه خطاب ضمان نهائي قد يصل إلى نسبة مئوية تتراوح في الغالب ما بين 5٪ إلى10٪ «من مجموع قيمة العطاء كتأمين نقدي لتنفيذ العقد المبرم بينهما على أكمل وجه، وتقوم الجهة المستفيدة برد خطاب الضمان الابتدائي إلى العميل، وتكتفي بخطاب الضمان النهائي، الذي يحق لها الحصول على قيمته عند طلبها في حالت عدم استطاعة العميل الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد"[1].

وقيل في تعريفه "تعهد للجهة الحكومية أو غيها لضمان دع مبلغ من النقود يعادل نسبة أكبر من قيمة العملية التي استقرت على عهدة العميل، ويصبح الدفع واجبا عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحاها"[2].

جاء في فقه البيوع والاستيثاق أن خطابات الضمان النهائية «خاصة بضمان حسن تنفيذ العقود المبرمة مع تلك الجهات"[3].

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بخصوص خطاب الضمان الابتدائي والانتهائي: "إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي، لا

---

[1] البنوك التجارية، الدكتور حسن كمال، والدكتور حين غلاب، (ص: 167).

[2] البنك اللاربوي محمد باقر الصدر (ص: 129).

[3] علي السالوسي (ص: 1389).

يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالا أو مالا، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة، وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة"[1].

وإذا كان خطاب الضمان الابتدائي والمراد به ضمان جدية المتقدم للعطاء والتزامه بتقديم هذا العقد، فإن خطاب الضمان الانتهائي يراد به حسن تنفيذ المشروع وسلامة أدائه.

فرع: أوجه الائتلاف والاختلاف بين الخطابين

من خلال التعاريف السابق ذكرها نستخلص مجموعة من الفروق الجوهرية بين خطاب الضمان الابتدائي وخطاب الضمان النهائي، ومن أجل وضوح هذه الفروق الجوهرية، نبدأ أولا ببيان أوجه التطابق بين هذين النوعين من الضمان

أوجه التطابق والائتلاف[2]:

يتفق خطاب الضمان الابتدائي والنهائي في مايلي:

_تعهد يضمن فيه العميل حظوظه المالية أمام الجهة المخول لها الاستفادة من خطاب الضمان.

---

[1] نظرية عقود الصيانة، خلف سعيد العفريت الكويتي، (516/2).

[2] بتصرف من كتاب خطاب الضمان في المصارف الإسلامية سليمان القرم، (ص: 63).

_العميل في كليهما يكون ملزما بأداء ماتعهد به، أما المؤسسة المصرفية لصالح المستفيد من الضمان.

_وينفقان كذلك في كون الجهة المستفيدة في مأمن من أي خسارة تترتب عن انسحاب أحد الأطراف من العملية موضوع الضمان.

_ويتفقان كذلك في كون كليهما ملزمان للمصرف بضمان العميل.

أوجه التغاير والاختلاف:

إذا كان لخطاب الضمان أوجه تقارب وائتلاف، فإن ثمة كذلك أوجه اختلاف وتغاير يتميز كل منهما عن الآخر، وقد قام أحد الباحثين المعاصرين[1]من خلال دراسته المستفيضة والممتعة لخطاب الضمان، بجرد مجموعة من أوجه الاختلاف والتمايز، نوردها كالآتي:

_خطاب الضمان هو الأساس النهائي الذي ينبني عليه خطاب الضمان النهائي، حيث يكون الأول مقدمة تظهر جدية العميل في إقباله على المشروع، أما الثاني فيكون لضمان حسن التنفيذ لهذا المشروع، ومعنى ذلك أن خطاب الضمان لايعني حتمية أن يرسو المشروع أو العطاء على العميل المتقدم، بخلاف خطاب الضمان النهائي فإنه بات من المؤكد أن هذا العميل دون غيه هو من أصبح ملتزما بتنفيذ المشروع أو العطاء.

---

[1] خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، سليمان محمد القرم، ص: 64.

_المدة في خطاب الضمان الابتدائي التي يكون ساري المفعول فيها أقل من تلك التي تكون في خطاب الضمان النهائي، فقد تكون في الأول عشرة أيام، تزيد أو تنقص، بينما هي في الثاني ثلاثة أشهر.

_النسبة المئوية المقدمة من قيمة الخطاب إلى المصرف تتفاوت بين الخطابين،فهي في الأول تتراوح بين ٪1 إلى ٪3 بينما هي في الثاني تتراوح بين ٪5 إلى٪10 من قمة الخطاب المطلوب.

_خطاب الضمان الابتدائي هو وعد غير ملزم للاستمرار في تنفيد المشروع قبل تقديم خطاب الضمان النهائي، فهو لدخول عطاء، بينما الحال يختلف في خطاب الضمان النهائي، إذ هو عقد ملزم مالم ترجع الشروط عليه بالإبطال، وهو لضمان جدية الإرادة في تنفيذ العمل[1].

ثانيا: أنواع أخرى لخطاب الضمان.

1- خطاب الضمان الدفعة المقدمة.

وهو عبارة عن اتفاق بين الجهة صاحبة المشروع والمشرفة على تسليم العميل دفعات مقدمة لصاحب المشروع والذي يكون محتاجا للدعم ليستفيد من هذه الامكانيات المتاحة.

«وهو عبارة عن سلفة يقدمها العميل إلى المصرف على حساب المشروع لصالح الطرف المستفيد"[2].

---

[1] خطاب الضمان في المصارف الإسلامية سليمان القرم (ص65).

[2] خطاب الضمان في المصارف الاسلامية، سليمان القرم، (ص 65).

وهذا النوع يفيد تأمين وضمان جدية المقاول صاحب المشروع حتى لا يتلاعب في عملية التنفيذ للمشروع.

كماأنه يفيد أيضا أن طالب الخطاب ليس له رصيد يغطي قيمة خطاب الضمان.

لكن ثقة البنك في عميله تمنحه الموافقة على إعطائه خطاب الضمان بدون غطاء.

2-خطاب الضمان الملاحي:

هذا النوع يكون في مجال النقل الملاحي، إذا كانت سندات الشحن غير متوفرة، فيقدم المستورد ضمان مالي عن طريق الخطاب يكون مساويا للبضاعة لوكيل السفينة البحري، لكي تصل سندات الشحن اللازم استيرادها من الجهة التي صدرتها.

كما أن خطابات الضمان الملاحية تقدم "إلى مصلحة الجمارك مقابل إرسال بعض السلع لخارج الدولة لتجهيزها أو إصلاحها وإعادتها مرة أخرى، وتقدم خطاب الضمان أيضا عن الشيكات المفقود لضمان عدم تقديمها للمصرف مرة أخرى كما تقدم لمصلحة الضرائب كضمان لما هو مستحق، أو قد يتحقق من بعض حالات الشراء بالتقسيط والبيع الآجل، وذلك ضمانا للسداد"[1].

[1] خطابات الضمان أحمد الحسني، (ص: 10).

ويبقى الغرض منه كما هو مبين، الاشتراك في بعض المناقصات أو المزايدات بغرض الدخول في المشاريع.

3-أنواع أخرى باعتبارات مختلفة:

تنقسم أنواع خطابات الضمان إلى أنواع أخرى، يمكن إجمالها كالآتي:

أ- «خطاب الضمان مغطى كليا: وهو عبارة دفع العميل قيمته كاملة للمصرف.

ب-خطاب الضمان مغطى جزئيا: وهو الذي يدفع فيه العميل جزءا من قيمته للمصرف»[1].

ت-خطاب الضمان غير مغطى مطلقا: «وهو الذي لا يدفع فيه العميل شيئا للمصرف منقيمته»[2]. وهذا النوع يسمى أيضا: (بالمكشوف).

ث-خطاب الضمان المشروط: «وهو المشروط بعجز العميل عن الدفع للمستفيد أو بعدم الوفاء بالتزاماته فلا يستحق دفع قيمة الضمان إلا بعد تقديم المستندات التي تثبت العجز أو التقصير»[3].

---

[1] خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، سليمان القرم، (ص: 70) بتصرف

[2] فقه المعاملات المالية المعصرة، يعد الخثلان، (ص 190)

[3] خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، سليمان القرم، (ص 70) بتصرف

ج-خطاب الضمان غير المشروط: وهو خطاب الضمان الذي يكون غير مشروط بعجز أو بعدم وفاء العميل، فيستحق فيه العميل دفع قيمة الضمان له[1].

وإذا كانت هذه أهم الأنواع الموجودة في خطاب الضمان، فماهي شروطه؟

## المطلب الثاني: شروط خطاب الضمان.

إن الشروط الموضوعة لخطابات الضمان لها أهمية بالغة، نظرا لكونها مبتنى بعض الأحكام المتعلقة بهذا العقد، ونظرا لأهميتها؛ فإن المصرف يقوم بأعمال وإجراءات لأجل هذا الغرض، وفي سياق تجلية هذه الإضاءة يقول الشيخ علي السالوس: «إن البنوك الربوية عندما تصدر خطابات الضمان تأخذ من عملائها ما يقابل هذا الإصدار، وتراعي في تحديد العمولة الأعمال والإجراءات التي تقوم بها، وقيمة الدين الذي تضمنه، ومدة الضمان. وهي عادة تقدر نسبة مائوية تحسب على أساس هذا الدين ومدته. فإذا قام البنك بدفع أي مبلغ ضمنه حسب قيمة الدين على العميل بالفائدة الربوية المتعارف عليها، والتي يلتزم بها المدين قانونيا، والبنك تاجر ديون مراب، وكما يقول أحد رجال الاقتصاد: يمكن

---

[1] المرجع السابق، الصفحة نفسها بتصرف.

تلخيص أعمال البنوك التجارية في عبارة واحدة هي : التعامل في الائتمان أو الاتجار في الديون»[1].

وبناء على الأنواع السالفة الذكر في خطابات الضمان يمكن ذكر الشروط بحسب كل نوع على حدة، وبناء عليه يشترط في خطاب الضمان الابتدائي: "المصرف على العميل الذي تصدر له خطاب الضمان عمولة قد تصل إلى ٪25 من قيمة هذا الخطاب.

ويشترط في خطاب الضمان الانتهائي: أنها يحق لها الحصول على قيمة خطاب الضمان عند طلبها. في حال عجز العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد، وأن المصارف تتقاضى من العميل الذي تصدر له الخطاب عمولة إما شهرية أو سنوية.

كما يشترط في خطاب الملاحي: أنه يضمن أي مسؤولية تنجم عن تسليم البضائع للمستورد قبل وصول مستندات الشحن"[2].

ويتضح من خلال هاته الشروط، أن البنوك تلجأ إليها حتى تحصر نشاطها وتعهداتها للاستعداد بالدفع عند الطلب، وذلك عن طريق ديون الآخرين، وهذا هو المتعارف عليه باسم: (الودائع التجارية).

---

[1] فقه البيوع والاستيثاق، (ص: 1389، 1390).

[2] خطابات الضمان، لأحمد الحسني، (ص:9-10) بتصرف

والغرض هو: أن تذرّ عليها ربحا (ربويا) وهو الأمر الذي يجب أن يختلف في المصارف الإسلامية، فما وصفها بالإسلامية إلا لتطهير أموالها من الربا.

- وإذا كانت هذه أهم الشروط، فلا بد من ذكر أركان هذا العقد، وهو المطلب الموالي.

## المطلب الثالث: أركان خطاب الضمان

مما لا ريب فيه أن الحاجة ماسة إلى مثل هذه الأنواع من العقود المستجدة والحديثة، وعلى رأسها خطاب الضمان لما له من دور هام وفعال في الرفع من الاقتصاد الوطني ولما فيه من فرص العمل في قطاع الشغل والتشغيل.

هذه الحاجة تكون أكثر إلحاحا عندما يتم التعاقد بين العميل (المستفيد) وبين المقاول (الآمر).

فإذا وافق البنك على إصدار خطاب الضمان فإنه لا يتم إلا وفق أركان أساسية لا بد من وجودها، يمكن تلخيصها في الآتي:

1) الأطراف الثلاثة المشاركة في عملية خطاب الضمان المالي وهي:

أ- "المصرف: يعتبر المصرف ركن من أركان خطاب الضمان بحيث يعد الجهة التي تصدر الخطاب كتابة بدفع مبلغ معين، نيابة عن العميل خلال مدة معينة، ويتعهد فيه بالضمان.

ب- العميل: وهو الطرف الذي يصدر الخطاب لحسابه، أي أن هذا الخطاب لا يكن صدوره إلا بوجود هذا العميل.

ج- المستفيد: يعد المستفيد هو صاحب الحق الذي التزم به الضامن، أي هو الطرف المضمون له، ويعتبر طرفا أساسا في هذه العملية وبدونه لا تتم.

ح- قيمة الضمان: تعد القيمة التي تم من خلالها هذا العقد مكملة لخطاب الضمان، أي هي القيمة أو المبلغ الذي صدر به الخطاب، والذي يلتزم المصرف في حدوده بكفالة العميل[1]."

إذن: يمكن تلخيص الأركان السابقة في الآتي:

- ✓ المصرف
- ✓ المستفيد
- ✓ الآمر
- ✓ والمبلغ المحدد

-وللإشارة فإن بعض الخطابات تحتوي على مبلغ المشروع، وتاريخ توقيعه، وكذلك رقم العقد الموقع بين المستفيد والآمر، وكذلك ذكر اسم المستفيد.

[1] خطابات الضمان، لأحمد الحسني، (ص: 8)، بتصرف.

-وإذا كان المعنى لأركان خطاب الضمان قد أزيل عنه بعض ما استشكل من المفهوم، فلا حاجة لكثير من الحشو والزوائد، فيمكن الانتقال إلى الأحكام المتعلقة بخطاب الضمان.

## المبحث الرابع: الأحكام المتعلقة بخطاب الضمان

بعد معرفة مفهوم خطاب الضمان وأنواعه وشروطه وأركانه، وبيان أن الحاجة تدعو إليه، فالقصد المراد هو تيسير وتقريب معانيه ليتوسل بذلك كله للوصول إلى معرفة الحكم الشرعي في الفقه الإسلامي، ومكانته في فقه المعاملات، خاصة وأن خطاب الضمان يعد تطبيقا معاصرا هاما لعقد التشغيل بحكم أن جل الأطراف المشاركة في هذا العقد تبرم بنودها وفق عقود التشغيل لتيسير عملية تنفيذ المشاريع، وبصفة أخص الضخمة منها أو مشاريع البنية التحتية،سواء كانت حكومية أو غير حكومية، وسواء في القطاع العام أو الخاص، كمشروع بناء الموانئ والملاحة الجوية والطرقات وغير ذلك مما يحتاج فيه إلى الأبناك أو المصارف، لمساعدة إكمال المشروع على أحسن وجه، وذلك لا يتم إلا عن طريق سيولة مالية تكون الأبناكفي كل الأحول طرفا فيها الأبناك؛ وبالتالي فهذه العملية الناشئة عن عقد التشغيل ومن خطاب الضمان خاصة، لها تأثيرات عملية على نمو الاقتصاد الوطني.

إلا أن هذا الأمر لا يعني التسليم بالمطلق، والخضوع للبنك في جميع ما صدر عنه وما يقرره، بل لابد من عرض جميع هذه البنود وبخاصة ما

تعلق بخطاب الضمان على الأدلة الشرعية، وبيان الحكم الشرعي لها، والاستناد لأقوال العلماء المجتهدين، والأمر يكون أفضل إذا كان هذا الاجتهاد صادرا من مجموعة العلماء، كمجمع قرار الفقه الإسلامي وغيره.

-إذا علم ذلك، فإن مدارسة الأحكام الشرعية المتعلقة بخطاب الضمان يستوجب ذكر المطالب التالية:

## المطلب الأول: المجيزون لهذا العقد وأدلتهم

يحيل البحث في هذا المطلب إلى الوقوف عند مجموعة من الفقهاء وخاصة بعض الباحثين المعاصرين، بحيث إنهم تبنوا جواز خطاب الضمان بناء على الشروط والأركان السابقة، وهذا الأمر يتناول وفق التكييف الشرعي لخطاب الضمان المالي الذي ذهب من خلاله مجموعة من الباحثين في فقه المعاملات المالية المعاصرة على أن خطاب الضمان مباح شرعا بالنظر إلى تكييفه الشرعي.

ومن أقوى ما استشهد به هذا الفريق على صحة ماذهبوا إليه.

الفرع الأول: اعتبروا خطاب الضمان مكيفا شرعا على أساس الوكالة.

استند هذا الفريق على القول بأن خطاب الضمان بمثابة الوكالة؛ وذلك إذا كان هذا الخطاب مغطى بالكامل، وهذا الغطاء سواء كان نقديا أو عينيّا.

-فإذا كان خطاب الضمان مغطى بالكامل تغطية نقدية ينطبق عليه الخطاب، وبين المصرف تعتبر علاقة الموكل بوكيله.

معنى ذلك: العميل هو: الموكل، والمصرف هو الوكيل الذي يلتزم بأداء المبلغ الذي يتسلمه من العميل لصالح صاحب الحق المستفيد، أي الطرف الثالث الذي يكمل أركان عقد خطاب الضمان المالي لمساعدته في تحسين أدائه في عقد التشغيل.

وتجدر الإشارة إلى أن الوكالة عند السادة المالكية هي: "نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا طاعة لغيره فيه."[1]

وقد تقرر في الفقه الإسلامي "أن الوكالة تجوز بأجر وبغير أجر"[2]

وبناء على هذا الأمر فإن مجمع الفقه الإسلامي قرر في شأن "خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره (الوكالة)، والوكالة تصح بأجر وبدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له)"[3].

---

[1] مواهب الجليل، للحطاب (181/5).

[2] فقه البيوع والاستيثاق، لعلي السالوس، (ص: 1391).

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 5، بشأن خطاب الضمان بجدة، و نظرية عقود الصيانة، خلف سعيد العفريت الكويتي، (516/2)

-فهذا يبين أن خطاب الضمان يعتبر وكالة "لما يرجع الكفيل لما يدفع على من أمره بذلك، كما يرجع الوكيل، فالكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء."[1]

وقد اعتبر الذين جوزوا هذا العقد أن العميل يرهن لدى المصرف أصلا من أصوله المالية على غرار العقارات والأسهم والسندات وغير ذلك، حينها "يحق للمصرف بيعها واقتطاع خطاب الضمان من قيمتها، إذا قام بدفعها للمستفيد، ولم يقم العميل بسداد قيمة خطاب الضمان، وحيث إنهما عقدان جائزان بالانفراد فهما جائزان بالاجتماع."[2]

والمتأمل في الأقوال السابقة يجد فرقا بين خطاب الضمان وبين الوكالة، بحيث يتضح أن "طالب إصدار الضمان لا يستطيع أن يباشر العمل الذي طلب الخطاب لأجله، ولو كان مطيقا لما لجأ إلى المصرف الذي سوف يحمله عبء مصاريف مالية أخرى، فهذا جوهر الخلاف بين خطاب الضمان والوكالة، فالوكالة يستطيع فيها الموكل أن يباشر العمل بنفسه، لكن لسبب ما يوكل غيره[3]."

وقد تقرر في الفقه الإسلامي أن العبرة خاصة في العقود إنما تكون للمعاني لا الألفاظ والمباني.

---

[1] خطاب الضمان، سليمان القرم (ص 52).

[2] خطابات الضمان، أحمد الحسني (ص 18)

[3] خطاب الضمان، سليمان القرم (ص 52).

- والنظر في خطاب الضمان المغطى، إذا أخذ البنك عمولة على هذا الخطاب فإن القول المعتمد كما يقول أحد الباحثين لا إشكال فيه "لكن ما كان مقابل مصارف إدارية فقط، وما زاد على ذلك فلا يجوز، حتى ولو كان مقابل مصارف إدارية فقط، وما زاد على ذلك فلا يجوز، حتى ولو كان بغطاء، لأنه وإن كانت العلاقة بينهما علاقة وكالة، إلا أنه تبقى علاقة الكفالة، فالبنك وكيل وكفيل في نفس الوقت، فليس للبنك أن يأخذ على خطاب الضمان سوى الخدمات والمصارف الإدارية فقط."[1]

- ويبقى السؤال الذي يجب أن توضحه المصارف الإسلامية: هل المصارف تلتزم بهذا الضابط الشرعي، وتأخذ عمولة خطابات إصدار خطاب الضمان فقط؟ أم أنها تتجاوز هذا الحد إلى فوائد ربوية غير مسموح بها شرعا؟

## المطلب الثاني: تخريج خطاب الضمان على قاعدة:الخراج بالضمان.

قبل عرض قول هذا الفريق، وهم جلة من الباحثين المعاصرين القائلين بجواز خطاب الضمان بناء على قاعدة الخراج بالضمان، لابد من ذكر معنى هذه القاعدة وتقريبها بغية وضوح صورتها ومعالمها وضوابطها وحجيتها الأصولية.

---

[1] فقه المعاملات المالية المعاصرة، سعد الختلان، (ص 191).

إن هذه القاعدة تبين أن "وضع اليد على الشيء من غلة ومنفعة وعين يستلزم ضمانه، إذا تلف المبيع في تلك اليد، فلو ردّ المشتري المبيع بعد قبضه في خيار العيب، وكان قد استعمله مدة فلا تلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلفه من ماله."

يقول الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله في بيان معنى القاعدة: "خراج الشيء هو الغلة التي تحصل كمنافع الشيء وأجرة الدابة...ومعنى هذه القاعدة أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان أي تحمل تبعة الهلاك، فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك فيكون استحقاق الثمر في مقابل تحمل الخسارة."[1]

- وهذه القاعدة لها ألفاظ أخرى على غرار قاعدة: (من له الغنم عليه الغرم).

- يقول أحمد المنجور:

"الخرج بالضمان أصل قدورد في مستحق شفعة بيع فسد"

- وقاعدة: الخراج بالضمان هي من القواعد المنتزعة من النص. يقول الدكتور محمد الروكي: "لكن مع ذلك اختلف فيها الفقهاء من جهة أن النص الحديثي الذي هو بنيتها، ورد بصيغة العموم، وقد يمكن

---

[1] المدخل الفقهي العام ، الشيخ مصطفى الزرقا (1036/2).

أن يلتمس له ما يخصصه، فيكون ذلك ثمار اختلاف الفقهاء، هل يحمل ذلك العموم على الخصوص أم لا؟."[1]

- والقاعدة تفيد أن الخراج يستحق بسبب الضمان، وذلك يعتبر «أصل من أصول المذهب، بخلاف الغاصب مثلا فإنه مع كونه ضامنا يرد الغلة على مشهور مذهب مالك بن أنس رضي الله عنه"[2].

- يمكن القول: إن ما استدل به من جوز حطاب الضمان على قاعدة: الخراج بالضمان لا يصح الاحتجاج به، لأن المصرف لايقدم هذا الخطاب إلا بعد التأكد من الجهة أو الشخص حول قدرته على استيفاء حقه إذا دفع للمستفيد أي ثمن.

- كما أن معنى الخسارة لا توجد معناها في المصارف لخطاب الضمان. فالخطاب إما أن يكون مغطى كليا، وحينها يكون المصرف في مأمن من الخسارة، وإما أن يكون الخطاب مغطى جزئيا أو غير مغطى، فالجزء الغير المغطى يعود المصرف به على العميل للاستفاء من التأمينات التي رهنها المصرف قبل إصدار خطاب الضمان.

الفرع الثالث: تكييف خطاب الضمان على الجعالة، وضمان الدرك.

أولا: تكييفه على عقد الجعالة.

---

[1] نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، (ص: 331).

[2] ضمان العقد في الفقه الإسلامي محمد نجات المحمد، (ص 536)

لا شك أن الجعل هو ما يجعله الشخص لمن له أمواله الضالة كالعبد الآبق أو بهيمة أو غير ذلك من الأشياء التي فقدها، فيجعل جعلا (مكافأة) لمن يحضرها له، وفي التنزيل الحكيم:﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1].

- فالجعل أو الجعالة كما هو عند كثير من الفقهاء: "ما يجعل للعامل على عمله"[2].

وهذا المعنى للجعل يصعب الأخذ به في خطاب الضمان، لأن «المصرف يدفع قيمة للخطاب لصالح المستفيد، كتعويض تعهد به المصرف إذا لم يقم العميل بالعمل اللازم"[3].

- جاء على لسان الشيخ علي السالوسي، نقلا عن السادة المالكية في علة المنع قوله : «وعلة المنع أن الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلا، فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة"[4].

بالإضافة إلى ما ذكر فإن الجعل إذا كان في خطاب الضمان، فإن العقد يكون باطلا، لأن الكفيل يعتبر مقرضا في حق المطلوب، وإذا شرط الجعل

---

[1] سورة يوسف، الآية 72.

[2]معجم التعريفات لضريف الجرجاني (ص 68)

[3]خطاب الضمان في المصارف الإسلامية، سليمان القرم، (ص 54).

[4]فقه البيوع والاستيثاق، (ص 1397).

مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه، وتلك الزيادة لا تجوز لأنها ربا.

والقول بتكييف خطاب الضمان على الجعالة لا يستقيم لوجود فرق كبير بين خطاب الضمان والجعالة.

وبناء عليه: فإن هذا التكييف لا يصح، ولا يرقى إلى دليل يستند إليه، ويبقى من الشبه فقط، والقول بجوازه هو القول بجواز خطاب الضمان مقابل زيادة ربوية.

ثانيا: تخريج خطاب الضمان على أساس: (ضمان الدرك).

الأصل في ضمان الدرك أنه لا يجوز للجهالة، لكن جوزوه للحاجة إليه.

والمعنى المراد بضمان الدرك كما هو مقرر عند علماء الأصول: «ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مستحقا، القياس يقتضي منعه، لأنه ضمان ما لم يجب، وعليه ابن سريج، والأصح صحته لعموم الحاجة إليه لمعاملة الغرباء وغيرهم"[1].

وتبقى الإشكالية حاضرة في هذا النوع، لأن الضمان ما جعل إلا للرفق بالناس. بينما المصاريف تأخذ عمولة مقابل إصدار هذا الخطاب، ينضاف إلى ذلك ضمان الدرك رخصة، والرخص لا تتعدى محلها، ولا يقاس عليها.

---

[1] حاشية البناني على جمع الجوامع، (3016/2).

وتكييف خطاب الضمان على أساس ضمان الدرك لا يشمل كل الأنواع، وإنما هو خاص بخطاب الضمان الملاحي، وهو الذي يكون فيه المصرف ضامنا للعميل (الآمر)، أي الذي يطلب الخطاب، ويتعهد فيه للجهة المستفيدة –أي شركة الملاحة– "بضمان أي مسؤولية تنجم عن تسليم البضائع للعميل قبل وصول مستندات الشحن"[1].

وللإشارة، فإن بعض من جوز خطاب الضمان حاول أن يجيز هذا العقد على أنه من العقود الجديدة، وأنه ليس له نظير في الشريعة الإسلامية، لكن هذا القول عارٍ عن الدليل، فلا يحتاج إلى الرد.

## المطلب الثالث: المانعون لخطاب الضمان وأدلتهم.

إذا كان بعض الفقهاء، بناءً على أصول معتبرة، قالوا بجواز خطاب الضمان، فإن مما لا شك فيه هو أن مجموعة من الفقهاء وبعض الباحثين المعاصرين لم يجيزوا خطاب الضمان كما تجريه جل المصارف الإسلامية، وذلك للإخلال ببعض الشروط والأحكام الشرعية التي يجب توفرها في هذا العقد، وقبل استعراض أقوال هذا الفريق، والأدلة التي اعتمد عليها، يجب النظر في بعض التكييفات التي يمكن أن يكيف عليها خطاب الضمان، وذلك وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: تكييف خطاب الضمان على أساس الكفالة:

---

[1] خطاب الضمان، أحمد الحسني (ص: 21).

يمكن القول: إن خطاب الضمان إذا كان مغطى من العميل فالأرجح أنه يعتبر عقد كفالة.

والكفالة: «ضم ذمة إلى ذمة، فضم ذمة المصرف إلى ذمة الطالب للإصدار لمصلحة الطرف الثالث، وعلى هذا فالكفيل هو المصرف، والمكفول هو العميل، والمكفول له هو الطرف الثالث"[1].

وبعد بيان عقد الكفالة يتبين أن العلاقة التي تحكم خطاب الضمان، علاقة ثلاثية:

"علاقة العميل بالمتعامل معه (المستفيد) وعادة ما تكون علاقة توريد أو مقاولة، ويحكمها عقد المقاولة أو التوريد.

العلاقة الثانية: علاقة البنك بالعميل (طالب خطاب الضمان) ويحكمها عقد الاعتماد بالكفالة أو عقد الضمان، ثم علاقة بين البنك والمستفيد"[2].

وكما أن هذا الفريق الذي كيف عقد خطاب الضمان على الكفالة ابرز وجوه الاتفاق بين المصطلحين، من أبرزها:

1- يتفق خطاب الضمان مع الكفالة من حيث الضم والالتزام. وقد عرف الجرجاني الكفالة بالقول: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة"[1] في تنفيذ الالتزام، وفي ضم ذمة المصرف إلى ذمة طالب الإصدار.

---

[1] فقه البيوع والاستيثاق، علي السالوسي، ص: 1391

[2] خطاب الضمان في البنوك الإسلامية، حمدي عبد العظيم (ص: 89).

2-كما أنهما يتفقان في أركان الكفالة، هناك شخص أو أشخاص يضمنون ذممهم إلى ذمة الأصيل،"وفي خطاب الضمان : الكفيل هو المصرف في الكفالة. المكفول هو الأصيل، وفي خطاب الضمان: الكفيل هو العميل في الكفالة: المكفول له هو الطرف الثالث صاحب الحق، وهو في خطاب الضمان المستفيد من الخطاب، ثم إن صيغة الكفالة هي مضمون خطاب الضمان"[2].

وكما هو مقرر عند الفقهاء، أن الكفالة من عقود التبرع، «فهي من أعمال البر التي لا يجوز أخذ أجرعليها"[3].

فالكفالة إما أن تكون عقد تبرع ابتداء وانتهاء، في حالة إذا لم يرجع الكفيل على المكفول بما يتحمله نتيجة الكفالة.

أو تكون الكفالة تبرعا ابتداء ومعاوضةً انتهاء، وذلك إذا أدى الكفيل عن المكفول على أن يعود عليه بما قد يتحمله.

