

عقد المعاولة

الإنشاء والتعمير (كقيمته - تكييفه - صورته)



أ. د. محمد جبر الألفي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الدورة الرابعة عشرة

عقد المقاوله: الإنشاء والتعمير

حقيقته - تكييفه - صورته

إعداد

الأستاذ الدكتور

محمد جبر الأنفي

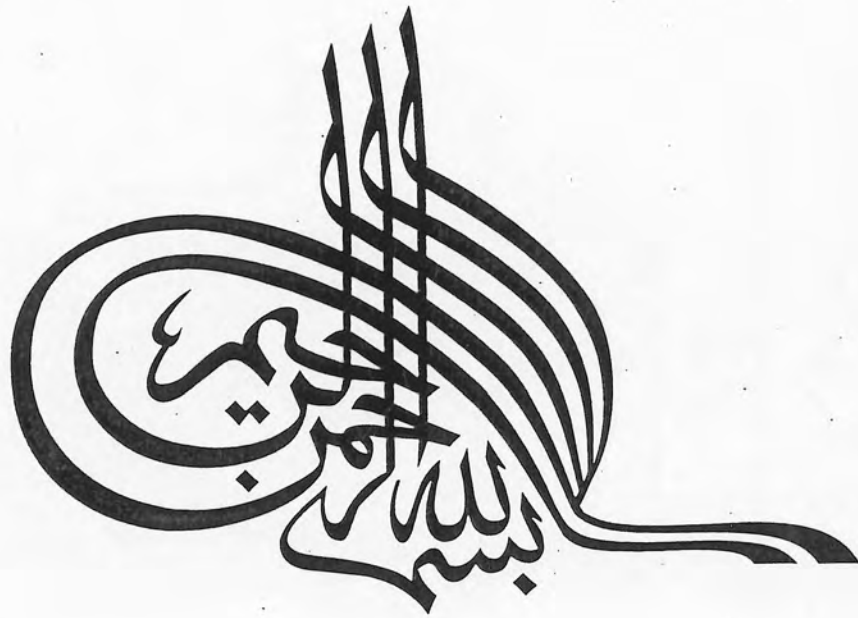
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء - قسم الفقه المقارن

الرياض

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م

م. ب. ١٣٧١٩ الرمز البريدي ٢١٢٠٤ - ك. خ. م. : ١١٠٩٣٢٦ / ١١٦٧١١٤ / ١١٧٢١٨٨
F.O. Box: 13719 Code Zone 21414 ١١٧-٨٧٢ Tel. 646 9329/647 1661/647 2211



ملخص البحث

عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير

حقيقته - تكييفه - صورته

يحاول هذا البحث الإجابة عن بعض التساؤلات التي أفرزها التطبيق العملي لمقاولات الإنشاء والتعمير ، كما أعدتها الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي. فيبدأ بتعريف عقد المقاولة في النظم التجارية ، وتكييفه الشرعي إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد ، أو العمل وحده ثم يأتي بيان الحكم الشرعي لإبرام المقاولة - مباشرة - بين المستفيد والمقاول ، أو بين المقاول الأصلي ومقاول من الباطن ، أو توسط مؤسسة مالية بين المستفيد والمقاول (الاستصناع الموازي). ويتواصل البحث لبيان حكم تحديد البذل في المقاولة: إذا حدد بمبلغ إجمالي ، أو حدد بالتكلفة ونسبة ربح ، أو حدد على أساس وحدة قياسية . ويتطرق البحث إلى حكم النفقات الإضافية التي يتكبدها المقاول بعد إبرام العقد ، وإلى حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ محددة ، وإلى حكم الشرط الجزائي أو اشتراط البراءة من العيوب.

وأخيراً يلقي البحث الضوء على تحديد الضمان في مقاولات الإنشاء والتعمير بمدة معينة يبرأ المقاول بعدها.

مشروع قرار:

- ١- المقاولة: عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً أو يصنع شيئاً للطرف الآخر ، مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه.
 - أ- إذا قدم المقاول العمل والمواد ، يكون العقد استصناعاً.
 - ب- وإذا قدم العمل فقط ، يكون أجيراً مشتركاً.
- ٢- يعتبر عقد المقاولة مشروعاً: إذا عقد مباشرة بين المقاول والمستفيد ، أو بين المقاول الأصلي ومقاول من الباطن ، أو بين المستفيد ومؤسسة مالية تتعهد بإقامة المنشآت طبقاً للمواصفات والشروط المنصوص عليها في العقد (الاستصناع الموازي).
- ٣- يجوز تحديد البذل في المقاولة بمبلغ إجمالي ، أو بالتكلفة ونسبة ربح ، أو على أساس وحدة قياسية ، متى انتفت الجهالة الفاحشة.
- ٤- إذا تكبد المقاول نفقات إضافية دون إعلام المستفيد يعتبر متبرعاً.
- ٥- يجوز تضمين عقد المقاولة شرطاً جزائياً.
- ٦- لا يجوز اشتراط البراءة من العيوب في مقاولات الإنشاء والتعمير .
- ٧- يجوز تحديد مدة معينة لضمان العيوب في المقاولة ، يبرأ المقاول بعدها.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وبه نستعين ، والصلاة والسلام على نبينا الأمين ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه والتابعين ، ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين .
أما بعد:

فهذا بحث يتناول بعض أحكام المقاولة ، أعدته تلبية لرغبة كريمة من الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي ، للمشاركة به في الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر المجمع ، التي تتعقد في مدينة الدوحة بدولة قطر . وسوف تتبع خطة البحث عناصر الموضوع ، كما حددتها أمانة المجمع ، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة في النظم التجارية.

المطلب الثاني: تكييف عقد المقاولة في الفقه بحسب التزام المقاول.

الفرع الأول: تقديم المقاول العمل والمواد (الاستصناع) .

الفرع الثاني: تقديم المقاول العمل فقط (الإجارة على العمل) .

المطلب الثالث: صور إبرام عقد المقاولة:

الفرع الأول: عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد .

الفرع الثاني: عقد المقاولة من الباطن .

الفرع الثالث: عقد المقاولة مع تخلل مؤسسة مالية (عقد الاستصناع

الموازي) .

المطلب الرابع: صور تحديد الثمن في المقاولة:

الفرع الأول: تحديد الثمن بمبلغ إجمالي ، وهي الصورة النمطية .

الفرع الثاني: تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح ، حكم هذه الصور .

الفرع الثالث: تحديد الثمن على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع ، متر

مسطح ...) .

المطلب الخامس: أحكام متفرقة:

الفرع الأول: حكم الإضافات والتعديلات.

الفرع الثاني: حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز بدلاً من تواريخ محددة.

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي (مع الإحالة إلى قرار المجمع في الدورة الثانية عشرة).

الفرع الرابع: حكم البراءة من العيوب في المقولة.

الفرع الخامس: حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة ، والبراءة بعدها.

والله نسأل أن يلهمنا التوفيق والسداد ، إنه نعم المولى ونعم النصير.

أ.د. محمد جبر الألفي

رجب ١٤٢٣هـ

سبتمبر ٢٠٠٢م

المطلب الأول

تعريف عقد المقاولة في انظم التجارة

تهديد:

كلمة (مقاولة) ترجمة عربية للمصطلح الفرنسي (ENTREPRISE) الذي له عدة معانٍ، منها: مشروع، منشأة، مؤسسة^(١). وقد اعتمد مجمع اللغة العربية في مصر مصطلح (مقاولة) ووضع له التعريف الآتي: "اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة"^(٢)

وعقد المقاولة لم يكن معروفاً في القوانين القديمة، كالقانون الروماني والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ والقانون المدني المصري القديم، فكانت أعمال المقاولات تدرج تحت عقد إجازة الأشخاص، حتى جاء القانون المدني المصري الجديد لسنة ١٩٤٨ ففصل عقد المقاولة عن عقدين آخرين هما: عقد الإيجار، وعقد العمل، وتأثرت القوانين العربية بهذه التسمية، فالقانون المدني السوري والليبي والأردني والكويتي وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة تستعمل اصطلاح (عقد المقاولة) وكذلك القانون المدني العراقي مع تعديل التسمية إلى (عقد المقاولة والاستصناع). أما القوانين المدنية التي تأثرت بالقانون الفرنسي، فلم تستعمل كلمة (مقاولة)، نرى ذلك في المادة ٨٢٨ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية (الإجازة على الصنع)، وفي المادة ٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني (إجازة الصناعة)، رغم أن مجلة الأحكام العدلية أطلقت على الاستصناع لفظ (مقاولة)^(٣).

(١) يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية د.ت، ص ٣٩٩.

(٢) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، بإشراف مجمع اللغة العربية، القاهرة: ١٩٥٧، ٧٧٣/٢.

(٣) المادة (١٢٤) من مجلة الأحكام العدلية: (الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشئ مصنوع).

تعريف عقد المقاولة:

استمدت النظم التجارية تعريفها لعقد المقاولة من القانون المدني ، ثم أضافت إليه بعض القيود التي برزت في العمل التجاري.

والتعريف الذي تعتمد عليه أكثر القوانين المدنية هو ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (٦٤٦) : (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)^(١) . وبنحو ذلك جاء تعريف عقد المقاولة في القوانين المدنية للدول العربية ؛ ففي مجلة الالتزامات والعقود التونسية جاء تعريف الإجارة على الصنع هكذا: (عقد اصطناع شيء معين بالوصف المنضبط في مقابلة أجر معين أيضاً)^(٢) . وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني عرفت إجارة الصناعة بأنها: (عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل)^(٣) . ويبدو أن القانون المدني الأردني فضل استخدام كلمة (بدل) عن كلمة (أجر) الواردة في النص المصري ، فعرف المقاولة بأنها: (عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)^(٤) . وبنفس هذه الألفاظ جاء تعريف عقد المقاولة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة^(٥) .

