أحكام العقد على الموصوف في الذمة وتطبيقاته المعاصرة*

أ.د. عوض حميدان نافع الحربي**

سلم البحث في ١٤٤٢/١/٢٥هـ بسم الله الرحمن الرحيم اعتمد للنشر في ١٤٤٢/٢/٢٧هـ

ملخص البحث:

نظرا لكثرة العقود المالية المستحدثة في زماننا، والتي يطلق عليها (العقود غير المسماة)، مما يفتقر لبيان حكمها، وهذا يقتضي إلحاقها بما يشبهها من (العقود المسماة)، وبعض العقود غير المسماة له وجه شبه ببعض العقود المسماة، ولذا فإنها تلحق بها في بيان حكمها، والأحكام التفصيلية التي تنظمها، وبعض العقود غير المسماة لها شبه يتردد بين عقدين أو أكثر من العقود المسماة، فيقتضي بيان حكمها إلحاقها بما هي أقرب إليه منها، وبعض العقود غير المسماة ليس له شبه بالعقود المسماة، فيقتضي بيان حكمها إعمال الاجتهاد لبيانه، بما يلزم لذلك من التدبر والتروي في ذلك، ليتمكن الباحث من بيان الحكم الفقهي الأقرب لهذه العقود، ومن ثم بيان ما يتوصل إليه من صحتها أو بطلانها.

Abstract:

Due to the large number of financial contracts developed in our time, which are called (unlabeled contracts), which lacks an explanation of their ruling, and this requires attaching them to similar (named contracts), and some unlabeled contracts have a similarity to some named contracts, and therefore they are attached to them in a statement Its ruling, the detailed provisions that regulate it, and some of the unnamed contracts have a quasi-frequency between two or more named contracts, so explaining its ruling requires attaching it to what is closer to it than it is, and some unlabeled contracts have no resemblance to the named contracts. Therefore, it is necessary to think and deliberate on this, so that the researcher can clarify the jurisprudential ruling closest to these contracts, and then explain what he has reached regarding their validity or invalidity.

المقدمة:

إن الْحَمْدُ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ، وَنَسْتَعِينُهُ، وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ من شُرُورِ أَنْفُسِنَا، وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، من يَهْدِهِ الله فلا مُضِلَّ له، وَمَنْ يُضْلِلْ فلا هادى له، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إلا الله وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ له، وأشهد أن مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله

* مشروع مدعوم من عمادة البحث العلمي.

** الأستاذ بقسم الفقه بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة.

حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾[١]﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا﴾[٢]﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزا عظيما﴾[٣][٤]. أما بعد: فإن الأصل في العقود المالية الإباحة؛ قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٥]، وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٦]، حيث دلت الآيتان على أن الأصل في العقود المالية الإباحة إلا ما دل الدليل الخاص على تحريمه([٧])، ونظرا لكثرة العقود المالية المستحدثة في هذا الزمن، فقد رغبت في الكتابة في أحكام بعض العقود، ومن ذلك: (أحكام العقد على الموصوف في الذمة وتطبيقاته المعاصرة)، ولا سيما أنه كثرت العقود من هذا النوع نظرا لحاجة الناس إلى ذلك، لكن هذه العقود تتردد بين عدة عقود في الفقه الإسلامي مما يحتاج إلى تروي وتدقيق في إلحاق هذه العقود بنظائرها، وقد لا تجد ما يشابهها من العقود في الفقه الإسلامي من كل الوجوه حتى يمكن التخريج عليها، وإلحاقها بها؛ ولذلك ينبغي التروي عند النظر في هذه العقود حتى يتمكن الباحث من بيان الحكم الفقهي الأقرب لهذه العقود، ومن ثم بيان ما يتوصل إليه من صحتها أو بطلانها.

أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره:

تبرز أهمية هذا الموضوع في ما يلي:

١- الإسهام في إثراء المكتبة الإسلامية بما هو مستجد في المعاملات المالية المعاصرة.

٢- جمع شتات المسائل المالية المعاصرة المتشابهة مما يسهل التخريج عليها فيما يتجدد من مسائل.

٣- لم أقف على مؤلف جمع هذه المسائل.

٤- هذا الموضوع مرتبط بالحياة العملية ويكثر السؤال عن المسائل المندرجة تحته مما دفعني للعناية به.

الدراسات السابقة:

لم أجد من سبق إلى هذا العنوان حسب اطلاعي، لكن بعض مسائل البحث ربما كتب فيها كما في عقد التوريد، وهذا لا تأثير له، لان موضوع هذا البحث يجمع كل مسألة يتم التعاقد فيها على الموصوف في الذمة من العقود المعاصرة، أما العقود القديمة فلا يتضمنها هذا البحث إلا من باب التأصل لبعض جوانب الموضوع، ومن العقود القديمة التي ذكرها الفقهاء عقد السلم، وهو عقد على موصوف في الذمة بثمن يسلم في

مجلس العقد، لكن هنالك عدة فوارق بينه وبين الموصوف في الذمة في العقود المستجدة، حيث لا يلزم تسليم جميع الثمن في مجلس العقد، فقد يؤجل الثمن، وقد يقسط على فترات، وقد يدفع جزء منه في وقت العقد والمتبقي حسب الاتفاق، ومن هنا فارق السلم فاختلف الفقهاء المعاصرون في بيان حكمه.

ومن الكتب التي وقفت عليها كتاب (إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة) للدكتور: عبد الرحمن بن عبد الله السعدي، وله علاقة ببعض جوانب الموضوع؛ لأنه مختص بالإجارة (الخدمات) فقط، وموضوع بحثي أعم من ذلك؛ فهو يشمل الأعيان والمنافع الموصوفة في الذمة، وقد استفدت من هذا الكتاب في بعض الجوانب التمهيدية.

خطة البحث:

اشتمل موضوع هذا البحث على تمهيد، وستة مباحث، وإحدى وعشرين مطلباً، وخاتمة، وفهارس.

أما التمهيد: ففيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الضوابط الشرعية في العقود المستجدة.

المطب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بهذا الموضوع.

المطلب الثالث: حكم بيع الغائب الموصوف.

وأما المباحث فهي ستة مباحث كما يأتي:

المبحث الأول: عقد السلم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهومه.

المطلب الثاني: أقسامه.

المطلب الثالث: بيان حكم كل قسم وأراء الفقهاء في ذلك.

المبحث الثاني: عقد التوريد، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهومه.

المطلب الثاني: أنواعه، وصور التعاقد به.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي والحكم الشرعي لكل نوع ولكل صورة.

المبحث الثالث: عقد المقاولة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهومه.

المطلب الثاني: أنواعه.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي والحكم الشرعي لكل نوع.

المبحث الرابع: عقد الصيانة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهومه

المطلب الثاني: أنواعه

المطلب الثالث: التكييف الفقهي والحكم الشرعي لكل نوع.

المبحث الخامس: عقد الاستصناع، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهومه.

المطلب الثاني: شروطه.

المطلب الثالث: تكييفه الفقهي وحكمه الشرعي.

المبحث السادس: عقد البناء والتشغيل وإعادة التملك (B.O.T)، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهومه.

المطلب الثاني: خصائصه.

المطلب الثالث: تكييفه الفقهي وحكمه الشرعي.