والنظر في الحالة الأولى «التي هي عقد تبرع ابتداء وانتهاء لا ينطبق عليها خطاب الضمان، فالمصرف ليس متبرعا في النهاية، بل يأخذ على الطالب من الضمانات ما يجعله مطمئنا إلى أنه لن يغرم شيئا، والبنوك

---

[1]التعريفات، للشريف أبو الحسن الجرجاني، ص: 155.

[2]خطاتب الضمان، سليمان أحمد القرم، ص:49

[3]فقه البيوع والاستيثاق، ص: 1391

الربوية لا تعود على المكفول بالدين الذي تدفعه فحسب، وإنما تأخذ كذلك الزيادة الربوية، والقانون ربما يعطيها هذا الحق غير المشروع"[1].

وفي هذا الصدد فإن مجمع الفقه الإسلامي قرر ما يلي في شأن خطاب الضمان:

أولا: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغالضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بغير غطاء.

ثانيا: أما المصارف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه، فجائز شرعا، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقديم المصارف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهلة الفعلية لأداء ذلك الغطاء[2].

والواقع يشهد أن بعض "المصارف تأخذ أجرا ثابتا لأي خطاب ضمان مهما كان نوعه أو قيمته أو مدته"[3].

وعليه؛ فإن خطاب الضمان يمكن أن يكيف شرعا ويخرج فقهيا، على أساس الكفالة، إلا أن هذه الكفالة التي تجيزها البنوك على عملائها لا تكون لصالح المستفيد في كثير من الأحيان.

---

[1] فقه البيوع والاستيثاق، (ص: 1392)

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 5 بشأن خطاب الضمان-نظرية عقود الصيانة، خلف يعيد العفريت الكويتي، (516/2).

[3] فقه البيوع والاستيثاق ص: 1392.

كما أنها تؤخذ عوضاً عن الكفالة، والكفيل إذا أدى مبلغ الضمان تكون هذه الصورة شبيهة بالقرض الذي يجر منفعة على المقرض، وهذا لا يصح شرعا.

إذن؛فإن علة التحريم في هذا النوع من أنواع خطاب الضمان، تكاد تنحصر في: الإقراض بالفائدة.

الفرع الثاني: تكييف خطاب الضمان عليأنه كفالة من جهة، ووكالة من جهة أخرى.

عند التأمل في الأقوال السالفة الذكر بشأن تكييف خطاب الضمان، والإطلاع على ما أورده كل من كتب في هذا الموضوع، فإن القول الراجح في تكييف هذا العقد هو أن خطاب الضمان بأنواعه يضع تكييفا شرعيا على أساس الكفالة من جهة، والوكالة من جهة ثانية.

وهذا هو ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الثانية التي عقدها بشان خطاب الضمان، وقد جاء فيه:

"إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي، لا يخلو إما أن يكون بغطاء آو بدونه، فان كان بدون غطاء فهو ضم ذمّة الضامن إلى ذمة غيره فيم يلزم حالا أو مآلا، و هذه حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء، فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة.

والوكالة تصح بأجر أو بدونه، مع بقاء علاقة الكفيل لصالح المستفيد (المكفول له)"[1].

ولكن؛ هذا قد يعني- كما يقول الشيخ علي السالوسي- "أن المصارف لا تأخذ أجرا إلا إذا كان الخطاب مغطى كليا أو جزئيا حيث توجد الوكالة، وفي حالة عدم الغطاء لا يأخذ أي أجر، وهذا خلاف الواقع: فبعض المصارف تأخذ أجرا محددا ثابتا لأي ضمان مهما كان نوعه أو قيمته أو مدته"[2].

فالمصارف إذا أصدرت خطابات الضمان مغطاة جزئيا لبعض عملائها، يلزمها ألا تتقاضى زيادة ربوية على المبلغ الذي تقرضه.

ومما يزيد هذا العقد إشكالية: أن المصارف يجب أن تخضع للشروط و الأركان التي وضعها الفقه الإسلامي في الشركة، لا ما تضعه هي من شروط تعسفية لا تخدم مصالح المستفيد(الضعيف)، وإنما تخدم مصالحها فقط.

والذي يجب التنبيه له وأخذه بعين الاعتبار في المصارف الإسلامية أن خطاب الضمان يندرج تحت الكفالة أو الوكالة.

فلابد إذن؛من الرجوع إلى مفهومي: الكفالة والوكالة، و ما قاله الفقهاء فيهما من الشروط و الأركان المعتبرة شرعا.

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي،رقم 5، بشان خطاب الضمان.

[2] فقه البيوع و الاستيثاق،ص:1382.

كما لا يجوز إغفال ما أورده بعض الفقهاء المعاصرين، والباحثين المتخصصين في المعاملات المالية، وخاصة في شان خطاب الضمان، بغية معالجة المشكل الأكبر في خطاب الضمان الذي تُجريه المصارف الإسلامية والبنوك الربوية.

ولعل أبرز مشكل يجب معالجته: هو الإقرار بفائدة، كما أن هذا العقد ينطوي على شروط محرمة شرعا يجب إصلاحها وتصحيحها.

وبناء عليه؛ فإن القول بالجواز يصعب الأخذ به لوجود أخذ الفائدة على الكفالة.

الفرع الثالث: رأي الباحث

لاشك أن خطاب الضمان من الصيغ الحديثة في التمويل الإسلامي، ويعد هذا الخطاب سببا لكثير من المشاكل في وقتناالراهن،وأضرب هذه المشاكل كثيرة ومتعددة، ومن بينها:

-تراكم الفائدة الربوية في كثير من الأحيان يعجز العميل عن تسديد الأقساط المحددة في وقتها المعهود والمحدد.

ومن هنا صارت الدراسة في موضوع خطاب الضمان مهمة جدا وخاصة ما قارب منها الحكم الشرعي المبني على تحقيق المناط في التخريج الشرعي والتكييف الفقهي.

وبناء على ماسبق في الإضاءة السابقة، فإن ثمة آراء متابينة في الموضوع في ما تعلق منها بالتكييف، وكذا الآراء المعترضة عل التكييف الفقهي، فإن التكييف الراجح الذي يميل إليه الباحث يتجلى في الآتي :

_إن خطاب الضمان إذا كان غير مغطى فأنه يعتبر كفالة.

_إذا كان خطاب الضمان مغطى فهو يعتبر وكالة.

_إن خطاب الضمان إن كان مغطى جزئيا، فإنه يعتبر كفالة في الجزء غير المغطى، ويعتبر وكالة في الجزء المغطى.

_هذا التكييف اختارته المجامع الفقهية، والمؤتمرات الإسلامية، وجمع من الفقهاء والباحثين.

فإذا كان خطاب الضمان كفالة فالمعتمد ماذهب إليه "جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية إلى عدم جواز أخد الأجر على الكفالة بالمال"[1].

وللإشارة؛ فإن الوكالة في الفقه الإسلامي "تجوز بأجر وبدون أجر"[2]، وهذا لا يعني أن المصارف الإسلامية لا تأخذ أجرا إلا إذا كان خطاب الضمان مغطى جزئيا أو كليا حيث توجد الوكالة، وفي حالة عدم الغطاء لا تأخذ أي أجر.

---

[1] المغني لإبن قدامة الحنبلي، ج(441/6)، كسف القناع للبهوتي،ج(306/3)، مواهب الجليل للحطاب ج (391/4)، الشرح الكبير للدردير ج(77/3)

[2] فقه البيوع والإستيثاق علي السالوس ص 1391

لكن هذا على خلاف الواقع، فالظاهر من خلال النظر والإمعان في كثير من تعاملات بعض المصارف الإسلامية المعاصرة، أن هنالك مصارف تأخذ أجرا معلوما وعوضا مشروطا في أي خطاب للضمان سواء من حيث مدته أو نوعه أو قيمته.

وعلى أساس تكييف خطاب الضمان على أنه وكالة شرعا:

فالواجب على الأطراف الثلاثة المكونة لهذه العملية أعني خطاب الضمان، الالتزام بشروط الوكالة،وبأركانها في الفقه الإسلامي، بعيدا عن منهج التحايل على النصوص الشرعية،والكلام نفسه يقال حول حتمية الاهتداء بالنصوص الشرعية والأحكام الفقهية الواردة في مظانها عند الفقهاء في عقد الكفالة الذي يكيّف عليه خطاب الضمان.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن المتعارف عليه في المصارف الإسلامية وهو الغالب، أن العلاقة التي تربط المصرف بالعميل تعتبر علاقة وكالة وكفالة معا، فيعتبر وكيلا في الجزء المغطى وكفيلا بالنسبة للجزء غير المغطى.

_وإذا كان المطلوب من المصارف الإسلامية هو تحري الحلال الشرعي في المعاملة المالية _وهو ما ترومه في الغالب الأعم من تعاملاتها_ فيمكن أن يقدم خطاب الضمان كصورة من صور المشاركة، للخروج من بعض المشاكل التي قد ينتج عنها حرمة هذه المعاملة شرعا، وبالتالي الوقوع في المحظور.

_كما يمكنها أن تقوم وتلجأ بإصدار بطاقة البيع بالتقسيط، وفي هذا السياق يقول الشيخ عالي السالوسي: "على الاقتصاديين أن يتوقفوا عن الإفتاء، وعلى الفقهاء الذين أفتوا أن يبحثوا الجانب الاقتصادي بحثا دقيقا، ثم عليهم أيضا ألا يخرجوا على إجماع أو على نص"[1].

# الفصل الثاني: تصييق عقد التشغيل وفقا لشرط التعاقد من الباطن والغرامة التأخيرية

## المبحث الأول: التعاقد من الباطن في اللغة والاصطلاح

سبق الحديث في هذا البحث عن التعريفات اللغوية والاصطلاحية للعقد، فنتجاوز الحديث عنها الآن تفاديا للتكرار الذي يخالف المنهج الأكاديمي كما هو معهود في الرسائل الجامعية، لنقتصر إذا على المعنى المقصود بالباطن استقلالا.

### المطلب الأول تعريف الباطن في اللغة والاصطلاح

#### الفرع الأول : تعريف الباطن في اللغة

[1] الإقتصاد الإسلامي عالي السالوس (598/1).

بالنظر إلى القواميس اللغوية نجد أن كلمة الباطن مشتقة من، "بطن" وبطن من الإنسان وسائر الحيوان: معروف خلاف الظهر وحكي أن تأنيثه لغة.

وجمع البطن: أبطن،وبطون،وبطنان...وتصغير البطن بطين، وبطن الأرض و باطنها: ماغمض منها وأطمأن.

والبطانة ما بطن من الثوب وكان من شأن الناس إخفاؤه. و الظهارة ما ظهر وكان من شأن الناس إبداؤه ."[1]

بالرجوع إلى كثير من الشروط الواردة في عقود التشغيل، نجدها تشير إلى بند التعاقد من الباطن بل وتفصل القول فيه تفصيلا، ومفاد هذا البند أن تقوم شركة التشغيل بإبرام عقد آخر ويكون ملحقا مع شركة أخرى فرعية وليست أصلية،من أجل القيام ببعض مستلزمات المشروع، والتي لا يمكن للجهة المشغلة وشركة التشغيل القيام به إما لعدم الخبرة التامة أو لعدم الاختصاص أو لأن وقت المشروع لا يسعف في القيام بذلك.[2]

---

[1]لسان العرب، باب الباء، مادة "بطن" 303_306"

[2]هذا التعريف يستفاد من مجموع الشروط التفصيلية الواردة في بيان معنى هذا البند، ضمن مجموع النماذج الخاصة بعقود التشغيل التي اطلع لعيها الباحث

**الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي**

**أولا: تعريف الاقتصاديين للتعاقد من الباطن**

لقد اشتغلت المصادر القانونية والاقتصادية على أحكام هذا البند فكانت الصياغة التعريفية التقريبية إياهم له،هي"قيام المتعاقد الأصلي بالتعاقد مع طرف ثالث، بهدف تنفيذ جزء من العقد شريطة بقاء مسؤولية المتعاقد الأصلي، وضمان الطرف الثالث"[1].

ومن الاطلاقات التي تقاربه عندهم: هي المقاولة الفرعية أو المناولة، ويختص الأخير منهما بالجانب الصناعي أكثر من جانب آخر؛ ذلك أن نشاط المناولة الذي _هو المقابل اللفظي القانوني والاقتصادي للتعاقد من الباطن _" وخاصة في المجالات الصناعية يتسع في دول العالم المتقدم حيث يغطي نسبة كبيرة من إنتاجها الصناعي، تزيد عن نسبة (15٪) في دول

[1]انظر: فكرة الإعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية (ص: 88، دعبدالحليم مشرف الطبعة 2002 دار النهضة العربية للطباعة القاهرة .

الإتحاد الأوروبي، ونسبة (35٪) في الولايات المتحدة الأمريكية،ونسبة(56٪) في اليابان"[1].

## ثانيا: التعريف القانوني للتعاقد من الباطن

ورد في مدونة الشغل المغربية في سياق تقريب تعريف التعاقد من الباطن بأنه: "عملية تتطلب عل الأقل وجود ثلاثة أشخاص وعقدين اثنين، عقد أصلي قائم بين المتعاقد الأصلي الأول والمتعاقد الأصلي الثاني، وعقد ثاني تابع له يكون بين المتعاقد الأصلي الثاني ومتعاقد آخر يسمى متعاقد فرعي، والذي بموجبه يتم إحلال هذا الأخير إحلالا غير كامل من الطرف المشترك، إما في تنفيذ العقد الأصلي أو في المنفعة"[2].

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجده يعرف التعاقد من الباطن بأنه "عملية يتعاقد بمقتضاها مقاول تحت مسؤوليه من الباطن مع شخص آخر

---

[1] المناولة أو التعاقد من الباطن نشاط إستراتيجي ناجح في تنمية الصناعة، تأليف الدكتور والمهندس طلعت بن ظافر المدير العام للمنظمة العربية لتنمية الصناعية والتعدين، صحيفة الشرق الأوسط يوم الثلاثاء 25 رجب 1436 هـ، رقم العدد 9772.

[2]مدونة الشغل الخاصة بالمملكة المغربية إصدار وزارة العدل والحريات، تاريخ 26 أكتوبر 2011 الباب السادس الوكيل المتجول أو الممثل أو الوسيط في التجارة والصناعة القسم الثاني: عقد المقاولة من الباطن المادة 86 ص 35.

يوصف بالمتعاقد من الباطن لتنفيد كل أو جزء من عقد المقاولة ، أو جزء من العقد العام المبرم مع رب العمل"[1].

## المبحث الثاني: خصائص التعاقد من الباطن وحكمه الفقهي

مما ينبغي التنبيه إليه ونحن بصدد دراسة التعاقد من الباطن أن هذا الشرط ليس خاصا بعقود التشغيل وحدها، ولكنه كذلك من الشروط التي لا تكاد تخلوا منها معظم عقود الإمتياز وعقودbot، (عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية)،ومما يفسر به تواجد هذا الشرط في عقودbot هو ما تعرفه هذه العقود "من طول المدة وللتقدم الفني المتواصل، ولتنوع الأعمال المتعلقة بالمرفق، مما تضطر معه الشركة صاحبة الامتياز إلى التعاقد مع المختصين في هذه المجالات المختلفة"[2].

---

[1] المادة 1 من القانون رقم 75 _ 1434 الصادر في 31 ديسمبر 1975، المتعلق بتنظيم التعاقد من الباطن لمزيد من االتوسع ينظر كتاب التنظيم الإداري لعقد التوريد دراسة مقارنة (ص: 73 ومابعدها محمد غانم.

[2] انظر: عقد امتياز المرفق العام bot، الدكتور ابراهيم الشهاوي (ص: 197،الطبعة الأولى2003 القاهرة

## المطلب الأول:خصائص التعاقد من الباطن وبواعثه

ولوضوح صورة التعاقد من الباطن، نورد هاهنا في سياق التقريب مجموعة من الخصائص والميزات التي يتفرد بها:

### الفرع الأول الأول: خصائص التعاقد من الباطن

_ التعاقد من الباطن ليس عقد أصليا بل هو عقد فرعي جديد ملحق بالعقد الأصلي اقتضته بواعث خاصة واستلزمته أحكام معللة.

_ القصد الكلي للتعاقد من الباطن هو المساعدة على تنفيذ العقد الأصلي بشروطه وضوابطه الموقعة بالتراضي بين صاحب العمل والجهة المشغلة وليس إطلاقا انسلاخا من العمل أو تنازلا عنه أو فسخا له.

_ في حالة طروّ التعاقد من الباطن على العقد الأول الأصلي، فإن العلاقة بين كل من صاحب العمل والجهة المشغلة لا تفسخ ولا تنقطع، بل تبقى كما هي، ويصير التعاقد من الباطن من شروطها المتممة والملحقة وفقها ماهو مدون في الشروط.[1]

[1] فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية د ابراهيم الشهاوي (ص197).

_التعاقد من الباطن لاينشئ علاقة إدارية جديدة مع صاحب العمل والمتعاقد معه من الباطن، بقدر ما يكون المسؤول إداريا أمام صاحب العمل هو الجهة المشغلة، ومن وقع التعاقد معه من الباطن وتحقق بشروطه المعلومة يصير منفذا لشروط الجهة المشغلة وهو المسؤول المباشر عنه.

**الفرع الثاني: بواعث التعاقد من الباطن وأسبابه**

تتضمن عقود التشغيل وغيرها من العقود، بعضا من التفصيل البين والواضح لبواعث التعاقد من الباطن.[1]

ويمكن إجمال هذه الدواعي والبواعث فيما يلي:

_ أن يكون المتعاقد الثاني في العقد من الباطن غير مرضي عند رب المال، أو العمل، إما لأنه غير مؤهل للعمل المطلوب، أو لأنه غير موثوق، أو لغير ذلك من الأسباب، فيجعل بينه وبين رب المال وسيطا يتستر به، ثم

[1] تتضمن كل عقود التشغيل مجموعة من المواد، ومن بينها المادة الخاصة بالتعاقد من الباطن وبالنظر الى هذه المواد نجد فيها تفصيلا لبواعث التعاقد من الباطن وشروطه وغايته.

يتعاقدان من الباطن من غير علمه، وأكثر ما يقع هذا في الإجارة من الباطن وفي عقد المقاولة من الباطن.

_ مخافة أحد المتعاقدين في العقد الأصلي، أن تفوته منفعة ما عاقد عليه، فيكون ذلك باعثا له على أن يعاقد على هذه المنفعة من الباطن؛ حتى لا تذهب عليه أجرتها هدرا.

_ أن يجد العامل في العقد الأصلي من هو أحذق منه فيما طلب من عمله؛ فيعاقده عليه من الباطن طمعا أن يأتي حذقه بربح كثير ويتمثل هذا جليا في عقد المضاربة من الباطن في بعض صورها.

_أن يكون العمل المعقود عليه مما يعجز العمال عن القيام به فيحوجه ذلك إلى أن يعاقد غيره من الباطن على جزء من العمل أو كله[1].

**الفرع الثالث: تجربة المملكة المغربية في تطبيق عقد التشغيل من خلال التعاقد من الباطن**

---

[1] العقد من الباطن في الفقه الإسلامي، – رسالة علمية غير مطبوعة – تأليف سامي بن عبد العزيز الماجد، جامعة الإمام محمد بن سعود كلية الشريعة/ سنة 1429 هـ المقدمة (ص 2).

يشكل التعاقد من الباطن إحدى العقود المُعِينة على تجاوز كثير من مسببات الركود الاقتصادي، فالتعامل بهذه الصورة من العقود يسهم إلى حد كبير حسب –ما تجمع عليه كثير من الدراسات الاقتصادية– في تجاوز عتبات الفقر والبطالة من خلال تشغيل الرأسمال البشري الذي يسهم بدوره في التنمية بمختلف أشكالها سواء أكانت زراعية، أو اقتصادية؛ كما "تساهم بشكل غير مباشر في تشغيل العمالة الوطنية وتقليص نسب البطالة وبالتالي رفع مستوى الدخل الفردي والوطني، وإذا رجعنا إلى مفهوم التعاقد من الباطن يتضح لنا أن:العملية التي تكلّف بواسطتها مؤسسة أخرى، لتنفيذ إنتاج معين لصالح الأولى.[1]

ومن التجارب الناجحة في هذا المجال بالمملكة المغربية، تجربة نموذجية فريدة للمكتب الوطني الشريف للفوسفاط[2]، وقد انطلقت هذه

---

[1] نظرية عقود الصيانة (671/2).

[2] المكتب الوطني الشريف للفوسفاط: office cherifien des phosphates شركة مغربية متخصصة في إستخراج وإنتاج وبيع وتصدير الفوسفاط ومشتقاته، بحيث تعتبر مجموعة المكتب الوطني للفوسفاط من الشركات الرائدة على المستوى العالمي في سوق الفوسفاط والمنتجات المشتقة منه ويمتد نشاطها إلى القارات الخمس، كما أنها أول مقاولة بالمملكة المغربية وقد تشكلت أكبر إحتياطات العالم من الفوسفاط تحت أرض المغرب. وانطلاقا منذ سنة 1920، بدأ المجمع الشريف للفوسفاط في تثمين وتطوير هذا المورد الطبيعي الثمين، وبعد مرور قرن من الزمن تقريبا على إنشاءه أصبح المجمع الشريف

التجربة سنة 1996 لما وضعت هذه الشركة قائمة على التخصص ركزت فيها على وظائفها الأساسية وتنازلت بموجبها عن الوظائف والمهام الثانوية ضمن نشاطاتها،وتعاقدت مع مؤسسات صغيرة ومتوسطة مغربية مما عزز موقعها التنافسي من جهة وحقق الإسهام الفعال في تنمية، وتأهيل قطاع المناولة الصناعية بالمغرب.

وقد ارتفعت نسبة مشاركة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تنفيد المشاريع الاستثمارية للمجموعة إلى حوالي 70 ٪ مع خلق العديد من فرص العمل .

ونتج عن ذلك كله ما يزيد على 112 نشاطا في مجالات الميكانيك والكهرباء والهندسة المدنية والخدمات خلال العام 2006.

وقد عقد (المكتب الشريف للفوسفاط) ندوة عن دور المناولة والشراكة الصناعية في تنمية الصناعات الصغيرة والمتوسطة في أبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، ودورة تدريبية في خريبكة بالمملكة المغربية،إضافة إلى عقد ثلاثة ملتقيات كبيرة عربية للصناعات الصغيرة

---

للفوسفاط رائدا علميا في مجال تصدير المنتجات الفوسفاطية. لمزيد من التوسع انظر الموقع الإلكتروني للمجموعة ocpgroup.ma

والمتوسطة في مصر والكويت وسلطنة عمان،كما قامت بإنشاء قاعدة معلومات للمناولة الصناعية والشراكة،تَم بثُّها ضمن الشبكة العربية للمعلومات الصناعية[1].

## المطلب الثاني: الحكم الفقهي للتعاقد من الباطن

مما تقدم يتبين أن التعاقد من الباطن ليس هو التنازل للغير، وإن ظهر للناظر أن بينهما نوع من التشابه والتقارب فإنه ليس كذلك، مع العلم أن عقود التشغيل والعقود الإدارية كلها قد لا تخلو من الإشارة للتنازل للغير كأحد المواد المضمنة في العقد، وفيها أيضا تفصيلات مهمة سنبسطها في حينها.

### الفرع الأول : التعاقد من الباطن في كتب الفقه

وبالرجوع إلى كتب الفقه، لا نكاد نجد هذا العقد بهذا الإسم "العقد من الباطن"، ولكن نجد في الفقه الإسلامي مجموعة من الصور المندرجة

---

[1] لمزيد من التوسع ينظر الموقع الإلكتروني للمجموعة: ocpgroup.ma / المكتب الوطني الشريف للفوسفاط المملكة المغربية.

تحت هذا المعنى ويشملها التعاقد من الباطن، ومن أمثلة ذلك مثلا الوكيل،يوكل والمستأجر يؤجر، وغير ذلك كثير ...[1]

وقد اتفق الفقهاء على جواز التعاقد من الباطن بشروط معلومة، ومن ذلك أقوالهم الدالة عل هذا المعنى؛ يقول الإمام ابن أبي زيد القيرواني: "في الصانع يستعمل غيره... من الواضحة، وما استعمل الصناع فهو عمل مضمون حتى يشترط عليهم عمل أبدانهم، وإلا فلهم استعمال غيرهم إلا من عرف أنه يقصد لرفقه أو فضل عمله، فلا يكون مضمونا عليه إن مات، ولا يستعمل غيره ويكون كالشرط"[2]، وقال أصبغ المالكي: "ولابأس على من لا يحسن يخيط أن يأخذ ثوبا على أن عليه خياطته بدرهم؛ لأنه عمل مضمون".[3]

---

[1] العقد من الباطن في الفقه الإسلامي رسالة علمية غير مطبوعة تأليف سامي بن عبد العزيز الماجد جامعة الإمام محمد بن سعود كلية الشريعة سنة 1429هـ/ المقدمة (ص 2) إشراف فضيلة الدكتور فهد بن عبدالكريم السنيدي، وينظر كذلك: ارسالة علمية أكاديمية غير مطبوعة : لتعاقد من الباطن في نطاق الأشغال العامة في فلسطين مقارنة بالشريعة الإسلامية إعداد أحمد محمود محمد موسى الجامعة الإسلامية غزة.

[2] النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات لأبي محمد عبدالله بن عبدالرحمن بن أبي زيد القيرواني (77.79/7). ت 386تحقيق الدكتور محمد الحلو دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الأولى199.

[3] النوادر والزيادات (79/7).

وفي تقعيد هذا المعنى وتأصيله يقول الإمام الجليل ابن قدامة المقدسي رحمه الله مانصه: "وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ومثله، فإذا اكترى دارا للسكنى فله أن يسكنها مثله، لأنه لم يزد على استيفاء حقه، ولأنه حقه، فجاز أن يستوفيه بنفسه وبوكيله إذا كان مثله في الضرر أو دونه كقبض المبيع واستيفاء الدين، ويضع فيه ما جرت به عادة الساكن من الرحل والطعام ويخزن فيه الثياب وغيرها مما لا يضر بها، ولا يسكنها من يضر بها كالقصارين والحدداين، ولا يجعل فيها الدواب لأنها تروث فيها وتفسدها، ولا يجعل فيها السرجين، ولا رحى، ولا ما يضر بها، ولا شيئا ثقيلا فوق سقف؛ لأنه يثقله وقد يكسر خشبه، فإن شرط ذلك جاز، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي، ولانعلم فيه مخالِفًا. ولا يملك فعل مايضر بها؛ لأنه فوق المعقود عليه، فلم يكن له فعله، ما او اشترى شيئا لم يملك أخد أكثر منه، فإن جعل الدار مخزنا للطعام: فقال أصحابنا يجوز ذلك، لأنه يجوز أن يجعلها مخزنا لغيره، ويحتمل أن لايجوز؛ لأنه يفضي إلى تخريق الفأر أرضها وحيطانها، وذلك ضرر لايرضى به صاحب الدار[1].

[1] انظر: الشرح الكبير (17/6، 72)، المبدع شرح المقنع (32/5)، دليل الطالب 11، منار السبيل 417.

ويقرر هذا الكلام فقيه السادة الشافعية الإمام النووي رحمه الله بقوله: "وللمكترياستيفاء المنفعة بنفسه وبغيره، وينبغي أن يكون غيره أمينا فلو شرط المكري استيفاء المنفعة بنفسه بطل العقد، لأن المكتري يملك المنفعة فلا ينازعه فيها المكري، ومثله كمثل من يشترط على المشتري ألا يبيع ما اشتراه، وله أن يركب ويسكن من هو مثله في الضرر اللاحق بالعين ودونه بالأولى، لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة، ولا يسكن حددا ولا قصارا لما يحدثه القصار من الدق والإزعاج، وتأثير الدق في المبنى والإزعاج للجار"[1].

**الفرع الثاني: صور التعاقد من الباطن وشروطه[2] :**

**أولا: الصور المحرمة**

الصيغ التي يكون فيها التعاقد من الباطن محرما ومحظورا، ليس على ضرب واحد بل هنالك صور متعددة، وسنركز على ثلاث صور أساسية من باب التقريب وليس الإجمال، وفيما يلي إيراد لهذه الصور وعرض لها:

**الصورة الأولى:**

---

[1] انظر: المجموع(54/15)، نهاية المحتاج (307/5) و 308.

[2] بتصرف يسير: نظرية عقود الصيانة م-س (684/2).

أن يكون التعاقد من الباطن حيلة عل القرض الربوي، وغالبا ما يكون الطرف المشترك بين العقد الأصلي والعقد من الباطن مصرفا أدخل بين الطرف الأول في العقد الأصلي والطرف الثاني في العقد من أجل التمويل الربوي.

**الصورة الثانية:**

أن يعاقد أحد طرفي العقد الأصلي من الباطن على ما عاقد عليه في الأصلي مع نهي الطرف الأخر له عن ذلك،أو مع اشتراطه عليه أن يكون العمل الذي هو محل العقد الأصلي منهُ هو لا من غيره.

**الصورة الثالثة:**

أن يترتب على التعاقد من الباطن إضرار بالطرف الثاني في العقد الأصل؛ كأن يؤجر المستأجر ما استأجره لمنفعة السكنى على من يريد الانتفاع بها لما هو أشد ضررا من السكنى.

إضافةإلى هذه الصور المحرمة والمحظورة، فإن ثمة صورا يكون فيها التعاقد من الباطن مباحا وجائزا، حسب ما تقتضيه مصلحة شركة التشغيل المتعاقدة في عقد التشغيل الأصلي، وهذه أهم هذه الصور:

**ثانيا: نماذج من الصور الجائزة في التعاقد من الباطن**

**الصورة الأولى:**

أن يطرأ للمستودع عذر يمنعه من حفظ الوديعة، ويتعذر عليه ردها إلى صاحبها، أو وكيله في حفظها، فيكون إيداعها من الباطن عند ثقةٍ واجبا عليه.

**الصورة الثانية:**

عقود المقاولات الكبرى، التي يتعذر على المقاول فيها أن يباشر جميع أعمالها المختلفة، إما لكثرتها أو لعدم خبرته ودرايته في بعضها، فتكون مقاولته عليها من الباطن لمن هو مختص بها واجبا عليه، التزاما بما تعهد به من تنفيذ المشروع في مدته المحددة.

وأما الإباحة فنماذجها كثيرة، تصدق على كل عقد من الباطن استوفى الشروط الصحيحة للجواز.

**ثالثا: ضوابط العقد من الباطن**[1]

[1] منقول بتصرف من مرجع: العقد من الباطن رسالة علمية غير مطبوعة من إعداد سامي بن عبد العزيز الماجد (ص 5).