وقد اختار مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي أعدته جامعة الدول العربية تعريفاً مقارباً حين نص في مادته (٧٣١) على أن: (المقاولة عقد يلتزم أحد المتعاقدين بمقتضاه بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر) .

وقد أدى التطبيق العملي لعقد المقاولة إلى إضافة بعض القيود إلى هذا التعريف لتمييز عقد المقاولة عن عقد العمل ، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية (سنة ١٩٦٨ م)

(١) المادة (٦١٢) مدني سوري والمادة (٦٤٥) مدني ليبي والمادة (٦٨٤) مدني عراقي .

(٢) المادة (٨٢٨) .

(٣) المادة (٦٢٤) .

(٤) المادة (٧٨٠) .

(٥) المادة (٨٧٢) .

ورد ما يلي: (في عقد المقاولة ، يتعهد شخص "المقاول" ، مقابل أجر ، بأن يؤدي عملاً ، بطريقة مستقلة ، لصالح شخص آخر "رب العمل" من غير أن يكون نائباً عنه) .^(١) وقد أخذ بعض شراح القانون بهذا التعريف وصاغه هكذا: عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر ، دون أن يخضع لإرادته وإشرافه).^(٢) وهو التعريف الذي تبناه القانون المدني الكويتي في المادة (٦٦١) التي تنص على أن عقد المقاولة: (عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه).

متى تعتبر المقاولة مدنية. ومتى تكون تجارية؟

لا يختلف تعريف عقد المقاولة في النظم التجارية عنه في النظم المدنية ، ولكن النظم التجارية تعتبر المقاولة عملاً تجارياً إذا قام بها شخص طبيعي أو معنوي قد اكتسب صفة (التاجر) ، وهذه الصفة تختلف باختلاف النظم ؛ ففي النظام السعودي - مثلاً - لا تعتبر جميع صور مقاولات إنشاء المباني ونحوها أعمالاً تجارية ، ولا يكتسب منها هذا الوصف إلا ما كان فيه المقاول ملتزماً بتوريد المؤن والأدوات اللازمة للعمل.^(٣) وعلى العكس من ذلك: يتفق القانون المصري والقانون الفرنسي على اعتبار المقاولة عملاً تجارياً ولو اقتصر المقاول على تقديم الأيدي العاملة ، أما إذا اقتصر دور المقاول على الإدارة والإشراف فلا يكتسب عمله الصفة التجارية ويظل خاضعاً لأحكام القانون المدني.^(٤) وتبدو أهمية وصف المقاولة بأنها عمل مدني أو تجاري في تحديد جهة الاختصاص القضائي ، وفيما يتعلق بقواعد الإثبات.

(١) محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة المدنية الأولى ، ١٩/٢/١٩٦٨م ، منشور في (B.I, n 69- D., 68. 393).

(٢) محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة: ١٩٦٣م ، ص ١١ .

(٣) نظام المحكمة التجارية السعودي ، المادة ٢/د.

(٤) محمود مختار بربري ، قانون المعاملات التجارية السعودي ، مطبوعات معهد الإدارة العامة:

١٤٠١ ، ج ١ ص ٤٠-٤٦ . محمد حسن الجبر ، القانون التجاري السعودي ، الطبعة الرابعة:

١٤١٧هـ/١٩٩٦م ، ص ٨٣ .

عقد مقاوله الإنشاء والتعمير:

لم تضع النظم القانونية ولا شراح القانون تعريفاً مستقلاً لعقد مقاوله الإنشاء والتعمير ، إلا ما أورده البعض من أنه: (عقد يتعهد بموجبه مقاول أو مهندس معماري ، بأن يبني لآخر لقاء أجر ، بناء أو منشآت ثابتة أخرى).^(١) ومعلوم أن مقاولات إنشاء المباني ونحوها تشمل جميع المقاولات التي تعدل من حالة العقارات كالهدم والترميم ومقاولات إنشاء الطرق والجسور وحفر القنوات والمصارف ومد خطوط السكك الحديدية ومد أنابيب المياه وأسلاك التليفون والكهرباء وفتح الأنفاق وحفر الآبار وما شابه ذلك.^(٢) وتحترم المحاكم الدولية ومحاكم كثير من الدول في أوروبا وأمريكا إصدارات الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC).^(٣) التي تضع الشروط النموذجية لعقود مقاولات الإنشاء والتعمير ، للمحافظة على مستوى عال من الأداء في ممارسة مهمتهم ، ومن أشهر هذه الإصدارات: الإصدار الرابع لسنة ١٩٨٧م.^(٤)

- (١) محمد عبدالرحيم عنبر ، عقد المقاوله ، مصر: ١٩٧٧م ، ص ٥٤. وقارن: مالوري وإينيس ، القانون المدني - العقود الخاصة ، طبعة (CUJAS) باريس: ١٩٩٢م ، ص ٣٩٥ فقرة ٧١٢.
- (٢) محمد حسن الجبر ، المرجع السابق ، ص ٨٢/٨٣ ، والمراجع التي أشار إليها.
- (٣) وهي الأحرف الأولى من: (Federation International Des Ingenieurs Conseils).
- (٤) محمد محمد بدران ، عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين) ، دار النهضة العربية ، القاهرة: ٢٠٠١ ، ص ٢-٤.

المطلب الثاني

تكييف عقد المقاولة في الفقه

بحسب التزام المقاول

تمهيد:

عقد المقاولة - بوجه عام - قد يشتمل مع عدة عقود أخرى: كعقد البيع ، وعقد السلم ، وعقد الإجارة (إجارة الأشخاص) ، وعقد الوكالة ، وعقد الجعالة ، وعقد الاستصناع وقد بينت المادة (٨٦٥) من القانون المدني العراقي نطاق عقد المقاولة وحددت طبيعته بنصها على أنه:

- ١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول ، أو يستعين بها في القيام بعمله ، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً.
 - ٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ، ويكون العقد استصناعاً.
- وسوف نبين في فرعين:

- ١- تكييف عقد المقاولة إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد.
- ٢- تكييف عقد المقاولة إذا التزم المقاول بتقديم العمل فقط.

الفرع الأول

التزام المقاول بتقديم العمل والمواد

أقرب العقود الفقهية شبهها بعقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد هو عقد (الاستصناع) الذي اعتبره الفقه الحنفي عقداً مستقلاً، يتميز بذاته وبخصائصه عن عقد السلم وعن عقد الإجارة ، وبذلك انفرد الفقه الحنفي في نظره إلى هذه المعاملة^(١)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ - ٢١٠. ابن عابدين، حاشية: ٢١٣/٤. الفتاوى الهندية: ٢٠٧/٢. مصطفى الزرقاء ، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ، البنك الإسلامي للتنمية - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، ط ٢: ١٤٢٠هـ.

وقد يرد على هذا التكييف عدة اعتراضات:

١- أن جمهور الفقهاء من المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) لا يعترفون بعقد الاستصناع، الذي أجازته الحنفية استحساناً ، على خلاف القياس.

♦ فالمالكية يعتبرون الاستصناع سلماً ، ولا يكون صحيحاً إلا إذا استجمع شروط السلم ، والسلم - عندهم - بيع.

♦ والشافعية يدخلون الاستصناع تحت السلم بالصناعات ، فيضبطونه بضوابط السلم ، والسلم - عندهم - بيع.

♦ والحنابلة يمنعون عقد الاستصناع ، ويقولون: (لا يصح استصناع سلعة ، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم)^(٤).

ولرد على هذا الاعتراض نقول: إن الحنفية - كذلك - يعتبرون الاستصناع نوعاً من البيع ، جاز استحساناً على خلاف القياس ، لأن الناس تعاملوه في جميع الأعصار من غير تكثير ، فكان إجماعاً منهم على الجواز^(٥) ؛ ولأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً ، كالناسي للتسمية ، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل^(٦).

٢- يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع مواعدة وليس بيعاً ، وإنما ينعقد بيعاً عند الفراغ من العمل وقبضة^(٧) ، وحينئذ يكون بيعاً بالتعاطي^(٨). ولهذا كان للصانع ألا

(١) الخطاب ، مواهب الجليل: ٥٣٩/٤-٥٤٠. الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير للدردير: ٢١٦/٣.

(٢) النووي ، روضة الطالبين: ٣/٤.

(٣) المرداوي ، الإنصاف: ٣٠٠/٤.

(٤) المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥-٢١٠.

(٦) البابرّي ، العناية على الهداية - مع فتح القدير: ٣٥٥/٥.

(٧) الكاساني ، بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥.

(٨) ابن الهمام ، فتح القدير: ٣٥٥/٥ ؛ ونسب هذا الرأي إلى الحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة

وصاحب المنثور.

يعمل ، ولا يجبر عليه ، بخلاف السلم ، وللمستصنع ألا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة^(١)

وللرد على هذا الاعتراض نقول: إن إثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع لا يدل على أنه ليس بيعاً ، ففي بيع المقايضة لو لم^{بالم} كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار ، وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجوداً ، وفي الشرع كثير من هذا.^(٢)

٣- يرى جمهور فقهاء الحنفية أن عقد الاستصناع عقد غير لازم في مرحلته الأولى ، من وقت انعقاده إلى وقت رؤية المستصنع الشيء المصنوع ، ولهذا جاز للصانع أن يمتنع من الصنع أو أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع ، وجاز للمستصنع أن يرجع في العقد قبل رؤيته الشيء المصنوع.^(٣) وتطبيق ذلك على مقاولات الإنشاء والتعمير - في صورها المعاصرة - يؤدي إلى ضرر فاحش وفساد كبير في التعامل.