الخاتمة، تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

منهج البحث:

أولاً: درست المسائل الواردة في البحث دراسة فقهية موازنة بين المذاهب الفقهية المعتمدة، وكذلك أراء المعاصرين في المسائل المالية المعاصرة، وذلك بتصوير المسألة، وتحرير محل النزاع بذكر محل الاتفاق إن وجد، ثم الأقوال في المسألة، ثم أتبع كل قول بدليله، ثم الترجيح مع بيان أسبابه.

ثانياً: خرجت الأحاديث الواردة من كتب السنة، فإذا كانت في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بذلك، وإلا خرجته من بقية كتب السنن، وبينت الحكم عليه.

ثالثاً: الخاتمة وفيها وضعت أهم نتائج البحث وتوصياته.

رابعاً: الفهارس: وضعت فهارس عامة للبحث.

التمهيد: وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الضوابط الشرعية في العقود المستجدة.

المطب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بهذا الموضوع.

المطلب الثالث: حكم بيع الغائب الموصوف.

المطلب الأول: الضوابط الشرعية في العقود المستجدة

ذكر الفقهاء عدة ضوابط تنبي عليها العقود سواء كانت هذه قديمة أو مستحدثة ومن تلك الضوابط ما يلي(٨):

- الأصل في التصرفات في البيع الصحة والإباحة.
- إباحة كل ما فيه مصلحة محضة أو مصلحة راجحة.
- العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.
- وجوب الوفاء بالعقود والالتزامات من المتعاقدين.
- أن يتم العقد على مال متقوم شرعا.
- منع كل ما فيه ميسر وقمار.
- الصدق وهو أن يطابق قول العاقد الواقع.
- منع كل ما يوجب البغضاء والتنافر والتقاطع، والأحقاد.
- منع كل ما فيه حيلة إلى الحرام.
- منع كل ما فيه ضرر على المسلمين في دينهم ودنياهم
- منع كل ما يشغل عن ذكر الله.
- منع كل معاملة فيها جهالة وغرر.
- منع كل ما يتضمن ظلم الناس وأكل أموالهم بالباطل.
- مشروعية كل ما فيه مصلحة المتعاقدين.
- مشروعية كل ما فيه تعاون الخير.
- مشروعية كل ما فيه ضمان لحقوق الآخرين.
- منع بيع ما لا يملك.

الأصول والضوابط التي ترجع إليها المعاملات المالية المحرمة([٩]):

١- تحريم الغرر والجهالة.

٢- تحريم الضرر والظلم.

٣- تحريم الربا.

٤- تحريم العقد المؤدي إلى محرم: ومن ذلك: بيع السلاح في الفتنة، والعنب لمن يتخذه خمرا، وإنما منع ذلك سدا للذريعة.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بهذا الموضوع

أولا: العقد:

العقد في اللغة: نقيض الحل وله معاني منها: الشد، الربط، والجمع، والتوثيق والعهد، ويقال: عقدته أعقِده عقداً وعقّدته فانعقد وتعقّد، وعقد كل شيء إبرامه، وعقد قلبه على الشيء: لزمه، وفي الأصل هو للحبل([١٠]).

أما **في الاصطلاح:** فهو عبارة عن انضمام أحد كلام العاقدين إلى الآخر على

وجه يظهر أثره في المحل شرعا(١١).

ثانيا: الموصوف في الذمة:

الموصوف لغة: من وصَفَه يصِفُه وصْفاً، وصِفةً: أي نعَتَه(١٢).

الموصوف اصطلاحا: ما علم جنسه ونوعه وقدره(١٣).

ثالثا: الذمة:

الذمة لغة: العهد والكَفالة وجمعها ذِمامٌ. فلان له ذِمَّة أَي حق(١٤).

اصطلاحا: وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب والقبول(١٥).

الموصوف في الذمة اصطلاحاً: بيع عين أو منفعة معلومة في الذمة بثمن معلوم(١٦).

المطلب الثالث: حكم بيع الغائب الموصوف

اختلف الفقهاء في حكم بيع الغائب الموصوف في الذمة على قولين:

القول الأول: الجواز: وهو مذهب الجمهور (١٧)

واحتجوا بأدلة منها:

١- بقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم﴾(١٨).

وجه الدلالة: عموم الآية، حيث دلت على مشروعية التجارة بشرط التراضي، ومن ذلك بيع الغائب على الصفة(١٩).

٢-أَنَّهُ لم يَزَلْ الْمُسْلِمُونَ يَتَبَايَعُونَ الضِّيَاعَ بِالصِّفَةِ وَهِيَ في الْبِلاَدِ الْبَعِيدَةِ، وقد بَايَعَ عُثْمَانُ ابْنَ عُمَرَ ﷺ مَالاً لِعُثْمَانَ بِخَيْبَر , بِمَالٍ لابن عُمَرَ بِوَادِي الْقُرَى، وَهَذَا أَمْرٌ مَشْهُور"(٢٠)، وهذا صريح في تعامل الصحابة بهذا النوع من البيوع(٢١).

القول الثاني: عدم الجواز، وهو المذهب عند الشافعية(٢٢)، ورواية عند الحنابلة(٢٣).

واحتجوا بأدلة منها:

١- حديث أبي هريرة ﷺ قال: (نهى رسول اللّهِ ﷺ عَنْ بَيعِ الغَرَرِ)(٢٤).

وجه الدلالة: أن فيه غرر كالمعدوم

نوقش: بأن بيع الغائب الموصوف لا يسلَّم كونه من الغرر؛ لأنه يوصف وصفاً دقيقاً ينفي عنه الغرر المنهي عنه، ولا سيما مع تطور وسائل التصوير والاتصالات الحديثة، ثم إن المعقود عليه في بيع الغائب موجود وليس معدوماً، وهو مملوك للبائع، ويقدر على تسليمه بخلاف المعدوم (٢٥)

٢- حديث حَكِيمِ بن حِزَامٍ ﷺ قال: بَايَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ على أَنْ لاَ أَخِرَّ إِلاَّ قَائِماً، قال قلت يا رَسُولَ اللَّهِ: الرَّجُلُ يسألني الْبَيْعَ وَلَيْسَ عندي، أَفَأَبِيعُهُ، قال: (لاَ تَبِعْ ما

ليس عِنْدَكَ)[٢٦].

وجه الدلالة: أنه نهى عن بيع ما ليس حاضراً وقت العقد، بدليل قوله: "عندك"[٢٧].

نوقش: بأن المبيع في بيع الغائب على الصفة مملوك للبائع وهو قادر على تسليمه، فلا يشمله الحديث[٢٨]

الترجيح: الذي يظهر هو رجحان هو جواز بيع الغائب المعين الموصوف على الصفة؛ نظراً لأن الأصل في العقود الحل؛ ولما تقدم من أدلة ومناقشة.

المبحث الأول
عقــد الســلم
المطلب الأول: مفهومه

السلم لغة: السلم بفتح السين واللام السلف [٢٩]. والسلم والسلف كلاهما بمعنى واحد، والسلم لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق[٣٠].

والسلم اصطلاحا: عَقْدٌ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ مُؤَجَّلٍ بِثَمَنٍ مَقْبُوضٍ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ[٣١]

المطلب الثاني: أقسامه

القسم الأول: السلم المعتاد: وهو ما في المطلب السابق.

