مجلة الإحياء، المجلد: 22، العدد: 30، جانفي 2022، ص - ص: 667 – 690
الترقيم الدولي: 1112-4350 الترقيم الدولي الإلكتروني: 2588-2406

عقد مقاولة البناء ونظائره في الفقه الإسلامي

Construction contracting and its counterparts in Islamic jurisprudence

طالبة دكتوراه سمية حرير[1] **أ.د/ سعاد سطحي**
كلية الشريعة والاقتصاد – جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة
مخبر الدراسات الشرعية
harirsoumaya@gmail.com sotehisouad@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2021/01/10 تاريخ القبول: 2021/12/13

الملخص:
تهدف هذه الدراسة إلى بيان حقيقة عقد المقاولة وتكييفها الفقهي، والتمييز بينه وبين العقود ذات الصلة به، ومعرفة مدى قدرة الفقه الإسلامي على استيعاب المستجدات؛ لأجل هذا قسمت هذا البحث إلى أربعة مباحث، المبحث الأول تناولت فيه معنى عقد المقاولة وخصائصها، وجعلت المبحث الثاني للحديث في أنواع مقاولي البناء ودور المقاول وصاحب العمل في مقاولة البناء، أما المبحث الثالث فكان في التكييف الفقهي لعقد المقاولة وأدلة مشروعيته؛ و الرابع كان للتمييز بين عقد المقاولة والعقود التي لها صلة به وذلك بذكر نقاط التشابه والاختلاف، لنثبت أخيرا استقلالية هذا العقد عن غيره من العقود، وإن شاركه في بعض صفاته.
الكلمات المفتاحية: مقاولة؛ إجارة؛ استصناع؛ السلم؛ أجير مشترك.

Abstract:

The purpose of this study is to clarify the reality of the contract of contract and its adaptation to jurisprudence, and to distinguish between it and related contracts, in order to raise the embarrassment of people and facilitate their lives, and to know the extent of Islamic jurisprudence to absorb the developments.

For this purpose, this research was divided into four topics. The first topic dealt with the meaning of the contract and its characteristics, and then moved in the second section to talk about the types of construction contractors and their role in the building contracting. The third topic was in the juristic adaptation of the contract and the evidence of its legitimacy; between contract of contract and related contracts by mentioning points of similarity and difference, to finally prove the independence of this contract from other contracts, although he participated in some of his qualities.
Key words: Contracting; leasing; Istisnaa; salam; common hire.

[1]- المؤلف المرسل.

مقدّمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية هي خاتمة الشرائع التي أنزلها الله والتي تتميز بالشمول والوضوح والكمال، مما جعلها صالحة لكل زمان ومكان ولهذا اعتنت بجميع جوانب الحياة.

وقد استجدت في وقتنا الحاضر مسائل عديدة خصوصا في أحكام المعاملات.

ومن المعاملات المستجدة التي ظهرت في وقتنا المعاصر ما يسمى بـ "عقد المقاولة" الذي انتشر بين الناس في الآونة الأخيرة، وهذا ما دعاني لدراسته لاسيما أن الأحكام التي يعتمد عليها ما هي إلا قوانين وضعية أو تشريعات من أعراف الناس؛ فكانت الحاجة ماسة لبيان الأحكام الشرعية لهذا العقد في الفقه الإسلامي وبيان أوجه الاختلاف بينه وبين ما يشابهه من العقود.

والإشكالية التي تفرض نفسها في هذا البحث هي:

ما التكييف الفقهي لعقد المقاولة وما مدى استقلاليته عن غيره والفرق بين هذا العقد وسائر العقود في الفقه الإسلامي؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في:

- أهمية عقد المقاولة في واقعنا؛ لأن أعمال كثيرة تتكون به.
- كشف مشروعيته وبيان مرونة الفقه الإسلامي.
- بيان استقلالية عقد المقاولة عن غيره من العقود.

الدراسات السابقة:

تناول هذا الموضوع كثير من العلماء، وبوجوه عدة لكن ركزت بحثي على مجال البناء، وكذا التمييز بينه وبين ما يشابهه من العقود لنتوصل إلى أنه عقد مستقل بذاته له أحكامه وقوانينه الخاصة، ومن هذه الدراسات الآتي:

- التزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء، عكو فاطمة الزهرة، رسالة ماجستير، إشراف: الغوتي بن ملحة، كلية الحقوق بن عكنون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2005/2004م.
- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، زياد شفيق حسن قرارية، ماجستير في الفقه والتشريع، إشراف: حسن سعد عوض خضر، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، نابلس- فلسطين.
- عقد المقاولة، عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1425هـ.
- المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، عبد الرزاق حسين يسن، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، رسالة دكتوراه.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

- بيان حقيقة عقد المقاولة.
- بيان أوجه التشابه والاختلاف بين عقد المقاولة وما يوازيه من العقود.

- التكييف الفقهي لعقد المقاولة، والتمييز بينه وبين العقود ذات الصلة به.
- بيان استقلالية عقد المقاولة عن العقود الأخرى.

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة وخصائصه

سنحاول من خلال هذا المبحث أن نبين مفهوم عقد المقاولة لغة واصطلاحا في المطلب الأول، ثم نتطرق بعد ذلك إلى خصائص هذا العقد في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فتكلمت فيه عن أركان هذا العقد وشروطه.

المطلب الأول: مفهوم عقد المقاولة

الفرع الأول: المقاولة في اللغة

من قَاوَلَ، يُقَاوِلُ، مُقَاوَلَةً، فهو مقَاوِلٌ، والمفعول مقاوَلٌ، قَاوَلَ فُلَانًا في الأمْرِ: بَاحَثَهُ وجَادَلَه، فَاوضَهُ فِيهِ[1]، وتَقَاولا: أي تفَاوَضَا[2]، وأعطاه العَمَلَ مُقَاوَلَةً على تعهد منه بالقيام به، والمقَاوِلُ؛ من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء بيت أو إصلاح طريق، وتوضح التفصيلات له في عقد يوقعه المتعاقدان، والمقَاوَلَة: اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة[3].

الفرع الثاني: المقاولة في الاصطلاح الشرعي

عندما نبحث عن مفهوم المقاولة في الاصطلاح الفقهي لا نجد لها تعريفا مباشرا لكون هذا العقد من العقود المستجدة والمستحدثة اسما، لكن هذا العقد عرف معنى وعملا، فقد عرفه المتأخرون من الفقهاء مستندين في ذلك إلى العقود المطابقة لأوصافه كعقد الاستصناع وعقد الإجارة[4] فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (124): "الاستصناع: عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع"[5]، وأضاف علي حيدر عند شرح هذه المادة مثالا مفاده أن عقد المقاولة يشبه عقد الاستصناع وعقد الإجارة قال: "إذا قاول شخص خياطا على صنع جبة وقماشها وكل لوازمها من الخياط فيكون قد استصنعه تلك الجبة وذلك هو الذي يدعى بالاستصناع، أما لو كان القماش من المستصنع وقاوله على صنعها فقط فيكون قد استأجره والعقد حينئذ عقد إجارة لا عقد استصناع"[6].

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي – رحمه الله- بقوله : "المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[7].

والمقاول في عقد مقاولة البناء هو الشخص الذي يعهد إليه بتشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة، بناء على ما يقدم له من تصميمات وذلك مقابل أجر، ودون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة[8].

والخلاصة التي توصلنا إليها من خلال هذه التعاريف أن: "عقد المقاولة هو اتفاق بين طرفين يتعهد فيه أحد الطرفين بأن ينجز عملا في زمن معين مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر".

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة

يتضح من خلال التعريفات السابقة أن عقد المقاولة يتميز بالخصائص التالية:

أولا/ أنه عقد رضائي: فلا يشترط في انعقاده شكل معين بل يكتفى في ذلك بالإيجاب والقبول، فيجوز إبرامه بالكتابة أو مشافهة، أو حتى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق[9] ولا بد أن يكون الإيجاب كاملا وإلا عدَّ دعوة إلى التعاقد.

ثانيا/ أنه عقد معاوضة: لأن كلا الطرفين يهدفان من تعاقدهما إلى الحصول على منفعة مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويقابل ذلك عقد التبرع الذي لا يقوم على المبادلة فلا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطي.

ثالثا/ أنه عقد ملزم للجانبين: فالمقاول يلتزم بإتمام العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، وصاحب العمل يلتزم بتسلم العمل بعد إتمامه وبدفع البدل.

رابعا/ أنه عقد وارد على العمل: فالعنصر الجوهري في العقد مطلوب من المقاول، وهو القيام بعمل معين، وكونه أيضا يقوم بالعمل باستقلال تام، ولا يخضع لأي نوع من التبعية أو الإشراف من جانب صاحب العمل.

خامسا/ أنه عقد محدد: أي يستطيع كل طرف أن يحدد عند التعاقد قيمة ما يأخذه بمقتضاه وقيمة ما يعطي دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقد الغرر.

سادسا/ أنه عقد زمني: أي أن الزمن عنصر جوهري فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به العمل، وهذا يعني أن الالتزامات تتقابل فيه تقابلا تاما، لا في الوجود فحسب بل أيضا في التنفيذ، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر[10].

المطلب الثالث: أركان عقد المقاولة

سبق وذكرنا أن عقد المقاولة من العقود المستجدة (اسما) في الفقه الإسلامي، لكن عرف هذا العقد معنى وعملا؛ لهذا تنطبق عليه الشروط الواجب توفرها في كل عقد، وهي التراضي والعاقدان ومحل العقد (المعقود عليه)، وموضوع العقد.

