مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي

إعداد
د. خالد بن عبدالله الخضير*

---

* قاض بديوان المظالم بالرياض.

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لانبي بعده، وبعد:

يؤدي العقد الإداري دوراً فاعلاً في عمل ونشاط الجهات الإدارية، فإن الأجهزة الحكومية المختلفة في الغالب الأعم تبرم عقودها من أجل أعمال إنشائية وأعمال تشغيل وصيانة، وهذه التعاقدات تجعل المرافق العامة تسير بانتظام واطراد.

والعقد الإداري في القانون الإداري تتمتع فيه الجهات الإدارية بامتيازات خاصة، مغايراً العقدَ الإداري الخاص والذي تبرمه الجهات الإدارية كما يبرمه الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة بينهم دون أي امتيازات.

ولقد عُرِفت نظرية العقد الإداري مستقلة عن نظرية العقد بداية في القانون الإداري الفرنسي، ثم عرف بعد ذلك لدى القوانين الإدارية المختلفة.

إلا إن هنا سؤالاً: هل عرف الفقه الإسلامي نظرية العقد الإداري من حيث مشروعيته ومن حيث وجود صوره المعروفة في القانون الإداري؟ وهل الفقه الإسلامي يفرق بين العقد الإداري الخاص الذي تبرمه الجهة الإدارية عن العقد الإداري الذي يخصه بامتيازات مختلفة عن العقد الإداري الخاص؟

لذا سوف أقوم -إن شاء الله- في هذا البحث بالإجابة عن هذين السؤالين.

وما توفيقي إلا بالله، عليه توكلت وهو رب العرش العظيم.

تمهيد
عن مفهوم العقد الإداري في القانون

تؤدي الجهات الإدارية وظيفتها بواسطة نوعين من الأعمال(١):

النوع الأول: أعمال تقوم بها الإدارة دون أن تقصد ترتيب أثر قانوني عليها، لكن القانون قد يرتب عليها هذا الأثر؛ كالأعمال المادية، مثل هدم المنزل الآيل للسقوط، وإنشاء مجرى للمطر، والأعمال المادية التي تأتي تنفيذاً لقانون، كخروج طالب من الامتحان.

النوع الثاني: أعمال تقوم بها الإدارة بقصد إحداث آثار معينة، وهذه على مجموعتين:

المجموعة الأولى: أعمال تتم بإرادة الإدارة المنفردة؛ هنا تتخذ الإدارة مظهر التصرف من جانب واحد، استنادًا إلى سلطتها في إصدار القرارات الملزمة، ويتمثل هذا النوع في القرارات الإدارية، وهذا النوع «لا يحقق بالدرجة الكافية احتياجات المرافق العامة الماسة إلى ضرورة تعاون الأفراد والشركات مع السلطة العامة»(٢) لهذا تلجأ الإدارة إلى المجموعة الثانية.

المجموعة الثانية: أعمال تتم بتوافق إرادة الإدارة مع إرادة أخرى، ويتمثل هذا النوع عندما تلجأ الإدارة إلى أسلوب التعاقد.

---

(١) انظر: حول أعمال الإدارة د. مطلب عبد الله النفيسة-مقدمة في العقود الإدارية- مجلة الإدارة العامة- الرياض -١٣٨٦هـ- ص١و١٨١ ود. فؤاد محمد النادي- الوجيز في مبادئ القانون الإداري-بدون ناشر ولا سنة نشر-ص٨٩ وما بعدها ود. ماجد راغب الحلو-القانون الإداري-دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية-١٩٨٧م- ص٤٥٦وما بعدها ود.محمد السناري-القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية- معهد الإدارة العامة-الرياض-١٤١٤هـ- ص٤و٥ ود. أحمد حافظ نجم-القانون الإداري- دار الفكر العربي- القاهرة-١٩٨١م-٢/٦٣.

(٢) د. عزيزة الشريف- دراسات في نظرية العقد الإداري- دار النهضة العربية-القاهرة-١٩٩٠م-ص٣.

وتنقسم العقود التي تبرمها الإدارة إلى قسمين(٣):

القسم الأول: عقود تبرمها الإدارة بالمماثلة لعقود الأفراد، فيكون مركز الإدارة كمركز الأفراد، ويتم التعاقد في هذه الحالة وَفْقًا لأساليب القانون الخاص، وهذه العقود تسمى (عقود الإدارة الخاصة).

القسم الثاني: عقود تبرمها الإدارة بالمغايرة لعقود الأفراد، وهنا مركز الإدارة يختلف عن مركز الأفراد، ويتم التعاقد في هذا القسم من العقود وَفْقًا لأساليب القانون العام، وهذه العقود اصْطُلِحَ على تسميتها (العقود الإدارية).

أما عن تعريف العقود الإدارية في القانون الإداري، فإنه: «العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام، أو تسييره، مستخدماً وسائل القانون العام»(٤)، وقد عرف أيضا بأنه ذلك: «العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمية، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام»(٥).

---

(٣) انظر: د. سليمان الطماوي-الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة -مطبعة عين شمس -١٩٩١م-ص٥٣ ود. محمود حلمي-العقد الإداري-دار الفكر العربي-القاهرة-الطبعة الثانية-١٩٧٧م -ص٢٦ ود. عبد الفتاح حسن- دروس في القانون الإداري-معهد الإدارة العامة-الرياض-١٣٩٤هـ-ص١٩٥ وما بعدها ود.ماجد راغب الحلو- المرجع السابق-ص٥١٥ود عزيزة الشريف-المرجع السابق-ص٣ود جابر جاد نصار- الوجيز في العقود الإدارية دار النهضة العربية-القاهرة-٢٠٠١م- ص١٥ود. جورجي شفيق ساري-تطور طريقة ومعيار وتحديد العقد الإداري١٩٩٦م- ص٩٩و١٠٠ود. عبد الفتاح صبري أبو الليل-أساليب التعاقد الإداري بدون ذكر للناشر -١٩٩٤-ص٢وما بعدها.

(٤) انظر: محمود عاطف البنا-العقود الإدارية -دار العلوم للطباعة والنشر-القاهرة-١٩٨٤م-ص١٩ ود. محمود حلمي-مرجع سابق -ص٤ ود. محمد عبدالعال السناري- مبادئ وأحكام العقود الإدارية-دار النهضة العربية.-ص١١ د. محمد رشاد عمران -التطبيقات العملية للعقد الإداري في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا -مذكرة- ٢٠٠٣م-ص٢.

(٥) د. سليمان الطماوي- المرجع السابق- ص٥٩.

ويتميز العقد الإداري عن عقود الإدارة الخاصة بثلاثة أركان هي :

الركن الأول : أن يكون طرف العقد الإداري شخصًا معنويًا عامًا .

فالعقد الإداري يجب أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنويًا عامًا باعتباره العنصر الأساسي والشرط المفترض في العقد الإداري، فهناك شبه إجماع في الفقه القانوني والقضاء على ضرورة وجود شخص عام في العقد(٦) .

والمقصود بالشخص المعنوي مجموعة من الأفراد(٧) والأموال، ترمي إلى تحقيق غرض معين يمنحها القانون شخصية قانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض، وتكون شخصاً مستقلاً عن الأفراد الذين يساهمون أو يفيدون منها(٨) .

الركن الثاني : أن يتصل العقد بالمرفق العام

للمرفق العام عدة معان أبرزها معنيان(٩) هما :

الأول : الخدمة أو الحاجة التي تقدم للمستفيدين ؛ ويقصد بهذا المعنى للمرفق

---

(٦) د. مصطفى عبدالمقصود سليم- معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة-دار النهضة العربية -١٩٩٥م- ص١٢٤ و٨٥.

(٧) يعبر القانون عن الأفراد بـ (الأشخاص) عند تعريف الشخصية المعنوية، وأرى أنه من الأفضل التعبير بلفظ (الأفراد) بدل لفظ الأشخاص لسببين:
١-لأن في إطلاق لفظ (الأشخاص) عند تعريف الشخص المعنوي تعريف الشيء بالشيء وليس فيه زيادة إيضاح.
٢- لأن لفظ (فرد) تطلق في اللغة على الإنسان فقط، أما لفظ شخص فيشمل الإنسان وغيره، انظر: ترتيب القاموس ٣/ ٤٦٢ ، ٢/ ٦٨٤.

(٨) انظر: د. حسن كيره -المدخل إلى القانون-ص٦٣٢, ٦٣٣ ود. عبد المنعم الصده-أصول القانون- ص٤٦٨، ٤٦٩، ود. أنور أحمد رسلان -القانون الإداري السعودي-معهد الإدارة العامة-الرياض-١٤٠٨هـ -ص ١٥٥-ود. بدر جاسم اليعقوب - أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي -الكويت- الطبعة الرابعة - ١٤١٥هـ -ص ١٤٢.

(٩)انظر: د.طعيمة الجرف -القانون الإداري- ص ٢٤١ وما بعدها ود. أنور رسلان- مرجع سابق- ص٢٨٦ د. عزيزة الشريف - المرجع السابق- ص ٥١ ود. عبدالفتاح حسن -مرجع سابق-ص٢٦٢وما بعدها ود. عمر حلمي-معيار تمييز العقد الإداري-ص١١٠ وما بعدها ود. محمود البنا -مرجع سابق-ص ٢٠ ود. عبدالفتاح أبو الليل-مرجع سابق-ص١١٠ ود. أحمد عياد -مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية -دار النهضة العربية -القاهرة -١٩٧٣م-ص١٠ ود. عبد الفتاح صبري - مرجع سابق-ص١١٠ وما بعدها ود. مصطفى سليم- معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة -دار النهضة العربية -١٩٩٥م- ص٥٦.

العام، كل نشاط يصدر عن الإدارة، سواء أكان هذا النشاط صادرًا عنها مباشرة أم عن طريق ملتزم تحت إشرافها؛ فمعنى المرفق على هذه الركيزة موضوعي أو وظيفي أو مادي.

فمفهوم المرفق العام ينصرف على أساس هذا المعنى الموضوعي إلى النشاط الذي يستهدف المصلحة العامة والصادر عن التنظيم الذي يباشره الأشخاص المعنوية العامة بنفسها أو بغيرها وتحت إشرافها.

فالدفاع والأمن والتعليم والصحة وغيرها من الخدمات التي تقدم للمواطنين وتسعى إلى تلبية الحاجات العامة لهم، تعتبر مرافق عامة، فإذا قيل: إن الخدمة الصحية جيدة، وإن التعليم انتشر وإن الأمن أدى واجبه، فالمقصود المعنى الموضوعي أو الوظيفي أو المادي للمرافق العامة.

الثاني: الجهاز الذي يقدم الخدمة أو الحاجة للمستفيدين؛ والمقصود بمعنى المرفق العام هنا الجهاز الذي يقوم بالنشاط الوارد في الركيزة الأولى، فمعنى المرفق على هذه الركيزة عضوي أو شكلي.

فمفهوم المرفق العام ينصرف على أساس هذا المعنى العضوي إلى الشخصية المعنوية العامة أو غيرها ممن يباشر النشاط تحت إشرافها، وذلك من ناحية تنظيمها ومجموع العاملين فيها والتي تقوم بأداء الحاجات العامة التي تقدر الدولة ضرورة إشباعها.

فوزارة الدفاع، وزارة الداخلية، وزارة الصحة، ووزارة التربية والتعليم، وغيرها باعتبارها تضم أجهزة وأفرادًا وأدوات، وتقوم بنشاط الخدمة، تعتبر مرافق عامة بالنظر إلى الجهاز نفسه، وليس إلى الخدمة التي يقدمها.

فإذا قيل: إن العقد أُبْرِمَ بين أحد الأشخاص ومرفق عام، فالمقصود به الإدارة أو الجهاز

الذي هو طرف العقد(١٠).

ويعتبر «المدلول العضوي والمدلول الموضوعي فقط، هما اللذان يَعْتُّد بهما الفقهاء في تعريفهم للمرفق العام»(١١).

ولأنه لا يمكن أن يوجد المعيار الموضوعي والمتمثل في النشاط الذي يحقق المصلحة العامة دون وجود المعيار العضوي المتمثل في المشروع الذي يقوم لتحقيق هذه المصلحة العامة، فالمصلحة العامة مسألة مادية ملموسة، لا بد لتحقيقها من إنشاء مشروع يعمل على بلوغ هذا الهدف(١٢).

الركن الثالث: أن يحتوي العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في التعاقدات الخاصة. يعتبر هذا الشرط هو العامل الحاسم في إبراز صفة العقد الإدارية، وهذه الشروط ليس لها ضابط معين يمكن أن يعرف من خلالها الطبيعة الاستثنائية، إلا إن هناك أفكاراً أساسية وقرائن يمكن الاستدلال منها على الشروط الاستثنائية، مثل الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، وكذلك الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الآخرين، أو الإحالة إلى دفاتر شروط معينة، والتي تتضمن شروطاً استثنائية في مواجهة الآخرين، أو اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام، أو شرط جعل الاختصاص بنظر النزاع للقضاء الإداري إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة(١٣).

---

(١٠)انظر: أحمد عثمان عياد -مرجع سابق- ص١٠ ود. عزيزة الشريف-المرجع السابق- ص٥١.
(١١)انظر: د. عبد الفتاح حسن -مرجع سابق-ص٢٦٣ د. السيد خليل هيكل- القانون الإداري السعودي- جامعة الملك سعود- الرياض ١٤١٥هـ-ص٧٥.
(١٢) د. مصطفى عبدالمقصود سليم -مرجع سابق-ص ٥٦ بتصرف.
(١٣) د.سليمان الطماوي -المرجع السابق- ص٩٢ ومابعدها.

المبحث الأول
مشروعية العقد الإداري في الفقه الإسلامي

تمهيد:

مشروعية العقد الإداري في الفقه الإسلامي تتوقف على الإجابة على تساؤل مهم: هل الأصل في العقود الإباحة أم الحظر؟ فمن الإجابة على هذا السؤال يتبين موقف الفقه من مشروعية العقد أو عدمه، كما يتبين -بناء عليه أيضاً - مشروعية العقد الإداري في الفقه الإسلامي.

ولقد عبر علماء الفقه الإسلامي عن مسألة الأصل في العقود في الفقه الإسلامي، بعدة عبارات، فتارة يعبرون عنها بـ (الأصل في المعاملات)(١٤) وتارة (الأصل في العقود)(١٥) وتارة بـ (الأصل في العقود والشروط فيه)(١٦).

وقد ذكروا أن الأصل في العقود في الفقه الإسلامي الجواز والصحة والإباحة، وعلى ذلك فالأفراد والأشخاص المعنوية لهم الحرية الكاملة في إنشاء ما يشاؤون من العقود مادامت لا تخالف أحكام الفقه الإسلامي.

يقول أبو زهرة(١٧): «يقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون... غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهو ألا تشتمل على ما قد نهى عنه

(١٤) فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ٢٨/ ٣٨٦.
(١٥)المرجع السابق ٢٩/ ٥، ٣٠/ ١٨٩وأعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمدبن أبي بكر المعروف بابن القيم - ١/ ٢٥٩، ٢٩٢.
(١٦)فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية- مرجع سابق- ٢٩/ ١٢٣، ١٢٦ وأعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم-مرجع سابق- ١/ ٢٥٩.
(١٧) محمد أبو زهرة -الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية-دار الفكر العربي- ص٢٣٢ وانظر: مصطفى الزرقا -المدخل الفقهي العام -دار القلم- ١٤١٨هـ -١/ ٥٣٧ وما بعدها.

الشارع وحرمها، كأن يشتمل العقد على ربا ونحوه مما حرمه الشرع الإسلامي».

وقال ابن تيمية يرحمه الله تعالى: «الأصل في عقود المسلمين الصحة»(١٨)، وقال: «إن تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان: عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم، فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله أو أحبها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع، وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيه عدم الحظر، وألا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى... والعادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه وإلا دخلنا في معنى قوله: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُم مَّا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلالاً قُلْ آللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴿٥٩﴾﴾(١٩) ولهذا ذم الله المشركين الذين شرعوا من الدين ما لم يأذن به الله وحرموا ما لم يحرمه في سورة الأنعام... وهذه قاعدة عظيمة نافعة، وإذا كان كذلك فنقول: البيع والهبة والإجارة وغيرها هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كالأكل والشرب واللباس، فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها، وإذا كان كذلك: فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاؤوا ما لم تحرم الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاؤوا ما لم تحرم الشريعة، وإن كان بعض ذلك قد يستحب أو يكون مكروهاً، وما لم تحد الشريعة في ذلك حدّاً فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي»(٢٠) انتهى كلامه يرحمه الله.

(١٨)شيخ الإسلام أحمد بن تيمية-فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية-مرجع سابق-٣٠/١٨٩.
(١٩)سورة يونس، الآية: ٥٩.
(٢٠)المرجع السابق- ٢٩/١٦ وما بعدها.

فالعقود في الفقه الإسلامي -أي عقود بغض النظر عن محلها- الأصل فيها الإباحة، وللأفراد أن يتعاقدوا بما شاؤوا من عقود بشرط ألا تشتمل على ما نهى عنه الشارع الحكيم.

وسوف أقوم - إن شاء الله- بالحديث عن مدى مشروعية العقد الإداري من حيث جوازه الشرعي أو عدمه، وسيكون بحث مدى مشروعية العقد الإداري من الفقه الإسلامي من القرآن الكريم، ومن سنة رسول الله ﷺ، ومن العقل.

المطلب الأول
مشروعية العقد الإداري من القرآن الكريم

وردت عدة آيات من كتاب الله عز وجل تدل على مشروعية إبرام العقد الإداري، منها ما جاء في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بالْعُقُود ۝١﴾(٢١)، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بالْعَهْد إِنَّ العَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً ۝٣٤﴾(٢٢).

وجه الاستدلال:

جاء الأمر بالآيتين بالوفاء بالعقود والعهود، والأمر إذا أطلق يدل على الوجوب، فتكون الآيتان دلتا على وجوب الوفاء بالعقود والعهود، كما إن لفظ العقود والعهود جاءا بصيغة العموم دون تخصيص.

وبالتالي فيكون ما أمرنا بالوفاء به من الأمور المباحة، وإذا كانت مباحة فهي صحيحة، ولو كان الأصل فيها الحظر لم يجز أن نؤمر بها مطلقاً وعلى هذا فإن جميع أنواع العقود، والتي منها العقود الإدارية من الأمور المباحة إلا ما خص بدليل(٢٣).

(٢١) سورة المائدة الآية:١.
(٢٢) سورة الإسراء الآية:٣٤.
(٢٣) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية- ص١٩٢و١٩٧و٢٠٨

قال البغوي عند تفسيره قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ ﴾(٢٤)، أي العهود، قال الزجاج: هي أوكد العهود، يقال عاقدت فلانا وعقدت عليه، أي ألزمته ذلك باستيثاق. . . وقيل: أي العقود هي التي يتعاقدها الناس بينهم»(٢٥).

وقال عند تفسير قوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً ﴿٣٤﴾ ﴾(٢٦)، وقال السدي: كان مطلوباً. وقيل: العهد يسأل عن صاحب العهد» (٢٧).

قال ابن كثير: « قوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً ﴿٣٤﴾ ﴾(٢٨)، قال ابن عباس ومجاهد وغير واحد: يعني بالعقود العهود وحكى ابن جرير الإجماع على ذلك. . . وقال محمد بن كعب: فهذا يدل على لزوم العقد وثبوته»(٢٩).

وقال القرطبي عند تفسير قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ ﴾(٣٠): وقال الزجاج: المعنى: أوفوا بعقد الله عليكم بعضكم على بعض، وهذا كله راجع إلى القول بالعموم، وهو الصحيح في الباب قال‹: «المؤمنون عند شروطهم»(٣١)، وقال: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وأن كان مائة شرط»(٣٢) فبيَّنَ أن الشرط أو العقد الذي يجب الوفاء به هو ما وافق كتاب الله، أي: دين الله، فإن ظهر ما يخالف رد»(٣٣).

---

(٢٤) سورة المائدة الآية: ١.
(٢٥) مختصر تفسير البغوي-عبدالله بن أحمد الزيد -دار السلام للنشر- جدة- ١٤١٦هـ -١/ ٢١٠.
(٢٦) سورة الإسراء الآية:٣٤.
(٢٧) المرجع السابق ١/ ٥١٣.
(٢٨) سورة المائدة الآية: ١.
(٢٩) تفسير ابن كثير ٢/ ٤٧١و٤٧٢.
(٣٠) سورة المائدة الآية:١.
(٣١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) وصححه ابن حبان (٥٠٩١) والحاكم (٢/ ٤٩) عن أبي هريرة والترمذي (١٣٥٢) وابن ماجه.
(٣٢)متفق عليه. أخرجه البخاري(٤٥٦) ومسلم (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٣٣) تفسير القرطبي٦/ ٣٣.

فالقرطبي يرحمه الله يضع قاعدة في صحة أي عقد، هي موافقته لشرع الله، وهذا يدل على فقه دقيق، فإنه يدخل في هذه القاعدة جميع أنواع العقود المعروفة في الفقه الإسلامي في ذلك الوقت، أو ما يستجد من عقود لم تكن معروفة، وهذا يدل على مشروعية العقود الإدارية إلا إذا تضمنت شروطاً مخالفة للشرع.

وقال محمد رشيد رضا كلاماً أكثر تفصيلاً مما قاله القرطبي، فقال عند تفسيره قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بالْعُقُود ۝١﴾(٣٤): وقد تجدد لأهل هذا العصر أنواع من المعاملات، تبعها أنواع من العقود يذكرونها في كتب القوانين المستحدثة؛ منها ما يجيزه فقهاء المذاهب الإسلامية المدونة، ومنها ما لا يجيزونه، لمخالفته شروطهم التي يشترطونها، كاشتراط بعضهم الإيجاب، والقبول قولاً . . . وقد يصبغونه بصبغة الدين، فيجعلون التزام المتعاقدين لمباح، وإيفائهما به محرماً، معصية لله تعالى؛ لعدم صحة العقد، ويشترطون في بعض العقود شروطاً، منها ما يستند إلى حديث صحيح، أو غير صحيح، ومنها مالا يستند إلا على اجتهاد مشترطه، ورأيه، ويجيزون بعض الشروط التي يتعاقد عليها الناس، ويمنعون بعضها، حتى بالرأي . . . وأساسُ العقود الثابت في الإسلام هو هذه الجملة البليغة المختصرة المفيدة: (أوفوا بالعقود) وهي تفيد أنّه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده، وارتبط به، وليس لأحد أن يقيد ما أطلقه الشارع، إلا ببيّنة عنه . . . فكل قول أو فعل يعدّه الناس عقداً فهو عقد يجب أن يوفوا به، كما أمر الله تعالى، ما لم يتضمن تحريم حلال، أو تحليل حرام، ممّا ثبت في الشرع، كالعقد بالإكراه . . . أو فعل الفاحشة . . . أو أكل شيء من أموال الناس بالباطل كالربا . . . إلخ، ومن الأصول التي بنوا عليها معظم تشديداتهم في ذلك: ذهاب بعضهم إلى أنّ الأصل في العقود والشروط الحظر، فلا يصح منها إلاّ ما

(٣٤) سورة المائدة الآية:١.

دلّ الشرع على صحته، وأنّ كل شرط يخالف مقتضى العقد باطل، وعدوا من هذا ما يمكن أن يقال: إنّه ليس منه، وإطلاق الوفاء بالعقود يدلّ على أن الأصل فيها الإباحة، كذلك الشروط، ولاسيما العقود، والشروط في أمور الدنيا، والحظر لا يثبت إلا بدليل»(٣٥).

فالأمر الوارد في قوله تعالى: (أوفوا) يدل على الوجوب؛ لأنه جاء مجرداً من أي قرينة تصرفه عن الوجوب، كما هو مقرر في علم أصول الفقه(٣٦)، فالله عزَّ وجلَّ يأمر طرفي العقد بالوفاء بالتزاماتهم المترتبة عليه، سواء أكان المتعاقد فرداً عادياً أو شخصاً عاماً من أشخاص القانون الخاص أو العام، أم كان حاكماً أو مسؤولاً أو موظفاً يعمل لحساب الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام ويتعاقد باسمها.

وفي قوله تعالى: (العقود) لفظ عام ليس هناك مخصص له، فيشمل جميع أنواع العقود والتي منها العقود الإدارية(٣٧).

فالعقود الإدارية داخلة في هذه الآية، بل إن ولي الأمر يتعاقد كممثل للدولة أو للإدارة هو أولى بالامتثال للأمر من الطرف الآخر ليكون قدوة في تنفيذ أوامر الله جلَّ شأنه(٣٨).

المطلب الثاني
مشروعية العقد الإداري من السنّة

ما يدل على مشروعية العقد الإداري من السنّة النبوية ما ورد في الصحيحين عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: قال ﷺ: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً،

(٣٥) محمد رشيد رضا ـ تفسير المنار ـ ٦/ ١٢٠- ١٢٢.
(٣٦) نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الوصول للقاضي ناصر الدين البيضاوي- لجمال الدين عبدالرحيم بن الحسن الإسنوي- ١/ ٣٨٧.
(٣٧) المرجع السابق ١/ ٤٧١ وما بعدها.
(٣٨) د.ماجد الحلو -العقود الإدارية والتحكيم- دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية-٢٠٠٤- ص١٥٨.

ومن كانت فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»(٣٩).

وجه الاستدلال:

لفظ (عاهد) الوارد في الحديث عام يشمل جميع أنواع العهود التي يتعاهد أو يتعاقد عليها المسلم، وأي عهد عهده المسلم فإن الحديث نهى عن الغدر فيه، وإذا كان عدم الوفاء بالعهد منهياً عنه فإن ما نهي عنه وهو الغدر في العهد- أي عهد أو عقد- فإنه يلزم الوفاء به.

وما لزم الوفاء به فإن أصله يكون مباحاً، وهذا يدل على أن جميع أنواع العهود أو العقود، والتي منها العقود الإدارية الأصل فيها الإباحة.

ومما يدل على مشروعية العقد الإداري: قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً بين المسلمين أحل حراماً أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم»(٤٠).

وجه الاستدلال:

الحديث أبان لنا إلزامية التمسك بالشروط التي يتعاقد عليها المسلمون، ولم يبين لنا رسول الله ﷺ طبيعة هذه الشروط؛ فدلت على أن أي شرط يشترطه الطرفان فهو صحيح، ولما كان العقد-في الغالب- مجموعة من الشروط كان أي عقد يعقده الطرفان صحيحاً، بناء على أن الأصل في العقود الصحة(٤١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط؛ إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب به مقصوده، مقصود

---

(٣٩) أخرجه البخاري (٣٤)-(٣١٧٨) ومسلم (٥٨) وأبو داود (٤٦٨٨) عن عبد الله بن عمرو.
(٤٠) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) وصححه ابن حبان (٥٠٩١) والحاكم (٢/ ٤٩) عن أبي هريرة والترمذي (١٣٥٢) وابن ماجه (٢٣٥٣) عن عمرو بن عوف.
(٤١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/ ٤٧٧ و٤٨١.

العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة»(٤٢).

وبناء على ما سبق، فإن الشروط الواردة في العقد الإداري والتي ينبني عليها العقد الإداري، الأصل أنها شروط صحيحة ومشروعة، وبناء على ذلك فالعقد الإداري يعتبر مشروعاً.

المطلب الثالث
مشروعية العقد الإداري من العقل

يمكن الاستدلال بمشروعية العقد الإداري من العقل بالأمور التالية:

أولاً: أن القول بعدم مشروعية العقد الإداري إبطال لكثير من تعاملات الجهات الإدارية والتي يحتاجها الناس، وتضييق دون دليل، وهذا يخالف القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي جاءت بالتيسير، وليس التضييق.

ثانياً: أن العقود الإدارية في هذا العصر من الأمور الحياتية التي يحتاجها الناس بشكل يومي، سواء على مستوى الأفراد أو الشخصيات العامة، فمصالح الناس مرتبطة بهذه العقود الإدارية ارتباطاً وثيقاً، والقول بعدم شرعيتها يفضي إلى مفسدة، و الإسلام أمر بجلب المصالح ودرء المفاسد.

ثالثاً: أن في منع إبرام العقد الإداري لعدم مشروعيته، تحريماً لشيء لم يحرمه الله عزَّ وجلَّ، والله يقول: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴿١١٩﴾﴾(٤٣)، فالآية عامة في الأعيان والأفعال، فإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، وليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس من العقود أو

(٤٢) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية- ص٢١٩.
(٤٣) الأنعام الآية:١١٩.

الشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه(٤٤)، فتبقى العقود الإدارية على الأصل وهو الإباحة، وبناء عليه فهي مشروعة.

قال ابن القيم – وهو في معرض الرد على القائلين بأن الأصل في العقود والشروط الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته(٤٥)– : «الخطأ الرابع : اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم، معاملاتهم، كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه، فأفسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله، بناء على هذا الأصل، وجمهور المسلمين على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط والصحة، إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح» فهم–كما قال ابن تيمية– : «لم يصححوا عقدا ولا شرطا، إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه»(٤٦)، وهؤلاء هم أصحاب المذهب الظاهري(٤٧)، فرأيهم يستلزم القول بعدم مشروعية إبرام العقود الإدارية.

المبحث الثاني
تأصيل العقد الإداري في الفقه الإسلامي

بعد أن انتهيت إلى أن العقد الإداري من العقود المشروعة في الفقه الإسلامي، سوف أبين تأصيل العقود الإدارية من كتاب الله عزَّ وجلَّ، ومن سنّة نبيه ﷺ وخلفائه الراشدين

(٤٤) القواعد النورانية لابن تيمية– ص٢٠٠ .
(٤٥) ابن القيم– إعلام الموقعين–مرجع سابق–١/٢٥٩.
(٤٦) ابن تيمية –الفتاوى– مرجع سابق –٢٩/٢٧.
(٤٧) لم أرد الدخول في مناقشة أقوالهم للأسباب التالية:
أ– قلة أتباع هذا المذهب في الوقت المعاصر.
ب– عدم وجود من يتبنى هذا الرأي بشكل واضح، سواءاً كانوا باحثين أم ذوي مناهج قانونية.
ج– مخالفته لما هو مستقر عليه لدى عموم الناس في معاملاتهم وقوانينهم.

رضوان الله عليهم، ومن أقوال العلماء، وهذا التأصيل سوف يكون مبنيًا على مدى معرفة الفقه الإسلامي للعقد الإداري بخصائصه ومكوناته وأركانه التي عَرفها وقعد قواعدها القانون الإداري في القانون.

وذلك لمعرفة أمر هو: هل الفقه الإسلامي يفْرق بين العقود الإدارية وعقود الإدارة الخاصة التي يفرق بينها القانون؟ وهل عرف الفقه الإسلامي نظرية العقود الإدارية المعروفة في القانون الإداري؟

سأقوم باستعراض الصور التي في الفقه الإسلامي مع الصور التي في القانون الإداري، أو ما كان مماثلاً أو مشابهاً لها، أو كان يتفق مع قواعد العقود الإدارية في القانون الإداري.

وسوف أذكر الرأي في التمييز بين العقد الإداري وعقد الإدارة الخاصة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول
تأصيل العقد الإداري من كتاب الله عزَّ وجلَّ ومن السنّة النبوية

سيكون الحديث في هذا المطلب عن تأصيل العقد الإداري من كتاب الله عزَّ وجلَّ، ومن سنّة النبي ﷺ من خلال صور العقود التي أبرمها رسول الله ﷺ بذكر صورة العقد الإداري التي ذكر في القانون، ثم تأصيله من سنة النبي ﷺ.

وذلك على التقسيم التالي:

الفرع الأول: تأصيل العقد الإداري من كتاب الله عزَّ وجلَّ

جاء في الصلح المبرم بين رسول اللهﷺ وقريش: (هذا ما صالح عليه محمد بن

عبدالله ﷺ وسهيل بن عمرو، اصطلحا على وضع الحرب عشر سنين، يأمن فيها الناس، ويكف بعضهم عن بعض، على أن من أتى محمداً ﷺ من قريش بغير أذن وليه رده عليهم، ومن جاء قريشاً ممن مع محمد ﷺ لم يردوه عليه. . .)(٤٨).

إلا أن شرط إعادة من أتى النبي ﷺ من قريش من النساء لم تتمسك به الدولة الإسلامية، بناء على قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الذينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ** ﴿١٠﴾ ﴾(٤٩) قال ابن كثير عند تفسيره للآية: «هاجرت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي مُعَيْط في الهجرة، فخرج أخواها عمارة والوليد حتى قدما رسول الله ﷺ، فكلماه فيها أن يردها إليهما، فنقض الله العهد بينه-أي رسول ﷺ- وبين المشركين، في النساء خاصة، فمنعه أن يردهن إلى المشركين، وأنزل الله آية الامتحان. . . ثم قال: وقوله تعالى: ﴿ **ذلكم حكم الله يحكم بينكم** ﴾ أي في الصلح واستثناء النساء منه، والأمر بهذا كله هو حكم الله يحكم به بين خلقه، ﴿**والله عليم حكيم**﴾ أي عليم بما يصلح عباده حكيم في ذلك»(٥٠) انتهى كلامه.

وجه الاستدلال:

في هذه الصورة عقد النبي ﷺ باعتباره رئيساً للدولة الإسلامية مع قريش صلحاً سمي صلح الحديبية، واحتوى هذا العقد شرطاً فيه: أن من جاء إلى الرسول ﷺ من قريش دون إذن من وليه فإن الرسول ﷺ يعيده إليهم، وقد تم الاتفاق على هذا الشرط، وأُبْرِمَ عقد الصلح بين الدولة الإسلامية وقريش على هذا الأساس، إلا أن هذا الشرط

(٤٨) صحيح مسلم كتاب الجهاد والسير باب صلح الحديبية وسيرة ابن هشام ٣/٣٣٢.
(٤٩)سورة الممتحنة الآية :١٠.
(٥٠) تفسير ابن كثير ٧/٦٢٩و٦٣٢.

بنزول هذه الآية جرى تعديله من طرف الدولة الإسلامية وحدها، ودون اختيار وإرادة وموافقة قريش على هذا التعديل، مع أن الأصل الالتزام والوفاء بالعقود، وعدم جواز تعديل أي شرط من شروطه أو إلغائه بإرادة منفردة، بل لابد من اتفاق إرادتي العاقدين على الإلغاء أو التعديل؛ لقولة تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾﴾(٥١) فهذا التعديل للشرط ليس معروفاً أو مألوفاً في العقود، وفي الاتفاقات التي تكون بين الأطراف.

إلا أن الدولة الإسلامية أجرت هذا التعديل بإرادتها، بناء على مقتضيات المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على النساء من أتباع الدولة الإسلامية، ومراعاة ما يلحق بهن من مفسدة إن هن عدن إلى كفار قريش، فالمسلمة لا يجوز لها الزواج بغير المسلم(٥٢)، كما إن المرأة ضعيفة تحتاج إلى من يقويها ويعضدها، وهذا لا يكون للمرأة المسلمة إلا إذا كانت بين إخوانها المسلمين.

وبالتمعن في هذا التعديل للعقد نجد أنه يدخل ضمن الركن الثالث من أركان العقد الإداري، وهو ركن الشروط الاستثنائية وغير المألوفة(٥٣).

ويعتبر هذا العقد الذي بين رسول ﷺ، ممثلاً للدولة الإسلامية، وبين قريش، من العقود الداخلة ضمن القانون الدولي، وليست من العقود الإدارية، إلا أني رأيت أنه يمكن الاستشهاد بها والقياس عليها، على أنها تأصيل للعقود الإدارية، لأن طرفه شخص معنوي عام هي الدولة، ولوجود المقتضي في إلغاء الشرط الموجود في العقد وهو المصلحة العامة.

(٥١) سورة المائدة الآية:١.
(٥٢) تفسير ابن كثير٦/٦٣١.
(٥٣) انظر: ما سبق حول هذا الركن في مفهوم العقد الإداري في القانون.

الفرع الثاني: تأصيل العقد الإداري من السنة النبوية

وردت عدة صور من السنة النبوية تصلح أن تكون تأصيلاً للعقد الإداري بيانها كالتالي :

أولاً: عقد عمل إداري

يسمى هذا العقد في القانون الإداري عقد إيجار الخدمات، وهو عقد بمقتضاه يتعهد أحد الأشخاص وطنياً أو أجنبياً بتقديم خدماته الشخصية إلى الدولة، كعقد العمل في النظام الخاص مقابل عوض يتفق عليه(٥٤)، فهذا العقد نجد له أصلاً في الفقه الإسلامي من سيرة النبي ﷺ في صورتين :

الأولى: تعاقده ﷺ مع عبدالله بن أرقط في هجرته إلى المدينة

روى ابن هشام في قصة هجرته ﷺ : « . . . ثم قال أي أبو بكر رضي الله عنه رضي الله عنه : يا نبي الله، إن هاتين راحلتان قد كنت أعددتهما لهذا، فاستأجرا عبدالله بن أرقط-رجلاً من بني الدئل بن بكر، وكانت أمه امرأة من بني سهم بن عمرو، وكان مشركاً - يدلهما على الطريق، فدفعا إليه راحلتيهما، فكانتا عنده يرعاهما لميعادهما)(٥٥).

وجه الاستدلال :

الرسول ﷺ تعاقد مع عبدالله بن أرقط بصفته رئيس الدولة الإسلامية الناشئة في المدينة، فالعقد تم بين فرد وبين الدولة، فالرسول ﷺ يمثل الجهة الإدارية، وهذا التعاقد الذي عقده ﷺ ليس لمصلحته الشخصية الخاصة، وإنما لمصلحة عامة، باعتباره قائداً للأمة، يريد إنشاء دولته الإسلامية في المدينة، فالمصلحة لعموم المسلمين، إضافة إلى

(٥٤) انظر: د.سليمان الطماوي- المرجع السابق- ص٦٩١ و د.ماجد راغب الحلو- القانون الإداري- مرجع سابق-ص ٥٤٧ ود.عبدالفتاح حسن- مرجع سابق-ص٢٠٢ ود.عاطف البنا- مرجع سابق-ص٢٩.
(٥٥) السيرة النبوية لابن هشام -١/٤٨٥.

أن هذا العقد يعتبر عقد عمل بين الجهة الإدارية ممثلة في الرسول ﷺ، وعبدالله بن أرقط.

الثانية: تعاقده ﷺ مع أسرى بدر على تعليم أبناء المسلمين:

روى الإمام أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «كان من أسرى بدر من لم يكن لهم مال، فجعل رسول الله ﷺ فداءهم أن يعلموا أولاد الأنصار الكتابة»(٥٦).

وجه الاستدلال:

الرسول ﷺ تعاقد مع أسرى بدر ليس بصفته الشخصية، وإنما بصفته رئيساً للدولة الإسلامية، فالرسول هنا ﷺ يمثل جهة الإدارة في الدولة الإسلامية، وهذا التعاقد محله مرفق عام وهو مرفق التعليم.

ثانياً: عقد تقديم معاونة

يُعَرَّفُ عقد تقديم المعاونة في القانون الإداري بأنه: «عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقداً أو عيناً في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة... فقد يتقدم إلى الإدارة بعرض المساهمة فرد من الأفراد... أو شخص من أشخاص القانون العام... فإذا ما قبلت الإدارة العرض انعقد بين الإدارة ومن يتطوع بالمساهمة عقد إداري هو عقد تقديم المعاونة» (٥٧) هذا العقد نجد له أصلاً من سنة رسول ﷺ في صورتين:

الأولى: تعاقده لله مع بني النجار في عقد معاونة للمصلحة العامة (بناء مسجد).

عن أنس رضي الله عنه قال: أمرني النبي ﷺ ببناء المسجد، ثم قال: فقال: «يا بني

(٥٦) مسند الإمام أحمد (٤/ ٣٧) قال أحمد شاكر: إسناده صحيح.
(٥٧) انظر: د. سليمان الطماوي-المرجع السابق- ص١٤٣، وانظر: د. دواد عبدالرزاق الباز-النظام القانوني لعقد المعاونة في تسيير المرافق العامة-٢٠٠٦م -ص٤٥ وما بعدها.

النجار، ثامنوني بحائطكم هذا، قالوا: لا والله، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله»(٥٨).

وجه الاستدلال:

بنو النجار تعاقدوا مع رسول الله ﷺ على تقديم المعاونة للمسلمين، بالتنازل عن حائطهم لمرفق عام، وهو بناء مسجده ﷺ.

الثانية: تعاقده لله مع بني ساعدة في عقد تقديم معاونة للمصلحة العامة (بناء سوق).

روى عباس بن سهل عن أبيه أن النبي ﷺ أتى بني ساعدة فقال: «إني جئتكم في حاجة، تعطوني مكان مقابركم، فأجعلها سوقاً، وكانت مقابرهم ما حازت دار ابن ذئب إلى دار زيد بن ثابت، فأعطاه بعض القوم، ومنعه بعضهم وقالوا: مقابرنا ومخرج نسائنا ثم تلاوموا، فلحقوه وأعطوه إياه، فجعله سوقاً»(٥٩).

وجه الاستدلال:

بنو ساعدة تعاقدوا مع رسول الله ﷺ على تقديم المعاونة للمسلمين بالتنازل عن مقابرهم لمرفق عام، هو السوق.

فالعقد الذي نشأ بين رسول الله ﷺ وبني النجار وبني ساعدة عقد إداري، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: أن العقد أُبْرِمَ بين رسول الله ﷺ وبني النجار وبني ساعدة، باعتباره ﷺ رئيساً وممثلاً للدولة الإسلامية، وليس بصفته الشخصية؛ فطرفه الإدارة.

ثانياً: محل هذا العقد مرفق عام هو مسجده ﷺ والصورة الثانية محل العقد سوق للمسلمين، أي مرفق عام من المرافق الاقتصادية.

---

(٥٨) البخاري (٤٢٨) (٢١٠٦) (٢٧٧١)(٢٧٧٤) (٢٧٧٩) ومسلم (٥٢٤) وأبو داود(٤٥٣) وفتح الباري ١/ ٥٢٥.

(٥٩) وفاء الوفاء للسمهودي ٢/ ٧٤٨.

ثالثاً: أنه لم يشتمل هذا العقد على الركن الثالث من أركان العقد الإداري وهو وجود شروط غير مألوفة أو استثنائية في العقد، لأن هذا يدخل ضمن عقد الأشغال العامة المعروف في القانون الإداري، فالقضاء الفرنسي جرى باستمرار على اعتبار أن تقديم المعاونة من قبيل العقود الإدارية، لصلته الوثيقة بعقد الأشغال العامة(٦٠).

ولعل الصورة القريبة في الفقه الإسلامي من عقد تقديم المعاونة في القانون الإداري: الوقف إذا كان متعلقاً بمصالح المسلمين، لأن الوقف في الفقه الإسلامي قد يكون خاصاً بأبناء أو أقارب الموقف، وقد يكون عاماً، فالوقف في الفقه الإسلامي هو حبس مال للانتفاع، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره، على مصرف مباح موجود، أو بصرف ريعه على جهة بر وخير، تقرباً لله تعالى، وهذا التعريف للجمهور(٦١)، أما المالكية فإن الوقف لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة، وإنما يقطع حق التصرف فيه(٦٢).

فعقد تقديم المعاونة في القانون الإداري، عقد عَرفه الفقه الإسلامي قبله، فإذا أوقف المسلم عيناً، سواء أكان ذلك لبناء مسجد أو مستشفى، أو أوقف مصاحف أو كتباً دراسية وغيرها لمرفق حكومي، مبتغياً وجه الله عزَّ وجلَّ، فإن هذا عقد بينه وبين جهة الإدارة، وهو يقابل عقد تقديم المعاونة في القانون الإداري.

ثالثاً: عقود الخراج (عقد بوت BOT)

عقد البوت هو عقد بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، سواء أكان وطنيًا أم كان أجنبيًا،

---

(٦٠) انظر: د. سليمان الطماوي- المرجع السابق- ص١٣٠و١٤٧.
(٦١) انظر: فتح القدير ٥/٣٧ وحاشية ابن عابدين٣/٣٩١ ومغني المحتاج ٢/٣٧٦ وكشاف القناع ٤/٢٦٧ وغاية المنتهى ٢/٢٩٩.
(٦٢) انظر: الشرح الكبير ٤/٧٦والفروق٢/١١١.

يرتبط بموجبه مع جهة الإدارة بعقد امتياز، ويقوم بتمويل مرفق عام وإدارته وتصميميه وبنائه وتشغيله لحسابه خلال فترة زمنية يخوله الحصول على عائدات المشروع طوال فترة الامتياز، على أن يعود إلى ملكية الدولة بعد انتهاء المدة بدون مقابل(٦٣).

هذا العقد نجد له أصلاً من السنة النبوية، في تعاقده ﷺ مع يهود بني قريظة، فعن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال: «لما افتتحت خيبر سألت يهود رسول ﷺ أن يقرّهم على أن يعملوا على النصف مما خرج منها، فقال رسول ﷺ: «أُقِرُّكم فيها على ذلك ما شئنا، فكانوا على ذلك، فقرّوا بها، حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحا» (٦٤).

وعن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار: «أن رسول الله ﷺ لما أفاء الله عليه خيبر، قسمها على ستة وثلاثين سهماً جمعٌ . . . (إلى أن قال) . . . فلما صارت الأموال بيد النبي ﷺ والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها، فدعا رسول الله ﷺ اليهود فعاملهم»(٦٥).

وجه الاستدلال:

هذا العقد بين رسول الله واليهود، على أن يقوموا بزراعة الأرض التي دخلت في ملكية الدولة الإسلامية بعد فتح خيبر، على أن يدفعوا للدولة الإسلامية مقابلاً (النصف) نظير زراعتها والاستفادة منها، على أن تعود إلى ملكية الدولة الإسلامية متى ماشاءت، ولم يذكر في الحديث أن النبي ﷺ يدفع لليهود إذا أنهى العقد معهم.

---

(٦٣)انظر: د.أحمد سلامة بدر–العقود الإدارية وعقد البوت–ص٣٥٦ وما بعدها ود. جابر جاد نصار –عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام– ص٣٨ ومابعدها ومحمد صلاح الدين خروب–التطبيقات المعاصرة لامتياز المرافق العامة والمشروعات الكبرى. نظام BOT وملحقاته–ص٣٤وما بعدها.

(٦٤) البخاري ٢٢١٣ و٢٩٨٣ ومسلم (١٥٥١).

(٦٥) أبو داود (٣٠١٤) التمهيد لابن عبد البر (٦/٤٥٢)وانظر: د. نذير بن محمد الطيب أوهاب –نظرية العقود الإدارية في الفقه الإسلامي والقانون–ص٤٥و٨٠

وهذا العقد بهذه الصورة هو عقد البوت المعروف في القانون الإداري والذي سبق تعريفه.

وقد توافرت في هذه الصورة أركان العقد الإداري، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أولاً: العقد بين جهة إدارية؛ متمثلة في ولي أمر المسلمين النبي ﷺ، ومتعاقد معها وهم اليهود، فوجد الركن الأولَ وهو أن يكون طرف العقد الإداري جهة إدارية.

ثانياً: هذا العقد محله مرفق عام وهو الأرض الزراعية، فوجد الركن الثاني؛ أن يكون محله مرفقاً عاماً.

ثالثاً: هذا العقد اشتمل على شرط غير مألوف في العقود العادية، فقد اشترط النبي ﷺ بقوله: «أُقرّكم فيها على ذلك ما شئنا»؛ أي إن للجهة الإدارية أن تفسخ العقد متى شاءت.

قال النووي: «قوله ﷺ: «أقركم فيها على ذلك ما شئنا»، وفي رواية الموطأ: «أقركم ما أقركم الله»، قال العلماء: وهو عائد إلى مدة العهد، والمراد: إنما نمكنكم من المقام في خيبر، ثم نخرجكم إذا شئنا»(٦٦) فوجد الركن الثالث وهو اشتمال العقد على شروط غير مألوفة.

فالرسول ﷺ تعاقد مع بني قريظة بصفته رئيساً للدولة الإسلامية عقد التزام في مرفق عام، وهي الأرض الزراعية والتي تعتبر مرفقًا اقتصاديًا ومصدرًا من مصادر بيت المال في الدولة الإسلامية.

رابعاً: عقد توريد(٦٧)

عقد التوريد في القانون الإداري هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون

(٦٦)شرح النووي على صحيح مسلم ٩/٢١١.

(٦٧) انظر حول مفهوم عقد التوريد: د. سليمان الطماوي –مرجع سابق–ص ١٣٥ومابعدها ود. أنس جعفر – مرجع سابق– ص٤٨ ومابعدها.

العام، وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الطرف الثاني بتوريد منقولات، كمواد التموين من اللحوم والخضروات وغيرها، ولا يكون موضوع عقد التوريد عقارات.

هذا العقد نجد صورته فيما رواه عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما: «أن رسول ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ على قلائص(٦٨) الصدقة، وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»(٦٩).

وجه الاستدلال:

هذا العقد توافرت فيه أركان العقد الإداري، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: هذا العقد الذي أمر فيه رسول ﷺ عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما بإبرامه؛ أبرمه عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما؛ نيابة ومفوضاً عن رسول الله ﷺ باعتباره إماماً للمسلمين، فالعقد طرفه جهة الإدارة، فتوافر الركن الأول، وهو أن تكون الجهة الإدارية طرفًا في العقد.

ثانياً: هذا العقد محله مرفق عام من مرافق المسلمين، لأن فيه تجهيزًا للجيش الإسلامي، فمحل هذا العقد مرفق عام.

ثالثاً: هذا العقد اشتمل على شرط غير مألوف في تعاقدات الأفراد الخاصة، فقد اشتمل على أمر منهي عنه وهو بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، فعن ابن عمر، رضي الله عنهماعن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»(٧٠)، إلا أن النبي ﷺ أمر عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما بإبرام العقد، فدل على صحة العقد.

---

(٦٨) القلوص: هي الشابة من الإبل، وجمعها قلائص، وتسمى فريضة، وهي الحقة من الإبل والتي وردت في الصورة التالية. انظر: ترتيب القاموس المحيط ٣/٤٧٢ و٦٧٦.

(٦٩) رواه أحمد (٢/١٧١- ٢١٦) وأبو داود (٣٣٥٧) وصححه الدار قطني (٣/٦٩).

(٧٠) أبو داود (٣٣٥٦) والترمذي (١٢٣٧) وقال: حديث حسن صحيح عن سمرة بن جندب.

فهذا العقد المشتمل على هذا النوع من أنواع البيوع المنهي عنها بين الأفراد إنما أجازه الرسول ﷺ لمقتضيات المصلحة العامة، ولسير مرفق من مرافق الدولة الإسلامية بانتظام واطراد، فوجد الركن الثالث من أركان العقد الإداري وهو اشتماله على شروط غير مألوفة.

فهذا العقد اختلف عن العقود المدنية، في أنه استهدف مصلحة عامة في تسيير مرفق عام، ومن أجل ذلك أعطى النبي ﷺ عبدالله بن عمرو، رضي الله عنهما، سلطات استثنائية في إبرام هذا العقد وتطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرفق العام، وهي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية(٧١).

وقد بين ابن قيم الجوزية في (زاد المعاد) أن هذا الشرط يعتبر شرطاً وُضِع تحقيقاً للمصلحة العامة فقال(٧٢): «. . . أن النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة إنما كان محرماً؛ لأنه ذريعة إلى النسيئة في الربويات، فإن البائع إذا رأى ما في هذا البيع من الربح لم تقتصر نفسه عليه، بل تجره إلى بيع الربوي كذلك، فسد عليهم الذريعة، وأباحه يداً بيد، ومنع من النَّساء فيه، وما حرم للذريعة يباح للمصلحة الراجحة، كما أباح من المزابنة العرايا للمصلحة الراجحة، وأباح ما تدعو إليه الحاجة منها، وكذلك بيع الحيوان بالحيوان نسيئة متفاضلاً» ثم قال. . . «والذي في حديث ابن عمرو إنما وقع في الجهاد وحاجة المسلمين إلى تجهيز الجيش، ومعلوم أن مصلحة تجهيزه أرجح من المفسدة في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، والشريعة لا

(٧١) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري في ١٦ديسمبر ١٩٥٦ بتصرف يلائم هذا الحديث.
(٧٢) زاد المعاد لابن القيم ٣/٤٨٨.

تعطل المصلحة الراجحة».

ففي قول ابن القيم: «. . . وما حرم للذريعة يباح للمصلحة الراجحة» وفي قوله: «. . . وفي حديث ابن عمرو: إنما وقع في الجهاد وحاجة المسلمين إلى تجهيز الجيش. . .» دلالة واضحة على أن العقد اشتمل على شروط استثنائية وغير مألوفة خالفت ما هو مستقر عليه في الفقه الإسلامي، وإنما وضعت لحاجة المرفق العام، مما يكون معه الدلالة على معرفة الفقه الإسلامي لنظرية العقد الإداري المعروفة في القانون الإداري.

خامساً: عقد بيع

في الصورة التي رواها ابن هشام في (السيرة النبوية) في أن الرسول (أبْرمَ عقداً مع من أخذ نصيبه من سبي هوازن تمثل صورة أخرى من صور العقد الإداري في الفقه الإسلامي.

فقد روى(٧٣) بقوله: «. . . ثم خرج رسول ﷺ حين انصرف إلى الطائف على دحنا حتى نزل الجعرانة فيمن معه من الناس، ومعه من هوازن سبي كثير. . . ثم أتاه وفد هوازن بالجعرانة، وكان مع رسول الله ﷺ من سبي هوازن ستة آلاف من الذراري والنساء. . . فقالوا: يا رسول الله ﷺ: قد أصابنا من البلاء ما لم يخف عليك، فامنن علينا، منَّ الله عليك. . . ، فقال رسول الله ﷺ: «أبناؤكم ونساؤكم أحب إليكم أم أموالكم؟» فقالوا: يا رسول الله ﷺ، خيَّرتنا بين أموالنا وأحسابنا، بل ترد إلينا نساءنا وأبناءنا فهو أحب إلينا. . . فلما صلى رسول الله ﷺ بالناس الظهر قاموا فتكلموا بالذي أمرهم به، فقال رسول الله ﷺ: «أما ما كان لي ولبني عبدالمطلب فهو لكم» فقال المهاجرون: وما كان لنا فهو إلى رسول الله ﷺ، وقالت الأنصار: وما كان لنا فهو إلى رسول الله ﷺ، فقال الأقرع بن حابس: أما أنا وبنو تميم فلا، وقال عيينة بن حصن: اما

(٧٣) المسند (١١/٢٠٥) والبيهقي في الكبرى (٩/٧٥) وانظر: سيرة ابن هشام ٢/٤٩٥.

أنا وبنو فزارة فلا، وقال عباس بن مرداس: أما أنا وبنو سليم فلا، فقالت بنو سليم: بلى، ما كان لنا فهو إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «أما من تمسك منكم بحقه من هذا السبي فله بكل إنسان ست فرائض من أول سبي أصيبهُ، فردوا إلى الناس أبناءهم ونساءهم».

وجه الاستدلال:

هذا القصة تبين لنا صورة أخرى من صور العقود الإدارية في الفقه الإسلامي، ذلك أن العقد الذي أبرمه رسول الله ﷺ بصفته ممثلاً وقائداً للمسلمين، وليس بصفته الشخصية مع من أراد من المسلمين التنازل عن السبي يعتبر عقد بيع، فالمشتري هنا رسول الله ﷺ بصفته أماماً للمسلمين، والبائع هم الأفراد الذين سيتنازلون عن السبي، والثمن ست من الإبل عن كل إنسان.

فهذا العقد يعتبر عقدًا إداريًا لوجود أركان العقد الإداري، وبيان ذلك في التفصيل التالي:

أولاً: هذا العقد بين جهة الإدارة يمثلها رسول الله ﷺ وبين أفراد من المسلمين، فطرفه جهة الإدارة، فتوافر الركن الأول من أركان العقد الإداري.

ثانياً: هذا العقد الغاية منه المصلحة العامة لعموم المسلمين، وهو غاية الركن الثاني من أركان العقد الإداري.

ثالثاً: هذا العقد اشتمل على شرط شرطه النبي ﷺ على الجهة الإدارية، وهو شرط غير مألوف في التعاقدات الخاصة، فوجد الركن الثالث من أركان العقد الإداري.

وبيان هذا الركن في أن قوله ﷺ: «من تمسك منكم بحقه من هذا السبي فله بكل إنسان ست فرائض من أول سبي أصيبه». فالرسول ﷺ أبرم عقداً مع من حصل من السبي من

أفراد المسلمين: أن من تنازل عن السبي فإنه سوف يعوضه عن كل إنسان ستًا من الإبل من أول سبي يصيبه رسول ﷺ، أي إن عوض البيع غير موجود في وقت التعاقد، فيكون محل هذا البيع غير موجود، فالرسول ﷺ تعاقد على شيء غير موجود بقوله ﷺ: «من أول سبي أصيبهُ»، والأصل أن يكون محل عقد البيع مملوكاً ملكية تامة للبائع وفي حوزته، وهو شرط لازم للبيع، فلا يصح البيع قبل الحيازة لقوله ﷺ: «لاتبع ما لا تقبضه»(٧٤)، وفي حال التعاقد على البيع على هذا الحالة، يكون العقد مشتملاً على الغرر، ويكون من البيوع المنهي عنها؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع الغرر»(٧٥).

قال الشوكاني(٧٦): «ومن جملة بيع الغرر بيع السمك في الماء... ومن جملته بيع الطير في الهواء، وهو مجمع على ذلك، والمعدوم والمجهول والآبق وكل ما فيه غرر بوجه من الوجوه. قال النووي: النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً. ويستثنى من بيع الغرر أمران: أحدهما ما يدخل المبيع تبعاً، بحيث لو أفرده لم يصح بيعه، والثاني ما يتسامح بمثله، إما لحقارته أو للمشقة في تمييزه أو تعيينه، ومن جملة ما يدخل تحت هذين الأمرين: بيع أساس البناء واللبن في ضرع الدابة والحمل في بطنها والقطن المحشو في الجبة».

ما ذكره النووي من المسامحة في الغرر في التعاقدات، لا يوجد في هذا العقد، ولا يدخل من ضمنه تعاقد النبي ﷺ مع من أراد التنازل عن السبي وبالتالي فإن العقد الذي أبرمه النبي ﷺ يعتبر عقدًا مشتملاً على الغرر، وبحسب الأصل فإن هذا العقد لا يصح.

(٧٤) رواه البخاري (٢١٣٥) بلفظ: (نهى عن بيع الطعام قبل قبضه) ومسلم (١٥٢٥) وأبو داود (٣٤٩٧).
(٧٥) مسلم (١٥١٣) والبيهقي وفي الكبرى ١٠/٣٢٠.
(٧٦) نيل الأوطار للشوكاني ٦/٢٨١.

إلا أن هذا الأصل لا يصح أن يكون في تعاقدات الأطراف فيما بينهم أي في العقود الخاصة، لاشتماله على الغرر، أما في العقود التي تبرمها جهة الإدارة فإن الحديث أوضح لنا أن العقد الذي يشتمل على الغرر يتسامح به، بناء على مقتضيات المصلحة العامة.

وقد ذكر ابن تيمية في (الفتاوى)(٧٧) ما يشير إلى ذلك فقال: «ولا يقاس على بيع الغرر كل عقد على غرر؛ لأن الأموال إما أنها لا تجب في هذه العقود، أو ليست هي المقصود الأعظم منها، وما ليس هو المقصود إذا وقع فيه غرر لم يفض إلى المفسدة المذكورة في البيع، بل يكون إيجاب التحديد في ذلك فيه من العسر والحرج المنفي شرعاً ما يزيد على ضرر ترك تحديده»، ففي قوله: «ليس المقصود الأعظم منها» إشارة إلى أنه إذا كان القصد من العقد الذي يشتمل غرراً مصلحة عامة، فالمصلحة العامة أعظم من قصد المال والربح من المتاجرة فيه.

سادساً: عقد استعارة

روت كتب السنة صورة من صور العقد الإداري وهو العقد الذي أبرمه الرسول ﷺ مع صفوان بن أمية لاستعارة أسلحة، فقد روى الإمام أبو داود من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه: «أن رسول ﷺ استعار منه يوم خيبر أدرعاً وسلاحاً فقال: أغصباً يامحمد؟ فقال: لا، بل عارية مؤداة»، وأخرج أحمد والنسائي والحاكم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: «بل عارية مؤداة»(٧٨) وزاد أحمد والنسائي: «فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له فقال: أنا اليوم يا رسول الله ﷺ في الإسلام أرغب». وكذلك ثبت عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه «أن رسول ﷺ استعار

(٧٧) فتاوى شيخ الإسلام لابن تيمية ٢٩/٥٥.

(٧٨) رواه أبوداود (٣٥٦٢) وليس فيه (مؤداة)، وفي رواية: (بل عارية مضمونة)، وفي رواية لعلي بن أمية: (إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً .....فقال: بل مؤداة) أخرجه أبو داود (٣٥٦٦) والبيهقي في الكبرى (٦/٨٩) وليس فيه (مؤداة).

منه أدرعاً يوم حنين، فقال أغصباً يا محمد؟ فقال: بل عارية مضمونة مؤداة».

وجه الاستدلال:

باستعراض هذا الحديث نجد أن العقد الذي أبرمه الرسول ﷺ مع صفوان بن أمية رضي الله عنه عقد إداري، فقد احتوى على أركان العقد الإداري المعروفة في القانون الإداري.

وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: العقد بين جهة إدارية؛ متمثلة في ولي أمر المسلمين النبي ﷺ، ومتعاقد معها وهو صفوان بن أمية رضي الله عنه، فوجد الركن الأول وهو أن يكون طرف العقد الإداري جهة إدارية.

ثانياً: هذا العقد محله مرفق عام وهو الجهاد في سبيل الله وهو ما يسمى في الوقت الراهن بمرفق الدفاع، فوجد الركن الثاني وهو أن يكون محله مرفقًا عامًا.

ثالثاً: هذا العقد احتوى على شروط غير مألوفة في التعاقد الخاص بين الأفراد، وهو اشتراط رسول ﷺ ضمان الأسلحة، وهذا الشرط يخالف القاعدة العامة في العارية، بأنها أمانة مطلقاً لا يجب ضمانها إلا بالتعدي؛ عملاً بحديث: «ليس على المستعير غير المغل ضمان»(٧٩) وهذا هو المشهور في المذاهب الفقهية.

قال الشوكاني(٨٠): «إن لفظ (مضمونة) مخصصة؛ أي أستعيرها منك عارية مشروطاً فيها الضمان، ومتصفة بأنها مضمونة، لا عارية مطلقة عن الضمان، كما هو الأصل فيها».

وقال الخطابي(٨١): «إذا كان الشيء حكمه في الأصل على الأمانة فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله». وقال: «إن شرط الضمان فيها غير مخرج لها عن حكم أصلها،

(٧٩) الدار قطني (٢/٦٣٢) وفي الدارمي (٢/١٨١) والبيهقي في الصغرى(٢/٣١١) والكبرى (٦/٩١).
(٨٠) نيل الأوطار ٥/٣٠٠.
(٨١) معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود ٥/١٩٨.

وإنما ذكر الضمان في حديث صفوان؛ لأنه كان حديث العهد بالإسلام، جاهلاً بأحكام الدين، فأعلمه رسول الله ﷺ «أن من حكم الإسلام أن العواري مضمونة، ليقع له الوثيقة بأنها مردودة عليه غير ممنوعة منه في حال»(٨٢).

وأرى مع تقديري للإمام الخطابي يرحمه الله، أن هناك أمرًا آخر ربما يكون أولى مما ذكره يرحمه الله، من أن هذا الشرط بضمان العارية وضعه الرسول ﷺ لحداثة إسلام صفوان بن أمية، ألا وهو اعتبار المصلحة العامة لعموم المسلمين ولسير مرفق عام من مرافق المسلمين، بل هو ذروة سنام الإسلام، وهو الجهاد في سبيل الله وفي تلك الغزوة المهمة في حياة المسلمين، وليس النظر والاعتبار لحال صفوان بن أمية فقط، بل من أجل سير المرفق العام بانتظام واطراد، اعتباراً للمصلحة العامة تم إبرام عقد العارية مع صفوان بن أمية رضي الله عنه، ووضع فيه هذا الشرط الاستثنائي الذي يعتبر خلافاً للأصل العام في عدم ضمان العارية.

وربما يلاحظ أن هذا الشرط لم يوضع لمصلحة جهة الإدارة وخالف القاعدة في الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في العقود الإدارية، فالغالب أنها توضع وتُقرّر لمصلحة الجهة المتعاقدة لا لمصلحة المتعاقد معها، إلا أن هذا العقد بين الدولة الإسلامية وصفوان بن أمية رضي الله عنه خالف تلك القاعدة ووضع فيه شرطاً لمصلحة المتعاقد لا لمصلحة جهة الإدارة.

وأرى أن السبب في ذلك يعود إلى أن من المبادئ التي يحث عليها الإسلام ويحرص عليها في كافة شؤون الحياة والتي منها التعاقدات التي تكون بين الجهات الإدارية والمتعاقدين معها – تقريرَ العدالة، سواء أكانت للجهة الإدارية أم للمتعاقد معها، فالإسلام

(٨٢) المرجع السابق.

دين العدالة يسعى لتحقيقها لجميع أطراف العقد وليس لمصلحة الإدارة فقط، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾﴾ (٨٣)، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (٨٤)، لذا كان هذا الشرط الاستثنائي مقرراً لمصلحة المتعاقد معها وليس لمصلحة الإدارة، وفي هذا سبق الفقه الإسلامي القوانين الإدارية المعاصرة في وضع الشروط غير المألوفة، فإنها تجعل هذه الشروط لمصلحة الإدارة فقط.

كما إن الفقه الإسلامي يقرر في هذا الحديث أن المصلحة العامة إذا كانت تقتضي أن تضع الجهة لإدارية شروطاً استثنائية وغير مألوفة مقررة للمتعاقد معها، فإن ذلك جائز.

المطلب الثاني
تأصيل العقد الإداري من عمل الخلفاء الراشدين

بعد أن ذكرت تأصيل العقد الإداري من السنة النبوية، سوف أقوم إن شاء الله بتأصيل العقد الإداري من عمل الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم، فقد ورد عنهم عدة آثار يتبين منها أن نظرية العقد الإداري معروفة في الفقه الإسلامي أُبينها في الآتي:

أولاً: عقد إقطاع «عقد امتياز استغلال الموارد»

روى أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه (الأموال): «أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث رضي الله عنه العقيق أجمع، فلما كان عمر قال لبلال: إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه

(٨٣)سورة النساء، الآية: ٥٨.
(٨٤)سورة النحل، الآية: ٩٠.

على الناس، إنما أقطعك لتعمر، فخذ منها ما قدرت على عمارته وردَّ الباقي»(٨٥).

وجه الاستدلال:

العقد الذي نشأ بين رسول الله ﷺ وبلال بن الحارث، رضي الله عنه، عقد إداري، لتوافر أركان العقد الإداري فيه:

الأول: العقد أُبْرِمَ بين رسول الله ﷺ وبلال بن الحارث رضي الله عنه باعتباره ﷺ رئيساً وممثلاً للدولة الإسلامية وليس بصفته الشخصية.

كما إن العقد فسخ من قبل عمر، ولم ينازع بلال بن الحارث، رضي الله عنهما في فسخه، لاعتقاده أن العقد لا يقوم على اعتبار شخصي، وإنما على اعتبار أنه متعاقد مع الدولة؛ أي مع الإدارة، فالعقد طرفه الإدارة.

فالركن الأول من أركان العقد الإداري وهو أن تكون الإدارة طرفاً فيه موجود في هذا العقد.

ثانياً: هذا العقد محله المعادن

فقد روى في (الأموال): أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القَبَلِيَّة في ناحية الفرع(٨٦) «وهو موضع بين نخلة والمدينة». قال أبو عبيد(٨٧): القَبَلِيَّة بلاد بالحجاز.

فمحل هذا العقد مرفق عام ومصلحة عامة، فهذه المعادن تدخل في كثير من الصناعات التي يستفيد منها عموم الناس، فهذا العقد يقابل محل عقد امتياز استغلال الموارد أو التعدين المعروف في القانون الإداري، وهو عقد إداري يختص القضاء الإداري بنظر

(٨٥) باب الإقطاع من كتاب أحكام الأرضين الأموال٢٧٣ كما أخرجه البيهقي السنن الكبرى ٦/ ١٤٩ عن بلال بن الحارث المزني وانظر: إرواء الغليل (٣/ ٣١٢) وصحيح ابن خزيمة (٢٣٢٣) والبيهقي في الكبرى (٤/ ١٥٢).
(٨٦) باب الإقطاع من كتاب أحكام الأرضين الأموال ٣٣٨ كما أخرجه أبو داود ٤/ ١٥٨والبيهقي ٤/ ١٥٢. يراجع: المغني ٤/ ٢٤٠.
(٨٧) الأموال المرجع السابق.

المنازعة الناشئة عنه في الدول الآخذة في ازدواج القضاء كفرنسا ومصر وفي لبنان، ويخول عقد امتيازُ التعدين صاحبَ الامتياز حقَّ البحث عن المعدن واستخراجه وتملكه واستخدامه وتسويقه أو التصرف فيه(٨٨).

فالركن الثاني من أركان العقد الإداري وهو أن يكون محله مرفقًا عامًا موجود في هذا العقد.

الثالث: هذا العقد اشتمل على شروط استثنائية لا يمكن وضعها في عقود القانون الخاص، وإن اشترطت هذه الشروط صارت باطلة.

وبيان ذلك أن الإقطاع في الفقه الإسلامي تمليك في الحياة بدون عوض، وكذلك الهبة، وبناءً على ذلك فإن الأصل أن أحكام الإقطاع هي أحكام الهبة من كونه عقد تمليك، فالهبة عند الجمهور تلزم بالقبض في المكيل والموزون وغيرها، ويثبت الملك فيها للموهوب بقبضها، وقبضها يكون بالتخلية بين المتعاقد وما وهب له إذا كان عقاراً، ونفي أي حائل يمنع من القبض.

كما إن الفقه الإسلامي لا يجيز الرجوع في الهبة، لدخوله في عموم قولهﷺ: «العائد في الهبة كالكلب، يقيء، ثم يعود في قيئه»(٨٩)، وأنه إذا رجع الواهب بعد القبض لم ينفعه رجوعه(٩٠).

إلا أن هذه الأحكام لم تطبق على هذا الحديث للأسباب التالية:

أولاً: أن العقد فسخ مع أنه عقد تمليك لازم لطرفيه.

ثانياً: أن الإدارة ممثلة في عمر، عادت في هبتها لبلال بن الحارث، رضي الله عنهما،

(٨٨) د. ماجد الحلو -العقود الإدارية والتحكيم- مرجع سابق -ص٣٩.
(٨٩) رواه البخاري (٣٠٠٣) وأبـو داود (٣٥٣٨) عن عمر بن الخطاب، كذا رواه البخـاري (٢٦٢١) (٢٥٨٩) (٦٩٧٥) ومسلم (١٦٢٢) عن عبد الله بن عباس.
(٩٠) انظر حول هذه الأحكام: المغني لابن قدامة ٨/ ٢٣٩ و٢٤٦ و٢٤٤ و٢٤٧ و٢٤٢.

مع أن العود في الهبة لا يجوز في الفقه الإسلامي.

ثالثاً: فسخ العقد المبرم بين الإدارة ممثلة في عمر وبلال بن الحارث، رضي الله عنهما، من قبل الإدارة، رتب آثاره برجوعها إلى الإدارة، مع أن الرجوع في عقد الهبة ليس له ثمرة أو فائدة من حيث رجوعها إلى الواهب، وهذا الفسخ الذي مارسته الإدارة ممثلة في عمر رضي الله عنه، ليس للأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أن يقوموا به، وليس لهم أيضاً أن يضمنوه في عقودهم الخاصة، وفي حالة وضعه شرطاً في عقد الهبة يكون شرطًا غير صحيح لمخالفته لأحكام الفقه الإسلامي.

كما إن الإدارة ممثلة في عمر، لما فسخت العقد المبرم مع بلال بن الحارث، رضي الله عنهما، إعمالاً للمصلحة العامة فقد أظهرت من خلال ذلك امتيازات السلطة العامة.

فالإدارة ممثلة في عمر، مارست مع بلال بن الحارث، رضي الله عنهما امتيازات السلطة العامة، بقول عمر رضي الله عنه لبلال بن الحارث، رضي الله عنهما: «إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه على الناس، إنما أقطعك لتعمر، فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي» فعمر، رضي الله عنه، غلَّبَ المصلحة العامة التي تستهدفها الإدارة على مصلحة المتعاقد الخاصة، وأظهر إعمال الإدارة لسلطتها العامة، والفقه الإسلامي صرح بهذه السلطة التي للإدارة في هذا العقد.

ولعل أوضح من تحدث بخصوص هذا العقد هو العالم منصور بن يونس البهوتي في كتابه (كشاف القناع عن متن الإقناع)، ولأهمية هذا النص في تأصيل العقد الإداري سوف أورده بنصه، قال يرحمه الله: «فصل في الإقطاع. وقد قسمه الأصحاب إلى ثلاثة أقسام؛ إقطاع تمليك، واستغلال، وإرفاق... (وللإمام إقطاع الموات لمن يحييه)، لأنه (أقطع بلال بن الحارث العقيق...). (و لا يملكه) أي الموات (بالإقطاع)، لأنه لو ملكه ما جاز استرجاعه... (فإن

أقطع) الإمام أحداً (أكثر منه) أي مما يقدر على إحيائه (ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه) الإمام منه، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه أيام الرسول ﷺ. (وله) أي للإمام (إقطاع غير موات، تمليكاً وانتفاعاً للمصلح)». . . (والظاهر أن مرادهم بالمصلحة) أي الأصحاب (بالمصلحة) التي يجوز الإقطاع لأجلها (ابتداءً ودواماً، فلو كان ابتداؤه) أي الإقطاع (لمصلحة، ثم في أثناء الحال فقدت) المصلحة (فللإمام استرجاعها) أي الأرض التي أقطعها، لأن الحكم يدور مع علته. . . (ما لم يعد الإمام فيه) أي في إقطاعه؛ لأنه كما إن له اجتهاداً في الإقطاع فإن له اجتهاداً في استرجاعه»(٩١) انتهى كلامه يرحمه الله.

فكلام البهوتي دل على أن جهة الإدارة الممثلة في الإمام لها الصلاحية في فسخ العقد، بناء على عدم قيام المتعاقد بخدمة المرفق العام الذي من أجله تم الإقطاع، وبناء على أن عقد الإقطاع له خصائص مختلفة عن الخصائص التي لعقد الهبة، مع أنه في الأصل يدخل في عقد الهبة.

قال الشيخ محمد بن إبراهيم مفتي المملكة العربية السعودية سابقاً: «إذا كان الإقطاع تم من ولي الأمر لغرض معين، ولم يتحقق ذلك الغرض، فإن لولي الأمر الرجوع في إقطاعه»(٩٢).

فهذا العقد ما هو إلا صورة من صور العقد الإداري من حيث توافر أركان العقد الإداري المعروفة في القانون الإداري.

ثانياً: عقود الخراج (عقد بوت BOT)(٩٣)

قال أبو عبيد في (الأموال)(٩٤): «لما افتتح المسلمون السواد قالوا لعمر رضي الله

---

(٩١) كشاف القناع ٤/١٩٥و١٩٦.
(٩٢)فتاوى محمد بن إبراهيم ٨ /٣١٦.
(٩٣) انظر: ماسبق في تعريف عقد البوت.
(٩٤) الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام -١ /١٤٨.

عنه: اقسمه بيننا، فإنا افتتحناه عنوة، قال: فأبى، وقال: فما لمن جاء بعدكم من المسلمين؟وأخاف إن قسمته أن تفاسدوا بينكم في المياه، قال: فأقرَّ أهل السواد في أراضيهم، وضرب على رؤوسهم الجزية، وعلى أرضيهم الطسق(٩٥)، ولم يقسم بينهم».

وأورد أبو عبيد أثراً آخر، قال إن: «عمر أراد أن يقسم السواد، فأمر أن يحصر، فوجد الرجل يصيبه ثلاثة من الفلاحين، فشاور في ذلك فقال له علي بن أبي طالب: دعهم يكونوا مادة للمسلمين، فتركهم وبعث إليهم عثمان بن حنيف، فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر»(٩٦).

فبعد أن فتح المسلمون أرض السواد بالعراق رأى عمر أن هذه الأرض صارت ملكاً للدولة الإسلامية، ولم يقم بتوزيع الأرض على الفاتحين، كما أرادوا ذلك منه، وعارضه عدد من الصحابة رضوان الله عليهم في عدم توزيعها فقالوا: «أتقف ما أفاء الله علينا بأسيافنا على قوم لم يحضروا»؟ قال عمر: «وكيف بمن يأتي من المسلمين، فيجدون في الأرض علوجها»؟ وبعد المشاورة رأى عمر رضي الله عنه أن هذه الأرض تعتبر ملكاً للدولة، وتعاقد مع أهلها على أن يعملوا فيها مقابل مال تعطاه الدولة الإسلامية.

وجه الاستدلال:

هذا العقد الذي أبرمه عمر رضي الله عنه مع أهلها يقابل عقد البوت الذي سبق بيانه، لتوافر أركان العقد الإداري فيه:

الأول: العقد أُبْرِمَ بين عمر رضي الله عنه، مع أهل الأرض بصفته إماماً للمسلمين

(٩٥) أي من الأموال.
(٩٦) الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام١/١٥٣ والأموال لابن زنجويه ١/١٤٩ و١/٢٠٨ وانظر: مكارم الأخلاق للخرائطي ٢/٤٥٦.

وليس بصفته الشخصية، فالعقد طرفه جهة إدارية، فوجد الركن الأول.

الثاني: محل العقد مرفق عام، فإن الأرض أرض زراعية وتمثل مورداً مهماً بالنسبة لرعايا الدولة الإسلامية، فالمتعاقدون مع الجهة الإدارية سوف يقومون ببيع منتجات الأرض الزراعية للمنتفعين من المرفق العام، وبالتالي توافر الركن الثاني أن يكون محله مرفقًا عامًا.

الثالث: في عدم اشتراط عمر، رضي الله عنه، مدة معينة يجعل هذا الشرط غير مألوف في العقود، وهذا ما جعل العلماء يختلفون في وصف هذا العقد. فقد ذكر ابن عقيل أن لهذا العقد طبيعة خاصة سماها «عقد على المصلحة» قال ابن رجب في كتابه «الاستخراج في أحكام الخراج» عند حديثه عن معنى الخراج، وهل هو أجرة أو ثمن أو جزية؟ «... وقال ابن عقيل في (عمدة الأدلة): الخراج لا يتحقق أجرة، بل عقد على المصلحة والنظر للإسلام، ولذلك زاد عمر رضي الله عنه عليه، ولا يملك المؤجر الزيادة بغير رضاء المستأجر بالإجماع، فعلم أنه لم يخرج مخرج عقود الإجارات..»(٩٧).

وابن عقيل يذكر أنه ليس عقد إجارة؛ لأن من العلماء من رأى أنه عقد إجارة لم يؤقت للمصلحة، مع أن عقد الإجارة الأصل أن يكون مؤقتاً، فالمشهور عند مالك والشافعي أن هذه المخارجة تجري مجرى المؤاجرة، وإنما لم يؤقته لعموم المصلحة(٩٨)، قال ابن رجب: «... ومنهم من أجاب بأن عمر رضي الله عنه، إنما لم يقدر المدة لما في ذلك من عموم المصلحة، فاغتفر في هذا العقد، قاله القاضي وغيره»(٩٩).

(٩٧) ص ٤٠.
(٩٨) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/ ٦٠.
(٩٩) الاستخراج في أحكام الخراج ص٤٠.

المطلب الثالث
تأصيل العقد الإداري من أقوال الفقهاء

سوف أذكر، إن شاء الله، تأصيل العقد الإداري من أقوال الفقهاء رحمهم الله تعالى، وهذا التأصيل نجده فيما ذكره العالمان الجليلان: الماوردي وأبو يعلى في كتابهما الذي خصصاه لمباحث السياسية الشرعية.

فقد ذكرا اصطلاحاً يصلح أن يكون أصلاً للعقود الإدارية، ألا وهو اصطلاح «العقود العامة»(١٠٠) و«العقود الخاصة».

فقال الماوردي وأبو يعلى(١٠١): «. . . ولا يكون النظر في المدّة المقيّدة لازماً من جهة المولي، وله صرفه، والاستبدال به إذا رأى ذلك صلاحاً.

فأمّا لزومه من جهة العامل المولى فمعتبر بحال جاريه عليها؛ فإن كان الجاري معلوماً بما تصحّ به الأجور، لزمه العمل في المدّة إلى انقضائها؛ لأنّ العمالة فيها تصير من الإجارات المحضة، ويؤخذ العامل فيها بالعمل إلى انقضائها إجباراً.

والفرق بينهما في تخيير المولي ولزومها(١٠٢) للمولى أنها في جنب المولي من العقود العامة، لنيابته فيها عن الكافة، فروعي الأصلح في التخيير، وهي في جنب المولى من العقود الخاصة، لعقده لها في حق نفسه، فيجري عليها حكم اللزوم(١٠٣)...»

فالعقد العام، في مفهوم العالمين له من الخصائص التي تميزه عن العقد الخاص، ومرجع هذا الاختلاف إلى المصلحة العامة التي لا يقوم بها في كل الأحوال إلا الدولة، أي الجهة الإدارية.

---

(١٠٠) انظر: د.نذير بن محمد الطيب أوهاب – نظرية العقود الإدارية في الفقه الإسلامي والقانون– ص٤٧.
(١٠١) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ـ ص٣٥٠ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ـ ص٢٤٨.
(١٠٢) عبارة أبي يعلى: ((وإجبار)).
(١٠٣) عبارة أبي يعلى: ((في الإجبار)).

فالعقد العام الذي ذكره العالمان عقد إداري، يقابل عقد التوظيف في القانون الإداري الذي هو اتفاق بين الجهة الإدارية وأحد الأفراد معها، بالقيام بالعمل في أحد المرافق العامة التابعة للدولة مقابل مبلغ مالي، بشرط توافر أركان العقد الإداري(١٠٥) ذلك أن في قوله: «أنها في جنب المولي من العقود العامة، لنيابته فيها عن الكافة»، أي إن المولي يتعاقد باعتباره نائباً عن العامة؛ أي إنه لا يتعاقد بصفته الشخصية، بل يتعاقد باعتباره الجهة الإدارية التي تهدف إلى مصلحة عامة، فالعقد طرفه الجهة الإدارية.

ولما كان هذا العقد بين الجهة الإدارية والمتعاقد يهدف إلى مصلحة عامة، فالغالب أن يكون محله مرفقًا عامًا يتعلق بمصلحة عامة.

وقوله: «ولا يكون النظر في المدّة المقيّدة لازماً من جهة المولي، وله صرفه، والاستبدال به إذا رأى ذلك صلاحاً»، احتوى هذا العقد على شرط استثنائي وغير مألوف وهو إنهاء العقد من جانب الإدارة.

فمفهوم العقد الإداري عُرِفَ في الفقه الإسلامي وليس شيئاً جديداً عليه، وهذا مما يجعل هذا الاصطلاح أي اصطلاح العقد العام أصلاً للعقد الإداري في القانون الإداري.

ومما يدل أيضاً على أن الفقه الإسلامي يميز بين العقد الإداري والعقد الخاص ما أورده السيوطي من مثال على جواز تصرف الإدارة بإرادتها المنفردة في فسخ عقد الوظيفة العامة والذي يعتبر عقداً إدارياً، فالإدارة لها أن تفسخ العقد مع الموظفين للمصلحة العامة، كما هو مقرر في القانون الإداري.

فقال السيوطي(١٠٦): «القاعدة الخامسة: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة

(١٠٥) انظر: د. سليمان الطماوي – المرجع السابق– ص١٧٠ود. أنس جعفر– مرجع سابق– ص٥١.
(١٠٦) انظر: السيوطي – مرجع سابق – ص٨٣.

. . . . ومن فروع ذلك . . . . إذا أراد -أي الإمام- إسقاط بعض الجند من الديوان بسببٍ جاز . . . » .

فهذا المثال الذي ذكره الإمام السيوطي يعطينا حقيقة تمييز الفقه الإسلامي للعقد الإداري عن العقد الخاص، فمن المستقر عليه في الفقه الإسلامي أن من استأجر أحداً فعليه أن يلتزم معه بالعقد الذي أبْرمَه، وليس له فسخه في أثناء سريانه كأصل عام .

أما في العقد الذي بين الدولة والأفراد فإن هذه القاعدة لا تُعمل إذا كانت المصلحة تقتضي إسقاط بعض الأفراد المتعاقد معهم .

المطلب الرابع
الرأي في التمييز بين العقد الإداري وعقد الإدارة الخاصة في الفقه الإسلامي

بعد أن استعرضت مشروعية العقد الإداري وتأصيله من الفقه الإسلامي، سأذكر- إن شاء الله-الرأي في التمييز بين العقد الإداري وعقد الإدارة الخاصة في الفقه الإسلامي والذي تأخذ به القوانين المعاصرة .

إن غرض النظم المعاصرة من التمييز بين العقد الإداري وعقد الإدارة أمران هما :

الأول : تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد، وذلك في الدول الآخذة بنظام ازدواج القضاء، ففي هذه الدول يختص القضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية، أما عقد الإدارة الخاص فالذي يختص بنظر المنازعات الناشئة عنه القضاء العام .

الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، فالعقد الإداري تطبق عليه قواعد القانون الإداري، أما عقد الإدارة الخاص فتطبق عليه قواعد القانون الخاص .

وهذان الغرضان هما الغاية في التمييز بين العقد الإداري وعقود الإدارة الخاصة، فعند انعدام أحدهما فإنه لا تكون هناك حاجة للتمييز.

وسيكون الحديث في هذا المطلب عن الاختصاص القضائي، وعن القواعد المطبقة على دعوى العقد الإداري، حتى يتضح الرأي في التمييز بين العقد الإداري وعقد الإدارة الخاصة في الفقه الإسلامي.

أولاً: من حيث الاختصاص القضائي:

ولي الأمر في الفقه الإسلامي له صلاحية واسعة في تنظيم مرفق القضاء من باب السياسة العامة والنظر في الأصلح لعموم الناس، وهذا الأمر ليس ثابتاً في كل الأزمنة، بل يختلف من عصر إلى عصر، فما كان صالحاً في وقت قد لا يصلح لوقت آخر.

فالفقه الإسلامي أعطى ولي الأمر الصلاحية الكاملة في إدارة الحكم، وله سلطته التقديرية في ذلك، «لأن سلطة ولي الأمر في الإسلام واسعة وتقديرية في كثير من الحالات»(١٠٧) بشرط أن تقيد هذه السلطة بالمصلحة العامة.

وعلى هذا فإن لولي الأمر إذا رأى أن من مصلحة الناس أن يكون هناك جهتان قضائيتان: قضاء عام وقضاء إداري يعهد إليه نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ويعهد إلى القضاء العام نظر المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة الخاصة، فهذا أمر لا تثريب فيه، وهو جائز في الفقه الإسلامي.

ثانياً: من حيث القواعد المطبقة على الدعوى

القضاء في الفقه الإسلامي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية على سائر المنازعات الناشئة عن الخصومات، فأي حكم صدر بالمخالفة لهذه القاعدة فهو باطل.

(١٠٧) د. فتحي الدريني- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده- ص١٠٦.

إلا أنه من خلال تتبع النصوص القرآنية، والأحاديث النبوية، وعمل الخلفاء الراشدين وأقوال الفقهاء -كما سبق بيانه- نجد أن أحكام الفقه الإسلامي فرَقت بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وراعت وغلَّبت جانب المصلحة العامة على جانب المصلحة الخاصة، استناداً إلى القاعدة الفقهية: أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة(١٠٨)؛ لأن المصلحة العامة هي الهدف الوحيد الذي تقوم به الإدارة وتسعى إلى تحقيقه، فالقاعدة الفقهية نصت على أن: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»(١٠٩).

ويترتب على ذلك أن الإمام أو الجهة الإدارية إذا لم يكن الهدف من تصرفهما هو المصلحة العامة فإن التصرف يرد لعدم وجود مصلحة، وهذه المصلحة« تمثل . . الحدود التي يجب أن تقف عندها السلطة في ممارسة سلطاتها واختصاصاتها فيما لا نص فيه، فأي تجاوز عن تلك القيود والحدود انحرافاً في استخدامها يجب إصلاحه وتقويمه فوراً»(١١٠).

أما إذا كانت تصرفات الإمام أو الجهة الإدارية متوافقة مع المصلحة العامة فإنها لازمة يجب التقيد بها والعمل بموجبها(١١١)، لأن المصلحة العامة كما نصت عليها القاعدة الفقهية: «مقدمة على المصلحة الخاصة» (١١٢).

وبناءً على هذا فإن القاضي يراعي عند نظره للمنازعة ذلك، فإذا صار العقد إداريًا طبق عليه القواعد التي يرى أن فيها تغليباً للمصلحة العامة، فإذا وجد نصاً التزم به، أما إذا لم يجد نصاً اجتهد بما يحقق المصلحة العامة، أما إذا كان العقد عقداً من عقود الإدارة الخاصة،

(١٠٨) الموافقات للشاطبي-٢/ ٣٥٠ و٣٧٦.
(١٠٩) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢١والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢٣.
(١١٠) د. فؤاد بن محمد النادي-مبادئ نظام الحكم في الإسلام-ص١٦٧.
(١١١) الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٣٠٩.
(١١٢) الشاطبي- الموافقات- ٢/ ٣٥٠ و٣٧٦.

فإنه يطبق عليها القواعد التي تطبق على منازعات عقود الأفراد والأشخاص الخاصين.

وهنا تبرز أهمية أن يفرق القاضي عند نظره لمنازعة عَقْدية طرفها الجهة الإدارية بين العقد الإداري وعقد الإدارة الخاصة، «فنفاذ عمل الراعي على الرعية ولزومه عليهم شاؤوا أم أَبَوْا متعلقٌ ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفاته؛ دينية كانت أو دنيوية، فإن تضمن منفعة ما وجب عليهم تنفيذه، وإلا رد لأن الراعي ناظر، وتصرفه حينئذ متردد بين الضرر والعبث، وكلاهما ليس من النظر في شيء»(١١٣).

فقد ثبت بالأدلة القاطعة أن الشريعة الإسلامية وضعت لتحقيق مصالح العباد، ولهذا فإن جميع الأعمال تكون صحيحة أو باطلة على حسب تضمنها المصلحة العامة للمسلمين أو عدمها»(١١٤)، «نظارة الحكومة وولايتها على عموم من يتبعها، لما كانت عامة فتصرفها المشروع بما يتعلق بأمر العموم يلزم أن يكون منوطاً عوده عليهم بالمصلحة، أي برعاية مصالحهم، فإن لم يكن عائداً عليهم بالمصلحة كان غير مشروع»(١١٥).

قال القرافي في هذا الخصوص: «اعلم أن كل من ولي الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة، لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ**﴾(١١٦) ولقوله عليه السلام: «من ولي من أمر المسلمين شيئاً، فلم يحط من وراءهم بالنصيحة أكبه الله في جهنم على وجهه»(١١٧)، فيكون الأئمة والولاة معزولين عن المفسدة الراجحة بضده... ومقتضى هذه أن يكون الجميع معزولين عن المفسدة الراجحة والمصلحة الراجحة والمساوية وما لا مفسدة فيه ولا

(١١٣) الزرقا -القواعد الفقهية-ص٢٤٧.
(١١٤) الشاطبي -الموافقات- ٢/٣٨٥.
(١١٥) محمد سعيد الراوي -شرح مجلة الأحكام - ١/٩٩.
(١١٦) الأنعام، الآية: ١٥٢.
(١١٧) الترغيب والترهيب للمنذري (١٩٢/٣) عن أنس ومجمع الزوائد (٢١٦/٥) وضعيف الجامع (٦١٤٤) بلفظ مقارب عن عبد الله بن مغفل.

مصلحة . . . »(١١٨)، وقال في موضع آخر: « . . . وإنما يجب عليه -أي ولي الأمر- بذل الجهد فيما هو أصلح للمسلمين، فإذا فكر واستوعب فكره وجوه المصالح، ووجد بعد ذلك مصلحة هي أرجح للمسلمين وجب عليه فعلها وتحتمت، ويأثم بتركها»(١١٩)، فالسلطة التقديرية لولي الأمر في اختيار أمر من الأمور يدخل في باب «الاجتهاد الاستصلاحي»(١٢٠) الذي هو وضع الأحكام الشرعية للوقائع الحادثة مما ليس في الكتاب والسنة بالرأي المبني على قاعدة الاستصلاح(١٢١).

ويجب ألا يفهم الحديث أن المقصود بتغليب المصلحة العامة مراعاة الإدارة على المتعاقد معها مطلقاً، بل إن القاضي ينظر إلى العقد مجرداً عن الإدارة دون أي ميول للإدارة، فينظر في مدى تحقيق الإدارة للمصلحة العامة، وفي حديث استعارة النبي ﷺ الأسلحة من صفوان بن أمية-السابق بيانه- دليلٌ كاف على منع التعسف في استعمال الإدارة لحقها.

فالقاضي له منع الإدارة من التعسف إذا رأى أنها تعسفت في استغلال سلطتها، فضلاً على أن له مراقبة تصرفات الإدارة قبل إبرام العقد وأثناءه وبعده، من حيث كونها -أي الإدارة- مستندة في تصرفاتها على المصلحة العامة، «وإذا لم يكن فقهاء المسلمين قد وضعوا نظرية عامة للانحراف في استعمال السلطة كما هو الحال في الفقه الوضعي المعاصر إلا أن ما قرره فقهاء الشريعة وعلماء الأصول من قواعد كلية، ومن كونها تستهدف العدل والحق، وتقوم على مصالح العباد، فإن ذلك يترتب عليه أن أي عمل من الأعمال لا يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة لجماعة المسلمين فإن هذا العمل يعتبر انحرافاً في استعمال السلطة،

(١١٨) الفروق ٤/٣٩.
(١١٩) المرجع السابق٣/١٦.
(١٢٠) قسم الدكتور محمد سلام مدكور الاجتهاد إلى ثلاثة أقسام أ-الاجتهاد البياني، ب-الاجتهاد القياسي، ج-الاجتهاد الاستصلاحي. انظر: مناهج الاجتهاد في الإسلام ٢/٣٩٥-٤٠٩.
(١٢١) المرجع السابق.

فأحكام الإسلام جميعا تقوم على ضرورة تحقيق مقاصد الشريعة، وهو الأمر الذي يوجب على كافة السلطات العامة في الدولة الإسلامية السعي إلى تحقيق هذه الغاية»(١٢٢).

وبناءً على ما سبق من أن الفقه الإسلامي لا يرى مانعاً من تحديد قضاء مختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد الإداري، كما إنه لا يرى مانعاً من أن القاضي المسلم عند نظره لمنازعة عَقْدية الإدارة طرف فيها مارست فيها سلطتها وغلبت المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد معها فإنه يراعي تطبيق قواعد وأحكاماً فقهية على المنازعة تختلف عن تلك القواعد والأحكام الفقهية التي يطبقها على العقد الذي لم تمارس الإدارة فيه هذه السلطة والمصلحة ونزلت منزل الأفراد في تعاقدها.

وبالتالي فإن تحديد قضاء مختص بمنازعات العقود الإدارية تحكم منازعاته بأحكام وقواعد خاصة يُغلَّب فيها جانب المصلحة العامة وتختلف عن القواعد والأحكام التي تحكم منازعات عقود الإدارة الخاصة – أمر جائز ومشروع في الفقه الإسلامي.

وبالله التوفيق، والله أعلم وأحكم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

(١٢٢) د. فؤاد محمد النادي –المرجع السابق– ص١٥٨.