اشترط الفقهاء لصحة التعاقد من الباطن جملة من الشروط، ومن بينها:

_ انتفاء الشرط على عمل الأجير العمل بنفسه .

_ ألا يكون العمل مما يختلف باختلاف الأجير.[1]

وثمة أيضا جملة من الضوابط ينبغي توفرها واستحضارها في التعاقد من الباطن، وهذه الضوابط لابد من أن يميز فيها بين العام والخاص؛ ومعنى هذا الكلام أن هنالك ضوابط تكون مشتركة في كل العقود من الباطن التي تبرم، وهناك ضوابط خاصة بكل عقد من الباطن كالإجارة والصيانة وغيرها.... فحديثنا هنا تحديدا هو الضوابط العامة، ويمكن إجمال هذه الضوابط في خمسة محددة، نجلّيها كالآتي:

الضابط الأول:

لابد من وجدود إذن رب المال، أو رب العمل للعامل بالتعاقد من الباطن، سواء أكان إذنا صريحا،أم إذنا عرفيا، فإذا تحقق هذا جاز للعامل أن يعاقد غيره من الباطن على ما عاقد عليه في العقد الأصلي، وما يؤصل لهذا المعنى ما أورده الإمام ابن أبي زيد القيرواني في النوادر بقوله: "وفي

[1] عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (ص 240).

الصانع يستعمل غيره ... وماستعمل الصناع فهو عمل مضمون حتى يشترط عليهم عمل أبدانهم، وإلا فلهم استعمال غيرهم إلا من عرف أنه يقصد لرفقه وفضل عمله، فلا يكون عليه مضمونا إن مات ولا يستعمل غيره ويكون كالشرط".[1]

الضابط الثاني:

إذا كان العقد الأصلي واردا على عمل، فيجب أن يكون العامل من الباطن في مثل درجة العامل الأول من الخبرة والقدرة، وإذا كان محل العقد الأصلي منفعة، فيجب أن تكون في العقد من الباطن على نحو ذلك، أو أقل ضررا.

الضابط الثالث:

ألا يترتب على إجراء العقد من الباطن أن يصبح أحد طرفيه مجرد وسيط صوري بين الطرف الأصلي في العقد الأول والطرف الثاني في العقد من الباطن، ليس عليه من مسؤوليات العقد الأصلي، ولا ضمانة شيء، أو أن يصبح وسيطا صوريا من أجل التحايل على القرض الربوي.

الضابط الرابع:

---

[1] النوادر والزيادات (7/ 78 و79).

ألا يكون العقد الأصلي من العقود الفورية، التي تترتب عليها نتائجها وآثارها عقب عقدها، ولا يستغرق تنفيذها زمنا معينا ومدة طويلة.

الضابط الخامس:

أن يكون العقد الأصلي مما يقتضي تمليك منفعة، أو يقتضي عمل أحد الطرفين للآخر _ كعقد التشغيل الذي نحن بصدد دراسته _بحيث يمكن ذلك من نقل حقوق أحد المتعاقدين، أو التزاماته لشخص ثالث يكون هو الطرف الثاني في العقد.

**الفرع الثالث: نموذج التعاقد من الباطن الوارد في عقود التشغيل**

قصد الإحاطة الكلية بالتعاقد من الباطن نورد في سياق التقريب الكلي له،نموذجا للمادة المتضمنة لأهم أحكامه وشرائطه وبنوده متوسلين بأنموذج لعقد التشغيل متضمن للشروط والضوابط المتعلقة العقد من الباطن؛ جاء في عقد التشغيل[1] مايلي:

[1] نموذج عقد للتشغيل ونظافة صيانة الطرق، المملكة العربية السعودية وزارة المالية رقم 229/حسب ما تضمنه قرار مجلس الوزراء الموقر، رقم 87 وتاريخ 1425/3/14هـ. وزارة المالية رقم 25517/42 وتاريخ 1428/3/28هـ.( ملحق بأخر البحث).

المادة الحادية عشرة التعاقد من الباطن:

_لا يحق للمقاول أن يتعاقد من الباطن لتنفيذ أي من الأعمال محل العقد أو أجزاء منها بدون الحصول على موافقة خطيه مسبقة من صاحب العمل.

_لا يعد صاحب العمل طرفاً في التعاقدات التي تتم بين المقاول ومقاوليه من الباطن.

_لا تعفي موافقة صاحب العمل المقاول من المسؤوليات والالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد.

_يعد كل تصرف أو خطأ أو إهمال يصدر من مقاول الباطن أو وكلائه أو موظفيه أو عماله، كما لو كان صادرا من المقاول نفسه.

_لا تعد عقود العمل التي يبرمها المقاول على أساس الأجر بالقطعة تعاقداً من الباطن بمقتضى هذه المادة.

---

ينظر كذلك: دليل مستندات الطرح لأعمال التشغيل والصيانة لمحطة معالجة مياه الصرف الصحي، مشروع دعم قطاع مياه الشرب ولصرف الصحي ممول من الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية يناير 211 شركة كيمونيكسإنتر ناشيونال: 01.81. 2011-m.

_ يجب أن يكون المتعاقد معه من الباطن مختصاً ومصنفاً تصنيفاً معتمداً في نفس الدرجة المغطية لالتِزامه بالأعمال المتعاقد عليها.

**الفرع الرابع: رأي الباحث**

حاصل الكلام مما تقدم من كلام السادة الفقهاء أن التعاقد من الباطن جائز بشروط باتفاق الفقهاء، ومبنى اتفاقهم أن للأجير على عمل موصوف بالذمة، أن يعمل العمل بنفسه أو غيره[1] ، فغاية الأمر حصول العمل، أيا كان عامله، كالحال في إيفاء الدين، سواء أكان الوفاء من المدين، أو من متبرع غيره.[2]

ومما يستفاد من هذا الكلام السالف الذكر، أن الجواز ليس على إطلاقه، بل له شروط معلومة، فهو_أي التعاقد من الباطن _كما يقرر بعض الباحثين المعاصرين[3]تعتريه الأحكام الخمسة التكليفية، فله صور جائزة

---

[1] الدخيرة للقرافي (500/5)، المغني 836، شرح منتهى الإردات للبهوتي (275/2).

[2] عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة دراسة فقهية، (ص: 140) رسالة علمية غير مطبوعة للطالب عبد العزيز بن حمد المنيف، جامعة الملك سعود كلية التربية قسم الثقافة الإسلامية.

[3] العقد من الباطن في الفقه الإسلامي المقدمة (ص: 4-5).

مقبولة وصور محرمة محظورة، ومستند هذا التقسيم هو مدى ملائمة الأحكام الشرعية ومطابقة القواعد الأصولية والفقهية.

## المبحث الثالث: الغرامة التأخيرية وتطبيقاتها في عقد التشغيل

من الشروط التي لا تكاد تخلوا منها مجمل عقود التشغيل والصيانة والنظافة والتحديث، وسائر العقود الإدارية،هذا الشرط الذي سنفرده بالدراسة، وهو شرط الغرامة نتيجة تأخير العمل فما المقصود بغرامة التأخير؟ وما الدافع إلى اشتراطها؟وما حكم الشرع فيها؟

### المطلب الأول: تعريف الغرامات التأخيرية

تندرج الغرامات التأخيرية، ضمن قوانين العقود الإدارية، وبالتحديد في خانة الجزاءات الإدارية المالية التي يحق لصاحب العمل أن يطالب بها المتعاقد معه على مشروع معين، وذلك نظرا لعدم الوفاء بالتزاماته سواء أكان هذا التقصير في الوفاء جزئيا أو كليا، وكذا إخلاله بشرط من الشروط أو في الزمن.[1]

[1] انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 484).

بالرجوع إلى القانون الخاص نجد أن فقهاء القانون الإداري يعرفون الغرامات التأخيرية بأنها "جملة من المبالغ المالية التي تُقدِّرُها الجهة الإداريةمقدما، تتضمنها نصوص العقد بصفته جزءا يفرض على الطرف الآخر في حالة إذا تراخى، أو تأخر في التنفيذ، وهي جزاء وإن كان فيه معنى من التعويض، إلا أنه يغلب عليه معنى التهديد والضغط، لذلك يكون مشترطا في العقد،أو في النظام الحاكم لعقود الجهة الإدارية، إضافة إلى أنّ عامة القوانين يتبنونه للجهة الإدارية ولو لم تتعرض للضرر.[1]

وبالرجوع إلى قوانين[2]الدول عموما، فإننا نجدها "تنص على غرامات التأخير التي تفرض على المتعاقدين مع الجهات الحكومية، وتعد نصوصها قواعد آمرة، لا تجوز مخالفتها؛ ولذلك لا يشترط النص عليها في العقد، ولا يجوز الاتفاق على استبعادها."[3]

---

[1]انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية (ص: 490)، وكتاب عقد امتياز المرفق العام (ص:263).

[2]نصت المادة التاسعة والاربعون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: إذا قصر المتعاقد في عقود الصيانة و التشغيل والعقود ذات التنفيد المستمر في تنفيد إلتزاماته، تفرض عليه غرامة التأخير لاتتجاوز 10% عشرة بالمائة من قيمة العقد مع الحسم في قيمة الأعمال التي لم تنفد.

[3] أنظر: عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (ص: 291.

## المطلب الثاني: أسباب اشتراط الغرامة التأخيرية[1]

تتعدد أسباب وبواعث اشتراط الغرامة التأخيرية في عقود التشغيل خاصة وفي مجمل العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع شركات مختلفة، ويمكن إجمال هذه الأسباب في الآتي:

_ تجنب بطء وتراخي شركات الصيانة والتشغيل في أعمالها المطلوبة، فمعظم شركات الصيانة حسب الواقع المعاش يغلب عليها التراخي والتماطل في إنجاز عملها في الوقت المحدد خصوصا في منطقتنا العربية، وذلك عائد إلى تحمل شركات الصيانة مشاريعَ فوق طاقتها لكسب عدد أكبر من المناقصات[2] والعقود، بهدف الربح السريع مما استدعى المؤسسات الحكومية والتجارية والصناعية وغيرها بإقرار بند من بنود العقد يلزم شركة الصيانة بإنهاء أعمال الصيانة المطلوبة في آخر وقت محدد، وفي حالة التأخير عن إنجاز العمل تفرض غرامة عليها.

السبب الثاني:

---

[1] منقول بتصرف يسير من كتاب نظرية عقود الصيانة م- س (292/1).

[2] المناقصة هي مجموعة من الإجراءات التي تلتزم الإدارة بمقتضاها بإختيار أفضل المتقدمين شروطا، وأقلهم سعرا لإنجاز الأعمال المطلوبة .انظر الوسيط في شرح القانون المدني ( مصادر الإلتزام) عبد الرزا ق السنهوري (261/1).

يتعلق هذا الأمر بعامل الزمن وماله من أهمية وقيمة في المؤسسات الحكومية والتجارية والصناعية، فأي تأخير غير محسوب يؤدي إلى خسارة في الإنتاج، بسبب تأخر أعمال التشغيل والصيانة، فكلما تأخرت أعمال الصيانة تأخر سير عمل إنتاج المؤسسة أو المصنع، وبالتالي خسارة في الأرباح، وأحيانا خسارة في رأس المال.

السبب الثالث:

باعتبار المبدأ الاقتصادي المشهور: المال مقابل الزمان، فالاقتصاديّون يولون للوقت أهمية كبرى، بل بعضهم يعتبر الزمن كالمال، فمعظم جدول الحسابات الخاصة بهم في مؤسساتهم وشركاتهم ومصانعهم لها اعتباراتها الاقتصادية والربحية،فكل تأخير في الوقت هو بمثابة خسارة في المال وهكذا دواليك.

ومما ينتج عن هذا الشرط مجموعة من الآثار؛ نوردها كالآتي:

الأثر الأول:

زيادة شركات الصيانة من قيمة العقد، فهي تضع في الحسبان احتمالية الوقوع في هذا المحظور، وهو التأخر في أعمال الصيانة، وبالتالي يمكنها

من تعويض الغرامة خلال الزيادة من قيمة العقد الإجمالية، وهذا الأثر أدى إلى ارتفاع أسعار الصيانة المطردة بوجه عام.

الأثر الثاني:

الولوج إلى عالم الحيل التجارية والاقتصادية من خلال تتبع ثغرات بنود العقود التي لا يلقي لها العميل بالا، مما يؤدي إلى الإخلال في الوازع الديني في المعاملات التجارية، فقد أصبح الربح هو الهدف الأساس، بغض النظر عن كيفية الحصول عليه أو كما يقولون :" الغاية تبرر الوسيلة ".

الأثر الثالث:

الإخلال بمفهوم الأمانة في المعاملات التجارية، وقد يكون معدوما في وقتنا المعاصر، وبيان ذلك أنه لما وجدت المؤسساتُ والعملاءُ من شركاتِ الصيانة التراخيَ في الأعمال المطلوبة لأسباب اقتصادية بحثية، أدّى ذلك إلى فرض غرامة التأخير لمعرفة مدى ضعف الأمانة في الشركات الربحية على وجه العموم.

## المبحث الرابع: الحكم الفقهي للغرامة التأخيرية

### المطلب الأول: الحكم الشرعي لاشتراط غرامة التأخير في عقود التشغيل

ليس هناك اتفاق بين الباحثين المعاصرين في الحكم الشرعي الذي يمكن إطلاقه على غرامة التأخير، بل ثمة خلاف فقهي معتبر في الموضوع تقاربت فيها وجهات النظر وتباعدت، ويمكن إجمال الآراء الفقهية المكونة لهذا الباب في مذهبين اثنين، فريق من الفقهاء وهم المانعون، والفريق الثاني وهم المجيزون.

**الفرع الأول: الفقهاء المانعون لغرامة التأخير وحججهم**

اعتبر الفريق الأول من الفقهاء، أن هذا الشرط في العقود الإدارية على العموم، وفي عقود التشغيل على وجه الخصوص، شرط فاسد من الناحية الشرعية، وعللوا موقفهم هذا بمجموعة من الحجج الشرعية وأقوال الفقهاء، وبيانُ تلك الأسباب المانعة حسب مذهبهم كالآتي:

**أولا [1]: كون هذا الشرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين.**

---

[1] بتصرف يسير: نظرية عقود الصيانة (294/1).

لقد تقرر عند الفقهاء أن العقد بهذه الصورة باطل، ومما يقرر ذلك المعنى ما جاء في الفقه الحنفي: "فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد؛ لأن الشرط باطل في نفسه، والمنتفع به غير راض بدونه، فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط، فلهذا فسد به البيع، وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه، وذلك نحو ما بينا أنه إذا اشترى عبدا على أنه لا يبيعه، فإن العبد يعجبه ألا تتناوله الأيدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حرّ، كان البيع باطلا،فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين" [1].

ومما استدل به المانعون كذلك، قول الإمام السرخسي: "وإن اشترى شيئا،وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله أو يطحن الحنطة،أو يخيط الثوب؛ فهو فاسد،لأن فيه منفعة أحد المتعاقدين، والعقد لا يقتضيه؛ لأنه كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه؛ فهو إجارة مشروطة في العقد، وإن لم يكن بمقابلته شيء من البدل؛ فهو إعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد، وكذلك لو اشترى دارا على أن يسكنها البائع شهرا فهذه إعارة مشروطة في البيع،وهو مفسد للعقد،أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الأجل".[2]

---

[1] أنظر: المبسوط(15/13)، المغني (323/6-325).

[2] أنظر: المبسوط(18/13).

ومما بنوا عليه رأيهم الفقهي كذلك؛ قول الإمام القدوري: "وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا، أو دار على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري درهما، أو على أن يهدي له هدية؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف، ولأنه لو كان الخدمة والسكن يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفقة".[1]

**ثانيا: الجهالة في الأجرة**[2] .

ومقتضى هذا الشرط أن الأجير المتعاقد عليه في عقود التشغيل أو الصيانة المتعاقد عليه، لمدة 100 يوم مثلا، وفي حالة تأخره عن الأعمال المطلوبة تخصم من أجرته نسبة 5٪ عن كل يوم تأخير، علما بأن غالب أعمال التشغيل والصيانة والنظافة والتحديث،لا يمكن ضبطها بوقت معين وخاصة طويلة الأجل منها، ذلك أن مدة أعمال الصيانة تحكمها عدة أمور منها: عدد الأجراء، ومدى إمكانيتهم وقدراتهم ومستواهم الفني، وطبيعة

---

[1] البناية في شرح الهداية، تأليف بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني ت 855، (244/7) دار الفكر بيروت لبنان الطبعة الثانية 1411هـ، 1990م.

[2] نظرية عقود الصيانة، (294/1).

الأيام المتعاقبة عليهم وحالة جوها،وهل تمر عليهم مناسبات وأعياد دينية وعطل رسمية قد تعطل أعمالهم وبالتالي تزيد من مدة أعمال الصيانة، وما إلى ذلك مما يطلب مدة في زيادة أعمال الصيانة المتعاقد عليها، وقد تكون هذه الزيادة يوما أو يومين أو أكثرَ، وبالتالي جهالة في نسبة الخصم من الأجرة، فقد تعطى لهم كاملة إذا ما أتم العمل، وقد تعطى لهم الأجرة ناقصة بحسب المدة الزائدة، وهي مجهولة في الغالب.[1]

**ثالثا: الجمع بين المدة وتمام العمل في الإجارة[2]**

يطرح هذا الشرط إشكالا فقهيا معتبرا أورده الفقهاء في كتبهم عند الحديث في موضوع الإجارة على عمل معلوم[3]، وبخاصة إجارة الأشخاص، وسنورد هاهنا مذاهب الفقهاء في هذه المسألة وحججهم التي اعتمدوها، مع الترجيح بناء على ما أستند إليه كل فريق.

أ: المذهب الأول: مذهب المانعين

---

[1] لمزيد من التوسع ينظر: نظرية عقود الصيانة (297/1).

[2] منقول من كتاب نظرية عقود الصيانة (296/1) بتصرف يسير.

[3] لمزيد من التوسع ينظر: إجارة الأعيان في الشريعة والقانون (ص 154).

يرى الفقهاء من هذا المذهب أنه لا يصح الجمع بين المدة وتمام العمل في إجارة الأشخاص، وهذا الرأي هو الذي ذهب إليه أبو حنيفة والأصح عند الشافعية والحنابلة في بعض الروايات.[1]

قال ابن نجيم الحنفي: "لو استأجره، أي الخياط، ليخيط له هذا الثوب قميصا اليوم بدرهم لم يجز عند الإمام، ولو قال: ليخيط،ولم يذكر الوقت يجوز، ولو قال: ليخيطه قميصا ويفرغ في اليوم، جازَ، ولو قال: بشرط أن يفرغ أو على أن يفرغ في اليوم لم يجز"[2].

وقال الشيخ السعدي الحنفي: "وإذا وقعت على عمل معلوم في وقت معلوم كقوله: خيط لي هذا الثوب إلى طلوع الشمس أو إلى غروب الشمس أو صلاة الظهر ونحوها فإنها فاسدة في قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يدري أيهما أسبق".[3]

---

[1] انظر: البدائع (185/5)، شرح منتهى الإرادات (365/2).

[2] البحر الرائق شرح كنز الدقاق (27/8)،

[3] انظر: النتف في الفتاوى تأليف أبوالحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي 461 تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي، عمان الأردن دار الفرقان مؤسسة الرسالة طبعة 1404هـ (585/2).

ونجد هذا الرأي عند فقهاء السادة المالكية، يقول ابن رشد الجد:"أن من استاجر أجيرا على شيء بعينه كخياطة ثوب أو نسج غزل أو طحن قمح وما أشبه ذلك، مما الفراغ منه معلوم، فلا يجوز أن يستأجره عليه إلى أجل معلوم خوفا أن ينقضي الأجل قبل تمام العمل[1]".

وهو أيضا مذهب السادة الشافعية والأصح عندهم، قال الإمام الماوردي:"فأما ما يتقدر فيه بالعمل دون المدة فمثاله أن يقول: قد استأجرتك على أن تخيط لي هذا الثوب، أو تنسج لي هذا الغزل أو تصوغ لي هذا الخلخال فتصير الإجارة مقدرة بالعمل فلا يجوز اشتراط المدة فيها، فإن شرط فيها المدة بطلت؛ لأنه إذا قال قد استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم فقد يفرغ منه في بعضه فإن لم يعمل في باقيه فقد أخل بمقتضى شرطه وإن عمل فقد زاد على عقده"[2].

ومما يدل على عدم جواز اجتماع الأمرين_تمام العمل والأجرة_ في عقد واحد، قول الإمام ابن قدامة المقدسي: "ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في هذا اليوم"[3].

---

[1] انظر: الذخيرة (420/5)، البيان والتحصيل (411/8).

[2] الحاوي للماوردي (392/7).

[3] الإقناع (301/3)، كشف القناع (37/9).

ومما سلف من الأقوال السابقة لمذهب المانعين للجمع بين المدة والعمل في الإجارة، تنجلي جملة من الحجج التي أستند عليها هؤلاء الفقهاء؛ ومن بين هذه الحجج مايلي:

_ مقتضى الجمع بين الأمرين في عقد واحد متفرد، يستلزم أن يكون كل واحد معقودا عليه، لحجية اختلاف الحكم، كما أن العقد على المدة يقتضي ويستلزم ويوجب الأجرة بتمامها بغض النظر عن العمل/ كما أن العمل والعقد عليه يستلزم ويوجب عوض الأجرة عند تمام العمل،والظاهر من هذا التفصيل جود جهالة معلومة في المعقود عليه، وجهالة المعقود موجبة لفساد العقد كما نص على ذلك الفقهاء في مظانه[1].

_ اجتماع الأمرين في معقود عليه واحد مما يزيد الإجارة غررا، فهناك احتمالات متعددة ومنها مثلا أن يتقدم العمل أو يتأخر،ومنها أن يتوقف "فإن استعمال المأجور في بقية المدة يعد زيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يستعمل كان تركا للعمل في بعض المدة، فإن إتمامه سيكون عملا

[1] لمزيد من التوسع: ينظر بدائع الصنائع (185/4)، المغني (366/5).

في غير المدة، وإن عدم إتمامه يعني عدم الوفاء بالعقد، وهذا غرر أمكن التحرز عنه، ولم يوجد مثله في محل الوفاق،فلم يجز العقد معه.[1]

وقد نص جمهرة من الفقهاء المانعين لهذه الصورة من التعاقد، على علة الجهالة والغرر الواردين في هذه الصورة كباعثين على عدم الجواز؛ ومن ذلك ما ورد في درر الحكام:"لأن المعقود عليه مجهول،لأن ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هو المنفعة، وذكر العمل يوجب كون العمل هو المعقود عليه، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، فنفع المستأجر في وقوعها على العمل، لأنه لا يستحق الأجر إلا بالعمل لكونه أجيرا مشتركا ونفع الأجير في وقوعها على المنفعة؛ لأنه يستحق الأجرة بمضي المدة_ عمل أو لم يعلم _ ففسد العقد".[2]

**ب : المذهب الثاني: مذهب المانعين**

إذا كان فقهاء المذهب الأول قد منعوا الجمع بين المدة وتمام العمل، في عقد واحد بناء على أدلة معلومة وحجج مبسوطة عندهم في مظانها، كنا قد أوردنا بعضها قبيل قليل، فإن ثمة مذهبآخر من الفقهاء قالوا بجواز

---

[1] ينظر: إجارة الأعيان في الشريعة والقانون (ص: 155.

[2] درر الحكام (410/1)، مادة 422.

اجتماع المدة وتمام العمل في عقد إجارة الأشخاص، وبالتبع فإن كل عقد مستحدث تخرج أحكامه ويكيف وفقا لهذا العقد، أعني عقد إجارة الأشخاص في الفقه، فإنه تسري عليه نفس الأحكام؛ وعقد التشغيل مندرج كما أسلفنا في إضاءة آنفة تحت هذه الأحكام، لأنه يكيف في إحدى الأوجه وفقا لعقد الإجارة وبخاصة إجارة الأشخاص.

وقد ذهب إلى القول بهذا الرأي كل من أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني المعروفان بالصاحبان من فقهاء الحنفية، وهو كذلك قول في إحدى الروايات للشافعية، وهو كذلك رواية عن الإمام أحمد[1].

ومما علل به الفقهاء الموجزون، جواز اجتماع العمل والمدة في إجارة الأشخاص، قولهم أن "المعقود عليه هو العمل؛ لأنه هو المقصود، والعمل معلوم، فأما ذكر المدة فهو للتعجيل فحسب، وليس معقودا عليها، فذكرها لا يمنع جوازه العقد[2].

---

[1] ينظر: البدائع (185/4)، روضة الطالبين (189/5)، المغني (253/4).

[2] ينظر: البدائع (185/4)، روضة الطالبين (189/5).

وإذا كان جواز اجتماع العمل والمدة في إجارة الأشخاص محل إطباق واتفاق عند فقهاء الفريق الثاني، فإنهم قد اختلفوا في كيفية استحقاق الأجرة على قولين اثنين[1] :

1_ يرى فريق منهم كأبي يوسف ومحمد بن الحسن وفقهاء الحنابلة أن الاعتبار بالعمل لا بالمدة المسماة وجب استحقاق كمال الأجر المسمى، لأن المؤجر وفّى ما عليه قبل مدته،كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل تمام العمل وجب إتمام العمل بعد المدة المعينة، وإلا لا يحق للمستأجر فسخ الإجارة،كما لو تعذر في وقته، وإذا فسخ العقد قبل عمل أي شيء من العمل سقط الأجر والعمل،وإن كان بعد عمل شيء منه فله أجر مثله؛ لأن العقد قد انفسخ فسقط المسمى ورجع إلى أجر المثل[2].

2_ الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه فقهاء السادة الشافعية،من القائلين بالجواز، ومقتضى رأيهم استحقاق الأجرة بأسرعهما، فإن انقضت المدة قبل تمام العام استحقها، وإن تم العمل قبل انقضاء المدة يستحقها.[3]

---

[1]ينظر: إجارة الأعيان بين الشريعة والقانون (ص 156).

[2]ينظر: البدائع (185/4)، المغني (254/5).

[3]ينظر: مغني المحتاج (340/2)، روضة الطالبين (189/5).

وفي وجه ثان للشافعية، نظروا إليها باعتبار العمل، ومن مستلزمات هذا النظر ومقتضياته، أنه إذا تم العمل وقضي إنجازه فإنه يستحقها، وإن تمت المدة أولا وجب تمامه[1]؛ ومعنى هذا الكلام أن الأجير في كل الأحوال مستحق للعوض المتمثل في الأجرة، سواء بانتهاء العمل المعقود عليه، أو عند تمام المدة المقررة على المعقود عليه وهو المنافع المرتجاة من العقد.

**الفرع الثاني: رأي الباحث**

يتبين بجلاء بعد عرض مفصل ومبسط لمذهبي الفريقين وأدلتهم وحججهم التي بنو عليها رأيهم الفقهي، أن المذهب الثاني هو الرأي الراجح، فبعد تحقيق المناط نجد أن النظر يفضي إلى جوزا اجتماع الأمرين معا- العمل والمدة- في عقد إجارة الأشخاص؛ ولا شك أن هذا الرأي هو الذي يساير الواقع المعاصر، المتسم بانسيابية لانظير لها في العقود الإدارية ولا قبل للمكلفين شرعا بها، ذلك أن أغلب المؤسسات وبالتبع غالبية الدول تتعامل بهذه العقود وتفرض شرط الغرامة التأخيرية

[1] ينظر: مغني المحتاج (340/2)، روضة الطالبين (189/5).

كنوع من أنواع الجزاءات الإدارية المالية عند الإخلال بمقتضيات العقد والمتمثلة في عدم إنجاز المشروع.

ولهذه الاعتبارات السالفة والآنفة،وجدنا كثيرا من العلماء والباحثين المعاصرين، قالوا بجواز الغرامات التأخيرية بحيث اعتبروها مندرجة ضمن باب التعزير بالمال الذي حق لولي الأمر تطبيقه،[1]وفي سياق استكناه الجواز كذلك ذهب بعض من المعاصرين إلى أن الغرامة التأخيرية ليست إلا نوعا من أنواع الشروط الجزائية[2] المعروفة في المعاملات المالية، ويشترط التنصيص عليها في العقد، وفي حالة التأمل والمقارنة"نجد أن الفرق بينهما فقط في كون الغرامة التأخيرية يعمل بها في العقود

---

[1]قال بهذا الرأي مجموعة من الباحثين المعاصرين المشتغلين بالعقود الإدارية المقارنة وصلتها بالشريعة الأسلامية، ولمزيد من التوسع ينظر: نظرية العقود الإدارية د نذير محمد الطيب أوهاب (ص 139) نش مركز البحوث في معهد الإدارة العامة 1427هـ الرياض المملكة العربية السعودية، والجزاءات في العقود الإدارية في النظام وموقف الفقه الإسلامي منها حمد بن فهد العيد (ص 85)، بحث تكملي لنيل شهادة الماجستير في قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء المملكة العربية السعودية.

[2] الشرط الجزائي: "هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفد الطرف الأخر ما ألتزم به أو تأخر في تنفيذه" ينظر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون والمؤتمر الإسلامي رقم 109، (12/3).

العامة،وتوقعها الجهة الإدارية مباشرة، نظرا لطبيعة سلطاتها في العقود العامة، والشرط الجزائي يعمل به في العقود الخاصة وللقاضي سلطة الحكم والتقرير.[1]

ونظرا لما قد يلحق المكلفين من المشتغلين بالعقود الإدارية وبخاصة عقدي التشغيل والصيانة من الحرج البين عند اشتراط الغرامة التأخيرية، فقد اقترح أحد الباحثين المعاصرين وهو الدكتور خلف سعيد العفريت جملة من الاقتراحات العملية التي تمكن من الجمع بين الرأيين الفقهيين السالفين، وهذه المقترحات[2] العملية بمثابة مخرج فقهي آخر للغرامات التأخيرية يمكن الاستئناس به؛ وهذه أهمتلك المقترحات:

_ نشر الوازع الديني بين الناس وخاصة التجار منهم،والتركيز على مبدأ الأمانة في البيع والشراء والإجارة في المعاملات، واستحضار مراقبة الله تعالى في شؤون الحياة كلها بما في ذلك المجال الاقتصادي والصناعي والتجاري.

---

[1] مزيد من التوسع ينظر: عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (ص: 294).

[2] نظرية عقود الصيانة (297/1).

_ إنشاء جهة حكومية قضائية مستقلة لفض المنازعات بين المتعاملين والمتعاقدين بوجه عام وبمجال عقود الصيانة والتشغيل بصفة خاصة، بغية فض المنازعات الواقعة بينهم،دون اللجوء إلى فرض شروط مخالفة شرعا،ويمكن لهذه الجهة إنزال العقوبة والتعزير لكل من لم يلتزم بتلك العقود.

_ التأكد قبل إبرام العقود من إمكانية شركات التشغيل والصيانة استيفاء عمل التشغيل والصيانة في الوقت المحدد ووفقا للشروط المقررة والمعلومة في العقد محل الاتفاق، ومن ذلك ما تعلق بالسيولة المالية ومدى كفايتها للمشروع، الخبرة الفنية ومدى ملاءمتها للمستجدات التقنية، والقدرة الإدارية، وتوفر الأيدي العاملة لديها.

وعند ذلك يمكن لمالك لصاحب المشروع أو المؤسسات المتداخلة في المشروع أن تتأكد من مدى إمكانية شركة الصيانة والتشغيل من إنجاز أعمالها في الوقت المحدد دون اللجوء إلى فرض غرامة التأخير التي هي محل الخلاف الفقهي.

_ كما يمكن الاستعانة كذلك بالمراقبة التقنية والإدارية للجهة المشغلة التي يمكن أن تقوم بها مكاتب الدراسات المتخصصة، وذلك عبر

مراحل معلومة تكون موزعة على أطوار المشروع منذ البداية وحتى النهاية، يتم من خلالها مراقبة مدى تقدم إنجاز المشروع وما هي الأشغال المتبقية ونسبة الإنجاز وأهم العراقيل التي تعتور إنجاز المشروع مع محاولة تقديم حلول مواكبة لسير عمل المشروع ونحاجه في أجاله المحددة، وإذا تحقق هذا الذي ذكر من المقترحات، فإنه يمكن أن تكون بديلا عمليا وواقعيا عن فرض غرامة التأخير، ويكون هذا الصنيع ملمحا هاما نروم به خروجا من الخلاف الفقهي والأخذ بالأحوط، إعمالا لأصل من أصول مذهبنا المالكي، بدل الوقوع في المحظور والله أعلم.

وبالنظر إلى التطبيقات المعاصرة والعملية الإجرائية لواقع الغرامة التأخيرية على شركات التشغيل يتبين "أن هنالك مرونة كبيرة في إعفاء المتعاقدين مع الجهة الإدارية متى انتفى الضرر؛ إذ فرض الغرامة ليس مقصدا في ذاته، وإنما وسيلة لحث المتعاقد على سرعة الإنجاز، والالتزام بالمواعيد المحددة للتنفيذ؛ خاصة معاستحضار أن شركة التشغيل والامتياز معاونة للجهة الإدارية في تسيير المرفق العام[1].

[1] ينظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية عبدالله بن حمد الوهيبي (ص 306-307).

ونورد في هذا المساق من أجل التدليل على ما سلف ذكره، قول أحد الخبراء[1]: أستطيع القول أنه يتم إعفاء تسعة متعاقدين من كل عشرة؛ وذلك استشعارا من الجهات المختصة بضرورة دعم قطاع المقاولات بشتى أنشطته ومجالاته؛ لكونه شريكا غير مباشر في بناء الاقتصاد الوطني مما يستدعي النظر عند التعامل معه إلى أهمية استمراره بشكل قوي، وهو ما تم فعلا"[2].

## المطلب الثاني: نموذج لأحكام الغرامة الوارد في عقد التشغيل[3]

### الفرع الأول: المادة الخامسة والعشرون غرامة التأخير

---

[1] مدير الإدارة القانونية بوزارة المالية التي تعنى بتطبيق هذا النوع من الغرامات بدولة المملكة العربية السعودية.

[2] ينظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (ص: 310. ومؤلف هذا الكتاب و نفسه مدير الإدارة القانونية بوزارة المالية بالمملكة العربية السعودية الدكتور عبدالله بن حمد الوهيبي.

[3] نموذج عقد للتشغيل ونظافة صيانة الطرق، المملكة العربية السعودية وزارة المالية رقم 229/حسب ما تضمنه قرار مجلس الوزراء الموقر، رقم 87 وتاريخ 1425/3/14هـ، وزارة المالية رقم 25517/42 وتاريخ 1428/3/28هـ.

أولاً: إذا تأخر المقاول عن إتمام أي من الأعمال في المواعيد المتفق عليها أو بموجب برامج العمل التي يكلف بها، ولم ير صاحب العمل داعيا لسحب العمل منه -يلزم بغرامه عن المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم، وتحتسب على أساس متوسط التكلفة اليومية للمشروع، وذلك بقسمة قيمة الأعمال على مدتها وفقا لما يلي:

_غرامة على الجزء الأول من مدة التأخير بقدر (1/ 4) ربع متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير حتى تبلغ أكثر المدتين (15) خمسة عشر يومـًا أو (5٪) خمسة في المائة من مدة التنفيذ.

_ غرامة على الجزء الثاني من مدة التأخير بقدر (1/ 2) نصف متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير حتى يبلغ الجزءان أكثر المدتين (30) ثلاثين يومـًا أو نسبة (10٪) عشرة في المائة من مدة التنفيذ.

_ غرامة على الجزء الثالث من مدة التأخير بقدر كل متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير تالٍ لأكثر المدتين المنصوص عليها في الفقرة ب.

_ إذا رأى صاحب العمل أن الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بالعمل المنجز على الوجه الأكمل في الميعاد المحدد لانتهائه ولا يسبب إرباكـًا في

استعمال أي منفعة أخرى ولا يؤثر تأثيراً سيئـًا على ما تم من العمل- فلا يتجاوز مجموع الغرامة نسبة (10٪) عشرة في المائة من قيمة الأعمال المتأخرة.

ثانيـًا: ألا تتجاوز مجموع غرامات التأخير والتقصير على (10٪) عشرة في المائة من قيمة الأعمال الكلية المبلغة للمقاول.

ثالثـًا: تكاليف الإشراف المترتبة على التأخير في تنفيذ أعمال الصيانة الوقائية:

بالإضافة إلى الغرامة المنصوص عليها أعلاه، يتحمل المقاول أتعاب الإشراف خلال فترة خضوع المقاول للغرامة، وتحسب هذه الأتعاب كالتالي:

أ) إذا كان الإشراف من قبل صاحب العمل:

تكاليف الإشراف = قيمة الأعمال المتأخرة × (1/ 100) × ( مدة التأخير باليوم ÷ مدة تنفيذ الأعمال باليوم).

ب) إذا كان الإشراف من قبل الاستشاري:

يتحمل المقاول التكاليف الفعلية لإشراف الاستشاري على تنفيذ الأعمال المتأخرة.

**الفرع الفروق الجوهرية الدقيقة بين التعويض والغرامة التأخيرية**[1]

مما ينبغي التنبيه إليه ونحن بصدد محاولة الإحاطة بموضوع الغرامة التأخيرية تعريفا وتخريجا وحكما وتطبيقا، الإشارة إلى أن الغرامة التأخيريةهي غير التعويض الذي تنص عليه بعض العقود الإدارية وبالتبع عقد التشغيل منها، ذلك أن كثيرا من الباحثين يقعون في بعض اللبس والخلط بين الأمرين؛ فيعتقدون أن الغرامة التأخيرية هي نفسها العوض الذي يستحقه أحد المتعاقدين عند التقصير والتفريط في إحدى المهمات المنوطة بالجهة المشغلة؛ وبغية إزالة ما التبس من الأمر عند هؤلاء وغيرهم، نرى أنه لابد من إيراد الفروق الجوهرية بينهما_ التعويض والغرامة التأخيرية_ لكي يتجنب الباحثون مزالق الخلط بين الوصفيين وما ينتج عن ذلك من أحكام مغايرة لحقيقة الوصف بعد أن غاب تحقيق المناط.

---

[1] منقول بتصرف يسير من: عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة من (ص:302 و303).

_ من أول الفروق بينهما، أن الغرامة التأخيرية يتم التنصيص عليها قدرا وفرضا، ويكون هذا التنصيص إما في العقد أو ملاحقه، أو في النظام العام المنظم لهذه العقود، أما التعويض فإنه لا يتم التنصيص عله في العقود سواء من حيث فرضه أو مقداره أو أجله؛ والأمر في التعويض يكون حسب القوانين المنظمة وهو موكول للجهة الإدارية صاحبة المشروع من حيث التقدير، وغالبا لا يطرح موضوع التعويض إلا عند إخلال الجهة المشغلة ببنود العقد، فيكون التعويض الذي تفرضه الجهة الإدارية أو صاحب المشروع على السواء جبرا للضرر ودفعا للخسارة -الواقعة وليس المحتملة- الناتجة عن التقصير من طرف الجهة المشغلة.

_ مما يستوجبه طلب التعويض، قدرة الجهة الإدارية أو صاحب المشروع -في عقد التشغيل- على إثبات الضرر المادي الذي لحقها ناتجة التقصير في العمل، ليكون قرار المطالبة بالتعويض وفرضه على الجهة المشغلة مشروعا مستوفيا لشرائطه وأركانه؛ أما في الغرامة التأخيرية فإن هذا الأمر ينتفي؛ ذلك أن الضرر يكون ثابتا ومفروضا، وإثباته ليس موكولا للجهة الإدارية أو صاحب المشروع في عقد التشغيل، بقدر ما يكون الأمر موكولا للجهة المشغلة وشركة الامتياز من أجل تقديم الحجج والبيات أمام القضاء على عدم استحقاق الجهة الإدارية وصاحب المشروع على

السواء للغرامة التأخيرية؛ وهذا سبيل يخوله القانون للجهة المشغلة من أجل إبطال دعوى التقصير أو الإخلال في العمل الذي تترتب عليه الغرامات التأخيرية أو التقصيرية، والتي تكون بنسبة 15 ٪ في الغالب وهي تكلفة مرتفعة جدا.

_ أما الشرط الثالث فيتعلق بالقصد المراد من كلتا العقوبتين، فالمرام من التعويض هو ذلكم الجبر الذي تختص به الجهة الإدارية في عقود الامتياز وصاحب المشروع في عقود التشغيل، أما الغرامة التأخيرية وإن كانت نوعا من أنواع التعويض كذلك، إلا أن القصد المراد منها ليس هو التعويض فحسب، ولكن هو الردع والزجر والتهديد، فهي إذا أداة تستخدمها الجهة الإدارية أو صاحب المشروع للضغط على الجهة المشغلة من أجل الحرص على تنفيذالالتزمات في وقتها المعلوم والمحدد كما هو منصوص عليه في بنود العقد.

واسترسالا في إزالة اللثام وكشف الغطاء عن الغرامة التأخيرية وبيان صورتها الحقيقية، نورد هاهنا الآن جملة من الشروط التي تخول الجهة الإدارية أو صاحب المشروع حق المطالبة بالغرامة التأخيرية، أو بمعنى آخر أن يكون صاحب المشروع المطالب بالغرامة صحيح الطلب في دعواه

شرعا وقانونا وفق ماهو معروف في القانون الإداري، وهذه أهم الشروط والبواعث الممكنة من ذلك:

1_ حتمية التنصيص على الغرامة التأخيرية في العقد ابتداء، أو في القوانين الإدارية المنظمة لطبيعة هذه العقود، أو في الملاحق اللواحق التي تعقب الشروع في العمل، فهي مقرونة بالرضا والاتفاق بين الطرفين قبل التنصيص عليها في بنود العقد الأصلية[1].

2_ من الشروط التي تستوجب المطالبة بالغرامة التاخيريةكذلك، وجود تقصير بيِّن وواضح، أو تماطل في العمل غير مبرَّر، أو تأخر في مدة إنجاز المشروع من طرف الجهة المشغلة صاحبة الامتياز.

وهاهنا،لابد من بعض من التفصيل والتوضيح؛ ذلك أن تأخّر المشروع أو التماطل في التشغيل، قد يكون راجعا إما للجهة المشغلة، أو الجهة الإدارية، أو لقوة قاهرة وظرف طارئ، فإذا كان التقصير من الجهة

[1]معظم العقود الخاصة بالتشغيل التي اطلعت عليها لا تكاد تخلو من شروط الغرامة التأخيرية، ومن هذه العقود من يتضمن تفصيلا مهما ودقيقا ومحكما وتوصيفا بليغا في الدقة للغرامة التأخيرية وشروطها ونسبتها وكيفية تطبيقها وغيرها من الأمور.( لمزيد من التوسع ينظر الملاحق التفصيلية والنماذج الخاصة بعقد التشغيل مادة: الغرامة التاخيرية والتي سنوردها في أخر هذا البحث ).

المشغلة للمشروع فهاهنا وجبت الغرامة التأخيرية، وكانت مستحقة لطالباها وهو صاحب المشروع، أما إذا كان التقصير من صاحب المشروع كأن يتراخى عن بند متفق عليه مثلا كتوفير قطاع الغيار أو غيرها....،أوكان المانع قوة قاهرة جائحة[1] مثلا،فهاهنا لا يحق لصاحب المشروع المطالبة بالغرامة التأخيرية،[2] لأن المانع من جهة تماطله هو كطرف في العقد، ومن جهة أخرى فإن التقصير فوق إرادة الجهة المشغلة للمشروع بسبب الجائحة.[3]

3_ الشرط الثالث يتعلق بما قد يترتب عن هذا التأخير من الضرر البين والأذى الواضح لصاحب المشروع، فلو حصل التأخير في إنجاز العمل ولم يلحق صاحب المشروع أو الجهة الإدارية، أي ضرر مادي ومعنوي من هذا التماطل والتأخير، فإن الغرامة التأخيرية لا تكون مستحقة لطالبها، ولو وقع وتحققت لطالبها فإنّ ذلك يكون تحايلاً على القانون،

---

[1] لمزيد من التوسع ينظر الأحكام الخاصة بالجوائح في الفقه الإسلامي.

[2] من النصوص القانونية الدالة على هذا المعنى ماورد في المادة 51 من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه "يتم تمديد العقد والإعفاء من الغرامة بإتفاق الجهة الحكومية المتعاقدة مع وزارة المالية إذا كان التأخير ناتجا عن ظروف طارئة، أو لسبب خارج عن إرادة المتعاقد، بشرط أن تتناسب مدة التأخير مع هذه الأسباب. "مظاهر السلطة في العقود الإدارية (ص 364).

[3] ينظر: عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (ص 297).

وأكلا لأموال الناس بالباطل، وهذا من أعظم المنهيات في باب المعاملات المالية، وهو لا يجوز باتفاق الفقهاء سلفا وخلفا.

وإذا كان الفقهاء قد أطبقوا على عدم جواز أكل أموال الناس بغير حق كما أوضحنا سلفـًا، مانعين بذلك الغرامة التأخيرية عند عدم ثبوت الضرر من هذا التأخر، فإننا نجد أن القانونيِّين في هذه المسألة لا يشترطون حصول الضرر عند التأخر[1]، بل مجرد التأخر عندهم من لدن الجهة المشغلة باعث على استحقاق غرامة التأخير لمستحقيها وطالبها، ولا شك أن في هذا الرأي نوع من المجازفة والمبالغة ومخالفة للقواعد العامة والأصول التي جاءت بها الشريعة؛ "ذلك أن حصول الغرامة التأخيرية لا تفرض على شركة الامتياز إلا عند حصول الضرر، وهذا الذي تمليه القواعد العامة والأصول في الشريعة الإسلامية، إلا أن الضرر في هذه الحالة يكون مفترضا، فالأصل وقوعه، وعلى شركة الامتياز تقديم البيِّنة على انتفائه أمام القضاء؛ إن هي أرادت إبطال قرار الجهة الإدارية بفرض الغرامة عليها"[2].

---

[1] ينظر: الأسس العامة للعقود الإدارية (ص: 490)، ومظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية (ص: 254).

[2] عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (ص: 299).

4_ من مستلزمات المطالبة كذلك بالغرامة التأخيرية، أن يكون التماطل والخطأ قد صدر ونتج فعلا عن الجهة المشغلة للمشروع، فإذا كان الضرر والتماطل قد صدر عن أجنبي غير الجهة المشغلة، فإن صاحب المشروع أو الجهة الإدارية لايحق لها فرض الغرامة التأخيرية عن هذا الضرر الذي لا دخل للجهة المشغلة للمشروع فيه.

وقد صدر في هذا الباب قرار مهم من المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميفي دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ ـ 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 أيلول ( سبتمبر ) 2000، حيث قرر ما يلي:

قرر ما يلي:

أولا :الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرِط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنَفِّذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخّر في تنفيذه.

ثانيا :يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السَّلَم رقم 85(2/ 9)، ونصه: "لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير"، وقراره في الاستصناع رقم 65(3/ 7). ونصه:

"يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة"، وقراره في البيع بالتقسيط رقم 51(2/ 6) ونصه: "إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم."

ثالثا :يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترنًا بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحقٍ قبل حدوث الضرر.

رابعا :يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا؛ فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، يجوز هذا الشرط – مثلاً – في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفّذ ما التزم به أو تأخّر في تنفيذه.

ولا يجوز – مثلا – في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء، كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامسا :الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لَحِق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادسا :لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرِط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسببٍ خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعا :يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تُعدِّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغـًا فيه.

ويوصي المجمع بما يلي:

بعقد ندوة متخصصة لبحث الشروط والتدابير التي تقترح للمصارف الإسلامية لضمان حصولها على الديون المستحقة لها.[1]

5_ الشرط الخامس لا يجوز الجمع إطلاقا بين الغرامة التأخيرية، وكذا التعويض في الآن ذاته والعقد نفسه، بحيث ينبغي أن يكون التعويض إذا وجد على ضرر واحد فقط وليس الاثنين معا؛ التعويض والغرامة، هذه

---

[1] القرار 109، (12/3) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع العدد الثاني، (91/2).

هي القاعدة العامة، "ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الغرامة التأخيرية لا تكفي لجبر الضرر الواقع على الجهة الإدارية؛ فلها_أي صاحب المشروع أو الجهة الإدارية_ فرض تعويض عن الضرر الزائد على مقدار الغرامة، ويكون عليها إثبات هذه الزيادة في الضرر"[1].

[1] ينظر لمزيد من التوسع: عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (ص: 300).

# الفصل الثالث تطبيقات عقد التشغيل في الموانئ البحرية والمطارات الجوية

سبقت الإشارة في ثنايا هذا البحث إلى أن عقد التشغيل يوظف كثيرا في المشاريع الكبرى الخاصة بتهيئة مسالك البنية التحتيةمن حيث تسييرها وما يتفرع عنها من معالم التهيئة العمرانية السليمة لبناء المشاريع الضخمة، وسنحاول في هذا الفصل بسط بعضا من هذه التطبيقات خاصة في مجال الموانئ والمطارات باعتبار اقتران عقد التشغيل بهما كثيرا كثيرا.

## المبحث الأول : معالم تطبيق عقد التشغيل في الموانئ

يحوي الفقه الإسلامي السعة الكافية في كثير من الصيغ التمويلية والإستثمارية من أجل توظيف كثير من العقود المستجدة والطارئة على غرار عقد التشغيل، مع الإقرار الكلي من لدن الباحثين في وجود ذرة مصدرية للبحوث، وبخاصة النذرة التي يعاني من هذا الموضوع أعني عقد التشغيل، فعدم وجود دراسة سابقة متخصصة في هذا الموضوع تجعل طرق أبوابه والبحث عن التطبيقات أمر عسيرا جدا.

ورغم قلة هذه الدراسات وعدمها في أحايين كثيرة، فإن هذا لاينفي عن عقد التشغيل أهميته وقوته الإستيعابية في القدرة على إحتواء مشاريع البنية التحتية،ذلك أنه يلعب دورا مهما في الرفع من من مردودية الإقتصاد الوطني والعالمي، وتحريك روافد التنمية ولتقليص من الفوارق الإجتماعية والقضاء على البطالة.

ولكي تتضح صورة عقد التشغيل أكبر وأكثر، لابد من إعطاء حيز هام لهذا الجانب التطبيقي اللوجستكي،محاولة في الإسهام قدر الإمكان في وضوح صور عقد التشغيل تطبيقيا، لابد من إعطاء عدد أكبر من التطبيقات والإسهامات الخاصة بالشركات في هذا المجال، قصد إظهار الجانب الشرعي والحكم الفقهي، فقد تقرر عند الأصوليين أن الحكم عن الشيئ فرع عن تصوره، فكان لزاما الإحاطة الكلية بما خص النماذج التطبيقية سواء في المطارات والموانئ وغيرها من المجالات.

## المطلب الأول : الموانئ عناصرها ومكوناتها

إن دراسة تطبيقات عقد التشغيل في الموانئ تقتضيه جملة من السياقات المختلفة، منها أن الله جلت قدرته حبى الدول الإسلامية بكثير من الواجهات البحرية، ترسوا عليها السفن وتعرف حركة ملاحية تجارية

كثيرة، وهذه الدول في المقابل تحتاج إلى إعمال فكري واجتهاد فقهي لفهم علاقة هذه العقود الخاصة بتشغيل هذه الموانئ بالفقه الإسلامي، من أجل إصدار قوانين مراسيم تنظيمية لهذه الموانئ فيتكامل الفقه والقانون في هذا الباب، بحيث لا ضير أن يستفيد القانون من الفقه، كما وقع في سالف الأزمان، فتكون بذلك هذ القوانين والمراسيم التنظيمية العملية، تقارب و تسايير أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وخاصة في عقد التشغيل، لأن الوعي بأحكام هذا العقد سيسهم في إنشاء مزيد من الموانئ وفهم إستراتيجياتها وكيفية نجاح عملها من خلال بنود عقد التشغيل، وسيمكن من إصدار قوانين تصف وصفا دقيقا هذه البنود والشروط المنظمة للعقد.

إن البحث في تطبيقات عقد التشغيل في الموانئ ليس ترفا فكريا، ولكن هو كد وسعي وتلمس للحكم الفقهي المتعلق بأمور كثيرة تخص هذا العقد من حيث تطبيقه، نذكر على سبيل المثال: حقوق التشغيل، والشحنات الخاصة بالسفن،وسلامة المناخ، وحماية البيئة البحرية في الموانئ وأجور الموظفين والخدمات والتسهيلات، دون إغفال أو جهل للمخاطر المرتقبة التي تطرأ على عقد التشغيل في الموانئ إما بجائحة، أو بسبب تقصري ينتج عنه الضرر في المتفق عليه في بنوذ عقد التشغيل، وتعطيل عمل الموانئ.

وإذا كان عقد التشغيل لم يحظى بالدراسة الفقهية المتعلقة بالموانئ، فإن هذا العقد يعاني أيضا نقصا قانونيا، بحيث هنالك فراغا قانونيا وتنظيميا خاصا بعقد التشغيل، باستثناء ما نجده في بعض الدول، كتجربة الجمهورية اليمنية التي أصدرت سنة 2013 قانونا تحت رقم93 بشان المونئ البحرية، وقد وردت فيه جملة من الفصول ومن بينها :

ما ورد في الفصل الأول" أن سلطة الموانئ الخاصة يقصد بها مؤسسة الموانئ البحرية المنوط بها إدارة الموانئ في نطاق إختصاصها"[1].

أما في تعريف الميناء فقد ورد فيه مايلي" الموانئ البحرية التجارية التابعة لأحدى سلطات الموانئ المختصة أو ما قد ينشأ منها مستقبلا، و لا ينطبق هذا التعريف على الموانئ البحرية المتخصصة".[2]

وتكون مرافق الميناء من الأرصفة والمواقع المتخصصة للتفريغ وساحات التخزيين، وأي مكان أخر تشرف عليه إدارة الميناء .

---

(1) القانون الخاص رقم 23 سنة 2013، الصادر عن الجمهورية اليمنية بصنعاء بتاريخ 10 نونبر 2013م، 7 محرم 1435هـ.

(2) المرجع السابق.

أما فيما يخص المراد بخدمات الميناء فهي جملة " التسهيلات التي يقدمها الميناء للسفينة من أجل تسهيل الشحن، أو للركاب أو للمتعاملين معها .

_ الربان: الشخص الذي عهدت إليه قيادة السفينة أو تولي قيادتها، بطريقة مشروعة ولو بصفة مؤقتة.

_المرصد: الشخص الذي يقوم بأعمال إرشاد السفن المخول ن قبل السلطة المختصة .

وكيل السفينة: كل شخص طبيعي أو إعتباري مرخص له من قبل السلطة المختصة بحسب الحاجة.

_ التعرفة: الرسوم المقررة على السفينة أو الشحنة أو على الركاب مقابل خدمات وتسهيلات الميناء كما هي معلنة من سلطة الميناء أو من المشغل.

_ المستحقات :وتشمل جميع الرسوم والإجازات من أي نوع كانت حسب المقتضى.

_ عقد التشغيل: كل عقد تبرمه سلطة الموانئ المختصة مع أي شخص ليقوم بموجبه بتأجير أو بناء أو تشغيل أو إستغلال محطات الميناء أو مرافق الميناء لفترات زمنية محددة تعود بعدها الأصول إلى سلطة الميناء.

_ المشغل كل شخص يمنح حق التشغيل أو تقديم الخدمات والتسهيلات داخل أحد الموانئ بموجب عقد مع سلطة الموانئ المختصة"[1].

إن الإطلاع الفاحص على الفصل الأول من قانون الموانئ، فإنه لا يعطي نظرة إجمالية هامة تساعد على فهم تطبيقات أحكام عقد التشغيل المرتبط الموانئي، لأن القصد من عرض هذا الفصل أن يتم تقديم إسهام كبير للفقه الإسلامي، من خلال محاولة عرض النصوص القانونية على الأحكام الشرعية، وذلك قصد الملاءمة ومواكبة تطورات الحياة المستجدة، لأن الموانئ اليوم تحتاج إلى أمور تقنية دقيقة وأخرى قانونية وغيرها.

(1) نظرية عقود الصيانة (2 /506و507) بتصرف .

## المطلب الثاني : الضوابط المصاحبة لتطبيق عقد التشغيل في الموانئ

استكمالا للمقصود السالف الذكر نعرض بعضا من الفصول ليكتمل البناء الكلي للتطبيقات الخاصة بالموانئ، وسنعرض هذه الفصول بنوع من الإجمال ، والتركيز على الأهم منها تيسيرا للباحثين في عقد التشغيل، وكإسهام عملي لتطبيقات هذا العقد في المملكة المغربية التي تطل على واجهتين بحريتين و للإشارة فقد بدأت بعض إشراقاتت تطبيق هذا العقد تظهرفي ميادين صناعية كثيرة.

أما الفصل الثاني فقد جاء فيه" أن هذا القانون يهدف إلى وضع الإطار القانوني الذي بموجبه تتمكن السلطات المختصة بالموانئ من الإطلاع بمستوياتها في تخطيط وبناء وصيانة وتشغيل وإدارة الموانئ، والتشجيع على ذلك ومشاركة القطاع الخاص في البنية التحتية والأساسية للموانئ، وضمن المنافسة العادلة للارتقاء بالموانئ إلى مستوى أفضل كما أن أحكام هذا القانون تسري على جميع الموانئ البحرية التجارية التابعة للدولة المختصة حالا أو مستقبلا .

وورد في الفصل الثالث كذلك الذي يعد من أهم الفصول في هذا العقد، والذي يهتم بإنشاء وتطوير الموانئ و إستراتجياتها، بحيث أعتبر أن سلطات الموانئ هي من تتولى رسم السياسات والإستراتجيات الوطنية المتعلقة بالموانئ وتنفيدها من أجل تحقيق مايلي :

_ المصلحة العليا للاقتصاد الوطني والتجارة الخارجية.

_ تنمية و تطوير الموانئ بصورة اقتصادية وفعالة .

_ تشجيع الاستثمار في خدمات النقل الجوي والبحري.

_ رفع الكفاءة في الموانئ والنقل البحري.

_ توفير البيئة التنافسية بين الشركات الملاحية العاملة في الميناء.

_ كما أن على سلطة الموانئ مراجعة وتطوير سياستها واستراتجياتها وبرامجها على ضوء التغيرات العالمية ومجال النقل الجوي البري الدولي."[1]

---

[1] القانون الخاص الصادر عن الجمهورية اليمنية رقم 23 سنة 2013 الموافق ل 7 محرم 1435هـ بتصرف.

كما يتحدث الفصل الرابع عن التراخيص وحقوق التشغيل بحيث" تتولى سلطة الموانئ المختصة دون غيرها تقديم خدمات الموانئ، أو أداء أي نشاط أو خدمة تتصل أو تتعلق بالميناء ويجوز للسلطة المختصة بالموانئ الترخيص للغير للقيام ببعض هذه الأعمال أو الخدمات طبقا للشروط التي تحدها.

في حين يتطرق الفصل الخامس للخدمات التي تقدم للسفن، عن طريق تطبيق سلطة الموانئ المختصة نظما ملزمة للإبلاغ عن السفن وعن حركة السفن التي تتعامل مع موانئها وفقا لقواعد وتعليمات الموانئ.

بينما يتحدث الفصل السادس عن المسائل المتصلة بشحنات السفن والتي تجري عند المراسي والأرصفة والمحطات والمرابط، والأماكن الموجودة داخل حدود الميناء يجب أن تقوم لها سلطة الموانئ المختصة.

ويجوز لها أن تمنح تراخيص للشركات المتخصصة في هذا المجال للقيام بهذه العمليات تحت إشرافها وفقا للوائح المنظمة كذلك"[1]

من خلال ما سبق يمكن القول إن ما جاءت به هذه الفصول من القانون اليمني المتعلق بعقد التشغيل في الموانئ يمثل البنود العريضة التي يمكن

---

[1] المرجع السابق

الاستئناس بها وجعلها كلبنة أساس للعمل بهذا العقد في مجال الملاحة البحرية بصفة عامة، وتطبيق عقود التشغيل في الموانئ بصفة خاصة .

ومن الباحثين المعاصرين الذي تطرق لعقد التشغيل في الموانئ بصفة مختصرة جدا لقلة المصادر، الدكتور خلف سعيد العفريت الكويتي، وقد أشار في هذا الصدد إلى ما يتعلق بالمشغل لأحد المرافق أو التسهيلات التي تكون لصالح الميناء" وكل مشغل بالميناء وكل مسؤول عن ترتيب البضائع وكل مشغل بحري، أو مشغل لمستودع الوقود أو السفينة التقيد والإلتزام بدقة و بقواعد وتعليمات المونئ وبالمدونة الدولية للبضائع البحرية الخطيرة من أجل النقل الأمن للبضائع الخطيرة ومناولتها، وتخزينها في الموانئ وتقوم إدارة الميناء أو المشغل بالإشراف على سلامة حركة البضائع الخطيرة وتخزينها"[1].

[1] نظرية عقود الصيانة (506/2).

## المبحث الثاني : تطبيق عقد التشغيل في المطارات

### المطلب الأول الإضافات الفنية للتطبيقات الخاصة بعقد التشغيل في المطارات

يشكل عقد التشغيل أحد أهم العقود التمويلية المستحدثة ذلك أن هذا العقد كما أشار نا في مقدمة البحث، يمكن أن يعطي إضافة نوعية وهامة في مجال الملاحة الجوية، وبالنظر إلى هذا العقد وما أجري عليه من تطبيقات، نلمح أن هنالك تطبيقات له في جوانب متعددة في مجال المطارات في الدول العربية ، ولكن ما يلاحظه الباحث في هذا المجال هو النذرة التي يتسم بها هذا تطبيقا وتوصيفا وشرحا.

وبالنسبة للمطارات المغربية فإن هذا العقد قد تم توظيفه تحت مسميات عديدة تختلف من حيث العقود التي تبرم مع شركات التشغيل الخاصة بتتبع سير الأعمال الفنية للشركات بالمطارات ؛ وإذا كانت الملاحة الجوية المغربية وغيرها قد تعتيرها بعض الأعطاب الفنية فإن عقد التشغيل من حيث صورته الكلية وفهمه العام وتطبيقه بصورة منسجمة مع مع مستجدات الملاحة الجوية، يمكن أيضا أ يعطي كثيرا من الحلول للمشاكل التي تخص الملاحة الجوية، وتأكيدا لهذا المعنى يمكن إيراد نموذج عقد

المناولة الذي حقق نتائج مهمة جدا في المطارات وفي تجربة المكتب الوطني الشريف للفوسفاط.

إن الدعوة إلى إعادة النظر الكلي في تطبيق عقد التشغيل من حيث أصوله الشرعية والفقهية والضوابط الأصولية المعتمدة في هذا الباب، بالتواشج مع الأمور التقنية المستجدة يمكن أن يخلق المنافسة في المردودية مع باقي العقود ا أخرى وخاصة مع عقد المناولة الصناعية.

كما أن تجربة البنوك التشاركية التي تجريها المملكة المغربية يمكن أن توسع من دائرة تطبيقها لهذا العقد لتكتمل الصورة الشرعية له، فيسها العمل به في المطارات بشكل تام وكامل، ومما يمكن أن يحقق عقد التشغيل كذلك في باب المطارات أن يحقق نوعا من التنافسية والإستثمار، حسب ماهو وارد في المرسوم المنظم المتعلق بالخدمات الأرضية بالمطارات.

ومما تجدر الإشارة إليه أن مواد المراسيم المتعلقة بخدمات المناولة بالمطارات المغربية يمكن ان تنطبق على عقد التشغيل في المطارات، إذا تم التوسيع من دائرة تنويع العقود وتوزيعها حسب الإختصاص ، أو إذا ارتأت سياسية إدارة المطارات ذلك، ورأت أن عق التشغيل بديل شرعي

واقعي يمكن أن يرفع من مردودية وجودة الخدمات في المطارات، وفق المرسوم الصادر عن الحكومة المغربية المتعلق بخدمات المناولة، والذي جاء في أهم مواده مايلي:

المادة الأولى : تتناول الشروط التي يجب على مقدمي الخدمات القيام بها.

المادة الثانية: يطبق هذا المرسوم في كل مطار مفتوح أمام الحركة الجوية العامة .

المادة الثالثة : تتعلق بتطبيق التعاريف التالية :

أ: مطار: أي أرض مصممة خصيصا لهبوط وإقلاع ومناورات الطائرات.

ب: إعتماد : الترخيص الممنوح من قبل السلطة المكلفة بالطيران المدني، لشركة قصد تقديم الخدمات، وفقا للشروط الواردة فيه.

ت: مناولة أرضية تتعلق بالخدمات المقدمة للناقل الجوي.

ث: مناولة ذاتية : الحالة النبي يمكن فيها للناقل الجوي أن يستغل لحسابه الخاص من الخدمات التي تقدم.

ج: مراقبة معمقة للوثائق: مراقبة مناسبة للوثائق دون إساءة إستخدامها.

د: مشغل المطارات: الهيئة المكلفة بإدارة وتسيير مختلف البنيات التحتية للمطارات، بتنسيق مع مختلف الفاعليين العامليين بالمطار.

وهذه أهم النقط المتعلقة بهذه المادة:

المادة 4:تتعلق بمزاولة الخدمات الأرضية في المطارات.

المادة 5: تتناول ما تتطلبه الخدمات الأرضية في المطارات .

المادة 6 : لا يمكن الحصول على الإعتماد إلا من قبل أشخاص ذاتيين أو إعتباريين خاضعين للقانون العام أو الخاص.

المادة7: يجدد الإعتماد المنصوص عليه في المادة وفق الشروط اللازمة من أجل منح الترخيص، ولاسيما أصناف الخدمة.

المادة8: يمكن لمقدمي الخدمات اللجوء إلى التعاقد من الباطن ويحدد دفتر التحملات المنصوص عليه في المادة 4.

في حين جاءت مواد أخرى من هذا المرسوم تحدد مهام السلطة المكلفة بالطيران ومستعملي المطارات،وإجراءات إعلان عن منافسة شفافة، والشروع في تقديم الخدمات، وتحديد المتطلبات الفنية فيما يتعلق

بالمؤهلات والخبرة المهنية والأقدمية وعلى المعتمدين أن يثبتوا توفرهم على تغطية التأمين دون المساس بأحكام مدونة الشغل.

كما أن مستغل المطارات المسؤول عن التنسيق الجيد لتنشيط الخدمات .. ويجب على كل على كل ناقل أن يعين في المطارات شخصا يقوم بمهمة التواصل، وتحديد الحد الأدنى لجودة الخدمة واحترام مقتضيات البرنامج الوطني لأمن الطيران المدني.

بالإضافة إلى ما ذكر فإن هذا المرسوم لم يغفل الحديث عن إلتزامات مقدم الخدمة الأرضسة والإشراف والمراقبة المستمرة للخدمات وصلاحية وتعليق وسحب اعتماد واستمارية الخدمات، ثم اعتماد مقدمي خدمات الطيران رجال أعمال... كما أنه لم يغفل الإنتقالية والنهائية، بحيث ثم توفير قائمة تضم أصناف الخدمات التي يمكن أن تقدمها هذه الخدمة [1]، والتي تقوم بها لحد الآن المناولة وفقا للقانون المغربي و ما هو معمول به في المطارات المغربية .

---

[1] باختصار وتصرف: القانون المتعلق بمدونة الطيران والصادر بتنفيد الظهير الشريف رقم 1-16-61 بتاريخ 17 شعبان 1437 الموافق 24 ماي 2016.

## المطلب الثاني: نماذج لتطبيقات عقد التشغيل بالمطارات

وإذا كانت المطارات المغربية تريد أن ترفع من سقف منافساتها مع عدد كبير من الدول العربية والإسلامية ، فيمكن لها أن تأخد بهذا النموذج الفريد من العقود وهو عقد التشغيل، على غرار ما قامت به الإمارات العربية المتحدة في مطار دبي الدولي.

وقد نقل الدكتور خلف سعيد العفريت الكويتي، تطبيق عقد التشغيل في مطار دبي الدولي بالإمارات العربية المتحدة لفائدة شركة تقوم بهذا الغرض ومما جاء فيه" تعاقدت مؤسسة مطارات دبي مع شركة "سيمينس" للبريد والطرود والخدمات اللوجستية للمطارات، لتقديم خدمات التشغيل والصيانة لأنظمة مناولة الأمتعة والمواد في مطار دبي، ويشمل العقد مباني المسافرين (1و2و3) بالإضافة إلى نظام مناولة مواد ثم إنشاؤه أخيرا في المنطقة المجاورة لمركز دبي للزهور وتبلغ مدة العقد عدة سنوات مع قابلية للتمديد.

ويغطي العقد جميع جوانب الدعم التشغيلي، وحل المشكلات والتحسين المستمر، فضلا عن عمليات الصيانة الوقائية والإستباقية، وتوظف سيمنس فريقا محليا متخصصا ذا خبرة عالية يعمل في المطار،

ويمتلك أعضاؤه معرفة واسعة بالتكنولوجيا المستخدمة بما يؤهلهم لتأمين الموارد لجميع جوانب الخدمة بشكل فوري، وسوف يعمل موظفوا سيمنس جنبا إلى جنب مع موظفي المطار على عدة مستويات مما يشكل فريق عمليات متكاملا، ويقدم العقد طويل الأمد العديد من المزايا المؤسسة لمطار دبي، إذ يسح على سبيل المثال باعتماد نهج إستراتيجيلإعاة هندسة العمليات وتوفير بطاقة كذلك إدارة الوقت والتكلفة بشكل مثالي".

ومن خلال هذا المثال التطبيقي يتضح أن هذا العقد يقدم إضافة نوعية للخدمات المقدمة للمطارات، كما أنه يغطي جميع جوانب التشغيل في الملاحة الجوية، وساهم في تفكيك كثير من المشكلات، ويحقق العديد من المزايا، كما أنه يقدم أيضا الإضافة المتميزة في تحسين الخدمات مع باقي العقود الأخرى المبرمة مع الملاحة الجوية، ويحل كثيرا من المشكلات ذات الطابع التقني ويحقق مزايا متعددة في تحسين الخدمات مع باقي العقود الأخرى المبرمة مع الملاحة الجوية، دون الإخلال بالعقود الأخرى المرافقة له على غرار عقد صيانة ونظافة وتشغيل بالمملكة العربية السعودية.

وقد جاء في هذا العقد ما نصه باختصار"وقع نائب رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للطيران المدني بالعربية السعودية عقود صيانة و تشغيل ونظافة خمسة وعرون مطارا داخليا، بالإضافة إلى المقر الرئيسي للهيئة العامة للطيران المدني في جدة بقيمة 1.3 مليار ريال سعودي وبلغ عدد العقود خمس مجموعات لمدة خمس سنوات على النحو التالي :

المجموعة الأولى :تشمل مطارات الأمير عبد المحسن بن عبد العزيز في ينبع والباحة ورابغ والطائف ومقر الهيئة العامة للطيران بجدة وملحقاتها وتبلغ قيمة عقد هذه المجموعة 253 مليون ريال.

المجموعة الثانية: تشمل مطارات الأمير محمد بن عبد العزيز الدولي في المدينة المنورة والأمير عبد المجيد بن عبد العزيز في حائل وتبوك وتبلغ قيمة العقد 285 ريال.

المجموعة الثالثة : تشمل مطارات عرعر والجوف ..وتبلغ قيمة العقد 251 مليون ريال.

المجموعة الرابعة: تشمل مطارات الأمير سلمان بن عبد العزيز الداودي و الأحساء و القصيم و مدينة الملك خالد العسكرية وحفر الباطن والداوئر وتبلغ قيمة العقد 254 مليون ريال.المجموعة الخامسة: تشمل

مطارات الملك عبدالله بن عبدالعزيز في جازان وأبها وبيشة ونجران وشرورة، وتبلغ قيمة العقد 251 مليون ريال "[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه العقود "تمتاز بشموليتها وعدم اقتصارها على أعمال الصيانة والتشغيل إذ أمتدت لتغطي أعمال النظافة والزراعة ومكافحة الآفات، وتأمين المياه والوقود، وقطع الغيار، والمواد الاستهلاكية، والسيارات، والمعدات، والأجهزة، والأدوات، واختبار فحص الأنظمة والأجهزةوقياس مستوى أدائها، وتأمين العمالة والكوادر البشرية اللازمة لضمان مستويات عالية في الأداء، ورفع مستوى الخدمات المقدمة للمسافرين، والناقلات الجوية، وكذلك تنمية الموارد المالية والإيرادات بشكل عام "[2].

ويذكر أن تلك العقود خصصت لتنفيد أعمال صيانة وتجديد أنظمة العزل لأسقف المباني والصالات ومعالجة كامل أسطح المدارج وتركيب مولدات احتياطية وتحديث أنظمة الدوائر التلفزيونية المغلقة وتجديد دورات المياه، وتجديد وترميم بعض المرافق والطرقات.

---

(1) صحيفة الرياض بالمملكة العربية السعودية عدد 15408 / بتاريخ يوم التلاتاء 21 رمضان 1431هـ أغسطس 2010 م ، بتصرف.

(2)المرجع السابق بتصرف.

وتقدر نسبة السعوديين العاملين في كافة المجالات التي تغطيها تلك العقود بـ42٪ على أن تصل إلى 50٪ في نهاية مدتها"[1].

من خلال ما سلف ذكره يظهر بجلاء ووضوح أن عقد التشغيل قد وضف تطبيقا وإعمالا في أكبر المطارات العربية، وحقق ذلك استقطابا لأعداد كبيرة من السياح والعاملين والوافدين والزائرين، تفوق نسبتها بكثير ماهو مصرح به في المطارات المغربية، فيمكن إذا أن تستفيد الملاحة الجوية المغربية من هذه التجربة الخاصة بدول الخليج، في تنزيل عقد التشغيل الذي ساهم في تحقيق معالم للنجاح والإستمرارية وحل مشكلات كثيرة ظن ومحاولة الإرتقاء بهذه الملاحة إلى مصاف الدول المتقدمة.

(1) نظرية عقود الصيانة (505/2).

# الخاتمة

في خاتمة هذا البحث أحمد الله تعالى على هذا التوفيق والتأييد المبارك في سبر أغوار موضوع لم يطرق من قبل، ولم تتم مناقشته وتفصيل القول فيه تفصيلا ، فله الحمد والمنة على هذا الفضل الإلهي المبارك وهذا العون الرباني المسدد ابتداء وانتهاء، كما أسال الله تعالى أن يجازي خير الجزاء من كان سببا في إقتراح هذا البحث،و معينا للنبش في غوائله وغوامضه، فضيلة العلامة الدكتور الفقيه الأصولي المفتي سيدي الجيلالي المريني، فجزاه الله عن المسلمين خير الجزاء .

وفي هذه الخاتمة أذكر بإيجاز وإختصار أهم ما خلصت إليه في هذا البحث من نتائج وتوصيات أوردها تباعا كالأتي :

**النتـــائج :**

**أولا**: خلص البحث إلى تحديد المعنى المقصود بعقد التشغيل، فهو عقد ينشئ علاقة قائمة بين مشغل وشركة تشغيل، هذه العلاقة القائمة بينهما هي علاقة تعاهدية وتعاقدية، يقوم بمقتضاها المشغل بتوظيف جهده البدني والعقلي والفكري، لإستمرار واستدامة عمل مكونات إدارة معينة ، وتتعدد هذه المكونات فقد تكون ألات وقد تكون تقنيات في المصانع وقد تكون مؤسسات وغيرها...، ويطلب من المشغل

الإبقاء على عمل هذه الألات دون تعطيل أو تأخير أو توقف ، وذلك وفق مدة معينة تكون محددة سلفا في ثنايا عقد التشغيل ،كما ينضاف كذلك إلى العمل ومدة العمل عنصر الأجرة ، وهي جزاء وعوض مالي يستحقه المشغل بعد إنهاء مهمته التي وكلت إليها وفق ما تنص عليه بنود عقد التشغيل .

**ثانيا**: من النتائج التي تحققت في البحث، أن عقد التشغيل يعد من العقود المستحدثة المعاصرة والمستجدة، وهو عقد يكيف تحت الأحكام التي وردت في الأبواب الفقهية المعتبرة فقها وبخاصة باب الإجارة بنوعيها والإجارة والوكالة مع وجود أحكام يغلب عليها الغرر تحتاج إلى تفصيل وتبسيط.

**ثالثا**: من الخلاصات المهمة أن هنالك تمييزا دقيقا بين عقد التشغيل موضوع البحث، وبين عقد الشغل وعقد التشغيل " التوظيف" المنتشر في البلاد المغاربية، وبين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المعروف ب bot، فقد خلص البحث إلى أن كلا من هذه العقود مغاير ومختلف عن الأخر، ورغم كونها مشتركة في الحداثة والجدة، إلا أن أحكامها مختلفة كثيرا جدا وليس واحدة عند الإطلاق وإن جمع بينها مصطلح الشغل والتشغيل.

**رابعا**: عقد التشغيل يورد في غالب الأحوال مع عقود الصيانة وعقود النظافة والتحديث، وقد اشتهر في الأونة الأخيرة هذا النوع من العقود ،وخاصة بدول الخليج العربي، كما ظهرت معالمه في بعض المشاريع بالمغرب التي أطلقها جلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده، بحيث تميز قطاع التشغيل والصيانة بعلاقته الوثيقة بكافة المشروعات المدنية وغير المدنية التي نمت خلال خطط التنمية المستقبلية، وقد أدى توظيف هذا العقد إلى حركة اقتصادية مهمة .

**خامسا**: من الخلاصات البحثية كذلك أن عقد التشغيل بما هو عقد فني، يساهم في الرفع من نسبة المردودية والإنتاجية والتنافسية، لدى الموانئ والمطارات والشركات الكبرى، كما يحقق ارتفاعا هاما في تشغيل الأطر والكوادر المتخصصة، و يساعد على التقليل من نسبة البطالة في الدول التي يوظف فيها هذا العقد.

**سادسا**: مما توصل إليه البحث أن عقد التشغيل من عقود المعاوضة، والمقصود بكونه من عقود المعاوضة ، أي أن كلا من طرفي العقد يأخذ مقابلا وعوضا لما قدمه ، فالمشغل يتعهد بإدارة المنشأة أو المصنع أو غيره خلال مدة زمنية معلومة ، ويأخذ عوضا ماديا عن عمله

وتشغيله للمنشأة أو غيرها .. أما الجهة المشغلة فأنها تدفع الأجرة ، لقاء حصول المنافع التي تم الإتفاق عليها في بنود العقد.

**سابعا**: من الأمور المهمة التي خلص إليها الباحث ضرورة وحتمية التفصيل الجلي في الضوابط والبنود المشكلة لعقد التشغيل، حتى يتحقق القصد الأصلي من إبرام هذا العقد المتميز والمتفرد.

**ثامنا**: من الأمور التي وجب على الباحثين إعتبارها، عدم جواز إطلاق حكم كلي على عقد التشغيل، ذلك أن النظر في عقود التشغيل يحيل إلى وجود جزئيات مختلفة غير مندرجة تحت الكلي الجائز الذي هو عقد التشغيل، فالصواب تحقيقا للمناط أن يدرس ويبحث كل عقد بمفرده وبصيغه المختلفة وبنوده المتعددة، للخروج بحكم جزئي كلي، ويبقى الحكم العام هو الجواز المطلق للعقد وذلك لحاجة الناس إليه وتحقيقه لمقاصد المكلفين المعتبرة، مالم تؤدي بعض بنوده إل الغرر أو الجهالة أو الربا كما فصلنا ذلك في البحث تفصيلا.

**تاسعا**: من الأمور المقررة في عقد التشغيل كذلك أنه عقد توفرت فيه أركان العقد الثلاثة، الصيغة و العاقدان، والمعقود عليه.

**التوصيات**

**أولا**: يوصي الباحث بتخصيص مزيد من الدراسات حول موضوع عقود التشغيل والتفصيل في الأحكام المتعلقة بها، ليبرز للباحثين قيمة الفقه الإسلامي وقدرته على الإستيعابية المطلقة لكل النوازل التي تطرأ للمكلف بما فيها النوال المالية.

**ثانيا**: يوصي الباحث بالحرص على تطبيق التأمين التكافلي والتعاوني، بدل التأمين التجاري في عقود التشغيل ليكون العقد في صيغته مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ويسهل بذلك تطبيقه في سائر المؤسسات المالية الإسلامية التي تتعامل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، التي تعرف بتعدد المنتوجات المالية التي تقدمها الإسلامي.

**ثالثا**: يقترح الباحث على المؤسسات والشركات الكبرى الإستزادة في تطبيق عقد التشغيل، لما يحققه من نتاج و مردودية وتنافسية مهمة و المساهمة الفعالة لتحقيق مستويات عالية في الإقتصاد .

**رابعا** : يقترح الباحث على شركات التشغيل، تجاوز شرط الغرامات التأخيرية والشرط الجزائي المخالف لأحكام المعاملات المالية الإسلامية، وتعويضه بجملة من المبادئ والقيم والتوجيهات والإرشادات الأخلاقية التي تمكن من إتمام العمل وإنجازه في أوقاته المحددة الخاصة به وفق المنصوص عليه في العقد.

**خامسا**: يوصي الباحث الدارسين والمتخصصين في القانون المغربي، بالإهتمام بعقد التشغيل ومحاولة إفراده بالدراسة القانونية وتجلية النصوص القانونية المنظمة وتوحيد اسم الإطلاق، فهناك من يسميه عقدا الادراة ومن يسميه عقد الاستخدام ومن يسميه عقد الانتفاع.

# الملاحق

تتضمن هذه الملاحق مجموعة من الشروط التي تخص عقود التشغيل، وهذه الملاحق منشورة على شبكة الأنترنت والعناوين الإلكترونية للمؤسسات التي أبرمت هذه العقود مع الشركات الخاصة بعقد التشغيل.

نموذج عقد
للتشغيل والصيانة والنظافة

وثيقة العقد الأساسية

بعون الله تعالي
تم الاتفاق في المدينة المنورة في يوم الموافق
بين كل من :
**أولا :** أمانة منطقة المدينة المنورة ،ويمثلها الاستاذ / منير الدين بن محمد البكري بصفته مدير عام الشئون الماليه والاداريه المشار إليها فيما بعد بصاحب العمل .(الطرف الأول) ،ويشمل هذا التعبير من يخلف صاحب العمل ومن يحيل إليهم العقد .
**ثانيا :** شركة المندريه للمقاولات
وعنوانه الدائم في المملكة الرياض حي غرناطة واسم الشخص المفوض بالتوقيع ريان حمد الردادي بالخطاب رقم٦١٢٤ وتاريخ ٢٠١٤/١٢/١٥ م التفويض الرسمي الممنوح له بالتوقيع (الطرف الثاني )
ويشمل هذا التعبير من يخلف الطرف الثاني ومن يصرح له بإحالة العقد إليه .

لما كان صاحب العمل يرغب في مشروع صيانة وتشغيل مختبر الأغذية وأجهزة الكشف الميدانية بالمدينه المنوره التي طرحت في منافسة عامة عبر الصحف المحلية . وتقدم لذلك (الطرف الثاني) بعرضه لهذه المنافسة بتاريخ ١٤٣٥\٠٤\٢٣هـ للقيام بتنفيذ تلك الأعمال بعد إطلاعه علي جميع الشروط والمواصفات وشروط العقد وجميع الوثائق ووقوفه علي الموقع وبعلمه بما يتضمنه نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م /١٤) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم (١٧/٢١٣١) وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ وما صدر عليه من تعديلات وقرارات وتعاميم وتعليمات .
ولما كان عرض (الطرف الثاني) قد اقترن بقبول الطرف الأول (صاحب العمل) وفقاً لما جاء في خطاب الترسية رقم ٤٨٧٩٣ وتاريخ ١٤٣٦/٠٧/٠٢ هـ
فقد اتفق الطرفان علي تنفيذ العمل وفقا لشروط العقد التالية :

المادة الأولي : الغرض من العقد :
إن الغرض من هذا العقد هو القيام بـــ مشروع صيانة وتشغيل مختبر الأغذية وأجهزة الكشف الميدانية بالمدينه المنوره

ويشمل ذلك تقديم المواد والمعدات والعمال وجميع الأشياء اللازمة وفقاً لشروط العقد ووثائقه .

**المادة الثانية : وثائق العقد :**
١/٢- يتألف هذا العقد من ملحق العقد و الوثائق الآتية .
أ -وثيقة العقد الأساسية .
ب- الشروط الخاصة (إن وجدت) .
ج- الشروط العامة.
د- المواصفات .
هـ- جداول الكميات وفئات الأسعار .
و- المخططات والرسومات وكتيبات التشغيل والصيانة (إن وجدت) .

المملكة العربية السعودية
وزارة الشئون البلدية والقروية
أمانة منطقة المدينة المنورة
الرمز (٣٠٠/٢٦٦)
وكالة الخدمات / المختبرات

بسم الله الرحمن الرحيم

رقم الصادر 73838
تاريخ الصادر ٢١ / ٠٩ / ١٤٣٦
المرفقات
بخصوص محضر تسليم موقع

## محضر تسليم موقع

إشارة الى خطاب اشعار ترسية المناقصة رقم ١٤٣٥/١٤٢٨٥هـ على شركة المندرية للمقاولات لتنفيذ مشروع صيانة وتشغيل مختبرات الأغذية .

علية، فقد تم شخوص لجنة التسليم على موقع مبنى إدارة المختبرات وأبحاث البيئة الكائن بالسوق المركزي للخضار والفاكهة والمكونة من كلاً مما يلي :

| | |
|---|---|
| ١- محمد بن أحمد قاسم | مدير إدارة المختبرات وأبحاث البيئة |
| ٢-عمار عيد الرحيلي | رئيس قسم المايكروبيولوجي |
| ٣-رامي سلطان اللهيبي | رئيس قسم الكيمياء |
| ٤-الحبيب بلقاسم الجوادي | مندوب المقاول |

وتمت معاينة موقع الاعمال على الطبيعة وتسليم جميع مكونات المختبر من أجهزة وأدوات ولا يوجد أي عائق من تسليم المختبر للمقاول وعلية فإنه يعتبر يوم الاربعاء ١٤٣٦/٠٩/١٤هـ الموافق ٢٠١٥/٠٧/٠١م وهو تاريخ تسليم موقع مختبر أمانة المدينة المنورة الى شركة المندرية للمقاولات .

وعلية جرى التوقيع ،،،

| | | |
|---|---|---|
| مندوب المقاول | رئيس قسم الكيمياء | رئيس قسم المايكروبيولوجي |
| الحبيب بلقاسم الجوادي | رامي سلطان اللهيبي | عمار عيد الرحيلي |

المندرية ١٠١٠٢٠٩٦١١

مدير إدارة المختبرات وأبحاث البيئة

محمد بن أحمد قاسم

الوكيل المساعد لشئون البيئة

م. يوسف بن جابد الحجيلي

هاتف : ٨٢٢٧٤٠٠ - فاكس : ٨٢٢٢٤٩٨ - ص.ب : ٤٩٥٢

ز- خطاب الترسية أو قبول العرض .
ح- الملاحق ( إن وجدت ) .
ط- نماذج الضمانات البنكية التي يصدرها وزير المالية والاقتصاد الوطني .

٢/ ٢- تشكل هذه الوثائق وحدة متكاملة وتعد كل وثيقة منها جزءا من العقد بحيث تفسر وتتمم الوثائق المذكورة أعلاه بعضها بعضا .

٣/٢- في حالة وجود تعارض بين وثائق العقد ، فإن الوثيقة المتقدمة تسود علي الوثيقة التي تليها في الترتيب الوارد في الفقرة الأولي من هذه المادة .

**المادة الثالثة: مدة العقد**

يتعهد الطرف الثاني بـ (صيانة وتشغيل مختبر الأغذية وأجهزة الكشف الميدانية بالمدينه المنوره ) وذلك طيلة مدة العقد المحددة ( ٣٦ شهر ميلادياً)وتبدأ هذه المدة اعتباراً من تاريخ تسليم موقع العمل إلي المقاول بموجب محضر كتابي موقع عليه من قبل مندوبي صاحب العمل والطرف الثاني .

**المادة الرابعة : قيمة العقد**

إن القيمة الإجمالية للعقد هي (٤,٩٩٦,٠٠٠) اربعة ملايين وتسعمائة وستة وتسعون الف ريال لاغير ريال عربي سعودي فقط . لقاء تنفيذ هذا العقد وفقاً للشروط والمواصفات والمخططات، وجداول الكميات وفئات الأسعار وغيرها من وثائق العقد.

**المادة الخامسة: الدفع**

يلتزم صاحب العمل بدفع قيمة العقد بالطريقة وفي الأوقات المحددة في المادة ( السادسة والثلاثين ) من الشروط العامة للعقد مقابل قيام الطرف الثاني بتنفيذ وإتمام الأعمال المتعاقد عليها .

**المادة السادسة: نظام العقد**

يخضع هذا العقد للأنظمة المعمول بها في المملكة ويتم تفسيره وتنفيذه والفصل فيما ينشأ عنه من دعاوى بموجبها .

**المادة السابعة : تسوية الخلافات .**

كل خلاف ينشأ عن تطبيق هذا العقد ولا يتم التوصل إلي تسويته بين الطرفين يختص ديوان المظالم بالفصل فيه ، ويكون حكمه في ذلك نهائيا .

وتوثيقاً لما تقدم فقد قام الطرفان بالتوقيع علي هذه الوثيقة في المكان والتاريخ المذكورين أعلاه.

والله الموفق ،،

**الطرف الأول**
**أمانة منطقة المدينة المنورة**
**الاستاذ / منير الدين بن محمد البكري**
**مدير عام الشئون الإدارية والمالية**

**الطرف الثاني**
**شركة المندريه للمقاولات**
**الاسم : ريان حمد الردادي**
**الصفة : مفوض**
**التوقيع:**

**المملكة العربية السعودية**

**وزارة التربية والتعليم**

وكالة الوزارة للمباني بتعليم البنين

الإدارة العامة للتشغيل والصيانة

# عقد للتشغيل والصيانة والنظافة

## القسم الأول

## وثيقة العقد الأساسية

رقم العقد :-- / -- / --

**أسم العقد :-** --------

**----------**

**أسم المنطقة :** --------

**محافظة ----------**

**أسم المقاول :**

**----------**

**ص ب / ------ الرياض ----- فاكس -----**

**المملكـة العـربيـة السـعوديـة**

**وزارة التربية والتعليم**

وكالة الوزارة للمباني بتعليم البنين

الإدارة العامة للتشغيل والصيانة

# عقد للتشغيل والصيانة والنظافة

## القسم الأول

## وثيقة العقد الأساسية

| رقم العقد :-- / -- / -- |
|---|

**أسم العقد :- --------**

**----------**

**أسم المنطقة : --------**

**محافظة ----------**

**أسم المقاول :**

**----------**

**ص ب / ------ الرياض ----- فاكس -----**

المملكة العربية السعودية
وزارة التربية والتعليم
وكالة الوزارة للمباني بتعليم البنين
الإدارة العامة للتشغيل والصيانة

# عقد

# التشغيل والصيانة والنظافة

## المعدل طبقا نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ

## مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي

## رقم (م٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ ولائحته التنفيذية وقرار مجلس الوزراء رقم ١٢٩ وتاريخ ١٤٣٠/٤/٢٤ هـ

## القسم الثاني

# الشروط العامة للعقد

# الشروط العامة

**المادة الأولي: التعريفات:**

**أولاً:** يقصد بالكلمات والعبارات الآتية المعاني المبينة إلي جانب كل منها ما لم يتضح من صراحة النص أو يقتضي سياق الكلام غير ذلك:

**أ- صاحب العمل:(الطرف الأول) :**

يعني الوزارة أو الجهة الإدارية التي دعت إلي تقديم العطاءات أو أي جهة يؤول إليها حق الإشراف علي العمال.

**ب- المقاول (الطرف الثاني):**

يعني الشخص أو الأشخاص الطبيعيين أو ذوي الصفة الاعتبارية الذين قبل صاحب العمل عطاءهم ويشمل ذلك ممثليهم وخلفهم ومن يحل محلهم بموافقة الإدارة.

**ج- مندوب صاحب العمل:**

يعني الشخص أو الأشخاص من ذوي الصفة الطبيعية أو المعنوية الذي يعين في أي وقت من قبل صاحب العمل لمتابعة تنفيذ الأعمال.

**د- ممثل مندوب صاحب العمل:**

يعني أي مراقب أعمال مسؤول يعينه صاحب العمل أو مندوبه من وقت إلي آخر لأداء الواجبات المنصوص عليها في المادة (الثانية) من هذه الشروط في حدود الصلاحيات التي يبلغها خطيا صاحب العمل أو مندوبه للمقاول.

**هـ- الأعمال:**

تعني كل الأعمال والخدمات الدائمة والمؤقتة التي يجب تنفيذها بموجب العقد.

**و- التشغيل:**

١- تشغيل المباني والمنشآت والمرافق بشكل دوري وحسب جدول زمني.

٢- الإدارة اليومية للمنشآت لأداء العمل الذي صممت المنشأة من أجله.

# عقد ادارة

## شركة مياه اليرموك

## شركه ذات مسؤولية محدودة مملوكه لسلطة المياه

## المملكه الاردنيه الهاشميه

## نموذج العقد

# نموذج العقد

ابرم **هذا العقد** بتاريخ 2011/6/30

**بين**

**شركة مياه اليرموك ذ م م**
والمشار اليها فيما يلي ب " **ش م ي**"
و

**Veolia Water MENA / GTC (Aqua Treat)**

المشار اليها فيما يلي ب **"مقاول الادارة"**

**حيث**:

1. ان **ش م ي** تملك اصول تزويد المياه والصرف الصحي الموصوفة في **ملحق المرافق**
2. ان **ش م ي** لديها الصلاحية القانونية للدخول في **العقد** كما هو معرف تاليا في قسم 1.1 من **نموذج العقد** بموجب **القانون النافذ**
3. حصلت **ش م ي** على جميع الموافقات الضرورية والتزمت بجميع المتطلبات بموجب **القانون النافذ** للسماح لها بابرام **العقد**
4. ترغب **ش م ي** بزيادة وتحسين فعالية وجدوى **المرافق** وتخفيض فاقد المياه وتحسين الخدمات المقدمة **للزبائن**
5. قدم **مقاول الادارة** الى **سلطة المياه الاردنية** ما يثبت بأنه يمتلك المهارات والقدرات ليقوم **بالخدمات** وادارة التشغيل والصيانة **للمرافق والبنية التحتية** وادارة موظفي **ش م ي** بطريقة فعالة وبكلفة أقل وبزيادة ربحية في انظمة المياه والصرف الصحي بموجب التشريعات في **منطقة الخدمة**
6. استجاب مقاول الادارة الى **وثائق دعوة تقديم العروض** بتاريخ 2010/7/26 التي نظمتها **سلطة المياه الاردنية** / **PMU** بالنيابة عن **ش م ي** وتم اختياره **كمقاول ادارة** ليقوم **بالخدمات** المنصوص عليها في **ملحق الخدمات**
7. يمتلك **مقاول الادارة** قدرة الشركات والصلاحية للدخول في **العقد**، **و**
8. ضمن المساهمان في **الشركة المؤتلفة** التي سيتم تأسيسها من قبل المناقص **العقد** كما ورد في احكام **العقد** ووافقا على ان يكونا ملزمان بالتكافل والتضامن **لشركة مياه اليرموك** بالوفاء باحكام **العقد**

**وعليه** ، وبالأخذ بالاعتبار التعهدات المتبادلة والاتفاقات المنصوص عليها تاليا، فان **ش م ي ومقاول الإدارة** اتفقا على النحو التالي:

## المادة 1 – وثائق العقد

### 1.1 وثائق العقد

ان عقد ادارة المياه والصرف الصحي هذا بين **ش م ي ومقاول الادارة** " **العقد**" يتألف من الوثائق التالية مجتمعة (**وثائق العقد**)، وكل من التالي يجب أن يقرأ ويفسر بأنه جزء لا يتجزأ من **العقد**:

a) **نموذج العقد**
b) **الشروط العامة للعقد**
c) **15 ملحق للشروط العامة للعقد**
d) **وثائق دعوة تقديم العروض**

ان الوثائق المذكورة أعلاه تشمل جميع **الملاحق**، **والأسئلة والاجابات**، ومواضيع التفاوض المتفق عليها.

### 1.2 ترتيب الأولويات

1. في حال وجود أي غموض أو تضارب بين **وثائق العقد** المدرجة في قسم 1.1 من **نموذج العقد** هذا، ويكون ترتيب الأولويات هو الترتيب الذي ورد فيه ترتيب **وثائق العقد** في قسم 1.1 من **نموذج العقد** هذا
2. على الرغم من قسم (1)1.2 من **نموذج العقد** هذا وأي حكم أو شرط في **وثائق العقد**، اذا وجدت أي عبارة أو شرط في **الملحق 14- عرض مقاول الادارة** لا تتفق أو تتضارب مع أي حكم أو شرط في بقية **وثائق العقد**، فيجب أن تسود بقية **وثائق العقد**.

### 1.3 تعريفات

الكلمات والعبارات المطبوعة بالخط العريض المستخدمة في **العقد** يكون لها نفس المعاني المخصصة لها في **الشروط العامة** وفي **ملاحق الشروط العامة من العقد**

*(تم استخدام الخط العريض للكلمات والعبارات المعرفة )*

## المادة 2 – أجر مقاول الادارة وشروط الدفعات

### 2.1 أجر مقاول الادارة

بناء على أداء **مقاول الادارة** لالتزاماته التي سترد لاحقا ، توافق **ش م ي** على دفع أجر **مقاول الادارة** المحدد بموجب احكام وشروط **العقد ونموذج اسعار المناقص**

### 2.2 شروط الدفع

تكون شروط وطرق الدفع **لمقاول الادارة** من قبل **ش م ي** كما هي منصوصة في **الشروط العامة للعقد**

2.6.4 تمديد المده ..... 16
2.6.5 الدفعات ..... 16
2.6.6 المشاورات ..... 16
**2.7 التعليق ..... 16**
**2.8 الانهاء ..... 17**
2.8.1 الانهاء من قبل شركة مياه اليرموك ..... 17
2.8.2 الاشعار اللازم بالانهاء- لسبب ..... 18
2.8.3 الاشعار اللازم بالانهاء - للراحه ..... 18
2.8.4 الانهاء من قبل مقاول الاداره ..... 18
2.8.5 الاشعار بالانهاء من قبل مقاول الاداره ..... 19
2.8.6 النزاعات حول احداث الانهاء ..... 19
2.8.7 التوقف عن تقديم **الخدمات** ..... 19
2.8.8 الدفعات عند الانهاء ..... 19

التزامات مقاول الاداره ..... 20

**3.1 عام ..... 20**
3.1.1 **الخدمات** ومقاييس الاداء ..... 20
**3.1.2 منطقة الخدمه ..... 20**
3.1.3 **العقد** ..... Error! Bookmark not defined.
**3.2 القانون الذي يحكم** الخدمات ..... 20
**3.3 تضارب المصالح1 ..... 20**
3.3.1 عدم استفادة **مقاول الاداره** من عمولات تخفيضات وما شابه ..... 20
3.3.2 عدم تأهيل **مقاول الاداره** ومؤسساته الفرعيه ..... 20
3.3.3 منع تضارب النشاطات ..... 21
**3.4 الملكية الفكرية والسرية ..... 21**
**3.5 الضمانات من قبل** مقاول الاداره ..... 22
**3.6 ضمان الملكية الفكرية ..... 22**
**3.7 حدود المسؤولية ..... 23**
**3.8 التأمينات التي يجب ان يتخذها** مقاول الاداره ..... 23
**3.9 سجلات العقد المحاسبة والتدقيق ..... 24**
3.9.1 سجلات **العقد** ..... 24
3.9.2 المحاسبة ..... 25
3.9.3 تدقيق الحسابات الخاصة بـ**مقاول الاداره** وسجلات **العقد** ..... 25
3.9.4 الحسابات المدققه ل**مقاول الاداره** ..... 26
3.9.5 التدقيق من قبل KfW ..... 26
**3.10 المقاولون الفرعيون ..... 26**
**3.11 الاجتماعات ..... 26**
3.12 **الالتزامات باعداد وتقديم التقارير ..... 26**
**3.13 الاجهزة والمواد المقدمة من شركة مياه اليرموك ..... 27**
3.13.1 عام ..... 27
3.13.2 قوائم جرد المركبات والاجهزة والمواد والتجهيزات والتسليم ..... Error! Bookmark not defined.
**3.14 التحصيل والتعامل مع العوائد (1) ..... 27**
**3.15 ضمان الاداء ..... 28**
**3.16 الوصول الى مرافق شركة مياه اليرموك ..... 29**

موظفي الادارة وموظفي تشغيل **مقاول الاداره** ..... 29

**4.1** موظفي الاداره ..... Error! Bookmark not defined.
**4.2 ازالة أو استبدال** موظفي الاداره ..... 29
**4.3 المدير العام المقيم ل**مقاول الاداره ..... 30
**4.4 موظفي التشغيل ..... 30**

جدول المحتويات ..... ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.

1 **العقد** والتفسيرات العامه ..... 4

**1.1 التعاريف** ..... **4**
1.2 وثائق العقد ..... 7
**1.3 التفسيرات** ..... **7**
1.3.1 اللغه ..... 7
1.3.2 الاشخاص ..... 7
1.3.3 العناوين ..... 7
1.3.4 المفرد أو الجمع ..... 7
1.3.5 شمول **العقد** لكل الاتفاق ..... 7
1.3.6 التعديل ..... 8
1.3.7 مقاول مستقل ..... 8
1.3.8 شراكة عمل أو ائتلاف ..... 8
1.3.9 عدم التنازل ..... 8
1.3.10 انقاص **العقد** ..... 9
1.3.11 عدد الايام ..... 9
1.3.12 الاشاره الى العمله ..... **Error! Bookmark not defined.**
1.3.13 سعر الفائده ..... 9
1.3.14 استمرار الالتزام ..... 10
1.3.15 الاشارات الى الاقسام ..... 10
**1.4 الاشعارات** ..... ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
**1.5 القانون الذي يحكم** العقد ..... **11**
**1.6 الموقع** ..... **11**
**1.7 سلطة** المساهم **المسؤول** ..... **11**
**1.8 الممثلين المخولين** ..... **11**
**1.9 الضرائب والواجبات والجمارك والرسوم والغرامات** ..... **12**
1.9.1 الضرائب المشموله في السعر المقدم من مقاول الاداره ..... 12
**1.10 تفويض المهام** ..... **12**
**1.11 الاذعان للقضاء** ..... ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.

2 احكام المباشره، الاكمال، الانهاء للعقد ..... 14

**2.1** تاريخ النفاذ ..... **14**
**2.2 مدة** العقد ..... **14**
**2.3 مباشرة** الخدمات ..... **14**
2.3.1 **تاريخ المباشره** ..... 14
**2.4 خدمات بعد تاريخ الانتهاء** ..... **14**
**2.5 تمديد** العقد ..... **14**
**2.6 القوه القاهره** ..... **15**
2.6.1 احكام عامه ..... 15
2.6.2 عدم الاخلال **بالعقد** ..... 15
**2.6.3** اجراءات واجب اتخاذها ..... **16**

5 التزامات شركة مياه اليرموك ..... 30

5.1 المساعدة والاعفاءات ..... 30
5.2 الوصول الى الاراضي ..... 31
5.3 تكاليف التشغيل والصيانة ..... 31
5.3.1 موازنة التشغيل والصيانة ..... 31
5.3.2 دفعات تكاليف التشغيل والصيانة (2) ..... 31
5.4 العقد، PMU، جهاز التشغيل، والاجهزة والمواد ..... 31
5.5 ألاشراف على العقد ..... 32
5.6 المراجعات والموافقات على المنجزات ..... 33

6 الاجور التي تدفع لمقاول الاداره ..... 33

6.1 تكاليف موظفي الاداره ..... 33
6.2 الاجر الذي سيدفع لمقاول الاداره ..... 34
6.2.1 الاجر الذي سيدفع ..... 34
6.2.2 الأجر الثابت لمقاول الاداره ..... 34
6.3 الدفعات ..... 34
6.3.1 دفعات الأجر الثابت لمقاول الاداره ..... 34
6.3.2 دفعات الأجر المحفز وتعويض الاضرار ..... 34
6.4 العملة واسعار التحويل ..... 35
6.5 التغيير في عناصر العقد ..... 35
6.6 تعديل أجر مقاول الاداره ..... 36

7 الضمانات ..... 36

7.1 عام ..... 36
7.2 الضمانات من قبل مقاول الاداره ..... 36

8 تسوية الخلافات ..... 37

8.1 التسوية الودية ..... 37
8.2 الحق في التحكيم ..... 37
8.3 اختيار المحكمين ..... Error! Bookmark not defined.
8.4 قواعد الاجراء ..... Error! Bookmark not defined.
8.5 المحكمون البدلاء ..... Error! Bookmark not defined.
8.6 جنسية ومؤهلات المحكمين ..... Error! Bookmark not defined.
8.7 متفرقات ..... 37
8.8 اداء العقد خلال تسوية النزاعات ..... 37

# ملحق موظفي التشغيل

## المادة 1- عام

### 1.1 الوضع الوظيفي لموظفي التشغيل

1) لا يكون **مقاول الادارة** صاحب عمل **موظفي الادارة** الذين يقومون بوظائف مياه وصرف صحي **ش م ي** في **منطقة الخدمة**
2) يجب ان تستمر **ش م ي** في مسؤوليتها بدفع الرواتب والاجور والمنافع **لموظفي التشغيل** كما تبقى هي صاحب العمل **لموظفي التشغيل** . وعلى **مقاول الادارة** ان يقوم بادارة دفع الاجور والرواتب والمنافع **لموظفي التشغيل**
3) لغرض هذا **العقد** ، "**موظفي التشغيل** " تعني جميع الموظفين المعينين من قبل **ش م ي** ويقوم بادارتهم **مقاول الادارة** ليقوموا بوظائف المياه والصرف الصحي بما فيهم موظفي الادارة والاشراف فيما يتعلق **بشركة مياه اليرموك**

## المادة 2- موظفي التشغيل في منطقة الخدمة

### 2.1 موظفي التشغيل

**1)** تكون ادارة **موظفي التشغيل** من مسؤولية **مقاول الادارة** الى الحد الموضح في **ملحق موظفي التشغيل** وفي **العقد** ، من **تاريخ المباشرة**

**2)** يكون **مقاول الادارة** مسؤولا ( بصلاحياته الادارية المفوض بها) عن:

**a)** الاشراف اليومي المباشر على **موظفي التشغيل**
b) وضع هيكل تنظيمي **لموظفي التشغيل**
**c)** توزيع المسؤوليات المختلفة والمهمات على **موظفي التشغيل**
**d)** تحديد مهمات الأعمال اليومية **لموظفي التشغيل** ومواقعها
**e)** تقييم اداء **موظفي التشغيل**
f) اعداد التوصيات **لشركة مياه اليرموك** بخصوص التعيين أو الاستغناء والفائض عن الحاجة
**g)** بالقدر الذي يسمح به **القانون النافذ** وقامت **ش م ي** بتفويضه ، ادارة وتنفيذ جميع الاجراءات التأديبية **لموظفي التشغيل**
h) ادارة جميع سجلات الموارد البشرية وانظمة المعلومات شاملة رواتب **موظفي التشغيل**
i) مساعدة **ش م ي** و PMU في جميع المساومات الجماعية للتفاوض
**j)** تحديد الساعات العمل النمطية **لموظفي التشغيل**
**k)** **وضع برنامج دفع علاوات لموظفي التشغيل( برنامج حوافز)**

3) لا يكون **مقاول الادارة** مسؤولا عن اية أعمال تكون من واجب **ش م ي** القيام بها بموجب **القانون النافذ**

**4)** يجب أن تكون اجراءات **مقاول الادارة** مع **موظفي التشغيل** بموجب **القانون النافذ**

## 1.2 وثائق العقد

1. بحسب شروط نموذج **العقد** ، تكون جميع الوثائق التي تشكل جزءا من **العقد**، وجميع الأجزاء المكونة **للعقد** مترابطة ومكملة ومفسره لبعضها البعض، ويجب أن يقرأ **العقد** كوحدة متكاملة.

2. الملاحق التالية المشار اليها في **العقد** تسمى على النحو التالي:

| الملحق | الاسم |
|---|---|
| الملحق 1 | ملحق الشروط الخاصه |
| الملحق 2 | ملحق الخدمات |
| الملحق 3 | ملحق معايير الأداء |
| الملحق 4 | ملحق المرافق |
| الملحق 5 | ملحق منطقة الخدمه |
| الملحق 6 | ملحق موظفي الادارة |
| الملحق 7 | ملحق موظفي التشغيل |
| الملحق 8 | ملحق الاجر المحفزو تعويض الاضرار |
| الملحق 9 | ملحق ضمان الاداء |
| الملحق 10 | ملحق برنامج تخفيض الفاقد |
| الملحق 11 | ملحق برنامج تمويل التأهيل والاصلاح |
| الملحق 12 | ملحق اتفاقية التفويض بين سلطة المياه وشركة مياه اليرموك |
| الملحق 13 | ملحق معلومات المشروع التقارير الماليه والادائيه السابقه لادارة مياه محافظات الشمال |
| الملحق 14 | ملحق العرض المقدم من مقاول الاداره |
| الملحق 15 | ملحق نموذج عرض اسعار المناقص |

| | نموذج إعداد عقد تشغيل وصيانة غير طبية لمستشفى | | | نموذج (ج/١) |
|---|---|---|---|---|
| معلومات أساسية | اسم العقد | | اسم المستشفى | |
| | التكاليف المعتمدة بالميزانية | | السعة السريرية | |
| | نهاية العقد الحالي | | نوع العقد | ☐ غير طبي ☐طبي / غير طبي |
| | قيمة العقد الحالي | | حالة المستشفى | ☐ مستأجر ☐مملوك |
| الوصف الفني لمباني المستشفى ولمباني الملحقة ضمن العقد | يتم توضيح التالي : المباني الموجودة في نطاق المستشفى – المباني المستأجرة والتابعة لعقد المستشفى – عدد الطوابق بكل مبنى – المساحة لكل مبنى – يرفق مخطط من الموقع العام للمستشفى ويوضح به المباني الجديدة | | | |
| | المبنى الرئيسي | | | |
| | السكن | | | |
| | مبنى الكلى | | | |
| | مبنى السكر | | | |
| | مبنى العيادات الخارجية | | | |
| | مبنى الإدارة | | | |
| | المركز الترفيهي | | | |
| | مركز جراحة القلب | | | |
| | مبنى الإسعاف والطوارئ | | | |
| المباني الأخرى | | | | |
| | | | | |
| | | | | |
| في حالة وجود مراكز تخصصية يتم تعبئة نموذج (ج/٢) لكل مركز تخصصي | | | | |
| صفحة ١ من ٣ | | | | |

الادارة العامة للصيانة، نموذج اعداد عقد لمستشفى

وزارة الصحة
Ministry of Health

# الإجراءات المطلوبة لإعداد العقود (للمرافق الحالية والمرافق الجديدة)

## أولا : العقود البديلة للمرافق الصحية (المستشفيات والمراكز التخصصية والمراكز الصحية)

تبدأ الإجراءات وفقا لما يلي:

١- ترفع طلبات المنافسة من المناطق للإدارة العامة للصيانة وفق المادة رقم (٨) من تعليمات الميزانية لعام ١٤٣٤/١٤٣٥هـ قبل موعد إنتهاء العقد بمده لا تقل عن(٢٤) شهر لمراجعتها وإرفاق المستندات التالية والخاصة بإعداد كراسة الشروط والمواصفات وجداول الكميات وهي-

أ.(نموذج رقم ج١) والخاص بإعداد كراسة الشروط والمواصفات لعقد الصيانة والنظافة والتشغيل غير الطبي للمستشفيات مكون من عدد (٢) صفحة مرفقا به المخططات الهندسية للموقع العام (مسقط أفقي plan) مع تحديد مسمى المباني بخط واضح مقروء ومطبوع وبرفق مع طلب إعداد شروط ومواصفات وجداول المنافسة .

ب.(نموذج رقم ج٢) الخاص بإعداد كراسة الشروط والمواصفات لعقد الصيانة والنظافة والتشغيل غير الطبي للمستشفيات ويتضمن بيانات المركز التخصصي الملحق بالمستشفى مع إرفاق المخططات الهندسية التوضيحية للموقع العام والتوسعة حسب النموذج.

ج. (نموذج رقم ج٣) الخاص بإعداد كراسة الشروط والمواصفات لعقد بيانات المركز التخصصي المستقل وخارج حدود المستشفى مع إرفاق المخططات الهندسية التوضيحية للموقع العام والتوسعة حسب حسب النموذج.

د.(نموذج رقم ج٤)الخاص بإعداد عقد الصيانة والنظافة والتشغيل غير الطبي للمراكز الصحية مكون من عدد (٢) صفحة

٢- يتم تعبئة النماذج المذكورة والتصديق عليها من مدير الصيانة بالمنطقة وترفع الى الادارة العامة للصيانة لإعداد نسخة الشروط والمواصفات.

٣- تتولى الادارة العامة للصيانة بإعداد نسخة الشروط والمواصفات وفقا للمعايير المعتمدة حسب السعات السريرية مع مراجعة المبلغ المعتمد بالميزانية للمنافسة المطلوبة.

٤- تحتفظ الإدارة العامة للصيانة بصورة من الشروط والمواصفات .

| | |
|---|---|
| الفصل الثاني: الإلتزامات التعاقدية لبنود وعناصر عقد الصيانة والنظافة | |
| العمالة | ٤٩ |
| قطع الغيار غير الطبية والمستهلكات الميكانيكية والكهربائية | ٤٩ |
| تأمين المياه | ٥٠ |
| تأمين المستهلكات | ٥٢ |
| مقاولي الباطن للصيانة غير الطبية | ٥٣ |
| تطوير وتحديث الأجهزة والأنظمة غير الطبية | ٥٦ |
| | |
| الفصل الثالث: إعداد وتدقيق المستخلصات لعقود الصيانة غير الطبية | |
| أولا: إعداد مستخلص القوى العاملة | ٥٧ |
| ثانيا- إعداد مستخلص تأمين قطع الغيار غير الطبية | ٧٧ |
| ثالثا- إعداد المستخلص الشهري للمستهلكات والمواد الهندسية ومقاولي الباطن والمياه | ٧٩ |
| رابعا- إعداد مستخلص تطوير وتحديث الأجهزة والأنظمة غير الطبية | ٨٤ |
| | |
| الفصل الرابع: إجراءات العمل للصيانة والتشغيل غير الطبي | |
| امر العمل (WORK ORDER / JOB CARD) | ٨٥ |
| مقاولين الباطن وتنفيذ الزيارات | ٩١ |
| أعمال تعميل الملبوسات والشراشف | ٩٢ |
| الجولات الميدانية بالموقع وتقييم الأداء | ٩٥ |
| | |
| الفصل الخامس: مهام الأقسام والوصف الوظيفي لعقود الصيانة غير الطبية | |
| القسم: النظافة | ١٠٩ |
| القسم: المغسلة | ١٢٦ |
| القسم: الزراعة | ١٢٩ |
| القسم: الهندسة المدنية | ١٣٧ |
| قسم الميكانيكا والتكييف | ١٤٥ |
| قسم الكهرباء والالكترونيات | ١٦٢ |
| | |
| الفصل السادس: الإلتزامات التعاقدية لعقود الصيانة الطبية | |
| أوامر العمل للصيانة الطبية | ١٨٧ |
| تأمين قطع الغيار والمستهلكات لأعمال الصيانة الطبية | ١٨٩ |
| اعتماد جدول زيارات مقاولي الباطن وتنفيذ الزيارات | ١٩٥ |
| إجراءات تطوير وتحديث الأجهزة والمعدات الطبية | ١٩٧ |
| | |
| الفصل السابع: إعداد ورفع المستخلصات لأعمال الصيانة الطبية | |
| إعداد مستخلص تكاليف العمالة ومقاولي الباطن والحاسب الآلي | ٢٠٠ |
| إعداد مستخلص قطع الغيار والمستهلكات للصيانة الطبية | ٢٢١ |
| إعداد مستخلص تطوير وتحديث الأجهزة والمعدات الطبية | ٢٢٥ |
| المراجعة والتدقيق للمستخلصات | ٢٢٧ |

المملكة العربية السعودية
وزارة الصحة
الوكالة المساعدة للشئون الهندسية
الإدارة العامة للصيانة
وزارة الصحة
Ministry of Health
دليل إجراءات
أعمال الصيانة والنظافة
والتشغيل غير الطبي
والصيانة الطبية
www.moh.gov.sa
١٤٣٤هـ ٢٠١٣م

| الموضوع | |
|---|---|
| مقدمة | ١ |
| تمهيد | ٢ |
| تعريف الصيانة: تعريف ومتطلبات | ٣ |

| الباب الأول دليل الاجراءات لإعداد العقود وزيادة التكاليف | |
|---|---|
| الإجراءات المطلوبة لإعداد العقود | ٥ |
| العقود البديلة للمرافق الصحية | ٥ |
| العقود الجديدة للمرافق الصحية الجديدة | ٦ |
| إجراءات دعم تكاليف منافسة متطورة | ٦ |
| إجراءات الإستفادة من النسبة النظامية بالعقد (١٠%) | ١٤ |
| زيادة التكاليف بالنسبة النظامية لعقود الصيانة الطبية | ١٤ |

| الباب الثاني: الإعداد والتحضير لبدء العقد | |
|---|---|
| خطة الاستلام والتسليم | ٢٦ |
| الإرشادات لنماذج الاستلام والتسليم | ٣٨ |
| إجراءات إخلاء طرف المقاول ونهاية إلتزاماته التعاقدية | ٤١ |

| الباب الثالث: الالتزامات التعاقدية على المقاول من بداية العقد | |
|---|---|
| الفصل الأول: إلتزامات عامة لعقود الصيانة والنظافة والصيانة الطبية | |
| البرنامج الزمني للعقد | ٤٣ |
| التعاقد مع الموظفين | ٤٤ |
| توظيف المواطنين السعوديين | ٤٤ |
| الهيكل التنظيمي للصيانة | ٤٥ |
| الزي الرسمي للموظفين وبطاقة الهوية | ٤٥ |
| وسائل النقل | ٤٧ |
| ممثل المقاول | ٤٧ |
| السكن والإعاشة والمواصلات والعناية الطبية | ٤٧ |
| خطة الصيانة الوقائية المقترحة (هامة جدا) | ٤٧ |
| خطة تدريب الكوادر السعودية | ٤٧ |
| خطة عمل الجهاز المساند بالمكتب الرئيسي | ٤٨ |
| خطة السلامة | ٤٨ |
| المعدات والأدوات والعدد | ٤٨ |

المملكة العربية السعودية
وزارة الصحة
الوكالة المساعدة للشئون الهندسية

# دليل إجراءات
# أعمال الصيانة والنظافة والتشغيل غير الطبي والصيانة الطبية

إعداد
الإدارة العامة للصيانة

إشراف
وكيل الوزارة المساعد للشؤون الهندسية

١٤٣٤ هـ / ٢٠١٣ م

وزارة الصحة
Ministry of Health

## محضر توريد و تركيب و تشغيل و تدريب

| | | | |
|---|---|---|---|
| الجهـــــاز | اسم الجهاز | | |
| | الشركة الصانعة | | |
| | الموديل | | |
| | التردد | | |
| | الرقم التسلسلي | | |
| | الضمان | شامل | |
| | | بدون قطع غيار | |
| | قيمة الجهاز | | |
| | عدد زيارات الصيانة الوقائيةPPMسنوياً | | |
| | مواعيد الصيانة الوقائيةPPM | | |
| الوكيـــــل | اسم الوكيل | | |
| | العنوان | | |
| | التليفون | | |
| | الفاكس | | |
| | الرقم البريدي | | |
| | اسم المدير المسئول للتواصل | الصيانة | |
| | | المبيعات | |

تشهد إدارة مستشفى / مركز /.....
أنه بتاريخ / / ١٤٣هـ الموافق / / ٢٠٠م
حضر مهندس الشركة/.....