القسم الثاني: السلم الموازي: هو استخدام صفقتي سلم متوافقتين دون ربط بينهما [٣٢].

كأن يقوم البنك الإسلامي بالشراء سلمًا لسلعة موصوفة في الذمة بثمن مقدم في مجلس العقد، ثم يقوم بعقد سلم آخر فيما بين تاريخ عقد السلم وتاريخ قبض المسلم فيه دون أن يربط ذلك بالعقد الأول، فيتحول من مشتر إلى بائع، وذلك بأن يبيع سلعة موصوفة في الذمة لصالح تاجر آخر بشروط مماثلة لشروط عقد السلم الأول، وينوي أن يقبضه من تلك السلعة التي أسلم فيها، فإذا وقع البيع على موصوف في الذمة قام البنك بتوكيل المشتري بقبضه من البائع الأول، أو قام البنك بقبضه، ثم سلمه إلى المشتري[٣٣].

المطلب الثالث: بيان حكم كل قسم وأراء الفقهاء في ذلك

القسم الأول: وهو السلم المعتاد المعروف في كتب الفقهاء فهو جائز بالإجماع، قال ابن المنذر: (أجمع كل من نحفظ عنه أن السلم جائز) [٣٤]

وفي حديث ابْنِ عبَّاسٍ م قَالَ: قَدِمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ المَدِينَةَ وهُمْ يُسلِفُونَ بِالتَّمرِ السَّنَتَينِ والثَّلَاثَ فقال: (من أَسلَـفَ في شَيءٍ، ففِي كَيلٍ مَعلُومٍ وَوَزنٍ مَعـلُومٍ إلى أَجَلٍ

مَعلُومٍ) (٣٥)

القسم الثاني: وهو السلم الموازي: فهو جائز حيث يقوم على عقدين منفصلين، فيبرم العاقد صفقة شراء بالسلم، ثم يبرم صفقة بيع بالسلم دون ربط بينهما، ويعزم على أن ينفذ الصفقة الثانية مما يتسلمه من الصفقة الأولى(٣٦).

المبحث الثاني
عقــد التــوريد
المطلب الأول: مفهومه

التوريد لغة: من ورد الواو والراء والدال: أصلان أحدهما الموافاة إلى الشيء والثاني لون من الألوان واستورد طلب الورد، والماء ورده، والشيء أحضره، وأورده: أحضره المورد كاستورده. يقال استورد السلعة ونحوها: جلبها من خارج البلاد([٣٧]).

واصطلاحا: عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلومات مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف لآخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه[٣٨].

وعرفه الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان بأنه: "عقد على عين موصوفة في الذمة منضبطة بصفات معينة بثمن مؤجل معلوم إلى وقت معلوم)[٣٩].

المطلب الثاني: أنواعه، وصور التعاقد به

من أشهر صور وأنواع التوريد ما يلي[٤٠]:

١- أن يكون محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة.

٢- أن يكون محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة ويعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد.

٣- أن يكون محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة ولم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد

المطلب الثالث: التكييف الفقهي والحكم الشرعي لكل نوع وصورة[٤١]

١. أن يكون محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة فهذا العقد استصناع تنطبق عليه أحكامه وهو جائز

٢. أن يكون محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة ويعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد. فهذا عقد يأخذ حكم السلم فيجوز بشروطه المعتبرة

٣. أن يكون محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة ولم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا لا يجوز لأنه مبني على المواعدة، والمواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه فيكون البيع هنا من بيع الكالىء بالكالىء. أما إذا كانت المواعدة

غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم

المبحث الثالث
عقــد المقــاولة
المطلب الأول: مفهومه

أولا: تعريف المقاولة:

المقاولة في اللغة: المفاوضة والمجادلة [٤٢].

المقاولة في الاصطلاح: عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر [٤٣].

المطلب الثاني: أنواعه

إبرام عقد المقاولة له نوعان:

النوع الأول: عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد:

هذه هي الصورة الغالبة الوقوع في إبرام عقد المقاولة وتنفيذه، حيث يتم الاتفاق مباشرة بين المقاول المنفَّذ، وبين المستفيد من إنجاز العمل، وحينئذ يسهل معرفة بنود الاتفاق، والتزامات المقاول التي ستذكر بعدئذ، وكذلك التزامات صاحب العمل أو المستفيد من العمل بمقتضى عقد المقاولة، وطبقاً للشروط الواردة فيه، وهذه الصورة غالباً لا تثير إشكالات تتصادم مع طبيعة عقد المقاولة.

النوع الثاني: عقد المقاولة من الباطن، أو ما يسمى المقاول الثاني:

تقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني والإنشاء، حيث تتعدد الأعمال وتتشعب، فيتنازل المقاول الأول عن مهامه في التنفيذ إلى مقاول ثانٍ.

فإذا اتفق مقاول مع شخص آخر (صاحب العمل أو المستفيد) على أن يقوم له بعمل معين، فإن شرط في العقد أن يقوم به بنفسه أو كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك، فليس للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى شخص آخر، وهذا حكم مقرر معروف في عقد الوكالة. وإن لم يكن هناك شرط أو مقتضى طبيعة عمل، فللمقاول أن يتفق مع مقاول آخر على تنفيذ العمل كله أو بعضه، وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل، ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل [٤٤].

ثانياً: التكييف الفقهي لعقد المقاولة:

عقد المقاولة يشبه في مضمونه بعض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي

كعقد الاستصناع، وعقد الإجارة على العمل.

أما شبه المقاولة بعقد الاستصناع، فيكون في حالة تقديم المقاول المواد الأولية اللازمة للعمل، فضلا عن العمل والخبرة اللازمة في عملية التصنيع، وفي هذه الحالة عندما تكون المادة والعمل من المقاول، يتفق عقد المقاولة مع عقد الاستصناع[٤٥].

وأما شبه المقاولة بعقد الإجارة على العمل، فيكون ذلك عندما يقتصر التزام المقاول بالعمل فقط، وتكون المواد اللازمة لذلك مقدمة من قبل المستصنع، وهذا يشبه عقد الإجارة على العمل.

خامساً: قرار مجمع الفقه الإسلامي:

قرار رقم ١٢٩ (١٤/٣) قرر ما يلي:

١ـ عقد المقاولة –عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر– وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

٢ـ إذا قدم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣) بشأن موضوع الاستصناع.

٣ـ إذا قدم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً.

٤ـ يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

أ– الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصفات المحددة بدقة

ب– الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.

ج– الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية. ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة وبمواصفات محددة بالتكاليف يرفعها للجهة المحددة في العقد ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.

٥ـ يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً، بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة ويطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم ١٠٩ (١٢/٣).

٦ـ يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط لآجال معلومة أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.

٧ـ يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.

٨ـ إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجرة، فللمقاول عوض مثله.

٩ـ إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضاً زائداً على المسمى، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات أو الإضافات.

١٠ـ يضمن المقاول إذا تعدى أو فرط أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها. ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل، أو بقوة قاهرة.

١١ـ إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.

١٢ـ إذا لم يشرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداؤه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الأجراء.

١٣ـ المقاول مسئول عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.