ويرد هذا الاعتراض أن عدداً من كبار فقهاء الحنفية يرون أن عقد الاستصناع عقد لازم لكل من المتعاقدين منذ البداية.^(٤) وتبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الرأي ، على سبيل الاجتهاد الاستصلاحي ، حين اتسعت مجالات الاستصناع لدرجة لا يمكن تجاهلها ، ولا يستقيم الأمر بغير إلزامية الاستصناع.^(٥) وهو ما استقر عليه رأي مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة - بجدة - سنة ١٤١٢هـ/١٩٩٢م ، حين قرر: (أن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين ، إذا توافرت فيه الأركان والشروط).^(٦) — ٦

(١) المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٢) المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٣) ابن الهمام ، فتح القدير: ٣٥٥/٥ ، والعناية للبايرتي في الموضع نفسه. الكاساني ، بدائع الصنائع: ٥/٢٠٩-٢١٠. الفتاوى الهندية: ٢/٢٠٧.

(٤) ابن عابدين ، الحاشية: ٢١٣/٤ ، ونقله عن: الدرر ، ومختصر الوقاية ، وخزانة المفتين ، وروي هذا القول عن أبي يوسف ، الفتاوى الهندية: ٢/٢٠٨.

(٥) المادة (٣٩٢): (إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع ...) وانظر في شرحها: علي حيدر ، وسليم رستم باز ، والأتاسي.

(٦) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ، دمشق: ١٤١٨هـ-١٩٩٨م ، ص ١٤٤. وانظر بحوث الاستصناع التي قدمت ونوقشت في هذه الدورة في مجلة المجمع ، العدد السابع ، الجزء الثاني.

رأينا الخاص:

يعتبر عقد المقاوله - الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد - عقداً مستقلاً ، ملزماً للطرفين ، يسمى عقد مقاوله الإنشاء والتعمير ، ويخضع لاتفاق الطرفين ، بما لا يخالف حكماً فقهيّاً مجمعاً عليه ، أو قاعدة أمره نص عليها نظام داخلي أو اتفاقات دولية لا تخالف المبادئ العامة في الشرع الإسلامي .

الضرع الثاني

التزام المقاول بتقديم العمل فقط

أقرب العقود الفقهية شبهها بعقد المقاوله الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل - فقط - هو عقد الإجارة (إجارة الأشخاص) ، الذي تقرر جوازه (بغير خلاف بين أهل العلم) .^(١) جاء في البدائع: (فإن أسلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً ، بأجر معلوم ؛ أو جلدأ إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً ، بأجر معلوم ، فذلك جائز ، ولا خيار فيه ، لأن هذا ليس باستصناع ، بل هو استئجار ؛ فإن عمل كما أمر استحق الأجر ، وإن فسد فله أن يضمه جديداً مثله) .^(٢)

ويبقى بعد ذلك تحديد نوع هذه الإجارة تبعاً لمن يمارسها ، هل هو أجير خاص ؟ أو أجير مشترك ؟ نحن نستبعد أن يكون المقاول الذي يقدم العمل فقط أجيراً خاصاً ، لأن المستأجر لا يختص بنفعه في مدة العقد دون سائر الناس .^(٣) ولأنه لا يستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه . فالأقرب إلى أدبيات الفقه الإسلامي اعتباره أجيراً مشتركاً ، (فالأجير المشترك هو الصانع) .^(٤)

رأينا الخاص:

يعتبر عقد المقاوله - الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل - فقط - عقداً مستقلاً ، ملزماً للطرفين ، يسمى عقد مقاوله الإنشاء والتعمير ، ويخضع لاتفاق ^{مرفه} طرفين بما لا يخالف حكماً فقهيّاً مجمعاً عليه ، أو قاعدة أمره نص عليها نظام داخلي أو اتفاق دولي غير مخالف للمبادئ العامة في الشرع الإسلامي .

(١) ابن قدامة ، المغني ومعه الشرح الكبير: ١٠٥/٦ - ١٠٦ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع: ٤/٥ .

(٣) ابن قدامة ، المغني: ١٠٦/٦ .

(٤) ابن قدامة ، المرجع السابق ، الموضوع نفسه .

المطلب الثالث

صور إبرام عقد المقاولة

تمهيد:

برزت في العمل عدة صور لإبرام عقد المقاولة: ١- فقد يبرم العقد مباشرة بين المستفيد والمقاول. ٢- وقد يبرم العقد الرئيس بين المستفيد والمقاول ، ثم يبرم عقد آخر - أو عقود أخرى - بين المقاول وغيره من المقاولين الذين يلتزمون بصنع شيء أو أداء عمل من أعمال المقاولة الأولى. ٣- وقد يبرم المستفيد عقد مقاولة مع مؤسسة مالية ، ثم تبرم هذه المؤسسة المالية عقوداً مع مقاولين يلتزمون بتنفيذ المقاولة التي تم الاتفاق عليها مع المستفيد. فتلك صور ثلاث نخص كل واحدة منها بفرع مستقل.

الفرع الأول

عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد

هذه الصورة التي يتم فيها إبرام العقد مباشرة بين المقاول والمستفيد هي الصورة المعتادة ، وفيها يعرض المستفيد على المقاول ما يريد إنشائه أو تعميمه ، بوصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازهِ وتحديد ما يقابله من بدل. فإذا قبل المقاول بذلك ، التزم بإنجاز العمل وفقاً لشروط العقد ، والتزم المستفيد بتسليمه ودفع البديل بالقدر والكيفية المتفق عليها. وقد رجحنا - فيما تقدم - جواز عقد الاستصناع ومشروعيته ، وأنه عقد لازم لكل من طرفيه بمجرد انعقاده ، متى توافرت أركانه وشروطه.^(١)

(١) انظر فيما سبق: الفرع الأول من المطلب الثاني ؛ وانظر كذلك: ابن الهمام ، فتح القدير: ٥/

٣٥٥ ، والبابرتي ، العناية ، في الموضوع نفسه ، والفتاوي الهندية: ٢/٢٠٧ ، والمادة (٣٩٢) من

مجلة الاحكام العدلية ، وقرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٦٥ (٧/٣).

الفرع الثاني

عقد المقاولة من الباطن

تعريفه:

عقد المقاولة من الباطن: هو اتفاق بين المقاول المتعاقد مع المستفيد ، وبين مقاول ثان ، محله إسناد ما تم تعاقد عليه من إنشاء وتعمير مع المستفيد ، ليقوم المقاول الثاني بتنفيذه كله أو جزء منه ، مقابل أجر محدد. (١) ويطلق على المقاول الثاني: المقاول من الباطن ، والمقاول الثانوي ، والمقاول الفرعي. (٢)

تكييفه:

يسري على عقد المقاولة من الباطن نفس التكييف الذي سبق أن قدمناه في مطلب الثاني بفرعيه: فإذا التزم المقاول الثاني بتقديم العمل والمواد لتنفيذ ما تم إسناده إليه ، كمقاولة الكهرياء أو مقاولة التكييف أو مقاولة الإنشاءات الصحية في المبنى الذي تم إنشاؤه، يكون العقد الذي أبرم مع المقاول الأصلي عقد استصناع ، ولا مانع من تسميته عقد مقاولة من الباطن. (٣) أما إذا كان المقاول الثاني قد التزم بتقديم العمل فقط ، كإجراء التركيبات المختلفة ، فإن العقد الذي بينه وبين المقاول الأصلي يسبغ عليه صفة الأجير المشترك ، إلا إذا كان يخضع طوال مدة العقد لإشراف المقاول الأصلي ويستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه ، فإنه حينئذ يكون أجيراً خاصاً لدى المقاول الأول ، ولا مانع من تسمية العقد في الحاليتين: عقد مقاولة من الباطن.

مشروعيته:

عرف فقهاء المذاهب المختلفة فكرة المقاولة من الباطن واعتبروها مشروعاً إذا توافر فيها شرطان: أولهما: ألا يشترط المستفيد على المقاول الأصلي مباشرة العمل بنفسه. والآخر: ألا تكون شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار عند المستفيد ، لما يأنسه فيه من كفاءة وأمانة.

- (١) بهذا المعنى: مصطفى الجارحي ، عقد المقاولة من الباطن ، دار النهضة العربية ، القاهرة: ١٩٨٨ ، ص ٣١. عزت عبدالقادر ، عقد المقاولة ، دار الألفي - القاهرة: ٢٠٠١م ، ص ١٧٧/١٧٨.
- (٢) أحمد المومني ، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة ، مكتبة المنار ، ط ١: ١٤٠٧هـ ، ص ١٨٥.
- (٣) بالفرنسية: (Sous-traitance) ، انظر حكم محكمة النقض الفرنسية - الدائرة المدنية الثالثة - ٥/٢/١٩٨٥م (B.III, n 23).

جاء في فتح القدير: (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ، ليس له أن يستعمل غيره ، لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه ، فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه. وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله ، لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالأستعانة بغيره ، بمنزلة إفاء الدين. (١)

وفي الشرح الكبير على متن المقنع: (فإن كانت الإجارة على عمل في الذمة ، لكن لا يقوم غير الأجير مقامه ، كالنسخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط ، لم يكف إقامة غيره مقامه ، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير. (٢)

أحكامه:

- ١- العلاقة بين المستفيد والمقاول الأصلي: هذه العلاقة تحكمها نصوص العقد الذي أبرم بين المستفيد والمقاول الأصلي ، على النحو الذي عرضناه فيما تقدم. (٣)
- ٢- العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني: تحكم هذه العلاقة نصوص عقد المقاوله من الباطن ، الذي تم إبرامه بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني ؛ حيث يلتزم المقاول الثاني بإنجاز العمل الذي أسند إليه في المدة المتفق عليها ، وتسليم العمل بعد إنجازه للمقاول الأصلي ، كما يلتزم بأحكام الضمان التي قررها الفقه ونصت عليها النظم (٤). أما المقاول الأصلي فإنه يلتزم بتسليم العمل محل العقد ، وبدفع الأجر المتفق عليه مع المقاول الثاني. وللمقاول من الباطن الحق في حبس المعقود عليه حتى يستوفي أجره. (٥)

(١) ابن الهمام ، فتح القدير: ١٦٣/٧. وفي نفس المعنى الكاساني ، بدائع الصنائع: ٢١٠/٥.