### لتركيب و تشغيل الأجهزة الموردة المبينة أعلاه من الشركة

بموجب التعميد رقم..... و تاريخ / / ١٤٣هـ

| الإجـــــــــراء | نعـــــم | لا | ملاحظـــــــات |
|---|---|---|---|
| تدريب الأطباء و الفنيين | | | |
| نسخة من كتيب التشغيل+اسطوانة | | | |
| نسخة من كتيب الصيانة_اسطوانة | | | |
| قوائم قطع الغيار | | | |
| وجود شعار وزارة الصحة على الأجهزة | | | |
| شهادة الضمان(أربع نسخ) | | | |

**مهندس الشركة الموردة** **مستلم العهدة بالقسم** **مأمور العهدة بالموقع**

**مشرف الصيانة الطبية بالموقع** **مصدق / مدير المستشفى / قطاع**

**الخـتـم الرسمـــــي**

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | **نموذج إعداد عقد تشغيل وصيانة غير طبية لمركز تخصصي** | | | نموذج (ع/٣) |
| معلومات أساسية | اسم العقد | | اسم المركز | |
| | قيمة العقد الحالي | | السعة السريرية | رجالي ( ) نسائي ( ) |
| | بداية العقد الحالي | | نوع العقد | ☐ غير طبي ☐طبي / غير طبي |
| | نهاية العقد الحالي | | حالة المركز | ☐ مستأجر ☐مملوكي |
| الوصف الفني لمبنى المركز | مساحة الموقع | | | |
| | مساحة المباني | | | |
| | عدد الطوابق | | | |
| | عدد العيادات | | | |
| | عدد المكاتب الإدارية | | | |
| | عدد غرف العمليات والمعامل | ( ) غرف عمليات ( ) معمل ( ) أخرى وتحدد | | |
| | عدد البوابات | ( ) بوابة | | |
| | فترة التشغيل | فترة واحدة ( ) فترتين ( ) يوم كامل ( ) | | |
| | مبنى الإسعاف والطوارئ | ☐ موجود ☐غير موجود | | |
| بيان بالأنظمة والمعدات الطبية الموجودة | المولدات | ☐موجود - العدد ( ) - القدرة ( ) ( ) | | |
| | التكييف (الشيلرات) | ☐شيلرات قدرة ( ) طن تبريد ☐ وحدات مركزية ☐سبليت & شباك | | |
| | إنذار الحريق | ☐موجود عدد ( ) لوحة إنذار + عدد ( ) حساس حريق ☐ غير موجود | | |
| | إطفاء الحريق | ☐موجود عدد ( ) كابينة إطفاء عدد ( ) مضخة حريق ☐ غير موجود | | |
| | المصاعد | ☐موجود ☐ غير موجود - العدد ( ) | | |
| | السنترال والنداء الآلي والبيجر | ☐سنترال ☐ نداء آلي ☐ بيجر | | |
| | نظام UPS | ☐موجود ☐ غير موجود | | |
| | الغازات الطبية وخزانات الغاز | ☐شبكة غازات ☐ خزانات الغاز ☐ أسطوانات | | |
| | أنظمة أخرى وتحدد | | | |
| يتم توضيح التالي : الأعداد لكل نظام – وصف فني – حالة النظام (يعمل – لا يعمل ) | | | | |
| الخدمات والمنظفات الأخرى | المياه | كمية الاستهلاك شهريا ( م٣ ) – مصادر المياه : ☐عمومي ☐ تأمين متنقل | | |
| | مسطحات الزراعة | ☐موجود ☐ غير موجود المساحة ( م٢) | | |
| | نزح مياه الصرف الصحي والمياه الزائدة | كمية النزح شهريا ( م٣ ) | | |
| | الغسيل | ☐يتم داخل المركز ☐ عن طريق متعهد : كمية الغسيل شهريا ( كيلو ) | | |
| صفحة ١ من ١ | | | | |

وزارة الصحة
Ministry of Health

**المملكة العربية السعودية**
**وزارة الصحة**

**أعمال إصلاح وصيانة الأجهزة والمعدات الطبية**
**الموجودة فى المواقع التابعة لصحة منطقة :.....**

إسم المنطقة:.....
إسم الموقع:.....

بمقتضى العقد رقم / /
وتاريخ : / / ٢٠١م

**المبرم مع:----------**

**نموذج ( ١٧ )**

## شهادة أداء صيانة/ إصلاح لجهاز تم فحصه من قبل مقاول الباطن

تاريخ الزيارة: / / ٢٠١م الموقع :.....

رقم أمر العمل: ..... القسم : .....
المقاول: مؤسسة / شركة.....
بداية عقد الصيانة (الباطن) ..... نهاية عقد الصيانة (الباطن) .....
الجهاز : ..... نوعه.....
رقمه..... رقم الحاسب الآلي: .....
نوع الصيانة/ إصلاح ..... مجدولة وقائية ( ) طارئة ( )
تاريخ الصيانة المجدولة (الوقائية القادمة) .....
التاريخ السابق للصيانة..... سبب الصيانة السابق وقائية( ) طارئة ( )
التاريخ السابق للصيانة الوقائية ( )
هل تمت أعمال الصيانة/ الإصلاح نعم ( ) لا ( )
في حالة عدم أدائها تذكر الأسباب ـ وفي حالة أدائها يرفق اصل تقرير مقاول الباطن :
١ـ .....
٢ـ .....
٣ـ .....
القائم بالصيانة من قبل مقاول الباطن ..... وظيفته .....
اعتماد مهندس مقاول التشغيل بالموقع :.....
الاسم :..... الوظيفة .....
اعتماد مهندس الموقع / المواقع / الوزارة:
الاسم .....الوظيفة :.....
في حالة وجود ملاحظات على مقاول الباطن يتم ذكرها :
.....
.....

المشرف على أعمال المقاول(مهندس الوزارة) بالموقع
**الاســـم :**
**التوقيع :**
التاريخ : / / ٢٠١م

مدير الصيانة بالموقع
**الاســـم :**
**التوقيع :**
التاريخ: / / ٢٠١ م

**ختم الموقع (ادارة الموقع / المواقع)**

## ٣. نطاق العمل المطلوب

يشتمل هذا الفصل على نطاق الأعمال والمهام الواجب تنفيذها خلال عقد التشغيل والصيانة لمحطات معالجة مياه الصرف الصحى، ويجب على مقدمي العطاءات الالتزام بنطاق هذه الأعمال فى هذه المستندات والتي يتم تنفيذها طبقا لقائمة الكميات والفئات بالفصل الرابع من هذه المستندات وطبقا للمعاينة الفعلية لمنشآت ومعدات محطة المعالجة المذكورة بهذه المستندات، ويشمل هذا الفصل على نطاق العمل المطلوب من المقاول تنفيذه.

**(يضاف فقرة تفصيلية عن محطة المعالجة محل التعاقد)**

**أولاً: أعمال التشغيل**

يقوم المقاول بأعمال التشغيل طبقاً للمواصفات والمعايير المصممة عليها المحطة لمعالجة مياه الصرف الصحي الآدمي طوال ساعات اليوم (٢٤ ساعة) وفي جميع الأوقات وتكون مياه الصرف الصحي الناتجة من محطة المعالجة مطابقة للمواصفات واللوائح والقوانين المعمول بها في هذا المجال وعلى الأخص المادتين ٦٦، ٦٧ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٨٢ والقرار الوزاري رقم (٤٠٢) لسنة ٢٠٠٩ وذلك بدءا من استلام المقاول المحطة للتشغيل.

يقوم المقاول بجمع عينات من المياه الخام ومياه السيب النهائي والمياه الناتجة من كل مرحلة وعمل التحاليل الكيميائية المطلوبة يومياً بصفة دورية وطبقاً للكشوف المرفقة لتحديد كفاءة التشغيل بالمحطة، ويتم حفظ هذه النتائج بسجلات المعمل للإطلاع عليها بمعرفة صاحب العمل فى أي وقت.

يقوم المقاول بإجراء التحاليل الكيميائية علي عينات مياه الصرف الصحي يومياً باستخدام أجهزة المعمل الموجودة بالمحطة موضوع التعاقد (في حالة وجود معمل بالمحطة)، وهو مسئول عن توفير المواد الكيميائية والزجاجيات اللازمة لهذه التحاليل مع استمرار الصيانة الوقائية والتصحيحية لجميع الأجهزة والأدوات الموجودة بالمعمل.

في حالة عدم توافر معمل كيميائي بالمحطة فإن المقاول سيقوم بإجراء التحاليل الكيميائية المطلوبة بمعدل مرتين أسبوعيا على الأقلّ وذلك بأحد المعامل التى يتم الاتفاق عليها مع صاحب العمل على أن يتحمل المقاول تكاليف هذه التحاليل.

# دليل مستندات الطرح لأعمال التشغيل والصيانة لمحطة معالجة مياه الصرف الصحي

مشروع دعم قطاع مياه الشرب والصرف الصحي
ممول من الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية

يناير ٢٠١١

تم إعداد هذا المستند بواسطة شركة كيمونكس إنترناشيونال ليُقدم للوكالة الأمريكية للتنمية الدولية .

# المحتويات


| | |
|---|---|
| ١. تعليمات إلى مقدمي العطاء | ٣ |
| ٢. الشروط العامة | ١٢ |
| ٣. نطاق العمل المطلوب | ٢٢ |
| ٤. جدول الكميات | ٣٨ |
| **الملاحق:** | |
| ملحق رقم (١) أسلوب تقييم العطاء | ٤٠ |
| ملحق رقم (٢) القرار الوزاري رقم ٤٠٢ لسنة ٢٠٠٩ | ٤٥ |
| ملحق رقم (٣) نماذج لسجلات التشغيل والتحكم | ٤٩ |
| ملحق رقم (٤) نموذج عقد تشغيل وصيانة لمحطة معالجة صرف صحي | ٥٥ |

# دليل مستندات الطرح لأعمال التشغيل والصيانة لمحطة معالجة مياه الصرف الصحي

## مشروع دعم قطاع مياه الشرب والصرف الصحي
## ممول من الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية

## الحد الأدنى لفريق العمل المقترح للمشروع لتنفيذ أعمال التشغيل والصيانة

### جدول رقم (٣) عدد وخبرات العمالة المقترحة للتشغيل والصيانة لمحطة معالجة مياه صرف صحى

| م | الوظيفـــة | العدد | المؤهلات |
|---|---|---|---|
| ١ | مدير المحطة | ١ | بكالوريوس هندسة ميكانيكا أو كهرباء خبرة لا تقل عن ١٠ سنوات فى المجال |
| ٢ | مهندس وردية تشغيل | ٢ | بكالوريوس هندسة ميكانيكا أو كهرباء خبرة لا تقل عن ٧ سنوات فى المجال |
| ٣ | مهندس صيانة | ١ | بكالوريوس هندسة ميكانيكا أو كهرباء خبرة لا تقل عن ٢ سنوات في المجال |
| ٤ | كيميائي | ١ | بكالوريوس علوم خبرة لا تقل عن ٧ سنوات فى المجال |
| ٥ | فني معمل | ١ | مؤهل متوسط خبرة لا تقل عن ٥ سنوات فى المجال |
| ٦ | ملاحظ كهرباء لأعمال التشغيل | ٢ | دبلوم المدارس الثانوية الصناعية خبرة فى المجال لا تقل عن ٧ سنوات |
| ٧ | ملاحظ ميكانيكا لأعمال التشغيل | ٢ | |
| ٨ | ملاحظ كهرباء لأعمال الصيانة | ١ | |
| ٩ | ملاحظ ميكانيكا لأعمال الصيانة | ١ | |
| ١٠ | فنى كلور | ١ | مؤهل متوسط خبرة لا تقل عن ٥ سنوات فى المجال |
| ١١ | عمالة فنيـة للتشغيل | ٢ | يجيد القراءة والكتابة وخبرة فى المجال لا تقل عن ١٠ سنوات |
| ١٢ | عمالة فنيـة للصيانة | ٢ | |
| ١٣ | عمالة عادية | ٤ | دراية في مجال العمل – إجادة القراءة والكتابة |
| ١٤ | أفراد حراسة | ٢ | دراية في مجال العمل – إجادة القراءة والكتابة |
| ١٥ | شئون إدارية ومخـازن | ١ | دبلوم تجارة خبرة لا تقل عن ٥ سنوات |
| ١٦ | أخصائي حاسب آلي | ١ | مؤهل عالي مناسب وخبرة لا تقل عن ٥ سنوات أو مؤهل متوسط خبرة لا تقل عن ٧ سنوات |

- يمثل هذا الجدول الحد الأدنى للعمالة المطلوبة، والمقاول ملزم بتعويض أي من العمالة المتواجدة فى أجازات بجميع أنواعها.
- تم حساب هذه المعدلات على أساس محطة معالجة لمياه الصرف الصحى بطاقة تصميمية قدرها ٢٠ ألف م٣/ يوم.
- تلك المعدلات إرشادية ويتم تحديد الأعداد المطلوبة للتخصصات المختلفة طبقا لرغبة كل شركة وظروف وطبيعة ومكونات محطة المعالجة.

## ٤. جدول الكميات وفئات الأعمال لتشغيل وصيانة

## محطة معالجة مياه صرف صحي .....

| م | بيـان الأعمال | الوحدة | الكمية | الفئة جنيه | الإجمالي جنيه |
|---|---|---|---|---|---|
| | تشغيل وصيانة محطة معالجة مياه صرف صحي ..... بمحافظة ..... شاملة تشغيل وصيانة جميع المهمات والمعدات والأجهزة الميكانيكية والكهربائية وأجهزة القياس ونقل جميع المخلفات على مدار (٢٤ ساعة) يوميا وذلك باستخدام أفضل أسلوب التعامل مع المهمات والمعدات حسب الأصول الفنية وطبقا للمواصفات والشروط المرفقة.<br>وأسعار هذا البند كما يلي: | | | | |
| ١ | توفير العمالة الواردة بالعقد | شهر | ١٢ | | |
| ٢ | تنفيذ برنامج للتشغيل وللتحكم في العمليات | شهر | ١٢ | | |
| ٣ | تنفيذ برامج صيانة معدات كهربية وميكانيكية وأجهزة | شهر | ١٢ | | |
| ٤ | تنفيذ برنامج صيانة مدنية طبقا لما ورد بالعقد | شهر | ١٢ | | |
| ٥ | توفير سجلات وتعليمات للتشغيل والمعمل والصيانة | شهر | ١٢ | | |
| ٦ | توفير المواد المستهلكة طبقا لما ورد بالعقد | شهر | ١٢ | | |
| ٧ | نقل كافة المخلفات بما فيها الحمأة طبقا لما ورد بالعقد | شهر | ١٢ | | |
| ٨ | استعواض/إستبدال الوسط الترشيحى لأحواض تجفيف الحمأة (اختياري) | م٣ | ٠ | | |
| ٩ | أعمال الصيانة المبدئية وإعادة التأهيل اللازمة قبل بدء التشغيل(إختيارى) | مقطوعية | ١ | | |
| | **الإجمالي** | | | | |

**نموذج عقد**

**تشغيل وصيانة لمحطة معالجة مياه صرف صحى**

**..... بمحافظة .....**

إنه في يوم ..... الموافق .... / .... / ... ٢٠

تم تحرير هذا العقد بين كل من:

**أولاً**: شركة مياه الشرب والصرف الصحي بـ..... ومقرها ..... محافظة .....

ويمثلها قانوناً فى التوقيع على هذا العقد:

السيد ..... / ..... بصفته رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب، وموطنه القانوني مقر الشركة الكائن بـ ..... مدينة .....

**"طرف أول"**

**ثانياً**: شركة ..... ومقرها ..... محافظة .....

ويمثلها قانوناً فى التوقيع على هذا العقد:

السيد ...../ ..... بصفته رئيس مجلس الإدارة، وموطنة القانوني مقر الشركة الكائن بـ ..... مدينة .....

**"طرف ثاني"**

تمهيد

حيث يرغب الطرف الأول في قيام الطرف الثاني بأعمال التشغيل والصيانة لمحطة معالجة مياه صرف صحى ..... محافظة .....، والتي تم طرحها في مناقصة عامة، فتحت مظاريفها الفنية بتاريخ / / ، وحيث تقدم الطرف الثاني بعرضه عن هذه العملية لتشغيل وصيانة المحطة المذكورة، وطبقاً للشروط والمواصفات المطروح على أساسها المناقصة، وقد قبل الطرف الأول العرض المقدم من الطرف الثاني بموجب قرار لجنة البت رقم .... المؤرخ فى ..... وتم إخطار الطرف الثاني بقبول عطائه بتاريخ .....

**أقر الطرفان بأهليتهما للتعاقد واتفقا على الآتي:**

**البند الأول:** يعتبر التمهيد السابق وكذا الشروط والمواصفات المطروح على أساسها المناقصة والعرض الفني والمالي المقدم من الطرف الثاني والمقبول من الطرف الأول وكافة المكاتبات المتبادلة بين الطرفين ولائحة المشتريات المعمول بها في الشركة ومحضر لجنة البت وكافة الأوراق والمستندات المتعلقة بالعملية جزء لا يتجزأ من العقد ومكملاً ومتمماً له.

**البند الثاني: تعاريف وتفسيرات**

يقصد بالكلمات والتعبيرات الآتية المعاني الموضحة قرين كل منها إلا إذا تطلب النص غير ذلك:

- صاحب العمل (الطرف الأول): هي شركة مياه الشرب والصرف الصحي بـ .....، ويعبر عنها صاحب العمل أو الشركة.
- وحدة الإشراف على المشروع: هي ممثل صاحب العمل والوحدة المكلفة من خلاله بالإشراف على مشروع تشغيل وصيانة محطة المعالجة في خلال مدة التنفيذ.
- المقاول (الطرف الثاني): هو شركة .....
- مستندات العقد: تتكون مستندات العقد من صفحة الغلاف، والتمهيد، وشروط وبنود العقد ومحضر المفاوضات وقرار لجنة البت والشروط الفنية والمواصفات الواردة بكراسة الشروط والمواصفات.
- أعمال العقد: تشمل أعمال تشغيل وصيانة المحطة وتوريد وتركيب قطع الغيار المطلوبة لاستمرار عملية التشغيل بالصورة المثلى، وضمان نتائج السيب النهائي للمحطة طبقاً لمعايير القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ والقرار رقم ٤٠٢ لسنة ٢٠٠٩.
- موقع المشروع: يشمل نطاق الأعمال محل هذا العقد محطة معالجة مياه صرف صحي ..... ومقرها .....

**البند الثالث: موضوع العقد**

- يخلص موضوع العقد في قيام المقاول الموكل إليه تنفيذ الأعمال بتشغيل وصيانة محطة المعالجة طوال فترة العقد وتوفير العمالة المطلوبة طبقاً للكشوف المرفقة وبالتخصصات الموضحة بها، على أن يضمن المقاول نتائج عملية المعالجة طبقاً لمعايير القانون ٤٨ لسنة ١٩٨٢، والقرار رقم ٤٠٢ لسنة ٢٠٠٩.

# فهرس الآيات


| الآية | السورة | رقمها | الصفحة |
|---|---|---|---|
| ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ | البقرة | 29 | 87 |
| ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ | البقرة | 229 | 99 |
| ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ | البقرة | 233 | 123 |
| ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾= ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ | البقرة | 257 | 8685- 86-87- 93 |
| ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ | آل عمران | 18 | 4 |
| ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ | آل عمران | 173 | 181 |
| ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ | النساء | 29 | 93- |

| | | | |
|---|---|---|---|
| ﴿تكون تجارة عن تراض منكم﴾ | | | 149- 248 |
| ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ | النساء | 35 | 185 |
| ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ | المائدة | 1 | 90 |
| ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ | المائدة | 2 | 189 |
| ﴿ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين﴾ | المائدة | 14 | 99 |
| ﴿يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾ | المائدة | 90 | 247 |
| ﴿قل لا أجد في ما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم﴾ | الأنعام | 151 | 91 |
| ﴿قل إنما حرم ربي الفواحش ما | الأعراف | 33 | 92 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| ﴿ظَهَرَ وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ | | | |
| ﴿وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ﴾ | التوبة | 29 | 98 |
| ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ | التوبة | 123 | 106 |
| ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ مَا مِنْ دَابَّةٍ إِلَّا هُوَ آخِذٌ بِنَاصِيَتِهَا إِنَّ رَبِّي عَلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾ | هود | 56 | 181 |
| ﴿قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾ | يوسف | 55 | 186 |
| ﴿اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا فَأَلْقُوهُ عَلَى وَجْهِ أَبِي يَأْتِ بَصِيرًا﴾ | يوسف | 93 | 186 |
| ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ | الإسراء | 34 | 90 |
| ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ | الكهف | 19 | 185 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| أحداً﴾ | | | |
| ﴿لو شئت لاتخذت عليه أجراً﴾ | الكهف | 77 | 114 |
| ﴿قالوا يا ذا القرنين إن يأجوج ومأجوج مفسدون في الأرض فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً﴾ | الكهف | 94 | 122 |
| ﴿قال فما خطبك يا سامري﴾ | طه | 93 | 282 |
| ﴿قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين. قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك وما أريد أن أشق عليك﴾ = ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾ | القصص | 27-26 | -118<br>-119<br>159 |
| ﴿إن أصحاب الجنة اليوم في شغل فاكهون﴾ | يس | 54 | 37 |
| ﴿أهم يقسمون رحمة ربك نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً ورحمة | الزخرف | 43 | 121 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| ﴿رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾ | | | |
| ﴿شَغَلَتْنَا أَمْوَلُنَا وَأَهْلُونَا فَاسْتَغْفِرْ لَنَا﴾ | الفتح | 11 | 36 |
| ﴿فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ | محمد | 47 | 32 |
| ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ | الطلاق | 6 | 114 |

# فهرس الأحاديث


| طرف الحديث | الصفحة |
|---|---|
| " أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا " | 99 |
| "إن أعظم المسلمين جُرما" | 95 |
| "ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له شاة " | 187 |
| "احتجم النبي صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره، " | 127 |
| "أردت الخروج إلى خيبر ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم " | 186 |
| "استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الديل" | 124 |
| "الحلال ما أحل الله في كتابه " | 96 |
| "إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها" | 94 |
| "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن" | 156 |
| "إنما البيع عن تراض" | 149 |
| "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه | 124 |

| | |
|---|---|
| ولم يعطه أجره" | |
| "مثلكم ومثل أهل الكتابين كمثل رجل استأجر أجراء فقال: من يعمل لي " | 124 |
| "من استأجر أجيرا فليعلمه أجره" | 125-157 |
| "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد" | 101 |
| "نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه" | 282 |
| النهي عن الغرر | 247 |

# فهرس الأعلام


| العَلم | الصفحة |
|---|---|
| أبو رافع | 187 |
| ابن أبي زيد القيرواني | 340-335 |
| ابن القاسم العبادي | 27 |
| ابن المنذر | 131 |
| ابن النجار | 27 |
| ابن تيمية | 163-152 |
| ابن جريج | 123 |
| ابن حجر الهيثمي | 27 |
| ابن حزم | 255-97 |
| ابن خلدون | 106 |
| ابن رشد | 193-183-140-137-131 |
| ابن رشد الجد | 355 |
| ابن عابدين | 194-146 |
| ابن عباس | 126-123 |
| ابن عرفة | 287 |
| ابن فارس | 35-20 |

| | |
|---|---|
| ابن قدامة المقدسي | 130-146-152-188-336_355 |
| ابن قيم الجوزية | 88-95-163 |
| ابن منظور | 283-285 |
| ابن نجيم الحنفي | 354 |
| الأبهري | 97 |
| أبو إسحاق الشاطبي | 85-96 |
| أبو بكر الجصاص | 22 |
| أبو حنيفة | 86-107-152-271-354 |
| أبو زهرة | 84 |
| أبو منصور | 283 |
| أبو بكر بن العربي | 85-185 |
| أبو سعيد الخدري | 125 |
| أبو هريرة | 124 |
| أبو يوسف | 137-358-359 |
| أحمد الحنفي الحموي | 86 |
| أحمد الشرباصي | 46 |
| أحمد المنجور | 311 |
| أصبغ | 335 |

| | |
|---|---|
| أم حبيبة بنت أبي سفيان | 187 |
| أحمد | 358 |
| بدر حسان القاسمي | 169 |
| بن ماجه | 149 |
| البهوتي | 132 |
| جابر بن عبد الله | 186 |
| الجيلالي المريني | 398-11-7-3 |
| الحطاب | 147 |
| حكيم بن حزام | 187 |
| خلف العفريت | 47-48-51-49-51-64-<br>113-123-173-176-<br>177-362-387-392 |
| الدريدي | 20 |
| الدسوقي | 2-117 |
| السرخسي | 147 |
| السعدي الحنفي | 354 |
| سفيان الثوري | 123 |
| السنهوري | 245 |
| الشافعي | 86-130-152-190-366 |

| | |
|---|---|
| الشريف الجرجاني | 316-139-30-25 |
| شهاب الدين القرافي | 256-188-84-32-24-23 |
| الطبري | 37-36 |
| عائشة | 124-101-99 |
| عبد الوهاب البغدادي | 131-85 |
| عبد الله بن عمر | 124 |
| عبد الله معصر | 25 |
| عتبة بن المنذر | 121 |
| عروة | 187 |
| عطاء | 123 |
| علاء الدين الإسبيجابي | 140 |
| علي السالوسي | 324-320-313-302-289 |
| علي القره داغي | 274-162 |
| عمر بن أمية الضمري | 187 |
| فؤاد الكبيسي | 164 |
| الكاساني | 194-161-137-132 |
| اللخمي | 183 |
| الليث | 283 |
| مالك | 312-193-152-88 |

| | |
|---|---|
| الماوردي | 355 |
| محمد بن الحسن الشيباني | 358 |
| محمد بن المصفى | 121 |
| محمد عثمان شبير | 108 |
| مرتضى الزبيدي | 285 |
| مصطفى الزرقا | 311-274-245-34 |
| ميمونة | 187 |
| النجاشي | 187 |
| نزيه حماد | 193-46 |
| النووي | 337-197 |
| | |

# فهرس القواعد الفقهية


| القاعدة | الصفحة |
|---|---|
| الأصل في الأشياء الإباحة | 86-94-96 |
| الأصل في العقود هل هو الإباحة أم الحظر؟ | 83-84-87-90-94-98-99-103 |
| الأصل في المنافع الإذن، وفي المضار المنع | 84 |
| الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد | 126 |
| الخراج بالضمان = من له الغنم عليه الغرم | 310-311-312 |
| رفع الحرج عن المكلفين | 102 |
| الشريعة جاءت لتحصيل المصالح للعباد وتكثيرها وتعطيل المفاسد وتقليلها | 102-103 |
| العبرة خاصة في العقود إنما تكون للمعاني لا الألفاظ والمباني. | 309 |
| كل بيع فالأصل فيه الجواز، إلا ماتعلق به ضرب من ضروب المنع | 85 |
| المشقة تجلب التيسير | 102 |
| شرع من قبلنا | 123 |

# فهرس المصادر والمراجع


- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.
- أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، إصدار رئاسة إدارة البحوث والإفتاء السعودية، طبعة سنة 1422 هـ.
- آثار عقد الأشغال العامة عل طرفيه في التشريع الجزائري، إعداد ابن شعبان دراسة مقارنة رسالة دكتوراه غير منشورة جامعة منتوري قسطنطينة الجزائر.
- إجارة الأشخاص في الفقه الإسلامي، محمود رمضان محمد شبير رسالة جامعة في الفقه المقارن من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة.
- إجارة الأعيان في الشريعة والقانون، تأليف الدكتور فؤاد محمد الكبيسي دار النوادر، الطبعة الأولى 2016.
- الإجارة الموصوفة في الذمة للخدمات غير المعينة إعداد الدكتور بدر حسان القاسمي بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي 31 مايو 2009 م.
- أحكام عقد التأمين وأنواعه، الدكتورة كلثومة موباريك ،مطبعة قرطة حي السلام أكادير، سلسلة محاضرات لطلبة كلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة ابن زهر أكادير المملكة المغربية.
- الإعتبار الشخصي في العقد الإداري، دراسة مقارنة إعداد الباحث المفرجي كنعان محمد محمود الطبعة الأولى الإسكندرية دار الفكر الجامعي.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين ،للإمام محمد بن أبي بكر إبن قيم الجوزية دار الجيل ـ بيروت لبنان الطبعة الأولى 1973 ،تحقيق طه عبد الرؤوف سعد.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين. العلامة ابن قيم الجوزية دار الجيل بيروت ط 1437 تحقيق طه عبدالرؤوف سعد

- الأعلام لخير الدين الزركلي الدمشقي، منشورات دار العلم للملايين الطبعة: الخامسة 2002.
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل موسى بن أحمد الحجاوي ، تحقيق عبداللطيف محمد السبكي دار المعرفة ، بيروت – لبنان.
- الأم، محمد بن إدريس الشافعي تحقيق وتخريج د رفعت فوزي عبد المطلب دار الوفاء للطاعة والنشر والتوزيع/ الطبعة الأولى 1422-2001 المنصورة مصر
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد القرطبي دار الحديث القاهرة طبعة 2004 .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر مسعود الكاساني، ط 2 دار الكتاب العربي بيروت.
- البناية في شرح الهداية، تأليف بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر بيروت لبنان الطبعة الثانية 1411هـ ،1990م
- البيان والتحصيل لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي. تحقيق مجموعة من الأساتذة الطبعة الأولى 1988 دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- التأمين الإجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية تأليف عبد اللطيف محمود أل محمود مطبعة دار النفائس الطبعة الأولى 1414هـ 1994م.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي.
- تحفة الفقهاء للسمرقندي دار الفكر دمشق، شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس البهوتي ،دار الفكر
- تحفة المحتاج لشرح المنهاج، شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي دار إحياء التراث العربي.
- ترتيب المدارك للقاضي عياض. تحقيق مجموعة من الأساتذة الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف المغربية.
- التعريفات الشريف علي بن محمد الجرجاني تحقيق محمد باسل السود دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثالثة 2009.