١٤ـ لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول[٤٦].

المبحث الرابع
عقـد الصيـانة

المطلب الأول: مفهومه

الصيانة لغة: من صانَ الشيءَ صَوْناً وصِيَانةً وصِياناً واصْطانَه، ويقال لما يصان: هو مصان، والصواب فيه مصون وصان الشيء وقاه وحماه وقام به ([٤٧]).

والصيانة اصطلاحا: عقد معاوضة، يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر، من إصلاحات دورية، أو طارئة، لمدة معلومة، في مقابل عِوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو العمل والمواد[٤٨].

المطلب الثاني: أنواعه

عقود الصيانة لها أنواع عدة، ومن ذلك ما يلي[٤٩]:

أولا: أن تتكفل الشركة البائعة للجهاز بالصيانة الدورية، أو الصيانة في حال حدوث خلل فيه، وقد تكون الصيانة مجرد إصلاح، وقد تكون مع وضع قطع بديلة لما يتلف

منها.

وحكم هذه الصورة: الجواز، ويجوز للشركة البائعة أن ترفع سعر بيع الجهاز مقابل تلك الخدمة.

ثانيا: أن تتكفل "شركة صيانة" –وليست الشركة البائعة– بالفحص الدوري على الجهاز، أسبوعيا، أو شهرياً، مقابل مبلغ معين، ويُعرف في العقد عدد الأجهزة المراد فحصها وصيانتها، وتعرف نوعية الصيانة، ويكون العقد لمدة محدودة.

وحكم هذا العقد: الجواز، وهو في حقيقته عقد إجارة، ويشترط لجوازه أن لا يشتمل عقد الفحص والصيانة على توفير قطع غيار لما يتلف من قطع الجهاز، بل تكون هذه القطع على صاحب الجهاز. إلا إذا كانت المواد المستعملة في الصيانة يسيرة لا يُحسب في العادة، أو كانت معروفة أنها من لوازم الصيانة: لم يكن ذلك بمانع من القول بجواز هذا العقد.

ثالثا: أن يشتمل عقد الصيانة مع الفحص الدوري على استبدال القطع التالفة بأخرى جديدة.

وحكم هذا العقد: التحريم؛ لأنه يشتمل على الغرر الفاحش، وهو عقد مقامرة، قد يكون ثمن القطع الجديدة أضعاف قيمة عقد الصيانة، وقد لا يحتاج الأجهزة لتبديل قطع شيء منها، وصاحب الجهاز في هذه الحال إما يكون "غانما"، أو "غارماً"، وهذا هو ضابط عقود المقامرة، فيغنم صاحب الجهاز في حال حصوله على قطع غيار بأكثر مما دفعه لشركة الصيانة، وقد يغرم بأن لا تحتاج أجهزته لقطع غيار.

رابعا: أن يكون عقد الصيانة ليس دورياًن ولكن على حسب حصول الخلل في الأجهزة المعقود عليها، فإذا حصل خلل فيها: تمَّ استدعاء شركة الصيانة، وإن لم يحصل خلل: لا يأتي أحد لرؤيتها.

وحكم هذا العقد: التحريم وهو عقد المقامرة، لأن صاحب الجهاز يكون غانما إذا كثر تعطل الجهاز، ويكون غارما إذا قل تعطله

المطلب الثالث: التكييف الفقهي والحكم الشرعي لكل نوع

يمكن تكييف الصيانة بحسب صورتها ونوعها[٥٠]:

فإن كان الصائن يلتزم بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حسابا في العادة. أو يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد. فهذا العقد يكيَّفُ على أنه عقد إجارة على عمل وهو جائز لأنه عقد إجارة، وأما الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة فهذا عقد اجتمع فيه

بيع وشرط، وهو جائز لأن الأصل في الشروط الجواز.

وأما إذا كان عقد الصيانة يشتمل مع الفحص الدوري على استبدال القطع التالفة بأخرى جديدة. فهذا العقد يكيَّفُ على أنه عقد مقامرة. لأنه يشتمل على الغرر الفاحش، وهو محرم، وأما إذا كان عقد الصيانة ليس دورياًن ولكن على حسب حصول الخلل في الأجهزة المعقود عليها.فهذا العقد يكيَّفُ على أنه عقد مقامرة: لأن صاحب الجهاز يكون غانما إذا كثر تعطل الجهاز، ويكون غارما إذا قل تعطله، وهذا من صور المقامرة، وهو محرم.

قرار "مجلس الفقه الإسلامي": إن" مجلس مجمع الفقه الإسلامي" في دورة انعقاد مؤتمر الحادي عشر بالمنامة في دولة البحرين، من ٢٥-٣٠ رجب ١٤١٩هـ(١٤-١٩ نوفمبر ١٩٩٨): بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى "المجمع" بخصوص موضوع "عقد الصيانة: قرر ما يلي: عقد الصيانة له صور كثيرة، منها ما تبين حكمه، وهي:

١- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر، يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حسابا في العادة. هذا العقد يكيَّفُ على أنه عقد إجارة على عمل وهو عقد جائز شرعاً، بشرط أن يكون العمل معلوما، والأجر معلوماً.

٢- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر، يلتزم فيه الصائن تقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد. وحكمها: كالصورة الأولى.

٣- الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة. هذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط، وهو جائز، سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد، أم مع تقديمها.

٤- الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر. هذا عقد اجتمع فيه إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة: أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة: فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة: فيجوز اشتراطها على أيٍّ من المؤجر، أو المستأجر، إذا عُيِّنت تعيُّناً نافياً للجهالة[٥١].

المبحث الخامس

عقــد الاستصنــاع

المطلب الأول: مفهومه

الاستصناع لغة: استفعال من صنع، فالألف والسين للطلب، يقال: استصنع الشيء: دعا إلى صنعه، وطلب الفعل([٥٢])

وفي الاصطلاح: "هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"([٥٣]).

المطلب الثاني: شروطه

للاستصناع شروط خاصة– إضافة إلى شروط البيع وهي([٥٤]):

١– أن يكون المستصنع فيه معلوما ببيان الجنس والنوع والقدر

٢– أن يكون المصنوع مما تدخله الصناعة، فلا يصح في البقول والحبوب الطبيعية ونحو ذلك.

٣– أن يكون الشيء المصنوع مما يجري فيه التعامل

٤– أن تكون مواد الصنع والعمل من قبل الصانع، وإلا أصبح عقد إجارة.

٥– بيان الثمن جنساً وعدداً ونوعاً بما يمنع التنازع.

المطلب الثالث: تكييفه الفقهي وحكمه الشرعي

أولاً: تكييفه الفقهي:

اختلف الفقهاء في تكييف عقد الاستصناع على أقوال منها:

أ– أنه بيع ([٥٥]).

نوقش: أنه يخالف البيع في اشتراط العمل في الاستصناع دون البيع ([٥٦]).

ب– أنه مُواعَدَةٌ ([٥٧]).

نوقش: أن الاستصناع مختلف عن المواعدة لأنه يجري فيه التقاضي بخلاف المواعدة ([٥٨]).

ج– أنه إجارة ([٥٩]).

نوقش: أن الاستصناع وارد على العين والعمل بينما الإجارة واردة على العمل فقط ([٦٠]).