الفرع الأول: التراضي

التراضي في اللغة: من الرضا بخلاف السخط، وقول الفقهاء تشهد على رضاها أي على إذنها جعلوا الإذن رضا لدلالته عليه وأرضيته إرضاء وراضيته مراضاة ورضاء مثل: وافقته موافقة ووفاقا[11].

والرضا: هو الرغبة في الفعل أو القول والارتياح إليه، والتفاعل يدل على الاشتراك[12].

والتراضي هو أساس انعقاد العقود، والإيجاب والقبول ونحوهما وسيلة للتعبير عنه، ينبغي أن يكون الرضا الذي دل عليه التعبير خاليا عن العيوب، وإلا اختل التراضي، فيختل العقد[13].

وقد اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما[14].

ويجب أن يقوم التراضي على شروط معينة:

- التراضي على ماهية العقد إذ لا تنعقد المقاولة إلا إذا تراضى طرفاها على ماهيتها بأن تتجه إرادة أحدهما إلى أن يقوم بعمل معين واتجهت إرادة الطرف الآخر إلى دفع الأجر مقابل هذا العمل.
- التراضي على العمل فلكي تنعقد المقاولة يجب أن يتم التراضي بين المقاول ورب العمل المطلوب.
- التراضي على الأجر بأن يوافق أحد الطرفين على مقدار الأجر الذي عرضه لطرف آخر[15].

الفرع الثاني: العاقدان

العاقدان في عقد المقاولة هما رب العمل والمقاول؛ فالأول يتعهد بإعطاء بدل (أجر) لقاء عمل يتعهد بتنفيذه الثاني، وليس كل متعاقد صالح لإبرام هذا العقد، فهناك شروط يجب أن تتوفر فيهما هي كالآتي:

- **أهلية التصرف**: يشترط في عقد المقاولة أن يكون كل من طرفي العقد أهلا لصدوره عنه؛ وتتحقق هذه الأهلية في الإنسان البالغ العاقل الرشيد غير المحجور عليه بأي سبب من أسباب الحجر، والأهلية

المشترطة في هذا العقد هي أهلية الأداء التي تعني صلاحية الشخص لصدور الأقوال منه على وجه يعتد به شرعا[16].

- **أن يكون العاقد متعددا**: والمراد به أن يكون المقاول غير صاحب العمل، فلو كان المقاول هو صاحب العمل لم ينعقد العقد ووقع باطلا[17].

وذلك لأن للمقاولة حقوقا متضادة مثل التسليم والتسلم، ومثل طلب المقاول زيادة الثمن وطلب صاحب العمل نقصانه، ولا يعقل كون الشخص الواحد في زمن واحد مسلّما ومستلما طالبا ومطالبا، وبذلك لا تؤمن المحاباة في العقد ولا يسلم غالبا من الغبن[18].

الفرع الثالث: محل العقد – المعقود عليه-

محل العقد أو المعقود عليه فهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه وهو الغاية منه ومقصده البين[19]، ويشترط في المعقود عليه في عقد المقاولة الآتي:

- أن يكون المعقود عليه مشروعا، وذلك بأن يكون مملوكا متقوما، فإن لم يكن محل العقد مشروعا كأن وقع التعاقد بين رب العمل والمقاول على قيام المقاول بتهريب المخدرات أو نحوها من المحرمات كان عقد المقاولة باطلا.
- أن يكون معلوما للعاقدين: وذلك بالرؤية أو بالوصف النافي للجهالة، فإن لم يكن المحل معلوما لم تنعقد المقاولة.
- أن يكون مقدورا على تسليمه، فإن كان المقاول غير قادر على تسليم المعقود عليه فإن العقد يصبح باطلا[20].

الفرع الرابع: البدل

البدل هو المال الذي يلتزم صاحب العمل بأدائه للمقاول مقابل تنفيذ المقاول لما تعهد به من العمل حسب الشروط المتفق عليها، وهو يقابل الثمن في البيع والأجرة في الإجارة، ويشترط فيه:

أولا: أن يكون البدل موجودا في عقد المقاولة: البدل ركن من أركان عقد المقاولة، يجب تحديده والاتفاق عليه وقت العقد، فالمقاولة من عقود المعاوضات، وإذا لم يذكر البدل كان العقد من عقود التبرعات.

ثانيا: أن يكون معلوما في العقد: وذلك بتحديده والاتفاق على مقداره ونوعه وصفته وقت التعاقد؛ لأن المقاولة من عقود المعاوضات التي فيها البدل ركنا من أركانها.

ثالثا: أن يكون البدل مشروعا: يشترط في البدل أن يكون مشروعا أو جائزا التعامل به، وعليه لا بد من توافر شرطين هما: المالية والتقوّم[21].

المبحث الثاني: أنواع مقاولي البناء ودور المقاول وصاحب العمل في مقاولة البناء

المطلب الأول: أنواع مقاولي البناء

يمكن تصنيف مقاولي البناء بحسب علاقتهم مع رب العمل إلى نوعين:

الفرع الأول: المقاول الأصلي

وهو الذي يتولى عملية البناء والتشييد، حيث يعهد له مالك البناء بمهمة تنفيذ أشغال البناء، وذلك بناءً على عقد اتفاقي بين الطرفين، يتعهد بموجبه المقاول بتنفيذ أشغال إنجاز مشروع البناء، مقابل أجر يتعهد بتقديمه مالك المشروع تحت التشييد ويتم هذا في إطار ما يعرف بعقد المقاولة.

الفرع الثاني: المقاول من الباطن

يقصد بالمقاول من الباطن، الذي يفوضه المقاول الأصلي للقيام بالأعمال التي اتفق على تنفيذها مع مالك المشروع[22].

المطلب الثاني: دور المقاول في مقاولة البناء

يمارس المقاول عملا ذا طبيعة تجارية ويتسم عمله ونشاطه بالطابع المادي، حيث يتولى تنفيذ عقد المقاولة، فيعهد إليه من جانب صاحب البناء أو المهندس المعماري، بتنفيذ الرسومات الهندسية المعمارية، والإنشائية في موقع البناء.

وعليه واجب الإدارة وحراسة المواد المستخدمة في البناء مع اكتشاف الأخطاء التي يحتمل تصور وجودها في التصميمات والرسومات، والرجوع إلى المهندس المشرف والمهندس المصمم، لإصلاح هذا الخلل كما يقوم بمراقبة ومتابعة مكان التنفيذ لتحاشي وقوع أي أضرار قد يحتمل حدوثها سواء للمارة أو لصاحب البناء، ويتضح من ذلك أن عمل المقاول ذو طابع مادي وتنفيذي[23].

المطلب الثالث: التزامات مالك البناء والمقاول في عملية البناء

الفرع الأول: التزامات مالك البناء

وتتمثل في دفع الأجرة وتمكين المقاول من إنجاز العمل وتسلم العمل بعد إنجازه وفي الآتي تفصيل كل التزام

1- دفع الأجرة.

الأجرة لغة: هي الجزاء على العمل[24]، وشرعا: العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر في مقابلة المنفعة التي يأخذه[25].

والأصل في الأجرة أن تكون نقدا، ويجوز أن تكون عينا، فإن كانت نقدا فيشترط العلم بعددها وصفتها وجنسها، وإن كانت عينا فيشترط أن تكون مما يجوز التعامل فيه، وأن تكون معينة برؤية أو صفة مضبوطة تنفي الجهالة وتمنع الغرر؛ لأن الأجرة إذا كانت مجهولة كانت مدعاة للخصام والنزاع[26].

ولما كان الهدف من عمل الأجير الحصول على الأجرة، وقد تكون المصدر الرئيسي أو الوحيد للرزق بالنسبة لكثير من الأجراء جاء الشرع بوجوب الوفاء بها فقد روى عن عبد الله بن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ، قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ» [27]، وهذا دليل على وجوب إعطاء الأجير أجره.

والأصل أن يتفق الأجير والمستأجر على تنظيم دفع الأجرة فلهما أن يتفقا على تعجيلها أي دفعها بعد العقد وقبل الفراغ من العمل، أو تأجيلها أي دفعها بعد الفراغ من العمل، أو تنجيمها أي دفعها على دفعات[28].

2- تمكين المقاول من إنجاز العمل: يجب على رب العمل أن يمكن المقاول من إنجاز العمل المتفق عليه وذلك لسببين:

السبب الأول: أن عقد المقاولة لازم؛ يلتزم بموجبه المقاول بالعمل، ويلتزم رب العمل بدفع الأجرة فوجب على كل منهما تنفيذ التزامه والوفاء بما تعاقدا عليه ولا يحق لرب العمل أن يعيق المقاول عن تنفيذ التزامه وقيامه بواجبه؛ لأن هذا ينافي الوفاء بالعقود والذي جاء الأمر به بقول الله سبحانه وتعالى:(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) [سورة المائدة:1] فإذا لم يمكن رب العمل المقاول من القيام كان سببا في عدم وفاء المقاول بالعقد.

السبب الثاني: أن رب العمل إذا لم يمكن المقاول من تنفيذ العمل يكون قد تسبب في ضياع منفعة المقاول هدرا؛ وذلك لأن المقاول لا يستحق الأجرة إلا بتنفيذ العمل فإذا لم ينفذ العمل فلا أجرة له ولا يملك رب العمل أن يضيع جهد المقاول هدرا.

ويكون التمكين بتوفير ما يحتاجه المقاول من تراخيص العمل من الجهات المسئولة كرخص البناء ونحوها، أو كأن يحتاج إلى إذن من الجار لبدء العمل فلا بد من الحصول على هذا الإذن.

كما أن على رب العمل ألا يتعمد إيجاد العراقيل أمام المقاول؛ ويدل على وجوب هذه الأشياء: أنها مما يحصل به التمكين وهو واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[29].

3- تسلم العمل بعد إنجازه: عرّف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري تسلم العمل بأنه: "الاستيلاء على عمل من قبل رب العمل بعد أن يضعه المقاول تحت تصرفه شرط أن لا يكون هناك مانع للاستيلاء عليه" [30]

الفرع الثالث: التزامات المقاول في عملية التشييد والبناء

1- الالتزام بتنفيذ العمل: إن مهمة تنفيذ أشغال البناء الموكلة للمقاول يقصد به، قيام المقاول بنقل الرسومات والتصاميم الهندسية، من حيز نظري إلى حيز الواقع، وذلك عن طريق خلط مواد مختلفة، وإقامة أعمدة حديدية متماسكة تعرف بأساسات البناء، ووضع الأعمدة والمحاور الأساسية؛ وذلك وفقا لنسب محددة متعارف على استخدامها في عرف مهنة البناء، حيث يتم كل هذا وفقا لما جاء في التصميم المعماري السابق، الذي وضع من طرف المهندس المعماري [31].

يلتزم المقاول بتنفيذ العمل المعهود به إليه بمقتضى عقد المقاولة، فإن كان المطلوب منه تحقيق نتيجة معينة، كإصلاح شيء، أو إقامة بناء، أو وضع تصميم معماري، فإن تنفيذه للعمل يكون بتحقيق هذه النتيجة، أما إذا كان المقاول لا يلتزم بتحقيق نتيجة معينة، بل بمجرد بذل عناية أو توخي حيطة في القيام بعمل معين، فإن تنفيذه لالتزامه يكون ببذل هذه العناية أو يتوخى تلك الحيطة، ويعتبر المقاول موفيا بالتزامه هذا إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي، ما لم يتفق على وجوب بذل عناية أكبر من عناية الشخص العادي [32].

يجب على المقاول أن يقوم بإنجاز أشغال البناء بحسب الطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة وعليه أيضا أن يقدم العناية اللازمة في ذلك، سواء كان هو من قدم مادة العمل أو قدمها رب العمل، على أن يلتزم في كل الأحوال باحترام آجال الإنجاز[33].

كما يقتضي إنجاز أعمال البناء أن يبذل المقاول العناية اللازمة في ذلك، وتختلف العناية المطلوبة باختلاف طبيعة الالتزام المفروض على المقاول، بحيث إذا كان الالتزام هو تحقيق نتيجة أو غاية كإقامة بناء أو تعديله أو ترميمه أو هدمه، فلا تبرأ ذمة المقاول إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب، وإذا لم تتحقق هذه النتيجة عد المقاول مخطئا، ولا يستطيع نفي الخطأ بالقول أنه قام ببذل العناية اللازمة، بل له فقط إثبات السبب الأجنبي لدفع مسؤوليته.

أما إذا كان التزام المقاول هو التزام ببذل العناية كقيامه بإدارة العمل والإشراف على التنفيذ، فإن المطلوب من المقاول في هذه الحالة هو بذل العناية، وهي عناية الرجل العادي في إنجاز العمل المعهود إليه، فيجب على المقاول أن يبذل عناية من في مستواه من المقاولين، وإن لم يفعل عد مخطئا[34].

2- تأمين المشروع من حوادث الانهيار والحرائق أثناء أشغال البناء: إن المقاول ملزم باكتتاب عقد التامين أثناء سريان أشغال البناء وهذا يتعلق بتغطية كل الحوادث التي قد تطرأ على المشروع أثناء إنجاز الأشغال ويضمن عقد التأمين تأمين الحوادث التالية:

- تأمين المشروع من كل الانهيارات التي تحدث أثناء إنجاز الأشغال سواء جزئيا أو كليا، وكذلك حوادث الحريق، وأفعال التخريب؛ والمقصود بهذا الأخير بوجه عام هو كل ما من شأنه تعطيل الاستفادة بشيء إلا أن الجديد في هذه الجريمة هو أداة التخريب المستعملة وهي الألغام، والمتفجرات بمختلف أنواعها.

- تأمين المسؤولية المهنية وهذا فيما يخص أطراف العقد فيما يتعلق بالعمال، الآلات واللوازم...الخ[35].

3- التزام المقاول بالحفاظ على المادة: يقصد بالتزام المقاول بالحرص على المادة أن يحافظ عليها، وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسئولا عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وإذا احتاج الحفاظ على المادة إلى نفقات تحملها المقاول؛ لأنها تعتبر جزءا من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر، ويستوي أن تكون المادة المقدمة من رب العمل شيئا قيميا أو مثليا.[36]

كما يجب على المقاول أن يستخدم المادة طبقا لأصول الفن بحيث أن لكل مهنة أو حرفة أصول وقواعد يلتزم بها أهل المهنة والفن، ولما كان مقاول البناء من أهل الفن المعماري فعليه أن يحترم أصول فن البناء والعمران[37].

4- المحافظة على الأشياء المسلمة له

5- الالتزام بتسليم العمل: إذا انتهى المقاول من انجاز العمل وجب عليه أن يقدمه لمالك المشروع، وقد حدد القانون كيفية وزمان ومكان التسليم وتفصيل ذلك في الآتي:

كيفية التسليم: يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل، بحيث يتمكن هذا الأخير من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلا على العمل، فإن هذا يعتبر تسليما وليس تسلما، الذي هو التزام على رب العمل لا المقاول.

وطريقة تسليم البناء تكون طبقا للقواعد العامة إما بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه بحيث يتمكن رب العمل الاستيلاء على البناء والانتفاع به، وقد يتم التسليم أيضا بتسليم مفاتيح البناء إلى رب العمل[38].

وهناك من عرف التسلم بأنه: "تصرف قانوني حضوري متعدد الأطراف صادر من رب العمل بحضور مهندسه المعماري؛ وهو عبارة عن إظهار إرادة صاحب العمل بالموافقة على الأعمال"[39]

زمان التسليم: يكون عادة زمن التسليم بعد انقضاء مدة العقد مباشرة، ويكون بالاتفاق بين أطراف عقد المقاولة، وفي زمن معلوم، بمعنى أن لا يتم الاتفاق على زمان معين للتسليم، فهنا يتم التسليم مباشرة بعد الانتهاء من العمل، لكن في هذه الحالة يجب على أن يتم الاتفاق على زمان الانتهاء من الأشغال، فلا يحق للمقاول حبس العين ووجب عليه وضعها تحت تصرف رب العمل، أما في حالة ما إذا لم يتفقا على زمان معين للانتهاء من العمل، ولا موعد لتسليمه، فإن زمان التسليم يكون في ميعاد معقول[40].

مكان التسليم: يكون التسليم طبقا للقواعد العامة في المكان المتفق عليه في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق، ففي المكان الذي يحدده عرف الصنعة، أو في موطن المقاول، أو في مكان مركز أعماله على اعتبار أن المقاول هو المدين بالتسليم، غير أنه لما كانت أعمال البناء ترد على العقار، فإن التسليم يكو في مكان وجود العقار[41].

6- **التزام المقاول بالإعلام والإرشاد**: المقاول مستشار عميله الذي يُليه ثقة من الناحية الفنية، ومن ثم عليه أن يشير عليه بالرأي حول كل أوجه المشروع المكلف بتنفيذه إذا كانت عملية التنفيذ تتم دون إشراف من المهندس المعماري، وكان رب العمل عديم أو قليل الخبرة في مسائل التشييد والبناء[42].

وواجب النصح والإرشاد يقع عل عاتقه، سواء تجاه رب العمل أو المهندس المعماري إن وجد، مثل لفت انتباه المهندس المعماري ورب العمل إلى الأخطاء الموجودة في التصميم ومواد البناء، وكذلك إلى سلبيات الأوامر التي تلقاها المقاول من أي منهما، وواجب النصح والإرشاد هذا، يكون في كل مراحل تنفيذ العمل، قبل البدء بالأشغال وأثناءها[43].

المبحث الثالث: التكييف الفقهي لعقد المقاولة ودليل مشروعيتها

المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقد المقاولة(44)

اختلف العلماء المعاصرون في توصيف عقد المقاولة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: هناك من يرى أن عقد المقاولة من العقود المستحدثة بصرف النظر عن التزام المقاول، هل يلتزم بتقديم العمل والمواد معًا، أو يلتزم بتقديم العمل دون المواد، ولا بد من الاعتداد بمشروعيته إذا توفرت فيه الأركان والشروط المعتبرة لمسيس الحاجة إليه في هذا الزمان. وكون عقد المقاولة يشبه الاستصناع، أو يشبه عقد الإيجار هذا شبه عارض لا يختلف في حقيقته عن ذلك الشبه الذي يجده المرء بين العقود القديمة ذاتها.

فعلى سبيل المثال من الوارد أن يجد المرء ثمة تشابهًا بين شركة العنان، وشركة المفاوضة باعتبار أن كل واحدة منهما تقوم على الخلط بين المالين بيد أنه من المعروف أن لكل واحدة منهما كيانها الخاص، وأنهما تختلفان في قضايا أخرى متصلة بحقيقتهما وجوهرهما مما يحتم عدم إلحاق إحداهما بالأخرى في الحكم(45).

وإلى هذا القول ذهب الدكتور مصطفى سانو، والدكتور محمَّد جبر الألفي، وفضيلة الشيخ محمَّد النجيمي.

القول الثاني: يقابله قول آخر يرى أن عقد المقاولة هو استبدال لعقد الاستصناع من كل الوجوه، وليس ثمة فرق بين المقاولة والاستصناع سوى الاسم. وقد ذهب إلى هذا مجموعة من الباحثين منهم الدكتور أحمد يوسف، والدكتور محمَّد رواس قلعجي.

يقول الدكتور محمَّد رواس قلعجي ما نصه: "ما يعرف اليوم بعقد المقاولة هو نفسه الذي كان يعرف في القديم عند الفقهاء بعقد الاستصناع"(46).

وهذا الكلام مقبول حيث تكون المواد من الصانع، أما حيث تكون المواد من صاحب العمل فهي مقاولة وليست استصناعًا.

القول الثالث: هناك فريق من العلماء ينظر في توصيف عقد المقاولة إلى طبيعة التزام المقاول، فإن كان تعهد المقاول على أن يقدم العمل والمادة معاً، فإن العقد يكون استصناعًا، وإن كان تعهد المقاول على أن يقدم العمل فقط، والمادة من رب العمل، فإن العقد سيكون من قبيل الأجير المشترك، وكلاهما يجتمعان تحت اسم عقد المقاولة(47).

وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، رقم 129 (14/3) وفيه: "عقد المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا، أو يؤدي عملًا مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر - وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة، وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع، أو قدم المقاول العمل، وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل"(48).

إذن فعقد المقاولة يشتمل على صورتين رئيسيتين هما:

الصورة الأولى: أن يقدم المقاول العمل فقط ويقدم رب العمل المواد وهذه الصورة هي في حقيقتها عقد إجارة الأجير المشترك، وذلك لأنه يتم التعاقد بين المقاول ورب العمل على إنجاز عمل موصوف في الذمة دون أن يكون لرب العمل أحقية امتلاك نفع المقاول في جميع مدة العقد، وهذا ما ينطبق على الأجير المشترك.

الصورة الثانية: أن يقدم المقاول العمل والمواد أيضا وهذه الصورة في حقيقتها عقد استصناع.

وعلى هذا فعقد المقاولة عقد يندرج تحته عقدان من العقود المسماة هما عقد إجارة الأجير المشترك، وعقد الاستصناع فيأخذ أحكامهما.

ولا يعني هذا أن المقاولة مزيج من العقدين أو أنه لا بد من توفرهما جميعا لكي يكون العقد مقاولة، بل عقد المقاولة قد يكون أحيانا عقد إجارة الأجير المشترك فيأخذ أحكامه، وقد يكون أحيانا استصناعا فيأخذ أحكامه.

وأما العقود التي يمكن أن تدخل في عقد المقاولة مثل عقد الوكالة فهذه لا تؤثر في تكييف العقد، وذلك لاستقلالها عنه استقلالا تاما؛ إذ قد يكون رب العمل عقد مع المقاول عقد مقاولة، كما أنه عقد معه وكالة أيضا، فهنا عقد الوكالة مع أنه ما عُقد بينهما إلا لوجود عقد المقاولة بينهما، إلا أن لكل من العقدين استقلاله التام عن الآخر[49].

المطلب الثاني: أدلة مشروعية عقد المقاولة

ذكرنا آنفا أن عقد المقاولة عرف معنى وعملا في الفقه الإسلامي وذلك لتطابق أوصافه مع بعض العقود خصوصا عقد الاستصناع والإجارة فكان لزاما أن تكون أدلة مشروعية هذه العقود تشمل عقد المقاولة.

الفرع الأول: من القرآن الكريم

1- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة:1).

ووجه الاستدلال من الآية: أنها أمرت بالوفاء بالعقود على وجه العموم، دون تخصيص لعقد معين، فشملت العقود التي عقدها الله على عباده وألزمهم بها من الأحكام والطاعات؛ كالحج والصيام والاعتكاف وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام، وشملت العقود التي يعقدها الناس فيما بينهم من عقود المعاملات؛ من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة و طلاق ومزارعة وتمليك وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور تحقيقا لمصالحهم مادام ذلك لا يتعارض مع قواعد الشريعة وأصولها[50]، وعقد المقاولة يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام.

2- قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة:275).

ووجه الاستدلال من هذه الآية: قال الشافعي: فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى[51]، و يندرج تحت هذه البيوع ما يسمى عقد المقاولة.

3- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (النساء: 29).

ووجه الاستدلال من هذه الآية: أن الله تعالى ينهى كل واحد من المؤمنين عن أكل مال غيره بالباطل، وعن أكل مال نفسه بالباطل لأن قوله تعالى: (أَمْوالَكُمْ) يقع على مال نفسه ومال غيره، فكل الأموال هي للأمة، وأكل مال نفسه بالباطل: إنفاقه في المعاصي، وأكل مال غيره بالباطل أي بأنواع المكاسب غير المشروعة كالرّبا والقمار والغصب والبخس، فالباطل: ما يخالف الشرع.

وإذا لم يجز أكل المال بالباطل وهو غير المشروع والمأخوذ من عين أو منفعة ظلما من غير مقابل، فيجوز أخذه بالتراضي الذي يقرّه الشرع، لذا قال الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ﴾ أي ولكن كلوا الأموال بالتجارة القائمة على التراضي ضمن حدود الشرع، والتجارة تشمل عقود المعاوضات

المقصود بها الربح، وخصّها بالذّكر من بين أسباب الملك لكونها أغلب وقوعا في الحياة العملية، ولأنها من أطيب وأشرف المكاسب[52] ويعتبر عقد المقاولة من عقود المعاوضات الذي يكون عن تراض بين المقاول وصاحب العمل قاصدين منه الربح والتكسب.

الفرع الثاني: من السنة النبوية

1- ما رواه سعد بن سهل أن رسول الله ﷺ بعث إلى امرأة «أَنْ مُرِي غُلاَمَكِ النَّجَّارَ، يَعْمَلْ لِي أَعْوَادًا، أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ إِذَا كَلَّمْتُ النَّاسَ»، فَأَمَرَتْهُ يَعْمَلُهَا مِنْ طَرْفَاءِ الغَابَةِ، ثُمَّ جَاءَ بِهَا، فَأَرْسَلَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِهَا، فَأَمَرَ بِهَا فَوُضِعَتْ، فَجَلَسَ عَلَيْهِ [53].

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ أجاز استصناع المنبر بأن كان من النجار العمل وتقديم المواد اللازمة، وهذه صورة من صور عقد المقاولة وذلك بأن يقدم المقاول العمل والمادة معا مقابل بدل يتلقاه من رب العمل.

2- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجَّام أجره» ولو علم كراهية لم يُعطه[54].

ووجه الدلالة من هذا الحديث: نلاحظ أن الحجام قدَّم عمله فقط مقابل بدل يتلقاه من رب العمل وهذا من قبيل الإجارة وهي صورة من صور عقد المقاولة.

المبحث الرابع: تمييز عقد المقاولة عما يشبهه من العقود

تتمثل العقود الأخرى التي لها صلة بعقد المقاولة ومشابهة لها في عقد العمل (أولا)، وعقد الوكالة (ثانيا)، وعقد الإجارة (ثالثا) وعقد الاستصناع (رابعا)، وعقد السلم (خامسا)، وعقد الجعالة (سادسا)، وسنحاول من خلال هذا المبحث أن نعرف بهذه العقود ثم نبين الفرق بين هذه العقود وعقد المقاولة.

المطلب الأول: التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل

يقتضي التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل، استعراض أوجه الشبه بين المقاولة وعقد العمل، ثم نبين أوجه الاختلاف بينهما.

الفرع الأول: تعريف عقد العمل.

أولا/ لغة: عَمِلَ يَعْمَلُ عَمَلًا، فهو عَامِلٌ؛ واعْتَمَلَ الرَّجُلُ، إذا عَمِلَ بنفسه[55]، واسْتَعْمَلَهُ أي طلب إليه العَمَلَ، ورجل عَمِلٌ أي مَطْبوع على العَمَلِ[56].

ثانيا/ اصطلاحا: عرف السنهوري عقد العمل على أنه عقد يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر، وتحت إدارته وإشرافه، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[57].

الفرع الثاني: أوجه الاتفاق بين عقد المقاولة وعقد العمل

انطلاقا من تعريف كل من المقاولة وعقد العمل، نلاحظ أن كلا العقدين من العقود الواردة على العمل، وأن كلا من المقاول والعامل يؤدي العمل لحسب الغير، ويأخذان أجرا مقابل العمل الذي يقومان به.

كما يتفق العقدان أيضا أنهما من عقود المعاوضة أين نجد كل واحد من المتعاقدين يأخذ مقابلا لما يعطي، فضلا عن أن كلا العقدين من العقود التبادلية، أي الملزمة للجانبين[58].

الفرع الثالث: أوجه الاختلاف بين عقد المقاولة وعقد العمل

تختلف المقاولة عن عقد العمل من حيث طريقة العمل أولا، ومن حيث طبيعة العمل ثانيا.

أولا: من حيث طريقة العمل

إذا كان كل من عقد العمل وعقد المقاولة يردان على العمل، فإنهما يختلفان في طريقة أداء العمل والتي تعتبر المعيار المعول عليه حديثا للتمييز بين العقدين، بعدما كان قديما يعتمد على معيار آخر وهو طريقة تقدير الأجر الذي يعتمد بدوره على كمية الإنتاج و مقدار وقت العمل[59].

وتبعا لذلك يؤدي المقاول العمل الواقع على عاتقه مستقلا عن رب العمل، طبقا لشروط العقد المبرم بينهما، أما في عقد العمل، فإن العامل يؤدي عمله لحساب رب العمل تحت إدارة وإشراف هذا الأخير، أي ينفذ عمله تبعا لتعليمات رب العمل في حدود العقد المبرم بينهما، سوء كان يؤجر العامل بحسب مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج[60].

ثانيا: من حيث طبيعة الأداء

أن المقاولة ترد على عمل مادي، أما عقد العمل فإنه يرد على جميع أنواع العمل، سوء كان عملا ماديا أو غير مادي. فكل ما في الأمر يجب الاتفاق مسبقا على طريقة أداء العمل في العقد المبرم بين كل من المقاول والمهندس المعماري مع رب العمل.

وفي هذا المعنى نص المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي رقم 94-07 في مادته 19 على أنه يمكن للمهندس المعماري أن يمارس مهنته بصفة أجير، أي عامل لدى رب العمل[61].

المطلب الثاني: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الوكالة

لكي نميز بين عقد المقاولة وعقد الوكالة لا بد من استظهار أوجه التشابه بينهما وأوجه الاختلاف.

الفرع الأول: مفهوم عقد الوكالة

أولا/ الوكالة في اللغة: مصدر الوكيل بكسر الواو وبالفتح لغة، الوكيل من وكل إليه الأمر بالتخفيف أي ترك وسَلَّمَ، تقول في الدعاء لا تكلني إلى نفسي، وهو من حَدِّ ضَرَبَ و وَكَّلَهُ بالتشديد أي جعله وكيلا[62].

ثانيا/ الوكالة اصطلاحا: اتفق الفقهاء في معنى الوكالة وعرفوها بتعريفات مختلفة اللفظ لكنها بنفس المعنى.

فقد عرفها الحنفية: "إِقامَةِ الإِنْسَانِ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي تَصُرُّفٍ مَعْلُومٍ"[63].

وعرّفها المالكية: "نِيَابَةُ ذِي حَقٍّ غَيْرِ ذِي إِمْرَةٍ وَلاَ عِبَادَةٍ لِغَيْرِهِ فيه غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ بِمَوتِهِ"[64].

وعرفها الشافعية:" تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة"[65].

وعرفها الحنابلة: "استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة وتصح بكل قول يدل على الإذن"[66].

الفرع الثاني: أوجه الشبه بين عقد المقاولة وعقد الوكالة

يتضح من تعريف عقد الوكالة أن كلا العقدين من العقود الواردة على العمل، وأن هذا العمل يؤدى لحساب الغير، كما يتفق عقد الوكالة مع عقد المقاولة في الأجر، في حالة كون الوكالة بأجر، وفي هذه الحالة يتفق العقدان في كونهما من العقود الملزمة للجانبين، وكذلك من عقود المعاوضة[67].

الفرع الثالث: أوجه الاختلاف بين عقد المقاولة والوكالة

يختلف عقد المقاولة عن عقد الوكالة في الآتي:

1- الوكالة قد تكون بأجر و بغير أجر، و الأصل فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمني يقضي بأن يكون للوكيل أجر، وإذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعا لتقدير القاضي، أما المقاولة فتكون دائما مأجورة، ومتى عين الأجر، لا يملك القاضي تعديله[68].

2- أن الوكيل يعمل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل، وفي هذه الحالة يكون تابعا له، ويكون الموكل مسئولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع، أما في المقاولة، فإن المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل، فهو لا يخضع لإشرافه ولا يكون تابعا له[69].

3- في الوكالة يكون الوكيل نائبا عن الموكل وبالتالي فهو يلزمه بتصرفاته، وتنصرف هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل ولا شيء منها ينصرف إلى الوكيل، أما في المقاولة؛ فنجد أن المقاول لا ينوب عن رب العمل، وبالتالي فإن التصرفات التي يجريها لا ينصرف أثرها إلى رب العمل، وإذا كان هذا الأخير مسئولا مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقاول من عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تجاوز القدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى[70].

4- أن الوكيل في عقد الوكالة ليس بمضارب، ولا يعرض نفسه للكسب أو للخسارة، فهو إما أن يقوم بعمل تبرعا، وإما أن يأخذ أجرا مناسبا للعمل، أما المقاول فهو مضارب، معرض للكسب وللخسارة، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل، فلا شأن لرب العمل بذلك، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر[71].

5- الوكالة في الأصل عقد غير لازم، ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه في أي وقت، بعكس المقاولة التي تعتبر أصلا عقدا لازما.

6- تنتهي الوكالة بموت الموكل، أو بموت الوكيل، أما المقاولة فلا تنتهي بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار[72].

المطلب الثالث: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الإجارة

الفرع الأول: تعريف الإجارة

أولا/ لغة: الإجارَة: مِنْ أَجَر يَأْجِرُ، وَهُوَ مَا أعطيت مِنْ أَجْر فِي عَمَلٍ. والأَجْر: الثَّوَابُ؛ وَقَدْ أَجَرَه اللَّهُ يأْجُرُه ويأْجِرُه أَجْرًا وآجَرَه اللَّهُ إِيجارًا، وأْتَجَرَ الرجلُ: تَصَدَّقَ وَطَلَبَ الأَجر [73].

ثانيا/ اصطلاحا: هي عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مالٌ. وتمليك المنافع بعوضٍ إجارةٌ، وبغير عوض إعارةٌ[74].

الفرع الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة والإجارة

يتفق عقد المقاولة مع عقد الإجارة في أمور، ويختلف عنه في أخرى.

فأوجه الاتفاق بين العقدين هي:

1. كل من العقدين عقد معاوضة، يقصد المؤجر الحصول على عوض منفعة ما أجره، ويقصد المقاول الحصول على عوض عمله.
2. كل من العقدين عقد لازم، لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه دون سبب من أسباب الفسخ.
3. كل من العقدين ليس عقدا فوريا - كالبيع- بل كل منهما عقد تستمر فيه العلاقة بين العاقدين مدة العقد[75] وذلك لأن الزمن فيهما يمتد تنفيذه ويتراخى إلى أجل إنهاء العمل.
4. كل من العقدين عقد مؤقت؛ فكل منهما لا يقتضي التأبيد، بل يؤقت بمدة العقد، سواء كان التأقيت بزمن أم كان بمدة إنجاز العمل.
5. المعقود عليه في إجارة الأشياء المنفعة، وكذلك هي في إحدى صور عقد المقاولة[76].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد الإجارة في ما يلي:

1. المعقود عليه في عقد المقاولة يمكن أن يكون منفعة موصوفة في الذمة، ويمكن أن يكون عينا بينما في عقد إجارة الأشياء لا يكون إلا منفعة المستأجر فقط.

2. المقاول يلزمه بذل منفعته لإنجاز العمل المطلوب، بينما المؤجر لا يلزمه إلا تمكين المستأجر من الانتفاع.
3. لا يستحق المقاول الأجر إلا بإنجاز العمل المطلوب، بينما يستحق المؤجر الأجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ولو لم يحصل انتفاع.
4. المراد الحصول على منفعته في عقد المقاولة آدمي، بينما في عقد إجارة الأشياء يكون غير آدمي كالعقار والحيوان والمنقول.
5. إذا وقع التعاقد في المقاولة على شيء فإنما يراد إيجاده، ولذا يكون المعقود عليه عينا، بينما في إجارة الأشياء إذا وقع التعاقد على شيء فإنما تراد منفعته فيكون المعقود عليه المنفعة[77].

المطلب الثالث: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الاستصناع

حينما يقدم المقاول المادة اللازمة لتحضير الشيء المطلوب منه، إضافة إلى العمل فهذه صورة عقد الاستصناع، فالاستصناع صورة من صور عقد المقاولة، كما بينت ذلك سالفا في تكييف عقد المقاولة، ولكنني رغبت أن أزيد الأمر إيضاحا بأن أبين معنى الاستصناع ومشروعيته وأوجه الاختلاف بينه وبين عقد المقاولة.

الفرع الأول: مفهوم عقد الاستصناع

أولا/ الاستصناع في اللغة: صَنَعَه يَصْنَعُه صُنْعاً، فَهُوَ مَصْنوعٌ وصُنْعٌ: عَمِلَه. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ﴾ [النمل:88]، وَاسْتَصْنَعَهُ خَاتَمًا مُعَدًّى إِلَى مَفْعُولَيْنِ مَعْنَاهُ طَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَصْنَعَهُ (وَاصْطَنَعَ) عِنْدَهُ صَنِيعَةً إِذَا أَحْسَنَ إِلَيْهِ[78].

ثانيا/ الاستصناع في الاصطلاح: عرّفه الكاساني بقوله: "عَقْدٌ عَلَى مَبِيعٍ فِي الذِّمَّةِ شُرِطَ فِيهِ الْعَمَلُ"[79].

الفرع الثاني: مشروعيته

اختلف الفقهاء في حكم عقد الاستصناع فذهب الحنفية إلى جوازه؛ عملا بالاستحسان ولإجماع الناس على العمل به في سائر الأعصار، ولأن الحاجة تدعو إليه، بينما ذهبت المذاهب الأخرى إلى منعه، وعدّته من بيع المعدوم؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان الذي نهى عنه النبي ﷺ، لا على وجه السلم[80].

ومقتضى القياس لا يجوز الاستصناع؛ لأنه بيع المعدوم كالسلم، وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان.

ويجوز عند الحنفية استحسانا[81] لتعامل الناس وتعارفهم عليه في سائر الأعصار من غير نكير، فكان إجماعا منهم على الجواز، فيترك القياس وقد قال ﷺ:" لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ"[82].

وقال ابن مسعود: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[83].

ويصح الاستصناع عند المالكية[84] والشافعية[85] والحنابلة على أساس عقد السلم وعرف الناس، ويشترط فيه ما يشترط في السلم، ومن شروطه تسليم جميع الثمن في مجلس العقد.

ويصح عند الشافعية سواء حدد فيه الأجل لتسليم الشيء المصنوع أم لا بأن كان حالا[86].

الفرع الثالث: صور شبيهة بالاستصناع وليست منه

الصانع قد يصنع الأشياء لحساب نفسه ثم يعرض ما يصنعه منها للبيع، وليس ذلك استصناعا.

وقد يتعاقد الصانع مع المشتري بطريق السلم، بأن يبيعه شيئا موصوفا في الذمة دون أن يشترط كونه من صنعته، ويضرب للتسليم أجلا، ويقبض الثمن مقدما فليس ذلك استصناعا.

وقد يأتيه المحتاج للصنعة بالمواد الخام، ويطلب أن يصنعها له شيئا محددا، كأن يحضر له قماشا ويطلب عمله ثوبا، مقابل أجر معلوم، فذلك إجارة، وليس استصناعا.

أما الاستصناع فأن يطلب المحتاج للصنعة من الصانع أن يصنع له الشيء بمادة خام من عند الصانع، كأن يطلب من الخياط أن يصنع له ثوبا والقماش من الصانع، أو يطلب من مقاول البناء أن يبني له بيتا بمواصفات محددة، والمواد على حساب المقاول، سواء طلب بناءه جزئيا، كما لو طلب إنجاز بناء الهيكل فقط (العظم)، أو مع التشطيبات كلها، كما يعبر عنه بالتعبير الدارج (تسليم المفتاح)[87].

الفرع الرابع: أوجه الاختلاف بين عقد المقاولة والاستصناع

يمكن إجمال الفرق بين عقد المقاولة والاستصناع في ما يأتي:

1. هناك صورة من صور عقد المقاولة ليست عقد استصناع، وهي فيما إذا قدم المقاول العمل فقط، وكانت المواد من رب العمل؛ وعلى هذا فعقد المقاولة أعم من الاستصناع.
2. صورة عقد المقاولة التي يقدم فيها المقاول العمل والمواد معا يوجد بينها وبين الاستصناع بعض الاختلافات هي:

أولا: المقاولة عقد بينما يرى بعض الحنفية أن الاستصناع وعد لا عقد[88].

ثانيا: قد يتم في عقد المقاولة تحديد المدة بزمن، بينما في عقد الاستصناع إن اشترطت المدة فيما لا تعامل فيه بين الناس صار سلما باتفاق أئمة الحنفية، فإن كان فيما فيه تعامل الناس فهو سلم عند أبي حنيفة، استصناع عند الصاحبين.

وعلى هذا فيختلف عقد المقاولة عن عقد الاستصناع عند أبي حنيفة من ناحية ضرب المدة، بينما لا يختلف من هذه الناحية عند الصاحبين فيما إذا كان الاستصناع مما يجري تعامل الناس فيه.

ثالثا: عقد المقاولة عقد لازم بينما عقد الاستصناع عقد جائز قبل أن يحضر المصنوع إلى المستصنع، أما بعد إحضار المصنوع فجمهور الحنفية يرون أن العقد لازم للصانع، غير لازم للمستصنع، وعندهم ري آخر بأن العقد غير لازم للطرفين، ورأي ثالث لأبي يوسف؛ أن العقد لازم للطرفين.

وبذلك يتبين أن عقد الاستصناع يخالف عقد المقاولة من ناحية لزوم العقد إلا في حالة واحدة، وهي فيما إذا أحضر المصنوع وعلى رأي أبي يوسف فقط.

رابعا: يتصور وجود الشرط الجزائي في عقد المقاولة بينما لا يتصور وجوده في الاستصناع عند الحنفية لعدم لزومه عندهم.

أما من يرى أن عقد الاستصناع لازم في جميع مراحله فيجيز وجود الشرط الجزائي فيه.

وعلى هذا الرأي فلا اختلاف بين عقد المقاولة والاستصناع من هذه الناحية[89].

المطلب الخامس: التمييز بين عقد المقاولة وعقد السلم

الفرع الأول: مفهوم السلم

أولا/ لغة: السَّلَمُ بالتحريك السَّلَفَ، وَه السَّلَفُ نَوْعٌ مِنَ الْبُيُوعِ يُعَجَّل فِيهِ الثَّمَنُ وَتُضْبَطُ السِّلْعةُ بِالْوَصْفِ إِلَى أَجل مَعْلُومٍ، يُقَالُ سلَّفْتُ وأَسْلَفْتُ تَسْلِيفاً وإِسْلافاً وأَسْلَمْت بِمَعْنًى وَاحِدٍ، وَالِاسْمُ السَّلَف، وَهَذَا هُوَ الَّذِي تُسَمِّيهِ عوامُّ النَّاسِ عِنْدَنَا السَّلَم[90].

ثانيا/ اصطلاحا: فقد عرّفه ابن قدامة المقدسي الحنبلي بقوله:"السلم هُوَ أَنْ يُسْلِمَ عَيْنًا حَاضِرَةً فِي عِوَضٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ إلَى أَجَلٍ[91].

وعرّفه النووي في المجموع: "أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل"[92].

وعرّفه ابن عرفة: "السَّلَمُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يُوجِبُ عِمَارَةَ ذِمَّةٍ بِغَيْرِ عَيْنٍ وَلَا مَنْفَعَةٍ غَيْرُ مُتَمَاثِلِ الْعِوَضَيْنِ"[93].

وعرَّفه الحنفية بأنه: (بَيْعُ آجِلٍ) وَهُوَ الْمُسْلَمُ فِيهِ (بِعَاجِلٍ) وَهُوَ رَأْسُ الْمَالِ [94].

فالمبيع يسمى مُسْلَمًا فيه والثمن رأس المال، والبائع يسمى مسْلَمًا إليه والمشتري ربّ السلم[95].

والذي نلاحظه من هذه التعريفات أنها متقاربة المعنى ولا فرق بينها إلا من حيث اللفظ وهذا لا يؤثر فالعبرة في العقود بالمقاصد والمباني لا بالألفاظ والمعاني.

الفرع الثاني: مشروعية عقد السلم

اتفق الفقهاء[96] على مشروعية السلم، واستدلوا على ذلك من الكتاب بقَوْله تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ (البقرة: 282)، ومن السنة بما رواه ابن عباس – رضي الله عنهما- عن رسول الله ﷺ أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاثة فقال: "مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ"[97].

ومع أن عقد السلم مخالف للقياس؛ لأنه من بيع المعدوم، استثني من تلك القاعدة وثبتت مشروعيته بأدلة صحيحة، قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز"[98]، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية، فأرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكتمل، وقد تعوزهم النفقة فجوز لهم السلم ترخيصا للناس وتيسيرا عليهم [99].

الفرع الثالث: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد السلم

يشبه عقد المقاولة عقد السلم في بعض الأمور، ويختلف عنه في أخرى فمن أوجه الشبه بينهما:

1. كل منهما عقد على موصوف في الذمة ليس موجودا وقت التعاقد.
2. كل منهما عقد لازم؛ ليس لأحد العاقدين فسخه بدون سبب من أسباب الفسخ.
3. كل منهما عقد معاوضة؛ يقصد المسلم إليه عوض ما أسلم فيه، ويقصد المقاول عوض عمله.
4. المعقود عليه في السلم يكون عينا، ويصح كونه منفعة، وهو كذلك في عقد المقاولة[100]؛ لأن سلم المنفعة - عند المالكية[101] والشافعية[102]- يتفق مع إجارة الذمة التي تعتبر إحدى صور عقد المقاولة[103].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد السلم فيما يأتي:

1. يشترط في عقد السلم تقديم رأس المال، بينما في عقد المقاولة لا يشترط ذلك، بل إن المصلحة في عقد المقاولة عدم اشتراط ذلك.
2. يشترط في عقد السلم ضرب الأجل لتسليم المسلم فيه، بينما لا يشترط في عقد المقاولة؛ إذ يمكن أن يقع الاتفاق في المقاولة على إنجاز عمل ما ولو لم يعلم وقت إنجازه.
3. لا يصح السلم في ما يجمع أخلاطا مقصودة غير متميزة، لعدم انضباطه، بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة، بل لو اشترط ذلك لأدى إلى بطلان كثير من صور عقد المقاولة؛ إذ إن مقاولة المباني مثلا تشتمل على أخلاط كثيرة كالحديد والاسمنت وغيرهما[104].

المطلب السادس: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الجعالة

الفرع الأول: مفهوم عقد الجعالة

أولا/ الجعالة في اللغة: الجُعَالة هُوَ جمْع جَعيلة أَو جَعَالة، بِالْفَتْحِ. والجُعْل: الِاسْمُ، بِالضَّمِّ، وَالْمَصْدَرُ بِالْفَتْحِ. يُقَالُ: جَعَلَ لَكَ جَعْلًا وجُعْلًا وَهُوَ الأَجر عَلَى الشَّيْءِ فِعْلًا أَو قَوْلًا[105].

ثانيا/ الجعالة في الاصطلاح:

عرفها الشافعية: "التزامُ عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عَسُر عمله"[106].

عرفها الحنابلة: "وهي أن يجعل جعلاً لمن يعمل له عملاً من رد آبق أو ضالة، أو بناء، أو خياطة، وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال"[107].

وعرفه المالكية: "أَنْ يُجَاعِلَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ. عَلَى عَمَلٍ يَعْمَلُهُ لَهُ إنْ أَكْمَلَ الْعَمَلَ كَانَ لَهُ الْجُعْلُ، وَإِنْ لَمْ يُكْمِلْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ"[108].

أما الحنفية فيرون عدم صحة الجعالة؛ لما فيها من جهالة العمل والمدة، فيكون ذلك غررا قياسا على الإجارات [109].

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين الجعالة والإجارة

تختلف الجعالة عن الإجارة من خمسة وجوه هي: [110]

1. تصح الجعالة مع عامل غير معين، ولا تصح الإجارة مع مجهول.

يشترط لصحة الجعالة كون الجعل مالا معلوما؛ لأنه عوض كالأجرة، ولأنه عقد جوز للحاجة، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل والعامل[111].

2. تجوز الجعالة على عمل مجهول، أما الإجارة فلا تصح إلا على عمل معلوم. جاء في المغني لابن قدامة: "الجعالة يحتمل فيها الغرر، وتجوز مع جهالة العمل والمدة، بخلاف الإجارة"[112]. وجاء في مغني المحتاج للخطيب الشربيني: "وتصح الجعالة على عمل مجهول كرد آبقي للحاجة"[113]، والإجارة لا تصح إلا إذا كان العمل معينا.
3. لا يشترط في الجعالة قبول العامل لأنها تصرف بإرادة منفردة، أما الإجارة فلا بد من قبول الأجير القائم بالعمل لأنها عقد بإرادتين.
4. الجعالة عقد جائز غير لازم، أما الإجارة فهي عقد لازم، لا يفسخها أحد العاقدين إلا برضا الآخر.

جاء في المغني: أن الجعالة عقد جائز، فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر، بخلاف الإجارة، فإنها عقد لازم[114]. وجاء في كشاف القناع: "الجعالة جائزة لكل منهما فسخها، فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهولا بخلاف إجارة"[115].

5. لا يستحق الجعل في الجعالة إلا بالفراغ من العمل، ولو شرط تعجيله فسدت، وفي الإجارة يجوز اشتراط تعجيل الأجرة. جاء في بداية المجتهد: "الجعل لا يستحق شيء منه إلا بتمام العمل"[116]. وجاء في المغني" العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة، إن أتى به فيها استحق الجعل، ولا يلزمه شيء آخر، وإن لم يف به فيها، فلا شيء له"[117].

الفرع الثالث: أوجه الشبه بين عقد المقاولة وعقد الجعالة

يشبه عقد الجعالة عقد المقاولة في أمور، من بينهما:

1. كل منهما عقد معاوضة، فالمجعول له يريد عوض عمله، والمقاول يريد أجره على ما أنجز.
2. المعقود عليه في الجعالة العمل، وهو كذلك في إحدى صور عقد المقاولة.
3. كل منهما المنفعة المرادة فيهما منفعة آدمي.
4. لا يستحق المجعول له الجعل إلا بإنجاز عمله، وكذلك المقاول لا يستحق الأجرة كاملة إلا بإنجاز عمله[118].

الفرع الثالث: أوجه الاختلاف بين عقد المقاولة وعقد الجعالة

يفترق عقد المقاولة عن عقد الجعالة فيما يأتي:

1. المقاول في عقد المقاولة لا بد أن يكون معينا، بينما يجوز أن يكون العامل عقد الجعالة غير معين.
2. المعقود عليه في عقد المقاولة لا بد أن يكون معلوما مضبوطا بالصفة، أما في عقد الجعالة فيجوز كونه مجهولا.
3. المقاولة عقد لازم، بينما عقد الجعالة غير لازم قبل الشروع في العمل؛ وهو كذلك بعد الشروع في العمل عند الشافعية والحنابلة.
4. لا بد من القبول من المقاول، بينما لا يشترط قبول المجعول له؛ لأنه يمكن أن يكون مجهولا.
5. لا بد من ضرب الأجل في عقد المقاولة، بينما لا يشترط ذلك في عقد الجعالة[119].

ومن هنا يتبين أن عقد المقاولة مستقل عن عقد الجعالة، وإن كان يعتبر توطئة لعقد المقاولة في حالة ما إذا نشر صاحب العمل إعلانا يطلب فيه تخطيطا هندسيا لمشروعه وجعل الجائزة التعاقد مع صاحب التخطيط الفائز [120].

الخاتمة:

في ختام هذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

1. عقد المقاولة هو اتفاق بين طرفين يتعهد فيه أحد الطرفين بأن ينجز عملا في زمن معين مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر.
2. المقاول: هو الشخص الذي يعهد إليه بتشييد المباني، أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى، بناء على ما يقدم له من تصميمات، وذلك في مقابل بدل يقدمه له مالك هذا البناء.
3. إذا قدم المقاول مجرد العمل فالمقاولة إجارة الأجير المشترك، فإن قدم العمل والمواد فهي استصناع، وهذا ما يبين استقلاليته عن سائر العقود.
4. هناك أوجه شبه بين عقد المقاولة وكل من الإجارة، والسلم، والجعالة، والوكالة؛ إلا أن هناك فروقا تمنع من تكييف عقد المقاولة على أنه واحد منها.
5. على مقاول البناء أن ينفذ العمل في الوقت المتفق عليه وحسب المواصفات المتفق عليها.
6. يلتزم رب العمل بدفع الأجرة إلى المقاول إذا سلم المعقود عليه.

وبعد: فإنّ هذا البحث ما هو إلّا جهد مقل فإن كنا قد وفقّنا إلى الحق فللّه المنّة والفضل، وإن تكن الأخرى فنستغفر الله من الخطل والزلل والعصمة للأنبياء عليهم أفضل الصّلاة والسّلام.

وإنّا لنرجو من كل مطّلع على هذا البحث يرى أنّ عليه بعض الملاحظات أن يوافينا إيّاها وذلك من باب التّعاون على الحق والخير، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

التوصيات:

- تكثيف الدراسة حول هذا الموضوع وتوسيعه ليستوعب عقود المقاولات كلها، وذلك لأهميته كونه تتكون منه أغلب العقود إن لم نقل كلها.

الهوامش:

(1) أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط:1، 1429هـ/2008م، 1872/3.

(2) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي 666ه، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، صيدا، ط:5، 1420ه/1999م، ص262

(3) مجمع اللغة العربية (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة، 767/2.

(4) عبد الرزاق حسين يسن، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، رسالة دكتوراة، ص31.

(5) مجلة الأحكام العدلية، ط:1، 1999م، عمان، الأردن، ص16.

(6) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، 115/1.

(7) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سورية، دمشق، ط:4، 3172/4، إبراهيم سيد أحمد، مسئولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء - فقها وقضاء-، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، ط1، 2003م، ص86.

(8) عكو فاطمة الزهرة، التزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2005/2004م، ص15، محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2015م، ص11.

(9) زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، ص25.

(10) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني للعقود المسماة (المقاولة- الوكالة – الكفالة)، دار الثقافة، عمان، ط:1، 2006م، ص7، زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، نابلس- فلسطين، ص25، إبراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، إشراف: أسامة الحموي، كلية الشريعة، جامعة دمشق، ص746.

(11) أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي 770ه، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، 229/1. (مادة رضي)

(12) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية، 1404ه، 156/11.

(13) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، (م.ن)، 158/11.

(14) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريَّة – دمشق، ط:4، 2932/4.

(15) عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني للعقود المسماة (المقاولة والوكالة والكفالة)، (م.س)، ص30.

(16) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت، ط:1، مطابع دار الصفوة، مصر، 1420ه، 199/25.

(17) عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، زياد شفيق حسن قرارية، (م.س)، ص118.

(18) عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، إبراهيم شاشو، (م.س)، ص754.

(19) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، 1396ه/1976م، ص294، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، (م.س)، 400/1.

(20) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، (م.س)، ص294، عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص82، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (م.س)، 3360/5.

(21) زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، (م.س)، ص130-131، وإبراهيم شاشو، عقد المقاولة غي الفقه الإسلامي، (م.س)، ص756-757.

(22) عمراوي فاطمة، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء: مالك البناء، المهندس المعماري والمقاول، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 2001/2000م، ص109.

(23) عبد الناصر عبد العزيز علي السن، المسئولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء- دراسة مقارنة-، دار الفكر والقانون، المنصورة،ط:1، 2014م، ص58، عكو فاطمة الزهرة، التزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2005/2004م، ص15، عبد الرزاق حسين يس، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، (م.س)، ص421.

(24) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (م.س)، ص362.

(25) علي حيدر، درر الحكام، (م.س)، 272.

(26) الكاساني، بدائع الصنائع، (م.س) 193/4، ابن رشد، بداية المجتهد، 226/2، النووي، روضة الطالبين، 249/4، ابن قدامة، المغني، 14/8.

(27) أخرجه ابن ماجه، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، رقم الحديث:2443، حديث صحيح، 817/2.

(28) محمد المنصف بن سالم، الأحكام الشرعية في البناء، رسالة دكتوراه، الجامعة الزيتونية، المعهد الأعلى لأصول الدين، إشراف: أبو بكر الأخروزي، 1419ه/1998م، ص150.

(29) العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص199-200.

(30) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (م.س)، ص180.

(31) عمراوي فاطمة، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، ص202.

(32) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط:1، 2015م، ص141.

(33) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.س)، ص77.

(34) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.ن)، ص78-79، محمود فياض، عقود البناء والمقاولات الصغيرة في فلسطين بين قصور النظرية وإشكالات التطبيق، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني، ماس، 2013م، ص48-49.

(35) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية (أنواع المسؤولية، جرائم البناء، تعيب المباني، التصدع والانهيار، الحوادث أثناء وبعد التشييد)، دار الجامعة للنشر، مصر، 1999م، ص277.

(36) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (م.س)، ص72-73، مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الجزائري، (م.س)، ص80.

(37) كعيبش بومدين، مسؤولية المقاول في الصفقات العمومية المتعلقة بأشغال البناء (السكن نموذجا)، تحت إشراف: عزاوي عبد الرحمان، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص5.

(38) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.س)، ص86.

(39) عكو فاطمة الزهرة، التزامات رب العمل في مقاولة البناء، (م.س) ص62، نقلا عن:

ANISSA BELLAHSNEN , La responsabilité civil des architectes et entrepreneur , Mémoire pour le diplôme d'études supérieures de droit privé, uiversité d'Alger – institut de droit et des science politiques et administratives, année1977, p 65.

(40) نسيمة الشيخ، التزام مقاول البناء على ضوء القواعد العامة في القانون الجزائري، مجلة الندوة لدراسات القانونية، الجزائر، العدد الأول، 2013م، ص118.

(41) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (م.س)، ص90.

(42) كمال فؤاد، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2002/2001م، ص25.

(43) بن عبد القادر زهرة، نطاق ضمان العشري للمشيدين-دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي-، رسالة دكتوراة، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2009/2008م، ص156-157.

(44) أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تقديم: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرين، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض –المملكة العربية السعودية، ط:2، 1432ه، 323/8-326، عبد الرحمن العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص119-120.

(45) أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تقديم: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرين، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض –المملكة العربية السعودية، ط:2، 1432ه، 323/8.

(46) محمد رواس قلعجي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، دار النفائس، بيروت-لبنان، ط:2، 1423ه/2002م، ص138.

(47) أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، (م.س)، 325/8.

(48) مجلة المجمع الفقهي، العدد الرابع عشر، 287/2.

(49) عبد الرحمن العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص119-120.

(50) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري أبو عبد الله شمس الدين القرطبي 681ه، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط:2، 1384هـ/1964م، 32/6، محمد الأمين بن عبد الله الأرمي العلوي الهرري الشافعي 1441ه، تفسير حدائق الروح والريحان في روابي علوم القرآن، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، ط:1، 1421هـ/2001م، 93/7.

(51) محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله 204ه، الأم، دار المعرفة، بيروت، دط، 1410هـ/1990م، 3/3.

(52) وهبة بن مصطفى الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط:2، 1418هـ، 31/5.

(53) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب: ذكر النجار، رقم: 2094، 61/3. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري256ه، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط:1، 1422ه.

(54) أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب: خراج الحجَّام، رقم الحديث: 2278، 93/3.

(55) أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي 395ه، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/1979م،145/4.

(56) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، (م.س)، ص218.

(57) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط:3، 1998م، منشورات الحلبي، بيروت- لبنان، 13/1.

(58) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، إشراف إقلولي ولد رابح صافية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع: قانون المسؤولية المهنية، ص19.

(59) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (م.س)، ص10،مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.س)، ص19.

(60) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (م.ن)، ص12، مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.س)، ص18.

(61) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.س) ص19.

(62) نجم الدين النسفي 537ه، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، المطبعة العامرة، بغداد، بدون طبعة، 1311هـ، ص137.

(63) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم 970ه، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق، دار الكتاب الإسلامي، ط:2، دت، 139/7، محمود بن أحمد بن موسى بن حسين الغيتابي بدر الدين العيني 855ه، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط:1، 1420هـ/2000م، 216/9.

(64) محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع 894ه، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، المكتبة العلمية، ط:1، 1350هـ، ص327.

(65) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي 926ه، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دط، دت، 260/2.

(66) موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي أبو النجا968ه، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 232/2، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن ابن إدريس البهوتي1051ه، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ط:1، 1414هـ/1993م، 184/2.

(67) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.س) ص21.

(68) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.ن)، ص24.
(69) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.ن)، ص24.
(70) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.ن)، ص24.
(71) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.ن)، ص24.
(72) مدوري زايدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، (م.ن)، ص25.
(73) محمد بن مكرم بن علي جمال الدين بن ابن منظور711ه، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط:3، 1414هـ، 10/4.
(74) علي بن محمد الشريف الجرجاني 816ه، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة جديدة، 1985م، ص9.
(75) عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص103.
(76) عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص103.
(77) عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص104.
(78) أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي 770ه، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، 380/1، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي أبو الفتح برهان الدين الخوارزمي610ه، المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، دط، دت، ص273.
(79) الكاساني، بدائع الصنائع، (م.س)، 2/5.
(80) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني587ه، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 2، 1406هـ/1986م، 2/5، محمد بن عبد الله الخرشي1101ه، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، 12/7، محمد قدري باشا 1306ه، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ط:2، 1308ه/1891م، ص7، منصور بن يونس بن صلاح الدين أبو حسن بن إدريس البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع، (م.س)، 291/3، أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي1241ه، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، 287/3-288.
(81) الكاساني، بدائع الصنائع، (م.س)، 2/5.
(82) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم القرطبي 463ه، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، ط:1، 1414هـ/1994م، رقم الحديث: 1404، 759/1، درجة الحديث: حديث مشهور له طرق كثيرة، لا يخلو واحد منها من مقال. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني 852ه، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، ط:1، 1416ه/1995م، 295/3.
(83) أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بأسد الشيباني 241ه، مسند الإمام أحمد، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط:1، 1416هـ/1995م، رقم الحديث: 3600، 505/3. درجة الحديث: حديث صحيح الإسناد. أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري، 405ه، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1411ه/1990م، 198/4.
(84) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، (م.س)، 288/3.
(85) كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدَّمِيري أبو البقاء 808ه، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة، ط:1، 1425هـ/2004م، 257/4.
(86) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، (م.س)، 632/4.
(87) محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط:1، 1418ه/1998م، 1/ 222-223.
(88) الكاساني، بدائع الصنائع، (م.س)، 2/5.
(89) عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص113.
(90) ابن منظور، لسان العرب، (م.س)، 158/9-159.
(91) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن ابن قدامة المقدسي 620ه، المغني، مكتبة القاهرة، د ط، 1388هـ/1968م، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، 1414هـ/1994م، 62/2.

(92) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي 676ه، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، 94/13.

(93) ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة، (م.س)، ص291، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي (الحطاب) 954ه، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ/1992م، 514/4.

(94) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين1252ه، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط:2، 1992/1412م، 209/5، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي743ه، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق- القاهرة، ط:1، 1313ه، 110/4، محمد بن محمد بن محمود ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي786ه، العناية شرح الهداية، دار الفكر، دط، دت، 69/7، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي956ه، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط:1، 1419ه/1998م، 137/1.

(95) الجرجاني، التعريفات، (م.س)، ص126.

(96) منصور بن يونس بن صلاح البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، (م.س)، 189/3، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (م.س)، 209/5، أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، (م.س)، 261/3، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي 676ه، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط:1، 1425هـ/2005م، 110/1.

(97) أخرجه البخاري في صحيحه، باب: السلم في وزن معلوم، رقم الحديث: 2240، 85/3.

(98) منصور البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، (م.س)، 189/3.

(99) زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، (م.س)، ص42.

(100) عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص109-110.

(101) جاء في حاشية الدسوقي" فإن كان المدعى به (اجارة للمنافع) معينا كهذا العبد أو كهذه الدابة جاز صلحه عنه بمنافع معينة أو مضمونة لعدم فسخ الدين في الدين وإن كان المدعى به غير معين بل كان مضمونا في الذمة كدينار أو ثوب موصوف فأقر به لم يجز الصلح عليه بمنافع معينة ولا مضمونة؛ لأنه فسخ دين في دين" محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي 1230ه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دط، دت، 310/3.

(102) جاء في المجموع" ويجوز على منفعة عين في الذمة مثل أن يستأجر ظهرا في الذمة للركوب، ويجوز على عمل معين مثل أن يكترى رجلا ليخيط له ثوبا أو يبنى له حائطا، ويجوز على عمل في الذمة، مثل أن يكترى رجلا ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط لانا بينا أن الاجارة بيع والبيع يصح في عين حاضرة وموصوفة في الذمة، فكذلك الاجارة" أبو زكريا يحيى بن شرف النووي676ه، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، 7/15.

(103) شيخ نسيمة، التكييف الفقهي لعقد المقاولة، مجلة الدراسات الإسلامية، المركز الجامعي، عين تموشنت-الجزائر، العدد الثالث، سبتمبر2013م، ص262.

(104) عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص109-110.

(105) ابن منظور، لسان العرب، (م.س)، 111/11، جمال الدين محمد طاهر بن علي الصديقي 986ه، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط:3، 1387هـ/1967م، 364/1.

(106) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني 977ه، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط:1، 1415هـ/1994م، 617/3.

(107) ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام حمد، (م.س)، 186/2.

(108) أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي 1189ه، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1414هـ/1994م، 192/2.

(109) الكاساني، بدائع الصنائع، (م.س)، 203/6، ابن عابدين، رد المحتار، (م.س)، 95/6.

(110) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سورية، دمشق، ط:4، 3874/5.

(111) أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، (م.س)، 617/3.

(112) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي 620ه، المغني، تحقيق: طه الزيني-محمود عبد الوهاب فايد- عبد القادر عطا- محمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، د ط، 1388ه/1968، 94/6.

(113) أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، (م.س)، 620/3.
(114) ابن قدامة المقدسي، المغني، (م.س)، 95/6.
(115) منصور بن يونس بن صلاح البهوتي(1051ه)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، 202/4.
(116) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد 595ه، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دط، 1425هـ/2004م، 20/4
(117) ابن قدامة المقدسي، المغني، (م.س)، 95/6.
(118) عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، (م.س)، ص115، زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، (م.س)، ص73.
(119) عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، (م.س)، ص116.
(120) شيخ نسيمة، التكييف الفقهي لعقد المقاولة، (م.س)، ص265.