- التعريفات الفقهية تأليف المفتي محمد عميم الإحسان البركتي دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الاولى 1424هـ 2003م الحرف العين.
- تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي للدكتور عبد الله معصر دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى 2007.
- تكملة المعاجم العربية من تاليف المستشرق رينهارت دوري ، الجمهورية العراقية وزارة الثقافة والإعلام دار الرشيد للنشر طبعة سنة 1980،
- التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية ، تأليف الدكتور عثمان شبير دار القلم دمشق ، الطبعة الثانية سنة 2014
- التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، تأليف د إسماعيل المحاقري مجلة البحوث القضائية المحكمة العليا، المكتب الفني، صنعاء الجمهورية اليمنية العدد السابع لعام 2007م.
- التنبيهات المستنبطة على الكُتُبِ المدَوَّنَةِ والمخْتَلَطَةِ، عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق محمد الوثيق، الدكتور عبد النعيم حميتي. دار ابن حزم، بيروت – لبنان الطبعة الأولى 2011.
- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب المؤلف: خليل بن إسحاق، تحقيق أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث الطبعة الأولى 2008.
- الجامع الصحيح سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، تحقيقمحمد بن أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الجامع الصحيح، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة – بيروت.
- الجامع في أصول الربا، لمؤلفه الدكتور المصري توفيق يونس، دار القلم دمشق – سوريا الطبعة الأولى سنة 2001 م.
- الجزاءات في العقود الإدارية في النظام وموقف الفقه الإسلامي منها حمد بن فهد العيد بحث تكملي لنيل شهادة الماجستير في قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء المملكة العربية السعودية.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، منشورات دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني شرح رسالة إبن أبي زيد القيرواني على الصعيدي العدوي المالكي ، دار الفكر، بيروت لبنان ط 3 1412 هـ 1992.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، ابراهيم بن فرحون، تحقيق محمد الأحمدي، مطبعة دار النصر القاهرة، طبعة 1972.
- الذخيرة لشهاب الدين القرافي تحقيق محمد حجي ومجموعة من الأساتذة دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الثالثة/2008.
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين دار الكتب العلمية بيروت– لبنان.
- الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعي دار الكتب العلمية تحقيق أحمد شاكر
- سنن ابن ماجة لمحمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
- سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، منشورات شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر الطبعة الثانية 1975.
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف، دار الكتاب العربي بيروت–لبنان. الطبعة الأولى 1349
- شرح التلقين لأبي عبد الله محمد بن علي المازري، تحقيق محمَّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى 2008 .
- شرح الزركشي على مختصر الخرقي شمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي الحنبلي ، دار العبيكان الرياض السعودية ط 1 1413- 199.
- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، أي البركات أحمد الدردير ، دار الفكر ، بيروت — لبنان.
- شرح تشريع العمل ، علي العريف مطبعة مخيمر الطبعة الثانية مصر

- شرح تنقيح الفصول المؤلف: شهاب الدين القرافي، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد. شركة الطباعة الفنية المتحدة الطبعة الأولى 1973.
- شرح فتح القدير، لابن همام الحنفي كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السكنري، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى 1424 هـ 2003م
- شرح مختصر خليل للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي دار الفكر للطباعة – بيروت الطبعة: بدون.
- طبقات الفقهاء للشيرازي، دار الرائد العربي، بيروت – لبنان الطبعة الأولى 1970.
- عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي للدكتور كاسب عبد الكريم بدران الدار الإسكندرية دار الدعوة
- عقد الإستصناع محمد سليمان الأشقر بحث منشور في مجلة بحوث فقهية إقتصادية معاصرة عمان دار النفائس 1418-1998.
- عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية رسالة بحثية للماجستير غير مطبوعة، إعداد الباحث أحمد بلخير من جامعة الحاج الخضر بانتة كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة الإسلامية فرع الاقتصاد الإسلامي
- عقد البناء والتشغيل والتحويل b.o.t دراسة فقهية مقارنة رسالة علمية غير مطبوعة إعداد الباحث خالد حسين عبد الله ملحم، جامعة العلوم الإسلامية العالمية كلية الدراسات العليا قسم الفقه وأصوله سنة 2017.
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين عبد الله بن نجم المعروف بابن شاس دراسة وتحقيق د حميد بن محمد لحمر دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 2003 .
- عقد العمل في الفقه الإسلامي د. علي محمد أبو العز رسالة جامعية من كلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية، سنة 2010.
- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني – رسالة علمية غير مطبوعة، من إعداد الباحث زياد شفيق حسن قرارية تحت إشراف حسن سعد عوض

خضر، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا ، عام 2004 نابلس دولة فلسطين.

- عقد إمتياز البناء والتشغيل والإعادة دراسة فقهية ، رسالة علمية غير مطبوعة للطالب عبد العزيز بن حمد المنيف ، جامعة الملك سعود كلية التربية قسم الثقافة الإسلامية .
- العقد على المنافع وأحكامه في الفقه الإسلامي تأليف الدكتور عبدالسلام البلغيتي دار ابن حزم الطبعة الأولى سنة 1997.
- العقد من الباطن في الفقه الإسلامي ، – رسالة علمية غير مطبوعة – تأليف سامي بن عبد العزيز الماجد ، جامعة الإمام محمد بن سعود كلية الشريعة/ سنة 1429 هـ.
- عقود البناء والتشغيل وإعادة التملك للدكتور عمر المحسين، رسالة ماجستير، المملكة العربية السعودية.
- عقود إلتزام المرافق العامة البوت (b.o.t) البناء والتشغيل والتحويل نقل الملكية ، إعداد المستشار الدكتور عبداللطيف نايف نائب رئيس مجلس الشورى بالجمهورية العراقية.
- عقود الصيانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، الدكتور خلف سعيد العفريت الكويتي إشراف الدكتور الجيلالي المريني دار عام الكتاب.
- العقود المبتكرة للتمويل والإستثمار بالصكوك الإسلامية ، د خالد سعود الراشد
- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والظائر لابن نجيم المصري دار الكتب العلمية لبنان الطبعة 1985.
- غياث الأمم في إلتياث الظلم الإمام الجويني عبدالله بن عبد الملك بن يوسف محمد أبو المعالي تحقيق عبد العظيم الذيب مكتبة إمام الحرمين.
- الفروق لشهاب الدين القرافي. تحقيق عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية صيدا بيروت طبعة 2011.
- الفقه الإسلامي وأدلته الشيخ وهبة الزحيلي ، دار الفكر للطباعة والنشر بدمشق الطبعة الثانية 1985

- فكرة الإعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دعبدالحليم مشرف الطبعة 2002 دار النهضة العربية للطباعة القاهرة .
- الفواكه الدواني، للنفراوي أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان
- القاموس المحيط، لمجد الدين الفيروزآبادي، دار الحديث، القاهرة، طبعة 2008.
- القانون المدني لجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الأمانة العامة رمضان 1395 هـ الموافق 1975م
- كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب لابراهيم بن علي بن فرحون تحقيق حمزة ابو فارس و عبد السلام بن الشريف. دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى 1990.
- كفاية الطالب الرباني على رساة إبن أبي زيد القيرواني تأليف علي علي بن خلف المالكي ت 939 هـ / وبهامشها حاشية عل الصعيدي العدوي تحقيق أحمد حمدي إمام / الطبعة الأولى 1407هـ 1987م مطبعة المدني.
- لسان العرب، لمحمد بن منظور، دار الحديث القاهرة، طبعة 2013.
- المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين ، سيف الدين الأمدي القاهرة 1983
- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تأليف أحمد عبد الله قاري تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان مكتبة تهامة جدة المملكة العربية السعودية طبعة 1981م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدرها منظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة المملكة العربية السعودية
- المجموع شرح المهذب للنووي، مع تكملة السبكي والمطيعي، منشورات دار الفكر، دون تاريخ الطبعة.
- المختصر الفقهي، محمد بن محمد ابن عرفة التونسي، تحقيق حافظ عبد الرحمن محمد خير، منشورات مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة الأولى 2014 .
- المدخل الفقهي العام الشيخ مصطفى الزرقاء.

- مدونة الشغل الخاصة بالمملكة المغربية إصدار وزارة العدل والحريات، تاريخ 26 أكتوبر 2011.
- المدونة لسحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1994. المسالك في شرح موطأ مالك، أبوبكر بن العربي المعافري الإشبلي الأندلسي، ت محمد بن الحسين السليماني وعائشة بنت محمد السليماني دار الغرب الإسلامي .
- المستدرك على الصحيحين، لمحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1990.
- مستقبل التشغيل والصيانة، الدكتور فهد محمد النصبان المدير العام لمجموعة النصبان لملتقى الإنشاء والتعمير مركز الرياض الدولي للمؤتمرات المنعقد بتاريخ 14و15 صفر 1432 الموافق 19 يناير 2011م.
- المسند الصحيح المختصر ،أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري تحقيق فؤاد محمد عبدالباقي دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.
- مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل b.o.t دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الدكتور عثمان خزعل عباس الجبوري من مطبوعات الجامعة العراقية كلية الأداب.
- مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل البوت b.o.t دراسة مقارنة بين الشرريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عدنان خزعل عباس الجبوري صادر عن الجامعة العراقية.
- معجم اللغة العربية المعاصرة تاليف الدكتور أحمد مختار عبد الحميد عمر ،عالم الكتب الطبعة الأولى 1429هـ 2008 م.
- معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية في لغة الفقهاء تأليف الدكتور نزيه حماد الطبعة الأولى 2008 دمشق.
- معجم رموز المؤلفات المالكية تأليف الدكتور محمد العلمي، منشورات مركز الدراسات والبحوث في الفقه المالكي، الرابطة المحمدية للعلماء، الطبعة الأولى 2014م.

- معجم مقاييس اللغة لابن فارس ، تحقيق عبدالسلام هارون محمد دار عالم الكتب
- المعونة على مذهب عالم أهل المدينة ، القاضي أبومحمد عبدالوهاب بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، تحقيق حميش عبدالحق، مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الثانية 1429هـ 2008 م السعودية، الرياض.
- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحي الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د محمد حجي. طبعة دار الغرب الإسلامي ط: 1981.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الربيني، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ط1 1415هـ.
- المغني لابن قدامة المقدسي طبعة دار المنار الطبعة الثالثة 1367 هـ.
- المفردات في غريب القرأن للراغب الإصفهاني، مطبعة الحلبي مصطفى القاهرة 1961.
- المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد بن رشد القرطبي، ت سعيد أعراب الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي.
- ملخص الوجيز في العقود الإدارية دراسة قانونية تحليلية تطبيقية الدكتور عمر الخولي الطبعة الثانية 1433هـ 2012.
- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التاويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، تقديم الشيخ علي علي لقم، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى 1427.
- المنثور في القواعد للزركشي طبعة وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة الثانية 1405هـ
- منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش دار الفكر بيروت لبنان، طبعة 1989.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي تأليف أبي إسحاق الشيرازي تحقيق الدكتور محمد الزحيلي دار القلم دمشق، الدار الشامية بيروت الطبعة الاولى 1412-هـ 1992م.

- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالحطاب الرّعيني دار الفكر الطبعة: الثالثة 1992.
- الموطأ للامام مالك بن أنس اليحصبي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
- موقف الشريعة الإسلامية من البنوك وصندوق التوفير وشهادات الإستثمار، د مضان حافظ عبد الرحمن دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1425هـ 2005 م.
- النتف في الفتاوى تأليف أبوالحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي 461 تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي، عمان الأردن دار الفرقان مؤسسة الرسالة طبعة 1404هـ.
- النظام القانوني لعقد التوريد الإداري دراسة مقارنة، غانم هاني عبد الرحمن إسماعيل،رسالة دكتوراه غر منشورة سنة 2012 جامعة الإسكندرية جمهورية مصر العربية.
- النظام القانوني لعقد التوريد الإداري دراسة مقارنة، غانم هاني عبد الرحمن إسماعيل،رسالة دكتوراه غر منشورة سنة 2012جامعة الإسكندرية جمهورية مصر العربية.
- نظرية العقود الإدارية د نذير محمد الطيب أوهاب نشر مركز البحوث في معهد الإدارة العامة 1427 هـ الرياض المملكة العربية السعودية.
- نظرية عقود الصيانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، الدكتور خلف سعيد العفريت الكويتي الطبعة الأولى دار عالم الكتب الرياض.
- النوادر والزيادات على ما في المدونةمن غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار الغرب الإسلامي، ط1، سنة 1999.
- نيل الابتهاج بتطريز الديباج أحمد بابا التنبكتي. تحقيق عبد الحميد عبد الله الهرامة دار الكاتب، طرابلس ليبيا الطبعة الثانية 2000.

- الهداية شرح بداية المبتدئ للميرغناني برهان الدين بن عبد الجليل الرشداني مطبعة مصطف الحلبي وأولاده بمصر.


# فهرس الموضوعات

**إهداء** ..... **2**

**شكر** ..... **3**

**مقدمة** ..... **4**

أولا: أسباب اختيار الموضوع ..... 11

ثانيا: مشكلة الدراسة ..... 12

ثالثا: أهداف الموضوع ..... 12

رابعا: أهمية الموضع ..... 14

خامسا: المنهج العلمي المتبع في الدراسة ..... 15

سادسا: الدراسات السابقة حول الموضوع ..... 16

سابعا: خطة البحث ..... 17

**الباب الأول : الإطار النظري لعقد التشغيل في الفقه الإسلامي** ..... **19**

**الفصل الأول : عقد التشغيل المفهوم والدلالة** ..... **20**

المبحث الأول: تعريف عقد التشغيل في اللغةوالاصطلاح ..... 20

المطلب الأول: الدلالة اللغوية لكلمة العقد ..... 20

المطلب الثاني: الدلالة الفقهية لكلمة العقد.....21
المطلب الثالث: أركان العقد وشروطه .....29
المطلب الرابع: شروط العقد .....32
المبحث الثاني: تعريف التشغيل باعتباره لفظا لعقد مخصوص ... 35
المطلب الأول: تعريف التشغيل عند أهل اللغة .....35
المطلب الثاني: التشغيل؛ لمحات تاريخية وسياقات التطور.....38
المطلب الثالث: مفهوم التشغيل في القانون .....41
المطلب الرابع: تعريف التشغيل في الاصطلاح الفقهي .....45
**الفصل الثاني: أهمية عقد التشغيل، ومشروعيته وخصائصه**
**55 .....**
المبحث الأول: عقد التشغيل أهميته ومميزاته ..... 55
المطلب الأول: أهمية عقد التشغيل .....56
المطلب الثاني:مميزات عقد التشغيل .....68
المبحث الثاني: مشروعية عقد التشغيل ..... 82
المطلب الأول: بيان الأصل في العقودهل هو الإباحة أم الحظر .....83
المطلب الثاني: مذهب جمهور الفقهاء في المسألة .....84
المطلب الثالث: مذهب الفقهاء المخالفين وأدلتهم .....96

**الفصل الثالث: التكييف الفقهي لعقد التشغيل وبيان حقيقته وصوره..... 103**

المبحث الأول: التكييف مفهومه ومعناه ..... 103

المطلب الأول: التكييف الفقهي المفهوم والدلالة .....103

المطلب الثاني: تعريف التكييف الفقهي باعتباره إطلاقا فقهيا.....107

المبحث الثاني: تخريج عقد التشغيل على أحكام الإجارة بنوعيها ..... 113

المطلب الأول: الإجارة تعريفا وحكما .....113

المطلب الثاني: أنواع الإجارة .....160

المطلب الثالث: صور الأجير في عقد التشغيل والتخريج الفقهي ....168

المبحث الثالث تكييف عقد التشغيل على أحكام الإجارة والوكالة ..... 180

المطلب الأول: الوكالة تعريفها و أهم الأحكام المتعلقة بها.....181

المطلب الثاني: أنواع الوكالة وأثرها .....192

المطلب الثالث : اجتماع الإجارة والوكالة في صفقة واحدة وأقوال الفقهاء196

**الباب الثاني: التطبيقات المعاصرة لعقدالتشغيل والأحكام الفقهية المتعلقة بها ..... 279**

**الفصل الأول: تطبيق عقد التشغيل وفقا لخطاب الضمان ..... 280**

المبحث الأول: مفهوم خطاب الضمان ..... 282

المطلب الأول: مفهوم الخطاب لغة: ..... 282

المطلب الثاني: مفهوم الضمان: ..... 285

المبحث الثاني: مفهوم خطاب الضمان اصطلاحا ..... 287

المطلب الأول: مفهوم الضمان اصطلاحا ..... 287

المطلب الثاني: مفهوم خطاب الضمان اصطلاحا ..... 289

المبحث الثالث: أنواع خطاب الضمان وشروطهوالأطراف المشاركة فيه ..... 293

المطلب الأول: أنواع خطاب الضمان..... 293

المطلب الثاني: شروط خطاب الضمان..... 302

المطلب الثالث: أركان خطاب الضمان ..... 304

المبحث الرابع: الأحكام المتعلقة بخطاب الضمان ..... 306

المطلب الأول: المجيزون لهذا العقد وأدلتهم.....307
المطلب الثاني: تخريج خطاب الضمان على قاعدة:الخراج بالضمان. .310
المطلب الثالث: المانعون لخطاب الضمان وأدلتهم. .....315
**الفصل الثاني: تطبيق عقد التشغيل وفقا لشرطي التعاقد من الباطن..... 324**
**والغرامة التأخيرية..... 324**
المبحث الأول: التعاقد من الباطن في اللغة والاصطلاح ..... 324
المطلب الأول تعريف الباطن في اللغة والاصطلاح.....324
المبحث الثاني: خصائص التعاقد من الباطن وحكمه الفقهي. 328
المطلب الأول:خصائص التعاقد من الباطن وبواعثه.....329
المطلب الثاني: الحكم الفقهي للتعاقد من الباطن.....334
المبحث الثالث: الغرامة التأخيرية وتطبيقاتها في عقد التشغيل. 345
المطلب الأول: تعريف الغرامات التأخيرية .....345
المطلب الثاني: أسباب اشتراط الغرامة التأخيرية .....347
المبحث الرابع: الحكم الفقهي للغرامة التأخيرية ..... 350
المطلب الأول: الحكم الشرعي لاشتراط غرامة التأخير في عقود التشغيل350

المطلب الثاني: نموذج لأحكام الغرامة الوارد في عقد التشغيل .....365

**الفصل الثالث تطبيقات عقد التشغيل في الموانئ البحرية**

**..... 378**

**والمطارات الجوية..... 378**

المبحث الأول : معالم تطبيق عقد التشغيل في الموانئ ..... 378

المطلب الأول : الموانئ عناصرها ومكوناتها .....379

المطلب الثاني : الضوابط المصاحبة لتطبيق عقد التشغيل في الموانئ ...384

المبحث الثاني : تطبيق عقد التشغيل في المطارات..... 388

المطلب الأول الإضافات الفنية للتطبيقات الخاصة بعقد التشغيل في المطارات .....388

المطلب الثاني: نماذج لتطبيقات عقد التشغيل بالمطارات .....393

**الخاتمة..... 398**

**الملاحق..... 405**

**فهرس الآيات ..... 438**

**فهرس الأحاديث ..... 443**

**فهرس الأعلام ..... 445**

فهرس القواعد الفقهية ..... 450
فهرس المصادر والمراجع ..... 451
فهرس الموضوعات ..... 461

# ملخص لموضوع الأطروحة بعنوان:

## " عقـــد التشغيـــــل في الفقـــــه الإسلامـــي وتطبيقـــــاته المعاصـــرة "

تحت إشراف فضيلة الدكتور الأستاذ الجيلالي المريني في إطار مختبر التراث دراسة وصيانة وإنقاذ ، التابع لمركز دراسات الدكتوراه اللغات والتراث والتهيئة المجالية " بكلية الأداب سايس فاس جامعة سيدي محمد بن عبدالله فاس ، تاريخ تسجيل الأطروحة 21 نونبر 2016

فبعد أن كان عملي في بداية البحث منصبا ومخصصا لدراسة الموضوع من جوانب مختلفة بدأ بالتحقق من الدراسات ، والتقصي والتتبع لفروع هذا العقد المستجد والمستحدث ، سيتوج ذلك كله بالاهتداء إلى كتابة هذه الأطروحة وفق مايلي.

قسمت هذه الأطروحة إلى بابين اثنين ، وهما كالأتي :

الباب الأول : الإطار النظري لعقد التشغيل في الفقه الإسلامي

وقد تضمن هذا الباب ثلاثة فصول .

الباب الثاني : التطبيقات المعاصرة لعقد التشغيل في الفقه الإسلامي

وقد تضمن هذا الباب ثلاثة فصول كذلك.

## خلاصة عامة

إن عقد التشغيل من أهم القضايا المستجدة والمستحدثة، ، له صور متعددة وطرائق مختلفة، يتم تداوله ا في المعاملات المالية والعقود الإلكترونية والتجارية المعاصرة، يوظف في كثير من مشاريع البنية التحتية، بحيث تتقارب أحكامه وتتباعد، فهي أحيانا تندرج تحت باب الإجارة، وأحيانا تحت البيع والإجارة، وأحيانا تحت باب الوكالة، وغيرها من العقود المتقاربة، و هو عقد يحتاج إلى دراسة شرعية مستفيضة، وتخريج فقهي محكم بغية تبين وتلمس مجموعة من المعالم والأحكام والشروط الفقهية المتعلقة به، وكذا وضوح صوره وأوصافه المطّردة، والتي تحقق جملة من الأهداف والمقاصد للمكلفين تحقيقا لمبدأ اليسر ورفع الحرج.

إنه وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية ، سنجد أن الإسلام قد أعلى بصفة عامة من شأن الشغل والعمل[1]، وما يتعلق به من فروع من مثل التشغيل والنظافة والصيانة والإجارة والجعالة؛ فكفل حريته لكل فرد، وأوجبه على كل قادر، وقرر له الضوابط والقواعد.

إن عقد التشغيل بالمصطلح الحديث الذي هو داخل تحت عقد الشغل والعمل، يقابل عقد الأجير الخاص في الفقه الإسلامي في إحدى أوجه التكييف المقترحة، بحيث يعد العنصر الزمني المعيار الأدقَّ في تمييزه عن غيره من العقود الواردة على عمل الإنسان، لكونه المقياس الذي يتحدد به مقدار المحل المعقود عليه.

ومن هنا تأخذ الإجارة على عمل الأشخاص، وه ي المقصود بعقد التشغيل في بعض صوره، أهمية قصوى في حياتنا اليومية ومختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية التي صار الإقبال عليها من لدن كثير من الناس لتحقيق ضرورات العيش، تماشيا مقصد حفظ النفس والمال.

إننا في هذا البحث نروم تجلية هذا الموضوع على ضوء أحكام الفقه الإسلامي وبمسمياته المختلفة من خلال تتبعها في أبواب الفقه ومدونات الفقهاء والوقوف على الأحكام المتعلقة بها إجمالا وتفصيلا، ليحقق هذا البحث بعضا من التبيان لحقيقة عقد التشغيل، وتكييفه تكييفاً شرعياً دقيقاً في ضوء المعطيات الفقهية المتاحة من خلال الإجابة عن الإشكالية التي يطرحها الموضوع.

فلا بد لكل موضوع معد للدراسة أو مخصص لأطروحة أو رسالة جامعية، أن تكون له إشكالية معينة يحاول الباحث متوسلا بالبحث الإجابة عنها، وتقفي المباحث الجزئية المتعلقة بها وكذا تقصي تفاصيلها والفروع المتعلقة بها، وذلك كي تتحقق الغاية من البحث العلمي، وهي إمداد الخزانة العلمية بمستجدات بحثية هامة، وتوصيات علمية مركزة وأقوال فقهية مفيدة تتلقفها الأجيال لتخرج منها ما يحقق النفع العام والدائم، وهذا الموضوع الذي نحن بصدد البحث فيه والتنقيب عن معالمه وصوره وحقيقته يطرح ما يلي:

**إشكاليتان: لفظية وسياقية**

**فأما الإشكالية اللفظية**

فتتجلى في كون عقد التشغيل يعد إطلاقا معاصرا وعقدا مستجدا ومستحدثا، يستدعي رد أصوله إلى مقررات الفقهاء في مظانها، وهو أمر يستوجب الوقوف على

مصطلحاتهم ومسمياتهم لهذا النوع من العقود قصد توجيهه وضبط مفهومه ، أو تكييفه على أصل من الأصول المعتمدة في باب المعاملات الفقهية والمعتبرة عند الفقهاء وفق القواعد الفقهية المنضبطة.

**أما الإشكالية السياقية الواقعية المعاصرة**

فتتمثل في أن عقد التشغيل أصبح من العقود المنتشرة بين الناس في الواقع المعاصر، وأصبحت له صور كثيرة ومتعددة في الحياة المعاصرة وأشكال تعاقدية متشعبة من الواقعي إلى الرقمي ، وهو ما يطرح إشكال اندراج هذه الصور في باب معين من أبواب الفقه المعروفة كالإجارة والجعالة والشركة وغيرها ومدى انطباقها عليها.

وعليه فإن أهمية الموضوع تبرز فيما يلي:

- المساهمة في استكناه الأحكام واستخراج المباحث الفقهية المتعلقة بعقد التشغيل تأصيلا وتطبيقا، مع إيلاء العناية للجانب التأصيلي لهذا العقد وتخريجه على أسس شرعية ثابتة وقواعد فقهية دقيقة، وبيان علاقته ببعض العقود المشابهة كعقد الصيانة وعقد النظافة وعقد التحديث.
- إن عقد التشغيل من أكثر العقود تداولا في الوقت الراهن، بحيث إنه لا غنى عنه للناس؛ وخاصة الشركات والمؤسسات الحكومية إذ به يحصل الأجراء على أجر يمثل مورداً حيوياً يؤمن لهم احتياجاتهم

الأساسية من مأكل وملبس ومأوى، كما أن الجهة المشغلة تتمكن من الاستفادة من خبرة تشغيل الآلات وإدارتها وغير ذلك ...

- تجلية اهتمام الفقهاء بالفني (الأجير) والتفصيل الفقهي في ضمان حقوقه وصيانتها من الضياع والظلم والجور، ومدى إسهام الفقهاء في التأصيل والتأثيل لحقوق الأجير والعمال قبل أن تُنظر لها القوانين الوضعية المعاصرة.
- دراسة بعض نماذج عقود التشغيل المستجدة على ضوء الأحكام الفقهية وخاصة أحكام المذهب المالكي.
- محاولة جمع أكبر قدر من الصور والأحكام الفقهية الخاصة بعقد التشغيل وذلك بغية وجود مرجع علي هام للباحثين والدارسين لهذا النوع من العقود المستجدة.

يروم هذا البحث الذي نحن بصدد دراسته تحقيق جملة من المقاصد والأهداف البحثية الهامة، ومن أهم هذه الغايات والأهداف:

- محاولة بيان المسار التاريخي لتطور عقد التشغيل في الفكر الاقتصادي والقانوني .
- إبراز واقع التطبيق الاقتصادي والمالي لعقد التشغيل.
- تجلية خصوصية الشريعة الإسلامية، في قدرتها على مواكبة جميع المستجدات والنوازل المستحدثة والقدرة على ملائمتها للجانب العملي المتعلق بأفعال المكلفين.
- صياغة نظرية فقهية جامعة للأصل الشرعي المعتبر، والصور العملية المشروعة لعقد التشغيل، يسهل من خلالها ضبط جميع عقود التشغيل وإدراجها تحت جانب فقهي معتبر.
- بيان تفرد الشريعة الإسلامية وتميّزها، في ضمان حقوق العمال والطبقة الشغيلة وصون كرامتهم والدفاع عن الأجراء بغية المحافظة على آدميَّتهم.
- محاولة جمع أكبر قدر من الدراسات والمراجع العلمية التي يمكن أن تخدم الموضوع، مع التركيز على الخلاصات العلمية الهامة.

ومن أهم هذه الخلاصات الهامة مايلي :

**أولا :** خلص البحث إلى تحديد المعنى المقصود بعقد التشغيل، فهو عقد ينشئ علاقة قائمة بين مشغل وشركة تشغيل، هذه العلاقة القائمة بينهما هي علاقة تعاهدية وتعاقدية، يقوم بمقتضاها المشغل بتوظيف جهده البدني والعقلي والفكري، لإستمرار واستدامة عمل مكونات إدارة معينة ، وتتعدد هذه المكونات فقد تكون ألات وقد تكون تقنيات في المصانع وقد تكون مؤسسات وغيرها...، ويطلب من المشغل الإبقاء على عمل هذه الألات دون تعطيل أو تأخير أو توقف ، وذلك وفق مدة معينة تكون محددة سلفا في ثنايا عقد التشغيل ،كما ينضاف كذلك إلى العمل ومدة العمل عنصر الأجرة ، وهي جزاء وعوض مالي يستحقه المشغل بعد إنهاء مهمته التي وكلت إليها وفق ما تنص عليه بنود عقد التشغيل .

**ثانيا :** من النتائج التي تحققت في البحث، أن عقد التشغيل يعد من العقود المستحدثة المعاصرة والمستجدة، وهو عقد يكيف تحت الأحكام التي وردت في الأبواب الفقهية المعتبرة فقها وبخاصة باب الإجارة بنوعيها والإجارة والوكالة مع وجود أحكام يغلب عليها الغرر تحتاج إلى تفصيل وتبسيط.

**ثالثا**: من الخلاصات المهمة أن هنالك تمييزا دقيقا بين عقد التشغيل موضوع البحث، وبين عقد الشغل وعقد التشغيل " التوظيف " المنتشر في البلاد المغاربية، وبين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المعروف ب bot، فقد خلص البحث إلى أن كلا من هذه العقود مغاير ومختلف عن الأخر،

ورغم كونها مشتركة في الحداثة والجدة، إلا أن أحكامها مختلفة كثيرا جدا وليس واحدة عند الإطلاق وإن جمع بينها مصطلح الشغل والتشغيل.

**رابعا:** عقد التشغيل يورد في غالب الأحوال مع عقود الصيانة وعقود النظافة والتحديث، وقد اشتهر في الأونة الأخيرة هذا النوع من العقود ،وخاصة بدول الخليج العربي، كما ظهرت معالمه في بعض المشاريع بالمغرب التي أطلقها جلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده، بحيث تميز قطاع التشغيل والصيانة بعلاقته الوثيقة بكافة المشروعات المدنية وغير المدنية التي نمت خلال خطط التنمية المستقبلية، وقد أدى توظيف هذا العقد إلى حركة اقتصادية مهمة .

**خامسا :** من الخلاصات البحثية كذلك أن عقد التشغيل بما هو عقد فني، يساهم في الرفع من نسبة المردودية والإنتاجية والتنافسية، لدى الموانئ والمطارات والشركات الكبرى، كما يحقق ارتفاعا هاما في تشغيل الأطر والكوادر المتخصصة، و يساعد على التقليل من نسبة البطالة في الدول التي يوظف فيها هذا العقد.

**سادسا:** صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، بحيث إن الفقه الإسلامي ليس جامدا أو جزرا معزولة فهو يستوعب كل المستجدات والنوازل، ذلك أن كل ما قد يطرأ للمكلف من محدث، فإن أصوله في الفقه الإسلامي ثاوية، وبخاصة الفقه المالكي لتفرده بأصول تجعله مذهبا يتسع لكثير من القضايا، ويستوعب النوازل التي تطرأ للمكلفين.

## الفهارس التي تضمنها البحث :

- _ فهرس الأيات القرأنية.
- فهرس الأحاديث النبوية
- _ فهرس الأعلام.
- _ فهرس القواعد الفقية
- _فهرس الموضوعات