د– أنه له شبه بالسلم ([٦١]).

نوقش: بأنه يخالف السلم بأن السلم يجب فيه تعديل رأس المال بخلاف الاستصناع ([٦٢]).

هـ– أنه عقد مستقل، وهو القول الراجح([٦٣]).

ثانياً: حكمه الشرعي:

اختلف الفقهاء في حكم عقد الاستصناع على قولين:

القول الأول: عدم الجواز إلا إذا كان على شرائط السلم–، وبه قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ([٦٤]).

واحتجوا بحديث ابن عُمَر **م**، عن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ([٦٥]).

وعقد الاستصناع من بيع الدين بالدين وهو مجمع على تحريمه(٦٦)

ونوقش من وجهين:

أحدهما: بأن الحديث ضعيف(٦٧)

الثاني: وأما الإجماع فهو معارض بالإجماع الآخر بجواز عقد الاستصناع حيث كان ظاهرا مستفيضا في عهد السلف من غير نكير به على فاعليه فصار ذلك إجماعا منهم عمل الناس فصار ذلك أصلا في جوازه ونظائر ذلك كثيرة وهذا مثل ما قالوا في إباحة دخول الحمام من غير شرط أجرة معلومة ولا مقدار معلوم لما يستعمله من الماء ولا مقدار مدة لبثه فيه([٦٨]).

القول الثاني: الجواز وهو قول جمهور الأحناف وهو المعتمد عندهم(٦٩).

واحتجوا بما يلي:

١- بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوفُواْ بِٱلعُقُودِ﴾(٧٠)

وجه الاستدلال: وجوب الوفاء بالعقود، ومن ذلك الاستصناع.

٢- بحديث أنس بن مالك ﷺ، قال: صنع النبي ﷺ خاتماً، وقال: "إنا اتخذنا خاتما ونقشنا فيه نقشا، فلا ينقش عليه أحد" قال: فإني لأرى بريقه في خنصره.(٧١)

٣- بحديث سهل بن سعد ﷺ أن رسول الله ﷺ بعث إلى امرأة أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواد، أجلس عليهن إذا كلمت الناس، فأمرته فعملها فأرسلت بها إلى رسول الله، فأمر بها فوضعت فجلس عليها)(٧٢).

وجه الدلالة من هذين الحديث: أن الأعمال الواردة في هذه الأحاديث من عقود الاستصناع

٤-شرِعَ الِاسْتِصْناعُ دفْعا لحاجَةِ الْمُسْتصْنِعِ(٧٣)، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الأشخاص([٧٤])

الراجح: هو القول بجواز عقد الاستصناع، لأن الحاجة داعية إليه، وفي منعه من إلحاق الحرج بالناس ما لا يخفى([٧٥]).

وقد رجح القول بجوازه المجمع الفقهي الإسلامي الدولي. حيث قرر مجلسه في دورة انعقاده السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ، الموافق ٩- ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفتح

مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي، قرر ما يلي:

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

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ– بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب– أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.([٧٦])

المبحث السادس

عقد البناء والتشغيل وإعادة التملك [B.O.T]

المطلب الأول: مفهومه

عقد B.O.T: هو اختصار لثلاث كلمات باللغة الانجليزية هي: البناء Build، التشغيل Operate، النقل Transfer

وهو اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها(٧٧).

وقيل: "اتفاق بين طرفين أحدهما مالك العقار والآخر يتولى إقامة المشروع عليه، مقابل تملكه لمنفعته مدة معلومة"(٧٨).

اشتمل هذا العقد على عدة خصائص وأهمها ما يلي:

أولا: خصائص العقد العامة: (٧٩).

يتميز هذا العقد الحديث بخصائص عامة من أهمها:

هذا النوع من العقود يعفي الدولة من التكاليف العالية الباهظة من خلال ما يلي:

١. إقامة المشاريع الكبيرة من دون تكلفة على الدول. يلجأ إلى هذا النوع من العقود غالباً الحكومات والدول لإقامة مشاريعها الكبيرة ذات التكلفة العالية التي تعجز ميزانيتها عن تمويلها، أمثال الخطوط السريعة الطويلة، والسكك الحديدية، وشبكات المياه، والصرف الصحي للمدن، والكهرباء، والموانئ، وشبكات الاتصال، وتطوير

الإسكان، والمستشفيات، والمدارس، والمطارات، وأماكن السياحة، والمدن الجديدة، ومحطات توليد الكهرباء، والسدود، والمصانع، وغيرها من المشاريع المدنية.

٢. مشاركة الشركات الوطنية في خطط التنمية: يعطي الفرصة للشركات الوطنية للمشاركة في تنمية البلاد، وتقدم لهم الدولة فرصة ثمينة لاستثمار أموالهم مسخرة في خدمة الوطن.

٣. استقطاب المهارات الفنية والكفاءات الإدارية الأجنبية: يستوجب هذا إحضار المهارات الفنية الأجنبية لإقامة المشروع. والاستعانة بالكفاءات الإدارية لإدارة المشروع لدى الانتهاء منه؛ حيث يمنح الاتفاق على إقامة المشروع العاقد المنفذ لأن يكون صاحب الحق في إدارة المشروع لدى تمامه لمدة يتم الاتفاق عليها، وسيكون المسؤول عن كافة التكاليف التي يتطلبها المشروع.

٤. تقدير دخل المشروع مسبقاً: من مهمات العقد بين الطرفين وضع الأنموذج لجمع دخل المشروع، وما ينبغي اتخاذه لذلك.

٥. تسليم المشروع سليماً في نهاية العقد، على العاقد المنفذ للعقد بعد تمام مدة استثمار المشروع حسب العقد إعادته كاملاً، سليماً بجميع مرافقه للطرف الثاني، سواء كان هذا حكومة، أو أشخاصاً لهم شخصياتهم القانونية الاعتبارية، أو ذاتيتهم المستقلة حسب شروط العقد.

الخصائص المالية لهذا العقد (٨٠):

يتميز هذا النوع من العقود بخصائص مالية مهمة منها:

١. مصدر لاسترداد القروض: المقرض للمشروع أول ما ينظر للأرباح المتوقعة من المشروع لاسترداد رأس ماله، والفوائد التي يجنيها من ورائه.

٢. تقدير القرض مبني على تقدير قيمة المشروع.

٣. تأكيد ضمان أمن المشروع ومرافقه: للمقترض الأولوية في شروط العقد؛ حيث إن المقرض قد أُعطي ضماناً لحقوقه من المقترض بإرجاع قرضه لو قدر إفلاس المشروع.

٤. معظم المشاريع الإنشائية المالية معقدة: لذا فإن الخطورة في هذه المشاريع موزعة ومقسمة بين أطراف متعددة، كل مخاطرة تتعلق بالطرف الذي يكون أكثر مهارة، وكفاءة للتصرف السليم نحوها.

٥. تحديد مواطن الخطورة، والعمل على إزالتها: في حالة حصول خطر، لابد للمراقب أن يحدده، الخيار في هذه الحالة إما إزالة الخطر وتذويبه، أو وضع مسؤوليته على

طرف ثالث كشركة التأمين، أو تحديد الخطورة ومن ثم توزيعها بين المتعاقدين العاملين في المشروع.

