دولة ليبيا

وزارة التعليم

جامعة الزاوية

كلية القانون

إدارة الدراسات العليا والتدريب

قسم الشريعة

التكييف الفقهي للعقود الإدارية

"عقد الصيانة أنموذجًا "

إعداد الباحث

عبد الرزاق أحمد محمد بن زائد

رقم القيد: 018401821

إشراف الدكتور

عبد الرحمن حسن المختار

قدمت هذه الرسالة لكلية القانون بجامعة الزاوية استكمالاً لمتطلبات الإجازة العليا الماجستير في قسم الشريعة

بتاريخ 20 / 11/ 2023م الموافق 06 جمادى الأولى 1445 هـ

State of Libya

Ministry of Education

Zawiya University

Faculty of Law

Graduate Studies and Training Department

Department of Sharia

Jurisprudential adaptation of administrative contracts

maintenance contract " A model "

Researcher Preparation

ABDUREZAQ AHMED MOHAMED BINZAYED

Registration Number: 018401821

the supervision of Dr

ABDULRAHMAN HASSAN ALMUKHTAR

This thesis was submitted to the Faculty of Law at Zawiya University to complete the requirements of the higher master's degree in the Department of Sharia

On 20/11/2023 AD corresponding to 06 Jumada I 1445 AH

الإقرار

أقر أنا ..... بأن ما اشتملت عليه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة علمية، أو بحث علمي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى، وللجامعة حق توظيف الرسالة أو الأطروحة والاستفادة منها مصدراً مرجعياً للمعلومات، لأغراض الاطلاع أو الإعارة أو النشر بما لا يتعارض وحقوق الملكية الفكرية المقررة بالتشريعات النافذة.

التوقيع: _____.

التاريخ: ___/___/___20م

بسم الله الرحمن الرحيم

((يَا أَيُّهَا الذِّينَ آمنُوا أَوْفُوا بِالعُقُودِ))

صدق الله العظيم

إهداء

إلى روح والدي وشقيقي رحمهم الله وكل من ساعدني وآزرني بالدعاء والكلمة الطيبة للوصول إلى هذا العمل المبارك كما أهدي هذا البحث إلى أمي العزيزة وأشقائي وأصدقائي وزملائي بالجهاز القضائي وكل من ساندني للوصول إلى هذا النجاح.

الباحث

عبد الرزاق أحمد محمد بن زائد

الشكر والتقدير

لله ثم اعترافًا مني بالفضل لأهله ووفاءً لمن قدم لي المعروف أتقدم بجزيل الشكر وخالص التقدير والعرفان إلى دكتوري العزيز **((عبد الرحمن حسن المختار))** رئيس قسم الدراسات العليا بكلية القانون جامعة الزاوية على ما قدمه لي من مساعدة وإشراف ومتابعة لإخراج هذا العمل المبارك ليكون رسالة علمية تضاف إلى جامعة الزاوية كما أشكر كافة أعضاء هيئة التدريس بهذه الجامعة لما قدموه لي من مادة علمية فنسأل الله أن يوفقنا وأن يبارك لنا ولكم في هذا العمل.

الباحث

عبد الرزاق أحمد محمد بن زائد

التكييف الفقهي للعقود الإدارية

عقد الصيانة أنموذجًا

الملخص

عقد الصيانة من العقود المحدثة التي تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود ، وهو عقد يترتب عليه التزام طرف بمجموعة الأعمال اللازمة لبقاء العين على حالتها الصالحة لأداء المنفعة المطلوبة منها بصفة دورية ، أو طارئة ، وعلى ما يتفق عليه الطرفان في شأن الأجر ومتعلقاتها.

توقف كثير من العلماء في مشروعية عقد الصيانة ؛ نتيجة تضمنه للغرر ، مما دعا مجمع الفقه الإسلامي إلى تأجيل البث في حكمه أكثر من مرة لمزيد من الدراسة والتأصيل ، وقد تصدى البحث لتحرير وتحليل أثر الغرر في عقد الصيانة ، وانتهى إلى أن الغرر يغتفر في العقود إن كان يسيرًا ، أو إذا دعت إليه الحاجة ، وبين أن وثائق الصيانة ومشارطاتها ، وملحقاتها ، فضلاً عن التنظيم القانوني للمقاولات ، وكذلك الأعراف المرعية تبين أن الغرر في عقد الصيانة الشامل هو من نوع الغرر اليسير الذي لا يفضي إلى نزاع ، كما تطرق البحث إلى شواهد وسوابق اجتهادية لدى الفقهاء الأربعة صححت عقودًا تتضمنها الغرر ، وتبين أن تحديد معيار الغرر الفاحش من غيره مرده إلى أهل الخبرة .

كما تصدى البحث لأثر الحاجة الفقهية في مشروعية عقد الصيانة مفصلاً الفروق بينها وبين الحاجة الأصولية ، فضلاً عن الضرورة في اصطلاح العلماء .

The maintenance contract is one of the updated contracts to which the general provisions of the contracts apply, and it is a contract that entails a commitment by a party to the set of works necessary to keep an eye in its condition suitable for the performance of the benefit required of it on a periodic or emergency basis, and on what the parties agree upon regarding wages, raw materials and tools.

Many scholars stopped at the legality of the maintenance contract, as a result of its inclusion of gharar, which called on the Islamic Fiqh Academy to postpone broadcasting in its judgment more than once for further study and rooting, and the research has addressed the liberation and analysis of the impact of gharar in the maintenance contract, and concluded that gharar is forgivable in contracts if it is easy, or if the need arises, and between the standard maintenance documents and their charterparties, and their accessories, as well as the legal organization of contracting, as well as Established customs show that Gharar in the comprehensive maintenance contract is of the type of easy gharar that does not lead to a dispute, as the research touched on the evidence and supporters of jurisprudence among the four jurists corrected contracts include gharar, and show that the determination of the standard of gharar obscene from others due to the people of experience.

The research also addressed the impact of jurisprudential need on the legality of the maintenance contract, detailing the differences between it and.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

تعد العقود الشرعية من المواضيع المهمة، وبخاصة في ظل تعدد أشكال العقود وتنوعها في العصر الحاضر، وكثرة التعامل بها سواء على نطاق واسع للعقود الإدارية وغير الإدارية

وفي ظل التطور الصناعي الذي يشهده عالمنا المعاصر أصبحت مصالح الناس اليوم متغيرة بشكل متسارع خاصة بعد ظهور الثورة الصناعية والاقتصادية في الحياة الإنسانية ، ودخول الآلة في الإنتاج والصناعة مما حدا بالمنافسة الاقتصادية أن تفرض نفسها بقوة على الصناعة ،فانتشرت الأجهزة والآلات والمعدات انتشارًا واسعًا في كل الميادين ، ولم تتوقف عند الجانب الإنتاجي فقط بل تعدت إلى كثير من جوانب الحياة من وسائل النقل البري ، والبحري ، والجوي ، كالقطارات ، والسفن ، وما يتعلق بها من ضمان استمرارية عملها ، وسلامة مستخدميها ، فظهرت فكرة الصيانة ، ثم تطورت حتى أمست جزءًا من كثير من العقود التي تبرم في كافة المجالات ، ولا يخفى على أحد أهمية السلامة العامة في عقود الصيانة سواء المتعلقة بسلامة الركاب في صيانة الطائرات ، وسلامة المستخدم في صيانة المصاعد الكهربائية، والمعدات الصناعية ، والإنشاءات ، والمباني ، وأثرها الاقتصادي في إطالة عمر تلك المعدات والإنشاءات .

ومن خلال تعدد أشكال وأنواع عقود الصيانة، وتنوع صورها في العصر الحاضر باختلاف الخدمات المراد تقديمها، والتعاقد من أجلها، تبرز أهمية ودور دراسة التكييف الفقهي لطبيعة تلك العقود، نظرًا أنها عقود مستحدثة، لم تفرد بدراسات تخصها عند العلماء المتقدمين، لأنها نتاج التطورات الاقتصادية والصناعية في العصور المتأخرة

ولما كان الفقه الإسلامي في مجال المعاملات بخاصة قادرًا على استيعاب كل جديد يقوم على مبادئ الشريعة الاسلامية، وقواعدها العامة التي أرساها القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة، واجتهادات الفقهاء، كان من المحتم البحث في كنة هذه العقود، والكشف عن سجاياها، بالنظر في أحكام الشريعة الغراء ومقاصدها التي شرعت، جلبًا للمصالح ودرءًا للمفاسد.

إن أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية شرعت تحقيقًا لمصالح العباد دون ظلم أو تعد أو إجحاف، وقطعًا لكل أسباب الضرر والنزاع والخصام، وأحكام المعاملات لا تقل قدسيتها عن أحكام العبادات، فكلها تمثل شعائر تَعَبدَّنَا لله تعالى بها، لنلتزم بأوامره ونتجنب نواهيه ولما كانت المعاملات معقولة المعنى على عكس العبادات.

فباب الإجتهاد فيها مفتوح للتجديد والاستحداث ما دام ذلك يحقق المصلحة من غير تعدي أو تفريط في الثوابت العامة، تأكيدًا لصلاحية الإسلام لكل زمان ومكان، إذ إن المعاملات وسيلة لتحقيق مقاصد الدين، لتمكين الإسلام في الأرض، وتحقيق غاية الاستخلاف.

وانطلاقًا مما سبق ومن علاقة المعاملات المالية بالمقاصد الضرورية الخمس فقد آثرتُ أن أخوض غمار البحث في موضوع عقود الصيانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة ، حيث تعد من أهم العقود المالية المستحدثة ، رغبة في تأصيلها وتكييفها ووضع الضوابط التي تكفل تحقيق الغاية منها وَفقًا بأحكام الفقه الإسلامي ، لأن التطور الكبير الذي شهده هذا العصر وما صحبه من تقنيات علمية كان لها الأثر البالغ في تغيير واختلاف تعاملات الناس فيما بينهم عن طريق وسائل التعاقد المختلفة التي تقتضي إعادة دراسة الأحكام الفقهية مع هذه التعاملات الجديدة والمستحدثة ، في ضوء القواعد والأسس الفقهية الإسلامية بما يوائم بين الأصالة والمعاصرة ، للخروج للناس بحلول وأحكام فقهية تساير هذا التطور، ولا تنسلخ من أصلها الشرعي بل تؤصل النوازل وَفقُ الأصول والقواعد المستقرة في الفقه الإسلامي بما يوائم المعاملات وفق القواعد ، وليست القواعد وفق المعاملات ، التي أثارت العديد من الإشكالات المستجدة ، والتي تحتاج إلى بحث واجتهاد ، لضبط تعاملات الناس فيما بينهم مع بيان الحقوق والالتزامات ، دفعًا للتنازع والاختلاف .

وفي هذه الدراسة: التكييف الفقهي للعقود الإدارية "عقود الصيانة آنموذجًا" وعقد الصيانة تحديدًا، أثار الكثير من الإشكاليات، وخاصة في هذا الزمان الذي كثرت فيه التعاملات التعاقدية مع المؤسسات الحكومية، والتي تعمل وفق نظم ومعايير محاسبية تنظمها تشريعات قائمة على قوانين وأحكام تراعي السلامة المهنية والعوائد الاقتصادية، ولأهمية الموضوع فقد اخترته ليكون عنوان رسالتي في مرحلة الماجستير، راجيًا من الله أن ينال الرضا وأن يوفقني فيه.

أولاً: أهمية الموضوع:

أهمية عقود الصيانة، إضافة لما ذكر، ترجع إلى مجموعة من النقاط التي يمكن إجمالها فيما يلي:

- الحاجة الشديدة لعقود الصيانة في ظل التطور الصناعي المذهل حيث انتشرت فيه الآلات والمعدات الحديثة باهضه الثمن، مع الأهمية الاقتصادية والعلمية ودورها الخطير في تقديم الخدمات والحاجة الماسة، للمحافظة عليها وعلى مستخدميها.
- تطوير الأدوات والأجهزة المستخدمة في حياتنا كالأدوات المنزلية، ووسائل النقل، والإنتاج وغيرها، فقد تحولت من وسائل بسيطة إلى أجهزة معقدة، مما يجعل الاهتمام بصيانتها يوازي اقتناءها، ((فالطائرات التي أصبحت تشتري بالمليارات فضلاً عن حياة الناس التي يمكن أن تتعرض للخطر فيما لو حصل حادث أو خلل نتيجة لعدم وجود متابعة وصيانة دقيقة ودورية)).

- تعامل الناس اليوم بعقود الصيانة، وظهور ذلك في معاملاتهم التي أصبحت ضرورية، أو يمكن أن يقدمها صاحب السلامة أو مقدم الخدمة (البائع)، أو يشترطها المشتري في عقد البيع ما يوجب معرفة موقف الشرع في ذلك، كما أن تحديد تبعية الصيانة على المؤجر أو المستأجر من الأهمية بمكان، لأن عدم تحديدها يؤدي إلى كثير من النزاعات والخصومات، ومن ثم يؤدي إلى إهمال الأعيان المراد صيانتها وضياعها، وفي ذلك ما فيه من الإخلال بمقصد ضروري من مقاصد الشريعة وهو حفظ الأنفس وحفظ الأموال وثروات الأمة.
- إبرام عقود الصيانة من خلال التطبيقات المعاصرة لدى بعض المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية مما أثار تساؤلات عديدة حول طبيعة عقود الصيانة وأحكامها.

ثانيًا: أسباب اختيار الموضوع:

إن أهمية الموضوع سببًا رئيساً لاختيار هذه الدراسة، ومن جملة الأسباب أيضاً:

- أن عقود الصيانة من العقود التي دخلت في كثير من المجالات الاقتصادية العامة والخاصة، وصارت الحاجة إليها ماسة، فكان لا بد من بيان مشروعيتها، وأحكامها، وضوابطها الشرعية، حتى يطمئن المتعاملون بها إلى مشروعية أعمالهم.
- إضافة لَبِنَةٍ جديدة في بناء صرح العلم الشرعي الشريف، للإسهام في صياغة جانب من النظام الاقتصادي الإسلامي بما يتوافق ومتطلبات العصر بما لا يخرج عن قواعد الشريعة الإسلامية.
- ميولي إلى دراسة المعاملات المالية والفقهية والبحث في مسائله وما يتعلق بها من أحكام.
- أهمية الموضوع، سيما أن عقود الصيانة من المعاملات اليومية في بلادنا، ولحاجة الناس لفهمها مع جهل الكثير بالضوابط والأحكام الشرعية المتعلقة بعقود الصيانة.
- أنه من متطلبات استكمال مرحلة دراسة الإجازة العالية (الماجستير) كتابة بحث علمي فوقع اختياري على هذا الموضوع، ليكون موضوعاً للبحث في هذه المرحلة.

ثالثًا: إشكالية الموضوع:

عقود الصيانة من القضايا المستجدة وقد تعددت صورها وكثرت أنواعها، ودخلت ضمن العديد من العقود وتختلف مآلاتها بحسب موضوع العقود التي ارتبطت بها، كل ذلك يثير تساؤلات حول تكييف وطبيعة هذا النوع من العقود وما يترتب عليها من أحكام ويمكن إجمال ذلك فيما يلي:

- ما حقيقة التكييف الفقهي وهل له منهجية منضبطة؟

- ما حقيقة العقود الإدارية وهل لعقد الصيانة خصائص تميزه عنها؟
- ما حقيقة عقد الصيانة وتكييفه الفقهي؟
- هل عقد الصيانة من العقود المسماة أم لا؟
- هل اختلاف التكييف الفقهي لعقد الصيانة له أثر في أحكامه؟

رابعًا: الفرضيات والتساؤلات:

- مدى جدوى دراسة عقد الصيانة؟
- مدى وجود اختلاف بينه وبين العقود الأخرى؟
- هل عقد الصيانة يحتاج الى دراسة مستقلة؟
- هل يمكن فصل عقد الصيانة عن باقي العقود؟
- ما هي الفوارق بين عقد الصيانة والعقود الأخرى؟
- ما هي الحاجة لمعرفة وفهم عقد الصيانة؟

خامساً: أهداف دراسة الموضوع

- معرفة أهمية عقود الصيانة وأنواعها وطرق إبرامها.
- دراسة أحكام عقد الصيانة وأركانه وضوابطه.
- التمييز بين عقود الصيانة ومدى ارتباطها بالعقود الإدارية الأخرى.
- دراسة التطبيقات المعاصرة لعقود الصيانة والآثار المترتبة عليها.
- معرفة التكييف الفقهي لعقد الصيانة ومدى مشروعيته وأحكامه.
- التمييز بين أنواع عقود الصيانة من حيث التبعية والإلزامية من ناحية، ومن حيث الإلزامية والمدنية والإدارية منها.

سادساً: صعوبات الدراسة:

- قلة المصادر والمراجع الفقهية التي تتناول جميع صور عقود الصيانة، وندرة من أفردها ببحوث خاصة.
- ارتباط عقود الصيانة ببعض العقود كالبيع، والإجارة، والجعالة، والاستصناع، والمقاولات، وغيرها من العقود ارتباطاً وثيقًا مما دفعني لدراسة هذه العقود والخوض فيها، لدراسة طبيعتها، واهم أحكامها، والبحث بشيء من التفصيل، وبما يخدم موضوعها، وقد ترتب على ذلك المزيد من الجهد والوقت.

سابعًا: الدراسات السابقة:

- إن عقود الصيانة من العقود المعاصرة التي لا عهد للفقهاء القدامى بها، لذلك لم يفردوها بأبواب وفصول مستقلة بالرغم من أنهم تكلموا عن بعض جوانبها ضمن عقود أخرى، كعقود البيع والإجارة، وقد بذل الباحثون المعاصرون جهودًا كبيرة لبيان حقيقة هذه العقود، ومن أهم هذه الجهود:
- مجموعة بحوث في عقود الصيانة وتكييفها الفقهي لعدد من الفقهاء والمعاصرين، د. محمد المختار السلامي، د. الصديق محمد الصديق الضرير، د. آية الله محمد علي التسخيري،
د. منذر القحف، د. محمد أنس الزرقا. في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، في الدورة الحادية عشرة المنعقدة بمملكة البحرين المنامة، 25-30 من رجب 1419 هجري 4-19- من نوفمبر 1998 المجلد الثاني.
- صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها المعاصرة لدى المصارف الإسلامية لفضيلة الدكتور: محمد عثمان شبير.
- عقود الصيانة بحث لفضيلة الدكتور: محمد الحجى الكردي، ضمن كتابة (بحوث وفتاوي فقهية معاصرة).
- تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة بحث لفضيلة الدكتور: يوسف قاسم، وكان أحد بحوث دورة الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، ونشرت في مجلة الاقتصاد الاسلامي، العدد 184 السنة السادسة عشرة، ربيع أول 1417 هجري، الموافق يوليو 1996م.

إلا أن هذه البحوث تناولت الجوانب المتعلقة بحقيقة عقود الصيانة وأحكامها، وأكثرها لم تتناول طبيعة هذه العقود وتكييفها بالتفصيل.

سابعًا: منهج الدراسة:

تقوم هذه الدراسة على أساس المنهج التكاملي، وَفقُ ما يتطلبه عنوان كل مبحث ومطلب في هذه الدراسة، لأن من أسس المنهجية العلمية أن العنوان هو الحاكم على الخطة والمنهج، ولما تنوعت عناوين هذا البحث بين الدراسات النظرية والتطبيقية اقتضت تنوع المناهج المتبعة لدراسته بين المنهج الوصفي والتحليلي النقدي والاستقرائي.

ثامنًا: خطة البحث:

لقد سلكت في البحث الخطة الثنائية، حيث قسمت موضوع البحث إلى فصلين، وفي كل فصل مبحثان، وفي كل مبحث مطلبان، وفي كل مطلب فروع، وخاتمةٍ بالنتائج والتوصيات على النحو التالي:

الفصل الأول

التكييف الفقهي للعقود الإدارية وعقد الصيانة

المبحث الأول: مفهوم التكييف الفقهي والعقد الإداري.

المطلب الأول: التكييف الفقهي وضوابطه.
الفرع الأول: حقيقة التكييف الفقهي وضوابطه.
الفرع الثاني: مشروعية التكييف الفقهي وأهميته وشروطه.
الفرع الثالث: منهجية التكييف الفقهي.

المطلب الثاني: العقد الإداري وخصائصه.
الفرع الأول: حقيقة العقود الإدارية.
الفرع الثاني: خصائص العقود الإدارية وأنواعها.
الفرع الثالث: أركان العقد الإداري وضوابطه.

المبحث الثاني: عقد الصيانة خصائصه وأنواعه وأركانه وضوابطه

المطلب الأول: عقد الصيانة خصائصه وأنواعه.
الفرع الأول: مفهوم عقد الصيانة وخصائصه.
الفرع الثاني: أنواع عقود الصيانة.

المطلب الثاني: أركان عقد الصيانة وضوابطه.
الفرع الأول: أركان عقد الصيانة.
الفرع الثاني: ضوابط عقد الصيانة.

الفصل الثاني

التكييف الفقهي لعقد الصيانة في العقود الأخرى

المبحث الأول: عقد الصيانة من العقود المسماة

المطلب الأول: عقد الصيانة من عقود الجعالة والإجارة

الفرع الأول: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة

الفرع الثاني: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة

المطلب الثاني: عقد الصيانة عقد استصناع أو مقاولة

الفرع الأول: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد استصناع

الفرع الثاني: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد مقاولة

المبحث الثاني: عقود الصيانة عقود غير مسماة

المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقد الصيانة كونه عقد مستقل

الفرع الأول: تعريف العقود غير مسماة

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعقد الصيانة عقداً مستقل

المطلب الثاني: حكم عقد الصيانة باعتباره عقد مستقل بذاته

الفرع الأول: حكم عقد الصيانة المنفرد

الفرع الثاني: حكم عقد الصيانة العلاجية المنفردة

الخاتمة: النتائج والتوصيات

الباحث

عبد الرزاق أحمد محمد بن زائد

الفصل الأول

التكييف الفقهي للعقود الإدارية وعقد الصيانة

الفصل الأول

التكييف الفقهي للعقود الإدارية وعقد الصيانة

يقتضي التوصيف لأي عقد من العقود أو تكييفه فقهيًا التعرض لمفهوم العقد وتحديد معنى التكييف، والتوصيف، ومنهجية إعماله، للوصول إلى تصور صحيح يمهد إلى إنزال الأحكام وفق قاعدة: الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

ولذا تناول هذا الفصل تصورًا للمسألة في مبحثه الأول بعرض مفهوم التكييف الفقهي، ومنهجيته، وبيان حقيقة العقد الإداري باعتبار أن عقد الصيانة فرع عنه.

وفي المبحث الثاني عرضُ لحقيقة عقد الصيانة، وخصائصه وأركانه على النحو التالي: -

المبحث الأول: **مفهوم التكييف الفقهي والعقد الإداري.**

المبحث الثاني: **عقد الصيانة وأركانه.**

المبحث الأول

مفهوم التكييف الفقهي والعقد الإداري

بما أن مفهوم التكييف الفقهي والعقد الإداري يحتاجان إلى بيان فقهيًا، وقد تناولته في المبحث من خلال مطلبين:

يتناول المطلب الأول التكييف الفقي وضوابطه، والثاني العقد الإداري وخصائصه على النحو التالي:

المطلب الأول

التكييف الفقهي وضوابطه

يتناول هذا المطلب التعريف بمصطلح التكييف الفقهي، وبيان شروطه، وضوابطه من خلال الفروع على النحو التالي:

الفرع الأول: حقيقة التكييف الفقهي وضوابطه.

أولاً: مفهوم التكييف الفقهي

للتكيف الفقهي تعريفان: الأول باعتباره مفردًا ومركبًا:

- **التكييف لغة:** "مصدر الفعل كيف يكيف وكيفه ذكر صفته أو إدراك كيفيته ، فهو بهذا يستعمل في الاستفهام عن حال الشيء ، وصفته ، وكيفية الشيء حالة وصفته".[1]

التكييف عمومًا لا يخرج عن معناه اللغوي ، فقد عرَّف العلماء الكيف بأنه " هيئة قارة ثابتة للجوهر لا يوجب تعلقها بأمر خارج عنها وعن حاملها ولا يوجب قسمة ولا نسبة في أجزاء حاملها "[2].

- **الفقهي:** نسبة إلى الفقه، والفقه في اللغة له معان أساسية: هي الفهم، والعلم بالشيء، والفطنة، والذكاء، تقول فقهِ الرجل بالكسر، وفلان لا يفقه، وافقهتك الشيء، ومنه قوله تعالى ﴿وإن **منْ شيَءٍْ إلاّ يُسبَحُ بحِمَدْهِ وَلكَنِ لاّ تَفقْهُونَ**

---

[1] أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي المحقق عبد السلام محمد هارون مقاييس اللغة 150/5(ك ي ف)، المصباح المنير في غرائب شرح الكبير أحمد بن على الفيومي الطبعة الثانية دار النشر للمعارف القاهرة 445.

[2] سيف الدين الأمدي، تحقيق حسن محمود الشافعي، المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين، الناشر مكتبة وهبة عابدين القاهرة، ص 111.

تَسبْيِحهَمْ ۗإِنَّهُ كاَنَ حلِيمًا غفُورًا﴾. الاسراء (44) ومنه قوله عليه الصلاة والسلام " من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين". [1]

كل ذلك بمعنى الفهم، ثم خص به علم الشريعة والمشتغل به فقيه. [2]

- **وفي الاصطلاح:** "الفقه العلم بأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية". [3]

التكييف الفقهي باعتباره مركبًا وعلمًا على فن معين: لم أجد في عبارات الأصوليين والفقهاء القدامى تعريفًا للتكييف الفقهي ، إذ لم يكن متداولاً عندهم بهذا اللفظ ، ولكن يوجد ما يشابهه في استعمالات الفقهاء: كتصور المسألة ، وتصويرها ، ومصطلح التوصيف كذلك ، لكن بأحد نوعيه فالتوصيف يشمل التخريج والتكييف ، يبدأ التوصيف من تفتيش الفقيه عن الصبغة الفقهية المناسبة للواقعة بحسب الأحوال الممكنة فإن وجد لها وصفًا مسمى في الفقه المدون ألحقها به فيكون تخريجًا لا تكييفًا ، وإلا أصبغ عليها وصفًا مناسبًا وهو ما يسمى في الوقت المعاصرة بالتكييف.

ومن هذا فالتكييف الفقهي مصطلح معاصر جديد، لم يكن متداولاً ولا مستعملاً عند الفقهاء المتقدمين، ولهذا كان فهم الباحثين المعاصرين مختلفًا في تحديد معنى التكييف الفقهي بحسب ما اعملوه فيه من الأبواب والأحكام، فكانوا بين معمم ومخصص، ومضيق وموسع لمراد التكييف الفقهي.

فمن وسع مفهوم التكييف: فقد عرفه بأنه "تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية.

ويؤخذ على هذا بأنه تعريف غير جامع لجعله التكييف في الاستدلال بالنص على الفروع الفقهية تدليل المستجدة إذ إن نوع استنباط واستخراج للحكم الشرعي من النص فلا يدخل فيه التخريج الفقهي، لأنه يقصر التكييف على الاجتهاد الاستنباطي من نصوص القرآن والسنة فتعريفه في الحقيقة لا يظهر عن تحقيق المناط وليس، التكييف الذي ننشده في المستجدات مما ليس فيها نص صريح". [4]

التكييف الفقهي: هو التطور المحكم لحقيقة الواقعة؟ لإلحاقها بأصل فقهي معتبر ، بعد التحقق من المماثلة بينهما[5] فهم يقصرون التكييف على النظر والإلحاق ، فيبدأ التكييف عندهم بالنظر في مسألة الفقهية ، وينتهي بارتباطها الفقهي ، بينما التكييف يبدأ بالبحث عن الدليل ومدلوله وأن يكون في واقعه مستجدة فلا يتناول المسائل المسماة والنمطية.

ويعرفه بأنه " إعطاء صورة منضبطة بشروطها وأركانها للقضية المستجدة في الواقع العملي.

---

[1] أخرجه البخاري، محمد بن اسماعيل البخاري عن معاوية رضى الله عنه كتاب العلم ، باب من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين رقم 39/1 (71) صحيح مسلم ابوالحسن مسلم بن الحجاج الزكاة، باب النهي عن المسألة 94/3 رقم (2436)

[2] ينظر اسماعيل بن حامد الجوهري المحقق محمد تامر الصحاح تاج اللغة الجوهري ا دار الحديث سنة النشر 1430هـ 2009م 2243/6 مادة فقه ، المعجم الوسيط إبراهيم أنيس الناشر مجمع اللغة العربية ، مكتب الشرق الاوسط 2004 698/2.

[3] عبد الرحمن بن الحسن الإسنوي ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ، الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة ص 50.

[4] يوسف القرضاوي الفتوى بين الانضباط والتسيب، الناشر دار الصحوة ، ص72.

[5] قطب الريسوني (التكييف) في صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة ، ص 286-299

ويؤخذ عليه أنه تعريف يدل على التوصيف فقط، فلم يتعرض لتنزيل الأدلة على الوقائع بطريقة التخريج الفقهي للواقعة أو النازلة، لأن التخريج رد الفرع إلى أصل منصوص سوء كان النص شرعيًا أو فقهيًا ليأخذ حكمه، أو نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها، أو التسوية بينهما فيه". [1]

وقد عرف أيضاً بأنه " تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لا لحاقها 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])

وهذا التعريف أفضل من غيره لأنه جمع عناصر التكييف الفقهي فجعله نوعاً من أنواع التخريج، وطريقًا من طرقه، وقصره على القضايا والمسائل المعاصرة والوقائع المستجدة إلا أنه يؤخذ على التعريف بأنه طويل. [3]

وأما من ضيق مفهوم التكييف وقصره:

فقد عرف بأنه " إلحاق عقد بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يعطي العقد الملحق الحكم الذي رتبه الفقهاء على العقد الملحق به من صحة أو بطلان وفساد، وذلك بالنظر في الأركان والشروط. [4]

ويؤخذ على هذا أن التكييف الذي يقصده، إن كان في المعاملات فقط فهو تعريف صحيح لا غبار عليه، وإن كان يقصد به مفهومه العام فإنه تعريف غير جامع، فقد قصر التكييف على العقود والمعاملات المعاصرة، فلا يتناول المستجدات في أبواب الفقه المختلفة فلا يتناول بقية العقود كالنكاح والخلع وغيرها، ولا يتناول أيضاً التصرفات المستجدة كرتق البكارة، والتلقيح الاصطناعي، وزراعة الأعضاء وغيرهما. [5]

ويعرفَّ أيضاً بأنه: رد العمليات المعاصرة إلى أصولها الشرعية ، وإدراجها تحت ما يناسبها من العقود التي تولى الفقه الإسلامي صياغتها وتنظيم أحكامها ، ليكون ذلك منطلقًا للإصلاح والتقويم ([6])ويؤخذ عليه ما يؤخذ على التعريف السابق.

ومما سبق يتضح من التعريف أنه يمكن اختصاره: بالإدراك التام وإلحاقها بأصل فقهي موصوف مشابه لها في الحقيقة.

من هذا التعريف يتضح أن عناصر التكييف الفقهي هي الإدراك وهو تصور المسألة المستحدثة التي تعرض على المجتهد، ليحكم فيها، وتحليلها إلى عناصرها الأولية، وهي تشمل كلاً من:

- المسائل التي استحدثها الناس ولم تكن معروفة في عصور التشريع أو الاجتهاد مثل النقود الورقية وسند الملكية.

---

(1) مسفر بن علي القحطاني منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة دراسة تطبيقية دار الأندلس الخضراء ص 352.

(2) عثمان بن محمد الأخضر الشوشان، تخريج الفروع على الأصول 67/1. المجلد الاول دار طيبه للنشر والتوزيع الرياض سنة النشر 1998م

(3) عثمان شبير ، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاتها الفقهية، دار القلم ص30.

(4)على الخفيف ، بحث في حكم شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاثة تطبيقا للقواعد الفقهية العامة وأصول الشرعية للمعاملات ، المؤتمر السابع لمجمع البحوث الاسلامية ، الدعوى الي الإسلام القاهرة الأزهر سنة 1392هـ 1972م ص11.

(5) أحمد عرفة يوسف، الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهون المستجدة ، جامعة الازهر، دار التعليم الجامعي 2020م ص243.

(6)محمد صلاح الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام ص424.

- المسائل التي تغيرت علة الحكم فيها، نتيجة التطور وتغير الظروف والأحوال مثل التقابض الحقيقي والحكمي في عقود البيع والصرف، والتعاقد عبر وسائل الاتصال المعاصرة.
- العقود المركبة، والتي تتكون من صورة العقود القديمة مثل بيع المرابحة.

الأصل الفقهي: هو التعرف على الأصل الذي تكيف عليه الواقعة، وهو محل الحكم الذي يريد المجتهد التسوية فيه بينه وبين الواقعة المعروضة، وقد يكون نصاً من القرآن الكريم أو السنة أو إجماع، أو على قاعدة كلية.

ويجب هنا على المجتهد أن يتحقق من ثبوث الأصل الذي تكييف عليه الواقعية، وأن يفهمه فهمًا جيدًا مقرونًا بظروفها وشروطها، وإحالة النظر في الأوصاف الفقهية المناسبة للنازلة محل البحث وإلحاق صورتها بما يماثلها من مسائل الفقه المسماة، وذلك بوصفها بأنها بيع أو إجارة أو رهن إلخ....

ومن التعريفات السابقة يتضح أن عناصر التكيف الفقهي تتكون من الواقعة المستجدة، والأصل، وأوصاف الأصل الطبيعية، والإلحاق.

وهناك الكثير من الأدلة والوقائع التي تثبت مشروعية التكييف الفقهي وهي كما يلي:

- قوله تعالى في محكم كتابه ﴿وَإِذَا **جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ۗ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾ النساء (27)**. والاستنباط في الآية الكريمة يعني الاستخراج للأحكام الشرعية وهو يدل على الاجتهاد إذا عدُمِ النص والإجماع. (1)
- قوله صلى الله عليه وسلم " لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة "(2) وقد وضع الإمام البخاري هذا الحديث تحت عنوان لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع ، ليدل على أنها قاعدة عامة أي إذا اجتمعت الفروع الفقهية في طبيعتها وحقيقتها أعطيت الحكم نفسه ، ولا يفرق في الأحكام إلا عند الاختلاف في الحقيقة والطبيعة وهذا هو بحد ذاته جوهر عملية التكييف.
- وقد روى عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) في كتابه الذي بعثه إلى أبي موسى الاشعري " اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى، وهذه العبارة صريحة بتتبع النظائر

(1) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار أحياء الثرات العربي، بيروت 1965م 292/3.
(2) أخرجه البخاري ، عن محمد بن عبد الله الأنصاري ، عن ثمامة ، عن انس ، عن أبي بكر ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع 80/13.

في الحكم المدرك الخاص به، وهو الفن المسمى بالفروق الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويرًا ومعنى المختلفة حكمًا وعلة. [1]

ومما تقدم من أدلة وشروح لها يتبين أن عملية التكييف الفقهي عملية مشروعة، وتعتبر نشاطاً فكريًا اجتهاديًا للفقيه.

ولكن ما يجب التنبيه إليه هنا توضيح الفرق بين التكييف الفقهي والقياس الفقهي، حتى لا يحدث الخلط بينهما، حيث إن القياس الأصل فيه أن يكون منصوص عليه في القرآن أو السنة، أم الأصل في التكييف الفقهي ألا يشترط ذلك، فقد يكون نصاً لفقيه، أو قاعدة كلية عامة هذا من جهة أخرى فإن العلة في القياس هي الركن الأعظم الذي يقوم عليه القياس، في حين إن عملية التكييف الفقهي تحتاج إلى معرفة العلة إلى تحليل حقيقة المسألة المعروضة، ومعرفة قصد أطراف المسألة ومعرفة معنى القاعدة الكلية.

ثانيًا: الخطوات المنهجية للتكييف الفقهي:

لا بد للتكييف الفقهي من خطوات منهجية يتم، ويكتمل بها البناء المعرفي لهذه العملية الفكرية الاجتهادية، لتتضح معالمها للمتصدين لها، وهي كما يلي:

1- التعرف على الواقعة والمسائل المستجدة وهي المسألة المستحدثة التي تعرض على المجتهد، ليحكم فيها، ويحيلها إلى عناصرها الأولية، وهي تشمل كلاً من:

- المسائل التي استحدثها الناس ولم تكن معروفة في عصور التشريع أو الاجتهاد، مثل النقود الورقية وسند الملكية والاعتمادات المستندية.

- المسائل التي تغير حكمها، نتيجة التطور وتغيير الظروف والأحوال مثل التقابض الفعلي في صرف العملات التي تجريها المصارف عند شراء العميل عمله اجنبية من خلال حسابه ليقوم بتحويلها إلى الخارج فعملية القيد بالحساب التي يجريها موظف المصرف أصبحت في مقابل التقابض الفعلي والتي تعارف على تسميتها بالتقابض الحكمي.

2- التعرف على الأصل الذي تكيف عليه الواقعة وهو محل الحكم الذي يريد المجتهد التسوية فيه بينه وبين الواقعة المعروضة وقد يكون الأصل نصاً من القرآن الكريم أو السنة، أو الإجماع، أوهو قائم على قاعدة كلية، أو على نص فقهي

ويجب هنا على المجتهد أن يتحقق من ثبوت الأصل الذي تكييف عليه الواقعة، بأن يفهمها فهمًا جيدًا مقرونًا بطروفها وشروطها.

---

[1] ينظر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة 1959م ص7.

3- العقود المركبة والتي تتكون من أكثر من صورة عقد من العقود القديمة، مثل بيع المرابحة للأمر بالشراء فإنها تتكون من بيع عادى ووعد من العميل بالشراء وبيع بالمرابحة.

4- المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل وهي جوهر عملية التكييف الفقهي: بأن يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم لاتحادهما في العلة، وهذا يتطلب مجانسة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة

فالخراج مثلاً لا يعتبر عقد إجارة لأن الخراج وضع على أهل الذمة، وهو غير متحقق في الإجارة

والخراج لا يحتاج إلى صيغة عقد لكن الإجارة من أركانها أن تكون هناك صيغة عقد والخراج أيضاً مؤبد وتأبيد الإجارة باطل عند جمهور الفقهاء

لذلك يجب لإلحاق الواقعة المستجدة بالأصل أن تكون هناك مجانسة ومطابقة بينهما في العناصر الأساسية من أركان وشروط وعلاقات بين أطراف الواقعة المستجدة.

ثالثًا: الضوابط العلمية للتكييف الفقهي للعقود:

إن تكييف العقود المستجدة تقوم على أسس وقواعد علمية وعملية بالغة الأهمية لا بد للمتصدي لها من معرفتها ويمكن إيجازها في الآتي:

- إن الأصل في المعاملات المالية الإباحة، فلا يجوز المسارعة الي تحريم صورة من صور المعاملات المستحدثة حتى يتبين أن الشريعة قد حرمتها بدليل ثابت.
- إن العبرة في المعاملات العلل والمقاصد حيث إن أحكام فقه المعاملات معلله وعللها مرتبطة بالحكم الشرعي وجودًا وعدمًا بعكس فقه العبادات التي يجب التوقف فيها عند حدود النص، لذلك فإن عملية الحاق العقود المالية المستجدة بأصولها في الفقه الإسلامي مسترشدين بالعلة هو ما يقدمه لنا التكييف الفقهي.
- إن الإسلام نظم العقود المالية وجهها الوجهة الصحيحة عن طريق تنقيتها من المحرمات، وتشريع الأحكام العامة، وتقدير القواعد الكلية المنظمة لها.

رابعًا: الأهمية العلمية والعملية للتكييف الفقهي للعقود:

- رفع الحرج والمشقة عن جمهور المتعاملين من المسلمين الذين يتعاملون بالعقود المالية وبمستجداتها الحديثة، ولكي يكون للفقه الإسلامي حضور قوي على الساحة الاقتصادية بدلاً من تعطيله.

- التكييف الفقهي قد يكون أساساً لتطوير كثير من العقود المالية، فتكييف الأموال التي يودعها الاف المودعين في حسابات استثمارية لهم في المصارف الإسلامية، والتعامل مع هذه الأموال كوحدة واحدة في عمليات المضاربة، مع العلم أنه لا يجوز خلط مال المضاربة بعد بدء عمليات المضاربة أدى إلى استحداث ما يسمى بالمضاربة المشتركة، وتطوير عقد المضاربة الثنائية التقليدي المعروف في الفقه، وذلك تجنبًا لما ما لا يجوز في عقد المضاربة.
- طبيعة عمل المؤسسات التي تقوم بإجراء العقود المالية ، وخاصة العمل المصرفي الذي يعمل وفق الوساطة المالية بالياتها المختلفة ، فالكثير من العقود المالية التقليدية لا يمكن للمصارف التعامل معها إلا باستحداث مستجدات ملحقة بها أو أفكار جديدة تمكنها من أن تكون عملية قابلة للتطبيق ، وهذا يتيح للتكييف الفقهي مجالاً خصِبًا لبحث هذه المستجدات وتكييفها فقهيًا .

الفرع الثاني: مشروعية التكييف الفقهي، وأهميته، وشروطه:

أولاً: مشروعية التكييف الفقهي :

إن مشروعية التكييف تستمد من مشروعية الاجتهاد المتفق على ضرورته ومن أدلة نصية وعقلية تؤكد مشروعية التكيف.

- **من القرآن الكريم: قوله تعالى ﴿وَإِذَا جَاءهَمْ أَمرٌ منَ الأَْمنْ أَوِ الخَْوَفْ أَذَاعوُا بهِ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسوُلِ وَإِلَىٰ أُولىِ الأَْمرِْ مِنهْمُْ لَعَلمِهُ الَّذِينَ يَستَنبطِوُنَهُ مِنهْمُ ۗ وَلَولاَ فَضلُْ اللَّهِ علَيَكْمُْ وَرَحمَْتُهُ لاَتَّبَعتُْمُ الشَّيطَْانَ إِلاَّ قَليلاً﴾ النساء (83)**

وجه الاستدلال: أن الرد في المسائل النازلة إلى رسول الله في حياته رد إليه مباشرة والرد إليه بعد وفاته رد إلى سنته

وأما الرد إلى أولي الأمر فهو إلى أهل العلم والفقه، لأنهم القادرون وحدهم على الاستنباط.

وقد أشار القرآن الكريم إلى اعتبار الشبه والمثل في القرآن وهو أمر يحتاج إلى الاجتهاد والتكييف من أصحاب النظر وقال تعالى **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمنَُوا لاَ تَقتْلُوا الصَّيدْ وَأَنتُْمْ حرُمٌُ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنكُْمْ متَّعَمدِّاً فَجزَاءٌٓ مِّثْلُ مَا قَتَلَ منَ النَّعَمِ يَحكْمُ بهِ ذَوَا عدَلٍْ مِنكُْمْ هدَيًْا بَالغَِ الكَْعبَْةِ أَوْ كفَّارَةٌ طعَاَمُ مسَاكِينَ أَوْ عدَلُ ذَٰلكَِ صِيَامًا﴾ المائدة (95)**.

والاجتهاد في بحث المثل والمشابهة في جزاء الصيد دليل على اعتباره في جميع الصور الاجتهادية، ومنها النظر في النوازل الفقهية وتكييفها بحسب ما يشابهها، وهذا ما جعل الأئمة يختلفون في معنى المثلية والمشابهة في الآية السابقة: فذهب مالك والشافعي إلى أنه يجزئ ما كان من الدواب بنظيره الخلقة والصورة في جزاء الصيد ففي النعامة بدنة، وفي حمار الوحشي وبقر الوحش بقرة، وفي الظبي شاة وهكذا، وقال أبو حنيفة يعتبر المثل بالقيمة. [1]

- **من السنة:** فقد استعمل صلى الله عليه وسلم القياس في مسائل كثيرة وهو من أهم مسالك التكييف ومن ذلك:

ما رواة جابر بن عبد الله رضي الله عنها عن عمر بن الخطاب قال ((هششت فقبلت وأنا صائم، فقلت يا رسول الله، صنعتُ اليوم أمرًا عظيمًا، قبلّتُ وأنا صائم))

فقال عليه الصلاة والسلام " أرأيت لو مضمضت من الماء وأنت صائم " فقد كيف صلى الله عليه وسلم الحديث بالقياس على المضمضة

[1] ينظر محمد أبو عبد الله من أبي بكر القرطبي الجامع لأحكام القرآن ، طبعة مؤسسة الرسالة ، (8/192-193) مرجع سابق.

قال الخطابي: قلت في هذا إثبات القياس، والجمع بين الشيئين في الحكم الواحد، لاجتماعها في الشبه، وذلك أن المضمضة بالماء ذريعة لنزوله إلى الحلق ووصوله إلى الجوف، فيكون به فساد الصوم كما أن القُبلة ذريعة للإنزال المفسد للصوم

فإذا كان أحد الأمرين منهما غير مفطر للصائم فالآخر بمثابته ".[1]

وجاء في رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى ابي موسى الأشعري:" ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ". [2]

وهذا صريح في الأمر بتتبع النظائر، ليقاس عليها ما ليس بمنقول. [3]

ويؤكد ذلك الكثير من الأحاديث والآثار ولقد سنّ صلى الله عليه وسلم هذا الأسلوب مع أصحابه وهو ضرب الأمثلة والقياس عليها لأمرين:

الأول: ليقرب الأحكام إلى عقول الناس فيطمئنوا أكثر.

الثاني: ليعلمّ أمته منهج وأساليب التعامل مع النوازل وهو القياس في مثل هذه الأمور وبناء الحكم استنادًا للعلة المشتركة.

ولما كانت النوازل لا تتناهي وشريعتنا هي الكفيلة وحدها بإيجاد الحلول لهذه القضايا، اقتضى الشرع والقول ألا يخلو العصر من المجتهدين المتصديين لهذه النوازل الذين هم أولوا الأمر في هذا المجال، والقادرون على تكييف المسائل، واستنباط الأحكام

ولأن هذا من فروض الكفايات ذهب جمع إلى أنه لا يجوز خلو الزمان عن مجتهد قائم لله بالحجة يبين للناس ما أنزل إليهم.

---

[1] أبوسليمان الخطابي، معالم السنن رقم الطبعة 1 سنة النشر 1932م (780/2)، سليمان بن الأشعث أبو داود (2385) كتاب الصوم، باب القبلة للصائم محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني، الطبعة الأولى دار النشر دار الحديث مصر 1413هـ 1993م (ت1255) وصحة ابن خريمة وابن حبان والحاكم، محمد بن علي بن عبدالله الشوكاني، نيل الأوطار (1288/41).

[2] ينظر ابن القيم الجوزية شمس الدين ابن القيم محمد بن ابي بكر ابن أيوب الدمشقي ابن عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالمين (68/1)

[3] ينظر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة 1959م ص7

ثانيًا: الحاجة إلى بيان التكييف الفقهي:

- إنه إن التكييف طريق الوصول إلى العلم التام بالنازلة والحكم بالحق فيها، لأن الله تعالى نهى عن الحكم بغير علم فقال تعالى ﴿**يا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالاً طَيِّبًا وَلا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ إِنَّمَا يَأْمُرُكُمْ بِالسُّوءِ وَالْفَحْشَاءِ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لا تَعْلَمُونَ**﴾ البقرة (168-169)

ونهى عن اصدار الأحكام بغير علم بقوله سبحانه ﴿**وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً**﴾ **الاسراء (36)**

وكل ذلك يؤكد أهمية التكييف الذي هو فهم للنازلة ومعرفة حقيقتها، تمهيدًا لإصدار الحكم الشرعي الصحيح فيها.

- إن التصدي للنازلة من فروض الكفايات، فلم يخلو عصر من مجتهدين في النوازل، وأول من قام بذلك النبي صلى الله عليه وسلم، قال ابن القيم وأول من قام بهذا المنصب الشريف سيد المرسلين، وإمام المتقين، وخاتم النبيين، عبد الله ورسوله، وأمينه على وحيه، وسفيره بينه وبين عباده، عن الله بوحيه المبين، فكانت فتاواه جوامع الأحكام، ومشتملة على فصل الخطاب. [1]
- كثرة النوازل المعاصرة بسبب التطور الحضاري، والتغيير الاجتماعي، والحاجات المتجددة، مع ندرة أهل الاجتهاد في زماننا، وهذا ما يلقي بظلاله على أهل النظر، لإيجاد حلول وأحكام لهذه النوازل.
- إن النوازل المعاصرة تتسم بالتعقيد والتشابك، لأن كثيرًا منها ورد إلينا من خارج محيطنا الإسلامي، حتى أصبحت هذه النوازل من المسائل التي يصعب النظر فيها، وتحتاج إلى تريث، وتأمل، وفهم صحيح، مع استشارة أهل الاختصاص، هذا يوجب الحاجة إلى الاجتهاد الجماعي بواسطة المجامع الفقهية. [2]

---

[1] ابن قيم الجوزية شمس الدين ابن محمد بن أبي بكر ابن أيوب الدمشقي بن عبد الله، المحقق مشهور بن حسن آل سليمان ابو عبيدة إعلام الموقعين عن رب العالمين (9/1) مرجع سابق.

[2] ينظر مسفر بن علي القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، ص363 مرجع سابق.

ثالثًا: شروط التكييف الفقهي:

- تحقق العلم في الناظر فيها، لأن تكييف النازلة وإصدار الحكم، نوع من الإجتهاد، ولا بد أن يصدر ذلك عن أهله، بأن يكون عالمًا بالفقه وأصوله، مدركاً لعلل الأحكام ومأخذها ومقاصدها، عالمًا بلغة العرب: من نحو وصرف وبيان فاهمًا نصوص القرآن والسنة

وإنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين: أحدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها والثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها.

ويشترط في المجتهد الذي يتصدى للنوازل أن يكون عالمًا بنصوص الكتاب، عارفًا بمسائل الاجماع، حتى لا يفتي بخلاف ما واقع عليه الاجماع، وأن يكون عالماً بلسان العرب، وأصول الفقه، والناسخ والمنسوخ.

وإذا نزلت بالمجتهد نازلة سواء أحاكمًا كان أم مفتيًا، فإما أن يكون عالمًا بالحق فيها، أو غالبًا على ظنه بحيث استفرغ وسعه في طلبه أو لا.

فإن لم يكن عالمًا بالحق فيها ولا غلب على ظنه، فلا يحل له أن يفتى ولا أن يقضي بما لا يعلم، ومتى أقدم على ذلك، فقد دخل تحت قوله تعالى ﴿**قُلْ إِنَّمَا حرَّمَ رَبِيَ الْفَوَاحشَ مَا ظَهَرَ مِنهَا وَمَا بَطنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغيُ بغَيرْ الحْقّ وَأَنْ تُشرْكِوُا بِاللّهِ مَا لَمْ يُنَزلْ بهِ سلطْاَنًا وَأَنْ تَقُولُوا علَىَ اللّهِ مَا لاَ تَعلَمُونَ﴾ الأعراف (33)**.

- خلو الواقعة المعروضة من نص شرعي أو اجماع، لأنه الاجتهاد سيكون فيها مصادقًا للنص أو الاجماع وقد قال تعالى ﴿ **وَمَا كاَنَ لمِؤُمْنٍ وَلاَ مؤُمْنَةٍ إِذَا قَضىَ اللّهُ وَرسَوُلُهُ أمرًْا أن يَكوُنَ لَهمُ الخْيَرِةُ منْ أمرْهِمْ ۗ وَمنَ يَعصْ اللّهَ وَرسَوُلَهُ فَقَدْ ضلَّ ضلاَلاً مُّبِينًا﴾ الأحزاب (36)**

والقاعدة (لا اجتهاد مع نص)، وذلك لأن الحكم الشرعي تحقق بالنص، فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله.

ولأن الحكم الحاصل بالاجتهاد ظني، ليس هذا على إطلاقه فقيدَّه بخلاف الحاصل بالنص فإنه ظني ولا يترك اليقيني للظني.

ولتحقيق هذا المعنى يلزم الناظرَ في النازلة والتحري والسؤال فيها؟ ليتأكد من أنها واقعة جديدة ليس فيها نص او اجماع يبحثها ولم يتناولها الفقهاء الاقدمون من قبل.

- تصور النازلة، وذلك بفهمها فهمًا تامًا والا كان التكييف خاطئاً والحكم الصادر فيها باطلاً وكيف لا يكون ذلك والتصور الصحيح أساس التكييف وبناء الحكم، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وكما مر في كتاب أمير

المؤمنين عمر بن خطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنها " فافهم إذا أولى إليك ثم الفهم فيما أولى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا السنة ثم قايس الأمور عند ذلك وأعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق.

فتارةً يؤكد على فهم المسألة، لما لذلك من أهمية بالغة في تكييفها ومن ثم إصدار الحكم ولن يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما فهم الواقع واستنباط الحقيقة والإحاطة بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يتصورها تصورًا صحيحًا،

والنوع الثاني تنزيل الفتوى على الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه

فمن بذل جهده واستفرغ وسعى في ذلك لم يكن له أجرين أو اجرٌ.

وهذا الفهم والتصور لا يتحقق أحيانًا إلا بمراجعة أهل الاختصاص. [1]

[1] ينظر ابن القيم الجوزية شمس الدين ابن القيم محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي بن عبد الله، صحة الفهم من القصد ومن أعظم نعم الله التي أنعم بها على عبده ، بل ما أعطى عبد إعطاءً بعد الاسلام أفضل ولا أجل منهما " إعلام الموقعين عن رب العالمين (69/1) مرجع سابق.

الفرع الثالث: مناهج التكييف الفقهي:

أولاً: التكييف استنادًا للنصوص:

وهذا التكييف يتوقف على معرفة تبوث النص وفهم مراد اللفظ وتفسيره، ويراعي في ذلك فهم علماء الأمة المتقدمين ويكون ذلك بالنظر "في عموم كلام الله عز وجل ورسوله الله صلى الله عليه وسلم لفظاً ومعنى، حتى تعطيه حقه.

وأحسن ما تستدل به على معناه آثار الصحابة الذين كانوا أعلم بمقاصده". [1]

والنصوص الشرعية ترد مرة للدلالة على واقعة معينة واحدة ومرة للدلالة على أحكام عديدة وبالتالي يمكن إدخال الحادثة الجديدة تحت ذلك الدليل.

وثمت ظروف متعددة يمكن للناظر للنازلة أن يسلكها، ليتعرف على حكمها، ومن هذه الطرق:

1. **عموم النص:**

العام هو اللفظ الواحد الدال على شيئين فصاعدًا مطلقًا.

وللعموم صيغ عديدة، فإذا ورد النص بأحد هذه الصيغ دل على عمومه، بحيث يمكن إدراج بعض النوازل تحته.

مثلاً قوله صلى الله عليه وسلم " كل شراب أسكر فهو حرام " فلفظ " كل " في الحديث من ألفاظ العموم فيشمل هذا التحريم جميع أنواع المسكرات، والمخدرات، وكل نازلة من هذا القبيل تأخذ حكمه. [2]

2. **إطلاق النص:**

المطلق هو المتناول لواحد لا بعينه باعتباره حقيقة شاملة لجنسه.

فإذا ورد النص مطلقًا أمكن تطبيقه على ما يدخل تحت إطلاقه من النوازل.

---

[1] ينظر شيخ الاسلام أحمد بن تيميه، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد قاسم، مجموع الفتاوي رقم (78-86/29) الناشر مجمع الملك فهد للطباعة المدينة المنورة السعودية سنة النشر 1425هـ 2004م.

[2] صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي)، 1422ه.

ومن أمثلة ذلك قوله تعالى: ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴾ **المائدة (38)** فلم يذكر النص المسروق ، بل حذف ما تقع عليه السرقة مما يدل على أنه مطلق ، فإذا سرق السارق أي مسروق وجب إقامة الحد عليه فلو سرق شيئًا من الآلات الحديثة مثلاً وجب إقامة الحد عليه ، وليس لاحد أن يقول بأن الحد لا يكون إلا عن سرقة ما يسرق في عهد النبوة والسبب في عدم صحة هذا الفهم أن النص مطلق فيشمل من استجد من أنواع المسروقات بعد ذلك. [1]

3. مفهوم النص:

المفهوم نوعان: مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة:

المفهوم: هو ما دل عليه اللفظ في غير محل النطق، أي في مقدر خارج عن المنطوق. ومثالة ما ورد في الحديث " من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجا بها في بطنه في نار جهنم خالدًا فيها أبدًا، ومن شرب سمًا فقتل نفسه فهو يتحساه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدًا ". [2]

فيؤخذ من الحديث صراحة تحريم قتل الإنسان نفسه بهذه الآلات.

ويفهم منه بطريق مفهوم الموافقة تحريم قتل الإنسان نفسه بالآلات الحديثة بالحقن المفرغة كالمسدس، والصعق الكهربائي، ونحوه. [3]

ومفهوم المخالفة: ومعناه الاستدلال بتخصيص الشيء بالذكر على نفي الحكم عما عداه،

ويسمى مفهومًا، لأنه لا يستند إلى منطوق ظاهر أو خفي.

ويسمى أيضًا دليل الخطاب.

ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " في سائمة الغنم إذا كانت أربعين ففيها شاة "

وقوله صلى الله عليه وسلم " الثيب أحق بنفسها من وليها " [4]

---

(1) سعد الشتري، طرق تطبيق القواعد الأصولية على الجرائم الحديثة ، مجلة البحوث الفقهية المعاصر، العدد 27 ص .

)2) أخرجه مسلم عن أبي بكر بن شيبه ، وأبوسعيد الاشج ، عن وكيع ،عن الأعمش ، عن أبي صالح ، عن أبي هريرة عن رسول الله، الحسين مسلم بن الحجاج صحيح الإمام مسلم، (109) كتاب الايمان باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه مرجع سابق.

(3) سعد الشترى طرق تطبيق القواعد الأصولية العدد (27) ص29 مرجع سابق.

)4) اخرجه عن الحسين مسلم ، عن عبيد الله بن عمر بن ميسرة القواريري ، عن خالد بن الحارث ، عن هشام ، عن يحيى بن أبي بكر ، عن أبي سلمة ، عن أبي هريرة ، عن سول الله، عن الحسين مسلم بن الحجاج صحيح الإمام مسلم (1421) كتاب النكاح باب استئذن الثيب في النكاح بالانطق مرجع سابق.

وقوله صلى الله عليه وسلم " ومن باع نخلاً قد أبرت فتمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع "[1] فتخصيص السائمة ، والثيب ، والتأبير بهذه الأحكام دليل على نفي الحكم عما عداه .

فبواسطة المفاهيم يمكن تنزيل النصوص الشرعية على النوازل، ومعرفة مدى ملازمتها للشريعة أو مخالفتها.

ثانياً: التكييف اعتمادًا على القياس:

سبق وأن عرفَّنا القياس بأنه: " مساواة فرع للأصل في علة الحكم.

والأصل المقيس عليه هو القرآن والسنة، أما الاجماع، فمحل خلاف.

ومن أمثلة تكييف النازلة قياساً على حكم ورد في القرآن: ما ورد في تحريم قطع الطريق ووجوب العقوبة عليه في قوله تعالى **﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ المائدة (33)**.

فالآية تتحدث عن قطع الطريق والسعي في الأرض بالفساد فيلزم الناظر في أن يقيس عليها مسألة خطف الطائرة في السماء، والسفن في البحار، فكلاهما طريق للمسافرين، فأشبهت الأرض تأخذ حكمها، لا تحادهما في العلة وهي الإفساد.

ومن أمثلة تكييف النازلة قياساً على حكم ورد في السنة:

قول النبي صلى الله عليه وسلم للذي اطلع في حجر في بابه: " لو أعلم أنك تنظر طعنت في عينك، انما جعل الله الإذن من أجل البصر ". وإجازته صلى الله عليه وسلم لصاحب البيت أن يفقأ عين الناظر معللاً ذلك بقوله :" انما جعل الله الإذن من أجل البصر "[2]

فيمكن أن يقاس على هذا الأصل من النوازل المعاصرة مثل وضع آلة التصوير في بيت غيره ومن نظر إلى أهل بيت بالمنظار من مسافة بعيدة.

ومن أمثلة تكييف النازلة بالقياس على حكم ثبت بالأجماع:

---

[1] اخرجه مسلم عن عبدالله بن عمر (1543) كتاب البيوع باب من باع نخلاً عليها تمر مرجع سابق.
[2] أخرجه مسلم عن سهل بن سعد ، (2156) كتاب تحريم النظر في بيت غيره ، مرجع سابق.

انعقاد الاجماع على أن من صور القتل العمد القتل بالسيف والسكين ، لأنه قتل بمحدد " وهو ما يقطع ويدخل في البدن كالسيف والسكين ، فهذا قتل عمد لا خلاف فيه بين العلماء" [3]

فيقاس عليه من النوازل المعاصرة القتل بالرصاص ونحوه.

ثالثًا: التكييف بالتخريج على المسائل المشابهة:

ويعرف عند الفقهاء بتخريج الفروع على الأصول.

فإذا لم يجد الناظر في النازلة أصلاً يكيفها بموجبة من القرآن أو السنة أو الاجماع نصاً أو قياساً، نظر في نصوص الفقهاء، فإن وجد مسألة مشابهة، خرجَّ عليها النازلة.

والتخريج هو " نقل حكم مسألة بما يشبهها والتسوية بينهما " [1]

ومما ساعد في هذا الأمر: كثرة المسائل التي طرحها الأقدمون وأجابوا عنها، وهو ما يسمى بالفقه الافتراضي، لافتراضهم وقائع لم تحصل، وكثر هذا النوع من الفقه في العراق عن اتباع الإمام أبي حنيفة.

فهذه المسألة المفترضة، والتي تم بيان حكمها يمكن أن يخرج عليها بعض النوازل في زماننا، بعلة المشابهة، كتصادم السيارات، أو القطارات، أو الطائرات.

ومثل ذلك على النوازل المعاصرة تخرج مسألة متعاطي المخدرات الذي يضره الإقلاع عنها مباشرة على مسألة المبتلى بتناول الأفيون من حيث جواز تعاطي المحرم إلى أن يصلح حاله، فقد رأى بعضهم أن من ابتلى بتعاطي الأفيون وإن لم يتعاطاه هلك، فأجاب: أن علم ذلك قطعًا عفوًا له، بل وجب عليه التدرج في تنقيصه شيئًا فشيئًا حتى يزول إدمانه به.

فوجه الشبه بين النازلة والمسالة المخرج عليها المشقة وخطورة ترك المحرم فجأة وجواز الاستمرار حتى يتحقق الانقطاع.

ومما يتعين على التخريج على مسائل مشابهة الاعتماد على الكتب التي تعنى بذكر سبب الخلاف وتحرير محل النزاع كبداية المجتهد فإنها تسهل على الناظر في النازلة التكييف الفقهي.

---

[3] ابومحمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامة المقدسي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، المغني، (332/9) طبعة دار عالم الكتاب سنة النشر 1405هـ.

[1] ينظر على بن سليمان بن أحمد علاء الدين المرداوي، تحقيق عبد الله التركي، الانصاف في معرفة الراجع من الخلاف، نشر وزارة الأوقاف السعودية، طبعة سنة 1998 م.

رابعًا: التكييف بالتخريج على القواعد الفقهية:

القواعد الفقهية: أصول فقهية كلية، في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكامًا تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.

ولكل قاعدة كلية مناط: وهو المعني الذي يربط بين موضوعها وحكمها.

فإذا قلنا مناط قوله تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلاَ الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلاَ الْهَدْيَ وَلاَ الْقَلآئِدَ وَلاَ آمِّينَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِّن رَّبِّهِمْ وَرِضْوَانًا ۚ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ۚ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَن تَعْتَدُوا ۘ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ** ﴾ **المائدة (2)**

مناطه عدم جواز الإعانة على المعصية، فلا تجوز الإجارة على حمل الخمر، ولا الشهادة على بيع الربا، ونحو ذلك فلا بد للناظر في تكييف النازلة على القواعد الكلية من تحقيق المناط: وهو التحقق من وجود المعنى الذي يربط بين الموضوع والحكم الكلي في الفرع.

كما أنه لا بد من مراعاة المآلات، فينظر في الظروف المحيطة بالفرع لم تتعرض له القاعدة ويراعي تلك الظروف وما يترتب عليها من نتائج عند التكييف الفقهي للنازلة. [1]

ومثال ذلك لو استأجر شخص سيارة لمدة محددة، لإسعاف مريض، وصار يبحث عن مستشفى، وانقضت مدة الإجارة وهو لا يزال مضطراً للسيارة، فإن مقتضي العقد يوجب تسليم السيارة لصاحبها أو يرضي صاحبها بإجارتها ثانية، لكن الاضطرار يجبر صاحب السيارة على بقاء السيارة عند المستأجر حتى تزول الضرورة، وهذا الإجبار لا يمنع من أن يطالب المؤجر المستأجر بدفع أجرة المثل عن المدة الزائدة.

وهذا كله استنادًا لقاعدة "الاضطرار لا يبطل حق الغير". [2]

وكذلك إغلاق عيادة طبيب، حرصًا على أروح الناس استنادًا لقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ".

---

[1] ينظر محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية ، دار القلم، دمشق ط (1) 2004م، ص34 مرجع سابق.

[2] الزرقا أحمد محمد ، شرح القواعد الفقهية دار القلم – دمشق-سوريا ، الطبعة : الثانية ، 1409ه-1989م، ص 213 مرجع سابق.

ولقد تم تصحيح بعض العقود الجديدة التي تدعو إليها الحاجة مثل عقد المقاولة ، والتوريد ، وبيع المعدوم الموصوف وصفًا تامًا استنادًا لقاعدة " الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت وخاصة ".[3]

خامساً: التكييف تحقيقًا للمصالح وسدًا للذرائع:

1. التكييف تحقيقًا للمصالح:

المصلحة: جلب نفع أو دفع ضرر، وهي ثلاثة أقسام:

- ما شهد الشرع باعتباره، كاقتباس الحكم من معقول دليل شرعي كالنص والاجماع وهو قياس كتحريم النبيذ المسكر قياساً على تحريم الخمر المنصوص عليه، ويسمى هذا المصلحة معتبرة.
- ما شهد الشرع ببطلانه فلم يعتبر، كقول الإمام يحيى ابن يحيى الليثي بتعين الصوم على الموسر في كفارة الوطء في رمضان ولا يخير بينه وبين العتق والاطعام، لأن ذلك أبلغ في الزجر فهذا لاغٍ، لأنه تغيير للشرع بالرأي، ويسمى هذا مصلحة ملغاة.
- ما لم يشهد له الشرع لا بالاعتبار ولا بإلغاء ، ويسمى هذا مصلحة مرسلة ، فإن تحقق بهذا التصرف جلب نفع أو دفع ضر ، فيلحق بالقسم الأول ، المصلحة المعتبرة ، سواء أكانت هذه المصلحة أمرًا ضروريًا أم حاجيًا أم تحسينيًا .(1)

وعلى المصلحة المرسلة يتم تكييف النوازل في هذا الزمن، فكل ما فيه جلب نفع أو دفع ضرر فهو مصلحة معتبرة يؤيدها الشرع.

مثل جواز الانتفاع بأعضاء جسم إنسان آخر حيًا أو ميتًا، كما جاء في المجمع الفقهي أن الأصل المكيف عليه هو المصلحة، بنصه مع إعمال مقاصد الشريعة الإسلامية الكفيلة بتحقيق كل ما هو خير للفرد، والجماعة، والداعية إلى التعاون والترحم.

والمتتبع لقرارات المجامع الفقهية يرى أن أكثر تكييفاتها للنوازل استنادًا إلى تحقيق مصلحة ودرء مفسدة.

2. التكييف سداً للذرائع:

الذريعة الوسيلة والسبب إلى الشيء، غلب إطلاقه على الوسائل المفضية إلى المفاسد.

---

(2) السيوطي جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1411ه-1990م ، ص88 مرجع سابق

(1) ينظر عياض ناجي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، نشر دار ابن حزم بيروت طبعة 3، سنة 2008م، ص211.

وسد الذرائع منع الوسائل المفضية إلى المفاسد.

والأفعال المباحة المفضية إلى المفاسد أنواع:

ما كان إفضاؤه إلى المفسدة نادرًا، فتكون هي الراجحة والمفسدة مرجوحة، كالنظر إلى المخطوبة، وزراعة العنب الذي قد يتخذ منه الخمر، ونحو ذلك.

وما كان إفضاؤه إلى المفسدة أكثر، فمفسدته أرجح من مصلحته، كبيع السلاح في أوقات الفتن، وإجارة العقار لمن يستعمله لمعصيه ونحوه. [1]

وسد الذرائع يؤكد أصل المصالح المرسلة، ويوثقه، ويشد أزره لأنه يمنع الوسائل المفضية إلى المفسدة، وهو وجه أكيد من وجوه المصلحة.

ومثال تكييف النوازل المعاصرة حسب الأصل:

- منع بيع مادة الغراء المستعمل في إلصاق الخشب لمن يستخدمها مسكرًا مع أنها تستخدم استخدامات مباحة كثيرة.
- عدم منح الشباب المراهقين ممن لم يستقم سلوكهم رخص القيادة، لأن ذلك يؤدي إلى مفسدة.
- عدم السماح لأبناء المسلمين بالحصول على جنسية إحدى دول الكفر لأن الإقامة فيها تفضي غالبًا إلى التأثير بأفكارهم، وسلوكهم، وقد تفضي إلى اعتناق دياناتهم.

[1] ينظر سليمان بن عبدالقوي بن الكريم الطوفي، المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي، شرح مختصر الروضة (214/3) الناشر مؤسسة الرسالة ، ط الأولى 1407هـ 1987م، مرجع سابق.

المطلب الثاني

العقد الإداري وخصائصه

يتناول هذا المطلب بيان حقيقة العقود الإدارية، وخصائص العقد الإداري، وأنواعه، وأركانه، وضوابطه، في الفروع التالية:

الفرع الأول: حقيقة العقود الإدارية:

أولاً: نشأة فكرة العقد الإداري:

ليس من السهل التوصل إلى تعريف للعقد الإداري، وذلك لعدد من الأسباب:

أولها: أن الإدارة العامة لا تبرم عقودًا إدارية فقط، وإنما تبرم كذلك عقودًا مدنية من عقود القانون الخاص التي تخضع لأحكام القانون الخاص.

وهنا تصعب التفرقة ويعسر التوصل إلى تعريف.

وفي هذا المعنى ينبغي التنبيه إلى أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة هو عقدًا إداري، فكثيرًا ما تلجأ هذه الجهة إلى إبرام عقود بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين بعض الأشخاص في ظل قواعد القانون الخاص.

ومن ناحية أخرى فإن فكرة العقود الإدارية لم تظهر إلا عندما ظهر القضاء الإداري بصفته قضاء مختص بالفصل في المنازعات الإدارية ، وأول ذلك في فرنسا حين أخذ مجلس الدولة الفرنسي في التعرض لمنازعات عقود الإدارة ، وبداهة أن مجلس الدولة لم يكن أمامه قواعد إدارية تكفي أو تعطي حلولاً لمشكلات ومنازعات العقود الإدارية، ذلك أن القانون الإداري كان قانونًا وليدًا لم تتسع دائرة أحكامه ولم تستقر بَعدُ مبادئه وأفكاره ، ولهذا لم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسي إلا ان يلجأ للقانون المدني ، فيأخذ من مبادئه ونصوصه ما يساعده على الفصل فيما هو معروض عليه .

وجرى قضاء مجلس الدولة على أن يصرح أحياناً بالنص المدني الذي اعتمد عليه، ويكتفي أحيانًا باستلهام المبادئ العامة في القانون المدني.

كل ذلك إلى جانب ما قد يجده من قواعد ونصوص في القانون الإداري.

وهكذا تحمل مجلس الدولة الفرنسي أعباء بناء نظرية عامة للعقود الإدارية في تطور مستمر ونمو مطرد.

وكانت هذه النشأة القضائية الدائمة التطور، وراء صعوبة التوصل إلى تعريف للعقد الإداري.

ففي مصر قام القضاء الإداري في عام 1946، وجاء القانون 112 غافلاً عن اختصاص القضاء الإداري الوليد من الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية.

وفي عام 1949 تم تعديل قانون مجلس الدولة وأضاف المشرع لاختصاصات القضاء الإداري. الاختصاص بنظر المنازعات في عقود إدارية ثلاثة فقط وجعل هذا الاختصاص مشاركة بين القضاء الإداري والقضاء العادي، إلى أيهما يلجأ المدعي حسب إرادته ورغبته.

ولم يمنح المشرع القضاء الإداري سلطة الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية عامة وعلى وجه الاستقلال إلا بالقانون رقم 65 لسنة 1955. [1]

ومن هنا يتبين أنه لم تتح الفرصة أمام العقود الإدارية لتكون لها نظرية ذات مبادئ وأحكام وقواعد، من العام 1955 وهذا فترة لا تكفي لبناء نظرية قانونية متكاملة.

وهكذا تضافرت واجتمعت العوامل لتأخر استكمال نظرية العقد الإداري.

ورغم الصعوبات فقد ظهرت محاولات للتوصل إلى تعريف.

ثانيًا: تعريف العقد الإداري:

1. تعريف العقد الإداري في الفقه الإسلامي:

العقد في اللغة: العهد وإحكام الشيء وتقويته، أخذًا بالمعنى العام، لأن العقد لا يخلو من عهد وتقوية.

ومن نظر إلى معنى العقد في اللغة بأنه الربط أطلق العقد على معنى الخاص، لأن الربط يستلزم شيئيين، فأطلقوا العقد على الربط والإيجاب والقبول، وإن كان ربطاً حكميًا شرعيًا لا حسيًا، فينصرف معنى العقد عند علماء الفقه الإسلامي بمعناه العام إلى كل ما عزم المرء على فعله على الآتي:

أولاً: بالإرادة المنفردة كالوقف، والإبراء، والطلاق، واليمين، والنذر.

[1] ينظر: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة الطبعة الثالثة 1975م، دار الفكر العربي القاهرة ص 50

ثانياً: ما عزم المرء على فعله وكان محتاجًا إلى إرادة أخرى في أنشائه كالبيع، والإيجار، والتوكيل، والرهن.

وهذا هو العقد بمعناه الخاص.

واستعمال العقد بالمعنى الخاص ظاهر في كتب جمهور الفقهاء، وهو المعنى المراد عند إطلاقهم للفظ العقد.

ويعنون به صيغة الإيجاب والقبول الصادرة من المتعاقدين، حتى يكاد ينفرد بالاصطلاح، وهو المتبادر عند الإطلاق، ولا ينصرف إلى المعنى العام إلا بتنبيه يدل عليه، ويتضح ذلك من تتبع كتب الفقهاء عند الكلام على العقود، لأن المناط في وجود العقد على وجه الإجمال هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام بينهما بما يدل على ذلك. [1]

2. تعريف العقد الإداري عند فقهاء القانون

لم يعرف العقد الإداري بنظريته ومفاهيمه المتعارف عليه اليوم إلا في فترة متأخرة.

وحسب ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن العقد الإداري: **هو كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام على أن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الاخذ بوسائل وأحكام القانون العام إما بتضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص وإما بالسماح للمتعاقد معها، وهو أحد أشخاص القانون الخاص، بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.**

وعلى ذلك النمط استقر قضاء مجلس الدولة المصري في الكثير من أحكامه.

ووفق قضاء المحكمة الإدارية العليا يعرف العقد الإداري بأنه ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص بأن تخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام. [2]

واستنادًا إلى ما استقر عليه الفقه وقضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر، يمكن تعريف العقد الإداري **" بأنه اتفاق معقود بين جهة الإدارة كسلطة عامة وبين فرد أو شركة خاصة بقصد إنجاز عمل محدد يحقق المنفعة العامة مع تضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في مجال التعاقدات الخاصة، أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسير مرفق عام، والكتابة ليست شرطاً لوجود العقد الإداري.**

---

[1] ينظر أبوالحسن على بن محمد بن حبيب البصري الشهير بالماوردي، المحقق على محمد معوض، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، كتاب النذور، دار الكتاب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1419هـ 1999م ص463.

[2] ينظر سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الثالثة 1975م ص 50 مرجع سابق.

وحيث إن العقد الإداري يعرف بأنه اتفاق، فلا يكون بإدارة منفردة، وإنما نتيجة التقاء إرادتين، بمعنى أن العقد الإداري لا يوجد إلا بالتقاء إرادة الإدارة مع إرادة المتعاقد، سواء كان شخصاً عامًا أو خاصًا.

وحسب المبادئ العامة في نظرية العقود فإن الكتابة ليست ركنًا من أركان العقد ذلك أن الكتابة مجرد وسيلة لإثبات انعقاد العقد وشروطه، كذلك بهذه المبادئ، فإنه لا يشترط لانعقاد العقد الإداري أن يكون مكتوبًا إلا إذا اشتراط القانون ذلك ". [1]

وعلى هذا المفهوم استقر رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري حسبما جاء بالفتوى الصادرة عنها في 1997/12/24، والتي جاء بها أن العقد الإداري يقوم بتوافر الايجاب والقبول حتى لو كان غير مكتوب.

وقد أصلت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه بقولها إن عدم تحرير عقد إداري لا يعني عدم وجود علاقة تعاقدية لأن الوثائق المتبادلة بين الطرفين تدل على قيام هذه الرابطة التعاقدية حيث إن العقد المقدم من الشركة والشروط الواردة في الاعتماد المستندي المفتوح لصالحها تعتبر بمثابة عقد إداري ملزم للطرفين. [2]

---

[1] ينظر سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، الطبعة الثالثة 1975 ص 50 مرجع سابق.
[2] ينظر أحكام ومبادئ محكمة النقض المصرية ، المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم 5955 لسنة 43 ق.

الفرع الثاني: خصائص العقد الإداري وأنواعها:

أولاً: خصائص العقد الإداري:

الأصل في العقد أنه يستمد قوته من القواعد التي تحكم العلاقات الخاصة " القانون المدني " وفقًا لقاعدة: العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن الإدارة بحكمها تمثل المصلحة العامة، تتمتع بالسلطة العامة تجد نفسها كطرف أقوى، فتحتفظ لنفسها ببعض الامتيازات، وبذلك يصبح للعقد خصوصيات غير مألوفة في مراحل تكوينه وتنفيذه.

ولما كان للإدارة تصرفات مختلفة ففي بعض الأحيان تتصرف كفرد، وتخضع نفسها لقواعد القانون الخاص، وأحيانًا تتصرف وفق قواعد القانون العام، ولمعرفة المعايير التي يرتكز عليها العقد الإداري بين هذه التصرفات يمكن ذكر الخصائص الآتية:

1. **معيار الشرط الغير مألوف:** وهي البنود والشروط غير مألوفة في العلاقة التعاقدية العادية التي تخضع للقانون الخاص مثل حق إلغاء العقد دون سبب أو إخطار.

وكذلك حق إلغاء العقد دون تعويض وكذلك حق التصرف مع الشركة حسب النتائج التي تتحصل عليها هذه الشركة، ومبرر ذلك أن الإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، فتفرض بنودًا تخل بمبدأ المساواة بين أطراف العقد وهذا مظهر لسلطتها العامة.

ويبقى التساؤل حول مدى مشروعية هذه البنود والشروط في القانون الخاص؟

2. **معيار المرفق العام:** عندما تستهدف الإدارة في ابرامها لعقد مع الآخر تأمين تنفيذ أعمال المرفق العام قاصدة تحقيق المصلحة العامة التي هي المعيار الأساسي في تنفيذ العقد، تحقيقًا للهدف المنشود وهو تسيير المرفق العام. [1]

3. **معيار تكوين العقد من حيث الأطراف:** يجب أن يكون أحد أطراف العقد جهة عامة ممثلة في الدولة، كالوزير، أو المحافظ، أو عميد البلدية، أو مؤسسة، أو جهة ذات طابع إداري أي من اشخاص القانون العام.

---

[1] ينظر: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي، القاهرة ، الطبعة الثالثة 1975م ص 50 مرجع سابق.

4. **معيار تكوين العقد من حيث الصيغة والرقابة:**

أما أساليب إبرام العقود الإدارية فالأصل فيها أن تكون خطية أي كتابياً ويكون إبرام العقود الإدارية بإحدى الطرق الأتية:

- **المناقصة العامة:**

وهي التي يعلن عنها لجميع الجهات التنفيذية المؤهلة للتعاقد، والمسجلة لدى الجهة المختصة بالقيد والتصنيف. ووفق التخصص والفئة المناسبة للمشروع حسبما تنظمه لائحة قيد وتصنيف المقاولين بقصد الوصول إلى أصلح عرض.

وتكون المناقصة العامة داخلية يعلن عنها في الدولة، أو عالمية يعلن عنها في الداخل والخارج.

- **المناقصة المحدود:**

وهي التي يقصر الاشتراك فيها على جهات أو أشخاص يختارون من بين المقيدة أسماؤهم في السجلات المعدة لذلك، وفقاً لأحكام التشريعات النافذة.

- **الممارسة:**

وتقع بالاتصال المباشر بجهات أو أشخاص متخصصين في مجال الأعمال، أو الأصناف المطلوب التعاقد عليها من المقيدة أسماؤهم في السجلات المعدة لذلك بالجهة المختصة قانونًا وممارستها، للوصول إلى أفضل الشروط والأسعار للتعاقد.

5. **التكليف المباشر:**

ويكون بإصدار أمر الشراء أو التكليف بالأعمال لأدوات التنفيذ من قبل المختص بتوقيع العقود في الجهات التي تسري عليها أحكام لائحة العقود الإدارية المعمول به في الدولة.

- **المزايدات العامة:**

وتجري لبيع الأشياء وتتم عن طريق تقديم عطاءات للشراء أو بطريق المناداة، للوصول إلى أعلى الأسعار وفق الإجراءات التي تقررها اللوائح. [1]

- **معيار عدم المساواة وسلطة التعديل المنفرد:**

[1] ينظر لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007م المادة (8) منشورة في الجديدة الرسمية ، وزارة العدل ص (10،11).

المبدأ العام في أحكام الشريعة الإسلامية أن العقد شريعة المتعاقدين وملزم لأطرفه، إلا أن معيار تعديل العقد في القانون الخاص لا يتم إلا برضا الطرفين.

وأما في العقد الإداري، وتلبية للمصلحة العامة، وتاميناً لسير المرفق العام ويمكن للإدارة بإرادتها المنفردة إجراء تعديلات على العقد مع عدم تجاهل مصلحة الطرف الأخر.

كما أن التعديل يجب ألا يطال جوهر العقد أو أن يؤدي إلى تغيير جذري فيه.

ويجب أن لا تسئ التعديلات للحقوق المالية للطرف المتعاقد، الذي يجبر الإدارة على دفع تعويضات لجبر الضرر الذي لحقه للطرف المتعاقد معها.

ثانياً: أنواع العقود الإدارية

لقد قسمت التشريعات العقود الإدارية إلى مسماة وغير مسماة والعقود الإدارية بطبيعتها.

ولكن أشهر هذه التقسيمات العقود المسماة المتعارف عليها، ويقصد بالعقود المسماة تلك العقود الإدارية التي نظم القانون أحكامها ووضع لها نظامًا قانونيًا محددًا، وجعل لها اسمًا.

وهذه العقود توصف بأنها عقود إدارية، لأن القانون وصفها بهذه الصفة.

ويجب ألا تقع العقود غير المسماة تحت الحصر، لأنها متجددة ومتغيرة بتجدد الحاجات وتغيير الظروف في حين أن العقود الإدارية المسماة محددة على سبيل الحصر.

وأشهرها الآتي:

1. **عقد الامتياز أو عقد امتياز المرافق العامة:**

وهو عقد إداري يتولى بمقتضاه أحد الأشخاص القانون الخاص فردًا أو شركة، لتشغيل أحد المرافق العامة الاقتصادية لمدة محدودة على مسؤوليته، وبواسطة عماله وأمواله، مقابل رسوم انتفاع يدفعها المنتفعون بالمرفق.

وحيث يتميز هذا العقد بعدة خصائص يميزه عن غيره من العقود الإدارية، ومنها الآتي:

- عقد لا يرد إلا على المرافق الاقتصادية فهو لا يتلاءم مع المرافق الإدارية أو المرافق المجانية التي تقدم خدماتها بدون مقابل.
- عقد المقابل فيه لا تدفعه الدولة رغم أنها الطرف الثاني فيه، فيدفعه المنتفعون بخدمات المرفق.
- عقد الامتياز، له طبيعة مزدوجة عقدية ولائحية.

فالشروط المالية في العقد تعد شروطاً عقدية.

وأما الشروط اللائحية، فتختص بتنظيم المرفق وتشغيله.

وتعد هذه اللائحة الإدارة وحدها، ولها حق تعديل موادها وأحكامها متى تشاء، ويكون للمتعاقد معها حق الطعن عليها بطرق الطعن المقررة على القرارات الإدارية.

- عقد الامتياز، يوفق بين المصلحة العامة التي تهدف إلى حسن سير المرفق العام والمصلحة الخاصة التي تهدف إلى تحقيق الربح. (1)

2. عقد الأشغال العامة:

وهو عقد يبرم بين الإدارة وأحد المقاولين، سواء شخصاً أو شركةً، يقوم ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة، تحقيقًا للمصلحة العامة، وذلك بمقابل يأخذه المقاول نظير ما يقدمه للإدارة من أعمال.

ويشترط لاعتبار عقد الأشغال أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

- أن يكون محل العقد عقارًا مملوكاً للدولة أو إحدى الجمعيات ذات النفع العام.
- أن يكون الهدف من العقد تحقيق الصالح العام وليس الكسب المادي.
- يستوي في العقد أن يكون إنشاء عقار، أو هدمه، أو صيانته، أو ترميمه.

3. عقد التوريد أو النقل:

هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بأن يورد للإدارة منقولات بمقابل ثمن معين.

ويشترط في عقد التوريد الشروط الآتية:

- أن تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وذلك بهدف تحقيق الصالح العام.
- يختلف عقد النقل عن عقد الامتياز في أن النقل يمكن أن يكون لمدة أو عدة مرات، والمقابل تدفعه الإدارة، على عكس عقد الامتياز يكون العقد لمدة زمنية طويلة والمقابل يحصل من المنتفعين لا من الإدارة في صورة رسوم انتفاع. (2)

4. عقد تقديم خدمة:

وهو عقد تقديم المساعدة، بأن يتعهد فيه أحد أشخاص القانون الخاص أو العام بأن يساهم نقدًا أو يشارك في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة، كأن يعرض أحد الاثرياء أو أحد مجالس البلدية المساهمة في نفقات إنشاء جامعة إقليمية على سبيل المثال، فإذا قبلت الإدارة العرض، انعقد العقد، وأصبح المتعاقد ملزمًا بتقديم ما تعهد به.

---

(1) ينظر: هاني غانم – أنوع العقود الإدارية ، دراسة وصفية تحليلية القانون الإداري، سنة 2014م، ص257 وما بعدها.

إلا أن الإدارة ليست ملزمة بتنفيذ هذا العقد من جانبها، ولا يعتبر عدم التنفيذ من جانب الإدارة للعقد خطأ تعاقديًا يمكن أن يستتبع مسؤوليتها، وكل ما في الأمر أن المتعاقد معها يستطيع أن يتحلل من التزامه في هذه الحالة، إذا لم تقم الإدارة بالتنفيذ، فإذا قامت الإدارة بالتنفيذ، عليه الالتزام بالعقد، وعدم الرجوع فيه رغم أنه عقد من جانب واحد. [1]

5. عقد القرض:

وهو عقد يلتزم بمقتضاه إحد الشخصيات الخاصة أو العامة بإقراض الدولة مبلغًا معينًا مقابل سداده بعد أجل معين ، بالإضافة إلى الفائدة السنوية المحددة في العقد، وهو ما يعرف بسندات الإقراض .[2]

وينقسم عقد القرض إلى عدة أقسام:

- **عقد قرض إجباري:** هو العقد الذي لا يترك حرية الإرادة في إعطاء القرض من عدمه كالقروض التي تجريها الدولة في حالة الحرب والظروف الاستثنائية.
- **عقد قرض اختياري:** هو العقد الذي يترك للإرادة الفردية حرية في قبول الإقراض من عدمه.
- **القروض الداخلية:** وهي التي تجريه الدولة في داخل إقليمها مع الشخصيات الطبيعية أو المعنوية، وطنية أو أجنبية.
- **القرض الخارجي:** وهو العقد الذي تجريه الدولة بينها وبين أشخاص غير موجودين على إقليمها، أو في دول أجنبية، أو هيئات دولية، أو صندوق النقد الدولي.

ويتميز القرض الداخلي عن القرض الخارجي بالآتي:

- لا يزيد القرض الداخلي الثروة القومية، فهو مجرد نقل للقوة الشرائية من طريقة إلى أخرى.
- لا تؤثر القروض الداخلية على قيمة العملة الأجنبية، لأنه قرض بالعملة الوطنية.
- لا تمثل القروض الداخلية عبئًا على اقتصاد الدولة بعكس القروض الخارجية تمثل عبئًا على اقتصاد الدولة عند سدادها.

---

[1] ينظر: بلال زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر العربي ، سنة النشر 2012م، ص465.

([2]) وقد منع ذلك بموجب القانون رقم (1) لسنة 2013م بشأن منع التعامل بالربا .

– قد يؤدي عقد القرض الخارجي إلى آثار سياسية خطيرة تسمح للمقرض بالتدخل في الشؤون الداخلية للدولة. [1]

الفرع الثالث: أركان العقد الإداري وضوابطه:

مفهوم العقد بأنه اتفاق إرادتين أو أكثر، إما بقصد إنشاء علاقة قانونية، كإنشاء التزام، أو إنشاء حق عيني، وإما بقصد تعديل أو إلغاء علاقة قانونية للعقد الإداري موجودة من قبل.

أولاً: أركان العقد الإداري:

العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين على أحدث أثر قانوني، ويجب أن تنصب هذه الآثار على شيء يصلح لأن يكون محلاً للالتزام.

كما أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة.

وعلى هذا الأساس يكون للعقد ثلاثة أركان: وهي المحل، والسبب، والتراضي، بالإضافة إلى أن يكون كل من طرفي العقد متمتعًا بالأهلية اللازمة لانعقاد العقد، وأن تكون إرادة كل منها خالية من عيوب الرضى التي تفسد العقد.

وتعتبر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب شرطين أساسين لصفة العقد". [2]

الركن الأول: الرضى:

وهو توافق إرادتين، وينعقد العقد بتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما الإيجاب – والقبول، مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة يجب اتباعها.

الرضى بالنسبة للإدارة كطرف في العقد، يجب أن يكون صادرًا من الجهة المختصة بالتعاقد وفقًا للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل. [3]

وإبرام العقود بإسم الإدارة لا يملكه إلا أشخاص حددهم المشرع.

ووفقًا للقواعد العامة لا يجوز لهؤلاء الأشخاص أن يحلوا غيرهم في ممارسة هذا الاختصاص، كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته إلا في الحدود والقيود التي يضعها المشرع. [4]

---

[1] ينظر: هاني غانم – أنوع العقود الإدارية دراسة وصفية تحليلية القانون الإداري، سنة 2014م، ص257 وما بعدها مرجع سابق.
[2] ينظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد، ص 131.
[3] ينظر : عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ص 15 .
[4] سليمان الطماوي ، المصدر السابق ، ص 324 .

ومن جانب آخر لا يكفي وجود الرضى من جانب ممثل الإدارة فحسب، بل يقتضي أن يكون هذا الرضى سليمًا خاليًا من عيوب الرضى كالغلط، والتغرير، والإكراه، والغبن.

والقضاء الإداري يسلك مسلك القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من العيوب المذكورة.

ومن أوضح الأمثلة على ذلك : حكم مجلس الدولة الفرنسي في 26 من إبريل 1950 الذي أبطل عقدًا إداريًا ، بسبب الوقوع في الغلط ونصه : (حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية ، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة) [1]

ولما كانت الإدارة طرفًا في العقد الإداري ، لم يعد البحث عن إرادة ممثل الإدارة أمرًا مهمًا ، وذلك لأن إجراءات إبرام العقد الإداري كفيلة بالتأكد من وجود الإرادة ، ومن التعبير عنها أو من سلامتها من العيوب .[2]

الركن الثاني: المحل:

يقصد بمحل العقد: العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين، فيشترط به أن يكون موجودًا أو ممكنًا، معينًا أو قابلاً للتعيين ومما يجوز التعامل به.

والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن إلا ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية.

فمحل العقد يحدده الطرفان، غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة، استنادًا إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد.

ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية، وذلك بأن يكون محل العقد مما يجوز التعامل به، فإذا كان غير مشروع، فالعقد يعد باطلاً، لمخالفته للنظام العام.

وكذلك الحال بالنسبة لشروط صحة المحل الأخرى ، فإنها تخضع للقواعد العامة الواردة في مجال القانون المدني ، بالإضافة إلى ما تقتضيه في بعض الاحيان طبيعة العقود الإدارية .[3]

الركن الثالث: السبب:

لا يقع العقد صحيحًا ما لم يكن له سبب مشروع، والسبب سواء مباشرًا كان أم غير مباشر، ويفترض وجوده في كل عقد، إداريًا كان أم مدنيًا.

([1]) ينظر الطماوي ، المصدر السابق ، ص 360 .
([2]) ينظر : محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1977، ص 6-7 .
([3]) ينطر : عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، ص 16 .

وإذا خلا العقد منه، اعتبر باطلاً، لتخلف ركن من أركانه.

والحقيقة أنه من النادر أن ينعدم السبب في تصرفات الإدارة كما يندر أن تتعاقد الإدارة كون سبب أو بسبب باطل، وذلك لأن الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائمًا في تحقيق المصلحة العامة، وفي ضرورات تسيير المرافق العامة.

وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى ، ولمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها متى ما وجدت للعقد سببًا غير مشروع ، وذلك لمخالفته للنظام العام .[1]

الركن الرابع: الشكلية:

الأصل في العقود التراضي، ولا يشترط أن يكون العقد في شكل معين إلا إذا نصت النظم على ذلك.

فلو وهب شخص قطعة أرض إلى جهة إدارية معينة، وجب اتباع الشكلية المقررة لعقود بيع العقار التي تتمثل في التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري.

ولكن الملاحظ أن العقود الإدارية تمر بمراحل متعددة ، كإجراءات المزايدة ، والمناقصة ، وقرار الإرساء ، وتقتضي أن يكون العقد المبرم مكتوبًا .[2]

نخلص مما تقدم إلى أن العقد الإداري كالعقد المدني من حيث وجوب أركان العقد جميعًا، لينتج أثرًا قانونيًا.

ورأينا أن قواعد القانون المدني هي المرجع في ذلك، وهذا يعود إلى الأحكام الضابطة للعقد التي تستلزمها العدالة.

ولا يختلف في تطبيقها بين روابط القانون الخاص والعام.

ومن جانب آخر فإن بطلان العقود الإدارية أوسع نطاقًا من العقود المدنية، وذلك لتعلق العقود الإدارية بالصالح العام.

ثانياً: الضوابط العامة للعقد الإداري:

إن إرادة العاقد هي القادرة على إنشاء العقود، ولكن ليس لها تحديد الآثار والأحكام المترتبة على العقد.
وحيث إن أعمال العقود وفق الشارع إنما هي أسباب شرعية، رتب عليها آثارًا وأحكامًا، مقصودة منها.
فالعقود سواء كانت قديمة أو مستحدثة يجب أن تلتزم بضوابط وأحكام العقد.
وهي على سبيل المثال:

1. **مبدأ الرضا في العقد:**

([1]) ينظر : عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية ص 16 .
([2]) ينظر : الطماوي ، المصدر السابق ، ص 336 .

وهو مبدأ عام، والذي اعتبره الشارع أساسيًا للعقود، ويستمد ذلك من قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمنُوا لاَ تَأْكلُوا أَموْالَكمُْ بَينَكمُْ بِالبْاَطلِ إلاَّ أَنْ تَكوُنَ تجِاَرَةً عنَْ تَرَاضٍ مِنكْمُْ ۚ وَلاَ تَقتْلُوا أَنفُسكَمُْ ۚ إنِ اللَّهَ كاَنَ بكِمُْ رَحِيمًا** ﴾ النساء (29).

" وقد ذُكرت التجارة خصوصاً من بين سائر المعاملات وأسباب كسب الملك ، لكون أغلبها يقع بالتراضي أي رضي المتعاقدين فيما تعاقدوا عليه " [1]

وعن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إنما البيع عن تراضٍ" [2]

وعليه فالعقود التي لا تتحقق فيها الرضى تنعدم، ونهايتها البطلان.

2. **خلو العقد من الغرر:** والعقود المشتملة على الغرر هي عقود منهى عنها غير مشروعة ، لما لها من ضرر ، ولِما رواه سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم: " نهى عن بيع الغرر " [3]

والنهى عن الغرر إنما ورد لأجل الحفاظ على الأموال من الضياع، وحسمًا للخصومة والخلاف بين الناس.

3. **العدالة في العقد:** العدل مبدأ أصيلاً من أصول الشريعة الإسلامية، ومبدأ من المبادئ التي تقوم عليها العقود، ولذلك نهى النبي عن التطبيق في حق النفس بقوله تعالى: ﴿**وَيلٌ لِّلمُْطَفِّفِينَ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكتَالُواْ علَىَ ٱلنَّاسِ يَستَوفُونَ وَإِذَا كاَلُوهمُْ أَو وَّزَنُوهمُْ يُخسِرُونَ**﴾ المطففين (1,2,3). وكذلك النهي عن الربا بقوله تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ منَ الرِّبَا إن كنُتُم مُّؤْمِنِينَ**﴾ البقرة (278) وكذلك قوله تعالى: ﴿ **الَّذِينَ يَأْكلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إلاَّ كمَاَ يَقُومُ الَّذِي يَتَخبَّطُهُ الشَّيطَانُ منَ المْسَِّ ۚ ذَلكَِ بِأَنَّهمُْ قَالُوا إنِمَاَ البْيَعُ مِثْلُ الرِّبَا ۗ وَأَحلَّ اللَّهُ البْيَعَ وَحرَّمَ الرِّبَا ۚ فَمَن جَاءَهُ موَعْظِةٌ منِ رَّبهِِ فَانتَهىَٰ فَلَهُ مَا سلَفَ وَأَمرْهُُ إلَىَ اللَّهِ ۖ وَمَنْ عاَدَ فَأُولَٰئكَِ أَصحْاَبُ النَّارِ ۖ همُْ فِيهاَ خَالِدُونَ**﴾ البقرة (275)

ونهى الشارع أيضاً عن الغش، لما رأوه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا ". [4]

والعدل يعتبر من الأسس التي تحقق التكافل الاجتماعي، ومن ثم لزم أن تقوم العقود على العدل، لما لها من أثر في تحقيق مبدأ التكافل الاجتماعي.

4. **الاستقرار والثبات:**

---

[1] ينظر أبو السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى، إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم ، الناشر دار المصحف ، سنة النشر 2007م، (2،170)، و الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، أبو الحسن على أحمد الواحدي، تحقيق صفوت عدنان داودي، دار القلم الشاملة ، النشر 2011م، (261/1).

[2] ينظر: محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه ، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الخيار ح 2185 (737/2) من كتاب نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي.

[3] ينظر مالك بن انس بن مالك، الموطأ ، كتاب البيوع ، باب بيع الغرر ، 1345 (737/2) من كتاب نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي.

[4] ابوالحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم 1012 (99/1) مرجع سابق.

والمراد بالاستقرار: عدم التذبذب، أي تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقود بتقبل الآثار الشرعية المترتبة عليها، ولذلك أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود، تحقيقًا للاستقرار والاطمئنان، لقوله تعالي: ﴿ **أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ **المائدة (1).**

5. تحقيق المصلحة المشروعة للطرفين:

من المعلوم أن العقود شرعت لتحقيق مصالح العباد، والعقد الخالي من أي مصلحة مشروعية يعتبر عبثًا، لا يصح كما لا تصح العقود المحققة للمصلحة غير المشروعة، كالتعاقد على مالا يعتبر مالاً، أو لا يجوز الانتفاع به شرعاً، أو اشترط في هذه العقود ما ينافي مقصود الشارع، أو مقتضى العقد.

6. عدم مناقضة مقصد الشارع:

وهذا يتطلب أن يكون الباعث على التعاقد مشروعاً في نفسه، وليس حيلة للوصول إلى محرم أو أسقاط واجب، لأنه لو كان كذلك، فقد زالت عنه صفة الشرعية، والعقد إذا كان ذريعة إلى محرم كالربا ينبغي إبطاله، لمناقضته قصد الشارع.

فالمكلف مطلوب منه أن يجري أفعاله وفق مقاصد الشارع ولا يخالف ذلك.

المبحث الثاني

عقد الصيانة خصائصه وأنواعه وأركانه وضوابطه

يتناول هذا المبحث عقد الصيانة باعتباره من العقود المستجدة ومن القضايا المستحدثة التي تحتاج إلى بيان مفهوم أحكامه وأنواعه لأنها أصبحت كثيرة في ظل التقدم الصناعي على الصعيد العالمي خصوصاً مع وجود التكنولوجيا الحديثة التي تعد عنصر هاماً التي تحتاج إلى صيانة دورية.

فعقود الصيانة التي تجري على المباني والمصانع التي هي من العقود المستجدة في وقتنا الحاضر. في ظل التطور الصناعي الحاصل في عالمنا المعاصر أصبحت مصالح الناس، والشركات، والمصانع في حياتهم الصناعية والاقتصادية، والاجتماعية بعد دخول الآلة في كافة مناحي الحياة الإنسانية، هذا ما حمل المنافسة الاقتصادية على أن تفرض نفسها لتطبيق هذه العقود في كل الميادين والمجالات.

ولم تتوقف عند الجانب الاقتصادي والإنتاجي فقط بل تعدت إلى كثير من جوانب الحياة كوسائل النقل البري والبحري والجوي.

ومن هنا يظهر أهمية الحاجة إلى دراسة عقد الصيانة، وخصائصه، وأنواعه، وأركانه، وضوابطه.

والذي خصص هذا المبحث وفيه مطلبان: التي تتم التعاقد من أجلها بعقود مستحدث لم يتناولها بمفهومها الشرعي الحديث ومن خلال دراسة عقد الصيانة وخصائصها وأنوعها وأركانها وضوابطها.

حيث يتناوله المبحث الثاني وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عقد الصيانة خصائصه وأنواعه.

والمطلب الثاني اركان عقد الصيانة وضوابطه.

المطلب الأول

عقد الصيانة خصائصه وأنواعه

ويتناول هذا المطلب التعريف بمفهوم عقد الصيانة، وخصائصه، وأنواعه في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم عقد الصيانة وخصائصه:

أولاً: تعريف عقد الصيانة:

عقد الصيانة مركب من لفظين (عقد – صيانة) ولمعرفة حقيقة ذلك المصطلح يجب الوقوف على معنى كل لفظ من اللفظين المكونين له.

وأما تعريف الصيانة من حيث اللغة والاصطلاح فهي كما يلي:

الصيانة لغة:

" الصيانة مصدر من الفعل صان يصون صونًا وصيانة بمعنى الحفظ، تقول صنت الشيء إذا حفظته، وصانه حفظه، فهو مصون ونادرًا ما يقال: مصوون وهي لغة تميمية، ولا يقال: أصانه فهو مصان، وهي لغة العامة، وكذلك قولهم: منصان فإنها منكرة، وصوُان الثوب وصانه بضم الصاد أو بكسرها ما يصان فيه أي ما يحفظ فيه ". [1]

والأصل في مصون مصوون نقلت حركة الواو إلى ما قبلها فاجتمعت واوان ساكنتان، فحذفت إحداهما. [2]

الصيانة اصطلاحًا:

الصيانة كمصطلح مفرد اختلف مفهومها وتبدل حسب الزمان والمكان، وتعدد أنواعها وأساليب وطرق تنظميها.

أما المفهوم الحديث للصيانة، فيمكن الوقوف عليه من خلال النظر في تعريفات أهل الاختصاص من المهندسين والفنيين وغيرهم. لاسيما أنه يوجد اضطراب في الصيانة أصبح لها معايير ودراسات خاصة بها تتناولها من البعد الاقتصادي، والإداري، والتخطيط لإدارة الانتاج.

---

[1] ينظر محمد بن أحمد الأزهري، المحقق محمد عوض مرعب، تهذيب اللغة (242/12) طبعة الأولى ، الناشر دار الاحياء 2001م ، التراث العربي، أحمد بن فارس بن زكريا الحسين بن فارس، المحقق: عبد السلام هارون ، طبعة دار الفكر ، سنة النشر 1399هـ 1979م معجم مقاييس اللغة (324/3) زين الدين أبوعبدالله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح (ص375).

[2] ينظر: القاسم بن على بن محمد الحريري، تحقيق عبدالحفيظ فرغلي على القرني، درة الغواص في أوهام الخواص، مكتبة التراث الإسلامي سنة النشر 1417هـ 1996م، ص70.

وفيما يلي بعض التعريفات وفق الاعتبارات:

- هي مجموعة الإجراءات وسلسلة العمليات المستمرة التي يجب القيام بها بهدف وضع الآلة في وضع الاستعداد التام للعمل. [1]
- هي إصلاح التلف الناتج عن الاستعمال، وكذلك الوقاية من هذا التلف، لتجنب وقوعه والمحافظة على القدرة لأداء العمل بشكل اقتصادي. [2]
- هي مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها. [3]
- وعرف بأنها المحافظة على الأصل وإصلاحه لضمان استقرار انتاجه. [4]

يظهر معنى الصيانة عند المحاسبين من خلال تعريفهم لمصاريف الصيانة على أنها كل ما يتفق على الأصول لبقائها صالحه للعمل، ولمنع التناقص المبكر في عمرها الإنتاجي، ويتم تحميلها على حساب مصروفات السنة المالية التي تمت بها. [5]

والملاحظ من التعريفات السابقة للصيانة وإن اختلفت في عباراتها إلا أنها لا تتفاوت فيما بينها في المضمون فالمعنى الذي تحمله كل هذه التعريفات هو المحافظة على استمرارية المشروع: منشأة كانت أو آلة، أو غير ذلك في سبيل المحافظة على الكفائة الإنتاجية بأقل جهد ووقت وتكلفه.

ومن المعلوم أن المحافظة على استمرارية الإنتاج تتحقق بالوقاية من التلف المتوقع حدوثه، أو بإصلاحه عند وقوعه، وبحماية الآلة من التآكل والتقادم مع الزمن باستبدال القطع التالفة بقطع سليمة.

ولعل الدافع وراء اهتمام الاقتصاديين والمحاسبين والفنيين وغيرهم بموضوع الصيانة يبرز من خلال إدراك أن السياسات الإنتاجية الأساسية الحديثة ترتبط بالمنافسة الشديدة في سوق الإنتاج الذي يعتمد على جودة المنتج ووفرته وتكاليف إنتاجه.

هذا كله مرتبط بمجالات الصيانة وتخفيض مخاطر توقف الآلات والمعدات عن العمل.

تعريف عقد الصيانة اصطلاحاً:

أما عقد الصيانة كمركب إضافي واسم على علم، فلم يعرف في الفقه الإسلامي، وإن كانت له أصول في عقد البيع، وهو الالتزام بخيار العيب.

---

(1) ينظر: خطوات تطبيق الصيانة الصحيحة في منشاة، مقال منشور على شبكة العنكبوتية، موقع مركز المدينة للعلم والهندسة.

(2) ينظر: أحمد طرطار، الترشيد الاقتصادي للطاقات الانتاجية في المؤسسة الاقتصادية ، النشر الجزائر ، سنة النشر 1993م ص22.

(3) ن ظ ر: محمد رواس قلعجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء ، الناشر دار النفائس ، الطبعة الثانية سنة النشر 1408هـ 1988م، ص279.

(4) ينظر: كتاب التوثيق لندوة إدارة الصيانة في الأجهزة الحكومية، معهد الإدارة العامة الرياضي، طبعة الأولى، مطبعة الرياض للنشر، السعودية، بلا سنة نشر، ص143.

(5) ينظر: فريد راغب النجار، إدارة الانتاج والعمليات والتكنولوجيا، الناشر مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر، الإسكندرية ، مصر، سنة النشر 1997م، ص349.

وليس لفقهائنا المتقدمين رأي فيه ، إذا خلت كتب التعريفات الفقهية من تعريف ذلك المصطلح ، وهذا ما أشار إليه مجموعة من العلماء المعاصرين[1] ".

نشأ عقد الصيانة مع اكتشاف الالة، ودخولها في عملية الإنتاج، وغدت المنافسة التجارية والاقتصادية شديدة وقوية جدًا مما فرض على أصحاب المصانع وغيرهم الذين يستخدمون الآلة أن يحافظوا على كفاءة الآلة واستمرارها في قدرتها الإنتاجية طول عمرها الافتراضي حسب مواصفات التصنيع وهذا يستلزم الأخذ بالاحتياطات اللازمة لمنع ودرء أي خلل أو عطل من أن يلحق بالآلة، أو لتجاوز وتدرك أي خلل أو عطل لحق بها، وإعادتها إلى قدرتها وكفاءتها الإنتاجية المعهودة فكان عقد الصيانة الذي جاء ليعالج هذا الموضوع. [2]

ومن خلال البحث والنظر في كتب الفقه والقانون عن معنى عقد الصيانة، لم أقف على معنى خاص به، وربما يعود ذلك لكون عقد الصيانة من العقود المستحدثة.

وقد اقترح بعض الفقهاء المعاصرين تعريفات لهذا العقد حسب رؤيتهم وتكييفهم له.

ويمكن استعراض بعض التعريفات ومناقشتها، للوصول إلى تعريف يلائم طبيعة وحقيقة عقد الصيانة، بحيث يكون جامعًا مانعًا.

ومن أهم التعريفات ما يأتي:

- **كما يعرف عقد الصيانة:**

" هو عقد معاوضة بين اثنين، يقال للأول منهما الصائن، والثاني المصون له، يقدم الصائن عملاً يتفق عليه، وتحدد أوصافه، وزمانه فيه وموضوعه جعل آلة معينة أو عقار معين أو غير ذلك للمصون له يستمر سليمًا منتجًا لمنافعه المعتادة، وذلك عن طريق مراقبته دوريًا واصلاحه عند العطب، بمقابل بدل معين من المال يدافعه المصون له للصائن في أول العقد دفعه واحدة، أو على أقساط يتفق على مقدارها وزمانها في العقد ". [3]

أوجه الاعتراض على التعريف:

1. اعتُرضَ على هذا التعريف بأنه لا يعرف حقيقة وطبيعة عقد الصيانة ببيان ماهيته، وإنما هو شرح لأنواع عقود الصيانة.
2. إن الأصل في تعريف أن يكون موجزًا وبألفاظ مختصرة تمنع دخول غير المعرفَّ وتسمح بدخول جميع أفراده، ليكون التعريف جامعًا، مانعًا، ما وجه الغياب من جهة كون غير مانع؟

---

[1] ينظر: فريد راغب النجار، إدارة الإنتاج والعمليات والتكنولوجيا ص349. مرجع سابق.

[2] ينظر: محمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (11) ص12.

[3] ينظر أحمد حجي الكردي، بحوث وفتاوي فقهية معاصرة، الناشر دار السلام الإسلامية ، سنة النشر 1999م ص264.

3. إن التعريف غير جامع إذ إن هناك صورة من عقود الصيانة لا يتناولها التعريف مثل عقود الصيانة التبعية، لأنها تتبع عادة عقود أخرى كعقد البيع.

نخلص إلى أن التعريف يمكن أن يكون بالحد أو الرسم، ومعظم التعاريف هي من قبيل الرسم لا من قبيل الحد، والمقصود من التعريف هو نوع من البيان والتوضيح في حدود إمكانيات واضع التعريف. [1]

- **التعريف الثاني لعقد الصيانة:**

" عقد بين طرفين بمقتضاه يلتزم أحد المتعاقدين بصيانة شيء مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ". [2]

- **التعريف الثالث لعقد الصيانة:** "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصيانة شيء لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". [3]

أوجه الاعتراض على التعريفين:

1. أن فيهما ما يجتنب عادة في التعريفات، وهو الدور، لاشتمالهما على جزء من المعرفَّ وهو لفظ صيانة " إذْ هو تعريف للشيء بنفسه، فتوقف معه المعرفَّ على معرفة التعريف، مع توقف معرفة التعريف على معرفة المعرفَّ، وهذا يبطل التعريفيين.

كما أن القواعد المنظمة للتعاريف تقرر أن التعريف ينبغي أن يكون أكثر وضوحًا من المعرفَّ. [4]

2. إن كلا التعريفين غير متناولين لجميع صور عقود وأنواع الصيانة.

فأحدهما تناول صيانة الآلات فقط، مع أن الصيانة تجري على غير الآلات كالعقارات مثلاً.

وكلاهما لم يتناولا عقد الصيانة المصاحب ببيع قطع الغيار أو عقود الصيانة التبعية.

نستخلص من التعريفين أن استعمال لفظ الصيانة في التعريف إنما هو استعمال للفظ في معناه اللغوي مع أن المعنى الشرعي لا يختلف عن المعنى اللغوي، فلا لزوم للاعتراض. [5]

إن تعريف عقد الصيانة ليس المراد منه تعريف حتى يرد الاعتراض فالصيانة معناها واضح، وإنما المراد تعريف الصيانة، ولذلك يجب أن يذكر في تعريفه شيء ويدخل فيه كلمة الصيانة الواضحة، فلا يرد عليه إشكال الدور أو أنه تعريف للشيء بنفسه. [6]

---

[1] ينظر محمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 11 البحوث الخاصة بعقود الصيانة ص271 مرجع سابق.

[2] ينظر: يوسف قاسم، تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة، بحث من بحوث الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، منشورة في مجلة الاقتصاد الإسلامي ص 194.

[3] ينظر: الصديق محمد الأمين الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11 ص107.

[4] ينظر عمر عبد العزيز، منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة الفقه الإسلامي، العدد 11، ص244.

[5] ينظر الصديق محمد الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 11 ص248.

[6] ينظر آية الله التسخيري، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة الفقه الإسلامي، العدد 11، ص267.

- **وعرف عقد الصيانة**:

"الاتفاق في عقد مستقل أو ضمن عقد معين بين الشركة أو المتخصص وبين صاحب المال للقيام بخدمات الإدامة ".

وكلاهما لم يتناولان عقد الصيانة المصاحب ببيع قطع الغيار أو عقود الصيانة التبعية. [1]

- **التعريف الخامس لعقد الصيانة:**

" بأنه عقد يلتزم الخبير الفني بالقيام على الآلات والتجهيزات في مدة محددة قيامًا يحقق أداءها لوظائفها بكفاءة ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه أن لم تكن ملتزمة من البائع ". [2]

أوجه الاعتراض على التعريفيين:

اعترض عليهما بأن كليهما لم يشملا جميع صور عقود الصيانة، كالصيانة العلاجية الطارئة التي تكون لمرة واحدة، ويتم فيها إصلاح العين المراد صيانتها بعد إصابتها بالعطب.

كما أنهما لم يتناولا الصيانة التي يلتزم فيها الصائن بقطع الغيار إلى جانب العمل أو عقود الصيانة التبعية.

التعريف السادس لعقد الصيانة:

جاء في قرار الفقه الإسلامي أن عقد الصيانة:

" هو عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل وبالمواد ". [3]

أوجه الاعتراض على التعريف:

اعترض عليه بأنه تعريف غير جامع، لأنه وإن كان قد اشتمل على عدة صور لعقود الصيانة ومنها الصيانة العلاجية الدورية إلا أنه لم يشمل الصيانة العلاجية الطارئة التي تكون لمرة واحدة ويتم فيها إصلاح العين المراد صيانتها بعد إصابتها بالعطب.

كما أن التعريف لم يتناول الصيانة التشغيلية فضلاً عن الصيانة التي يلتزمها البائع لترويج سلعته وتحفيز المستهلكين لشرائها.

---

[1] ينظر آية الله التسخيري، حسن الترابي، عقود الصيانة وتكيفها الشرعي، بحث منشور في مجله مجمع الفقه الإسلامي العدد 11، ص126 مرجع سابق.

[2] ينظر محمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي العدد 11، ص13،14 مرجع سابق.

[3] ينظر: قرار رقم (94) (11/6) للمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، ص279 مرجع سابق.

التعريف المقترح:

نظرًا لوجود اعتراضات على التعريفات الواردة يمكن لنا تعريف الصيانة بتناول جميع صور عقود الصيانة، وفق الآتي:

"عقد الصيانة هو عقد معاوضة يلتزم فيه طرف بالمحافظة على كفاءة عين لطرف آخر للقيام بوظيفتها المعهودة، بمراقبة أدائها واصطلاح أعطابها مع توفير المواد اللازمة لتحقيق ذلك عند التزامه، أما لمرة واحدة وإما في خلال فترة معينة مقابل عوض معلوم".

ومن خلال الشرح التالي للتعريف المقترح تتضح شموليته كما يلي:

عقد: سواء كان عقد معاوضة أو عقد تبرع، سواء كان ناشئًا عن إرادة منفردة أو ناشئًا عن ارتباط إرادتين.

المعاوضة:

قيد في التعريف، تخرج به عقود التبرع، وكل العقود الناشئة عن إرادة منفردة، لأن تقييد العقد بأنه عقد معاوضة يجعله متناولاً كل عقد ناشئ عن ارتباط إرادتين، وفيه التزامات متبادلة، وهذا القيد يصدق على عقود البيع، أو عقود الإجارة أو عقود الاستصناع، أو عقود الصيانة، وغيرها من عقود المعاوضات.

يلتزم فيه أحد الأطراف بالمحافظة على كفاءة عين لطرف آخر للقيام بوظيفتها المعهودة، ومراقبة أدائها، وإصلاح أعطابها.

وهذا القيد يخرج عقد البيع والإجازة وغير ذلك من عقود المعاوضات ويبقى عقد الصيانة فقد يكون عقدًا أصيلاً أو تابعًا، لأنه يوضح طبيعة محل العقد، وهو موضوع التزام أحد العاقدين (الصائن).

ولفظ " عين " جيء به: ليشمل صيانة أي شيء سواء الآلات، أو العقارات، أو الأجهزة، أو غير ذلك من الأعيان التي تحتاج إلى صيانة.

" كما أن لفظه التزام لتشمل أنواعاً عدة من الصيانة، وذلك وفق ما يلي: إن القول: بالمحافظة على كفاءة عين لطرف آخر للقيام بوظيفتها المعهودة ومراقبة أدائها هو تعبير عن الصيانة التشغيلية والصيانة الوقائية ".

أما القول: (بإصلاح أعطابها)، فهو تعبير عن الصيانة العلاجية، أو الصيانة الطارئة، والصيانة الشاملة.

كما يدخل في التعريف التزام البائع بصيانة المبيع، لأن البائع لا يقدم هذه الخدمات تبرعاً وإنما يقدمها لمن يشتري منه، فتعتبر هذه الخدمة إما جزء الثمن وإما الالتزام بخيار العيب، ومن ثم يمكن أن تنشأ مثل هذه الالتزامات والتعهدات عن طريق عقود مستقلة، أو على شكل شروط تابعة لعقود أخرى كعقد البيع أو الاستصناع أو الإيجار.

وعادة ما تكن هذه العقود لفترة محددة فهي عقود دورية.

ومعنى: (مع توفير المواد اللازمة لتحقيق ذلك عند التزامها) أنه قيد جيء به، ليدخل في التعريف بعض صور عقود الصيانة التي يلتزم فيها الصائن بتوفير قطع الغيار أو المواد اللازمة للصيانة كالزيوت، والشحوم، أو غير ذلك من الآلات، أو الأجهزة التي يحتاجها لمراقبة أداء الأعيان المراد صيانتها أو لإصلاح أعطابها.

وتكون تكلفة ذلك على صاحب العين، فيقدم للصائن في هذا النوع من عقود الصيانة العمل والمواد وهذا في مقابل عقد الصيانة التي يقدم فيها الصائن العمل فقط.

وقولنا: (لمرة واحدة أو خلال فترة زمنية) هذا القيد يفيد أن عقود الصيانة أما أن تكون عقود صيانة طارئة إسعافيه تنتهي بإصلاح الخلل أو العطل المفاجئ، وهذا النوع من الصيانة يكون لمرة واحدة أو حسب الطلب ويتم الاتفاق على القيام بها لحاجة طارئة وينتهي العقد بانتهاء العملية، وإما أن تكون عقود الصيانة دورية يتم الاتفاق فيها على أن تكون الصيانة لفترة محدودة يتم خلالها إجراء أعمال الصيانة دورية ومتكررة، وعند الحاجة وهي عادة ما تكون صيانة وقائية مخططة أو صيانة تصحيحية مبرمجة أو صيانة تشغيلية. [1]

وقولنا: (مقابل عوض معلوم) هذا لقيد جيء به للتأكيد على أن عقد الصيانة ركن من عقود المعاوضات، ولبيان أن ما التزم به الطرف الأول، وهو الصائن يقابله عوض معلوم يلتزم بدفعة الطرف الثاني، وهو المالك، أو صاحب العين المراد صيانتها.

من خلال التعريف المختار يمكن القول إنه يتضمن الآتي:

1. الخدمة التشغيلية للآلات والأجهزة، وهذه عرض تقدمه الشركات المصنعة لزبائنها الذين يشترون منتجاتها، خاصة إذا كانت هذه الآلات معقدة تحتاج إلى خبراء وفنيين لتشغيلها.
2. المراقبة الدورية لأداء الآلات والأجهزة والعمل على الحفاظ على كفاءتها الإنتاجية، وقد يلزم مع العمل استبدال بعض قطع الغيار التي تعد فاعلة أو تقلل من جودة الانتاج أو كمية المعتادة.
3. الاصلاحات المتكررة أو الطارئة للأعطال الحاصلة أما بسبب سوء الاستعمال إما فعل الغير وإما بسبب عيب في العين المراد صيانتها.
4. تقديم قطع الغيار أو المواد اللازمة للصيانة.
5. العوض الذي التزمه المالك أو صاحب العين المصانة مقابل عمل الصائن فقط أو مقابل العمل والمواد اللازمة للصيانة.

ثانيًا: خصائص عقد الصيانة:

---

[1] ينظر: محمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، العدد 11، ص13-14 ومابعدها مرجع سابق.

من خلال النظر إلى عقد الصيانة وما يتضمنه من شروط، تبين أنه يمتاز بمجموعة من الخصائص عن غيره من العقود.

1. **عقد رضائي:** يعتبر عقد الصيانة كغيره من عقود المعاملات قائمًا على عنصر الرضا، إذ يتوقف هذا العقد على رضا الصائن والمصون له مصدقًا **لقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾** النساء (29)

ولحديث النبي صلى الله عليه وسلم " إنما البيع عن تراضٍ ". [1]

2. **عقد معاوضة:** يعد عقد الصيانة من عقود المعاوضة إذ إن كلا المتعاقدين سواء كان الصائن أو المصون له يقصد الحصول على منفعة مقابل عوض يبذله للآخر. [2]
3. **عقد إذعان:** إذا تم إبرام عقد الصيانة بطريقة المناقصات فإن المصون له يستقل بوضع شروطه مسبقًا وليس للصائن إلا أن يقبل العقد كاملاً أو يرفضه كاملاً، دون أن يكون لديه الحق في تعديل هذه الشروط، وهذا هو معنى الإذعان.

ومع ذلك فإن عقود الصيانة التي يتم إبرامها بالممارسة أو الاتفاق المباشر قد يملك الطرفان التفاوض على شروطها وتعديلها.

4. **عقد مركب:** قد يكون عقد الصيانة عقدًا أصليًا مستقلاً ومنفردًا ولا يتضمن إلا العمل فقط.

وقد يتضمن عقد بيع قطع غيار إلى جانب العمل، فيكون مركبًا من عقدين: عقد صيانة وعقد بيع.

وقد يكون عقد الصيانة عقدًا تبعيًا، كعقد ضمان وصيانة المبيع إلى جانب عقد البيع، أو صيانة المستصنع إلى عقد الاستصناع، أو صيانة العين المؤجرة إلى جانب عقد الإجارة، أو الصيانة في عقد المقاولة، فتجتمع عدة عقود في عقدًا واحد فيكون عقدًا مركبًا أيضاً.

5. **عقد ملزم:** إن عقد الصيانة من العقود اللازمة، وليس من العقود الجائزة بحيث إنه إذ تم ابرام العقد بين الصائن والمصون له، فلا بد من لزوم وفاء كل منهما بما التزم به، إلا إذا اتفقا على فسخه، أو تضمن العقد شرطاً بذلك.
6. **عقد فيه جهالة:** إن محل العقد في عقود الصيانة قد يكون بعضه عملاً ويكون البعض الآخر مواد وقطع غيار، وهذه الأشياء يصعب تحديدها ، ويترتب على ذلك جهالة : إما في مقدار العمل المطلوب وإما جهالة مقدار قطع الغيار المطلوب استبدالها وفي أثمانها عند الحاجة إليها وإما جهالة في كمية المواد الاستهلاكية ، وفي اثمانها ، ومواعيد احتياجها ، وإما جهالة في الآلات الخاضعة لعقد الصيانة ، وإما جهالة في معيار الصيانة ، وإما جهالة تحمل الصائن تدريب العاملين ، وإما جهالة التطورات الفنية المتعلقة ببرامج الحاسوب ، وأثمانها ، ومواعيد اكتشافها ، وإما جهالة في الآلات اللازمة للقيام بأعمال الصيانة .

---

[1]) ينظر محمد بن حبان بن أحمد التميمي بن حبان، تحقيق شعيب الارنؤوط ، 4967 (340/11) الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، سنة النشر 1414هـ 1993م، سليمان بن الأشعب أبوداود، تحقيق محمد محي الدين عدبالحميد، سنن أبي داود ، كتاب الاجارة باب خيار المتابعين ح 3458 (273/3) الناشر دار الفكر بيروت.

[2] ينظر: منذر قحف، عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، ص150وما بعدها.

7. **عقد احتمالي:** إن الطابع الاحتمالي لعقد الصيانة امر قائم، ويدرك ذلك من خلال احتمالية وقوع الخلل أو العطل في العين محل العقد، إذ يمكن أن تتعدد حالات وقوع الأعطال، ويمكن ألا تقع أعطال ألبتة طوال مدة العقد، ويمكن تقليل نسبة المخاطر، نتيجة لهذا الطابع الاحتمالي.
8. **عقد معلق:** إن التعليق في عقد الصيانة تمثل في كون خدمات الصيانة متعلقة بطروا أو وقوع أعطال، أو تلف للعين المراد صيانتها، فمتى وقع العطل وجب على الصائن حينها تقديم خدمات الصيانة وهذه الخاصية لا تنطبق إلا على عقد الصيانة العلاجية الدورية.
9. **عقد زمني محدد:** بمعنى أن الالتزام في غالب عقود الصيانة كالصيانة الدورية صيانة وقائية كانت أو صيانة علاجية أو صيانة شاملة لتقديم خدمات الصيانة تأتي محددًا بأجل مسمى، إذ قد يتم الاتفاق بين طرفي العقد على أن يستمر العقد لمدة خمس سنوات أو ثلاث سنوات.

وبانتهاء المدة ينتهي العقد، وقد يتم الاتفاق على الاستمرار في العقد لسنة واحدة، وللطرفين تجديد العقد لمدة أخرى بنفس الشروط، أو يتفقان على صيغة جديدة وشروط جديدة. [1]

كما أن هناك عقود الصيانة الطارئة أو العلاجية غير الدورية غير محدد بأجل، وإنما يكون العقد فيها بعد وقوع العطل، ولمرة واحدة، وينتهي بانتهاء العطل، وعملية إصلاحه.

10. **عقد مستمر "متراخ":** إن عقد الصيانة في الغالب ليس عقدًا فوريًا بل هو عقد تحصل فيه المنفعة على فترات، ويستمر فيه العمل لفترة، كالإجارة على مدى فترة زمنية معينة.
11. **عقد ذو طبيعة تأمينية:** إن المقصود في عقد الصيانة هو مواجهة العطل والخلل يمكن أن يحصل في المستقبل بالعين المراد صيانتها، وهذه الأمور غير معلومة عند التعاقد سواء كان العمل وحده أو العمل والمواد وقطع الغير هو محل العقد.

وهذا الأمر يجعل عقد الصيانة شبيهًا بعقد التأمين، لأنهما يقومان على فكرة تحويل تكلفة المخاطر المستقبلية المجهولة إلى ثمن معلوم.

والصائن في عقد الصيانة يقابله المؤمن " شركة التأمين " في عقد التأمين، والعوض الذي يلتزمه المصون له يقابله قسط التأمين الثابت الذي يلتزمه المؤمن، والمبلغ الذي تدفعه شركة التأمين كتعويض عن الخطر المؤمن منه يقابل ما يبذله الصائن من تكلفة إصلاح ما يطرأ من عطل أو خلل للعين المراد صيانتها.

ويلاحظ مما سبق فارقًا بين عقد التأمين وعقد الصيانة، ويتمثل ذلك في موضوع العقد، إذ يكون التعويض المالي عن الأضرار الناجمة عن الخطر المؤمن منه هو موضوع العقد في عقد التأمين، بينما إصلاح الأعطال الطارئة هو موضوع العقد في عقد الصيانة.

بمعنى آخر تكون المبادلة في عقد التأمين بين مالين: مال يدفعه المؤمن مقابل مبلغ التأمين الذي يدفعه المؤمن.

---

[1] ينظر: منذر قحف، عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، ص 155 ومابعدها مرجع سابق.

أما عقد الصيانة فتكون المبادلة بين مال يدفعه المصون له مقابل عمل فقط، أو عمل وسلع يقدمها الصائن.
ومن الوضح أن هذه لا تنطبق على عقود الإصلاح البسيطة التي تكون فيها الأعطال وقطع الغيار المطلوبة معروفة بعد الفحص والتشخيص، وكذلك مدة الإصلاح والقيمة المدفوعة معلومة لكلا الطرفين. [1]

12. **عقد ذو إلزام قانوني:** إن جميع دول العالم لا تكاد تشريعاتها وقوانينها تخلو من مواد قانونية تلزم مواطنيها أو الشركات ببعض أنواع الصيانة، كصيانة السيارات، أو الطائرات، أو غيرها من الآلات حتى يتمكنوا من الحصول على الترخيص اللازم لعمل هذه الآلات.
13. **عقد مستحدث:** يعتبر عقد الصيانة من العقود المستحدثة ولم تكن معروفة عند الفقهاء المتقدمين. [2]

الفرع الثاني: أنواع عقود الصيانة:

تختلف عقود الصيانة باختلاف أنواعها من حيث أعمالها.
وهذه الأعمال تتغير صورها وأشكالها بتغير الزمان والمعطيات العلمية الجديدة، فبعض العقود تقتصر على العمل فقط، وقد يضاف إلى العمل استئجار آلات لاستعمالها في بعض الأعمال الأخرة، وقد يضاف إلى ذلك قطع غيار تحتاج إلى استبدال.
كما أن عقود الصيانة تختلف بحسب شكل التعاقد إذا كان في عقد مستقل أو كان شرطاً في عقد آخر.
كل ذلك يتضح بعرض أنواع عقود الصيانة.
تختلف أنواع عقود الصيان بحسب الاعتبارات التي تراعى فيها، فإن الاتفاق على الصيانة يمكن أن يأخذ صورًا وأشكالاً متعددة، فيمكن الاتفاق على الصيانة أن يكون ضمن شرط البيع، أو الإيجار، أو الاستصناع، ويمكن أن يكون الاتفاق على أن يكون العقد مستقلاً.
وغير ذلك من الاعتبارات المذكورة فيما يلي :[3]

أولاً: أنواع عقد الصيانة باعتبار تكوينها عقودًا أصلية وعقودًا تابعة:

1. عقود الصيانة الأصلية "المستقلة ":

" وهي تلك العقود التي يتم فيها الاتفاق على الصيانة كعقد مستقل بين صاحب العين (المالك) المراد صيانتها وبين الخبير الفني المتخصص " الصائن " يتعهد الأخير بموجب ذلك العقد بتقديم خدمات الإدامة في فترات معينة، وتبديل قطع الغيار عند الحاجة في مقابل أجره معينة إلى مدة معينة.

---

[1] ينظر: منذر قحف، عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، ص 155 ومابعدها مرجع سابق.
[2] المرجع السابق.
[3] ينظر: آية الله التسخيري، عقد الصيانة، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي العدد (11) ص127، وما بعدها مرجع سابق.

وعقود الصيانة الأصلية متعددة بحسب تعدد موضوعها.

ويمكن ذكر أهمها في الآتي:

- **الصورة الأولى:** أن يتعهد الصائن بتقديم خدمة الصيانة (العمل) بأجره متفق عليها، وإذا لزم الأمر استبدل قطع الغيار اللازمة، بشرط أن يقوم مالك العين المراد صيانتها بشرائها من طرف ثالث خارج عن عقد الصيانة. [1]
- **الصورة الثانية:** أن يتعهد الصائن بتقديم خدمات الصيانة نظير مبلغ مقطوع لكل مرة ، بصرف النظر عن مدة العمل التي استغرقتها عملية الصيانة ، وبشراء قطع الغيار اللازمة من الطرف الثالث على حساب المالك أو المشغل . [2]

كما أن المبلغ المقطوع يشمل أجرة الإصلاح، وثمن قطع الغيار، وسائر الخدمات في عقد واحد.

- **الصورة الثالثة:** أن يتعهد الصائن بتقديم خدمات الصيانة وقطع الغيار معًا في كل مرة تحتاج فيها العين المراد صيانتها إلى صيانة، وذلك مقابل مبلغ، أو أجرة سنوية، أو شهرية حسب الاتفاق. [3]
- **الصورة الرابعة:** أن يتفق الصائن مع المصون له في كل مرة على أجرة معينة مقابل مقدار العمل وقطع الغيار، وهو ما يعرف بالإصلاح البسيط. [4]
- **الصورة الخامسة:** أن يتعهد الصائن بصيانة جميع المعدات والآلات سواء تلك التي كانت موجودة عند العقد أو تلك التي تمت إضافتها بعد العقد.
- **الصورة السادسة:** أن يلتزم الصائن بتدريب عمالة الطرف الثاني على الصيانة إلى جانب القيام بإصلاحات عند حدوث الأعطال أو الإعطاب. [5]
- **الصورة السابعة:** أن يلتزم الصائن ويضمن استقرار عمل العين المراد صيانتها، مع تحمل تقديم ما يلزم لتشغيلها مدة إجراء الإصلاحات عند تعطلها أو تعويض ما يتلف. [6]
- **الصورة الثامنة:** أن يتعهد الصائن بالتعويض عن الضرر الحاصل، وهذه الصورة يعبر عنها بعقد تأمين الصيانة، حيث يتم العقد بين شركة التأمين وبين صاحب العين المراد صيانتها، وتلتزم شركة التأمين بتحمل جميع النفقات التي صرفها الطرف الثاني لصيانة العين.

---

[1] ينظر: منذر قحف، عقود الصيانة بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي العدد (11) ص164 مرجع سابق.
[2] ينظر: آية الله التسخيري، عقد الصيانة العدد (11) ص126 مرجع سابق.
[3] ينظر: منذر قحف، عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي العدد (11) ص146 مرجع سابق.
[4] المرجع السابق .
[5] ينظر: محمد المختار السلامي، عقود الصيانة، منظمة المؤتمر الاسلامي مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (11)، ص239.
[6] ينظر : منذر قحف، عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي العدد (11) ص146 مرجع سابق.

ويلاحظ في هذه الصورة أن شركة التأمين لا تلتزم بخدمة الصيانة بنفسها لكنها تلتزم بتسديد ثمن الصيانة أو الخدمة فهي مبادلة مالية.

- **الصورة التاسعة:** هي عبارة عن تعهد بالصيانة، يلتزم فيه المتعهد بتقديم العمل والمواد اللازمة وقطع الغيار، وذلك من خلال إبرام عقد صيانة من الباطن مع الصائن الفعلي.

وهذا النوع من العقود يتناول أنواعاً متعددة من الآلات والأجهزة التي تتطلب اختصاصات متعددة، والمتعهد بدوره ملزم بإصلاح الأعطال الطارئة مقابل مبلغ متفق عليه، ونظرًا لتنوع الآلات وتنوع الأعمال.

وكذلك قطع الغيار مما يدفع متعهد الصيانة لإجراء عقود صيانة من الباطن مع الخبراء والفنيين من أجل تقديم خدمات الصيانة التي يلتزم بها المتعهد. [1]

- **الصورة العاشرة:** أن يلتزم الصائن بالعمل على تحديث الأجهزة والبرامج كلما ظهر شيء جديد، وذلك طول مدة العقد، فهي عقد على إضافة كل ما هو جديد من معرفة علمية أو منتجات تقنيه على الأجهزة العلمية بهدف تحسين مردودها وكفاءتها، وهذه المعرفة العلمية عادة تكون على شكل قطع غيار صغيرة تضاف إلى الآلات، أو الأجهزة المطلوبة تحديثها، والعمل الذي يتطلبه عقد التحديث قليل جدًا يتمثل في تركيب قطع الغيار أو تنزيل البرامج.

2. عقود الصيانة التابعة:

هي تلك العقود التي يتم الالتزام بالصيانة فيها بشرط في عقد البيع، أو الإيجار.

فالتزام بالصيانة لم يكن في عقد مستقل، بل كان تابعًا إما لعقد البيع، أو لعقد الإيجار، أو لعقد الاستصناع، وقد يكون المشتري أو المستأجر هو من شرط الصيانة وإلزام البائع أو المؤجر بتقديم خدمة الصيانة، وقد يكون البائع أو المؤجر أو الصانع هو من إلزام نفسه بذلك.

وصور عقود الصيانة التابعة متعددة بحسب موضوعها وشروطها ومن أهمها:

الصيانة المشروطة في عقد البيع أو الإيجار:

ويلتزم فيها الصائن بتقديم خدمات الصيانة عند الحاجة ولكن أجرة الإصلاح، وثمن قطع الغيار، وسائر خدمات الصيانة غير داخلة في عقد البيع، أو عقد الإيجار، بل مستقلة. [2]

الصيانة المشروطة في عقد البيع أو الإيجار والمشمولة في الثمن:

الصيانة بالضمان أو الصيانة الترغيبية:

---

[1] المرجع السابق ص157،158 .

[2] ينظر آية الله التسخيري، عقود الصيانة، وتكييفها الشرعي عقد الصيانة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، ص127 مرجع سابق.

وهي خدمة ترويجية يقدمها البائع بعد الشراء للمحافظة على السلعة المبيعة في حالة جيدة وسليمة، تكفل استمرارها في عملها وعدم توقفها عن الإنتاج أو الإداء.

فالضمانات تعتبر أحد الحوافز التسويقية التي يعتمدها الراغبون في تسويق منتجاتهم، وفيها تكون الصيانة مشروطة في عقد البيع ، أو عقد الإيجار ، أو عقد ا الاستصناع ، ويلتزم فيها الصائن ، وهو البائع أو وكيله بإصلاح أو تبديل العين المراد صيانتها ، إذا ما طرأ عليها عيب معين خلال مدة معلومة ، وبدون أجرة مقابل ذلك. [1]

وشرط الصيانة في عقود البيع الذي يلتزمه البائع أو الصانع أو وكليهما يشمل كل خلل في العين المراد صيانتها ناتج عن عيوب الصناعة أو الإنتاج، أو بسبب نوعية المعدات، أو المادة التي تتركب منه ، أو بسبب خطأ في التركيب، أو بسبب تصميمها ، أو عدم قدرة أحد أجزائها على أداء الغرض الذي صمم لأجله .

وهناك أنواع من الأعطال أو العيوب التي تستثنى في ضمان الصيانة ولا يشملها شرط الصيانة فعلى سبيل المثال: [2]

1. الأعطال والعيوب التي ليس للآلة علاقة بها، وإنما كانت بسبب فعل أشخاص آخرين أو بسبب حوادث طبيعية، أو غير طبيعية كنشوب حريق ، أو حصول تصادم ، أو خلل في التيار الكهربائي .
2. الأعطال الناتجة عن مخالفة تعليمات التشغيل، كاستعمال زيوت مخالفة للمواصفات الواردة في تعليمات التشغيل.
3. الأعطال والأعطاب الناتجة عن عوامل الاهتراء والتآكل الطبيعي والهلاك لبعض الأجزاء التي من طبيعتها أن تتأكل أو يتغير لونها بسبب التعرض لهواء وغير ذلك.

وبعد تقسيم عقود الصيانة من حيث تكوينها إلى عقود أصلية وعقود تابعة وبعد ذكر صورها واختلافاتها من حيث الشكل، نذكر الآن أنواع أخرى من عقود الصيانة:

ثانيًا: أنواع عقد الصيانة باعتبار موضوعها محل التعاقد فيها:

تنقسم عقود الصيانة بالنظر إلى اقتصارها على العمل فقط أو اشتمالها على المواد مع العمل إلى عقود صيانة محضة وعقود صيانة غير محضة.

- **عقود صيانة محضة:** وهي تلك العقود التي لا يقتصر فيها التزام الصائن بالعمل والجهد فقط بل يشمل أيضاً تقديم المواد وقطع الغيار اللازمة، ولها صور عدة منها :
- أن يتعهد الصائن بتقديم خدمات الصيانة نظير مبلغ مقطوع لكل مرة، بقطع النظر عن مدة العمل التي استغرقتها عملية الصيانة، وبشراء قطع الغيار اللازمة من طرف ثالث على حساب المالك أو المشغل.

ويتبين مما سبق أن المبلغ المقطوع يشمل أجرة الإصلاح، وثمن قطع الغيار ، وسائر الخدمات في عقد واحد، ويكون الصائن بمثابة الوكيل عن المالك أو المشغل في شراء قطع الغيار اللازمة.

---

[1] ينظر: نبيه غطاس، معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال مكتبة لبنان سنة النشر 1997م، ص339.

[2] ينظر: منذر قحف، عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي العدد (11) ص158،157 مرجع سابق.

- أن يتعهد الصائن بتقديم خدمات الصيانة وقطع الغيار معًا في كل مرة تحتاج فيها العين المراد صيانتها إلى صيانة وذلك مقابل مبلغ أو أجرة سنوية أو شهرية متفق عليها، بأن يتفق الصائن مع المصون له في كل مرة على أجرة معينة مقابل مقدار العمل وقطع الغيار وسائر المواد التي تلزم.

قد تكون هذه الصيانة بنوعيها: المحضة أو مع إضافات تشغيلية، أو وقائية، أو إصلاحية، أو صيانة شاملة، وقد تكون صيانة دورية أو صيانة طارئة، ومن الممكن أن تنشأ مثل هذه العقود عن طريق عقود مستقلة أو عن طريق عقود تابعة لعقود أخرى كالبيع، أو الإجارة، أو الاستصناع. [1]

- عقود غير محضة.

ثالثًا: أنواع عقد الصيانة:

تنقسم إلى عقود صيانة تشغيلية، ووقائية، وعلاجية:

النوع الأول: عقود صيانة تشغيلية:

" وهي تلك العقود التي يتعهد فيها الصائن بتزويد ما يلزم لتشغيل العين المراد صيانتها لاستمرار استخدامها من وقود ، وزيوت ، ومياه خاصة إلى جانب ذلك ملاحظة أجهزة قياس الوقود ، والحرارة ، والمياه ، والزيوت اللازمة والتأكد من سلامة العين طيلة فترة التشغيل " [2] .

وهذا النوع من عقود الصيانة قد يتم إبرامه بعقد صيانة مستقل، وقد يكون من الشروط التابعة لعقد من العقود الأخرى، كعقد البيع، أو عقد الإيجار، أو عقد الاستصناع، وقد ينص على لزومها كشرط في العقد لمصلحة مالك العين أو لمصلحة مشغلها ويكون البائع أو المؤجر أو الصانع ملزمًا بتحمل مسؤولية في هذه الصيانة.

وقد تشترط بعض العقود قيام البائع، أو المؤجر، أو الصانع بالصيانة التشغيلية على حساب المالك أو المشغل، للاطمئنان أن إجراءها على الوجه الصحيح.

وهذه الصيانة يمكن التعبير عنها بالتشغيل السليم ، وهي لا تتضمن إصلاح أجزاء تألفه من العين المراد صيانتها ، ولا استبدالها بغيرها ، بل تقتصر على ملاحظة تعليمات التشغيل السليم للعين ، ومراجعة ومتابعة معدات قياس الحرارة ، أو المياه ، والزيوت ، والتأكد من سلامتها طوال فترات التشغيل وضبط ما يلزم ضبطه .[3]

النوع الثاني: عقود صيانة وقائية

---

[1] ينظر: محمد عثمان شبير، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف، ص (778/2) مرجع سابق.

[2] ينظر محمد سليمان الأشقر، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (323/1).

[3] ينظر: محمد عثمان شبير، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (778/2) مرجع سابق.

" وهي العقود التي يلتزم الصائن فيها بمراقبة الأجهزة والتأكد من صلاحيتها للعمل، وتوقع المخاطر قبل حدوثها، ومن ثم معالجتها، واكتشاف القطع التي تحتاج إلى استبدال، وذلك من خلال مجموعة من الفحوصات والخدمات التي يقوم بها الصائن حسب خطة زمنية موضوعية من قبل الجهة الصانعة أو من قبل الفنيين ذوي الخبرة في مجال الصيانة ". [1]

ومن الممكن أن تنشأ مثل هذه الالتزامات والتعهدات عن طريق عقود مستقلة أو على شكل شروط تابعة لعقود أخرى.

وعادة ما تكون هذه الصيانة دورية، وتتم فيها الفحوصات بصورة يومية، أو أسبوعية، أو شهرية، بإجراء عمليات التنظيف، والتزييت، والتشحيم، وتغيير بعض الأجزاء غير الجوهرية المستهلكة أو التالفة.

ونظام الصيانة الوقائية يتم تطبيقه على المعدات بمجرد بدء دخولها الخدمة، لتقليل فرص حدوث الأعطال والتوقفات وتوفير فرصة التنبؤ بوقوع العطل وإصلاحه في أقل وقت وبأقل تكلفة ولا بد من الإشارة إلى أن الصيانة والوقائية يتم القيام بها قبل وقوع العطل لاتخاذ الإجراءات اللازمة، لمنع توقف الآلات عن العمل.

وهذه الصيانة نوعان وهما: [2]

1. التفتيش الوقائي:

وهذا النوع من الصيانة الوقائية يطبق عادة على المباني والآلات بهدف التأكد من صلاحيات جميع الأجزاء المتحركة أو الثابتة للآلات مع فارق أن التفتيش على المباني يتم في فترات متباعدة مقارنة مع التفتيش على الآلات والأجهزة.

وبعد الانتهاء من عملية التفتيش يعد تقرير يوضح حالة المباني والآلات، والعيوب الموجودة، وأسباب حدوثها، ومقترحات إصلاحها. [3]

2. الصيانة الوقائية الروتينية:

وهدف هذا النوع من الصيانة منع التآكل السريع في الآلات أو انخفاض قدرتها الانتاجية، وذلك بتنظيفها، وتزييتها، وفحصها، واختبارها بصورة دورية من خلال وضع جداول منتظمة تأخذ بالحسبان نوع الآلة، وطبيعة الأجزاء المطلوب فحصها، واختبارها، وذلك وفق تعليمات الخبير المختص وتعليمات الشركة المصنعة. [4]

والغرض من هذا النوع يتمثل في الآتي:

1. ضمان جريان العمل بالصورة المنتظمة وتجنب الأعطال المستقبلية.
2. خفض الوقت اللازم للعملية الصناعية.

---

[1] ينظر: محمد سليمان الاشقر، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (323/1) مرجع سابق .

[2] ينظر: محمد عثمان شبير، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها المعاصرة في معاملات المصارف ، بحث منشور في كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (772/2) مرجع سابق.

[3] ينظر: يونس عبد الغفور يونس، التنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج، الناشر المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية، طبعة 1998م، ص174.

[4] ينظر: عادل حسن، التنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج دار النهضة العربية للطباعة والنشر سنة النشر 1988م، ص220.

3. تقليل تكاليف الإصلاح أو التبديل، وذلك بإصلاح العيوب البسيطة قبل أن تزداد تكلفتها كثيرًا.
4. تحقيق قدر كبير من الأمان للأفراد والعمال، نظرًا لانخفاض معدل الحوادث الصناعية.
5. تحديد ماهية الآلات التي تتطلب تكاليف صناعية عالية، حتى يتجنب شراؤها مستقبلاً. [1]

النوع الثالث: عقود صيانة إصلاحية (علاجية):

وهي تلك العقود التي يتم إبرامها للقيام بأعمال الصيانة بعد وقوع الخلل، أو العطل، أو التلف في العين المراد صيانتها.

ويطلق عليها بالصيانة الطارئة، والغرض من هذا النوع هو بقاء العين بحالة صحيحة لفترة أطول.

فهذا النوع من الصيانة لا يتم إلا بعد حدوث العطل، وذلك لا يمكن التنبؤ بوقوعه، ولذا فإن السيطرة عليه تصبح ضعيفة، فضلاً عن أنه يؤدي إلى توقف الانتاج في أوقات حرجة.

ولكن من الممكن من خلال الصيانة الوقائية وبعد الفحص والتفتيش أن تكتشف بعض الاختلالات أو الأعطال المتوقعة التي تستدعي إصلاحات مطلوبة، فتكون الصيانة الاصلاحية جزء من الصيانة الوقائية. [2]

رابعًا: أنواع عقد الصيانة باعتبار الإلزامية والاختيار :

تنقسم عقود الصيانة باعتبار مدة الصيانة إلى عقود صيانة إلزامية واختيارية : [3]

1. عقود صيانة الزامية:

هي تلك العقود التي تفرضها أنظمة الحكومات وقوانينها، كالإلزام بصيانة السيارات" الفحص الفني " والسفن، والطائرات، والقطارات، إذ لا يمكن الحصول على ترخيص السيارة أو تأمينها إلا بعد تقديم شهادة الصلاحية للسفينة أو الطائرة، وهذه الشهادة لا تعطي إلا بعد إجراء الصيانة الخاصة بها.

ويمكن للحكومة أن تلزم الصانع بإدخال تغييرات على الآلة بعد ما يثبت عندها وجود خطورة على السلامة العامة .

---

[1] ينظر: مصطفى فريد مصطفى، تخفيض تكاليف الفجوة بين الطاقة الانتاجية والطلب، رسالة ماجستير مقدمة لكلية العلوم الاقتصادية في جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، ص82 وما بعدها.

[2] ينظر: نصر الهويريني، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، ص8.

[3] ينظر حسان حسين حامد، المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات، ورقة بحثية قدمت في الندوة الفقهية الخامسة في بيت التمويل الكويتي، ص14.

وقد يمتد الالتزام بالصيانة حتى بعد انتهاء مدة الصيانة المشروطة، وقد يكون الالتزام بالصيانة لكامل المدة حتى لو تغير المالك أو المشغل، لأن ذلك مبني على مصلحة السلامة العامة. [1]

ومن صور الصيانة الإلزامية ما يلي:

1. الصيانة الضرورية المتعلقة بسلامة أصل العين المراد صيانتها وسلامة أصل العين المراد صيانتها وسلامة أجزائها الأساسية ، ليتمكن المالك أو المشغل من استيفاء المنفعة المتوقعة منها. ويدخل في هذا النوع من الصيانة الإصلاحية أو العلاجية.
2. الصيانة الضرورية المتعلقة بمصلحة السلامة العامة كصيانة المباني السكنية التي لو تركت بلا صيانة لعرضت حياة سكانها أو المجاورين لها للخطر، والطائرات، والسفن والسيارات، وآلات المصانع التي يهدد أي خلل فيها حياة العاملين، وعدم الالتزام بذلك يعرض المسؤولين للمساءلة القانونية.
3. الصيانة الضرورية المتعلقة باستيفاء منفعة العين المراد صيانتها.

2. عقود صيانة اختيارية:

وهي تلك العقود التي يتم إجراؤها وفق رغبة المالك أو المشغل، وليس بإلزام من جهات رسمية، أو جهات مهنية، لحماية الأصول من مبان، أو آلات، أو أجهزة، ولضمان استمرار انتاجها.

ومن صور الصيانة الاختيارية ما يلي:

1. استبدال آلات ومعدات المنفعة وأدواتها بالرغم من إمكانية استيفاء المنفعة.
2. الصيانة التشغيلية، كتغيير الزيوت، والتشحيم، ومراقبة عدادات قياس الحرارة، وغيرها.
3. الصيانة الوقائية قبل وقوع الأعطال.
4. الصيانة التحسينية: وهي تلك الإصلاحات التي لا تتعلق بالعين المراد صيانتها، ولا بسلامتها، ولا يتوقف الانتفاع بها على القيام بهذه الصيانة، كطلاء الآلة، أو صبغ جدران المنشأة.
5. إصلاحات: وهي إنشاءات جديدة أو إضافات جديدة، كبناء غرفة زائدة، أو تركيب جهاز جديد، وغير ذلك. [2]

---

[1] ينظر: منذر قحف، عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي العدد (11) ص126 وما بعدها مرجع سابق.

[2] ينظر: محمد عثمان شبير، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف، بحث منشور في كتابة بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (743/2) مرجع سابق.

المطلب الثاني

أركان عقد الصيانة وضوابطه

يتناول هذا المطلب فرعين: الأول أركان عقد الصيانة، والثاني ضوابط عقد الصيانة.
وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أركان عقد الصيانة:

عقد الصيانة يتكون من أركان أساسية.
وحتى يكون عقد الصيانة معتبرًا شرعاً ينبغي أن يأتي مستوفيًا لهذه الأركان التي يقوم عليها وهي:
العاقدان – والصيغة – والمعقود عليه.

أولاً: العاقدان:

يشكل العاقدان طرفا العقد عقد الصيانة وهما:

1. **الصائن:** وهو ذلك الشخص الذي يتعهد بتقديم خدمات الصيانة، وقد يكون ذلك الصائن شخصية اعتبارية أو طبيعية، وقد يكون أجنبيًا أو محليًا وقد يكون صانعًا تعهد بصناعة آلات، والتزم بصيانتها مدة معينة، أو مقاولاً تعهد بتنفيذ أعمال ومشاريع والتزام بصيانتها خلال فترة محددة مقابل عوض يبذله له الطرف الآخر.

وإذا تم التعاقد في عقد الصيانة بطريقة المناقصة أو الممارسة، يكون المناقص هو الصائن الذي تقدم بأقل الأسعار في مقابل خدمات الصيانة لكي يرسو عليه العقد، وعادة يكون الصائن من الخبراء والفنيين المختصين بأعمال الصيانة مثل الآلات والعقارات.

كما أن العين المراد صيانتها قد تحتاج إلى أكثر من خبير أو فني للقيام بأعمال الصيانة ومرجع ذلك كله إلى طبيعة العطل أو الخلل المراد إصلاحه فقد تحتاج إلى صيانة متعلقة بحالة العين الكهربائية فلا يصلح لها إلا الخبير الكهربائي، وقد تكون الصيانة متعلقة بأجهزة الضغط أو التبريد فلا يصلح لها أيضاً إلا الخبير المختص، وهكذا في كل صيانة.

ونتيجة للتعقيدات والتطورات التي دخلت على الآلة، وجدت شركات فنية متخصصة تقوم بتقديم خدمات الصيانة، وهذه الشركات تضم مجموعات من الخبراء والفنيين، يشكلون فريقًا واحدًا يمارسون أعمال الصيانة حسب متطلبات الحالة.

2. المصون له:

وهو الطرف الآخر في عقد الصيانة، أعني مالك العين المطلوب صيانتها الذي يلتزم بدفع العوض المالي، مقابل خدمات الصيانة التي تعهد الصائن بتقديمها.

وقد يكون المصون له شخصية اعتبارية أو طبيعية، وقد يكون أجنبيًا أو محليًا، وقد يكون إدارة عامة كالحكومة ومؤسساتها، أو إدارة خاصة كالشركات والمؤسسات الغير الحكومية. [1]

وإذا تم إبرام عقد الصيانة بطريق المناقصة أو الممارسة فإن المصون له حينئذ تمثله الجهة المعلنة عن المناقصة أو صاحبة الدعوة في الممارسة، التي تطرحها، لتحقيق مصلحتها بالحصول على خدمات الصيانة التي تحتاج إليها بأقل عوض تبذله في مقابل ذلك.

وإذا كانت الصيانة شرطاً في العقد فإن المصون له قد يكون هو المشتري، كما في عقد البيع، أو المؤجر كما في الإجارة، أو المستصنع في عقد الاستصناع، أو رب العمل في عقد المقاولة. [2]

ثانيًا: الصيغة بالإيجاب والقبول:

إن الرضا يشكل أصلاً من الأصول التي تقوم عليها العقود، لقوله تعالى ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**﴾ **النساء (29)** والرضا أمر خفي، لا يمكن الاستدلال عليه ألا بوجود ما يدل عليه، وهو هنا الصيغة.

والصيغة في عقود الصيانة موثقة ومكتوبة كتابة واضحة ويقوم توقيع كل من الصائن والمصون له على عقد الصيانة مقام الإيجاب والقبول بالدلالة على الرضا الكامل، والالتزام التام بما ورد في عقد الصيانة المشتمل على التزامات الطرفين.

وتتمثل الصيغة في الإيجاب والقبول.

1. الإيجاب:

الايجاب في العموم هو: كل ما يصدر عن أحد طرفي العقد أولاً، ويدل على رضاه ورغبته في ابرام العقد مع الطرف الأخر.

أما الايجاب في عقد الصيانة، فهو ما يصدر عن المصون له، ويدل على رضاه في إبرام العقد مع الصائن.

ونظرًا لكون عقود الصيانة اليوم عبارة عن وثائق مكتوبة توضع فيها الشروط التي حددها المصون له، والشروط التي اتفق عليها المصون له والصائن وتحدد فيها التزامات كل منهما ، فإن توقيع المصون له على وثيقة العقد

---

(1) ينظر زكي محمد النجار، مباديء وأحكام القانون الإداري، جامعة الأزهر، طبعة 1993م ص535.

(2) المرجع السابق .

يقوم مقام الايجاب ، وإذا تم ابرام عقد الصيانة بطريقة المناقصة ، فإن تقديم الصائن لعطائه واشتراكه فيها يعتبر إيجابًا ، وهذا الإيجاب ملزم للصائن المناقص وليس له الرجوع عنه حتى ترسو المناقصة ، فالإيجاب في هذه الحالة لا يصدر عن المصون له إنما يصدر عن الصائن، كما أن إعلان المصون له عن المناقصة لا يعتبر ايجابًا وإنما هو دعوة للتعاقد.

ويشار هنا إلى أن المناقصة المعلن عنها لإبرام عقد الصيانة إذا كانت علنية، فكل عرض لاحق بالسعر ينسخ العرض السابق.

وإذا تم ابرام عقد الصيانة بطريقة الممارسة فإن دعوة المصون له لمن يقدمون خدمات الصيانة للتفاوض والاتفاق على شروط والتزامات عقد الصيانة لا تعتبر ايجابًا وإنما توقيع المصون له على وثيقة العقد هو الإيجاب.

2. القبول:

هو كل ما يصدر عن الطرف الآخر للعقد، ويدل على رضاه في إبرام العقد.

وفي عقد الصيانة يكون القبول صادرًا من الصائن، وتوقيعه على وثيقة العقد يقوم مقام القبول، إلا في حالة إبرام عقد الصيانة بطريقة المناقصة، فإن القبول يصدر عن المصون له، لأن إبرام العقد بطريقة المناقصة متوقف على رضا المصون له بالسعر الذي تقدم به الصائن، وهذا القبول يتم بعد رسو المناقصة على الصائن، وهذا هو الأصل في عقد الصيانة الذي هو العقد الإداري. [1]

ثالثًا: المعقود عليه (عمل الصائن والأجرة):

إن المعقود عليه في عقد الصيانة يقصد به البدلان في العقد، فهو أمر مزدوج، لأن عقد الصيانة عقد معاوضة. وهو يتضمن التزامات متقابلة تتمثل في الآتي:

- **خدمات الصيانة:**

هي عبارة عن أعمال الصيانة وقطع الغيار التي يتعهد الصائن بتقديمها للمصون له، ويمكن أن تقتصر خدمات الصيانة على عمل الصائن فقط، ويمكن أن تتضمن قطع الغيار إلى جانب العمل.

وعليه فإن خدمات الصيانة التي يلتزمها الصائن يمكن تلخيصها في الآتي:

1. **عمل الصائن (أعمال الصيانة):** إن العمل الذي يلتزمه الصائن في عقد الصيانة يختلف باختلاف نوع الصيانة، فإذ كانت الصيانة تشغيلية أو وقائية دورية أو شاملة فإن عمل الصائن يتمثل في الآتي:

- الإشراف والمراقبة الدورية لأداء عمل العين المطلوب صيانتها ومتابعة حسن سيرها، وكفاءتها الانتاجية، والمراقبة الدورية ومضبوطة من حيث مشمولاتها، وطبيعتها، ومواعيدها.

---

[1] ينظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الناشر المجمع العلمي العربي الإسلامي – بيروت (66/2) (41/7) المصري، مناقصات العقود الإدارية ص201 مرجع سابق.

- تسجيل جميع الأعمال التي قام بها وكذلك الملاحظات التي أخذها في أثناء كل مراقبة دورية ورفع تقرير بها إلى المصون له.
- إعلام المصون له بعد كل عملية مراقبة أو تفقد دوري للعين المطلوب صيانتها بما لاحظة فيها من خلل ويتوقع أن يترتب عليه عطل في المستقبل.
- تنظيف الأجهزة والعمل على تشحيمها وتزييتها متى كان ذلك لازمًا، لضمان سير حركتها الإندماجية.
- وضع قائمة بقطع الغيار المطلوب استبدالها وقطع الغيار التي يحتاج إليها غالبًا، ليقوم المصون له بشرائها.
- العمل على استبدال القطع التالفة أو المستهلكة التي قام المصون له بشرائها.
- الحضور إلى المكان المحدد في العقد والذي توجد فيه العين المطلوب صيانتها عند حدوث خلل، أو عطل، أو توقف عن العمل في الوقت تم ضبطه في العقد. [1]
- العمل على معرفة سبب الخلل أو العطل، وسبب التوقف، والقيام بإصلاح العطل، وإعادة العين المراد صيانتها إلى كفاءتها المعهودة.
- أما في الصيانة العلاجية أو الطارئة، فإن العمل ينحصر في معرفة سبب الخلل، أو العطل، وسبب التوقف، والقيام بإصلاح العطل، وإعادة العين المراد صيانتها إلى كفاءتها المعهودة.

وإذا احتاج الأمر إلى قطع فيلتزم المصون له بشرائها.

2. عمل الصائن وقطع الغيار:

إن التزامات الصائن في بعض عقود الصيانة لا تقتصر على العمل الذي أشرنا إليه سابقًا فقط بل قد تشمل أيضاً توفير قطع الغيار اللازمة للعين المطلوب صيانتها، فيقوم الصائن بشرائها، وفي هذه الحالة يكون الصائن ملْزِمًا بأعمال الصيانة، وبتوفير قطع الغيار اللازمة.

- **أجرة الصيانة:**

هي عبارة عن الأجر الذي عرَضَهُ المصون له على الصائن وتم الاتفاق عليه في مقابل الوفاء بخدمات الصيانة. فإذا ما قام الصائن بالوفاء بتعهداته المتعلقة بخدمات الصيانة، استحق الأجرة التي تعهد المصون له ببذلها نظير ذلك. ويمكن أن تكون أجرة الصيانة في مقابل العمل الذي يقوم به الصائن، إذا كانت التزامات الصائن مقتصرة على العمل فقط دون قطع لغيار.

---

[1] ينظر: محمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، العدد 11، ص13، 14 وما بعدها مرجع سابق.

ويمكن أن تشمل أجرة الصيانة ثمن قطع وأجرة العمل التي التزام الصائن بتقديمها للمصون له، فتكون أجرة الصيانة مقابل العمل، وفي مقابل قطع الغيار.

وقد جرت العادة في عقود الصيانة أن يتم دفع الأجرة بإحدى الطريقتين:

1. أن يقسم الأجر السنوي على أقساط تدفع على فترات أو مدد، ويدفع كل قسط مقدمًا عند بداية كل فترة.
2. أن يقسم الأجر السنوي على أقساط تدفع على فترات ويدفع كل قسط عند نهاية كل فترة محدودة. [1]

[1] ينظر: محمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، العدد 11، ص13،14 وما بعدها ، مرجع سابق.

الفرع الثاني: ضوابط عقد الصيانة:

لكي يحقق عقد الصيانة مقصده لا بد من أن يكون معتبرًا شرعاً، فينبغي أن تستوفي أركانه بضوابطها، وأن تتوافر فيه مجموعة من الضوابط المتعلقة بإجراءاته وطرق إبرامه.

ومن أهمها الآتي:

الضوابط المتعلقة بالعاقدين:

العاقدان في عقد الصيانة هما الصائن والمصون له فيجب أن تتوافر فيهما مجموعة من الضوابط العامة، وأخرى من الضوابط الخاصة .

ويمكن بيانها من خلال التالي:

أولاً: الضوابط العامة:

يشترط في كل من الصائن والمصون له سواء قام بإجراء العقد بالإصالة عن أنفسهما أو بولاية شرعية بالنيابة عن غيره ثلاثة ضوابط، وهي:

الضابط الأول: الأهلية:

" أن يكون كل عاقد منهما مطلق التصرف في ماله وغير محجور عليه بأي سبب من الأسباب ، فيكون أهلاً للتعاقد [1] .

والأهلية لا تتحقق إلا بالبلوغ، والعقل، والرشد هو أولى الآراء بالاعتبار، خاصة في عقد الصيانة الذي يحتاج لإدراك طبيعته، وصوره، والالتزامات المترتبة عليه إلى الرشد، لما في ذلك من حفظ الحقوق وصيانة الأموال خاصة في ظل خراب الذمم، وسواء النية، وانتشار الخداع والاحتيال والنصب. [2]

---

[1] ينظر محمد الصديق بن أحمد بن أبي السهل السرخسى، أصول السرخسي (332/2)، محمد بن أمير الحاج الحنبلي، التقرير والتحبير (164/2).

[2] ينظر: محمد الصديق الضرير ، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 11 مرجع سابق.

الضابط الثاني: الأطراف:

لابد من أن يكون العاقدان طرفين، فيتولى الإيجاب طرف، ويتولى الآخر القبول، لأن غالبية العقود قائمة على المشاحة وتضارب المصالح، فلا يصح العقد بأن يتولى واحد إصدار القبول والإيجاب كما لا ينعقد بوكيل واحد يمثل الجانبين.

ولا يقدح في هذا الضابط ما أجازه العلماء من أن العاقد الواحد قد ينشي، عقدًا من العقود التي لا تتوقف على إرادة الغير، كالجعالة، أو الكفالة، والوقف، بخلاف تلك المتوقفة على إرادة طرفين.

واستثنى العلماء من اشتراط العدد عقد الأب، والوصي، والقاضي فإنه يجوز لكل واحد منهم أن يتولى طرفًا العقد، فيجوز للرجل أن يشتري لنفسه من مال ولده الطفل، وكذلك يشتري له من نفسه.

وبناء على ما سبق يجب أن يكون المصون له طرفًا مستقلاً عن الصائن، والصائن طرفًا آخر، غير المصون له، وكل منهما يباشر عقد الصيانة بنفسه أو يوكل من ينوب عنه في إبرام العقد.

الضابط الثالث: الرضا والاختيار:

لا بد من أن يكون كل من العاقدين راضيًا مختارًا، فلا ينعقد بيع المكرَه وشراؤه، وسائر تصرفاته، لأن الرضا مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها العقود، لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنكُمْ** ﴾ **النساء (29)**.

والإكراه بحق لا يؤثر في صحة العقد، كأن يكره السلطانُ أو القاضي المدينَ على بيع ماله، لوفاء دينه.

أما الاكراه الذي يفسد العقد، فهو الإكراه بغير حق ومن ثم فإن الإكراه يفسد الرضا، ولا تصح معه العقود. وفي عقد الصيانة كغيره من العقود لا بد من تحقق عنصر الرضا عند كل من المصون له والصائن، وأن يصدر عنهما ما يدل على ذلك، وربما لأن أغلب عقود الصيانة اليوم تبرم على شكل وثائق ومستندات يتم التوقيع عليها من قبل طرفي العقد، فيكون توقيع كل منهما على وثيقة العقد دليلاً عل الرضا والالتزام بما جاء فيها. [1]

ثانيًا: الضوابط الخاصة:

الضوابط الخاصة المتعلقة بالصائن:

- أن يكون للصائن القدرة على الوفاء بتعهداته، بأن يكون مؤهلاً، فيه الخبرة الفنية، والكفاءة المهنية المختصة، وقادرًا على القيام بالعمل المتفق عليه عند التعاقد إما بنفسه وإما بعماله القائمين عند التعاقد على الصيانة، لأنه إن لم يكن كذلك، فلن تتحقق المصلحة المرجوة من العقد، وسوف يفتح باب من النزاعات والخلافات.

[1] ينظر: محمد الصديق الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 11 مرجع سابق

وإذا أبرم عقد الصيانة بطريقة الممارسة أو المناقصة فلا بد من أن يكون له تصنيف رسمي، إذ لا يسمح بالاشتراك إلا للمناقصين (متعهدي الصيانة) المسجلين، فيتقدمون بوثائق تثبت ذلك خاصة في العقود ذات المبالغ والتعهدات الضخمة.

- ألا يكون الصائن قد تبث غشه، أو تلاعبه، أو تعامله بالرشوة، أو الشروع فيها، لأنه إذا ما ثبت ذلك وكان قد ابرم عقد الصيانة بطريقة المناقصة، فإنه يعرض عطاءه للإلغاء، وتنفيذ العقد على حسابه، مع مصادرة ضمانه، وشطب اسمه من سجل المقاولين. [1]

الضوابط الخاصة المتعلقة بالمصون له:

- يجب أن يكون عند المصون له القدرة المالية للوفاء بالتزاماته تُجَاه الصائن التي تضمنها عقد الصيانة، إذ إن عدم توفر هذه القدرة يترتب عليه مفاسد عديدة، منها عدم حصول المصلحة المبتغاة في وقتها، وفتح باب النزاعات والخلافات.

عند اختيار طريقة المناقصة لإبرام عقد الصيانة يجب على المصون له أن يكون ملزمًا باختيار الصائن صاحب العطاء الأقل للتعاقد معه، إلا في حالة اشتراط عدم الإلزام في دفتر الشروط والذي يشكل وثيقة مناقصة الصيانة.

- يجب ألا يكون المصون له متعسفًا في شروطه، خاصة وأنه جهة حكومية، إذ يمكن حدوث التعسف تحت ذريعة رعاية المصلحة العامة أو بسبب استخدام امتيازات الدولة. [2]

الضوابط المتعلقة بالصيغة:

الصيغة هي الإيجاب والقبول.

ويشترط فيها الآتي:

الضابط الأول: أن يكون القبول موافقًا للإيجاب، فلو خالفه لا ينعقد العقد.

ومعنى ذلك: أن قبول الصائن يجب أن يطابق كل ما أوجبه المصون له، وبما أجبه.

---

[1] ينظر رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، الجزء الثاني، طبعة 1417هـ، 1996م، ص191.

[2] ينظر: آية الله التسخيري، عقود الصيانة، وتكييفها الشرعي عقد الصيانة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11. مرجع سابق.

والقبول يكون من الصائن وليس من المصون له إلا في حالة إبرام عقد الصيانة بطريقة المناقصة فإن الايجاب يكون من الصائن، والقبول من المصون له. [3]

الضابط الثاني: اتصال القبول بالإيجاب.

ويتحقق ذلك في التالي:

- اتحاد المجلس، فلو كان الإيجاب في مجلس آخر لا ينعقد العقد.
- ألا يوجد بين الإيجاب والقبول فاصل يوحي بالإعراض فلو تراخى القبول عن الإيجاب فالعقد صحيح ما دام في المجلس، ما لم يتشاغل العاقدان بما يقطعه، أو ما يقتضي الأعراض عرفًا. [1]

وذهب الشافعية إلى أن الفاصل إذا طال بين الإيجاب والقبول أو تخللها أجنبي، لم ينعقد العقد، والفصل اليسير لا يضر.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أنه عند إبرام عقود الصيانة قد يتطلب الأمر مدة لدراسة العرض المقدم من المصون له، أو المقدم من الصائن في حالة مناقصة الصيانة، وهذه الحالة لم يتعرض لها أحد من الفقهاء، وهي إذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة يقبل فيها العرض أو يرفضه، يلتزم الموجب بهذه المدة ويصح العقد ولا يرجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، فإن رجع عن ايجابه قبل صدور القبول بطل الايجاب. [2]

والمجلس في عقد الصيانة عند إبرامه بطريقة المناقصة يبدأ من حيث فتح المظاريف حيث يتم البت في العطاءات، وإرساء المناقصة على الصائن صاحب العطاء الأقل، وينتهي المجلس بانتهاء المدة التي يحددها المصون له للصائن الفائز لتوقيع العقد بعد إخطاره بذلك. [3]

الضابط الثالث: " إن يدل الايجاب والقبول دلالة واضحة على إرادة العاقدين، وعلى الرضا منهما سواء كان قولاً أو فعلاً، لأن الرضا أمر خفي فلا بد من وجود ما يدل عليه لغة أو عرفًا.

ولا يشترط لهذه الدلالة لفظ أو شكل معين فالعبرة للمتعاقد بالمعاني لا بالألفاظ والمباني. [4]

والصيغة في عقود الصيانة موثقة ومكتوبة كتابة واضحة، ويقوم توقيع كل من الصائن والمصون له على عقد الصيانة مقام الإيجاب والقبول بالدلالة على الرضا الكامل، والالتزام التام بما ورد في عقد الصيانة المشتمل على التزامات الطرفين.

---

(3) ينظر: محمد الصديق الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 11 مرجع سابق.

(1) ينظر علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (137/5) زين الدين إبراهيم بن انجيم، البحر الرائق (279/5).

)2) ينظر أبوزكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد مطراحي، دار الفكر بيروت الطبعة الأولى 1417هـ 1996م، ينظر محمد الخطيب الشربيني الشافعي ، مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المناهج ، الناشر دار الفكر، بيروت ، ط اولى ، سنة 1415هـ 1994م، (5/2).

)3) ينظر: محمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، العدد 11، ص14،13 وما بعدها مرجع سابق.

)4) ينظر إبراهيم الدسوقي، حاشية (3/3 ومابعدها) ، شمس الدين الحطاب الراعيني المالكي مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل ، طبعة الثانية الناشر دار الفكر 1416هـ 1992م، (228/4).

وبالرغم مما سبق فإنه في بعض الحالات قد لا يتم الإيجاب والقبول بالتوقيع على وثيقة عقد الصيانة، بل قد لا توجد وثيقة أصلاً، خاصة في عقود الصيانة العلاجية البسيطة، كأن يأخذ المصون له آلته أو سيارته المعطلة إلى الصائن ويتعاقد معه على إصلاحها دون أن يكون هناك وثيقة للعقد ودون الحاجة إلى توقيعاتهم ، فلا بد من تفصيل أساليب الصيغة المعتبرة في الشريعة الإسلامية وذلك كما يلي: (1)

التعاقد باللفظ: ويعتبر هذا الأسلوب أكثر الأساليب دلالة على الرضا، فينعقد العقد بكل لفظ يفهم منه الايجاب لأن الأقوال الدالة على الرضا عرفاً هي المعتبرة، وإن كانت في أصل اللغة غير ذلك، ومن ثم فلا تشترط ألفاظ معينة.

التعاقد بالكتابة والرسالة: " ذهب الحنفية والمالكية إلى صحة التعاقد بالكتابة، سواء كان العاقدان ناطقين أو عاجزين، حاضرين أو غائبين ". (2)

واشترط الشافعية والحنابلة ليصبح التعاقد بالكتابة غياب العاقدين العاقدين الناطقين، لأنه في حالة الحضور لا ضرورة إلى الكتابة ". (3)

التعاقد بالفعل (المعاطاة): والمراد بالمعاطاة هو إجراء العقد من غير لفظ وإنما بالإعطاء من الجانبيين، ويكون التسليم منهما حينئذ هو دليل الرضا. والتعاقد بالمعاطاة في العقود المالية محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من رأى صحة التعاقد بالمعاطاة وبكل فعل يدل على الرضا وبه قال الجمهور () 4. ومنهم من رأى عدم صحة التعاقد بالمعاطاة مطلقاً وبه قال الشافعية والظاهرية ". (5)

التعاقد بالإشارة: " اتفق الفقهاء على أن إشارة الأخرس المفهومة يمكن أن تقوم مقام عبارته، وتنعقد بها العقود " (6)

لأن ذلك يدل على إراداته كما يدل النطق عليها.

أما إشارة القادر على النطق: فلا ينعقد بها العقود عند الحنفية والشافعية؛ لأن دلالتها لا تفيد اليقين كالعبارة فكان لا بد من العبارة، " بخلاف المالكية والحنابلة، فإن العقود تنعقد بإشارة القادر على النطق، لأنها أولى في الدلالة من الفعل ". (7)

---

(1) ينظر: محمد الصديق الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 11 مرجع سابق.

(2) ينظر علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (138/5) ابراهيم الدسوقي، حاشية (3/3) مرجع سابق.

(3) ينظر أبوزكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين (339.338/3) ، محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (7/2) عبد السلام بن عبد الله بن خضر ابن تيمية، مذهب الامام أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية ، الناشر مكتبة المعارف ، الرياض سنة النشر 1404هـ 1984م، (15/2).

(4) ينظر علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى ، تحقيق طلال يوسف، الناشر دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان (21/3) زين الدين إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق (293/5) شمس الدين الحطاب الراعيني المالكي الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل (228/4) مرجع سابق.

(5) ينظر أبوزكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع (153/9) ، محمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج الي معرفة ألفاظ المنهاج ، الناشر (3/2) أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي الظاهري، المحقق: عبد الغفار سليمان البندري، الناشر دار الفكر ، بيروت (350/9) مرجع سابق.

(6) ينظر علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (135/5) ، ابراهيم الدسوقي حاشية (3/3) ، محمد بن أبي قاسم العبدري ، التاج والاكليل لمختصر الخليل، طبعة اولى، الناشر دار الكتاب العلمية، 1416هـ 1994م (228/4) ، محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (7/2) مرجع سابق.

(7) ينظرمحمد بن أبي قاسم العبدري ، التاج والاكليل لمختصر الخليل، (228/4) ، أبومحمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامة المقدسي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، المغنى (7/4) مرجع سابق.

ثالثًا: الضوابط المتعلقة بالمعقود عليه:

المعقود عليه في عقود الصيانة هو في الأساس أعمال الصيانة، وهذه الأعمال لا تحدث عادة دفعة واحدة وإنما تحدث شيئًا فشيئًا، ومن ثمَّ لا يشترط فيه الضوابط العامة التي تشترط في العقود عليه في عقود المعاوضات، كأن يكون موجودًا عند العقد، أو القدرة على تسليمه، أو أن يكون مالاً في نظر الشرع، أو غيره، وأعمال الصيانة مع قطع غيار أو دونها معقود عليه، لها عدة ضوابط من أهمها الآتي:

الضوابط الخاصة المتعلقة بأعمال الصيانة وقطع الغيار:

1. أن يكون العمل ممكنًا، لأنه لا التزام بمستحيل، والمقصود بالاستحالة الاستحالة المطلقة، بأن يكون العمل مستحيلاً في ذاته وليس مستحيلاً بالنسبة للصائن.
2. أن تكون أعمال الصيانة المتفق عليها مشروعة وغير محرمة شرعاً ولا قانونًا فلا يجوز صيانة آلات صناعة الخمور أو منشاتها، وكذلك لا يجوز صيانة دور اللهو، والقمار والمصارف الربوية، أو صيانة مصانع السلاح عند الأعداء.
3. أن يكون المعقود عليه معلومًا للعاقدين علمًا نافيًا للجهالة المفضية إلى النزاع، وهذ معناه أن الجهالة لا تفضي إلى نزاع ولا تؤثر في صحة العقد، ويتحقق العلم بالمعقود عليه. [1]

الضوابط الخاصة بأجرة الصيانة:

1. لا بد من تحديد أجرة الصيانة، وطريقة دفعها للصائن، وتاريخ كل دفعة، ومكان الدفع.
2. إذا إبرم العقد بطريقة الممارسة أو المناقصة فلا بد من تعيين أجرة الصيانة، وتكاليفها في العقد، وبيان مقدارها، وجنسها، وطرق دفعها، وأقصاتها المؤمنة والنهاية.
3. يجب على الصائن أن يأخذ في الحسبان تغيير الأسعار، بأن يكون عارفًا بالأسعار، وتوقعاتها وأي تغيرات متوقعة، ويراعي ذلك كله في حساب العطاء الذي يتقدم به، خاصة إذا التزام بشراء قطع الغيار إلى جانب أعمال الصيانة، وإذا كان التغيير في الأسعار ناشئاً بسبب الدولة نفسها فلا بد من تسوية الفرق زيادة أو نقصانًا، خاصة في العقود التي تكون مؤسسات الحكومة طرفًا فيها، أما في غير ذلك فلا ينظر إلى التكاليف التي قدمها الصائن في المناقصة إلا باعتبارها ثابتة ولا علاقة للمصون له بتغير الأسعار. [2]

---

[1] ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الناشر المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت (66/2)، (41/7) رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية ص201 مرجع سابق.

[2] ينظر: أحمد الحجي الكردي: بحوث وفتاوي فقهية معاصرة، الناشر دار البشائر الإسلامية ، الطبعة الأولى 1999م، ص266.مرجع سابق

رابعًا: الضوابط المتعلقة بطرق إبرام عقد الصيانة:

إن طرق إبرام عقود الصيانة هي المناقصة، والممارسة، والتكليف المباشر.

ولكي تحقق هذه الطرق المصلحة المبتغاة منها مع تحقيق أفضل الشروط للعاقدين، لا بد من أن تتوافر فيها مجموعة من الضوابط، التالية:

الضوابط المتعلقة بطريقة المناقصة:

المناقصات قائمة على أساس التنافس فلا بد من وضع جملة من الضوابط، لتحقيق مبدأ المساواة بين الخبراء والفنيين، وشركات الصيانة المتقدمين بعطائهم، للفوز بعقد الصيانة الذي طرحت المناقصة لأجله، وهذه الضوابط هي:

1. الإعلان عن المناقصة بنشر بيان الرغبات والشروط الأساسية على نطاق واسع في الصحف بحيث تكون دقيقة وواضحة قدر الإمكان، لإتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن.
2. عدم ذكر مواصفات أو شروط لا تنطبق إلا على متعهد بعينه.
3. منح مهلة أو فرصة زمنية كافية، لتقديم لعروض والعطاءات.
4. عدم إجراء تعديلات في الشروط أو المواصفات لمصلحة أحد من المناقصين.
5. عدم السماح لشخص واحد أو أكثر سواء كان طبيعيًا او اعتباريًا، من التسجيل بأكثر من اسم واحد، أو أن يتقدم بأكثر من عطاء واحد.
6. عدم التحيز في دراسة العطاءات والعروض، فينبغي أن تكون معايير قبول أو استبعاد العروض واحدة، وكذلك دراستها، وفحصها والبث فيها وأن يعطي كل صائن (مناقص) نفس المقدار من المعلومات.
7. عدم العدول عن التعاقد مع الصائن صاحب العطاء الأقل إلا ببيان سبب العدول. [1]\

الضوابط المتعلقة بطريقة الممارسة:

1. إذا كانت الممارسة عامة فلا بد من إعلان في وقت مناسب ومحدد طبقاً لإجراءات النشر المعمول بها في المناقصات.

ويجوز في حالة الاستعمال وبموافقة السلطة المختصة، تقليص المدة المحددة لتقديم العروض.

---

[1] ينظر: رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية ص194 ص195 مرجع سابق.

2. يجب مراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من الناحيتين: الفنية والمالية عند التفاوض مع مقدمي العروض المقبولة فنيًا.
3. إذا كانت الممارسة محدودة فلا بد من توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن تعتمد السلطة المختصة أسماءهم وأن تجري المفاوضات مع من وجهت إليهم الدعوة، بغية ضمان المنافسة الفعالة، ومراعاة السرية في هذه المفاوضات.

الضوابط المتعلقة بطريقة التكليف المباشر:

إن المنافسة في التكليف المباشر غير قائمة، والإدارة كطرف في العقد تحللت من الضوابط، وتحللت من أحكام المناقصة والممارسة، إلا أن طريقة التكليف المباشر لا بد من أن تضبطها الضوابط العامة للعقود، وعلى الإدارة أن تلتزم بالحالات التي حددها القانون عند اللجوء إلى الطريقة.

بهذا ينتهي المبحث الثاني من الفصل الأول، والذي كشف عن حقيقة عقد الصيانة، وخصائصه، وأنواعه، وأركانه، وشروطه، وهذا يمهد في الشروع إلى التعريف بطبيعة عقود الصيانة، وتكييفها الفقهي، والذي يتناوله الفصل الثاني.

الفصل الثاني

التكييف الفقهي لعقد الصيانة

الفصل الثاني

التكييف الفقهي لعقد الصيانة

بعد الإنتهاء من التعريف بعقد الصيانة ، وذكر خصائصه ، وضوابطه ، تمهيدًا لمعرفة توصيفه وتكييفه الفقهي ، في هذا الفصل من حيث التكييف والتوصيف لعقد الصيانة ومدى إمكانية إلحاقه بإحدى المعاملات والعقود المالية المسماة والمتعارف عليها في الفقه الإسلامي وإعطائه حكمها ، وإن عقد الصيانة ذو طبيعة خاصة تجعله لا يندرج تحت أي عقد من العقود المسماة ، المتعارف عليها ، وبذلك يحتاج إلى تكييف خاص وأحكام خاصة ، وهذا ما يتناوله الفصل الثاني من خلال مبحثين : الأول في عقد الصيانة باعتباره من العقود المسماة ، والمبحث الثاني في عقد الصيانة باعتباره عقد من العقود الغير مسماة ، وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول عقد الصيانة على انه عقدًا من العقود المسماة.
- المبحث الثاني عقد الصيانة باعتباره عقدًا غير مسمىً.

المبحث الأول

عقد الصيانة من العقود المسماة

يعد عقد الصيانة من المعاملات المستحدثة التي لم ينص عليها نص خاص، والأصل في المعاملات المالية والعقود الإباحة ما لم يكن فيها ما يخالف الشرع أو ما يناقض مقتضاه، ولذلك تعددت تكيفات الفقهاء المعاصرين لعقد الصيانة، بل إن بعضهم قد الحقه بعدة عقود أخرى عرفها الفقه الاسلامي تبعًا لتعدد صوره.

وحيث إن عقد الصيانة قد يقتصر الالتزام فيه على خدمات الصيانة فقط، بل وقد يشتمل أيضاً على التعهد من أحد طرفي العقد بتوفير المواد وقطع الغيار اللازمة، بالإضافة إلى ما قد يتضمنه من شروط أخرى، وبذلك كان لعقد الصيانة صور متعددة، مما جعل الباحثين المعاصرين يختلفون في تكييفه، وفق عقود تشابهه في بعض أوصافها وأحكامها كعقد الاستصناع، والمقاولة، والجعالة، والإجارة، وغير ذلك من العقود.

في هذا المبحث عرض لتكييف الباحثين المعاصرين لعقد الصيانة باعتبار إمكانية إدراجه تحت أحد العقود المسماة والمتعارف عليها في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: عقد الصيانة من عقود الجعالة أو الإجارة.
- المطلب الثاني: عقد الصيانة عقد استصناع أو مقاولة.

المطلب الأول

عقد الصيانة من عقود الجعالة والإجارة

يتناول هذا المطلب بيان تكييف عقد الصيانة على أنه عقد على منافع، فهو يعد من عقود الجعالة، أو هو من عقود الإجارة، ويتناول هذا المطلب من خلال فرعين: الأول تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة، وفي الثاني على أنه عقد إجارة وهذا ما سنذكره في الفرعين:

الفرع الاول: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة:

قبل الحديث عن اعتبار عقد الصيانة فرع من عقد الجعالة لا بد من عرض مجمل لحقيقة عقد الجعالة وحكمه، ثم بيان الأسس التي تم تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة في ضوئها، والاعتراضات التي وجهت إليها، وما هو القول الراجح في ذلك.

أولاً: حقيقة الجعالة وحكمها:

التعريف الجعالة:

1. **الجعالة في اللغة:** هي مشتقة من جعل يجعل جعلاً ومجعلاً وجعل الشيء، واجعلته بمعنى وضعه، وصنعه، وجعل له كذا أي شارطه به، والجعالة والجعل هو الأجر على الشيء. [1]
2. **الجعالة في الاصطلاح:** "التزام عوض معلوم على عمل معيّن معلوم، أو مجهول يعسر ضبطه، وقد عرفها الشافعية بأنها، التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول. [2]

---

[1] ينظر محمد بن مكرم بن علي أبوالفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب (110/11) ، الناشر دار صادر، زين الدين أبوعبدالله محمد ابن أبي بكر عبد القادر الرازي، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر ، المكتبة العصرية النموذجية ، بيروت ، صيدا، الطبعة الخامسة 1420هـ 1999 م مختار الصحاح ص119.

[2] زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، المحقق: محمد الزهري الغمراوي، أسنى المطالب (439/2) ، الناشر مطبعة الميمنية ، سنة النشر 1313هـ ، محمد الخطيب الشربيني الاقتناع (353/2) ، تحقيق علي محمد معوض، الجزء الأول، النشر دار الكتاب العلمية، سنة النشر 1337هـ ، شرح متن المنهاج ، محمد الزهري الغمراوي ، السراج الوهاج ص318.

ثانيًا: حكم الجعالة:

اختلف الفقهاء في حكم الجعالة على قولين هما:

1. عدم جواز الجعالة، وعدم استحقاق الجعل غير جعل الابق وهو قول الحنفية. [1]
2. جواز الجعالة مطلقًا وهو قول المالكية [2] والشافعية[3] والحنابلة. [4]

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول لصحة قولهم بالأدلة التالية:

1. إن وجوب الجعل في رد العبد الآبق ثبت بالنص فلا يقاس عليه غيره. [5]
2. الغرر المتمثل في تعليق التملك على خطر التردد بين الوجود والعدم.
3. عدم تعيين الأجير، لأن الجعالة لم توجه إلى معين ، ووجود الإيجاب بلا قبول ينتفي معه العقد.[6]

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني القائلون بجواز الجعالة بأدلة من القرآن ومن السنة ومن المعقول،

من القرآن: قوله تعالى ﴿**قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾ **يوسف (72).**

والآية صريحة من حيث دلالتها على جواز الجعالة.

ومن السنة النبوية وعن رسول الله قال " من قتل قتيلاً له عليه بينه فله سلبه" [7]

فالحديث يقر صحة الجعالة، حيث جعله النبي صلى الله عليه وسلم لمن يقتل عدوًا في الغزو جعلاً ولو لم تكن الجعالة مشروعة.

من الواقع المعقول: إن الحاجة قد تدعو إلى الجعالة كما في رد ضالة أو عمل لا يقدر عليه، ولا يجد من يتطوع به، ولا تصح الإجارة عليه للجهالة.

ولو لم تجز، أي الجعالة، لفات على الملاك ما يحصل لهم من رد المفقود من أموالهم كالعبد الآبق، والجمل الشارد، فشرعت الجعالة رفقًا بالفاقد والواجد.

كما أن الجعالة رخصة، فهي أصل منفرد لا يقاس عليه، وإن الاجارة هي الأصل في بيع المنافع والجعالة تابعة لها. [8]

---

[1] ينظر شمس الدين أبوبكر محمد بن أبي سهيل السرخسي، المبسوط، تحقيق محي الدين خليل، طبعة الأولى 1406هـ ، الناشر دار المعرفة ، بيروت ، لبنان، (18/11) ، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (203/6) ، محمد بن ابي قاسم العبدري ، التاج والاكليل لمختصر الخليل (595/7) مرجع سابق.

[2] ينظر أبوزكريا يحيى بن شرف النووي المجموعة (113/15) ، الناشر دار الفكر ، بيروت، محمد الخطيب الشربيني، الاقتناع (353/2) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المحقق: علي معوض وعادل عبدالموجود، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي الماواري، (30/8) الناشر دار الكتب العلمية ، سنة النشر 1414هـ 1994م مرجع سابق.

[3] ينظر شهاب الدين أحمد ادريس القرافي، تحقيق محمد حاجي، الذخيرة (95/6 وما بعدها) ، طبعة 1994م النشر دار العرب ، بيروت.

[4] ينظر منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات (372/2) ، الطبعة الأولى 1414هـ 1993م الناشر عالم الكتب، محمد ابن عبدالوهاب بن سليمان التميمي، تحقيق عبدالعزيز زيد الرومي، طبعة أولى ، الناشر مطابع الرياض، مختصر الإنصاف ، والشرح الكبير(607/1) .

[5] ينظر محمد بن سهل السرخسي، المبسوط (18/11) ، طبعة الأولى 1406هـ الناشر دار المعرفة ، بيروت ، لبنان، مرجع سابق.

[6] ينظر محمد أمين بن عابدين، حاشية المختار ، شرح التنوير (95/6) ، الطبعة الثانية 1412ه ، الناشر دار الفكر ، بيروت.

[7] ينظر محمد أمين بن عابدين، حاشية المختار ، شرح التنوير (95/6).

[8] ينظر أحمد الصاوي المصري المالكي، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، بلغة السالك لأقرب المسالك الجزء الثالث الناشر دار الكتب العلمية (79/4).

ثانيًا: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة:

يرى البعض إن عقد الصيانة هو عقد جعالة ، وذلك من التشابه الكبير الذي بينهما ، فقد جاء في تطبيقات الجعالة على عقود الصيانة من الأمثلة الدالة على ذلك : فإذا أعلنت إحدى الشركات أن الذي يقوم بصيانة شاملة للمصنع المملوك لها فإنها ستعطيه مكافأة مالية بمبلغ معين ، فهذا عقد جعالة توافرت فيه كل شروط الجعالة ومتطلباتها .[1]

ومن خلال ذلك يظهر أن الجعالة هي أقرب العقود قاطبة إلى عقد الصيانة ، وهذا الأمر الذي يقتضي إدخاله فيها ، واعتباره فرعاً عن عقد الجعالة ، وتترتب شروطه وأحكامه عليه .[2]

إن عقد الصيانة يشبهه عقد الجعالة في كثير من تطبيقاته، فمن تعاقد مع شركة لإصلاح أجهزة معينة في مكان ما، وذكر في العقد نوع العمل، وتم تحديد قدر العوض، واتفقا على أن الشركة لا تستحق العوض إلا بعد إتمام العمل، أو أنها لو تركت العمل قبل إتمامه لا تستحق شيئًا، كان هذا العقد جعالة وإن تسمى باسم الصيانة. [3]

وعقد الجعالة له ارتباط مباشر بعقد الصيانة ، ويتحد معه من حيث الجهالة في العمل طبيعة محل العقد ، وهو إتمام العمل ، فالجعالة تصلح أن تكون تكييفًا شرعيًا لعقد الصيانة ، لأن العمل غير معلوم ، لكونه مرتبط بالنتيجة والأثر [4].

وقد انتهت الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي إلى هذا الرأي، حيث أشارت في قراراتها إلى أن عقد الصيانة في تكييفه الفقهي أقرب ما يكون إلى عقد الجعالة، إذ إن معظم صور الصيانة لا يمكن فيها تحديد مقدار العمل بشكل دقيق.

ومع ذلك فإن قرار الندوة الفقهية المشار إليها حينما كيفَّ عقد الصيانة قد فرق بين عقود الصيانة بدون قطع غيار وعقود الصيانة المشتملة على قطع الغيار، وذلك على الآتي:

1. **عقد الصيانة من غير الالتزام بقطع الغيار:** وفيه يتم تحديد جنس العمل، ونوعه ومحله، والعوض فيه، والزمن الذي يستغرقه، والجهالة.

   والغرر في هذا العقد من اليسير المغتفر.
2. **عقد الصيانة مع الالتزام بقطع الغيار:** وفيها حالتان: إما أن يكون الالتزام بقطع الغيار من قبل مالك العين وليس من قبل الجهة المتعهدة بالصيانة بأن يشتريها، وإما أن يلتزم بدفع ثمنها المحدد ممن يقدمها أو يبيعها، وهذه الصورة جائزة شرعاً، لأنها إما جعالة وإما جعالة رافقها بيع.

---

(1) ينظر يوسف قاسم، تطبيقات الاجارة والجعالة على عقود الصيانة، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي 1416 هجري ص196 مرجع سابق.

(2) ينظر أحمد حجي الكردي ، بحوث وفتاوي فقهية معاصرة ، ص 255 مرجع سابق .

(3) ينظر: عز الدين توني ، تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة ، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي 1416 ه ص 14.

(4) منذر قحف ، الإجازة المنتهية بالتمليك وصكوك الأعيان المؤجرة ، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر ، المنعقدة في الرياض من 21-27 سبتمبر عام 2000م مرجع سابق .

وأما الحالة الثانية بأن تلتزم الجهة المتعهدة بالصيانة مع العمل على توفير قطع الغيار، ففي هذه الحالة صورتان هما:

- أن تكون الصيانة دورية وقطع الغيار معلومة بالرجوع إلى العرف من حيث تحديد وصفها، وعددها، وعمرها الافتراضي، ووقت استبدالها، والعقد في هذه الصورة هو عقد جعالة.
- الصورة الثانية أن تكون قطع الغيار غير معلومة عند التعاقد ، ولا يمكن للعرف أن يضبطها ، مع حصول التفاوت الكبير في قيمتها ، فالجهالة هذه كبيرة ، والغرر غير مفتقر مما يؤدي إلى التنازع في بعض الأحيان ، ولذلك لا يجوز التعاقد وفق هذه المعطيات .[1]

ثالثًا: الاعتراض على تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة:

إن القول بأن عقد الصيانة يمكن تكييفه على أنه عقد جعالة لم يسلم من الاعتراض، فقد حكم بعض العلماء ببطلان ذلك التكييف، واعتبروه أمرًا غير مقبول،لوجود عدد من الفروقات بين العقدين تمنع ذلك التكييف، ومن أهمها الآتي:

- إن عقد الصيانة عقد لازم بين الطرفين، بينما عقد الجعالة غير ملزم بالنسبة للمجهول له، إذ بإمكانه أن يتخلى عن العمل متى شاء، وغير لازم للجاعل قبل الشروع في العمل.
- عقد الصيانة يجوز أن يدفع فيه العوض عند العقد وفي أثناء العمل أو بعده حسبما تم اتفاق عليه في العقد، بينما في عقد الجعالة فلا يستحق العوض إلا بعد تمام العمل.
- عقد الصيانة يشترط فيه معرفة العمل بينما لا يشترط ذلك في عقد الجعالة، فيجوز أن يكون العمل فيه مجهولاً.
- الزمن في عقد الصيانة هو مقصود أصلى لأن المطلوب حفظ العين المراد صيانتها في فترة العقد بينما الجعالة مقصودها عادة تحقيق نتيجة معينة دون ارتباط ذلك الزمن.
- إن الصائن يستحق الأجرة في مقابل صيانة الأعطال الطارئة ولو لم يطرأ أية أعطال في فترة العقد، بينما لا يستحق المجهول له العوض إلا بعد إنجاز العمل.
- لو قام الصائن بصيانة العين المطلوب صيانتها ولو في بعض مدة العقد فإن المصون له ينتفع بذلك ، ويستحق الصائن العوض، بينما في عقد الجعالة لو قام المجعول له ببعض العمل ، ولم ينجزه كله لا يستحق الجعل مع إن الجاعل قد ينتفع بذلك.[2]

---

[1] ينظر : قرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي المنشورة في مجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد 177 ، لسنة خمسة عشر ، سنة 1416 ص 579 مرجع سابق .

([2]) ينظر يوسف قاسم ، تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة ، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي 1416 الهجري ص 196 مرجع سابق .

ويرجح البعض:

إن عقد الصيانة لا يصح تكييفه على أنه عقد جعالة، وذلك للفروق الجوهرية والأساسية بين العقدين.

كما أن وجود بعض الشبه في بعض الأركان بين عقدي الصيانة والجعالة لا يلزم منه أن يكيف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة، ولاسيما وأن عقد الصيانة فيه من الخصوصيات ما يجعله متميزًا عن عقد الجعالة وعن غيره من العقود.

ويضاف إلى ذلك أن المغايرة في الأسماء تقتضي المغايرة في الحقائق، فضلاً عن أعمال الصيانة المطلوب القيام بها اليوم في أغلب عقود الصيانة يمكن ضبطها نوعاً ما، نتيجة لخبرة الفنيين وأهل الاختصاص، وهذه الخبرة قائمة على تجارب المصانع والشركات على أجهزتها وآلاتها التي تنتجها، إلى جانب الدراسات والحسابات الإحصائية التي تقلل الجهالة في العقد.

ولشدة المنافسة في الأسواق استلزمت زيادة الانتاج وضمان عدم توقف عمليات الانتاج والاهتمام بمستوى الجودة واستراتيجيات الصيانة الحديثة .[1]

وقد واكب مفهوم الصيانة التطورات التقنية المتسارعة التي دخلت مجالات الإنتاج الصناعي وغير الصناعي، مما أدى إلى إدراك أهمية الصيانة كعنصر من عناصر التكلفة.

وأصبح لزاماً على الإدارة الناجحة مجابهة نمو هذه التكاليف باعتماد الأساليب العلمية المناسبة التي تؤدي إلى اتخاذ القرار الصائب.

وتوجد اليوم على الصعيد الدولي دراسات متخصصة يمكنها توقع طبيعة الأعطال، وتكلفتها وكيفية تقليل نفقات الصيانة.

وهذه الدراسات تتعلق بإدارة الصيانة وبالتخطيط لخطوات الصيانة في المنشأة وقد صدرت مؤلفات بذلك الشأن من جهات مختلفة: اقتصادية، أو إدارية، أو محاسبية، أو فنية. [2]

([1] ينظر: عز الدين توني ، تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة ، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي 1416 هجري ، ص 14 ، مرجع سابق.

[2] ينظر سامي مظهر قنطجي: ترشيد عمليات الصيانة بالأساليب الكمية ، مركز الدكتور سامي مظهر قنطجي لتطوير الأعمال ; website www.kantakj.org. مرجع سابق.

الفرع الثاني: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة:

قبل الحديث عن اعتبار عقد الصيانة فرع عن عقد الإجارة نصرف إجمالاً عقد الإجارة ونبين حكمه، ثم نذكر الأساس التي تم بها اعتبار عقد الصيانة فرعاً عن عقد جعالة، والاعتراضات التي وجهت إليها، وما هو القول الراجح في ذلك.

أولاً: تعريف الإجارة وحكمها:

تعريف الإجارة:

- **الإجارة في اللغة:** " هي اسم للأجرة، وهي مشتقة من أجر يأجر أجرًا، والأجرة، الكراء، والأجر وهو ما يعطي من أجر في عمل، وهو أيضاً الثواب والجزاء على العمل". [1]
- **الإجارة في الاصطلاح:** تعددت تعريفات الفقهاء لعقد الإجارة، مع اتفاقها في المقصود والمضمون.

فمن هذه التعريفات التي ذكرها الفقهاء.

" عقد على المنافع بعوض".

" بيع منافع معلومة بعوض معلوم".

"عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والاباحة بعوض معلوم. [2]

ثانياً: حكم الإجارة:

الإجارة جائزة شرعاً، والأصل في ذلك القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع.

فمن القرآن قوله تعالى ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ**﴾ **الطلاق (6)**.

وقوله تعالى ﴿ **فَانطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ ۖ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا**﴾ **الكهف (77)**.

---

[1] محمد بن مكرم بن علي أبوالفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب (10/4) مرجع سابق.

[2] ينظر علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناتي، الهداية شرح بداية المبتدئ (230/3) محمد بن ابي قاسم العبدري التاج والاكليل لمختصر الخليل (493/7). سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المعروف بالجمل، حاشية الجمل (493/7) مرجع سابق.

أما السنة النبوية ، قوله صلى الله عليه وسلم: " أعطو الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " [1]

وقوله صلى الله عليه وسلم " قال الله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرًا فاكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفي منه ولم يعط أجره ".[1]

ووجه الدلالة التصريح بجواز الإجارة، إذ لا يكون الاجر مأمورًا به للأجير أو يكون مانعه مستحقًا للعقاب مالم تكن الإجارة مشروعة.

وأما الاجماع، فقد أجمع أهل العلم على مر العصور والأزمان، وفي كل الأمصار على أن الإجارة جائزة بلا خلاف. [2]

ومن المعقول، فإن حاجة الناس إلى المنافع لا تقل عن حاجتهم إلى الأعيان وليس لكل واحد عين ينتفع بها، أو أن يقدمها له مالكها مجاناً وليس كل صاحب مصنع يجد من يعمل عنده متطوعاً فاقتضت الحاجة أن تكون الاجارة مشروعه. (3)

ثانيًا: تكييف عقد الصيانة بأنه عقد إجارة:

ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن عقد الصيانة هو عقد إجارة ، وذلك لأن عقد الإجارة من الصق وأقرب العقود بعقد الصيانة بعد عقد الجعالة ، وذلك لتشابههما في التعريف والتكوين ، مما يجعل أحكام الإجارة وآثارها تنطبق عليه ، مع فارق أن الإجارة أكثر انضباطاً بالقواعد العامة لعقود المعاوضات وأقل غررًا وجهلاً .[4]

وكذلك اعتبر عقد الصيانة بصوره المختلفة أقرب العقود لعقد الإجارة إذا ما اقترن بعقد آخر ، كما لو تعهد الصائن إلى جانب العمل بشراء ما يلزم من مواد أو قطع غيار كان هذا العقد من قبيل اجتماع عقدين في عقد واحد ، وأحد هذين العقدين عقد الصيانة الذي اعتبر عقد إجارة ، والآخر إما عقد بيع وإما عقد وكالة وإما عقد مقاولة وإما استصناع وإما غيره .[5]

واعتبار عقد الصيانة عقد إجارة هو من قبيل الإجارة التي ترد على عمل الإنسان ، لأن محل التعاقد فيها عمل معين ، من بناء أو تركيب ، أو إصلاح ، وعليه فإن عقد الصيانة تنطبق عليه أحكام الإجارة ، ويشترط فيه ما يشترط في عقد الإجارة .[6]

([1]) أخرجه ابن ماجه في سننه ، عن ابن عمر ، كتاب الرهون ، باب أجر الإجراء رقم 82/3 ، ص 2227 .

([1]) أخرجه البخاري في صحيحه ، عن أبي هريرة ، كتاب البيوع باب إثم من باع حراً ، رقم 817/2 ، ص 2443 .

([2]) ينظر : علي بن محمد بن القطان ، الإقناع في مسائل الإجماع ، ت/ حسن الصعيدي ، نشر الفاروق الحديثة للطباعة ، الطبعة الأولى 1424 هجري 2004م ، 61/2 .

)[3]) ينظر: عزالدين توني، تطبيقات الاجارة والجعالة على عقود الصيانة ، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي 1416 هجري ص14 مرجع سابق.

([4]) ينظر: أحمد حجي الكردي ، بحوث وفتاوي فقهية معاصرة ص 260 مرجع سابق .

([5]) ينظر: محمد الصديق الضرير ، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي ، بحث منشور في محلة الفقه الإسلامي ، عدد 11 ، ص 111 وما بعدها ، مرجع سابق .

([6]) ينظر: محمد عثمان شبير ، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف ، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ص 477 وما بعدها ، مرجع سابق .

وقد عد البعض أن عقد الصيانة من قبيل عقد الإجارة مع أجير خاص مشترك، ولهذا وجب أن تراعي فيه الشروط الشرعية المعتبرة في عقد الأجير المشترك، مستثنيًا من ذلك بعض عقود الصيانة التي يلتزم فيها الصائن بتقديم قطع الغيار لوجود الغرر. [1]

ولكن الرأي الذي اعتبر عقد الصيانة فرعاً عن عقد الإجارة لم يسلم من النقد والاعتراضات، لوجود اختلافات جوهرية بين العقدين.

ثالثًا: الاعتراض على تكييف عقد الصيانة عقد إجارة:

إن القول بتكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة لم يسلم من الاعتراض، حيث يرى البعض بعدم إمكانية تكييف بعض أنواع عقود الصيانة على الاجارة الصحيحة، وذلك لعدم تحديد المنفعة فيها، كما هو مشروط في عقود الإيجار. [2]

ويفهم من ذلك أنهما لا يتوافقان، لأن أعمال الصيانة تختلف عن الأعمال المألوف تأديتها من قبل الأجراء المشتركين في أمرين هما:

- جهالة مقدار العمل ولاسيما في الصيانة العلاجية أو الصيانة الطارئة.
- الالتزام إلى جانب العمل بتقديم قطع الغيار التي تحتاجها عملية الصيانة وهذه القطع لها قيمتها المعتبرة. [3]

---

(1) ينظر : وهبة بن مصطفى الزحيلي ، تعليق في مجلة الفقه الإسلامي ، العدد 11 ، عرض البحوث الخاصة بعقود الصيانة ، ص 252 مرجع سابق .

(2) ينظر آية الله التسخيري، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي ، بحث منشور في مجلة الفقه الاسلامي ، العدد (11) ، ص128 مرجع سابق.

(3) ينظر مصطفى أحمد الزرقا، والسويلم، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد (11) ، ص195.

رابعًا: الترجيح:

نرى أن تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة أمر لا يستقيم للأسباب الآتية:

- أن أغلب من اعتبروا عقد الصيانة على تكييف الإجارة واعتبروه في بعض عقود الصيانة وليس في جميعها، مما يجعل عقد الصيانة يجمع بين أكثر من تكييف في آن واحد وقد تتعارض بعض التكييفات ببعضها كالإجارة والجعالة.
- إن كل من كيفَّ عقد الصيانة على أنه عقد جعالة اعتمد على جهالة العمل في العقدين فكيف يكيف على أنه عقد إجارة؟، ومن المعلوم أن العمل في الإجارة يشترط أن يكون المحل معلومًا والجهالة موجودة في بعض عقود الصيانة.
- عقود الصيانة قد لا يقع فيها أي أعطال طوال مدة العقد، ومع ذلك فإن الصائن يستحق الأجرة فيها، بينما في الاجارة فإن الأجير يستحق الأجرة في مقابل العمل فقط. [1]

ولهذا فإن اعتبار عقد الصيانة فرعاً عن عقد الإجارة أمر لا ينضبط ، وهذا ما جعل بعض المعاصرين يبحث عن عقود أخرى قد يندرج عقد الصيانة تحتها .

[1] ينظر: عزالدين توني، تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة ، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي 1416 هجري ص14 مرجع سابق.

المطلب الثاني

عقد الصيانة عقد استصناع أو مقاولة

لم يقتصر تكييف الفقهاء المعاصرين لعقد الصيانة على أنه عقد جعالة أو عقد إجارة، بل هناك من بحث في عقود أخرى مشابهة له، ليقيسها عليها، فكيّف عقود الصيانة على أنها عقود استصناع أو مقاولة.[1]

وهذا ما يتناوله هذا المطلب في فرعيه الأول: تكييف الصيانة على أنها عقد استصناع، والثاني على أنها عقد مقاولة.

الفرع الأول: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد استصناع:

ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى القول بأن عقود الصيانة هي صور من عقد الاستصناع، وقبل التعرض لتكييفهم الفقهي، يحسن التعريف بالاستصناع وبيان حكمه.

أولاً: تعريف الاستصناع وبيان حكمه:

تعريف الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: أصله فعل صنع يصنع صنعًا، والصناعة حرفة الصانع، واصطنع فلان خاتمًا من ذهب إذ طلبت من رجل أن يصنع لك خاتمًا، واستصنع الشيء أي ادعا إلى صنعه . فالاستصناع معناه طلب الصنعة.[2]

الاستصناع في الاصطلاح: بأنه عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع.

وجمهور الحنيفية خلاِفًا لغيرهم يعتبرون عقد الاستصناع عقدًا مستقلاً، وليس عقدُ سلَمٍ، وأن عقد الاستصناع قد يصدق عليه أنه يجمع بين عقد البيع وخاصة السلم وبين عقد الاجارة.[3]

---

(1) ينظر: وهبة بن مصطفى الزحيلي، مجلة الفقه الاسلامي العدد (11) عرض البحوث الخاصة بعقود الصيانة ص252. مرجع سابق.

(2) محمد بن مكرم بن علي أبوالفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب (202/8) ، إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط (525/1) ، الناشر مجمع اللغة العربية ، مكتبة الشروق الدولية ، سنة النشر 2004م مرجع سابق.

(3) ينظر محمد بن أحمد السمرقندي الحنفي، تحفة الفقهاء (362/2) ، الطبعة الثانية 1414هـ 1994م ، الناشر دار الكتاب العلمية ، بيروت ، لبنان .

حكم الاستصناع:

اختلف الفقهاء في جواز عقد الاستصناع فأجازه الحنفية استحسانًا، ولأن الناس تعاملوا به في سائر الازمان من غير أن ينكر أحدٌ ذلك، فكان عندهم إجماع، لأن في عقد الاستصناع معنى عقدين جائزين وهما السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزًا. [1]

مستدلين في ذلك بقول ابن عمر رضي الله عنهما :إن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتمًا من ذهب .[2]

أما الجمهور فإنهم عدوا الاستصناع سلَمًا في المصنوعات ، وأعطوه حكم السلم وشروطه .[3]

على خلاف ما اشتهر عنهم من أنهم لا يجيزون الاستصناع.

وسبب ذلك عدم التعمق في معرفة مصطلحات كل مذهب ولوازمها .[4]

ومع ذلك فقد اختلف فقهاء الحنفية في طبيعة عقد الاستصناع.

فقيل هو مواعدة، وقيل هو بيع، وقيل هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، وقيل إجارة ابتداءً، وقيل هو مواعده وليس بيعًا.

ثم اختلفت عباراتهم في هذا النوع من المبيع، فقال بعضهم: هو عقد على بيع الذمة، وقال بعضهم: هو عقد بيع في مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

وجه القول الأول : أن الصانع لو أحضر عينًا كان عملها قبل العقد ورضي بها المستصنع ، لكان العقد جائزًا ، ولو كان شرط العمل من نفس العقد ، لَمَا جاز ، لأن الشرط يقع على عقد في المستقبل لا في الماضي .[5]

والصحيح هو القول الأخير، لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلمًا.

وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعنى في الاصل.

---

(1) ينظر علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (3/5) ، الطبعة الثانية 1982م ،الناشر دار الكتاب العربي، بيروت مرجع سابق.
(2) أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عمر ، كتاب اللباس ، باب من جعل فصل الخاتم رقم (5876) 157/7.
(3) منصور بن يونس إبراهيم البهوتي ، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال ، كشاف القناع عن متن الاقناع (165/3) ، طبعة 1402ه ، الناشر دار الفكر بيروت ، مجد الدين بن تيمية ، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، الطبعة الثانية 1404ه 1998م ، الناشر مكتبة المعارف الرياض ، (334/1) .
(4) ينظر : مصطفى كمال التارزي ، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر (577 وما بعدها) .
(5) ينظر : علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (135/5) ، ومحمد الخطيب الشربيني ، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (7/2) ، الناشر دار الفكر بيروت ن مرجع سابق .

وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي بها المستصنع فجاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما.

فهو إجارة ابتداءً وبيع انتهاء، بدليل قولهم: إنه إذا مات الصانع بطل ولا يستوفي المصنوع من تركته.

ويؤخذ مما سبق أن الحنفية اختلفوا في تكييف عقد الاستصناع : هل هو مواعدة ، أو بيع لموصوف في الذمة أو بيع لموصوف في الذمة شرطه العمل أو إجاره ابتداءً وبيع انتهاء[1]

والذي يظهر لي أن عقد الاستصناع عقد مستقلاً لا يدخل تحت أي عقد من العقود المسماة الأخرى المتعارف عليها، بل هو عقد له صورته المستقلة، وله أحكامه الخاصة كما ذهب إليه جمع المعاصرين.

ثانيًا: تكييف عقد الصيانة على أنه من عقود الاستصناع:

ولما كان عقد الصيانة يجمع بين العين والعمل فهو فرع عن عقد الاستصناع وذلك لأمرين:

- أن الصانع يقدم العمل ومواد الصناعة كما أن الصائن يقدم العمل وقطع الغيار.
- الثمن في كلا العقدين قد يكون معجلاً او مؤجلاً أو مقسطاً .[2]

كما يوجد تقارب كبير وتشابه دون المطابقة الكاملة بين عقد الصيانة وعقد الاستصناع ، إذ إن كلاً منهما ينعقد على عمل مقابل عوض ، فضلاً عن أن عقد الاستصناع تقدم فيه مواد إلى جانب العمل ، كما في عقد الصيانة الذي يتعهد فيه الصائن بعمل الصيانة مع تقديم قطع الغيار .[3]

والاستصناع ليس كالسلَّم الذي يشترط فيه قبض رأس المال في المجلس ، ولا كالبيع الذي يشترط فيه وجود المبيع عند التعاقد ، بل هو عقد يكون المعقود عليه وهو العمل والعين في الذمة ، ويجوز فيه تأجيل الثمن أو تقسيطه .[4]

وكل هذه الأوصاف يمكن أن تكون في عقود الصيانة، وبذلك يكون عقد الصيانة فرعاً عن عقد الاستصناع.

ثالثًا: الاعتراض على تكييف عقد الصيانة على عقود الاستصناع:

---

(1) ينظر: شهاب الدين أحمد ادريس القرافي، تحقيق محمد جاجي، الذخيرة (95/6 ومابعدها) أحمد سيد الدردير، تحقيق محمد عليش، الشرح الكبير (60/4) الناشر دار الفكر بيروت، مرجع سابق.

(2) ينظر: مصطفى الزرقاء والسويلم ، ععقود الصيانة وتكييفها الشرعي ، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي ، العدد (11) ، ص 199 مرجع سابق.

(3) ينظر: أحمد حجي الكردي ، بحوث وفتاوي فقهية معاصرة ، ص 261 مرجع سابق .

(4) علي محي الدين القرة داغي ، التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية ، طبعة 1415ه 199م ص411 .

إن تكييف الفقهاء المعاصرين عقد الصيانة على أنه عقد استصناع لم يسلم من الاعتراض ، ويرجع ذلك إلى أن الصانع في عقد الاستصناع يحدث شيئًا جديدًا ، ويملكِّه للمستصنع في مقابل عوض، بينما الصائن في الصيانة لا يعطي شيئًا جديدًا وإنما يتعهد بضمان استمرار عمل العين المراد صيانتها بكفاءة إلى نهاية مدة العقد وفي مقابل عوض . [1]

حيث أن هناك اختلافًا بين العقدين يتمثل في أن الجهالة الفاحشة والغرر في الصيانة أكبر مما هي في الاستصناع فضلاً عن أنه في الاستصناع يمكن إزالة الجهالة بالوصف النافي لها. [2]

ويمكن أن نخلص إلى أن تخريج عقد الصيانة على أنه من عقود الاستصناع أمر غير مسلم، لمِا يلي:

- الراجح أن المحل في عقد (الاستصناع هو العين المصنوعة وليس العمل).

بينما المحل في عقد الصيانة عادة هو العمل، وقد تضاف إليه قطع غيار في بعض الصور. [3]

- العين المصنوعة محل العقد في الاستصناع لم تكن موجودة عند العقد وإنما أحدثها الصانع بمواد من عنده.

بينما العين المراد صيانتها في عقد الصيانة موجودة، ويملكها المصون له، ويتلخص عمل الصائن في المحافظة على كفاءتها في الأداء أو الإنتاج وقد يحتاج إلى قطع غيار يتعهد هو أو المصون له بتوفيرها.

- عقد الصيانة عقد لازم.

بينما عقد الاستصناع قبل العمل غير ملزم عند الحنفية. [4]

أما بعد العمل فقد اختلفوا في لزومه والراجح أنه يكون ملزمًا إذا جاءت العين المصنوعة موافقة للشروط والمواصفات المطلوبة. [5]

([1]) ينظر: محمد المختار السلامي ، مجلة الفقه الإسلامي ، العدد (11) ، البحوث الخاصة بعقود الصيانة ، ص 273 مرجع سابق.

([2]) ينظر: أحمد حجي الكردي، بحوث وفتاوي فقهية معاصرة ، (ص261) ، مرجع سابق.

([3]) ينظر: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق (186/6) ، حيدر علي حيدر، تحقيق وتعريب فهمي حسين درر الحكام (423/1) الطبعة الأولى 1411هـ 1991م الناشر دار الجبل، مرجع سابق.

([4]) ينظر: علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (3/5) محمد ابن أحمد السمرقندي الحنفي، تحفة الفقهاء (363/2) مرجع سابق.

([5]) ينظر: برهان الدين أبوالمعالي بن مازه، المحقق عبد الكريم سامي الجندي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (136/7) ، طبعة اولى 1424هـ 2000م ، الناشر دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، جمال الدين محمد الزيعلي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (124/4) ط الأولى 1313هـ ، المكتب الكبرى الأميرية ، بولاق ، القاهرة.

الفرع الثاني: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد مقاولة:

أولاً: تعريف المقاولة وبيان حكمها:

1. **المقاولة لغة:** المقاولة على صيغة مفاعلة ليست بالغة، تقتضي أطرافًا متعددة، وأصل اشتقاق الفعل من قال يقول قولاً ومقالاً، وقاوله في أمره وتقاولاً أي تفاوض.
   فالمقاولة معناها المفاوضة والمجادلة. [1]
2. **المقاولة اصطلاحًا:** يعتبر مصطلح المقاولة من المصطلحات القانونية الحديثة، ولذلك عرفه علماء الشرع المعاصرون بتعريفه القانوني وهو "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". [2]

حكم عقد المقاولة:

حكم المقاولة بالنظر إلى التكييف الفقهي لها أنها إما أن تكون إجارة، وهي تلك المقاولات التي يتعهد فيها المقاول بتقديم العمل فقط، وإما أن تكون استصناعاً، وهي تلك المقاولات التي يتعهد فيها المقاول بتقديم العمل والمادة معًا.

وبناء على ما سبق يمكن القول إن المقاولة كيفت على انها اجارة فهي مشروعة، ودليل مشروعيتها هو دليل مشروعية الاجارة والمقاولة التي كيفت على أنها استصناع هي مشروعة أيضاً ودليل ذلك مشروعيتها هو دليل مشروعية الاستصناع.

ثانيًا: تكييف عقد الصيانة على أنه من عقود المقاولة:

عد بعض الباحثين المعاصرين عقد الصيانة هو نوع من أنواع عقد المقاولة، لتوافق أكثر الأحكام التي تطبق على عقد المقاولة عليه، وذلك انطلاقًا من التكييف القانوني لعقد الصيانة، فقد وردة أمثلة على عقود المقاولة العمل فيها متضمنًا لخدمات الصيانة، إذ يمارس المقاول العمل فقط كترميم الابنية او دهانها، وكتجديد الأثاث، وكتصليح أجهزة الحاسوب، أو معدات أخرى وهذه الأمثلة تندرج ضمن عقود الصيانة. [3]

---

[1] ينظر: زين الدين أبوعبدالله محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ص560، محمد بن مكرم بن علي أبوالفضل جمال الدين بن منظور لسان العرب (577/11) مرجع سابق.

[2] ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (5/7) مرجع سابق.

[3] ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (31/7) طبعة 1964 م الناشر دار الاحياء تراث العربي بيروت، مرجع سابق.

وذهب أصحاب هذا الرأي في تخريج عقد الصيانة على عقد المقاولة بناءً على التكييف القانوني لعقد المقاولة والذي يعد عقد الصيانة نوعاً من أنواع عقد المقاولة. [1]

وذلك لأن عقد الصيانة يبدأ الانطلاق من كونه عقد مقاولة. [2]

إن تكييف القانون لعقد الصيانة على أنه عقد مقاولة هو تكييف صحيح وسليم ويمكن العمل بموجبه" وأساسهم في ذلك تشابه العقدين فيما يلي: -

- الصائن في بعض عقود الصيانة يقدم العمل والخدمات فقط، بينما يقدم المصون له قطع الغيار، كما أن المقاول في بعض عقود المقاولة يقدم العمل فقط، بينما يقدم رب العمل المواد.
- إن الصائن في بعض عقود الصيانة يقدم العمل وقطع الغيار، وكذلك المقاول يقدم في بعض عقود المقاولة العمل والمواد. [3]

ثالثًا: الاعتراض على تكييف عقد الصيانة على عقود المقاولة:

نجد العلاقة بين الصيانة والمقاولة من خلال النظر إلى تعرفي الصيانة والمقاولة علاقة خصوص وعموم، فالصيانة أخص من المقاولة، والمقاولة أعم من الصيانة، لأن المقاولة قد يكون فيها القيام بعمل انشاءات جديدة بناء بيت والصيانة لا يكون فيها ذلك.

إن تكييف عقد الصيانة على أنه عقد المقاولة ينبغي الا يكون مقبولاً لأن عقد المقاولة يجمع في صوره بين عقدي الاجارة والاستصناع ، وقد تم الاعتراض على ذلك فيما سلف بيانه في تكييف عقد الصيانة على أنه عقد اجارة ، وكذلك على تكييفه على أنه عقد الاستصناع ، ولا حاجة لرد الاعتراضات.[4]

---

(1) ينظر: محمد الصديق الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد (11) ، ص108 وما بعدها مرجع سابق.

(2) ينظر: وهبة بن مصطفى الزحيلي، مجلة الفقه الإسلامي ، العدد (11) ، البحوث الخاصة بعقود الصيانة ص 252، مرجع سابق 253.

(3) ينظر: محمد الصديق الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي مرجع سابق ص109.

(4) ينظر: الاعتراضات على تكييف عقد الصيانة من عقود الإجارة ، وكذلك الاعتراضات على تكييفها من عقود الاستصناع .

المبحث الثاني

عقود الصيانة عقود غير مسماة

تنقسم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة وذلك حسب التكييف الفقهي للعقد، ومن حيث استقلاله على أنه عقد مستقل أو مستقل بذاته، ويفهم مما سبق أن عقد الصيانة وان كان بينه وبين بعض العقود كالجعالة أو الإجارة أو الاستصناع او المقاولة تشابه كبير إلا أن المطابقة الكاملة وتمام التشابه غير متحقق، ومن ثم فإلحاقه بهذه العقود محل نظر، باعتباره عقدًا مستحدثًا تطبق عليه القواعد العامة للعقود والشروط في الفقه الاسلامي.

ولما كان بعض العلماء كيفً عقد الصيانة على أنه عقد مستحدث، يتناول هذا المبحث دراسة التكييف الفقهي لعقد الصيانة باعتباره عقدًا مستحدثًا، له خصائصه التي تميزه عن عقد الجعالة وعقد الإجارة وعقد الاستصناع وعقد المقاولة، فهو عقد مستقل عن تلك العقود، له اعتباره الخاص، وشروطه، وضوابطه الخاصة.

فهل يعد عقد غير مسمى، وما حكمه بهذا الاعتبار؟ وذلك من خلال مطلبين:

- المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقد الصيانة على أنه عقد مستقل.
- المطلب الثاني: حكم عقد الصيانة باعتباره عقد مستقل بدأته.

المطلب الأول

التكييف الفقهي لعقد الصيانة على أنه عقد مستقل:

في هذا المطلب فرعان الأول: بيان مفهوم العقود الغير مسماة، الثاني: بيان التكييف الفقهي لعقد الصيانة باعتباره عقدًا مستقلاً:

الفرع الأول: مفهوم العقود الغير مسماة

أولاً: تعريف العقود الغير مسماة:

هو العقد الذي لا يندرج تحت أي من العقود التي لها مسميات عرفت بها في الفقه الإسلامي، أو هو العقد الذي لم يسمهِ القانون، ولم يضع له أحكامًا وشروطاً في مواده القانونية، كعقد دار النشر مع كاتب مشهور وعقود الإعلانات.

والعقود الغير المسماة في الفقه الإسلامي هي العقود التي يحكم القضاء فيها بالقياس على العقود الأقرب للعقد الذي به الإشكال ، والحكم بناء على ذلك ، وهذا يعد اقتباساً من الدين الإسلامي الذي ينص على الاتجاه إلى القياس في حال غياب النص ، ويخضع العقود الغير مسماة إلى القواعد العامة المطبقة على بقية العقود ، وهذه نتيجة لعدم وضع إطار لتنظيم هذه العقود كما يخضع للقواعد العامة في حال اختلاف أطرافه لن مسائل العقد ، وتعتبر العقود الغير المسماة بصعوبة حصرها فالإدارة حرة في إبرام أي عقد مادامت ملتزمة بشروط القانون والآداب العامة . [1]

من خلال ما سبق تبين أن عقد الصيانة عقد مستحدث، وأنه من التكلف إلحاقه بعدة عقود معروفة لا تشبهه تمام الشبه، ويبدو جلياً في ضوء مقارنة عقد الصيانة بالعقود الأربعة التباين الواضح فيما بينهما، فعقد الصيانة لا يشبه أيًا منها تمام الشبه فيصعب تطبيق جميع أحكام أحد هذه العقود على الصيانة، ولعل الأيسر والأبعد عن التكلف اعتبار الصيانة عقدًا مستقلاً. [2]

---

[1] ينظر فقه المعاملات دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ، محمد عثمان الفقي ، نظرية العقد ، نظر كتاب العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني.

[2] ينظر: محمد سليم الزرقا والسويلم، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد (11) ، ص199 وما بعدها مرجع سابق.

ولما كان عقد الصيانة من العقود المستحدثة، كانت له خصوصيات تجعله متميزاً عن العقود الاخرى، فهو عقد مستقل، له كيانه الخاص، وشروطه الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر. [1]

ثانيًا: حكم العقود الغير مسماة:

تعتبر العقود المسماة استثناء من مبدأ الشكلية في العقود، حيث كانت القاعدة في القانون: أن مجرد توافق الإرادتين لا يترتب عليه أي التزام ما دام لم يفرغ في أحد الأشكال المقررة.

وترجع مشكلة التكييف إلى أن القواعد القانونية محدودة، بينما وقائع الحياة متنوعة وغير محدودة، فعند تطبيق القانون على الواقع وجب التكييف أي تحديد الطائفة القانونية التي ينتمي إليها وهذا التطبيق للقواعد القانونية التي تحكم هذه الطائفة، ففي العقود مثلاً نجد على المستوى التنظيمي القواعد العامة في نظرية الالتزامات والقواعد الخاصة في قانون العقود المسماة، أما عملياً نجد أن الأفراد يبرمون ما يشاءون من عقود وفقًا لما يلبي رغباتهم دون مراعاة للصيغ والمصطلحات بلا خلاف.

أما عندما يثار الخلاف حول تنفيذ هذا الاتفاق المبرم بين الأطراف وطرحه أمام القضاء فإن القاضي يبدأ في توصيف وتصنيف الاتفاق وفقًا لنماذج العقود الواردة في قانون العقود المسماة، فإذا انطبقت إحدى هذه النماذج، فإن العقد يكون من العقود المسماة، ويطبق عليه القاضي القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد إلى جانب القواعد العامة.

أما إذا لم يطابق هذا الاتفاق على النماذج الواردة في العقود المسماة، فإن العقد يكون من العقود الغير مسماة، فيطبق عليها القاضي القواعد الملائمة في النظرية العامة للالتزامات أو في أقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق، ليطبق عليه ما يناسبه من القواعد الخاصة بهذا العقد.

فالتكييف يتطلب القيام بعمليتين:

أولهما: تحديد العناصر القانونية المميزة لنموذج معين من العقود، كأن يبحث عما يميز عقد البيع كتوافر عنصري الثمن والملكية.

ثانيهما: في العقد الفردي الذي أبرمه الأطراف عن العناصر الواقعية التي تقابل هذه العناصر القانونية المميزة للعقد المسمى.

ومما سبق يتضح أهمية التمييز بين العقد المسمى والعقد الغير مسمى .

---

[1] ينظر: آية الله التسخيري، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد (11) ، ص129 ، مرجع سابق.

فالأول يخضع للأحكام التي وضعها المشروع خاصة بها.

أما العقد الغير مسمى فيرجع إلى القواعد العامة التي تحكم العقد في نظرية الالتزام، لتطبيق الأحكام عليه.

والعقود المسماة في تطور مستمر فإذا شاع عقد من العقود الغير مسماة وأصبح مهماً إلى درجة وجوب تنظيمه، فإن المشرع يقوم بتنظيم هذا العقد ليحدد أحكامه، وبهذا ينتقل هذا العقد غير المسمى من طائفة العقود غير المسماة إلى طائفه العقود المسماة.

فالعقد المسمى المركب هو الذي ينطوي على عدة أدوات ينتمي كل منهما إلى عقد من العقود.

وأبرز مثال على ذلك: عقد النزول في فندق، ينطوي على إجازة بالنسبة للغرفة، وبيع بالنسبة لما يقدم من خدمة.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعقد الصيانة باعتباره عقداً مستحدثًا:

من خلال آراء الفقهاء في تكييفهم لعقد الصيانة يمكن أن يلخص البحث إلى تقسيم هذه التكييفات الي ثلاثة اتجاهات:

1. عقد الصيانة وإن كان عقدًا مستحدثًا إلا أنه يندرج تحت عقد من العقود المعروفة في الفقه الاسلامي.
وأصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في العقد الذي يكيف تحته عقد الصيانة: فمنهم من كيفه على أنه عقد إجارة ومنهم من كيفَّه على أنه عقد جعالة، ومنهم من كيفية على أنه عقد استصناع، وآخرون كيفَّوه على أنه عقد مقاولة.
2. عقد الصيانة له صور متعددة، ومن ثم لا يمكن تكييفه تحت عقد واحد، بل يكيف تحت عدة عقود فقهية مختلفة عرفها الفقه الإسلامي تبعًا لاختلاف صوره، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشر، وقد كيفَّ مجمع الفقه الإسلامي، عقد الصيانة كما يلي:

- عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر، ويلتزم فيه الصائن بتقديم خدمات الصيانة فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يحسب لها العاقدان حسابًا أو مع مواد يعتبر العاقدان قيمتها، ويلتزم المالك بتقديمها، فهذا العقد يكيِّف على أنه عقد إجارة على العمل.
- عقد الصيانة المشروط في عقد البيع على البائع في مدة معلومة، وهذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط.
- عقد الصيانة المشروط في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر، وهذا عقد اجتمع فيه إجاره وشرط.

3. عقد الصيانة عقد مستقل، وليس من الضروري أن يكيفَّ تحت أي عقد آخر، لأنه عقد يتميز عن سائر العقود بصور، وخصائص، وضوابط، وشروط تستوجب النظر في حكمه من خلال المبادئ العامة للعقود، والتحقق من توافر الاركان، وانطباق الشروط العامة في العقود الصحيحة عليه. [1]

ومن خلال ما تقدم استعراضه من آراء العلماء واتجاهاتهم المختلفة في تكييف عقد الصيانة، فإن عقد الصيانة وأن كان بينه وبين بعض العقود كالجعالة او الاجارة او الاستصناع او المقاولة تشابه كبير إلا أن تمام التشابه غير متحقق.

لذلك لا ينبغي أن يلحق بهذه العقود أو أن يندرج تحت أحدها، بل إن الأولى ترجيح تكييفه على أنه عقد جديد ومستحدث، تطبق عليه القواعد العامة للعقود، والشروط في الفقه الإسلامي.

---

1) ينظر: محمد سليم الزرقا والسويلم ، عقود الصيانة وتكييفها ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 11 ، ص 195 وما بعدها ، مرجع سابق.

كما أن وجود بعض الشبه بين عقد الصيانة وعقود أخرى كالسلَّم، أو المزارعة، أو المساقاة لا يجعل من عقد الصيانة ملحقاً بها.

ولعل أسباب ترجيح كون عقد الصيانة عقدًا مستقلاً، وأنه لا ينبغي إلحاقه ببعض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي الآتي:

- إن عقد الصيانة عقد مستحدث، واختصاصه باسم خاص به يقتضي تميزه ومغايرته لغيره من العقود المسماة، ولاسيما وأن الناس في حياتهم اليومية قد تعارفوا على تسميته بهذا الاسم، بعيدًا عن تسميته بالإجارة، أو الجعالة، أو مقاولة أو بغيرها من الاسماء.
ومن المعلوم أن العرف معتبر إن لم يخالف نصاً، أو قاعدة شرعية، ومن ثم فلا يجب أن يتم إدراجه تحت أي عقد منها.
- إلحاق العلماء لعقد الصيانة بغيره من العقود كالإجارة، أو الجعالة، أو الاستصناع، أو المقاولة، أو غيرها من العقود اعترض عليه لكونه لا ينطبق عليه شروط هذه العقود واحكامها، لعدم المطابقة أو المشابهة الكاملة، بل إن هناك فروقًا جوهرية بين عقد الصيانة والعقود الأخرى كالإجارة، أو الجعالة، أو غيرها مما يمنع إلحاق عقد الصيانة بأي من تلك العقود.
- تعدد واختلاف تكييف العلماء لعقد الصيانة دليل على انه لا يشبه أحد تلك العقود التي تم تكييفه بها من كل وجه، ومن ثم لا ينبغي الحاقه بها.
- أن تعدد صور عقد الصيانة ليس دافعًا لتعدد تكييف تلك الصور، فعقد الصيانة سواء كان عقدًا مستقلاً او عقدًا مقترنًا بعقد آخر كالبيع، أو الاستصناع، أو الإجارة، أو غيره، وسواء التزام الصائن بالعمل فقط أو مع توفير قطع الغيار، وسواء التزم الصائن أو صاحب العين بقيمة قطع الغيار، فإن ذلك لا يغير من حقيقة عقد الصيانة، بدليل أن عقد البيع وهو بيع سواء كان منفردًا أو جاء مجتمعًا مع أحد العقود الأخرى.
يكون التكييف للعقد المركب الذي اجتمع فيه أكثر من عقد على النحو التالي: هل هو من قبيل بيعتين في بيعه، أو صفقتين في صفقة، أو شرط وبيع، ومن ثم فأقصى ما تفيده صور عقد الصيانة هو أن عقد الصيانة قد يكون عقدًا منفردًا أو عقدًا مركبًا يجتمع مع عقود أخرى في عقد واحد كالبيع وغيره، ولذلك لا ينبغي أن تتعدد صور تكييفه، وإنما يكيف تكييفًا واحدًا وهو عقد مستقل.

- عقد الصيانة يتميز عن سائر العقود بخصائص، وصور، وضوابط، وشروط تجعله عقدًا مستقلاً لا يندرج تحت أي من العقود المسماة.[1]

المطلب الثاني

أحكام عقد الصيانة باعتباره عقداً مستقلاً بذاته

يعد عقد الصيانة عقدًا مستقلاً، وصوره متعددة ومتنوعة، فيمكن أن يكون عقدًا منفردًا، أو عقدًا مقترنًا بعقد البيع، أو بعقد الإجارة، أو بعقد الاستصناع، أو بعقد المقاولة حسب الأحوال، أو بغير ذلك من العقود، بل يمكن ألا يقتصر فيه الالتزام على خدمات الصيانة فقط، بل يمكن أن يشتمل أيضاً على التعهدات من أحد طرفي العقد بتوفير المواد وقطع الغيار اللازمة للصيانة، بالإضافة إلى ما قد يتضمنه العقد من شروط أخرى.

وهذا ما سيتناوله هذا المطلب من خلال بيان حكم عقد الصيانة باعتباره عقدًا مستقلاً بذاته في فرعين الأول: حكم الصيانة المنفردة، الثاني: حكم الصيانة العلاجية المنفردة.

الفرع الأول: حكم عقد الصيانة المنفرد:

إن عقد الصيانة عقد مستحدث، ولم يكن معروفًا عند فقهائنا السابقين، وهو عقد قد توافرت فيه الأركان والشروط اللازمة، ليكون معتبرًا من الناحية الشرعية، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد والمبادئ العامة المتعارف عليها للعقود في الفقه الإسلامي؛ وعليه فقد اتفق العلماء المعاصرون بالرغم من اختلافهم في تكييف عقد الصيانة.

أدلة مشروعية عقد الصيانة:

إن أدلة مشروعية عقد الصيانة هي أدلة عامة مستمدة من القرآن والسنة والمعقول:

أولاً: الأدلة من القرآن: قوله سبحانه وتعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ**﴾ المائدة (1)

وقوله عز وجل ﴿**وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا**﴾ الاسراء (34)

وجه الدلالة في ذلك: أمر الله سبحانه وتعالى في الآيتين بالوفاء بالعقود والعهود، وهذا عام يشمل جميع العقود بدون استثناء، إلا ما استثناه الشرع بنص، وهذا يدل على أن تحريم شيء من الشروط أو العقود التي يعقدها الناس لتحقيق مصالحهم بغير دليل شرعي تحريم مالم يحرمه الله عز وجل، فيبقى الأصل في العقود الإباحة.[1]

---

[1] ينظر: آية الله التسخيري ، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي ، عقد منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد 11، ص126 مرجع سابق.

وعقد الصيانة داخل في عموم العقود التي أمرت هذه الآيات القرآنية بلزوم الوفاء بها؛ فيكون عقد الصيانة مشروعاً وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

يقول الله عز وجل ﴿**وَسخَّرَ لَكمُ مَّا في السَّمَاوَاتِ وَمَا في الأَرْض جمَيعًا مِنْهُ ۚ إنّ في ذَلكَ لآيَاتٍ لقَّومٍ يَتَفَكّرُونَ**﴾ الجاثية (13)

وجه الدلالة: الآيات دليل على أن عقد الصيانة مما يحقق المصلحة والنفع فهو داخل في دائرة الإذن والإباحة. [1]

ويقول الله سبحانه وتعالى ﴿**قُلْ أرَأيتُم مَّا أنزلَ اللّهُ لَكمُ منّ رّزقْ فَجعَلتُم مِنْهُ حرَامًا وَحلاَلاً قُلْ آللّهُ أذنَ لَكمْ ۖ أمْ علَى اللّهِ تَفتُرُونَ**﴾ يونس (59)

وجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى ذم المحرم للحلال، إذ ليس لأحد أن يحرم ما أحل الله جلا جلاله [2]، فالحلال ما أحله الله جلا جلاله، والحرام ما حرمه الله عز جله، وما سكت عنه فهو عفو، ولا يجوز لأحد أن يحكم بتحريمه، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال **" .... فبعث الله نبيه وأنزل كتابه، وأحل حلاله وحرم حرامه، فما أحل فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو".** [3]

وعقد الصيانة مما لم يتناوله الشرع بالتحريم، بل سكت عنه، ويبقى على أصل الإباحة فيكون مباحاً إلا إذا اعتراه ما يوجب تحريمه.

وقوله تعالى ﴿ **وَلاَ تَقُولُوا لمِا تَصفُ ألسنَتُكمُ الكَذبَ هذَا حلاَلٌ وَهذَا حرَامٌ لتَّفتُرُوا علَى اللّهِ الكَذبَ ۚ إنّ الّذينَ يَفتُرُونَ علَى اللّهِ الكَذبَ لاَ يُفلْحِونَ**﴾ النحل (116)

وجه الدلالة: أن التحليل والتحريم إنما هو أمر من الله وليس لأحد أن يقول أو يصرح بهذا في عين من الأعيان، إلا أن يكون الباري سبحانه وتعالى.

وعقد الصيانة لم يتناوله نص بالتحريم، فيكون حكمه الإباحة وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

وقوله تعالى ﴿**وَأَحلّ اللّهُ البَيعْ وَحرَّمَ الربَا ۚ**﴾ البقرة (275).

---

[1]) ينظرأحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبوالقاسم الخضر أبوالعباس بن تيمية، المحقق هشام بن اسماعيل بن علي الصيني ، كتب ورسائل وفتاوي ابن تيمية (138/29) ، النشر دار ابن الجوزي سنة النشر 1422هـ، محمد بن أبي بكر بن أيوب سعد شمس الدين بن القيم تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم:، إعلام الموقعين عن رب العالمين (345/1)؛ الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411هـ 1991م وهبة بن مصطفى الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (3049/4) مرجع سابق.

([1]) ينظر الحسين بن مسعود البغوي: معالم التنزيل (185/4).

[2])ينظرأبوعبدالله محمد الأنصاري القرطبي، تحقيق أحمد علي البردوني: الجامع لأحكام القرآن (180/18)، الطبعة الثانية ، الناشر دار الشعب ، أبو السعود العمادي ، إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم (156/4) ، الناشر دار المصحف القاهرة، مرجع سابق.

[3]) أخرجه أبو داوود ، في سننه ، كتاب الأطعمة، باب مالم يذكر تحريمه، ح 3800، (354/3) ، تحقيق محمد محيي الدين ، الناشر دار الفكر بيروت، مرجع سابق .

وجه الدلالة: لفظ البيع الوارد في الآية لفظ عام، فالألف واللام للجنس وليس للعهد، لعدم تقدم بيع مذكور يرجع إليه، وعليه فأصول البيوع كلها على الإباحة إلا ما استثناه الشرع بالنهى عنه. [1]

وعقد الصيانة يجري عليه نفس الحكم لتحقيق معنى البيع فيه إذا تمت فيه مبادلة عوضين وهما: خدمات الصيانة التي التزمها الصائن في مقابل الأجر الذي التزمه المصون له، ولم يرد من قبَل الشارع ما ينهى عنه، فهو يحقق ركني الإيجاب والقبول في العقود.

وقوله تعالى ﴿يَا **أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**﴾ النساء (29)

وجه الدلالة: نصت الآية على إباحة التجارة بعد التحقق الرضا في العاقدين، فركن الرضا سبب لحكم الإباحة، فيثبت أن الأصل في الشروط والعقود رضا المتعاقدين إلا ما ورد الشرع بتحريمه. [2] وعقد الصيانة القائم على الرضا يجري عليه حكم الإباحة إلا إذا اعتراه ما يوجب تحريمه ومخالفة لأحكام الشريعة.

ثانيًا: الأدلة من السنة:

ما رواه عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حرامًا ". [3]

وجه الدلالة: في هذا الحديث أن الأصل في العقود والشروط، ما يدل على أن الأصل فيها الإباحة إلا ما كان منافيًا أو مناقضاً لحكم الله تعالى وحكم رسوله (صلى الله عليه وسلم)، فحينئذ يكون باطلاً. [4]

وبناءً على ذلك فإن عقد الصيانة يُعتبر مشروعاً باعتبار الأصل.

ثالثًا: الأدلة من المعقول:

---

[1]) ينظرمحمد إدريس الشافعي: الأم (3/3)؛ أبوعبدالله محمد الأنصاري القرطبي: الجامع لإحكام القرآن (356/3)؛ محمد بن محمد الغزالي، تحقيق محمد عبد السلام الشافي: المستصفى في علم الاصول، (268/1) الطبعة الأولى 1413هـ الناشر دار الكتب ، بيروت مرجع سابق.

[2]) ينظر تقي الدين أبوالعباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي: القواعد النورانية ، طبعة 1399هـ الناشر دار المعارف ، بيروت ، ص2.3 ، مرجع سابق.

3) أخرجه الترمذي في سننه عن عمرو بن عوف المزني ، عن أبيه ، عن جده ، عن رسول الله في الصلح بين الناس، رقم 1352، (234/3)؛ محمد بن يزيد القازويني ابن ماجه في سننه ، كتاب الأحكام، باب الصلح 2353، (788/2) مرجع سابق.

[4]) ينظر تقي الدين أبوالعباس حمد ابن عبد الحليم بن تيمية: كتب ورسائل وفتاوي بن تيمية (147/29 وما بعدها)؛ محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة ص20 مرجع سابق.

يحقق عقد الصيانة مصلحة شرعية للمتعاقدين، إذ يطمئن المصون له على استمرار العين المطلوب صيانتها، وكفاءتها الانتاجية، وإطالة عمرها الافتراضي، أو عدم توقفها وعطلها عن العمل الذي يضيع الوقت والمال كما أن الصائن يريد تحقيق ربحًا ماديًا من خلال ما يتقاضاه من أجرة على عمله.

وبما أن مقاصد الشريعة مبنية على رعاية العلل والمصالح ، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العبادات يكتفي فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه [1]" ،

وهذا هو الأصل في الشريعة ، فإنا وجدنا الشارع قاصدًا لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز " .[2]

فينشأ عن ذلك أن يكون عقد الصيانة عقدًا مشروعاً ما لم يخرج عن الضوابط الشرعية، ومالم يشتمل على مخالفة لأحكام الشريعة الغراء ومفاسد كالربا، أو الجهالة المؤدية إلى الخلاف والنزاع.

إن عقد الصيانة يساهم بصورة أو بأخرى في الحفاظ على النفس والمال، وهما من الكليات الخمس التي ترعاها الشريعة الإسلامية؛ إذ إن في صيانة المركبات، والطائرات، والسفن، والسيارات، وصيانة العقارات، والآلات يمنع ويقلل الكثير من الحوادث التي تؤدي بحياة آلاف من الأفراد، وفي ذلك حفاظ على النفس البشرية، وهذا يندرج تحت حفظ النفس.

كما تؤدي صيانة ما سبق إلى الحفاظ على المال وهو يندرج تحت حفظ المال، وذلك بتقليل نفقات الإصلاح، وتقليل فترات التوقف عن الانتاج، فضلاً عن زيادة العمر الافتراضي للعين المراد صيانتها، وهذا من المصالح الشرعية.

وعليه فإن عقد الصيانة ينبغي أن يكون من العقود المشروعة، حيث كان موافقًا لقواعد المعاملات الشرعية، مع خلوه من المحاذير المفسدة للعقود كالربا، أو الغرر، أو الجهالة المؤدية إلى النزاع والخلاف؛ وهذا ما يجعل عقد الصيانة عقدًا معتبرًا شرعاً وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

الاعتراضات المحتملة على عقد الصيانة:

)1) ينظر إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت. 79 ه): الموافقات في أصول الفقه، دار عثمان بن عفان ، الطبعة الأولى 1417ه 1997 –م ، 440/1 .

(2) 2/520 المرجع السابق .

قد يعترض البعض بأن عقود الصيانة لا تخلو من غرر أو تعليق، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الغرر؛ وهذا يقتضي بطلان وعقد الصيانة، لاشتماله على تلك المحظورات الشرعية. وللرد على تلك الاعتراضات لا بد أولاً من بيان حقيقة كل من الغرر، والتعليق على عقد الصيانة، وذلك كالآتي:

أولاً: الغرر في عقد الصيانة:

- **الغرر في اللغة: الغرر** "مأخوذ من الفعل غر يغره غرورًا، وهو الخطر، واغتر بالشيء: أي خدُع به". [1]
- **الغرر في الاصطلاح:** هو ما كان له ظاهر يغر وباطن مجهول، ولذلك سمى الشيطان بالغرور؛ لأنه يحمل على محاب النفس تراجع وراء ذلك ما يسوء [2]، أو هو ما تردد فيه بين الوجود وعدمه. [3]

والغرر في عقد الصيانة يتمثل في الآتي:

- **الجهالة:** إن محل العقد في عقد الصيانة قد يكون بعضه عملاً ويكون البعض الآخر مواد وقطع غيار، وهذه الأشياء يصعب تحديدها بدقة، موصوفه مما يجعل الجهالة تغلب.

  ويترتب على ذلك عدة أنواع من الجهالة هي:
- **جهالة في مقدار العمل المطلوب: بما** أن عقد الصيانة هو عقد على عمل لإصلاح ما قد يطرأ على العين المطلوب صيانتها من أعطال تؤدي إلى توقفها عن العمل أو قلة إنتاجها مقارنة مع وضعها الطبيعي؛ فإن مقدار العمل المطلوب ومواعيد تقديمه لإعادتها إلى كفائتها الإنتاجية يبقى أمرًا مجهولاً.

كما أن مقدار الجهالة في العمل المراد والمطلوب يختلف من عقد صيانة لآخر حسب أحكام، وقواعد، وشروط كل عقد، وحسب طبيعة العين المراد صيانتها، فالجهالة هي في مقدار العمل المطلوب في عقد التشغيل، حيث أنه يوجد حد أدنى من العمل متفق على مقداره ونوعيته عند إبرام العقد المتفق عليه، وتختلف عنها في عقد التشغيل والصيانة معًا حيث إن الصائن ملزم بتقديم أي عمل يضمن استمرار العين محل العقد في فعاليتها وكفائتها الانتاجية الطبيعية، ومقدار ذلك العمل مجهول عند إبرام العقد وغير مقدر ومعروف.

إضافة إلى ذلك أن بعض عقود الصيانة مؤقتة زمنياً وهي نادرة يتم التعاقد فيها للعمل بالساعة، ويترك تحديد ساعات العمل لكل عملية صيانة بذاتها؛ وتبعًا لذلك فإن مقدار العمل المطلوب، وطبيعته، ومواعيد تقديمه مجهولة من حيث مدة العمل ومدى معرفة مدة الصيانة. [1]

)1)زين الدين أبوعبدالله محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح (ص197)؛ محمد بن مكرم بن علي ابوالفضل جمال الدين بن منظور لسان العرب (14،11/5) مرجع سابق.

(2) أبوعبدالله محمد أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (302/4) مرجع سابق.

)3) شمس الدين بن عبد الله بن مفلح المقدسي، المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي: الفروع ومعه تصحيح الفروع (322/4) سنة النشر 1424هـ، 2003م ، الناشر مؤسسة الرسالة دار المؤيد.

- **الجهالة في مقدار قطع الغيار المطلوب تغييرها أو استبدالها وفي أثمانها عند الحاجة إليها في الصيانة:**

إن عقود الصيانة التي تتضمن استبدال القطع التالفة، أو المستهلكة، أو تلك التي انتهى عمرها الافتراضي، ويتعهد الصائن بتوفيرها من ماله تعتريها جهالة ليست يسيرة في كمية قطع الغيار ونوعيتها وأثمانها، وكذلك في مواعيد استلامها، واستعمالها، بل تزيد هل ممكن عدم استبدالها، أو إبقائها لسلامتها وهي مدفوعة الثمن؟

- **الجهالة في كمية المواد الاستهلاكية وفي أثمانها ومواعيد احتياجها في الصيانة:**

إن عقود الصيانة التي تتطلب أعمال الصيانة فيها موادّ استهلاكية كالزيوت، أو مواد التشحيم، أو مواد النظافة، أو بعض المواد الكيماوية اللازمة للفحص والتشغيل التجريبي تتضمن جهالة في مقدار تلك المواد، وأثمانها، ومواعيد الحاجة إليها وتغيير أسعارها في السوق.

- **الجهالة في الآلات الخاضعة لعقد الصيانة:**

إن بعض عقود الصيانة تتعلق الجهالة فيها بالآلات المطلوب صيانتها؛ إذ يُشترط فيها أن ما يُضاف بعد العقد من آلات أو أجهزة مشمولة في العقد تخضع للصيانة في أثناء مدة العقد، وهذه الجهالة تقع على ما أضافه الصائن.

- **الجهالة في معيار الصيانة:** إن عقود الصيانة تتضمن نسبة من الجهالة في معيار الصيانة المطلوبة، إذ تنص بعض العقود على تقديم الصيانة المألوفة والمعتادة، وبعضها ينص على تقديمها وفق ما يرضى الزبون أو المالك، والبعض الآخر ينص على تقديمها حسب اعتبار رأي المقدم، وهو المباشر الفعلي لعمل الصيانة، كالتزام الجهة المنتجة أو المصنعة بالصيانة، ويقوم وكيلها بالبيع بتنفيذها على حسب الحاجة، أو حسب الذي يرى الصائن صيانته.

- **الجهالة في تحمل الصائن تدريب العاملين عند مالك الآلات:**

قد تتضمن بعض عقود الصيانة شرطاً يقتضي من الصائن إبرام عقد دورات تدريبية للعاملين بالمصنع على سبيل المثال، أو عند مالك العين المطلوب صيانتها حسب طلب المالك ورأيه وحاجته فقط، وهذا الشرط يؤدي إلى جهالة ليست باليسيرة، حيث لا يمكن معرفة مدى التزامات الصائن على وجه التحديد والدقة.

- **الجهالة في التطورات التقنية أو الفنية وأثمانها ومواعيد اكتشافها:**

لقد انتشرت اليوم فيما يتعلق ببرامج الكمبيوتر عقود تقديم البرامج مع صيانتها؛ وذلك بإدخال كل ما هو جديد أو أية معرفة فنية جديدة على تلك البرامج خلال مدة العقد.

ونظرًا للتطور الفني السريع والكبير الحاصل على برامج الكمبيوتر والثورة المعلوماتية، وعدم القدرة على التنبؤ بها، نجد أن تلك العقود تتضمن جهالة كبيرة مرتبطة بالتطورات المستقبلية، وأثمانها، ووقت ظهورها، وذلك للتطور الحاصل في البرامج المعلوماتية.

---

(1) ينظر منذر قحف: عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، ص151 مرجع سابق.

- **الجهالة في الآلات اللازمة للقيام بأعمال الصيانة:**

إن بعض عقود الصيانة قد تتطلب أعمال الصيانة فيها استعمال آلات وأجهزة، للفحص أو للقيام بأعمال الصيانة، وعدد ونوع هذه الآلات وهذه الأجهزة مجهول عند العقد، وكذلك مقدارها ومواعيد استعمالها. (1)

وللرد على هذه الاعتراضات:

بالرغم من كل ما ذكر في موضوع الجهالة إلا أنه عند التحقيق ندرك أن هذه الجهالة لا تأثير لها على أصل العقد، بل هي جهالة نسبية لا يبطل بها العقد؛ وذلك ؛ لأن موضوع الصيانة هو عبارة عن خدمات مراقبة ومتابعة للأجهزة والآلات بشكل دوري ، وفق الاتفاق والعقد المبرم، وفي أوقات محددة، ولفترة زمنية معينة، والقيام بكل ما تتطلبه عملية الصيانة، وهذا في عرف أهل الخبرة والمتخصصين في الصيانة يُعتبر أمرًا معلومًا نسبيًا، كما أن نسبة احتمال وقوع الخلل أو العطل في الأجهزة أو في الآلات معروفة نسبيًا ، ومن ثم كمية قطع الغيار اللازمة التي تحتاج إلى استبدال، وأدوات ولوازم التشغيل والصيانة أصبحت اليوم معلومة بوضوح ، بحكم الخبرة والتجربة، وبحسب الاحصاءات الموضوعية لذلك؛ مما أدى إلى تقليل درجة الجهالة، وأنه توجد اليوم على الصعيد الدولي دراسات متخصصة يمكنها توقع طبيعة الأعطال وتكلفتها ؛ بفضل وجود الثورة المعلوماتية، وكيفية تقليل نفقات الصيانة، وأنشئت الدراسات تتعلق بإدارة الصيانة، وبالتخطيط لخطوات الصيانة في المنشآت، وقد صدرت مؤلفات بذلك الشأن من جهات مختلفة على عدة أصعد ، اقتصادية ، أو إدارية ، أو محاسبية ، أو فنية مثل كتاب ترشيد عمليات الصيانة بالأساليب الكمية لقنطجي، أو خطوات تطبيق الصيانة الصحيحة في منشأة لعارف نسمان وغيرها.

وبناء على ما سبق يمكن القول بأن الجهالة القائمة في عقود الصيانة هي جهالة قليلة نسبيًا وأنها غير مؤثرة في صحة تلك العقود، وهذا ما يفسر إقدام شركات ومؤسسات كبرى على عقود الصيانة، إذ لو كانت التزاماتها فيها مجهولة، لما أقدمت عليها.

وعلى فرض وجود جهالة أو غرر، فلا يعني ذلك منع عقد الصيانة فكم من عقود فيها جهالة أو غرر إلا أنها شرُعت لحاجة الناس وللمصلحة على خلاف القياس، كعقد السلم، أو عقد المزارعة، أو عقد المساقاة، أو عقد النظافة، وعقود الصيانة غدت اليوم من العقود التي يحتاج الناس إليها.

أما الطابع الاحتمالي فيها:

من الشبه التي تحوم حول عقد الصيانة اتصافه بطابع الاحتمالية، فمن المعلوم أن الآلة أو العين المراد صيانتها متوقع أن تتعرض لأعطال؛ نتيجة لاستعمالها أو لأسباب أخرى، ومن ثم فإن الطابع الاحتمالي لعقد الصيانة أمر قائم، ويُدرك

(1) ينظر منذر قحف: عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، ص151 مرجع سابق.

ذلك من خلال احتمالية وقوع الخلل أو العطل في العين محل العقد، إذ يمكن أن تتعدد حالات وقوع الأعطال، ويمكن ألا تقع أية أعطال البتة طول مدة العقد، فهو غير معلوم.

وللإجابة عن ذلك: فإن الطابع الاحتمالي لا ينطبق إلا على عقود الصيانة العلاجية الطارئة، أما عقود الصيانة الدورية الوقائية أو الشاملة فلا ينطبق عليها؛ لأن إصلاح الأعطال الطارئة هو جزء من خدمات الصيانة، إلى جانب المراقبة والتفتيش والمتابعة الدورية، والتي تقلص إلى درجة كبيرة من وقوع أعطال، أو خلل، أو توقف مفاجئ لآلات، أو للأجهزة محل التعاقد؛ مما يجعل الأعطال وحدوثها أقل.

ولما كانت المخاطرة القائمة نتيجة احتمالية وقوع العطل فيها أو الخلل يمكن تلافيها أو التقليل من نسبتها، وذلك من خلال التالي:

1. وجود أعداد كبيرة من الذين يرغبون في الدخول للتعاقد في عقود الصيانة خاصة إذا ثم التعاقد بطريقة المناقصات أو الممارسة؛ فتتحول الجهالة الفردية إلى ما يقارب العلم بالنسبة لمجموع المتقدمين للتعاقد والراغبين فيه.
2. أن تكون قيمة العقد كبيرة بالنسبة للكلفة المباشرة ولخدمات الصيانة، بحيث يغطى الفارق بين القيمتين الحالات الاحتمالية غير المتوقعة من أعمال الصيانة.
3. كما يمكن أن يُضاف شرط آخر وهو أن تتم معاينة الأعيان المراد صيانتها، ومقارنة حالتها عند العقد مع حالتها الإنتاجية حسب كتالوج المصنع بعد التصنيع وقبل الاستعمال، ودراسة كل الظروف المحتملة والمحيطة بها، ووضع الاحصاءات والتوقعات وفق تلك المعطيات. [1]

ثانيًا: التعليق في عقد الصيانة:

- **التعليق لغة:** مصدر من الفعل: علق يعلق تعليقًا، تقول: علقت الشيء وأعلقه تعليقًا وعلق به أي لزمه [2]، فالتعليق هو ربط بين أمرين وتلازمهما.
- **التعليق اصطلاحًا:** ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، وتكون الجملة الأولى جملة الجزاء، والثانية جملة الشرط. [3]

(1) منذر قحف: عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة منشور مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، ص155 مرجع سابق.
(2) أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين بن فارس، المحقق عبد السلام هارون: معجم مقاييس اللغة (125/4) ، سنة النشر 1399هـ 1979م
(3) سعدي أبو حبيب: القاموس الفقهي، تاريخ النشر 1402هـ 1982م ن الناشر دار الفكر ، دمشق، ص260.

وعقد الصيانة في بعض صوره يُعتبر عقدًا معلقًا على شيء، وهذا التعليق يتمثل في كون خدمات الصيانة متعلقة بطروء أو وقوع أعطال أو تلف للعين المراد صيانتها، فمتى وقع العطل وجب على الصائن حينها تقديم خدمات الصيانة، وهذه الخاصية لا تنطبق إلا على الصيانة العلاجية الدورية، مع العلم أن الأصل في المعاملات المالية أن تكون منجزة، والتعليق يفسدها.

والجواب على ذلك: أن التعليق إنما يكون في جهة من العقد وليس في أصله؛ إذ إن أصل العقد قائم على أساس المراقبة، والمتابعة المستمرة، والتفتيش الدوري للعين المراد صيانتها، فضلاً عن استعداد الصائن لتقديم خدمات الصيانة اللازمة عند الحاجة، وهذا الاستعداد منجز وغير معلق على شيء. (1)

وحيث إن هذا التعليق ينطبق على الصيانة العلاجية، كما أن محل العقد ليس استعداد الصائن للقيام بخدمات الصيانة اللازمة، بل إن القيام الفعلي بخدمات الصيانة هو محل العقد، وهذا الأمر متعلق ومرتبط بحصول الخلل أو العطل، فمتى حصل العطل أو الخلل قدم الصائن خدمات الصيانة وإلا فلا ، ومع ذلك قد تكون الحاجة داعية إلى قبول مثل هذا التعليق، خاصة وأن القول بعدم جواز التعليق في الصيانة العلاجية قد يترتب عليه تعطيل مصالح كثير من الناس، وقد يدخل باب الضرورات ، مثل صيانة أجهزة غرف العمليات والعناية المركزة ، فضلاً عن إضاعة المال والجهد والوقت؛ إذ قد يقع الخلل أو العطل وتبقى الآلات متوقفة عن العمل لحين توافر من يقوم بالصيانة، ولو كان هناك التزام مسبق من قبل الصائن لسارع إلى إصلاح العطل، ولما تعرضت أرواح الناس للخطر ، ولما تعطلت مصالحهم ، ولما أهدرت أموالهم ، وتأسيًا على ما سبق من أحكام تنطبق على الصيانة الوقائية الدورية وعلى الصيانة الشاملة، وهو ما قرره مجمع الإسلامي (2) أما عقد الصيانة العلاجية الطارئة المنفرد فيتناول الفرع الثاني بيان حكمه.

---

(1) آية الله التسخيري: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي العدد 11، ص131-132 مرجع سابق.

)2) ينظر قرار رقم (94) (11/6) من قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة انعقاده المؤتمر الحادي عشر في البحرين، المنامة ، نوفمبر 1998م منشور في مجلة الفقه الإسلامي ، العدد 11 ص279.

الفرع الثاني: حكم عقد الصيانة العلاجية المنفرد:

حيث إنه من الضروري إعطاء حكم كلي لعقد الصيانة باعتباره عقدًا مستقلاً بناءً على التكييف الذي تم ترجيحه، وبعد ذلك يمكن بيان الحكم وصور اقتران الصيانة بالعقود الأخرى، كالتزام إما من جهة البائع، أو من جهة الصانع، أو شرط شرطه المشترى.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم عقد الصيانة العلاجية المنفرد على قولين هما:

الأول يرى:

عقد الصيانة العلاجية المنفرد عقد جائز، وهذ يُفهم من الظاهر. [1]

والثاني يرى:

عقد الصيانة العلاجية المنفرد عقد غير جائز. [2]

وسبب الخلاف بينهم:

أن اختلاف العلماء في حكم عقد الصيانة العلاجية الطارئة المنفرد يرجع إلى اختلافهم في طبيعته وتكييفه من حيث كونه من قبيل الإجارة؟ فيكون جائزًا، أم هو من قبيل التأمين التجاري؟ فيكون غير جائز، وفقًا للقول الراجح في تحريم التأمين التجاري. [3]

استدل القائلون بجواز عقد الصيانة العلاجية الطارئة المنفرد بالأذلة العامة التي تم الاستدلال بها على جواز عقد الصيانة الوقائية والشاملة الدورية. [4]

وذهب القائلون بعدم جواز عقد الصيانة العلاجية الطارئة المنفرد أن هذا النوع من عقود الصيانة هو في حقيقته ضرب من التأمين على الأشياء فيأخذ حكمه، وهو عدم الجواز.

)1) يوسف قاسم، تطبيقات الإجارة والعجالة على عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، مصفطي الورقا وسويلم عقود المناقصة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة الفقه الاسلامي العدد 11 ص198 207 –.

(2) صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا معاصرة (2-772).

)3) قرار رقم (9) (2/9) من قرارات مجلس الفقه الإسلامي في مؤتمره الثاني في جدة في مكة المكرمة ، ديسمبر 1985، بحث منشور مجلة مجمع الفقه الاسلامي العدد 2 (545/1).

(4) منذر قحف: عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، مرجع سابق.

مناقشة أدلة الرأي الأول:

بالرغم من أن أدلة القول الأول التي تجيز عقد الصيانة العلاجية الطارئة وغير الدورية المنفرد هي أدلة عامة إلا أنه من الممكن الاعتراض عليها بالتالي:

1. لا يسلم أن هذا النوع من عقود الصيانة لا يخلو من غرر أو من جهالة مفسدة للعقد، بل إن الغرر فيه كبير، والجهالة فيه فاحشة، والطابع الاحتمالي أهم ما يميزه، فقد يقع الخلل أو العطل مرارًا، وقد لا يقع البتة؛ فيكون العقد ضرب من المقامرة، والميسر، وأكل لأموال الناس بالباطل، وكل ذلك منهي عنه بنصوص الشريعة الإسلامية.
2. إن المقصود في عقد الصيانة هو مواجهة الخلل يمكن أن يقع في المستقبل للعين المراد صيانتها، وهذه الأمور غير معلومة عند التعاقد، سواء كان العمل وحده أو العمل والمواد وقطع الغيار هو محل العقد. وهذا الأمر يجعل عقد الصيانة شبيهًا بعقد التأمين؛ لأنهما يقومان على فكرة تحويل تكلفة المخاطر المستقبلية المجهولة إلى ثمن معلوم.
3. والصائن في عقد الصيانة يقابله المؤمن (شركة التأمين) في عقد التأمين، والعوض الذي يلتزمه المصون له يقابله قسط التأمين الثابت الذي يلتزمه المؤمن، والمبلغ الذي يدفعه المؤمن كتعويض عن الخطر المؤمن منه يقابله ما يبذله الصائن من تكلفة إصلاح ما يطرأ من عطل أو خلل للعين المراد صيانتها.

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي حرمة التأمين التجاري فينبغي أن يكون هذا النوع من عقود الصيانة محرمًا كذلك. [1]

مناقشة الرأي الثاني: من الممكن الاعتراض على ما استدل به القائلون بعدم جواز عقد الصيانة العلاجية الطارئة غير الدورية المنفرد بالتالي:

1. قد يسلم بوجود غرر وجهالة في هذا النوع من عقود الصيانة، لكننا لا نسلم بأن هذا الغرر وهذه الجهالة مفسدة للعقد، بل هو مما يغتفر له، كما أن الحاجة وضروريات العصر داعية إلى وجود مثل تلك العقود، فضلاً عن أن العديد من العقود المشتملة على غرر وجهالة أجازتها الشريعة الإسلامية للمصلحة خلافًا للقياس كما في عقد السلم، والمساقاة، والمزارعة، وغيرها. ويمكن تقليل نسبة هذه الجهالة أو تلافيها من خلال مجموعة من الشروط.
2. لا يسلم بأن هذا النوع من عقود الصيانة يشبه عقد التأمين التجاري، ذلك لوجود فارق بينهما يتمثل في أن المبادلة عقد التأمين تكون بين مالين: مال يدفعه المؤمن وفي مقابل مبلغ التأمين الذي يدفعه المؤمن، أما في عقد الصيانة فتكون المبادلة فيه بمال يدفعه المصون له مقابل عمل فقط أو عمل وسلع يقدمها الصائن. [2]

---

(1)ينظر: قرار رقم (9) (2/9) من قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي، مرجع نفسه.

(2) ينظر قحف: عقود الصيانة، بحث منشور في مجلة منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، (ص154) مرجع سابق.

والراجح: بعد استعراض الأدلة ومناقشتها، وبعد إدراك كل واقع وطبيعة هذا النوع من عقود الصيانة يظهر لنا أن الحكم لا يمكن أن يكون الجواز على إطلاقه أو المنع على إطلاقه، بل يحتاج إلى نوع من التفصيل وذلك على النحو التالي:

- إذا كان هناك وفرة من قطع الغيار، ووفرة من أهل الخبرة والمختصين وفنيي الصيانة بحيث يمكن حضورهم فور وقوع العطل أو الخلل، واصلاحه بدون حصول معوقات أو توقف للإنتاج، فلا حاجة حينئذٍ لمثل هذا النوع من عقود الصيانة؛ لما فيه من محاذير الجهالة والغرر، ويكتفي هنا بعقد الإصلاح البسيط حيث تتم معاينة العين المراد صيانتها، ومعرفة طبيعة العطل، وما يلزم لإصلاحه من عمل أو قطع غيار وتكلفة ذلك كله، ومن ثم يتم إبرام العقد، وهو في هذه الحالة خال من الجهالة أو الغرر، بمعنى أن العقد يدور حول الكشف أو كشف العطل.
- إذا لم يكن هناك وفرة من أهل الخبرة والمختصين وفنيي الصيانة، أو كانت أعمال الصيانة تلك محتكرة من قبل شركات أو فنيي صيانة معينين، بحيث لو وقع العطل أو الخلل توقف الإنتاج، وتعطلت مصالح المصون له؛ لكون فنيي الصيانة غير متاحين له وقت حاجته إليهم، أو لوجود احتكار في أعمال الصيانة ولاسيما أن هناك شركة تحتكر أعمال الصيانة، فحينئذ الحاجة الملحة وضرورة الحال داعية لمثل هذا النوع من عقود الصيانة؛ لذا يمكن القول بجوازه انطلاقًا من قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظورات. [1]

)1) ينظرعبد الرحمن بن أبي بكر جلال السيوطي، تعليق محمد خضر التونسي: الأشباه والنظائر ص88؛ الطبعة الأولى، الناشر دار إحياء الكتاب العربي، وهبة بن مصطفى الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (288/1) ، شرح القواعد الفقهية ص209.

الملخص

عقد الصيانة من العقود المحدثة التي تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، وهو عقد يترتب عليه التزام طرف بمجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على حالتها الصالحة لأداء المنفعة المطلوبة منها بصفة دورية، أو طارئة، وعلى ما يتفق عليه الطرفان في شأن الأجر والخامات والأدوات .

توقف كثير من العلماء في مشروعية عقد الصيانة ؛ نتيجة تضمنه للغرر ، مما دعا مجمع الفقه الإسلامي إلى تأجيل البث في حكمه أكثر من مرة لمزيد من الدراسة والتأصيل ، وقد تصدى البحث لتحرير وتحليل أثر الغرر في عقد الصيانة ، وانتهى إلى أن الغرر يغتفر في العقود إن كان يسيرًا ، أو إذا دعت إليه الحاجة ، وبين أن وثائق الصيانة المنمطة ومشارطاتها ، وملحقاتها ، فضلاً عن التنظيم القانوني للمقاولات ، وكذلك الأعراف المرعية تبين أن الغرر في عقد الصيانة الشامل هو من نوع الغرر اليسير الذي لا يفضي إلى نزاع ، كما تطرق البحث إلى شواهد ومؤيدات اجتهادية لدى الفقهاء الأربعة صححت عقودًا تتضمن الغرر ، وتبين أن تحديد معيار الغرر الفاحش من غيره مرده إلى أهل الخبرة .

كما تصدى البحث لأثر الحاجة الفقهية في مشروعية عقد الصيانة مفصلاً الفروق بينها وبين الحاجة الأصولية، فضلاً عن الضرورة في اصطلاح العلماء.

The maintenance contract is one of the updated contracts to which the general provisions of the contracts apply, and it is a contract that entails a commitment by a party to the set of works necessary to keep an eye in its condition suitable for the performance of the benefit required of it on a periodic or emergency basis, and on what the parties agree upon regarding wages, raw materials and tools.

Many scholars stopped at the legality of the maintenance contract, as a result of its inclusion of gharar, which called on the Islamic Fiqh Academy to postpone broadcasting in its judgment more than once for further study and rooting, and the research has addressed the liberation and analysis of the impact of gharar in the maintenance contract, and concluded that gharar is forgivable in contracts if it is easy, or if the need arises, and between the standard maintenance documents and their charterparties, and their accessories, as well as the legal organization of contracting, as well as Established customs show that Gharar in the comprehensive maintenance contract is of the type of easy gharar that does not lead to a dispute, as the research touched on the evidence and supporters of jurisprudence among the four jurists corrected contracts include gharar, and show that the determination of the standard of gharar obscene from others due to the people of experience.

The research also addressed the impact of jurisprudential need on the legality of the maintenance contract, detailing the differences between it and.

الخاتمة

من خلال البحث نخلص إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: أهم النتائج المتعلقة بتكييف عقد الصيانة:

- إن عقد الصيانة وإن كان بينه وبين بعض العقود كالجعالة، أو الاجارة، أو الاستصناع، أو المقاولة تشابه إلا أن تمام التشابه غير متحقق، ولذلك لا ينبغي أن يلحق بهذه العقود أو يندرج تحتها.
- تعدد واختلاف تكييف العلماء لعقد الصيانة دليل على أنه لا يشبه أحد تلك العقود التي تم تكييفه بها من كل وجه، ومن ثم لا ينبغي إلحاقه بها.
- إن عقد الصيانة عقد مستقل ومستحدث، وانفراده باسم خاص به يقتضي تميزه ومغايرته لغيره من العقود المسماة، ويتميز عن سائر العقود بخصائص، وصور، وضوابط، وشروط تجعله عقدًا مستقلاً لا يندرج تحت أي من العقود المسماة.
- القول بعدم مشروعية الصيانة؛ لأن فيها جهالةً وغرَرًا وتعليقًا بما يؤدي إلى فسادها أمر غير مسلمٍّ؛ لأن الجهالة القائمة فيها هي جهالة قليلة نسبياً، وغير مؤثرة على صحة تلك العقود، وقد شرعت لحاجة الناس على خلاف القياس.
- عقد الصيانة العلاجية المنفرد فيه من محاذير الجهالة والغرر، فيمكن التعاقد عليه عند الكشف أو اكتشاف العطل إذا كان هناك وفرة في قطع الغيار وأهل الخبرة المختصين.
- إذا لم يكن هناك وفرة من أهل الخبرة والمختصين وفنيّيّ الصيانة أو كانت أعمال الصيانة محتكرة للشركات المصنعة أو فنييً صيانة معنيين بحيث لو وقع العطل وتعطلت مصالح المصون له لكون فنيي الصيانة غير متاحين له وقت حاجته إليهم، فيجوز التعاقد مع وجود الجهالة والغرر والتعليق؛ لأن الحاجة الملحة وضرورة الحال داعية لذلك.

ثانيًا: يوصي الباحث بجملة من التوصيات:

- إذا كان إبرام عقود الصيانة عن طريق المناقصة أو الممارسة فلا بد من العمل على تحقيق المساواة بين المتنافسين من شركات الصيانة ومنحهم نفس القدر من المعلومات وعدم التحيز.
- إعادة النظر في بعض الشروط الواردة في بعض عقود الصيانة، والتي تضفي عليها الجهالة والغرر فقد يؤدي الي فسادها، وضبطها، بضوابط الشرع التي قررها الفقهاء.
- توجيه المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية للأخذ بالأحوط من الاحكام والبعد عما فيه شبهه وان كان الاسهل.
- إصدار قوانين وتشريعات تحدد مسؤولية كل من عمال الصيانة، أو المهندسين، أو المالك عن الأضرار اللاحقة بحياة الناس واموالهم إذا تبين تسببهم في وقوعها بعدم التزام مواصفات وشروط الصيانة.

وفي الختام أسال الله أن أكون قد أصبت في إخراج هذا البحث الذي يتناول موضوعاً من أهم الموضوعات المعاصرة ، وقد بذلت وسعي في تأصيله ، وبيان أحكامه حسب قدرتي وإمكاناتي ، وآخر دعونا ان الحمد الله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى أله وصحبه اجمعين.

الباحث

عبد الرزاق احمد بن زائد

المصادر والمراجع

1. حاشية الدسوقي، شمس الدين الحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، طبعة الثانية الناشر دار الفكر 1416هـ 1992م.
2. ابراهيم أنيس، المعجم الوسيط، الناشر مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الثانية، سنة النشر 2004م
3. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الغرناطي الشاطبي، التعريف بأسرار التكليف في أصول التشريع، الناشر دار ابن عفان، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ 1997م.
4. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، طبعة دارالجامعة الجديدة، سنة 2004م.
5. ابن قيم الجوزية شمس الدين بن القيم محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي بن عبد الله، المحقق مشهور بن حسن آل سليمان أبو عبيدة، إعلام الموقعين عن رب العالمين، سلسلة ابن قيم الجوزية، الناشر دار ابن الجوزي، بلا سنة نشر.
6. أبو السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى، الرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم، الناشر دار المصحف، سنة النشر 2007م.
7. أبو حسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشهير بالماوردي، المحقق على محمد معوض، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى 1419هـ 1999م.
8. ابوالحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم، المحقق الفريابي أبوقتيبة، صحيح مسلم، الناشر دار طيبة ط الأولى، سنة النشر 1427هـ 2006م.
9. أبوزكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، المجموع شرح المهذب، الناشر المكتبة السلفية، المدينة المنورة، بيروت، الطبعة الأولى 1417هـ 1996م.
10. أبو زكريا ويحيى بن شرف النووي، اسمه زهير الشاويش، أشرف على الطباعة وروضة الطالبين ، الناشر المكتب الإسلامي طبعة (3) ، سنة النشر 1412هـ 1991م.
11. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج، الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1415هـ 1994م.
12. أبو سليمان بن إبراهيم الخطابي، معالم السنن، شرح سنن أبي داود، الناشر المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى سنة النشر 1351هـ 1932م.
13. أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، تحقيق أحمد البردوني، الجامع لأحكام القرآن، الناشر دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية 1384هـ 1964م.
14. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامة المقدسي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، المغني، طبعة (3)، الناشر دار عالم الكتب، سنة النشر 1417هـ 1997م.
15. أبو الحسن على أحمد الواحدي، تحقيق صفوت عدنان داوودي، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، دار النشر دار القلم الشاملة، 1415هـ 1995م.

16. أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، تحقيق مجموعة من العلماء، صحيح البخاري، الطبعة السلطانية بالمطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر (1)، سنة النشر 1466.

17. أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري صحيح البخاري، كتاب الزكاة، الطبعة السلطانية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر، سنة النشر 1466.

18. أحكام ومبادئ محكمة النقض المصرية المحكمة الإدارية العليا رقم 5955 لسنة 43ق

19. أحمد الحجي الكردي: بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، الناشر دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى 1999م.

20. أحمد الصاوي المصري المالكي، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، بلغة السالك لأقرب المسالك، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة النشر 1415هـ 1995م.

21. أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبوالقاسم الخضر أبوالعباس تقي الدين بن تيمية، المحقق هشام بن اسماعيل بن علي الصيني، كتب ورسائل وفتاوي شيخ الاسلام بن تيمية، الناشر دار ابن الجوزي، سنة النشر 1422هـ.

22. أحمد بن فارس بن زكريا الحسين بن فارس، المحقق عبد السلام هارون، معجم مقاييس اللغة، طبعة دار الفكر، سنة النشر 1399هـ 1979م.

23. أحمد بن على الفيومي، المصباح المنير في غرائب شرح الكبير، المحقق: عبد العظيم الثناوي، الطبعة الثانية، الناشر دار النشر للمعارف، سنة النشر 1987م

24. أحمد طرطار، الترشيد الاقتصادي للطاقات الإنتاجية في المؤسسة الاقتصادية، النشر الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة النشر 1993م.

25. أحمد عرفة يوسف، الأحكام الفقهية المتعلقة بالرهون المستجدة، الناشر دار التعليم الجامعي، سنة النشر 2020م.

26. إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون نظرية الحق، سنة النشر 1392هـ 1972م.

27. إسماعيل بن حامد الجوهري، المحقق محمد تامر، الصحاح تاج اللغة الجوهري، دار الحديث، سنة النشر 1430هـ 2009م.

28. أنوار سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة 1998م.

29. آية الله التسخيري، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة الفقه الإسلامي، العدد 11.

30. برهان الدين أبو المعالي بن مازه، المحقق عبد الكريم سامي الجندي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، طبعة الأولى 1424هـ 2000م.

31. بلال زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر الجامعي، سنة النشر 2012م.

32. تقي الدين أبوالعباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي: القواعد النورانية، الناشر إدارة ترجمان السنة، باكستان سنة النشر 1402هـ 1982م.

33. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، طبعة رقم (6)، سنة النشر 1427هـ 2007م.

34. جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1959م.

35. جمال الدين محمد الزيعلي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، طبعة الأولى، الناشر المكتبة الكبرى الأميرية بولاق القاهرة، سنة النشر 1314هـ.

36. أبوالحسن علي بن محمد الماوردي، المحقق علي معوض، الحاوي الكبير في فقه مذهب امام الشافعي الماوردي، الناشر دار الكتب العلمية، سنة النشر 1414هـ 1994م.

37. حسان حسين حامد، المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات، ورقة بحثية قدمت في الندوة الفقهية الخامسة في بيت التمويل الكويتي.

38. الحسين بن مسعود البغوي، المحقق محمد عبد الله النمر، معالم التنزيل، طبعة دار طيبة، سنة النشر 1409هـ 1989م.

39. خطوات تطبيق الصيانة الصحيحة، مقال منشور على شبكة العنكبوتية، موقع مركز المدينة للعلم والهندسة.

40. رفيق يونس المصري، العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، الناشر دار المكتبي، دمشق طبعة (1) 1420هـ 1999م.

41. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، المحقق محمد الزهري الغمراوي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الناشر مطبعة الميمنية، سنة النشر 1313هـ.

42. زكي محمد النجار، مبادئ وأحكام القانون الإداري، جامعة الأزهر، طبعة (1)، الناشر دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، تاريخ النشر 1998م.

43. زين الدين إبراهيم بن نجيم، المحقق زكرياء عميرات، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الناشر دار الكتب العلمية، طبعة رقم (1)، سنة النشر 1418هـ 1997م

44. شمس الدين الحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الناشر دار الفكر، الطبعة الثالثة، سنة النشر 1416هـ 1992م.

45. علي حيدر درر، الحكام في شرح مجلة الاحكام، الطبعة الاولى 1423هـ 2003م الناشر عالم الكتب.

46. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، المحقق: يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، الناشر المكتبة العصري النموذجية، بيروت صيدا، الطبعة الخامسة 1420هـ 1999م

47. سامي مظهر قنطجي: ترشيد عمليات الصيانة بالأساليب الكمية ، مركز الدكتور سامي مظهر قنطجي لتطوير الأعمال website ; www.kantakj.org.

48. سعد الشتري، طرق تطبيق القواعد الأصولية على الجرائم الحديثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصر، العدد 27.

49. سعدي أبو حبيب: القاموس الفقهي، الناشر دار الفكر دمشق، تاريخ النشر 1402هـ 1982م.

50. سليمان بن الأشعب أبو داود، تحقيق محمد محيي الدين: سنن، الناشر المكتبة العصرية، بيروت، طبعة 2011.

51. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة 1975م.

52. سليمان بن الأشعب أبوداود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، سنن أبي داود، الناشر المكتبة العصرية، بيروت، طبعة 2011.

53. سليمان بن عبدالقوي بن الكريم الطوفي، المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي، شرح مختصر الروضة، الناشر مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1407هـ 1987م.

54. سليمان بن عمر محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، الناشر مطبعة الحلبي، تاريخ النشر 1369هـ 1950م.

55. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، نظرية العقد الطبعة السابعة، الناشر المنشورات الحقوقية، سنة النشر 2019م.

56. سيد أحمد الدردير أبو البركات، تحقيق محمد عليش، الشرح الكبير، الناشر دار الفكر بيروت.

57. سيف الدين الأمدي، تحقيق حسن محمود الشافعي، المبين في شرح ألفاظ الحكماء والمتكلمين، الناشر مكتبة وهبة، عابدين، القاهرة، سنة النشر 2009م.

58. شمس الدين بن عبد الله بن مفلح المقدسي، المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الفروع، ومعه تصحيح الفروع، الناشر مؤسسة الرسالة دار المؤيد، سنة النشر 1424هـ، 2003م.

59. شمس الدين أبوبكر محمد بن أبي السهل السرخسي، تحقيق محيي الدين خليل، المبسوط، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر 1421هـ 2000م، الطبعة الأولى.

60. شهاب الدين أحمد إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، النشر دار العرب بيروت، الذخيرة طبعة 1994م.

61. شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد قاسم، مجموع الفتاوي الناشر مجمع الملك فهد للطباعة، المدينة المنورة، السعودية، سنة النشر 1425هـ 2004م.

62. الصديق محمد الأمين الضرير، عقود الصيانة وتكييفها، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11.

63. محمد عثمان بشير محمد سليمان الاشقر، صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا معاصرة، طبعة دار النفائس.

64. عادل حسن، التنظيم الصناعي وإدارة الانتاج، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، سنة النشر 1988م.

65. عبد الرحمن بن الحسن الإسنوي، المحقق محمد حسن هيتو، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول الطبعة الثانية، سنة النشر 1401هـ 1981م.

66. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار احياء التراث العربي، تاريخ النشر 1997م.

67. عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني، مصادر الالتزام، الناشر دار النشر للجامعات المصرية، طبعة ثالثة سنة 2011م،

68. عبد السلام بن عبد الله بن خضر بن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية، الناشر مكتبة المعارف الرياض، سنة النشر 1404هـ 1984م.

69. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الناشر المكتبة المركزية القاهرة، طبعة سنة 1984م.

70. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة النشر 1992م.

71. عثمان بن محمد الأخضر الشوشان، تخريج الفروع على الأصول، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، سنة النشر 1998م

72. عز الدين توني، تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي 1416ه.

73. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر دار الكتاب العربي بيروت، الطبعة الثانية 1982م.

74. على الخفيف، بحث في حكم شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاثة تطبيقًا للقواعد الفقهية العامة واصول الشرعية للمعاملات، المؤتمر السابع لمجمع البحوث الإسلامية، القاهرة، الأزهر، سنة 1392هـ 1972م.

75. على بن سليمان بن أحمد علاء الدين المرداوي، تحقيق عبد الله التركي، الانصاف في معرفة الرجع من خلاف، نشر وزارة الأوقاف السعودية، الطبعة الأولى سنة 1998 م.

76. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، تحقيق طلال يوسف، الهداية شرح بداية المبتدئ، الناشر دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

77. علي محيي الدين القره داغي، التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الناشر منظمة المؤتمر الاسلامي، مجمع الفقه الإسلامي السعودية، طبعة الثامنة الجزء الثاني 1415هـ 1995م.

78. عياض نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، الناشر دار ابن حزم، بيروت الطبعة الثالثة، سنة 2008م.

79. فريد راغب النجار، إدارة الإنتاج والعمليات والتكنولوجيا، الناشر مكتبة الاشعاع للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، سنة النشر 1997م.

80. محمد بن يوسف بن أبي قاسم العبدري، التاج والاكليل لمختصر الخليل، الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1416هـ 1994م.

81. القاسم بن على بن محمد الحريري، تحقيق عبدالحفيظ فرغلي على القرني، درة الغواص في أوهام الخواص، مكتبة التراث الاسلامي، سنة النشر 1417هـ 1996م.

82. قرار رقم (9) (2/9) من قرارات مجلس الفقه الإسلامي في مؤتمره الثاني في جده ديسمبر 1985م ، منشور مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 2.

83. قرار رقم (94) (11/6) من قرارات مجلس مجمع الفقه الاسلامي في دورة انعقاده المؤتمر الحادي عشر في البحرين، المنامة، نوفمبر 1998م، منشور في مجلة الفقه الاسلامي العدد 11.

84. قرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، المنشورة في مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد (177) للسنة الخامسة عشر سنة 1416.

85. الكتاب التوثيقي لندوة إدارة الصيانة في الأجهزة الحكومية، المشكلات والحلول، المنعقد في معهد الإدارة العامة الرياض، دار الكتب العلمية، سنة النشر 1424هـ 2003م.

86. لائحة العقود الإدارية، رقم 563 لسنة 2007م، منشورة في الجريدة الرسمية لوزارة العدل.

87. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي أبو الفضل ابن منظور، الناشر دار بيروت، الطبعة الثالثة 1414هـ

88. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، المحقق عبد العظيم الشناوي، الناشر المعارف القاهرة، طبعة 2016.

89. مالك بن انس بن مالك، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب البيوع، باب بيع الغرر، الناشر دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة النشر 1406هـ 1985م.

90. مالك بن انس بن مالك، المدونة الكبرى، الطبعة الأولى، الناشر دار الكتب العلمية 1415هـ 1994م.

91. مأمون الكريزي، نظرية الالتزام في قانون التزامات والعقود، طبعة سنة 1974م.

92. عبد السلام بن عبد الله بن خضر بن محمد بن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل، الناشر مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية 1404هـ 1998م.

93. محسن عبد الحميد إبراهيم البية، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، طبعة 1993م.

94. شيخي زاد دامار العلاءالحصكفي، المحقق خليل عمران المنصور، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الطبعة الأولى، الناشر دار الكتاب العلمية، سنة النشر 1419هـ 1997م.

95. محمد بن يزيد القزويني بن ماجه، للمحقق محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر دار إحياء الكتب العربية.

96. محمد بن أحمد السمرقندي الحنفي، تحفة الفقهاء، الناشر دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1414هـ 1994م.

97. محمد بن ادريس الشافعي الام، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب الناشر دار الوفاء، الطبعة الثانية 1339هـ، سنة النشر 1422هـ 2001م.

98. محمد بن أمير الحاج الحنفي، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، سنة النشر 1403هـ 1983م.

99. محمد بن سهل السرخسي، المبسوط، الطبعة الأولى، الناشر دار المعرفة، بيروت، لبنان سنة النشر1406هـ.

100. محمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج الي معرفة ألفاظ المنهاج، الناشر دار الفكر ، بيروت الطبعة الأولى سنة 1415هـ 1994م.

101. محمد الخطيب الشربيني، الاقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق علي محمد معوض، الناشر دار الكتاب العلمية، سنة النشر 1337هـ.

102. محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج شرح متن المنهاج، الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت، تاريخ النشر 2014م.

103. محمد الصديق بن أحمد بن أبي السهل السرخسي، أصول السرخسي، الطبعة الأولى، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1414هـ 1993م.

104. محمد المختار السلامي، عقود الصيانة وتكيفيها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 11 البحوث الخاصة بعقود الصيانة.

105. محمد أمين بن عابدين، حاشية المختار، شرح تنوير الأبصار ، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر بيروت ، الطبعة الثانية 1412ه،.

106. محمد بن أبي بكر بن أيوب سعد شمس الدين بن القيم، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411هـ 1991م.

107. محمد بن أبي قاسم العبدري، التاج والإكليل لمختصر الخليل، الطبعة الأولى ، الناشر دار الكتاب العلمية 1416هـ 1994م.
108. محمد بن أحمد الأزهري، المحقق محمد عوض مرعب، تهذيب اللغة، الناشر دار الاحياء التراث العربي ، الطبعة الأولى 2001م.
109. محمد بن حبان بن أحمد التميمي، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، صحيح ابن حبان ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، سنة النشر 1414هـ 1993م.
110. محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي، تحقيق عبد العزيز زيد الرومي، مختصر الأنصاف والشرح الكبير، الطبعة الأولى، الناشر مطابع الرياض، بدون سنة نشر.
111. محمد بن عبد الله الواحدي السيواسي، المحقق عبد الرزاق غالب المهدي، شرح فتح القدير، الناشر دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، سنة النشر 1424هـ 2003م.
112. محمد بن عيسى الترمذي، المحقق رائد بن صبري بن أبي علفة، سنن الترمذي، الطبعة الثانية، سنة النشر 1436هـ 2015م.
113. محمد بن قاسم بن عبد الله الرصاع بن عرفة، شرح حدود بن عرفة، الطبعة الأولى، الناشر المكتبة العلمية، الطبعة الاولى 1350هـ.
114. محمد بن محمد الغزالي، تحقيق محمد عبد السلام الشافي: المستصفى في علم الاصول، طبعة الأولى، الناشر دار الكتب، بيروت، سنة النشر 1413هـ.
115. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب، الناشر دار صادر، بيروت، لبنان.
116. محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، المحقق محمد فؤاد عبد الباقي، سنن ابن ماجه، الناشر دار احياء التراث العربي، سنة النشر 2009م.
117. محمد رواس قلعجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثانية سنة النشر 1408هـ 1988م.
118. محمد سليمان الاشقر، الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان والمستأجر، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الناشر دار النفائس، الطبعة الأولى سنة 1418هـ.
119. محمد صلاح الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الاسلامية وكيف عالجها الإسلام، الطبعة الأولى، الناشر دار الوفاء للطباعة والنشر، تاريخ النشر 2000م.
120. محمد عبد الله أبو الحاكم النيسابوري، تحقيق مصطفى عبد القادر عطاء: المستدرك على الصحيحين، الناشر مؤسسة الرسالة، 1414هـ 1994م.
121. محمد عثمان الفقي، فقه المعاملات دراسة مقارنة، الناشر دار الربيع، 2008م.
122. محمد يوسف الزعب. شرح عقد البيع في القانون المدني، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع، تاريخ النشر 2006م.
123. المختار بن أحمد عطار، الوسيط في القانون المدني، مصادر التزام، مطبعة النجاح الجديدة 2007م.
124. مسفر بن علي القحطاني منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة دراسة تأصيلية تطبيقية، الناشر دار الأندلس الخضراء.
125. مصطفى أحمد الزرقا، والسويلم، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد (11).

126. مصطفى فريد مصطفى، تخفيض تكاليف الفجوة بين الطاقة الإنتاجية والطلب، رسالة ماجستير مقدمة لكلية العلوم الاقتصادية في جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.
127. مصطفى كمال التارزي، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، بحث منشور في كتاب مجلة الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، العدد (1) مجلد (1).
128. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي الرازي، المحقق حمزة فتح الله، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، الناشر مؤسسة الإمداد 2014م.
129. منذر قحف، الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الأعيان المؤجرة، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة في الرياض من 21-27 سبتمبر عام 2000م.
130. منصور بن يونس ابراهيم البهوتي، تحقيق هلال مصلحي مصطفى هلال، كشاف القناع عن متن الاقناع، الناشر دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
131. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، الناشر عالم الكتب، الطبعة الأولى 1414هـ 1993م.
132. نبيه غطاس، معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال الناشر مكتبة لبنان سنة النشر 1997م.
133. نصر الهويريني، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث منشور في كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (11).
134. هاني غانم، أنوع العقود الإدارية دراسة وصفية تحليلية، الناشر دار الجامعة الجديدة، سنة 2012م.
135. وهبة بن مصطفى الزحيلي، تعليق في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (11)، عرض البحوث الخاصة بعقود الصيانة.
136. وهبة بن مصطفى الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، الناشر دار الفكر دمشق، تاريخ النشر1405هـ 1985م.
137. وهبة بن مصطفى الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة شرح القواعد الفقهية، الناشر دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى سنة 1427هـ 2006م.
138. يوسف القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والتسيب، الناشر دار الصحوة، القاهرة، تاريخ النشر 1408هـ.
139. يوسف قاسم، تطبيقات الاجارة والجعالة على عقود الصيانة، بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، منشور في مجمع الفقه الإسلامي مجلة الاقتصاد الاسلامي، سنة 1416 الهجري.
140. يونس عبد الغفور يونس، التنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج، الناشر المكتب العربي الحديث الإسكندرية، الطبعة الأولى، تاريخ النشر 2011م.

المحتويات

أولاً: أهمية الموضوع : 2
ثانيًا: أسباب اختيار الموضوع : 3
ثالثًا: إشكالية الموضوع : 3
خامساً: أهداف دراسة الموضوع 4
سادساً: صعوبات الدراسة : 4
سابعًا: الدراسات السابقة : 5
سابعًا: منهج الدراسة : 5
ثامنًا: خطة البحث : 5
الفصل الأول 8
التكييف الفقهي للعقود الإدارية وعقد الصيانة 8
المبحث الأول 10
مفهوم التكييف الفقهي والعقد الإداري 10
المطلب الأول 10
التكييف الفقهي وضوابطه 10
المطلب الثاني 29
العقد الإداري وخصائصه 29
المبحث الثاني 43
عقد الصيانة خصائصه و انواعه وأركانه وضوابطه 43
المطلب الأول 44
عقد الصيانة خصائصه وأنواعه 44
المطلب الثاني 61
أركان عقد الصيانة وضوابطه 61
الفصل الثاني 74
التكييف الفقهي لعقد الصيانة 74
المبحث الأول 76
عقد الصيانة من العقود المسماة 76
المطلب الأول 77
عقد الصيانة من عقود الجعالة والإجارة 77
المطلب الثاني 86
عقد الصيانة عقد استصناع أو مقاولة 86
المبحث الثاني 92

عقود الصيانة عقود غير مسماة 92
المطلب الأول 93
التكييف الفقهي لعقد الصيانة كونه عقد مستقل:.....93
المطلب الثاني 98
احكم عقد الصيانة باعتباره عقداً مستقلاً بذاته 98
الخاتمة.....111
المصادر والمراجع.....113