(٢) ابن قدامة ، الشرح الكبير ، مع المقنع والإنصاف ، تحقيق: عبدالله التركي ، الرياض: ١٤١٩هـ/

١٩٩٨م: ٤٦٢/١٤. وفي نفس المعنى: الحطاب ، مواهب الجليل: ٣٩٥/٥.

(٣) انظر فيما سبق: الفرع الأول من المطلب الثاني ، والفرع الأول من المطلب الثالث.

(٤) ابن الهمام ، فتح القدير: ١٦١/٧-١٦٢. الكاساني ، بدائع الصنائع: ٢١٠/٥.

(٥) الكاساني ، المرجع السابق ، الموضع نفسه . سحنون ، المدونة الكبرى ، طبع دار صادر - بيروت:

١٣٢٣هـ ، ج ٤ ص ٤٤٨.

٣- العلاقة بين المستفيد والمقاول من الباطن: المقاول من الباطن يعتبر من الغير بالنسبة للمستفيد ، لأنه لا تربط بينهما أية علاقة عقدية ، وبالتالي فلا يجوز للمستفيد أن يطالبه بتنفيذ ما اتفق عليه مع المقاول الأصلي ، كما لا يحق للمقاول من الباطن مطالبة المستفيد بالأجر المتفق عليه مع المقاول الأصلي. (١) ومع ذلك: فإن المقاول من الباطن له تعلق بالعين المملوكة للمستفيد ، وقام بالعمل فيها بناء على الإذن الضمني الذي خوله إياه تعاقدته مع المقاول الأصلي ، وله الحق في حبس العين التي أشتغل بالصنعة فيها حتى يحصل على أجره. (٢) كل هذا وغيره يجيز للمقاول من الباطن - إذا لم يتمكن من الحصول على أجره المعين في عقد المقاول من الباطن - أن يرجع على المستفيد الذي لا تربطه به علاقة عقدية ليحصل على أجره ، بناء على قاعدة: (أن من تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير ، فإن ما فعله يعتبر ملزماً للمستفيد ، دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة) (٣)

جاء في الذخيرة: (كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره ، بأمره أو بغير أمره ، فعليه رد مثله في القيام بالمال ، وعليه أجره المثل في القيام بالعمل .. وذلك بناء على حصول الإذن عادة) (٤).

وجاء في إعلام الموقعين: (الشأن فيمن عمل في مال غيره عملاً بغير إذنه ليتوصل بذلك العمل إلى حقه ، أو فعله حفاظاً لمال المالك واحترازاً له من الضياع ، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله) (٥).

(١) السرخسي ، المبسوط: ١٠-٩/١٦. النووي ، روضة الطالبين: ٢٤٣/٥. سحنون ، المدونة: ٤٤٧/٤.

ابن قدامة ، المغني: ١٠٩/٦.

المرونة

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع: ٢١٠/٥. سحنون ، المعرونة: ٤٤٨/٤. الفتوحى ، منتهى الإرادات: ١/

٣٩٣. الشيرازي ، المهذب: ٤١٠/١.

(٣) محمد الألفي ، الفضالة ، دار الثقافة - عمان: ١٩٩٩ ، ص ٤٥.

(٤) القرافي ، الذخيرة: ١٠٢/٤.

(٥) ابن القيم ، إعلام الموقعين: ٤١٩/٢.

وفيه أيضاً: (من عمل في قناة رجل بغير إذنه ، فاستخرج الماء ، فإن لمن عمل أجره في نفقته ، إذا عمل ما يكون منفعة لصاحب القناة. نص عليه أحمد).^(١)

إذا ثبت ذلك: فإن العدالة التي كانت رائد القوانين المحلية والدولية - في هذه المسألة - هي التي أمّلت نصوص المواد التي تعطي المقاول من الباطن حق الرجوع على المستفيد مباشرة ، بما لا يجاوز القدر الذي يكون المستفيد مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ، في حدود المستحق للمقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي ؛ تطبيقاً لحق الدائن في مطالبة مدين مدينة.^(٢)

وبالمقابل: يحق للمستفيد أن يسأل المقاول من الباطن عما يكون قد ارتكب من أخطاء في تنفيذ العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ، ولكنه يتعلق بالعين المملوكة له. وفي تحديد طبيعة هذه المسؤولية ، قضت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بأنها مسؤولية عقدية^(٣) ، في حين قضت الدائرة الثالثة في نفس المحكمة بأنها مسؤولية تقصيرية لعدم وجود علاقة تعاقدية بين المستفيد والمقاول من الباطن^(٤) ، وإزاء هذا التناقض قررت الجمعية العمومية لمحكمة النقض حسم هذا النزاع باعتبار أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية عقدية^(٥).

الفرع الثالث

عقد الاستصناع الموازي

قد يحتاج شخص (طبيعي أو معنوي) لعملية إنشاء أو تعمیر ، كبناء مسكن أو مصنع أو مجمع تجاري ، وليس لديه التمويل الكافي الذي يمكنه من التعاقد مع أحد المقاولين ، فيلجأ إلى مؤسسة مالية تقوم بهذه العملية عن طريق تعاقدها مع من تتعامل معهم من المقاولين والمهندسين على أساس المواصفات والتصاميم المبينة في العقد المبرم بين المؤسسة المالية والمستفيد، وبعد إتمام العمل تتسلمه المؤسسة المالية وتقوم بتسليمه إلى المستفيد. وخلال فترة

(١) المرجع نفسه: ٤١٥/٢.

(٢) أحمد منير فهمي ، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، مجلس الغرف التجارية والصناعية السعودية، د.ت ، ص ٤٤.

(٣) (CIV.i,8MARS 1988, b.I, N69; J.C.P. 88.II.21007)

(٤) (Civ. 3, 31.10.1989, B. III, n 208; J.C.P. , 89. IV. 422)

(٥) (A.P. 12.7.1991) وانظر: مالوري وإينيس ، المرجع السابق ، ص ٤١٤ ، فقرة: ٧٥٦.

العمل في المشروع، يدفع المستفيد للمؤسسة المالية ثمن الإنشاءات وفق الاتفاق - غالباً ما يكون على هيئة أقساط دورية - تنتهي بتسلمه العمل كامل المواصفات. أما في العلاقة بين المؤسسة المالية والمقاول ، فقد يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً ، وفق شروط العقد^(١).

يتضح من ذلك أننا إزاء عقدين منفصلين: ١- عقد مقاوله (استصناع) طرفاه المستفيد والمؤسسة المالية ، ومحله عملية إنشاء أو تعميم. ٢- وعقد مقاوله آخر (استصناع) طرفاه المؤسسة المالية والمقاول، ومحله نفس العملية المتفق عليها في العقد الأول.

ونظراً لأن المستفيد متعاقد مع مؤسسة مالية ، لا تقوم بنفسها بالإنشاء أو التعمير ، فيجب مراعاة الفصل التام بين المستفيد والمقاول الذي تعاقد مع المؤسسة المالية على تنفيذ المشروع، وذلك بعدم الربط بين العقدين ، أو توكيل المستفيد في الإشراف أو التسلم أو غير ذلك ، حتى لا تتحول العملية إلى مجرد قرض غير حسن.

إذا تقرر ذلك: فإن كلاً من العقدين يكون مشروعاً ، ويمكن أن يطبق بشأنه قرار المجمع رقم: ٦٥ (٧/٣) ونصه:

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

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب- أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجل محددة. (٢)

وقد ورد ضمن توصيات وفتاوى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك

الإسلامية، الذي انعقد بالجامعة الأردنية سنة ١٤١٤ هـ ، ما يلي:

(يرى المؤتمر جواز استعمال السلم الموازي والاستصناع الموازي ، مع مراعاة عدم الربط التعاقدى بين العقدين المتوازيين في السلم والاستصناع ، وعدم إساءة استعمال هاتين الصيغتين باتخاذهما ذريعة للمحذور). (٣)

(١) محمد سليمان الأشقر ، عقد الاستصناع ، ضمن: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، دار النفائس - عمان: ١٤١٨-١٩٩٨م ، ج١ ص٢٤٠. مصطفى الزرقا ، عقد الاستصناع ، مرجع سابق ، ص٢٩-٣٦.

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص١٤٤-١٤٥.

(٣) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، مرجع سابق ، ج١ ص٢٤٨.

المطلب الرابع

صور تحديد الثمن في المقاولة

تتنوع صور تحديد الثمن في المقاولات:

- ١- فمن تحديد للثمن بمبلغ إجمالي.
 - ٢- إلي تحديد للثمن بأسعار التكلفة مضافاً إليها هامش ربح مناسب.
 - ٣- أو تحديد للثمن على أساس سعر وحدة قياسية ، كتكلفة المتر المربع أو المسطح أو نحو ذلك.
- ونعالج كلا من هذه الصور في فرع مستقل.

الفرع الأول

تحديد الثمن بمبلغ إجمالي

الصورة النمطية لتحديد الثمن في المقاولة: أن يخصص مبلغ إجمالي مقابل الإنشاء أو التعمير ، بناء على المواصفات المتفق عليها في العقد ، وهذا لا يتأتى إلا بعد مواصفات دقيقة تقابلها دراسة متعمقة لأسعار المواد واحتمال تغييرها أثناء فترة العملية الإنشائية ، ولأجور العمال وما يلحق بها ، ولتقدير الربح الذي يتوقعه المقاول .. وغير ذلك.

والقاعدة التي نص عليها الفقهاء في هذه الصورة تفترض أن يكون الثمن موجوداً ، وأن يكون معيناً بشكل لا يؤدي إلى جهالة تفضي إلى النزاع ، وأن يكون مشروعاً.^(١) إذا ثبت ذلك: فلا يجوز للمقاول ولا لصاحب العمل تعديل البديل المتفق عليه ، لا بالزيادة ولا بالنقصان ، إلا إذا تم هذا التعديل باتفاق بينهما لاحق على العقد.

(١) المرغيناني ، الهداية: ٣/٣١. الفتاوى الهندية: ٣/١٢٢. السرخسي ، المبسوط: ١٤٦/١٥. سخنون ، المدونة: ٣/٤٤٠. الرملي ، نهاية المحتاج: ٥/٣١١. ابن قدامة ، المغني: ٦/١١٤.

وهناك حالة شائعة تعرض في العمل ، وينص عليها الطرفان ، إما في العقد ، وإما في ملاحقه ، وهي: ما إذا تكبد المقاول نفقات إضافية أو جهداً خاصاً ، نتيجة معلومات خاطئة قدمها له صاحب العمل ، كأن تكون الأرض رخوة تحتاج إلى مزيد من المواد قبل وضع الأساس ، أو أن تكون الإنشاءات في منطقة ينبغي أن تبذل فيها عناية خاصة لمقاومة الزلازل ، أو يتم الاتفاق على تعميم بناء قد انتهى عمره الافتراضي ... الخ.

فهل يحق للمقاول مطالبة صاحب العمل بهذه النفقات ؟ لابن المواز فيما يشبه هذه النزلة رأي انفرادي به تحقيقاً للعدل ، قال: إن المصيبة إذا أنزلت بالمستأجر ، فوجب ألا يمضي عمل الصانع باطلاً.^(١)

وقد استقر رأي القضاء الحديث وشرح النظام على استحقاق المقاول ما يقابل الجهد والمال الإضافي الذي بذله ، بشرط أن يؤيد طلبه بالمستندات التي تثبت خطأ صاحب العمل ، وإجراء معاينة بحضوره ، تقوم بها جهة محايدة ، حفظاً لحقوق كل من الطرفين ، وإلا يكون المستفيد في حل من دفع الزيادة التي يطالب بها المقاول.^(٢)

ومن المتفق عليه فقهاً^(٣) ونظاماً^(٤) وقضاء^(٥): أن المقاول إذا لم يسلم العين بالمواصفات المبينة في العقد في المدة المحددة فلا يجب على صاحب العمل دفع البذل ، لأن البذل يلزم باستيفاء البناء وتسلمه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

فالتزام المقاول بالإنشاء أو بالتعمير التزام بنتيجة ، محله قيام المقاول بعمل يؤدي إلى نتيجة محددة في الاتفاق ، مقصودة لذاتها ، ولا يكون النشاط الذي يبذله المقاول إلا

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد: ٢٣٣/٢.

(٢) السنهوري في الوسيط: ١٦/٧. مالوري وإينيس ، القانون المدني ، ص ٤١٦ - ٤١٩. محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة المدنية الأولى ١٩٦٤/٢/١١م (B.I, n 79; D. 64, som. 89) . والدائرة المدنية الثالثة: ١٩٩٠/١/٢٤م (B.III. N 28; D., 90.257) . وانظر المادة (٦٥٨) من القانون المدني المصري ، وقارنها بالمادة (٧٩٥) من القانون المدني الأردني.

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع: الموضع نفسه. ابن رشد ، بداية المجتهد: ٢٥٩/٢. ابن قدامة ، المغني: ٤٤٤/٥.

(٤) المادة (٦٥٦) من القانون المدني المصري ، المادة (٧٩٣) من القانون المدني الأردني ، المادة (٨٨٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٥) محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة المدنية الأولى: ١٩٦٤/٢/١١م (B.I, N 79; D.64, som. 89) .

مجرد وسيلة ليست هي محل الالتزام ، فإذا لم تتحقق النتيجة كان المقاول مسؤولاً ، لأنه لم يف بالالتزامه.^(١)

الفرع الثاني

تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح

من الأحكام المتفق عليها بين الفقهاء: أن يكون البذل (الثمن أو الأجر) معيناً ، لأن تسمية الثمن حين البيع لازمة.^(٢) وعلى ذلك: يجري الاتفاق بين المستفيد والمؤسسة المالية على تحديد البذل بثمن التكلفة مضافاً إليه ما جرت العادة على إلحاقه به من مصروفات مع زيادة ربح معين؛^(٣) فإذا كان ثمن التكلفة معلوماً لكل من الطرفين ، وكان مقدار الربح معلوماً لهما كذلك ، فلا مانع من تحديد الثمن هكذا إذا توافرت الشروط الأخرى للمرابحة كما نص عليها الفقهاء.^(٤)

ويلاحظ في هذا الشأن: أن مجمع الفقه الإسلامي كان قد أوصى بالتقليل ما أمكن من استخدام أسلوب المرابحة للأمر بالشراء ، وقصرها على التطبيقات التي تقع تحت رقابة المصرف ويؤمن فيها وقوع المخالفة للقواعد الشرعية التي تحكمها.^(٥) وذلك بعد قراره رقم ٤٠ - ٤١ (٥/٢ و ٥/٣) .^(٦)

الفصلية

- (١) أندريه بلانكويل ، الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة ، المجلة الفعلية: ١٩٧٢ ص ٣٣٤ وما بعدها.
- عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، باعتناء محمد جبر الألفي ، الكويت: ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، ص ١٦٣ وما بعدها.
- (٢) الفتاوى الهندية: ١٢٢/٣. الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير: ١٦٨/٣. الرملي ، نهاية المحتاج: ٤/١١٤. ابن قدامة ، المغني: ٢٠١/٤.
- (٣) ابن نجيم ، البحر الرائق: ١٠٩/٦ - ١١٠. الباجي ، المنتقى: ٤٥/٥. الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج: ٢/٧٨. ابن قدامة ، المغني: ٢٠١/٤.
- (٤) الكاساني ، بدائع الصنائع: ٢٢٠/٥. ابن رشد ، بداية المجتهد: ٢١٥/٢. الرملي ، نهاية المحتاج: ١٠٨/٤. ابن قدامة ، المغني: ١٩٩/٤.
- (٥) القرار رقم ٧٦ (٨/٧) . قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ، ص ١٧٦.
- (٦) نفس المرجع السابق ، ص ٩١.

(إن بيع المرابحة للأمر بالشراء ، إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور ، وحصول القبض المطلوب شرعاً ، هو بيع جائز ، طالما كانت تقع على الأمور مسؤولية التلف قبل التسليم ، وتبعية الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم ، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه) . ومعلوم أن الاستصناع نوع من البيع في جميع المذاهب الفقهية^(١) ، فتسري عليه الأحكام العامة المقررة في البيع .

الفرع الثالث

تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية

جرى العرف التجاري في عقود المقاولات على تقسيم أعمال المقاوله إلى مراحل ، وبيان تفاصيل ومواصفات كل مرحلة وما يقابلها من البديل المالي (الثمن أو الأجر) ، كجزء من البديل الكلي ، يصرف للمقاول عند تسليم المرحلة التي يتم إنجازها في الموعد المحدد وطبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها^(٢) .

وفي هذا العرف فائدة عملية لكلا الطرفين : فصاحب العمل لا يدفع البديل إلا إذا تمت المرحلة مطابقة للشروط والمواصفات ، وإذا وجد خللاً توقف عن الدفع ، وقد يطالب بفسخ العقد إذا كانت المخالفة جسيمة ، فيتجنب بذلك الانتظار حتى نهاية العمل الكلي . والمقاول يحصل على حقه أولاً بأول ، فتتوافر له السيولة النقدية ، وقد يفتح اعتماداً مصرفياً بضمان ما سيحصل عليه من المال مقابل كل مرحلة يسلمها لصاحب العمل^(٣) . اشتراط أبو حنيفة لصحة هذه العملية أن تكون جملة (الثمن) معلومة عند العقد ، ولكن الصاحبين يريان جواز (البيع) على هذه الصفة ، لأن جملة (المبيع) معلومة ، وجملة الثمن يمكن الوصول إليها^(٤) .

ولا يختلف الحكم إذا تم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر وحدة قياسية ، وكثيراً ما نرى في عقود المقاولات المحلية والدولية تحديد الثمن على هذه الصفة ، كبناء سور وتحسب التكاليف على أساس المتر المسطح أو المربع أو المكعب من الأسمنت ، وهذا لا يثير أية صعوبات في التطبيق ما دامت المواصفات محل اتفاق الطرفين^(٥) .

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق: ١٧١/٦ . الدردير ، الشرح الصغير: ٢٠٠/٣ . النووي ، روضة الطالبين: ٤/

٢٧ . ابن مفلح ، الفروع: ٤/٢٤ .

(٢) أحمد منير فهمي ، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد ، مرجع سابق ، ص ٣٣/٣٤ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٣٤ .

(٤) السرخسي ، المبسوط: ١٣/٥ - ٦ . ابن نجيم: البحر الرائق: ٢٨٤/٥ . الفتاوي الهندية: ١٢/٣ .

وأخذت المجلة برأي الصاحبين في المادة (٢٢٠) . وجاء في المادة (٦٦٦) من مجلة الأحكام الشرعية للقراري: (إذا استأجر عاملاً على عمل متجزئ ، وعين لكل جزء أجره صح) .

(٥) مالوري وإينيس ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ ، فقرة ٧٦٩ مع هامش رقم ١٣ .

المطلب الخامس

أحكام متفرقة

نبحث في هذا المطلب على التوالي:

- ١- حكم الإضافات والتعديلات.
- ٢- حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز ، بدلاً من تواريخ محددة.
- ٣- حكم الشرط الجزائي.
- ٤- حكم البراءة من العيوب.
- ٥- حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة ، والبراءة بعدها.

الفرع الأول

الإضافات والتعديلات

سبق أن بينا أن المقاول إذا تكبد نفقات إضافية أو جهداً خاصاً نتيجة معلومات خاطئة قدمها له صاحب العمل ، فلا يحق له مطالبة صاحب العمل بها إلا إذا أثبت خطأ صاحب العمل. (١)

ومع ذلك: إذا كانت هذه الإضافات أو التعديلات قد تمت بناء على موافقة صاحب العمل ، وجب دفع قيمتها ، لأنها تعتبر ملحقة بالعقد. (٢)

أما إذا كانت الإضافات أو التعديلات نتيجة لأمر لم يكن معروفاً أثناء صياغة دفتر الشروط والمواصفات ، وكانت من الضرورة بحيث يستحيل التنفيذ بدونها ، أو تفوت على صاحب العمل مصلحة يتوقعها ، كزيادة في الأسمنت أو الحديد ^{لتثبيت} الأساس في الأرض الرخوة ، أو عمل مرمرات إضافية لمنع سقوط الجدران المراد تقويتها ، وجب على المقاول إبلاغ صاحب العمل ، فقد يرى أن الزيادة مفيدة ومحتملة فيقبل بها ، أو يرى أن

(١) فيما سبق: الفرع الأول من المطلب الرابع.

(٢) المادة (٢٥٩) من مجلة الأحكام العدلية ، والمادة (٢ / ٧٩٥) من القانون المدني الأردني ، والمادة

(٢ / ٨٨٧) معاملات مدنية إماراتي.

مصالحته تتعارض معها فيرفضها. وبدون إبلاغ صاحب العمل يكون المقاول متبرعاً بما

قام به من إضافات أو تعديلات لا تتعارض مع المواصفات التي تم التعاقد عليها.^(١)

جاء في البدائع: فإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك ، لم يحتسب بما أنفق ، لأنه

أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية له عليه ، فكان متبرعاً.^(٢)

وجاء في المغني: لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة ، فضرب له مائتين ؛

فإن جاء به زائداً في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان: أحدهما - لا أجر له ، لأنه

مخالف لأمر المستأجر ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع

فبناه عرض ذراعين.^(٣)

وقد حاولت بعض أحكام القضاء - توخياً للعدالة - التخفيف من شروط القانون ،

التي تقضي بضرورة إبلاغ صاحب العمل ، فأجازت للمقاول أن يطالب بما يقابل

الإضافات إذا توافرت الشروط الآتية:

١- أن يكون الثمن قد تحدد مقدماً وبصفة إجمالية.^(٤)

٢- أن تكون هناك مواصفات محددة ، يحتمل تجاوزها.^(٥)

٣- أن يتعلق الأمر بإنشاء مباني ، وليس بصيانة داخلية.^(٦)

٤- أن يكون العقد قد أبرم بين صاحب العمل ومقاول أصلي ، حتى يستبعد المقاول

من الباطن من هذه الرخصة.^(٧)

فإذا توافرت هذه الشروط ، أمكن للمحكمة إلزام صاحب العمل بتسليم الإضافات

ودفع قيمتها للمقاول.^(٨)

(١) المادة (٧٩٤) أردني ، والمادة (١/٨٨٦) إماراتي. وانظر: ابن قدامة ، الشرح الكبير ، مرجع سابق: ٣٧٠/١٤.

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع: ٢٠٨/٤.

(٣) ابن قدامة ، المغني: ١١٠/٦.

(٤) (Civ. 3, 2.2.1972. B.III, n 78)

(٥) (Civ. 3, 20.11.1991, B.III, n 283)

(٦) (Civ. 3, 11.7.1972, B. III, n 456)

(٧) (Civ. 3, 15.2.1983, B.III, n 44)

(٨) مالوري وإينيس ، المرجع المتقدم ، ص ٤١٨ - ٤١٩ فقرة: ٧٦٨.

الضرع الثاني

حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز

المبدأ العام الذي يسود الثمن (أو الأجر)^(١) أن يكون معيناً بما ينفي الجهالة التي تؤدي إلى النزاع.^(٢) وبناء على ذلك: إذا تم الاتفاق بين المقاول وصاحب العمل على تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز ، بدلاً من تواريخ محددة ، فلا نرى ما يمنع منه ، دفعاً للحرص عن الناس وتيسيراً للمعاملات بينهم ، فقد روي أن علياً - رضي الله عنه - استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرّة ، وجاء به إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأكل منه.^(٣) وجاء في الشرح الكبير: (وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين: إما بالمدة ، كيوم ، وإما بمعرفة الأرض ، كهذه القطعة ، أو من هنا إلى هنا ، أو بالمساحة ، كجريب أو جريبين ، أو كذا ذراعاً في كذا ، كل ذلك جائز لحصول العلم به)^(٤) وفيه أيضاً رواية - كالجعالة - : أنه يصح ، في العقد على المنفعة في الذمة ، جواز الجمع بين تقدير المدة والعمل ، قال: (وهو قول أبي يوسف ومحمد ؛ لأن الإجارة معقودة على العمل ، والمدة إنما ذكرت للتعجيل ، فلا تمنع ذلك).^(٥)

الضرع الثالث

حكم الشرط الجزائي

يكفي أن نشير - في هذه المسألة - إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٥ (٧/٣) ، الذي ورد فيه: (رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق

(١) (الاستصناع: إجارة ابتداء ، وبيع انتهاء) .

(٢) الفتاوى الهندية: ١٢٢/٣ . ابن نجيم ، البحر الرائق: ٢٧٩/٥ . وانظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٥ (٧/٢) : (ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجل محددة) .

(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن: ٨١٨/٢ ، والإمام أحمد في المسند: ٩٠/١ .

(٤) ابن قدامة ، الشرح الكبير: ٣٦٥/١٤٠ .

(٥) المرجع السابق: ٣٧٧/١٤ . وانظر: الزيلعي ، تبين الحقائق: ٥٩/٤ .

عليه العاقدان ، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة (١). وهذا يطابق ما استقر عليه رأي اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (٢) من أن الشرط الجزائي صحيح يجب الالتزام به ، ما دام في حدود قيمة الضرر الملاحق بصاحب العمل ، وما زاد عن ذلك يرجع فيه إلى تقدير أهل الخبرة والنظر حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة ، عملاً بقوله تعالى: (وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) (٣) وبقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) (٤).

الفرع الرابع

حكم البراءة من العيوب

سبق أن نقلنا قول الفقهاء إن: (الاستصناع إجارة ابتداء ، بيع انتهاء) ، بما يعني تطبيق أحكام (خيار العيب) على الشيء محل عقد الاستصناع. ولا نجد مسوغاً لبسط أحكام خيار العيب في هذا المقام (٥) وإنما نكتفي ببيان حكم اشتراط براءة المقاول من عيوب الإنشاء أو التعمير ، فنقول وبالله التوفيق:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط البراءة من العيوب ، في عقد البيع ، إلى مانع مطلقاً ، ومجيز مطلقاً ، ومجيز في حالات دون أخرى. فالحنفية يجيزون اشتراط براءة البائع من العيوب كلياً أو جزئياً ، لأن ضمان العيب يعتبر من حقوق المشتري التي يمكنه إبراء البائع منها (٦) وفي رأي عند المالكية ، ووجه عند الشافعية ، ورواية عند الحنابلة أن اشتراط البائع عدم مسؤوليته عن عيوب المبيع يبطل العقد ، لأن خيار العيب مقرر

(١) لمزيد من البحث في هذه المسألة ، انظر: مجلة المجمع ، العدد السابع: ٢٢٣/٢.

(٢) بتاريخ: ١٣٩٤/٨/٥هـ: أبحاث هيئة كبار العلماء ، ص ١٦٣.

(٣) سورة النساء: ٥٨.

(٤) ابن ماجه ، السنن: ٧٨٤/٢. أحمد ، المسند: ٣١٣/١. مالك ، الموطأ ومعه تنوير الحوالك: ١٢٢/٢.

(٥) عرضت هذه الأحكام بأدلتها ومصادرها في الموسوعة الفقهية الكويتية مادة (خيار العيب): ١٢٥/٢٠ وما بعدها.

(٦) السرخسي ، المبسوط: ٩٣/١٣. الكاساني ، بدائع الصنائع: ٥ / ٢٧٥ - ٢٧٧. الفتاوى الهندية: ٦٦/٣. ابن عابدين ، حاشية: ٧٥/٤.

بحكم الشرع ، فلا يملك المشتري إسقاطه. ^(١) ويرى جمهور الفقهاء أن هذا الشرط لا يصح غلاً إذا عين البائع عيباً وشرط البراءة منه ، فإنه يبرأ منه دون سواه ، وقيده بعضهم بمعاينة المشتري العيب المذكور ، واكتفى بعضهم بصحة الشرط في البيوع التي يجريها القاضي ، كبيع مال الغنيمة ، أو مال المفلس ، أو التركات ، لسداد ما عليها من ديون. ^(٢)

ونحن ننضم إلى الرأي القائل بفساد شرط البراءة من العيوب في عقود الإنشاء والتعمير ، مع صحة العقد فيما سواه من الشروط. ^(٣) ذلك أن عقد المقاول في هذا النطاق يتعلق بإنشاءات ذات مواصفات فنية دقيقة ، لا يستطيع صاحب العمل كشف ما بها من عيوب خفية ، حتى لو استخدم في سبيل ذلك خبراء بشؤون الإنشاء والتعمير ؛ وقد أظهر التطبيق العملي أن بعض المقاولين يشتري حديد تسليح قابلاً للصدأ ، فإذا تراكم الصدأ عليه بفعل الرطوبة أو غيرها أدى إلى ظهور تصدعات في المبنى ، مما يطلق عليه فنياً (تخوخات) ، وأن البعض الآخر منهم يخلط أسمنت المباني بأسمنت التبايط ونحوه ، مما يجعله ضعيفاً في تماسكه. ومثل تلك العيوب لا يحق لصاحب العمل براءة المقاول منها ، فهي تتعلق بالمصالح العامة ، وقد تؤدي إلى إزهاق أرواح سكان المبنى أو مستخدمي الجسور ، أو ركاب السيارات والقطارات ونحوها. ولا يشترط المقاول البراءة من العيب إلا إذا كانت لديه نية الغش أو التقصير ، وهذا مرفوض شرعاً وقانوناً وأخلاقاً.

الفرع الخامس

تحديد ضمان العيوب بمدته معينة والبراءة بعدها

كلام الفقهاء في مسألة عيوب المبيع كان كافياً وشفافياً إزاء النوازل التي عاصروها؛ وما يهمنا في هذا الشأن أن جمهور الفقهاء لم يحدد ، لاستعمال خيار العيب ،

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد: ١٨٤/٢. الشيرازي ، المهذب: ٢٨٨/١. ابن قدامة ، المغني: ٢٤٠/٤.

(٢) نفس المراجع المتقدمة.

(٣) مصطفى الزرقا ، عقد الاستصناع (مرجع سابق) ، ص ٣٧ - ٤٩. محمد سليمان الأشقر ، البحث المتقدم ، ص ٢٣٧. سالم الراشدي ، عقد مقاوله البناء ، ص ١٩٠-١٩١. وانظر المواد (٦٥٣) مدني مصري ، (٧٩٠) مدني أردني ، (٨٨٢) معاملات إماراتي : (يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه).

مدة معينة ، يسقط بمضيها ، بل يظل هذا الخيار باقياً إلى أن يطرأ ما يسقطه ، أو يصدر من المشتري ما يدل على رضاه بالمبيع صراحة أو دلالة.^(١)

لكن التطور المذهل في إنشاء مبان ضخمة وناطحات سحاب وجسور مركبة وأنفاق يمر بعضها في بطن جبل أو تحت ممر مائي كنهر أو بحر أو قناة ، كل ذلك وغيره كثير دعا السلطات المحلية والمنظمات الدولية إلى صياغة قواعد تشدد مسؤولية المقاولين والمهندسين ، لحماية أرواح وسلامة ملايين البشر في كل مكان. والغالب من هذه القواعد يحدد مدة عشر سنوات ، من تاريخ تسلم العمل ، يحمل فيها المقاول والمهندس مسؤولية ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما تم تشييده من مبان أو ما أقيم من منشآت ثابتة أخرى ، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها.^(٢)

وطبق القضاء هذه القواعد بدقة وصرامة.^(٣) ولا شك أن هذه القواعد تراعي المصالح العامة ، وتتفق مع مقاصد الشريعة التي تؤكد على حماية الأنفس ورعاية المال. ولئن كانت هذه القواعد تحدد ضمان العيوب بمدة معينة ، وعدم المسؤولية بانتهائها، وتحظر الاتفاق على تخفيض هذه المدة ، إلا أنها لم تمنع اتفاق صاحب العمل مع المقاول على زيادة مدة الضمان ، وهو مالا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي.

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع: ١٧١/٥. الخرخشي ، شرح مختصر خليل: ٨٢/٥. الشيرازي ، المهذب: ٢/٥١. البهوتي ، كشف القناع: ١٨٩/٣.

(٢) المادة (٦٥١) مدني مصري ، والمادة (٧٨٨) مدني أردني ، والمادة (٨٨٠) معاملات إماراتي ، والمادة (٦١٨) سوري ، والمادة (٨٧٠) عراقي. وانظر قانون (Spinetta) الفرنسي الصادر في ١٩٧٨/١م ، المواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٦ ، والمادة ٢٧٧٠ منه. وانظر كذلك: مالا نفو وجستاز ، قانون المنشآت العقارية ، ط ٥ ، دالوز: ١٩٩١.

(٣) على سبيل المثال: محكمة النقض المصرية (الطعن رقم ٤١ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٦/٢٣م) و (الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٣/١١/٢٧م) و (الطعن رقم ٤٥٠٢ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٨/١/١١م). ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية - الدائرة الثالثة المدنية:

(26.5.1988, J.C.P., 88.IV.267)

(15.2.1989, B.III, n 36)

(31.1.1990, J.C.P., 90. IV. 121)

الخاتمة

في ختام هذا البحث الموجز ، الذي عرضنا فيه بعض الأحكام المتعلقة بمقاولات الإنشاء والتعمير ، يمكن استخلاص النتائج الآتية:

- (١) عقد المقاولة من العقود الحديثة - نسبياً - وقد خرج من عباءة عقد الإجارة (إجارة الأشخاص) و(أرباب الصنائع) ليستقل بأحكامه. ويمكن تعريفه في النظم التجارية بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً أو يصنع شيئاً للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه.
- (٢) إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد ، يكون العقد عقد استصناع ، في صورته المتطورة ، باعتباره عقداً رضائياً ملزماً لطرفيه.
- (٣) أما إذا انحصر التزام المقاول في تقديم العمل ، فإن العقد يكون إجارة (أجير مشترك).
- (٤) تتنوع صور إبرام عقد المقاولة:

أ- فقد يبرم العقد مباشرة بين المقاول وصاحب العمل ، وهذه هي الصورة النمطية ، وتتنطبق عليها أحكام الاستصناع.

ب- وقد يبرم العقد بين المقاول ، المتعاقد مع صاحب العمل ، ومقاول آخر (من الباطن). وفي هذه الصورة تطبق أحكام الاستصناع إذا قدم المقاول من الباطن العمل والمواد ، وأحكام الإجارة إذا قدم العمل فقط. أما العلاقة بين المقاول من الباطن وصاحب العمل ، فالأصل عدم نشوء التزامات متبادلة لانعدام العلاقة التعاقدية بينهما. ولكن العدالة تقتضي أن يكون العمل ملزماً للمستفيد ، لأن المقاول من الباطن له تعلق بالعين المملوكة له ، ويعمل فيها بناء على عقده مع المقاول الأصلي ، فيحق له حبس العين إلى أن يحصل على حقه.

ج- عقد الاستصناع الفوازي مشروع إذا ضبط بضوابط عقد الاستصناع التي وضعها الفقه وطورها الاجتهاد الحديث.

(٥) تتنوع صور تحديد الثمن في المقاولة:

أ- فإذا حدد الثمن بمبلغ إجمالي ، لا يجوز تعديله بدون اتفاق مشترك ، إلا في حالات استثنائية وبشروط مشددة.

ب- وإذا حدد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح ، فهذه هي المرابحة البسيطة ، وهي جائزة إذا توافرت شروطها.

ج- وإذا حدد الثمن على أساس وحدة قياسية ، فإنه يجوز لأن جملة المبيع معروفة وجملة الثمن يمكن الوصول إليها.

(٦) إذا تكبد المقاول نفقات إضافية أو جهداً خاصاً:

أ- فإن كان نتيجة معلومات خاطئة قدمها له صاحب العمل ، يحق له المطالبة بها بعد إثبات هذا الخطأ.

ب- وإن كان ذلك نتيجة جهل أو تقصير من المقاول أو أحد تابعيه فإنه هو الذي يتحملة.

ج- أما إن كان نتيجة أمر لم يكن معروفاً من قبل ، فيجب على المقاول إبلاغ صاحب العمل وأخذ موافقته ، وبدون ذلك يكون متبرعاً. وقد حاولت بعض الاجتهادات القضائية التخفيف من هذا القيد.

(٧) تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز ، بدلاً من تواريخ محددة ، جائز ، إذا انتفت الجهالة التي تؤدي إلى النزاع.

(٨) الشرط الجزائي في عقد الاستصناع جائز وملزم للطرفين، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

(٩) رغم اختلاف الفقهاء في حكم اشتراط البراءة من العيوب في عقد البيع ، إلا أن عقد الاستصناع لا يتحمل هذا الشرط ، حفاظاً على الأنفس والأموال.

(١٠) تحديد ضمان العيوب بمدة معينة ، والبراءة بعدها ، جائز ، لأن المدة المعينة تكفي لإظهار ما خفي من عيوب ، ولأن التحديد القانوني لا يمنع من الاتفاق على مدة أطول.

قائمة المراجع والمصادر

- (١) أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ، الرياض: ١٤٠٩هـ.
- (٢) إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، إشراف مجمع اللغة العربية ، القاهرة: ١٩٥٧م.
- (٣) أحمد بن حنبل ، المسند ، المكتب الإسلامي ، دار صادر - بيروت.
- (٤) أحمد المومني ، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة ، مكتبة المنار ، ط١ ، ١٤٠٧هـ.
- (٥) أحمد منير فهمي ، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد ، مجلس الغرف التجارية والصناعية السعودية.
- (٦) أندريه بلانكويل ، الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة ، بحث بالفرنسية نشر في المجلة الفصلية ، باريس: ١٩٧٢م.
- (٧) البابر تي ، شرح العناية على الهداية ، القاهرة: ١٣٥٦هـ.
- (٨) الباجي ، المنتقى شرح موطأ مالك ، مطبعة الاستقامة بمصر: ١٣٣١هـ.
- (٩) البغدادي ، مجمع الضمانات ، القاهرة: ١٣٠٨هـ.
- (١٠) البهوتي ، كشاف القناع ، عالم الكتب - بيروت.
- (١١) ابن حجر ، فتح الباري ، دار المعرفة - بيروت.
- (١٢) ابن حزم ، المحلى ، القاهرة: ١٣٥٢هـ.
- (١٣) الخطاب ، مواهب الجليل ، القاهرة: ١٣٢٩هـ.
- (١٤) خالد المصلح ، الحوافز التجارية التسويقية ، دار ابن الجوزي - الدمام: ١٤٢٠هـ.
- (١٥) الخرشي ، شرح مختصر خليل ، القاهرة: ١٣١٧هـ.
- (١٦) الدردير ، الشرح الصغير على أقرب المسالك ، دار المعارف - القاهرة: ١٩٥٧م.
- (١٧) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير للدردير ، القاهرة.
- (١٨) ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار المعرفة - بيروت: ١٩٨٢م.

- (١٩) الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، القاهرة: ١٩٦٧م.
- (٢٠) الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، القاهرة: ١٣١٣ - ١٣١٥هـ.
- (٢١) سالم خويتم بخيت الراشدي ، عقد مقاوله البناء والمنشآت الثابتة ، الرياض: ١٤١٣ هـ (بحث تكميلي للحصول على درجة الماجستير).
- (٢٢) سحنون ، مدونة الإمام مالك ، دار صادر - بيروت: ١٣٢٣هـ.
- (٢٣) السرخسي ، المبسوط ، القاهرة: ١٣٢٤ - ١٣٣١هـ.
- (٢٤) سعود بن مسعد الثبيتي ، الاستصناع ، دار ابن حزم - بيروت: ١٩٩٥م.
- (٢٥) السنهوري ، الوسيط ، دار إحياء التراث العربي - بيروت: ١٩٦٤م.
- (٢٦) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، القاهرة: ١٩٥٩م.
- (٢٧) الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة: ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- (٢٨) الشوكاني ، نيل الأوطار ، المطبعة العثمانية - مصر: ١٣٥٧هـ.
- (٢٩) الشيرازي ، المهذب ، القاهرة: ١٩٥٩م.
- (٣٠) ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، استانبول: ١٣٢٤هـ.
- (٣١) عبدالحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت باعتماد محمد الألفي: ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- (٣٢) عبدالستار أبو غدة ، الخيار وأثره في العقود ، الكويت: ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- (٣٣) عزت عبدالقادر ، عقد المقاوله ، دار الألفي - المنيا: ٢٠٠١م.
- (٣٤) علي السالوس ، عقد الاستصناع ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة: ١٤١٢هـ.
- (٣٥) الفتوحى ، منتهى الإرادات ، تحقيق عبدالغنى عبدالخالق ، القاهرة.
- (٣٦) فتيحة قره ، أحكام عقد المقاوله ، منشأة المعارف - الإسكندرية: ١٩٨٧م.
- (٣٧) ابن قدامة ، المغني ومعه الشرح الكبير ، المكتبة السلفية - المدينة المنورة.
- (٣٨) القرافي ، الذخيرة ، تحقيق: محمد بو خبزة ، دار الغرب الإسلامي - بيروت: ١٩٩٤م.

- (٣٩) — ، الفروق ، القاهرة: ١٣٤٤هـ.
- (٤٠) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، القاهرة: ١٩٥٠م.
- (٤١) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، تحقيق: طه عبدالرءوف ، القاهرة: ١٩٦٨م.
- (٤٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، مطبعة الجمالية - القاهرة: ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م.
- (٤٣) كاسب بن عبدالكريم البدران ، عقد الاستصناع ، الرياض: ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- (٤٤) كمال جعيط ، عقد الاستصناع ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة: ١٤١٢هـ.
- (٤٥) ابن ماجه ، السنن ، طبعة استانبول.
- (٤٦) مالك ، الموطأ ، مطبوع مع تنوير الحوالك للسيوطي ، القاهرة: ١٣٥٣هـ.
- (٤٧) مالانفو وجيستاز ، قانون الإنشاء العقاري ، دالوز - باريس: ١٩٩١م.
- (٤٨) مالوري وإينيس ، القانون المدني - العقود الخاصة ، كوجاز - باريس: ١٩٩٢م.
- (٤٩) مجلة الأحكام الشرعية ، أحمد بن عبدالله القاري ، دراسة وتحقيق: عبدالوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم ، مطبوعات تهامة: ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- (٥٠) مجلة الأحكام العدلية ، طبعة دار الثقافة - عمان: ١٩٩٩م.
- (٥١) مجمع الفقه الإسلامي ، قرارات وتوصيات ، دار القلم - دمشق: ١٤١٨هـ.
- (٥٢) مجموعة من العلماء ، الفتاوى الهندية ، القاهرة: ١٣١٠ - ١٣١١هـ.
- (٥٣) محمد بدران ، عقد الإنشاءات في القانون المصري ، دار النهضة العربية - القاهرة: ٢٠٠١م.
- (٥٤) محمد جبر الألفي: الفضالة ، دار الثقافة - عمان: ١٩٩٩م.
- (٥٥) محمد حسن الجبر ، القانون التجاري السعودي ، الرياض: ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- (٥٦) محمد سليمان الأشقر ، عقد الاستصناع ، ضمن: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، دار النفائس - عمان: ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- (٥٧) محمد عبدالرحيم عنبر ، عقد المقاوله ، القاهرة: ١٩٧٧م.
- (٥٨) محمد لييب شنب ، شرح أحكام عقد المقاوله ، القاهرة: ١٩٦٣م.

- (٥٩) محمد الماجد ، عقد المقاوله من الباطن ، الرياض: ١٤١٦هـ (بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير).
- (٦٠) محمود مختار بربري ، قانون المعاملات التجارية السعودي ، مطبوعات معهد الإدارة العامة ، الرياض: ١٤٠١هـ.
- (٦١) المرادوي ، الإنصاف، تحقيق محمد حامد الفقي ، القاهرة: ١٣٧٦هـ - ١٩٥٧م.
- (٦٢) المرغيناني ، الهداية ، القاهرة: ١٣٥٦هـ.
- (٦٣) مصطفى الجارحي ، عقد المقاوله من الباطن ، دار النهضة العربية - القاهرة: ١٩٨٨م.
- (٦٤) مصطفى الزرقا ، عقد الاستصناع ، البنك الإسلامي للتنمية: ١٤٢٠هـ.
- (٦٥) مصطفى كمال التارزي ، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي - الدورة السابعة: ١٤١٢هـ.
- (٦٦) الموسوعة الفقهية - الكويت.
- (٦٧) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الطبعة الأولى - مصر.
- (٦٨) نظام المحكمة التجارية السعودي ، الصادر بالأمر السامي رقم ٣٢ وتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ.
- (٦٩) النووي ، روضة الطالبين ، المكتب الإسلامي - بيروت: ١٤٠٥هـ.
- (٧٠) ابن الهمام ، فتح القدير ، القاهرة: ١٣٥٦هـ.
- (٧١) وهبة الزحيلي ، عقد الاستصناع ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي - الدورة السابعة: ١٤١٢هـ.
- (٧٢) — ، العقود المسماة ، دار الفكر - دمشق: ١٩٨٧م.
- (٧٣) يوسف شلالة ، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية ، منشأة المعارف - الإسكندرية.
- (٧٤) يوسف القرضاوي ، بيع المرابحة للأمر بالشراء ، دار القلم - الكويت.
- (٧٥) أبو يوسف يعقوب ، كتاب الخراج ، القاهرة: ١٣٥٢هـ.

فهرس المحتويات

الرقم	الموضوع	الصفحة
(١)	مقدمة.	١
(٢)	المطلب الأول: تعريف عقد المقاوله.	٣
(٣)	المطلب الثاني: تكيف عقد المقاوله.	٧
(٤)	الفرع الأول: تقديم المقاول العمل والمواد.	٧
(٥)	الفرع الثاني: تقديم المقاول العمل فقط.	١٠
(٦)	المطلب الثالث: صور إبرام عقد المقاوله.	١١
(٧)	الفرع الأول: عقد المقاوله مباشرة.	١١
(٨)	الفرع الثاني: عقد المقاوله من الباطن.	١٢
(٩)	الفرع الثالث: عقد الاستصناع الموازي.	١٥
(١٠)	المطلب الرابع: صور تحديد البديل في المقاوله.	١٧
(١١)	الفرع الأول: تحديد البديل بمبلغ إجمالي.	١٧
(١٢)	الفرع الثاني: تحديد البديل بالتكلفة ونسبة ربح.	١٩
(١٣)	الفرع الثالث: التحديد على أساس وحدة قياسية.	٢٠
(١٤)	المطلب الخامس: أحكام متفرقة.	٢١
(١٥)	الفرع الأول: حكم الإضافات والتعديلات.	٢١
(١٦)	الفرع الثاني: حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز.	٢٣
(١٧)	الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي.	٢٣
(١٨)	الفرع الرابع: حكم البراءة من العيوب.	٢٤
(١٩)	الفرع الخامس: حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة.	٢٥
(٢٠)	الخاتمة.	٢٧
(٢١)	قائمة المراجع والمصادر.	٢٩
(٢٢)	فهرس الموضوعات.	٣٣