المطلب الثالث: تكييفه الفقهي وحكمه الشرعي

اختلف الفقهاء المعاصرون في تكييف عقد البناء والتشغيل وإعادة التملك (B.O.T) على أقوال(٨١):

القول الأول: أنه عقد جعالة.

ونوقش: بأن عقد الجعالة مجهول العمل بخلاف عقد البناء والتشغيل وإعادة التملك فإنه معلوم العمل (٨٢)

القول الثاني: أنه عقد إجارة.

ونوقش: أنه يشترط في الإجارة أن تكون معلومة الأجرة والمنفعة بخلاف عقد البناء والتشغيل وإعادة التملك فأنه مجهول الأجرة في وقت التسليم وذلك لأن السنوات الطويلة تؤثر في قيمة الأجرة (٨٣)

القول الثالث: أنه عقد استصناع.

نوقش: أن منفعة المرفق لا تصلح ثمنا لعقد الاستصناع لجهالة مقدار العائد من تشغيل المرفق وهذا التكييف ينطبق على مرحلة البناء ولم يتطرق لتكييف مرحلة التشغيل مع أنها مرحلة تأخذ زمنا طويل (٨٤)

القول الرابع: أنه عقد شركة متناقصة.

وهذا التكييف يقوم على أساس المشاركة بين الجهة الإدارية وبين صاحب الامتياز بحيث يتم التنفيذ بمساهمة من الطرفين ثم تشتري الجهة الإدارية حصة صاحب الامتياز تدريجيا (٨٥)

نوقش: بأن هذا يخالف واقع عقد (B.O.T) وذلك أن طرفي العقد تراضيا على أن تمتلك الجهة المنفذة منفعة المشروع مدة معلومة من الزمن ثم تصبح الجعة الإدارية مالكة للمشروع عينا ومنفعة دون أن يكون هناك تدرجاً في نقل الملكية(٨٦)

القول الخامس: أنه عقد مستحدث لا مثيل له في العقود الفقهية المعروفة؛ لأنه عقد جديد متعدد الأنواع متفاوت المراحل فيخرج على قاعدة (الأصل في العقود الحل)

وهذا **هو القول الراجح** وبه صدر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١- ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م،

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يأتي:

(١) يقصد بعقد البناء والتشغيل والإعادة: اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها.

(٢) عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدث، فهو وإن شابه في بعض صوره التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقها، فإنه قد لا يتطابق مع أي منها.

(٣) يجوز الأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة.

الخاتمة:

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء وسيد البريات وبعد: فقد توصلت من خلال الكتابة في هذا الموضوع إلى النتائج التالية:

- أن المراد بالعقد الموصوف الذمة: هو عقد على عين مباحة موصوفة مؤجلة بعوض معلوم فإن كان العوض معجلا فهو سلم، وإن كان البدلان مؤجلين فهو عقد استصناع أو عقد توريد أو صيانة في بعض صورها. والأصل في العقود عدم جواز تأجيل البدلين.
- وصف السلعة في هذا الزمن أصبح أكثر دقة وضبطاً؛ نظرا لتطور الوسائل وهذا مما يؤيد جواز البيع بالصفة.
- الأصل في المعاملات الحل إلا ما اشتمل على ربا أو ضرر أو غرر أو أدى إلى محرم.
- أن البيع بالصفة تكون العين موجودة ولكن غائبة عن مجلس العقد، وأما العقد على الموصوف فتكون العين الموصوف فيه معدومة مؤجلة.
- عقد الاستصناع عقد مستقل، ويصح العقد عليه إذا كان منضبطاً ويصح فيه تعجيل الثمن أو تأخيره.
- عقد المقاولة إذا كان يتضمن العمل ومواد البناء، فإنه يأخذ حكم الاستصناع وشروطه، وإن كان مجرد عمل والمواد يتكفل بها صاحب المنشأة فهو عقد إجارة.
- عقد الصيانة تعتبر عقد إجارة إذا كان الصائن لا علاقة له بالسلعة بل كان مجرد عمل، أما إذا كان الصائن يتكفل بقطع الغيار فهو من قبيل الغرر، ولا يصح إلا

إذا كانت قطع الغيار يسيرة ويتسامح بها عرفا فإنه يجوز لأنه لا يخرجه عن عقد الإجارة.

- عقد التوريد يجوز إذا كان السلعة معلومة منضبطة ويسلم الثمن في مجلس العقد كما هو الحال في السلم. ويحرم إن كان مؤجل البدلين فهو من قبل بيع الدين بالدين، وأما إن كانت السلعة تحتاج إلى صناعة فهو عقد استصناع ويأخذ أحكامه.
- عقد البناء والتشغيل وإعادة التملك من العقود المستحدثة والأصل في العقود الحل.

هوامش البحث:

(١) سورة آل عمران: ١الأية ١٠٢.
(٢) سورة النساء: الآية١.
(٣) الآيتان: ٧٠ – ٧١ من سورة الأحزاب.
(٤) خطبة الحاجة، أخرجها ابن ماجة بهذا اللفظ، في كتاب النكاح، باب خطبة النكاح ٦٠٩/١، رقم ١٨٩٢، وقال عنها الشيخ الألباني: "صحيحة". انظر: صحيح سنن ابن ماجة ص٣٢٩، وأخرجها أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح ٢٣٨/٢، رقم ٢١١٨، والنسائي في السنن الصغرى، كتاب النكاح، باب ما يستحب من الكلام عند النكاح ٨٩/٦، رقم٣٢٧٧، والترمذي في جامعه، كتاب النكاح، باب ما جاء في خطبة النكاح، ص٣٢١ رقم٢١١٨، وقال: "حديث حسن". من حديث ابن مسعود ﷺ.
(٥) سورة البقرة الآية ٢٧٥.
(٦) سورة المائدة الآية رقم ١
(٧) العقود المالية المركبة للعمراني ص٧٢
(٨) انظر: المخاطرة في المعاملات المالية ص٤٢، استحداث العقود ص٤١٣، فقه المعاملات المالية الحديثة ٧١/١-٧٣، المختصر في المعاملات المالية ص٥ وما بعده
(٩) انظر: فقه المعاملات المالية الحديثة ٦٧/١، مختصر المعاملات المالية المعاصرة ص٧ وما بعدها
(١٠) انظر:لسان العرب جزء ٣ صفحة ٢٩٨، تهذيب الاسماء جزء ٣ صفحة ٢١١، المخصص جزء ٤ صفحة ٢٢، المحكم والمحيط الأعظم جزء ١ صفحة ١٦٨
(١١) انظر: البحر الرائق جزء ٥ صفحة ٢٨٣أنيس الفقهاء جزء ١ صفحة ٢٠٣.
(١٢) انظر: تاج العروس جزء ٢٤ صفحة ٤٥٩
(١٣) انظر: إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرةص٣٩
(١٤) لسان العرب جزء ١٢ صفحة ٢٢١
(١٥) الحدود الأنيقة جزء ١ صفحة ٧٢
(١٦) انظر: إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة ص٤٥
(١٧) انظر: بدائع الصنائع ١٦٣/٥، ورد المحتار ٦٣/٤. بداية المجتهد١٥٥/٢، وحاشية الدسوقي٢٥/٣، كشاف القناع ١٦٥/٣.

(١٨) سورة النساء الآية: ٢٩.
(١٩) انظر: إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة ص٦٧.
(٢٠) المحلى ٣٤٠/٨.
(٢١) انظر: إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة ص٦٧.
(٢٢) ينظر: المهذب٢٦٣/١، والمجموع٢٩٠/٩، ونهاية المحتاج ٤١٥/٣.
(٢٣) ينظر: المغني ٣٣/٦، والمبدع ٢٦/٤، والإنصاف٢٩٧/٤.
(٢٤) أخرجه مسلم في صحيحه ١٥١٣/٣ رقم ١٥١٣كتاب البيوع، باب بُطلَانِ بَيعِ الحَصَاةِ وَالبَيْعِ الذي فيه غرَرٌ
(٢٥) انظر: إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة ص٦٨.
(٢٦) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده جزء ٣ صفحة ٤٠٢، وصححه الألباني، انظر: إرواء الغليل ١٣٢/٥
(٢٧) ينظر: بدائع الصنائع ١٦٣/٥.
([٢٨]) انظر: إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة ص٦٨.
([٢٩]) جمهرة اللغة جزء ٢ صفحة ٨٥٨. القاموس المحيط جزء ١ صفحة ١٠٦١
([٣٠]) منار السبيل جزء ١ صفحة ٣٢٠، عمدة القاري جزء ١٢ صفحة ٦١، مطالب أولي النهى جزء ٣ صفحة ٢٠٧
([٣١]) انظر: كشاف القناع جزء ٣ صفحة ٢٨٩، روضة الطالبين جزء ٤ صفحة ٣،
([٣٢]) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (٤٠٧/١).
([٣٣]) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (٤٠٧/١).وانظر: موقع إسلام ويب: https://www.islamweb.net/
(٣٤) منار السبيل جزء ٣٢٠/١.
(٣٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٧٨١/٢، رقم ٢١٢٥.
(٣٦) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (٤٠٧/١).وانظر: موقع إسلام ويب https://www.islamweb.net/
(٣٧) مقاييس اللغة جزء ٦ صفحة ١٠٥، المعجم الوسيط جزء ٢ صفحة ١٠٢٤، القاموس المحيط ٤١٥/١.
(٣٨) مجلة المجمع العدد الثاني عشر ج٢، ص٣٩١.
(٣٩) فقه المعاملات المالية الحديثة ٩٠
(٤٠) مجلة المجمع العدد الثاني عشر ج٢، ص٣٩١.
(٤١) مجلة المجمع العدد الثاني عشر ج٢، ص٣٩١. فقه المعاملات المالية الحديثة ص١٤٩وما بعدها
(٤٢) انظر تاج العروس، للزبيدي،٦٤١/٥،لسان العرب، لابن منظور،٣٤٥/٥
(٤٣) انظر موقع المجمع الفقهي الإسلامي الدولي http://www.iifa-aifi.org/٢١١٨.html
(٤٤) انظر: عقد المقاولة: الدكتور وهبة الزحيلي ص٢٨٠،فقه المعاملات المالية المقارن للزعتري ص٣١٧.

(٤٥) انظر: عقد المقاولة: الدكتور وهبة الزحيلي ص٢٨٠،فقه المعاملات المالية المقارن للزعتري ص٣١٧.

(٤٦) انظر موقع المجمع الفقهي الإسلامي الدولي http://www.iifa.org/٢١١٨.html

(٤٧) المحكم والمحيط الأعظم جزء ٨ صفحة ٣٧٨، المخصص جزء ٢ صفحة ١٠٩، درة الغواص في أوهام الخواص جزء ١ صفحة ٧٠، معجم اللغة العربية المعاصرة (١٣٣٨/٢).

(٤٨)مجلة المجمع الفقهي العدد الحادي عشر ٥/٢

(٤٩) الإسلام سؤال وجواب، . https://islamqa.info/

(٥٠) مجلة المجمع الفقهي العدد الحادي عشر ٥/٢، الإسلام سؤال وجواب، https://islamqa.info/

(٥١) انظر :موقع مجمع الفقه الإسلامي /https://www-aifi.org

(٥٢) انظر: لسان العرب:ج:/، صفحة: ٢٠٩. مختار الصحاح. ص (٣٧١). القاموس المحيط ٩٥٤/١.

(٥٣) بدائع الصنائع٥/٢

(٥٤) أحكام القرآن للجصاص جزء ١ صفحة ١٥٣، المبسوط للسرخسي جزء ١٢ صفحة ١٣٩، قواطع الأدلة في الأصول جزء ٢ صفحة ٢٦٩، بدائع الصنائع جزء ٥ صفحة ٣، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ١٤٠، فقه المعاملات المالية المقارن للزعتري ص٢٧٥.

(٥٥) الجامع الصغير للشيباني٣٢٥/١

(٥٦) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للقرة داغي ص١٣٠

(٥٧) بدائع الصنائع٥/٢٠٩

(٥٨) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للقرة داغي ص١٣٣

(٥٩) العناية شرح الهداية ٤٦١/٩

(٦٠) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للقرة داغي ص١٣١

(٦١) المصدر السابق.

(٦٢) المصدر السابق.

(٦٣) حاشية الدسوقي جزء ٣ صفحة ٢١٦

(٦٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٩/١٢، مختصر اختلاف العلماء ٣٦/٣، الوسيط ١٧٣/٤، مطالب أولي النهى ٣١٠/٣.

(٦٥) أخرجه ابن عدي في الكامل في كتاب الضعفاء وقال الامام أحمد رحمه الله:"ليس في هذا الباب حديث صحيح إنما أجمع على أنه لا يجوز بيع دين بدين".انظر: الكامل في ضعفاء الرجال ٣٣٥/٦، خلاصة البدر المنير ٧١/٢ ذخيرة الحفاظ جزء ٨٩٧/٢، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار ١١٦٧/٣.

(٦٦) انظر :شرح الزركشي جزء ٢ صفحة ١٠٢.

(٦٧) انظر: ذخيرة الحفاظ جزء ٢ صفحة ٨٩٧.

(٦٨) بدائع الصنائع٥/٢٠٩

(٦٩) أحكام القرآن للجصاص جزء ١ صفحة ١٥٣، المبســـوط للسرخسي جزء ١٢ صفحة ١٣٩،

قواطع الأدلة في الأصول جزء ٢ صفحة ٢٦٩،
(٧٠) سورة المائدة: اية رقم ١
(٧١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب الخاتم في الخنصر رقم٥٨٧٤
(٧٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النجار رقم ٢٠٩٤
(٧٣) بدائع الصنائع٥/٤.
(٧٤) البرهان في أصول الفقه ٦٠٦/٢.
(٧٥) المغني ٥٩/٢.
(٧٦) انظر: موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي ww.iifa.org.html
(٧٧) موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي. http://www.iifa-aifi.org/٢٣١٠.htm
(٧٨) عقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية ص١١٧
(٧٩) فقه المعاملات المالية الحديثة ١٨٦/١،
(٨٠) فقه المعاملات المالية الحديثة ١٨٦/١.
(٨١) فقه المعاملات المالية الحديثة ١٨٦/١، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، ص١٣٤
(٨٢) العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، ص١٣٨
(٨٣) لعقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، ص١٤١
(٨٤) تطوير تعمير الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل ولا إعادة (B.O.T) دراسة فقهيه للعمراني ص٢٦
(٨٥) تطوير تعمير الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل ولا إعادة (B.O.T) دراسة فقهيه للعمراني ص٢٩
(٨٦) انظر: المصدر السابق.

فهرس المصادر والمراجع:

- إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة، د. عبد الرحمن بن عبد الله السعدي دار الميمان الرياض، ط ١، ١٤٣٩هـ.
- أحكام القرآن، اسم المؤلف: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، دار النشر: دار إحياء التراث العربي- بيروت- ١٤٠٥، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي.
- استحداث العقود في الفقه الإسلامي، قنديل على مسعد السعداني، دار ابن الجوزي ط١، ١٤٣١هـ.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، اسم المؤلف: زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار النشر: دار المعرفة بيروت، الطبعة: الثانية
- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور علي محيي الدين القرة داغي دار البشائر الإسلامية ط٣ ١٤٣٠هـ
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، اسم المؤلف: علاء الدين الكاساني، دار النشر: دار الكتاب العربي- بيروت- ١٩٨٢، الطبعة: الثانية

- برهان في أصول الفقه، اسم المؤلف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، دار النشر: الوفاء- المنصورة- مصر-١٤١٨، الطبعة: الرابعة، تحقيق: د.عبد العظيم محمود الديب
- تاج العروس من جواهر القاموس، اسم المؤلف: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، دار النشر: دار الهداية، تحقيق: مجموعة من المحققين
- تهذيب الأسماء واللغات، اسم المؤلف: محي الدين بن شرف النووي، دار النشر: دار الفكر بيروت- ١٩٩٦، الطبعة: الأولى، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات
- تطوير تعمير الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل ولا إعادة (B.O.T) دراسة فقهيه للعمراني، د عبد الله بن محمد العمراني موقع شبكة الانترنت
- الجامع الصحيح سنن الترمذي، اسم المؤلف: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون
- جمهرة اللغة، لأبي بكر بن دريد،دار العلم للملايين، الطبعة: الأولى، تحقيق: رمزي منير.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، اسم المؤلف: محمد عرفه الدسوقي، دار النشر: دار الفكر- بيروت، تحقيق: محمد عليش
- حدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، اسم المؤلف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، دار النشر: دار الفكر المعاصر- بيروت- ١٤١١، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. مازن المبارك
- خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي، اسم المؤلف: عمر بن علي بن الملقن الأنصاري، دار النشر: مكتبة الرشد- الرياض- ١٤١٠، الطبعة: الأولى، تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي.
- الذخيرة الحفاظ، اسم المؤلف: محمد بن طاهر المقدسي، دار النشر: دار السلف- الرياض- ١٤١٦ هـ-١٩٩٦م، الطبعة: الأولى، تحقيق: د.عبد الرحمن الفريوائي
- عقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، د.خالد الرشود، إصدارات المجموعة الشرعية، دار كنوز أشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، اسم المؤلف: النووي، دار النشر: المكتب الإسلامي- بيروت- ١٤٠٥، الطبعة: الثانية
- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥) دار الفكر بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
- سنن أبي داود، اسم المؤلف: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، دار النشر: دار الفكر- بيروت-، الطبعة:، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد
- شرح الزركشي على مختصر الخرقي، اسم المؤلف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار النشر: دار الكتب العلمية- لبنان/بيروت- ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م، الطبعة: الأولى، تحقيق: قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، اسم المؤلف: بدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت
- العناية شرح الهداية، اسم المؤلف: محمد بن محمد البابرتي (المتوفى: ٧٨٦هـ)، دار النشر: بدون
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، اسم المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار النشر: دار المعرفة- بيروت، تحقيق: محب الدين الخطيب

- فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، اسم المؤلف: الحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الرُّباعي الصنعاني، دار النشر: دار عالم الفوائد- ١٤٢٧ هـ، الطبعة: الأولى، تحقيق: مجموعة بإشراف الشيخ علي العمران
- فقه المعاملات المالية الحديثة، د.عبد الوهاب أبو سليمان مكتبة الرشد، ط٤ ١٤٣٧هـ
- فقه المعاملات المالية المقارنة،صياغة جديدة وأمثلة معاصرة، د. علاء الدين زعترى، دار العصماء، ط١، ١٤٣٣هـ.
- قواطع الأدلة في الأصول، اسم المؤلف: أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، دار النشر: دار الكتب العلمية- بيروت- ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي
- القاموس المحيط، اسم المؤلف: محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار النشر: مؤسسة الرسالة – بيروت.
- لسان العرب، اسم المؤلف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار النشر: دار صادر- بيروت، الطبعة: الأولى
- الكامل في ضعفاء الرجال، اسم المؤلف: عبد الله بن عدي بن عبد الله بن محمد أبو أحمد الجرجاني، دار النشر: دار الفكر- بيروت- ١٤٠٩- ١٩٨٨، الطبعة: الثالثة، تحقيق: يحيى مختار غزاوي.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، اسم المؤلف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار النشر: دار الفكر- بيروت- ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال
- المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، اسم المؤلف: محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازه،
- مخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة، د.عبد الرحمن الخميس، دار كنوز أشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ.
- مختصر المعاملات المالية المعاصرة، أ.د خالد بن علي المشيقح، صدى الخير، ط٣ ١٤٣٥هـ.
- مختصر في المعاملات، أ.د خالد بن علي بن محمد المشيقح، مكتبة الرشد.ط الثالثة ١٤٣٧هـ.
- المسند الإمام أحمد بن حنبل، اسم المؤلف: أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، دار النشر: مؤسسة قرطبة- مصر
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، اسم المؤلف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار النشر: دار الفكر- بيروت- ١٤٠٥، الطبعة: الأولى
- المجتبى من السنن، اسم المؤلف: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، دار النشر: مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب- ١٤٠٦- ١٩٨٦، الطبعة: الثانية، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة
- المحكم والمحيط الأعظم، اسم المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، دار النشر: دار الكتب العلمية- بيروت- ٢٠٠٠م، الطبعة: الأولى، تحقيق: عبد الحميد هنداوي
- مختصر اختلاف العلماء، اسم المؤلف: الجصاص/ أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، دار النشر: دار البشائر الإسلامية- بيروت- ١٤١٧، الطبعة: الثانية، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد
- المخصص، اسم المؤلف: أبي الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي، دار النشر: دار

إحياء التراث العربي– بيروت– ١٤١٧هـ ١٩٩٦م، الطبعة: الأولى، تحقيق: خليل إبراهم جفال
– المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله ﷺ، لمسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار النشر: دار إحياء التراث العربي–بيروت–، الطبعة:، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي
– المطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، اسم المؤلف: مصطفى السيوطي الرحيباني، دار النشر: المكتب الإسلامي– دمشق– ١٩٦١م
– منار السبيل في شرح الدليل، اسم المؤلف: إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، دار النشر: مكتبة المعارف– الرياض– ١٤٠٥، الطبعة: الثانية، تحقيق: عصام القلعجي
– الوسيط في المذهب، اسم المؤلف: محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، دار النشر: دار السلام– القاهرة– ١٤١٧، الطبعة: الأولى، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر.