فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات:

فهرس الموضوعات:.....أ

مقدمة:.....د

الفصل الأول: ماهية عقد المقاولة.....1

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة.....2

المطلب الأول: تعريف المقاولة 2

الفرع الأول: تعريفها في اللغة 2

الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحا 2

1- تعريف المقاولة في الفقه الإسلامي: 2

2- عقد المقاول في القانون: 4

المطلب الثاني: أدلة مشروعية عقد المقاولة وأهميتها.....5

الفرع الأول: أدلة مشروعيتها 5

الفرع الثاني: أهمية مشروعية عقد المقاولة 11

المبحث الثاني خصائص وأركان عقد المقاولة.....13

المطلب الأول: خصائص عقد المقاولة 13

المطلب الثاني: أركان عقد المقاولة.....15

الفرع الأول: الصيغة.....15

الفرع الثاني: العاقدان 18

الفرع الثالث: المحل 19

الفرع الرابع: السبب 22

المبحث الثالث : تمييز عقد المقاولة عن بعض العقود المشابهة..... 23

المطلب الأول: عقد المقاولة وعقد العمل..... 23

الفرع الأول: مكانة العمل في الشريعة الإسلامية 23

الفرع الثاني: تعريف عقد العمل..... 23

الفرع الثالث: تمييز بين العقدين..... 24

المطلب الثاني: عقد المقاولة وعقد الإجارة..... 25

الفرع الأول: تعريف الاجارة..... 25

الفرع الثاني: أنواع الاجارة..... 26

الفرع الثالث: المقارنة بين عقد المقاولة وإجارة الأعمال 27

المطلب الثالث: عقد المقاولة عقد السلم..... 29

الفرع الأول: تعريف السلم 29

الفرع الثاني: شروط السلم..... 30

الفرع الرابع: أوجه الشبه والاختلاف بين عقد السلم وعقد المقاولة..... 30

المطلب الرابع: عقد المقاولة وعقد الوكالة..... 31

الفرع الأول: تعريف الوكالة..... 31

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الوكالة..... 32

الفرع الثالث: أهمية الوكالة..... 33

الفرع الرابع: أوجه الشبه والاختلاف بين المقاولة و الوكالة..... 33

الفرع الخامس: اختلاط الأعمال بين المقاولة والوكالة 34

الفصل الثاني: آثار عقد المقاولة وانتهائها.....

المبحث الأول: الآثار المترتبة عل عقد المقاولة.....38

المطلب الأول: إلتزامات المقاول..... 38

الفرع الأول: الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه..... 38

أولا:كيفية إنجاز العمل 38

ثانيا: العناية اللازمة في انجاز العمل 38

ثالثا: تقديم المادة المستخدمة في العمل 39

رابعا: عدم التأخر في إنجاز العمل..... 40

الفرع الثاني: الالتزام بتسليم العمل المتفق عليه 40

أولا:كيفية التسليم 41

ثانيا: زمان التسليم..... 41

رابعا: مكان التسليم..... 42

ثالثا: نفقات التسليم..... 43

رابعا: تبعة الهلاك قبل التسليم 43

خامسا: آثار التسليم..... 44

الفرع الثالث: التزام المقاول بالضمان 44

أولا: مفهوم الضمان 45

ثانيا: مشروعية الضمان..... 45
ثالثا: طرفا الضمان..... 46
خامسا: سبب الضمان..... 48
سادسا: طبيعة أحكام الضمان وجزاءه 49
المطلب الثاني: التزامات ربع العمل 50
الفرع الأول: التزام رب العمل بتسلم العمل بعد إنجازه..... 50
أولا: أطراف التسلم..... 50
ثانيا: شروط التسلم..... 51
ثالثا: صور وطرق التسلم 53
رابعا: كيفية التسلم..... 54
الفرع الثاني: التزام رب العمل بدفع الأجر..... 55
أولا: تعريف الأجر..... 55
ثانيا: الملتزم بدفع الأجر 56
ثالثا: الدائن بالأجر 56
رابعا: تعين الأجر في عقد المقاولة..... 56
خامسا: مكان الإيفاء بالأجر 57
سادسا: وقت إيفاء الأجر 58
الفرع الثالث: الشرط الجزائي 59
أولا: تعريف الشرط 59

ثالثا: صورته.....59
المبحث الثاني: انتهاء عقدالمقاولة.....61
المطلب الأول: الانتهاء المألوف وغير المألوف لعقد المقاولة 61
الفرع الأول: الانتهاء المألوف بتنفيذ عقد المقاولة 61
الفرع الثاني: الانتهاء غير مألوف قبل تنفيذ العقد وفق القواعد العامة.....61
المطلب الثاني: انتهاء عقد المقاولة بتحلل رب العمل و موت أحد العاقدين 64
الفرع الأول: تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة 64
أولا: الشروط التي يجب توفرها لكي يستطيع رب العمل التحلل من المقاولة 64
ثانيا: النتائج المترتبة على التحلل 65
الفرع الثاني: انتهاء المقاولة بالموت أحد العاقدين.....65
أولا: وفاة رب العمل.....65
ثانيا: وفاة المقاول 65
فهرس ا لآيات.....73
فهرس الأحاديث:.....76
قائمة المصادر والمراجع:.....76

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فإن الله سبحانه وتعالى ختم شرائعه بشريعة الإسلام المتصفة بالشمول والوضوح والكمال، مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان، ولذا فإن الشريعة الإسلامية قد اعتنت بجميع جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فالإسلام لم يكن في ماضيه وحاضره ومستقبله قيدًا ثقيلًا على الناس في ممارسة حرياتهم الاقتصادية ومعاملاتهم وعقودهم، وإنما كان دائمًا متجاوبًا مع مصالح الناس في تشريعه وتجويزه كل ما كان محققًا لحاجاتهم، ومصالحهم المشروعة القائمة على الحق والعدل والتعادل في الأداءات المتقابلة في المبادلات أو المعاوضات، ومظهر هذا التجاوب واضح في أصول الاستنباط ومصادر الاجتهاد، وفي التطبيق الفعلي وواقع الاجتهاد الذي يمارسه المجتهدون في نطاق ما يسمى بالفقه وهو استنباط أحكام الحوادث والقضايا العملية من الأدلة التفصيلية، كلًّا على حدة.

ومن أبرز الأمثلة على هذا الاتجاه الواقعي: مشروعية بعض العقود المبتكررة في الحياة العملية كعقد الإستصناع وعقد السلم وعقد المقاولة،تيسيرا على الناس.

وعلى ذلك رغبت أن يكون (عقد المقاولة) موضوع مذكرة الماستر، إذ إنه جزء من دراسة العقود التي هي جزء من دراسة المعاملات في الفقه الإسلامي،

أهمية دراسة الموضوع:

يعد عقد المقاولة من أهم الأدوات التي يقدمها القانون للفرد لكي يستغلها للحصول على الأعمال والخدمات هذا وتعدد أشكال المقاولة وتتنوع صورها في العصر الحاضر وكثرة الإقبال عليها سواء على الصعيد الحكومي بإنشاء العديد من المرافق العامة والخاصة، كالمستشفيات والمدارس والمراكز

الرياضية، أو على الصعيد الشخصي في الإنشاء والتعمير مما كان له الأثر الواضح في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في هذا القطاع .

هذا ويكتسب عقد المقاولة أهمية خاصة في مجال إنجاز المباني والمنشآت المعمارية، لما يمثله من مجال حيوي للاستثمار واستغلال الأموال ومن هنا تتجلى مدى أهمية دراسة هذا العقد.

أسباب اختيار الموضوع :

لقد دفع إلى اختيار هذا الموضوع أسباب شخصية وأسباب موضوعية، وفيما يلي سيورد الباحث أهم هذه الأسباب

أولا الأسباب الشخصية:

– الرغبة الداخلية للباحث لمعرفة حقيقة عقد المقاولة، خاصة نحن في فترة زمنية أصبحت فيها الجزائر ورشة كبيرة من أجل بناء الدولة الجزائرية الحديثة.

– هناك عقود عرفها الإنسان منذ زمن طويل مثل عقد السلم والإجارة والوكالة، والباحث يسعى إلى معرفة العلاقة بين هذه العقود وعقد المقاولة.

ثانيا الأسباب الموضوعية :

– يجب من الناحية الشرعية على كل مسلم أن لا يقدم إلى أمر حتى يعلم حكم الله فيه، والباحث يسعى إلى معرفة حكم الشرع في مثل هذه العقود حتى يستفيد هو ويفيد غيره.

– السعي إلى تقنين للعقد الاقتصادي الإسلامي على غرار التقنين في الاقتصاد الوضعي، وهذه المسائلة هي مثار اجتهاد بين فقهاء الاقتصاد الإسلامي، خاصة في العصر الحالي الذي يتخبط فيها العالم بين الفينة والأخرى بين الأزمات الإقتصادية.

الدراسات السابقة :

لا أدعي أن للباحث السبق في دراسة مثل هذا البحث، فهذه الدراسة سبق وأن تناولها علماء أجلاء جزاهم الله عن الإسلام كل خير كل من زاوية تخصصه.

ومن أهم الدراسات الأكاديمية التي كان للباحث شرف الإطلاع عليها والنهل من علومها:

- رسالة دكتورة: د.أحمد عبد الحكيم أحمد العناني، **عقد المقاولة في الشريعة والقانون**، نوقشت سنة 1989 بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بدولة مصر، وهي رسالة قيمة تناول فيها الباحث تعريف عقد المقاولة، وحقيقته وأنواعه وبعض الصور التطبيقية ،وقد استفاد الباحث منها في الفصل الأول من هذه الدراسة.
- مذكرة ماجستير إعداد زياد شفيق حسن قرارية، **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني**، نوقشت سنة 2004 بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، وهي مذكرة فصل فيها الباحث في مفهوم عقد المقاولة وبيان أركانه، واستفاد منها الباحث في الفصل الأول من هذه المذكرة.
- دراسة للدكتورمحمد لبيب شنب، **شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء** تحدث فيها الأستاذ عن خصائص عقد المقاولة وعن الآثار المترتبة عليها في القانون المدني المصري، هذا واستفاد الباحث من هذه الدراسة في معرفة خصائص عقد المقاولة من الناحية القانونية.

- دراسة للأستاذ:حسين تونسي **انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة** وخصص الباحث حيزا من دراسته لدراسة سبل حل عقد المقاولة، وقد استفاد الباحث من هذه الدراسة في الفصل الثاني من هذا الموضوع.

الصعوبات والعراقيل:

أما عن الصعوبات التي واجهت الباحث أثناء إعداد هذا البحث فتتمثل بالدرجة الأولى:

- في قلة المراجع العلمية خاصة الشرعية منها.
- صعوبة تصور عقد المقاولة،من طرف الفقهاء خاصة وأنه يعتبر من العقود المستحدثة.
- ضيق الوقت خاصة وأن الموضوع يشكو شحة في المصادر.

منهج البحث:

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي الذي يتمثل في السير من الخاص إلى العام كما يشمل الاستقراء مختلف الاستنتاجات العلمية المستندة إلى الملاحظة والتجريب.[1]

غير أني لا أدعي الاقتصار على هذا المنهج فقط فقد استخدمنا بعض أدوات المنهج الآخر مثل المنهج التاريخي والمنهج المقارن.

وقد اعتمدت في منهج الدراسة على ما يلي :

- عزو الآيات إلى سورها :وقد اعتمدت في ذكر الآيات القرآنية على رواية ورش عن الإمام نافع
- تخريج الأحاديث اعتمدت على كتب السنة وخاصة الصحاح فإذا لم أجد في الصحاح عدت إلى السنن.
- فيما يخص المواد القانونية استخراجها من الجريدة الرسمية مع ذكر رقم الجريدة وتاريخ صدورها.
- ترجمة للأعلام المغمورين في حالة وورودهم في النص.

1 محمد عبيدات، محمد أبو نصار،عقلة مبيضين، **منهجية البحث العلمي القواعد والمراحل والتطبيقات**، دار وائل لطباعة والنشر . عمان، ط2 1999 ص48.

الإشكالية:

لقد دفع الباحث إلى دراسة هذا البحث مجموعة من الإشكالات كانت مجرد خاطرة، ثم أصبحت فكرة لتصل إلى إشكال: وقد حصر الباحث هذه الإشكالات في النقاط التالية:

- ما مفهوم عقد المقاولة ؟ وما هي خصائصه؟

- ما هي الآثار المترتبة على هذا العقد في الشريعة والقانون؟

- وما هي صور إنهاء هذا العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟

وللإجابة على هذه الإشكالات وغيرها فقد اتبع الباحث الخطة التالية:

الخطة المتبعة:

المقدمة

الفصل الأول:ماهية عقد المقاولة

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة:

المبحث الثاني: خصائص وأركان عقد المقاولة

المبحث الثالث: تمييز عقد المقاولة عن بعض العقود المشابهة

الفصل الثاني: آثار عقد المقاولة وانتهائها :

المبحث الأول: الآثار المترتبة عل عقد المقاولة

المبحث الثاني: انتهاء عقد المقاولة

الخاتمة

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

الفصل الأول: ماهية عقد المقاولة

ويشتمل على:

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة:

المبحث الثاني: خصائص وأركان عقد المقاولة

المبحث الثالث : تمييز عقد المقاولة عن بعض العقود المشابهة

المبحث الأول: مفهوم عقد المقاولة:

لما كان تصور الشيء جزء من ماهيته كان لزاما على الباحث في هذا المبحث للوهلة الأولى تقديم مفهوم المقاولة في الفقه الإسلامي – حسب تعريف المجالس العلمية وبعض الفقهاء–، ثم يعقبه بالتعريف القانون،حتى يسهل على الدارسين فهم معاني هذا العقد

المطلب الأول: تعريف المقاولة

الفرع الأول: تعريفها في اللغة

–المقاولة من قول،يقول، قولة، و مقالة، و المقول بكسر الميم و فتح الواو:اللسان، و المقول: القيل بفتح القاف بلغة أهل اليمن[1]، و الجمع المقاول بفتح الميم و القاف.و تأتي بمعنى: المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم:قاوله في الأمر إذا فاوضه وجادله، وقاولته في أمره وتقاولنا أي تفاوضنا[2].

الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحا

1– تعريف المقاولة في الفقه الإسلامي:

لم يعرف الفقهاء القدامى عقد المقاولة الذي داع صيته في دنيا الناس هذه ،ولكنهم عرف بعد العقود المشابهة لعقد المقاولة كعقد الإجارة،وعقد السلم، وعقد الإستصناع، ولقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين صياغة تعريف لعقد المقولة حتى يواكب نضير القانوني وفي ما يلي يبان لهذه التعريفات:

أ)– تعريف المجالس الفقهية:

– تعريف المجلة العدلية في المادة(124) الاستصناع بأنه : "عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا،فالعامل صانع،و المشتري مستصنع،والشيء مصنوع"[3].

---

[1] الجوهري ، إسماعيل بن حماد أبو نصر ،**تاج اللغة و صحاح العربية**،دار العلم للملايين بيروت،ط4، 1406هـ1987م.باب اللام، فصل القاف، مادة: قول،ج 5، ص1806.

[2] ابن منظور ، محمد بن مكر م الإفريقي ، **لسان العرب**، دار صادر،بيروت ط3، 1414هـ مادة قول ، ج11، ص 577.

[3] حيدر ، علي ،**درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام**،ج1، ص 99.

– تعريف عقد المقاولة في قرارات المجمع الفقهي الإسلامي حيث عرف بأنه: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر"[1].

ب)– تعريف الفقهاء:

يعرف رفيق يونس المصري المقاولة بقوله: "عقد المقاولة اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئا، أو أن يؤدي عملا بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر"[2].

– والمقاول في عقد المقاولة هو مَن يتعهد بصناعة شيء معين، أو بأداء عمل معين، والعاقد الآخر هو مَن يتعهد بالأجر للمقاول مقابل تنفيذ التزاماته، وهذا الأجر غالباً ما يُؤدى على شكل دفعات أو أقساط[3]

– عرفها الزحيلي :"بأنها عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر."[4]

يدل هذا التعريف على أن المقاولة عقد معاوضة رضائي يلتزم فيه المقاول صناعه شيء كتمثال، أو أداء عمل كإقامة بناء وإشراف عليه، في مقابل التزام الطرف الآخر بتقديم بدل نقدي متفق عليه، إما شهرياً، وإما بنسبة معينة مثل (15 أو 10%) من النفقات الفعلية.

أما تقديم مواد العمل فقد نصت هذه القوانين عليها، ووصفت كيفية المقاولة وقصرتها على حالتين بحسب التراضي أو الاتفاق:

1– إما أن يتعهد المقاول تقديم العمل فقط، ويقدم صاحب العمل المادة المستخدمة أو المستعان بها في القيام بالعمل.

2– وإما أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل، أي المادة التي تدخل في تركيب المصنع أو البناء مثلاً، مع القيام بالعمل الفعلي القائم على تقديم الأدوات والمواد الأولية كالأسمنت والحديد وأدوات أو آلات المصنع، وتشغيل العمال وتقديم الأجرة لهم.

1مجلة مجمع الفقه الإسلامي.**عقد المقاولة والتعمير**. الدور الرابعة عشر.بقرار.رقم129(14/3)

[2]المصري ، رفيق يونس،**الجامع في أصول الربا**، دار القلم دمشق، ط2، 2001، ص380.

[3] د.أحمد شويدح–أعاطف ابو هريد **عقد التوريد و المقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة**(رؤية شرعية) بحث مقدم إلى مؤتمر "الإسلام والتحديات المعاصرة " الجامعة الإسلامية أبريل 2007ص1252

[4] وهبة، مصطفى الزحيلي: **عقد المقاولة شرعا وقانونا كلية الشريعة**، جامعة دمشق، www.damascusuniversity.

خلاصة القول من خلال التعريفين السابقين، نستنتج أن عقد المقاولة هو " عقد يتعهد بموجبه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا للمتعاقد الآخر".

وفي الحالتين يجب في عقد المقاولة وصف المحل وبيان النوع والمقدار وطريقة الأداء، ومدة الإنجاز، وتحديد مقدار البدل المدفوع في مقابل هذه الخدمات.[1]

2- تعريف عقد المقاولة في القانون:

- نص القانون المدني الجزائري على تعريف عقد المقاولة بأنه :" عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "[2].

في هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري اعتبر عقد المقاولة تعهد بين طرفين، وقد سرى على خطى المشرع الجزائري القانون المدني الأردني والقانون المدني الفلسطيني[3].

يلاحظ من خلال هذا التعريف أنه يعتريه بعض الغموض ، بحيث أنه لم تحدد العناصر الجوهرية لعقد المقاولة لا سيما أن المقاولة ترد على عمل مادي وأن المقاول ينفذ المقاولة باستقلالية تامة وهذا ما يميزها عن العقود الواردة على العمل كالوكالة ، وهذا ما أبرزه الدكتور عبد الرزاق حسين يسين في تعريفه لهذا العقد

"وهو أن عقد المقاولة يتعهد طرف فيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر مستقلا عن إدارته وإشرافه ".[4]

-أما عقد المقاولة في القانون المدني المصري " عقد يتعهد بمقتضاه أحد التعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "[5]

إذا فالمقاولة في القانون المدني المصري ذات شقين :

---

[1] وهبة، مصطفى الزحيلي: **مرجع سابق**.

2 **القانون المدني الجزائري** المادة 549،الصادر عن الجريدة الرسمية 13ماي 2007م،العدد31.

[3] **القانون المدني الأردني** رقم 43 سنة 1976م، المادة780. و**القانون المدني الفلسطيني** رقم4، 2012، المادة 790.

[4] عبد الرزاق حسين ياسين **المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء**، شروطها نطاق تطبيقها ،والضمانات المستحدثة فيها،دراسة مقارنة في القانون المدني، دار المعارف ،أسيوط مصر،ط1،1987 ص84

[5] القانون المدني المصري المادة646

الأول: أن يتعهد بمقتضى هذا العقد أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا وهذا هو الإستصناع عند الحنفية ويؤكد أن هذا الشق من التعريف يراد به الإستصناع كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل و المادة معا .

الثاني: أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المقاول الآخر وهذه هي الإجارة في الفقه الإسلامي.

ويتضح ذلك ما ورد في المادة647 من القانون المدني المصري " يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.فالمادة هنا أصبحت من المستصنع أو رب العمل كما عبر عنه المدني المصري وتدخل ضمن الإجارة على العمل .[1]

وخلاصة القول ان التعريفات السابقة اتضح لنا أنها اتفقت في مفهوم عقد المقاولة، إلا أن بعض التعاريف في القوانين الوضعية زادت استقلالية المقاول في إنجاز العمل عن رب العمل.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية عقد المقاولة وأهميتها

سيبين الباحث في هذا المبحث مشروعية عقد المقاولة في النصوص القرآنية، والأحاديث النبوية الشريفة، وبيان حلها من خلال شبهة هذا العقد بعقدي الإجارة والإستصناع.

الفرع الأول: أدلة مشروعيتها:

ذهب الجمهور إلى جواز عقد المقاولة وقد استدلو على ذلك بمايلي:

الأصل في العقود الحل إلا ما ورد النص بتحريمه فالمعاملات الأصل فيها الحل حتى يأتي دليل شرعي يمنع من ذلك لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ ﴾ [2] فالبيع مطلق يشمل كل بيع إلا ما دل الدليل الخاص على تحريمه. فإذا كانت العقود والشروط من باب الأفعال العادية، فالأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم وقوله تعالى: ﴿ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ﴾ [3] ، عام في الأعيان والأفعال ، وإذا

[1] د.كاسب عبد الكريم البدران ، **عقد الإستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة** ،ط2،1984م ص189

[2] سورة البقرة الآية 275.

[3] سورة النساء الآية 29.

لم تكن حراما لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، وأيضًا فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه

وقال تعالى: ﴿ وَمَا يُضِلُّ بِهِۦٓ إِلَّا ٱلْفَٰسِقِينَ ۝٢٦ ٱلَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ ٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ مِيثَٰقِهِۦ وَيَقْطَعُونَ مَآ أَمَرَ ٱللَّهُ بِهِۦٓ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْخَٰسِرُونَ ۝٢٧ ﴾.[1]

وهنا ذم الله الفاسقين لنقضهم العهد ،وقطع ما أمر الله به أن يوصل لأن الواجب إما بالشرع و إما بالشرط الذي وضعه المرء باختياره .

وكقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ۝٣٤ ﴾ [2]

وقال سبحانه وتعال أيضا ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا۟ عَٰهَدُوا۟ ٱللَّهَ مِن قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلْأَدْبَٰرَ ۚ وَكَانَ عَهْدُ ٱللَّهِ مَسْـُٔولًا ﴾.[3]

ووجه الاستدلال بالآيات الكريمة:

و تدل على أن عهد الله يدخل فيما عقده المرء على نفسه لم يكن الله ينفذ ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر و البيع إنما أمر بالوفاء به و لهذا قارن الصدق في قوله تعالى ﴿ وَإِذَا قُلْتُمْ فَٱعْدِلُوا۟ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۖ وَبِعَهْدِ ٱللَّهِ أَوْفُوا۟ ﴾ [4]فإذا كانت رعاية العهد واجبة فرعايته تقتضي الوفاء به

وأنها أمرة بالوفاء بالعقود أمرا عاما وبالإطلاق، دون تعين لنوع العقد فشملت العقود التي ألزمنا الله بها، والعقود التي تقع بين الناس بعضهم مع بعض، كالبيع والإجارة والزواج وغيرها، وبكل عقد يتعارفه الناس ويخدم مصالحهم مادام لا يتعارض مع قواعد الشريعة وأصولها، وعقد المقاولة يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام.

وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود.

وكذلك مشروعية البيع إلا ما حرم الله تعالى من أنواعه قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾[5]، ويشمل ذلك عقد المقاولة لأنها نوع من أنواع البيوع المشروعة لما فيها من تبادل البيوع بين المتعاقدين .

---

[1] سورة البقرة الآية 26-27

[2] سورة الإسراء الآية 34

[3] سورة الأحزاب الآية 15

[4] سورة الأنعام الآية 152

5 سورة البقرة الآية 275

3- قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾[1]

وجه الاستدلال بالآية الكريمة :

أنها تدل بعبارتها صراحة على أنه لا يجوز أكل مال الناس بغير حق الأصل في ثبوت الحق في المال الغير هو ويشترط رضا الطرفين عند التجارة ، وهذا أصل تشريعي عام فالتجارة شاملة لكثير من التصرفات و العاملات التي تنشئ الالتزامات [2]، ومن ضمنها عقد المقاولة الذي يكون عن تراض بين المقاول وصاحب العمل ، ويبغي كل واحد منهما التكسب و الربح وهذا المعنى ثبت بنص الآية الكريمة .

وأن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء في العقود وهذا عام وكذلك أمر بالوفاء بالعهد وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل **قَالَ تَعَالَى:**﴿ وَلَقَدۡ كَانُواْ عَٰهَدُواْ ٱللَّهَ مِن قَبۡلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلۡأَدۡبَٰرَۚ وَكَانَ عَهۡدُ ٱللَّهِ مَسۡـُٔولٗا ١٥ ﴾ [3]، فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد.

وإن اعتبرنا عقد المقاولة من العقود المسماة، فإنه سوف يأخذ حكم عقدين في الفقه الإسلامي:

الأول منهما: عقد الاستصناع إن كان المقاول قد تعهد بتقديم المواد من عنده

الثاني: عقد الأجير المشترك إن كان صاحب العمل قد تعهد بتقديم المواد من عنده.

الفرع الثاني :ما يدل على جواز عقد الإستصناع:

قال تعالى: ﴿ قَالُواْ يَٰذَا ٱلۡقَرۡنَيۡنِ إِنَّ يَأۡجُوجَ وَمَأۡجُوجَ مُفۡسِدُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَهَلۡ نَجۡعَلُ لَكَ خَرۡجًا عَلَىٰٓ أَن تَجۡعَلَ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَهُمۡ سَدّٗا ٩٤ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيۡرٞ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجۡعَلۡ بَيۡنَكُمۡ وَبَيۡنَهُمۡ رَدۡمًا ٩٥ ءَاتُونِي زُبَرَ ٱلۡحَدِيدِۖ حَتَّىٰٓ إِذَا سَاوَىٰ بَيۡنَ ٱلصَّدَفَيۡنِ قَالَ ٱنفُخُواْۖ حَتَّىٰٓ إِذَا جَعَلَهُۥ نَارٗا قَالَ ءَاتُونِيٓ أُفۡرِغۡ عَلَيۡهِ قِطۡرٗا ٩٦ فَمَا ٱسۡطَٰعُوٓاْ أَن يَظۡهَرُوهُ وَمَا ٱسۡتَطَٰعُواْ لَهُۥ نَقۡبٗا ٩٧ ﴾[4] .

وجه الاستدلال بالآية الكريمة

---

1 سورة النساء الآية 29

2 القرطبي **الجامع لأحكام القرءان والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان** ،مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع ،ط1 ، 1427هـ 2006م ج6ص 247 .

3 الأحزاب الآية 15

4 سورة الكهف من الآية 91 إلى97

أن الله تعالى ذكر أنهم طلبوا من أن يصنع لهم السد مقابل مال يخرجونه له من أموالهم وهذا هو الإستصناع بعينه ، خرجا أي أجرا عظيما أي هل نفرض لك جزءاً من أموالنا كضريبة وخراج وقوله فيما بعد. "قال ما مكني فيه ربي خير" ليس إنكارا للصيغة التي عرضوها للتعامل معه . بل اقترح عليهم صيغة أخرى أفضل منها وهي أن يعينوه بما لديهم من القوى البشرية والإمكانيات المتاحة ، ويعينهم هو بما لديه من الخبرة الفنية والعمل الدقيق أي لا حاجة لي إلى المال فأعينوني بالأيدي والرجال[1]

فحيث أورد القرآن هذه القصة دون إنكار للاستصناع المذكور فيها ،دل على جوازه ومشروعيته . إذ هو كتاب هداية فلا يناسبه أن يذكر ما هو منكر دون التنبيه على إنكاره.

عن نافع أن عبد الله بن عمر حدثه أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه فاصطنع الناس خواتم من ذهب ، فرقى المنبر فحمد الله وأثنى عليه فقال إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه فنبذه ، فنبذ الناس ".[2]

وعن أنس رضي الله عنه قال صنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما قال إنا اتخذنا خاتما ونقشنا فيه نقشا فلا ينقش عليه أحد .قال: فإني لأرى بريقه في خنصره" .[3]

قال البخاري رحمه الله حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم قال : أتى رجال إلى بن سعد يسألونه عن المنبر فقال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة –امرأة قد سماها سهل –أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواد أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته بعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعت فجلس عليها. [4]

تعامل الناس بالاستصناع منذ عهد النبوة إلى اليوم، دون نكير من أحد من أهل العلم ،في المباني والأثاث والملابس والأحذية والأواني والسيوف والسروج ونحو ذلك كثير ، ولا يخلو مجتمع من شيء من ذلك .

والتعامل دليل الحاجة العامة ،التي في منع العمل بها حرج على الناس ،والحرج ممنوع في الشريعة ، لقوله

---

[1] محمد علي الصابوني ، **صفوة التفاسير** دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة ط1 ،1417هـ1997م ، ج2ص189 .

[2] أخرجه البخاري، **الصحيح**، ت محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ الكتاب اللباس ، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه برقم 5876، 157/7.

[3] أخرجه البخاري، **الصحيح**، كتاب اللباس ، باب الخاتم في الخنصر برقم 5874 ، 157/7

[4] أخرجه البخاري، الصحيح،كتاب البيوع ، باب النجار برقم 2094 ، 61/3

الله تعالى " هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج ملة أبيكم إبراهيم"[1] . وهذا أيضا يتضمن الإجماع على الاستصناع عمليا، إذ لا يكاد أحد من أهل العلم يخلو من أن يكون تعاقد بطريق الاستصناع على عمل شيء مما يحتاجه من أثاث أو غيره.

و الإستصناع عقد وارد على العمل مع الالتزام بتقديم المواد اللازمة لصناعة ، وهي في القوانين المدنية العربية وغيرها تسمى عقد المقاولة ، فصاحب العمل أو المستصنع يقدم البدل مقابل أن يقوم المقاول أو الصانع بتقديم العمل والمادة من عنده لإتمام المطلوب منه بإدارته مستقلا عن صاحب العمل وهذا جوهر عقد المقاولة ، ولهذا تكون تلك الأحاديث نصا في مشروعية المقاولة .

.قال الكساني[2] في بدائعه عن الإستصناع :

"يجوز استحسانا لإجماع الناس على ذلك،لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم "لا تجتمع أمتي على ظلاله والقياس يترك بالإجماع ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل ....ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص أو نوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج إلى أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج".[3]

الفرع الثاني : ما يدل على جوز الإجارة الواردة على عمل الإنسان الأجير المشترك :

وقال تعالى: ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ۝٢٦ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾[4]

وقال الله تعالى: ﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ۝٧٧ ﴾[5]

وهذا يدل على جواز أخذ الأجر .

وقال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[6]

---

[1] سورة الحج الآية 78

[2] علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (587هـ)من كسان في تركستان عاش في حلب من أئمة الفقه الحنفي كان يسمى بملك العلماء أخذ العلم من السمرقندي ، توفي في حلب من تصانيفه البدائع وهو شرح تحفة الفقهاء .

[3] الكساني **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**.دار الكتاب العربي بيروت، ط الثانية 1982ج5ص3.

[4] سورة القصص الآية 26-27

[5] سورة الكهف الآية77

[6] سورة الطلاق الآية 6

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أنه تدل على جواز إجارة الظئر للرضاع ،والظئر هي المرضعة لولد غيرها[1]

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم ، فقال أصحابه وأنت فقال نعم كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة"[2] .

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال "إحتجم النبي صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره" [3]

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال كان زكريا نجارا[4]"

قال الإمام النووي رحمه الله[5] " فيه جواز الصنائع" .

قال أنس بن مالك رضي الله عنه إن خياطا دعا الرسول صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه ، قال أنس بن مالك فذهبت مع الرسول صلى الله عليه وسلم إلى ذلك الطعام فقرب إلى الرسول صلى الله عليه وسلم خبزا ومرقا فيه دباء وقديد، فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم يتتبع الدباء من حوالي القصعة قال فلم أزل أحب الدباء من يومئذ [6].

عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال جاءت امرأة ببردة ،قال :أتدرون ما البردة فقيل له نعم هي الشملة منسوجة في حاشيتها –قالت يا رسول الله ، إني نسجت هذي بيدي أكسوك ها ، فأخذها النبي صلى الله عليه وسلم وهو محتاج إليها فخرج إلينا وهي إزاره ، فقال رجل من القوم : يا سول الله اكسني ها ، فقال نعم فجلس النبي صلى الله عليه وسلم في المجلس ، ثم رجع فطواها ثم أرسل بها إليه ،فقال له القوم ما أحسنت سألتها إياه لقد عرفت أنه لا يرد سائلا فقال الرجل والله ما سألته إلا لتكون كفني يوم أموت .قال سهل فكانت كفنه.[7]

---

[1] الموصلي البلدحي مجد الدين أبو الفضل الحنفي ، **الاختيار لتعليل المختار** ، مطبعة الحلبي القاهرة، د ط 1356هـ1937م ، ج2ص59

[2] أخرجه البخاري، **الصحيح** ،كتاب الإجارة باب رعي الغنم على قراريط برقم3،88/2262

[3] أخرجه البخاري، **الصحيح** ،كتاب الإجارة باب خراج الحجام برقم 2279، 93/3.

[4] أخرجه مسلم ،**الصحيح**، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت، د ط، كتاب الفضائل باب فضائل زكريا عليه السلام برقم 2379، 1847/4.

[5] النووي يحي بن شرف بن مري الحوراني الشافعي أبو زكريا محي الدين ،ولد سنة 631هـ بنوى من قرى حوران بسوريا وإليها نسبته ختم حفظ القرآن ثم قدم دمشق ، وأخذ العلم من فقهائها ومحدثيها ، من كتبه تعذيب الأسماء واللغات ، منهاج الطالبين رياض الصالحين وروضة الطالبين توفي سنة 670هـ بنوى . انظر ابن عماد الحنبلي شذرات الذهب ج3ص354-356،عبد الوهاب طبقات الشافعية الكبرى . تحقيق مصطفى عبد القادر ط1. بيروت دار الكتب العلمية 1999م ج4 ص471-473

[6] أخرجه البخاري ، **الصحيح** ،كتاب البيوع باب الخياط برقم 2092، 61/3

[7] أخرجه البخاري، **الصحيح**، كتاب البيوع،باب النساج برقم2093، 61/3

أجمعت الأمة على العمل بالإجارة، ومن خالف هذا الإجماع وشذ عنه فإن خلافه لا يعتبر صحيحًا لمصادمته لنصوص القرآن والسنة التي تنص على مشروعية الإجارة، قال ابن قدامه وغيره: « وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك لأنه غرر يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق، وهذا غلط، لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار»[1]

وجه الاستدلال بالأحاديث :

تعتبر هذه العقود عقود مقاولة فمقومات عقد المقاولة متوفرة في هذه الصفات فهي عقود واردة على العمل ويقوم بها العامل بإرادته الخاصة مقابل بدل متفق عليه.

قد أخذت هذي الأعمال اليوم شكلا أوسع مما كانت عليه بكثير لتلبي حاجات الناس ومستجدا تهم التي يهدف الإسلام إلى مراعاتها وتحقيقها ، فأقيمت المصانع الضخمة والشركات الكبرى والمستشفيات المتطورة.

الفرع الثاني: أهمية مشروعية عقد المقاولة

هو في الواقع أن هذا عقد له أهميته خاصة في هذا العصر الذي تطور فيه كل شيء، وأصبحت الصناعة هي عموده الفقري، وشرع لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فاضطر فيها إلى إستنابة غيره ولعله لا يوجد من يعمل فيها بإجارة لما جرت عادة الناس فيه ، فرخص فيها لهذه الضرورة ، والله تعالى ماشرع العقود إلا لمصالح العباد وقضاء حوائجهم،[2] فرب ذي مال لا قدرة له على الاتجار به ورب قادر على الاتجار لا مال له فهو من المصالح العامة فرخص لهذه الضرورة .[3]

---

[1] ابن قدامه ، **المغني** مكتبة القاهرة ،د ط 1388هـ 1968م ، ج5 ص321 .

[2] د التواتي بن التواتي، **المبسط في الفقه المالكي** بالأدلة كتاب البيوع والمعاملات، دار الوعي لنشر و التوزيع ط1، 1430هـ 2009م، المجلد الخامس ، ص625

[3] محمد باي بلعلام، **الفروع إلى التأصيل من الكتاب السنة والإجماع الكفيل**، دار الوعي لنشر والتوزيع ط1، 1430هـ 2009 م، ج8 ص104

ولقد قسم أبي الحسن الماوردي المكاسب إلى أربعة أوجه: **نماء زراعة، ونتاج حيوان، وربح تجارة، وكسب صناعة،** والمهم هو تركيزه على قوله كسب الصناعة، قال: (القول في الصناعة وأنها وثيقة الصلة بالأسباب الثلاثة وأنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

صناعة فكر، وصناعة عمل، وصناعة مشتركة بين فكر وعمل، وتكلم عن العمل الصناعي بأنه أعلاها رتبة لأنه يحتاج إلى معطاة في تعلمه ومعاناة في تصوره) .

هذه الكلمة في الواقع تبين لنا أهمية عقد الاستصناع في هذا العصر، لأن الصناعات تطورت، وتنوعت وأصبحت مهمة[1]...وهذا الانفجار الصناعي يخدم حقولا عَظيمة الأهمية في حياة البشر اليوم كالطب وما إليه، و الزراعة وما إليها والدفاع والهندسة بمختلف فروعها التي بلغت العشرات ، وبناء المباني المختلفة من المدن والمستشفيات والمدارس و الجامعات إلى غير ذلك مما لا يحصى ، ومما يؤلف شبكة الحياة المعاصرة المتطورة .

إن كل هذه الحقول الحيوية التي يخدمها ذلك التطور الصناعي اليوم يحتاج لكي يستفاد منه ، أن تقوم بموازاته تجارة واسعة ميسرة تنقل ثمراته من السلع التي لا تحصى إلى مختلف أقطار العالم ، ومن هنا ظهرت أهمية تيسير التجارة وتنوعها بصورة لم يكن لها مثيل في الماضي ، ووضعت لها في النظم التشريعية قوانين استثنائية من القاعد العامة المقررة في القوانين المدنية لتسهيل معاملاتها في التعامل ، وقضياها في القضاء ، سميت بقوانين التجارة بغية تحقيق سرعة إنجازاتها ودوران دولابها ، ومن ثم تبرز أيضا في هذا الظرف الزمني الذي وصفنا خصائصه الصناعية والتجارية ، أهمية الاستثمار بطريق هذا العقد .

فاستثمار الأموال اليوم بغية تنميتها بالربح تنوعت سبله كثيرا وفيها الحلال والحرام في نظر الشريعة الإسلامية، وتزاحمت البنوك الإسلامية التي أنشئت في هذا العصر في جذب مدخرات الناس وفائض أموالها ، لدفعها ووضعها في طريق الاستثمار والتنمية وتسييلها في حقول النماء و الربح [2].

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد 7، ص1121.

[2] أ.د.مصطفى أحمد الزرقا.**عقد الإستصناع و مدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعصرة** . المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب سلسلة محاضرات العلماء البارزين، جدة 1420 هـ، رقم12 ،ص29

المبحث الثاني خصائص وأركان عقد المقاولة

سنتحدث في هذا المبحث عن خصائص عقد المقاولة وعن أركانه وهي أركان عامة في العقود الرضائية والملزمة للجانبين.

المطلب الأول: خصائص عقد المقاولة

من خلال التعريفات السابقة لعقد المقاولة تبين لنا أنه يتميز بمجموعة من الخصائص:

منها أنه عقد رضائي وأنه ملزم للجانبين، وكذلك عقد معاوضة ويرد على عمل مادي.

أولا :**عقد المقاولة عقد رضائي:**

فلا يشترط لانعقاده شكل خاص [1]، إذ أنه ينعقد بمجرد تراضي طرفيه على محل المقاولة فيجوز إبرامه بالكتابة أو المشافهة بمعنى أن المشرع لم يشترط لانعقاده شكلا معينا خاصا به بل ينعقد بمجرد تراضي طرفيه وتبدو هذه الخاصية واضحة من نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري[2] .

ويصح بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق لقاعدة الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان[3].

والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات المقاولة وليس لانعقادها، حتى لو سبق إبرام المقاولة إجراء مقايسة لتحديد الأسعار والمواصفات فليس ذلك ضروريا لإبرامها.

ويقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين هما الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل.

ثانيا :**عقد المقاولة عقد معاوضة:**

يتميز عقد المقاولة بصفة المعاوضة أي أن كلا الطرفين يهدفان من تعقدهما الحصول على منفعة مقابل ما يقدمه الطرف الأخر فالمقاول لا يقوم بالعمل المنوط به إلا قصد الحصول على مقابل ، وهو الأجر الذي يدفعه رب العمل مقابل العمل الواقع على عاتق المقاول[4] وهذا ما يقابل عقود التبرعات[1].

---

[1] الرسمية في عقد المقاولة غير في عقد المقاولة غير وجوبية ، قرار رقم 263265 مؤرخ في 2002/06/18،صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا،منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا العدد الأول سنة 2003ص21

2 نص المادة " إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأي في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكونّ ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مؤذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد أتفق عليه مشافهة ."

3 حيدر علي **درر الأحكام** 1ص62.

[4] عبد الرزاق حسين يسين المرجع سابق

ثالثا :**عقد المقاولة ملزم للجانبين:**

توصف المقاولة بأنها عقد تبادلي أي ملزمة للجانبين فمنذ إبرامه يرتب التزامات على الطرفين فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان كما يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر بعد استلامه العمل.

رابعا :**عقد المقاولة عقد وارد على العمل :**

إن الأداء الرئيسي في عقد المقاولة مطلوب من المقاول وهو القيام بالعمل المتفق عليه مع رب العمل ، وتتسم المقاولة بأنها عقد ينفذه المقاول باستقلالية تامة يؤديه بسمه الخاص مستقلا عن إدارة وإشراف رب العمل، ولا يخضع لأي نوع من أنواع التبعية أو الإشراف من جانب صاحب العمل . ورغم أن هذا العمل يتم بمقابل وأن هذا الأخير قد يكون عبارة عن نقل ملكية شيء مثلي أو قيمي إلى المقاول ، إلا أنه يعتد في وصف العقد بالأداء الرئيسي وليس المقابل .[2]

ويقتصر عقد المقاولة على تحديد النتيجة التي يهدف إليها رب العمل ويترك للمقاول حرية اختيار الوسائل التي تكفل تحقيقها، دون أن يكون لرب العمل أن يتدخل لتوجيه هذا الاختيار أو رقابته.[3]

خامسا :**عقد المقاولة عقد محدد :**

أي يستطيع كل طرف أن يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها إلى المتعاقد الآخر ،وقيمة ما يأخذه بمقتضاه دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقد الغرر[4] .

سادسا :**عقد المقاولة 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 الوجودي فحسب بل أيضا في التنفيذ ، فما تم منها في جانب يتم ما

---

[1] عقد التبرع هو بدل المكلف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المآل بلا عوض بقصد البر و المعروف غالبا.

[2] فتيحة قرة ، **أحكام عقد المقاولة** منشأة المعارف الإسكندرية 1992ص19

[3] عدنان ابراهيم السرحان ، **شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة – الوكالة – الكفالة** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، 2007م ، ص8

[4] ابراهيم شاشو ، **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي** ،مجلة جامعة دمشق كلية الشريعة ، المجلد 26 العدد الثاني 2010ص746 .

عقد الغرر : هو العقد الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يحدد عند العقد مقدار غنمه وغرمه بمقتضى العقد ، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعا لأمر مجهول أو غير محقق الحصول كعقد الجهالة.

يقابله في الجانب الآخر و العقود الزمنية يمتد تنفيذها ويتراخى إلى أجل يحدد ضمن العقد كعقد الإجارة ويقابل العقد الزمني العقد فوري التنفيذ كعقد البيع

و العقد الزمني يتميز عن العقود الفورية بأمرين :

- الأول : لا ينسحب أثر الفسخ في العقد الزمني على الماضي ، لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته ، فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة إلى ما يأتي من الزمن بعد الفسخ .
- الثاني :أن العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة ، أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق أحكام هذه النظرية عليها إلا إذا كان تنفيذها مؤجلا .[1]

سابعا : **عقد المقاولة يرد على عمل مادي** :حيث ارتبط العمل المادي في بعض تعريفات عقد المقاولة فعرف المقاول بأنه الشخص الذي يعهد إليه بتشييد المباني ، وفقا لما يقدم له من تصميمات على أن يكون ذلك مقابل أجر ، ودون أن يخضع في ممارسة عمله لإشراف أو رقابة إدارة .

وقد ورد تعريف المقاول في قاموس اللغة الفرنسية بأنه :"الشخص الذي يقوم بأداء بعض الأعمال وخاصة المتعلقة بالبناء لحساب شخص آخر" .

حيث يتسم نشاطه بالطابع المادي ، فهو الذي يتولى تنفيذ محتوى عقد المقاولة .[2]

المطلب الثاني: أركان عقد المقاولة

إن عقد المقاولة كغيره من العقود حتى يعتبر صحيح لابد أن يحتوي على أركان وهي المقاول ورب العمل، العمل والبدل، الإيجاب والقبول ويمكن حصرها في ثلاثة العاقدان وهما المقاول ورب العمل، المعقود عليه وهما العمل والبدل وكذلك الصيغة وهي الإيجاب والقبول، ويضاف إلى هذه الأركان السبب وهو الباعث أو المقصد من إنشاء العقد .

الفرع الأول: الصيغة

المقاولة من التصرفات التي لا تتم إلا بتوافق إرادتين هو اتجاه إرادتين نحو إحداث اثر قانوني ، وهذا التوافق أمر خفي لا يعرف وجوده إلا بصدور ما يدل عليه ، وهذا ما يعرف عند الفقهاء بصيغة العقد ، ويشترط فيها الرضا فإذا تخلف الرضا بطل العقد ،ويشترط في الرضا أن يكون من صدر منه متمتعا

---

[1] ابراهيم شاشو، المصدر سابق ص747

[2] عمراوي فاطمة ، **المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء :مالك البناء المهندس المعماري** (المصمم المشرف على التنفيذ) والمقاول ، مذكرة رسالة الماجيستير، معهد الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر سنة 2000-2001م ص112 .

بالأهلية،ولقد كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ الرضا في العقود قال الله تعالى﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾[1]، ولقوله صلى الله عليه وسلم :" إنما البيع عن تراض"[2].

وتبدأ سلسلة التراضي بإيجاب قد تسبقه دعوة لتعاقد ومفاوضات عقدية، وقد لا يسبقه شيء من ذلك يعرض فيه الموجب على من وجه إليه الإيجاب رغبته في إبرام العقد ،ولابد أن يسلم الرضا من عيوب الإرادة.[3] والعيب[4] من العيبة والوصمة.[5]وأما عيوب الإرادة فهي :

1- الغلط: اعتقاد يخالف الحقيقة يتولد في ذهن الشخص فيحمله على التعاقد وما كان ليتعاقد لو علم بالحقيقة وهذا أنواع.

2- التدليس: هو تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى التعاقد بحيث لولاها لما رضي بالتعاقد أو هو استعمال طرق احتيالية قصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع .

3- الإكراه: عبارة عن وسائل الشدة و التخويف التي يمارسها شخص ضد شخص آخر لإلزامه كرها عن الرضا بالعقد و التي تولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى .

4- الاستغلال: هو أن يعمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من النواحي الضعف الإنساني يلتمسها في آخر فيجعله يبرم تصرفا معينا للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوت غير مألوف.[1]

---

[1] سورة النساء الآية 29.

[2] رواه ابن ماجه ، **السنن**، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية،كتاب التجارات، باب بيع الخيار ، رقم2185 ، ج2 ، ص737 ،

[3] عدنان إبراهيم سرحان **شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية** ،دار وائل لنشر الإمارات العربية ط1 2005م ج1ص64.

[4] والعيب النقص.الرداءة أو النقيصة التي يخلو منها الخلق السليم أو الصنع السليم. انظر :قلعة جي محمد رواس ، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس ط1، 1985م ص325.

أما العيب في الاصطلاح الشرعي : فهو ما نقص في الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي أو هو النقائص المعدودة عيبا، فما خفي رجع إلى أهل الخبرة به. انظر:ابن رشد **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ص174.

وينقسم العيب إلى عيب فاحش وعيب يسير. طارق صالح يوسف عزام ،انظر:**أثر العيب في المعاملات المالية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني** دار النفائس لنشر والتوزيع عمان الأردن ط1، 1429هـ 2009م ص15-16 .

[5] والوصمة الصدع يقال وصم العود أي صدعه من غير بينونة : يقال قناة فيها وصم :صدع فيها.انظر: أنيس إبراهيم، **المعجم الوسيط**، دار إحياء التراث العربي ،بيروت ط2، ج2 ص1038.

فعقد المقاولة من العقود المعتبرة شرعاً ويصح التعامل به إذا توفرت فيه شروط الانعقاد فلا بد من توافق الإيجاب والقبول ليتم التراضي بين صاحب العمل والمقاول على ماهية العمل الذي سيؤديه المقاول لصاحب العمل والأجر الذي يتقاضاه المقاول. ولا بد من بيان ذلك بياناً واضحاً قاطعاً للنزاع والخلاف[2]. وعقد المقاولة كغيره من العقود ينعقد باللفظ، فيمكن لرب العمل أن يتعاقد مع مقاول بأن يختار شخص ليعهد إليه بتنفيذ العمل المطلوب فيتراضيان لفظا على العمل المطلوب تأديته و شروطه وعلى الأجر المقابل لهذا العمل وما يتعلق به.

وتنعقد المقاولة بالمناقصة وهي طريقة يقصد بها الوصول إلى المتعاقد الذي يتقدم بأقل عرض ، و عقد المناقصة يبدأ من الدعوة إلى المشاركة في العقد حتى نهاية العقد، لذلك يعلن في الصحف إذا كانت المناقصة عامة الدعوة إلى المشاركة في مناقصة لشراء سلعة أو إنشاء مشروع معين ، ويذكر في الإعلان آخر موعد لاستلام الأضراف التي فيها الاستعداد لتقبل الصفقة بسعر معين ، كذلك يشترط في الاشتراك في عملية المناقصة شراء المعلومات التي أعدتها الجهة الداعية إلى المناقصة حول المشروع ، ويبدأ عقد المناقصة من تسلم المظاريف وفتحها.[3]

ومن طرق انعقاد المقاولة كذلك المسابقة وهي طريقة يقصد بها رب العمل الحصول على أفضل عمل من بين مجموعة متنافسين، ويحدث ذلك بأن يعمد رب العمل إلى إبرام عقد مقاولة عن طريق المسابقة، وذلك بأن يدعو . عن طريق الإعلان كل من يريد الاشتراك في وضع تصميم لمشروع ما، ويعين في الإعلان العمل المطلوب بتفاصيله و شروطه، ويعين لجنة تحكيم لاختيار الفائز في المسابقة .

ويكون الإعلان عن المسابقة دعوة إلى التعاقد، وتقدم المتسابق بعمله يعد إيجابا ، ثم على رب العمل أن يقبل هذا الإيجاب ، وهو ملزم بهذا القبول، فإذا قبل انعقد عقد المقاولة بينهما .[4]

---

[1] محمد سعيد جعفور ، **نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، دار هومة لطباعة والنشر و التوزيع الجزائر، د ط، ص13-86 .

[2] حسام الدين بن موسى عفانة ، **فتاوى**، مكتبة دنديس الضفة الغربية ط1، ج8ص481 .

[3] عماد الباز **عقود المناقصات في الشريعة الإسلامية** ص240 .

[4] عبد الرحمان بن عايد بن خالد العايد، **عقد المقاولة**، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المملكة العربية السعودية، ط1 1425هـ 2004م ص65 .

الفرع الثاني: العاقدان

لا يتصور وجود الإيجاب و القبول الذين يكونان ركن العقد من غير عاقد، فالعاقد من مقومات العقد الأساسية، و العاقدان في عقد المقاولة هما:

المقاول الذي يتعهد بتنفيذ العمل المطلوب، و صاحب العمل الذي يرغب بالحصول على المعقود عليه، سواء كان صاحب العمل شخصا بعينه أو شركة أو تابعا للهيئات العمومية أي الدولة أو إحدى إداراتها.وليس كل متعاقد صالحا لإبرام هذا العقد فبعض الناس لا يصح لهم أن يبرموا أي عقد ومنهم من يصلح لكل عقد، وكل هذا يرجع إلى مدى تحقق الأهلية عند المتعاقدين.

الأهلية: تنقسم إلى قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء. وتعرف أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، و تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا. و أهلية الأداء و هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق، وبالتالي اكتساب لحقوق و تحمل الالتزامات.

عوارض الأهلية :

1. المجنون: وهو من فقد عقله فهو عديم التميز محجور لذاته.
2. المعتوه: وهو ضعيف القوى العقلية (مميز) محجور لذاته.
3. السفيه: وهو من يبذر أمواله ويكون في حكم الصبي المميز بعد الحجر عليه.
4. ذو الغفلة: وهو الذي يغبن في المعاملات المالية لسذاجته وحكمه حكم السفيه.[1]

موانع الأهلية :

1. الغيبة: الغائب هو من غادر واختفى ولم يعرف له مقام لأكثر من سنة دون أن تنقطع أخباره وإذا انقطعت أخباره فهو مفقود وإذا لم يكن لأي منهما وكيل عينت المحكمة قيماً عليه.
2. الحكم بعقوبة سالبة للحرية :عندها يطعن المكمة قيماً على المحكوم عليه ليتولى إدارة أمواله.
3. العاهة المزدوجة: إذا تعذر على الشخص التعبير عن إرادته بسبب إصابته بعاهة مزدوجة نصبت المحكمة وصياً عليه.[2]

فإذا كان العاقد يبرم العقد لنفسه فلابد من توافر أهلية إبرامه فيه أما إذا كان يبرمه لحساب غيره فيجب زيادة على توافر شرط الأهلية أن تكون لديه سلطة أو ولاية لإبرام هذا العقد ، وهذه السلطة إما أن

[1] عمر سالم محمد، **كتاب الالتزامات في القانون المدني المبسط**، د ط ت ص7

[2] المرجع نفسه ص8.

يكون مصدرها الشرع فتكون ولاية ، أو قضاء فتكون وصاية ، أو بالاتفاق فتكون وكالة ، فإذا لم تتوفر للعاقد سلطة الإبرام سمي فهذه الحالة فضوليا[1] .

و الفضولي هو الذي يتصرف في شؤون غيره بدون أن يكون له ولاية، واختلف في حكمها.

الاتجاه الأول :حكم هذا التصرف كله باطل ، حتى لو أجازها صاحب الشأن ، الإمام الشافعي في الجديد وقول للحنابلة و الظاهرية .

الاتجاه الثاني : هذا التصرف صحيح لكنه يتوقف على صاحب الشأن الحنفية و المالكية وقول لشافعي والحنبلي[2].

لذلك يجب في عاقد المقاولة أهلية التصرف لكي يكون العقد صحيح ، و كذلك يجب أن يكون العاقد متعددا. والمراد بذلك أن يكون المقاول غير صاحب العمل، فلو كان المقاول هو صاحب العمل لم ينعقد العقد ووقع باطلا.

الفرع الثالث: المحل

هي كل ما يلتزم به المدين ، سواءاً التزام بعمل أو بالامتناع عن العمل أو بإعطاء شيء ،و يقصد به نقل أو إنشاء حق عيني ، أو هو ما وقع عليه التعاقد ، وفيه تظهر أحكام العقد و آثاره وسمي المعقود عليه ، وهو غاية العقد ومقصده من المتعاقدين[3] ،وفي عقد المقاولة يتكون المحل من العمل و البدل

العمل: وهو ما يؤديه المقاول لرب العمل ويشترط في العمل ثلاث شروط :

1-أن يكون العمل موجود أو ممكن الوجود:

أن يكون موجود أو ممكن الوجود في المستقبل ، فإذا لم يكن موجودا عند التعاقد بأن هلك قبل إبرام العقد انعدم ركن المحل وكان العقد باطلا بطلانا مطلقا [4]،و هذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون

---

[1] د. رمضان علي الشرنباصي، **النظريات العامة في الفقه الإسلامي نظرية العقد .الملك. الحق**، منشأة المعارف الإسكندرية ط1 2000م، ص68.

[2] المرجع نفسه ص112-113.

[3] عبد الرحمان بن عايد ، مرجع سابق ص81

[4] علي علي سليمان ،**النظرية العامة للالتزام صادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5،2003 م ص70

المدني الجزائري [1].

2-أن يكون العمل شروعا :

يشترط أن يكون العمل الذي تعهد به المقاول مما أباحه الشارع أما إن كان العمل مخالفا لأحكام الشريعة أو منافيا للنظام العام و الآداب فيكون عقد المقاولة باطلا ، و هذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري إذن فلا تجوز المقاولة على فعل المعاصي وارتكاب جرائم القتل والسرقة و الزنا وتهريب المخدرات و المواد الضارة ، وكذا تشييد بيوت الدعارة والقمار[2] .

3-أن يكون العمل العقود عليه معينا :

فيجب أن يكون محل الالتزام معينا عند إبرام العقد أو على الأقل قابلا لتعيين، و يتحقق ذلك بوصف المعقود عليه وتعيينه في العقد من خلال بيان نوعه وأوصافه وقدره وطريقة أدائه وكل ما يزيل الجهالة عنه ويجعله واضحا بينا لطرفي التعاقد[3] ، وقد نصت المادة 94من القانون المدني الجزائري على ذلك[4] .

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 و الأجرة في الإجارة [5].

و البدل باعتباره محلا لالتزام صاحب العمل لابد أن تتوافر فيه نفس شروط العمل

1- **أن يكون معلوما في العقد** :وذلك بتحديده والاتفاق على مقداره ونوعه وصفته وقت التعاقد ، ويجب بيان كيفية الأداء ووقته لأن هذا مما يختلف فيه عادة ويؤدي الجهالة فيه إلى المنازعة و الخصومة و الأصل في هذا كله حديث النبي صلى الله عليه وسلم "من استأجر أجيرا فليعلمه أجره"[6]

ويتم تحديد البدل في المقاولة على ثلاث صور :

---

[1] تنص المادة 93 معدلة:"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ".

[2] زياد شفيق حسن قرارية، **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني**، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين 2004 ص123.

[3] محمد الشربيني الخطيب ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ط1، 1415هـ1994م ج3 ص453.

[4] تنص المادة 94 يقولها :"إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ،ومقداره وإلا كان العقد باطلا"

[5] ابراهيم شاشو ،مرجع سابق: ص 756.

[6] ابن أبي شيبة، **المصنف**، ت كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد الرياض ط1، 1409هـ، باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره رقم 21109ج4، ص366.

أ- تحديد البدل بمبلغ إجمالي:

هذه هي الصورة النمطية التي تتم عادة أو غالباً بين أصحاب الأعمال وبين المقاولين، فيجري تحديد البدل بمبلغ مقطوع مقابل إنجاز البناء في مدة معينة، أو تركيب المصنع، أو تصنيع الحافلة أو الطائرة أو السفينة ونحو ذلك من أشكال المقاولة وصورها التي كثر الاعتماد عليها، وزاد حجمها زيادة واسعة لها أثرها في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في قطاع التعمير والإنشاء والتصنيع، مما جعل المقاولة ذات أهمية اقتصادية واجتماعية. وتتحقق مصلحة الطرفين المتعاقدين بالاتفاق على وفاء البدل تدريجاً كل فترة زمنية أو بحسب إنجاز قدر معين من العمل، يدخل فيه هامش الربح الذي يحصل عليه المقاول. وهذا جائز من غير شك، لاعتماده على التراضي أو الاتفاق.[1]

ب- تحديد البدل بالتكلفة ونسبة ربح:

قد يتم إبرام عقد المقاولة على أن يحدد البدل بمقدار التكلفة الفعلية للمشروع بعد إنجازه مع إضافة نسبة ربح مئوية مثل (10 أو 15%) أو أكثر من ذلك من التكلفة الواقعية. وتحسب التكلفة بحسب الفواتير التي يقدمها المقاول لصاحب العمل، ويضم إليها نسبة الربح، وهذا جائز شرعاً بحسب المقرر في المذهب الحنبلي من مشروعية إعطاء نسبة مئوية من الربح في شركة المضاربة.

أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء، ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل المال وكثيره، كالأجرة في الإجارة، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة.[2]

ج - تحديد البدل على أساس سعر وحدة قياسية (متر مربع، متر مسطح..)

لا مانع شرعاً أيضاً من تحديد البدل المستحق للمقاول على أساس الإنجاز الجزئي، كسعر وحدة قياسية، مثل متر مربع أو متر مسطح، أو مقدار مساحة بأصول معينة متعارف عليها بين الصناع أو المقاولين. لأنه إذا جاز تحديد البدل بالتكلفة غير المعلومة سلفاً في مقدارها الكلي بنحو دقيق، كما تقدم، جاز تحديد البدل بمقدار ما ينجز جزئياً، لارتباط تقدير البدل بعمل معلوم محدَّد بوحدة قياسية متفق عليها بين العمال وأرباب العمل، لأنه لا يثير منازعات أو مشكلات فتصير كل وحدة قياسية لها بدل معلوم،

---

[1] وهبة الزحيلي مرجع سابق .

[2] ابن قدامة المقدسي، **المغني و الشرح الكبير**، دار الحديث القاهرة ط1996،1م، ج5ص25-26

ومرجع الجواز في هذه الصورة والتي قبلها هو العرف والعادة في التعامل الشائع أو الدارج بين الناس دون أن يصادم ذلك نصاً شرعياً على القرآن والسنة النبوية[1].

2- **أن يكون البدل مشروعا** :وحتى يكون البدل مشروعا لابد من توافر شرطين فيه وهما المالية و التقوم و المال كما ورد في المادة 126من المجلة وهو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول[2] أو هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس[3]

3- **أن يكون البدل معينا** : إن كان من الواجب أن يكون الثمن و الأجرة في عقد البيع و الإجارة معلومين وقت التعاقد ، فكذلك حال البدل في عقد المقاولة ، فكون العوض معلوم في سائر عقود المعاوضات من المسائل المتفق عليها ، وكل ذلك من أجل المحافظة على استمرار المعاملات المالية بين الناس[4] .

الفرع الرابع: السبب

وهو الباعث أو المقصد من إنشاء العقد وسبب العقد هو الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ، ويشترط المشرع أن يكون سبب العقد معلوما من المتعاقد الآخر كما يجب أن يكون مشروعا [5]ولقد نصت المادة 98 من القانون المدني على ذلك .[6]

لذلك فلا يجوز لمقاول إنشاء مشروع يخالف الآداب العامة أو النصوص الشرعية ، كأن يقوم مقاول بتوريد كميات من العنب لمصنع يصنع منه خمرا ، فالدافع الذي حمل صاحب المصنع على شراء العنب إنما ليتخذه خمرا ، وهو دافع غير مشروع ، لأنه يهدف إلى تحقيق غرض يحرمه الشارع الحكيم .

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق

[2] حيدر علي ،**درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ج1ص100 .

[3] الزرقاء مصطفى ، **المدخل الفقهي العام** دار الفكر دمشق ط9، 1967م ،ج3 ص118 .

[4] زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، ص132

[5] سوزان علي حسن ، **الوجيز في القانون المدني** ، منشأة المعارف الإسكندرية د.ط 2004م ، ص204

[6] تنص المادة 98على :"كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ،... ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك "

المبحث الثالث : تمييز عقد المقاولة عن بعض العقود المشابهة

المطلب الأول: عقد المقاولة وعقد العمل

الفرع الأول: مكانة العمل في الشريعة الإسلامية

لقد جاءت الشريعة الإسلامية فعمت كافة الأقطار فقامت مقام النظم القانونية القديمة وأبطلت التعامل بالقانون الروماني ، فلم تقم وتقف عند النصوص فقط بل توسعت عن طريق الفقه الذي أضفى توسيع نطاق القواعد الشرعية وعلى سبيل المثال في مجال قانون العمل ، يمكن الإشارة إلى أحكام المعاملات وهي أحكام تتعلق بأعمال الناس تجاه بعضهم البعض من عقود وتصرفات مدنية وتجارية

والعمل يمثل الصدارة في القرءان و السنة الشريفة كما أنه ارتبط بالإيمان في بعض الآيات .

قال الله عز وجل ﴿ مَنْ عَمِلَ صَٰلِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةً طَيِّبَةً ۖ وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿٩٧﴾ ﴾[1]

قال تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾[2]

وقال سبحانه: ﴿ وَقُلِ ٱعْمَلُوا۟ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُۥ وَٱلْمُؤْمِنُونَ ۖ ﴾[3]

وقال تعالى في صناعة الحديد ﴿ وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ ﴾[4]

الفرع الثاني: تعريف عقد العمل

عرفه بعض الفقهاء بقولهم :"هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الروابط الفردية والجماعية التي تتولد بين أصحاب العمل ومن يعمل تحت توجيههم وإشرافهم ورقابتهم مقابل أجر "[5]

وعرف الدكتور بشير هدفي عقد العمل بأنه :"عقد يلتزم بمقتضاه العامل بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم ، تحت إشرافه وتوجيهه مقابل أجر محدد ، ولمدة محددة أو غير محددة" [6].

---

[1] سورة النحل الآية 97

[2] سورة الجمعة الآية 10

[3] سورة التوبة الآية 105

[4] سورة الحديد الآية 25

[5] بشير هدفي ، **الوجيز في شرح القانون العمل**، دار الريحانة للكتاب ط2، 2003 م ص24 .

[6] المرجع نفسه ص57 .

ولقد عرفه المشرع السويسري في المادة 319 التي تنص على أن عقد العمل هو :"اتفاق يعد بمقتضاه شخص (المستخدم) بتقديم عمل لشخص آخر هو (صاحب العمل) لمدة محددة أو غير محددة مقابل أجر" [1].

من خلال هذا التعريف يرى الباحث أن الفقهاء اعتبروا عقد العمل هو العقد الذي ينظم العلاقات الفردية والجامعية بين أصحاب العمل ،في حين أن المشرع السويسري ذكر عناصر العمل ، الزمن والأجر ولكنه غض النظر عن التبعية حيث جاء أن العامل يقوم بالعمل لحساب صاحب العمل دون ذكر هل يتم تحت إدارة صاحب العمل أم لا وهو ما كان ينبغي ذكره نحو عنصر التبعية أنه المميز الهام لعقد العمل .[2]

الفرع الثالث: التمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة

لتمييز بين العقدين لابد من الإشارة إلى أوجه الاتفاق و الاختلاف بين العقدين والتي نبينها على النحو التالي:

أوجه الاتفاق :

-أن كل من العقدين يعتبر عقد رضائي، لا يتم إلا برضا الطرفين.

-أن كلا العقدين يؤدي لحساب الغير ، ويأخذا أجرا مقابل أداء هذا العمل فهما من عقود المعاوضة أي نجد كل واحد من المتعاقدين يأخذ مقابلا لما يعطي .

-كلا العقدين من العقود التبادلية الملزمة للجانبين .

أوجه الاختلاف :

من حيث طريقة التعويض : فإذا أحتسب العمل بالنسبة للزمن كاليوم أو الأسبوع و الشهر هنا يكون عقد عمل ، وإذا قيم بالنسبة لأهمية العمل فهذا يكون عقد مقاولة فالمقاول يأخذ أجره تفصيلا أو جملة ولا دخل لزمن فيه ، من هنا يتضح لنا أن معرفة نوعية العقد ترجع إلى الطريقة التي يدفع بها الأجر[3] .

---

[1] جلال مصطفى قريشي ، **شرح قانون العمل الجزائري** ، الجزء الأول علاقة العمل الفردية ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر 1984 م ص78-79

[2] هشام رفعة هشام المحامي ، في مؤلفة **عقد العمل في الدول العربية دراسة مقارنة** ، الدار القومية لطباعة والنشر القاهرة 1964م ص38-41

[3] بجاوي مدني، **التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة** ، دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2008 ص45

من حيث التبعية الاقتصادية : أجر العامل يتحدد غالبا بالنطاق الزمني أما أجر المقاول فيتحدد بالوحدة الإنتاجية.[1]

من حيث التبعية القانونية : العامل الذي يرتبط بصاحب العمل المتمثل في التبعية التي تعطي حق الإدارة و التوجيه و الإشراف لصاحب العمل ، بحيث يتفق القضاء ويؤيده الفقه على أن العقد عقد عمل ، عنصر التبعية القانونية ، أما المقاول فهو مستقل عن صاحب العمل ولا يخضع لإدارته و إشرافه أو تعليماته بل يخضع للعقد المبرم بين الطرفين إذ لا يعتبر لصاحب العمل ، ولقد أخذ القانون المدني المصري بمبدأ التبعية القانونية في المادة 933 منه[2] .

إذن فعقد المقاولة يتفق مع عقد العمل في أن الشكل الرئيسي في كل منهما هو القيام بعمل معين لذا فقد يشتبه العقدان إلا أنهما يختلفان في أن عقد العمل يتميز عن عقد المقاولة بحق صاحب العمل وتخويله سلطة التوجيه و الإشراف ، حيث أن العامل يكون في مركز تبعية لرب العمل .

المطلب الثاني: عقد المقاولة وعقد الإجارة

الفرع الأول: تعريف الاجارة

لغةً: أجره يأجره أجرا وإجارة ، فهو مأجور وهذا المشهور ، تأتي بالفتح و الضم واشتقاق الإجارة من الأجر وهو العوض و الجزاء على العمل ، و يغلب الأجر في الثواب الأخروي و الأجرة في الثواب الدنيوي ، و الإيجار تستعمل غالبا في العقد[3] .

اصطلاحاً: تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض [4]، أو هي عقد على منفعة مباحة معلومة تأخذ شيئا فشيئا[5] .

---

[1] بجاوي مدني، **التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة** ، دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2008 ص45

[2] يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجه ما يؤدي له من خدمات أو على الأقل حق الإشراف على هذه الخدمات . بجاوي مدني : مرجع سابق ،ص:46

[3] ابن منظور **لسان العرب** ، المصدر سابق ج4ص10-11

[4] الشربيني ، **مغني المحتاج** المرجع سابق ، ج3 ص438

[5] الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** دار الكتب العلمية بيروت ط1 1996م ،ج5ص 334

الفرع الثاني: أنواع الاجارة

والإجارة نوعان :إجارة على المنافع (على الأشياء) و إجارة على الأعمال(على الأشخاص) [1]:

أما إجارة المنافع: كإجارة الدور و المنازل للسكنى و الحوانيت للتجارة و الأراضي للزراعة

أما إجارة الأعمال: فهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة أو حمل إلى موضع معين وإجارة الأعمال إما أن يكون الأجير فيها مشتركا أو خاص

الإجارة عقد لازم من الطرفين، وتنعقد بكل لفظ يدل عليها كأجَّرتك وأكريتك ونحو ذلك مما جرى به العرف[2]

مشروعية الإجارة :

في قوله تعالى ﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [3].

وقوله عز وجل حاكياً قول إحدى ابنتي شعيب عليه السلام في قصته مع موسى عليه السلام في مدين: ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ ﴾[4]

ووجه الدلالة في بهذه الآية أن النبي شعيب عليه السلام استأجر النبي موسى عليه السلام فكانت الاجارة جائزة، وهي صحيحة عند القائلين: بأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ.

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"[5].

وعن أبي هريرة وأبي سعيد رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره"[1]

---

[1] وهبة الزحيلي ،**الفقه الإسلامي وأدلته** ، دار الفكر دمشق سوريا ، ط4 ج5 ص3837.

[2] محمد بن إبراهيم التويجري ، **مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرءان و السنة** ، دار أصداء المجتمع المملكة العربية السعودية، ط11 2010م ص753 .

3 سورة الطلاق الآية 6

[4] سورة القصص الآية 26-27

[5] سنن ابن ماجة، **السنن**، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية باب أجر الأجراء، رقم الحديث 2443، الكتب ج2 ص817.

الفرع الثالث: المقارنة بين عقد المقاولة وإجارة الأعمال

الأجير في هذا النوع من الإجارة نوعان[2]:

1 – **الأجير الخاص**: وهو من يستأجره الإنسان مدة معلومة ليعمل عنده، فهذا لا يحل له العمل عند غير مستأجره، فإن عمل عند غيره في المدة نَقَص من أجره بقدر عمله.

ويستحق الأجرة إذا سلَّم نفسه، وقام بالعمل، وله كامل الأجرة إذا فسخ المؤجر الإجارة قبل تمام المدة، ما لم يكن هناك عذر من مرض أو عجز، فله أجرة المدة التي عمل فيها فقط.

2 – **الأجير المشترك**: وهو من يشترك في نفعه أكثر من واحد كالحداد، والسَّبَّاك، والصباغ، والخياط ونحوهم، فهذا ليس لمن استأجره أن يمنعه من العمل لغيره، ولا يستحق الأجرة إلا بالعمل.[3]

أولا:المقاولة و الأجير المشترك :

عند التتبع لصور عقد المقاولة، نجد أن صورة من صوره هي: عقد إجارة الأجير المشترك ، وهي ما يكون التعاقد فيها بين المقاول ورب العمل على أن يقدم المقاول العمل فقط ، ويقوم رب العمل بتوفير الأدوات ، ويكون التعاقد بينهما على إنجاز عمل معين موصوف في الذمة ، دون أن يكون لرب العمل أحقية في امتلاك نفع المقاول في جميع مدة العقد ، وهذا لا يعني أن صور عقد المقاولة بجميع صوره هو عقد إجارة الأجير المشترك ، لتعدد صور عقد المقاولة ، إذ يمكن أن يكون محل عقد المقاولة العين لا المنفعة[4]

ثانيا: المقاولة والأجير الخاص

يتفق عقد المقاولة مع عقد إجارة الأجير الخاص من أوجه ، ويختلف معه من أوجه أخرى ، فيتفق معه فيما يأتي:

1- كل من العقدين عقد معاوضة.

---

[1] ابن أبي شيبة، **مصنف** ، من كان يستعمل الأجير حتى يبين له أجره، مكتبة الرشد الرياض، ط،1409هـ ج4 ص366 رقم الحديث 21109 .

[2] السغدي، علي بن الحسين أبو الحسن، **النتف في الفتاوى**، ج2 ، ص561.

[3] التويجري، **موسوعة الفقه الإسلامي** ج3 ص532،الخرشي، **شرح مختصر خليل للخرشي** ج7 ص28.

[4] عبد الرحمان بن عايد ، المصدر سابق ص107 .

2- كل من العقدين عقد لازم.

3- كل من العقدين يحتاج إلى مدة لإنجازه ، بمعنى أنه عقد تستمر العلاقة فيه بين العاقدين مدة العقد.

4- المعقود عليه في عقد إجارة الأجير الخاص منفعة الأجير الخـاص ، وكذلك هي في صورة من صور عقد المقاولة، عندما تكون الأدوات والمواد من رب العمل.[1]

ويختلف عقد المقاولة عن عقد إجارة الأجير الخاص في أمور :

1- الأجير الخاص تكون منافعه مملوكة للمستأجر مدة العقد، بخلاف المقاول، فليست منافعه مملوكة لرب العمل.

2- المستأجر للأجير الخاص مسئول عما يحدثه الأجير الخاص من أضرار، بخلاف رب العمل في المقاولة، فلا يتحمل ما يُحدثه المقاول من أضرار، بل هي من ضمان المقاول[2].

3-الأجير الخاص وقع التعاقد على عمله، ولذا ينفسخ العقد بموته ، بينما في عقد المقاولة لا يلزم أن يقع التعاقد على ذات المقاول، ولذا فيمكن استمرار العقد مع وفاة المقاول، إذا لم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد[3].

الفرع الرابع: أوجه الشبه والاختلاف بين عقد المقاولة وإجارة المنافع

أولا: أوجه الشبه :يتفق عقد المقاولة مع عقد إجارة الأشياء في أمور، كثيرة منها:

1- كل من العقدين عقد معاوضة، يقصد المؤجر الحصول على عوض منفعة ما أجره ، والمقاول يقصد أيضا الحصول على عوض مقابل عمله.
2- كل من العقدين عقد ملزم
3- كل منهما تستمر فيه العلاقة بين العاقدين مدة العقد[4].

---

[1] المصدر سابق ص106

[2] الكساني، **بدائع الصنائع**،ج4،ص 211.

[3] السرخسي، محمد بن أحمد شمس الأئمة ،**المبسوط**، دار المعرفة بيروت،د ط 1414هـ 1993م، ج 15،ص 80.

[4] الشربيني، محمد، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**.2ج، ص 332.

4- المعقود عليه في إجارة الأشياء المنفعة[1]،وهي كذلك في صورة من صور عقد المقاولة وهي ما إذا قدم رب العمل الأدوات اللازمة لإنشـاء مبنى ، فيكون محل العقد هو منفعة المقاول.

ثانيا :أوجه الاختلاف :ويختلف عقد المقاولة عن عقد إجارة الأشياء في ما يلي:

1- المعقود عليه في عقد المقاولة يمكن أن يكون منفعة موصوفة في الذمة، ويمكن أن يكون عيناً مثلا، بينما في عقد إجارة الأشياء لا يكون إلا منفعــة المستأجَر فقط[2].

2- لا يستحق المقاول الأجر إلا بإنجاز العمل المطلوب[3]،بينما يستحــق المؤجر الأجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ولو لم يحصل انتفاع[4].

3- المراد الحصول على منفعته في عقد المقاولة آدمي، بينما في عقد إجارة الأشياء يكون غيرَ آدمي كالعقار والحيوان[5].

المطلب الثالث: عقد المقاولة عقد السلم

الفرع الأول: تعريف السلم

في اللغة: الإعطاء والترك والتسليف[6].

في الاصطلاح: بيع آجل بعاجل، أو بيع شيء موصوف في الذمة أي أنه يتقدم فيه رأس المال، ويتأخر المثمن لأجل، وبعبارة أخرى: هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل[7]
أو هو بيع آجل وهو المسلم فيه بعاجل وهو رأس المال [8].
مشروعيته : قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمىً فاكتبوه"[9]

---

[1] الشربيني، محمد،مصدر سابق، ص 332.
[2] الكساني، **بدائع الصنائع**،ج 4ص174- 175.
[3] قرة فتيحة ،**أحكام عقد المقاولة** ،ص 97.
[4] الكساني، المرجع السابق،4ج ص240.
[5] قرة فتيحة، **أحكام عقد المقاولة**، ص 111.
[6] ابن منظور،**لسان العرب**،مادة (سلم) ج 12،ص289.
[7] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته** المرجع سابق ج5ص3602 .
[8] ابن عابدين الدمشقي ، **رد المحتار على الدر المختار** دار الفكر بيروت، ط2، 1412هـ 1992م، ج5 ص209 .
[9] سورة البقرة الآية 282 .

الفرع الثاني: شروط السلم

– بيان الجنس: أي أنه دراهم أو دنانير، أو من المكيل: حنطة أو شعير، أو من الموزون: قطن أو حديد، ونحوها.

– بيان النوع: بيان نوع النقود دنانير أم دراهم ، فإذا كان في البلد نقد واحد، فيكتفي بذكر الجنس، وينصرف إليه لتعينه عرفاً ، أو حنطة سقية أو بعلية.

– بيان الصفة: أي أنه جيد أو وسط أو رديء.

واشتراط هذه الشروط الثلاثة لإزالة الجهالة في العقد، لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة[1] .

– إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد فيه بالقدر من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة

– أن تكون الدراهم والدنانير منتقدة عند أبي حنيفة؛ لأن كل جهالة تفضي إلى المنازعة، فهي مفسدة للعقد.

– تعجيل رأس المال وقبضه فعلاً في مجلس العقد قبل افتراق العاقدين بنفسيهما، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً، فإن تفرق المتعاقدان قبل القبض بطل العقد وانفسخ

– بيان مكان الإيفاء للمسلم فيه فيما له حمل أو مؤنه ومثله الثمن والأجرة و القسمة وعينا مكان العقد.[2]

ويشبه عقد السلم عقد المقاولة في أمور ويختلف في أمور كذلك :

الفرع الثالث: أوجه الشبه والاختلاف بين عقد السلم وعقد المقاولة

أولا: أوجه الشبه :لهما عدة أوجوه متشابهة منها:

– كل منهما عقد موصوف في الذمة،[3] ليس موجود وقت التعاقد.

– سلم المنافع عند المالكية والشافعية يتفق مع إجارة الذمة التي هي إحدى صور عقد المقاولة[1].

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع سابق،ج5 ص3605 .

[2] ابن عابدين المرجع نفسه، ص215 .

[3] ابن عابدين المرجع سابق، ص214 .

– كل منهما عقد ملزم للجانبين .

– كلاهما عقد معاضة يقصد المسلم إليه عوض ما أسلم فيه ويقصد المقاول عوض عمله

ثانيا :أوجه الاختلاف : من بين أهم أوجه الاختلاف:

– يشترط في عقد السلم تقديم رأس المال بينما في عقد المقاولة لاشترط ذلك، بل إن المصلحة في عقد المقاولة عدم اشتراط ذلك .

– يشترط في عقد السلم ضرب الأجل لتسليم المسلم فيه[2] بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة .

– 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 المقاولة إذ أن مقاولة المباني تشتمل على أخلاط كثيرة كالحديد و الإسمنت وغيرها.[3]

رغم الشبه الكبير بين عقد المقاولة والسلم واشتراكهما في كثير من العناصر، إلا أنه تبين لنا أن عقد المقاولة لا يمكن أن يكون عقد سلم، إذ بينهما فروق رئيسية تمثل جوهرية كل عقد.

المطلب الرابع: عقد المقاولة وعقد الوكالة

الفرع الأول: تعريف الوكالة

في اللغة: الوكالة أو الوكالة بفتح الواو أو كسرها اسم مصدر من التوكيل، وهي الاعتماد على الغير في القيام بالأمر ، والوكيل بهذا المعنى فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر و قيل الوكيل هو الحافظ .

في الاصطلاح: إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم [4]

أو هي تفويض شخص ماله فعله في تصرف معلوم مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته[1].

---

[1] عبد الرحمان بن عايد ، المرجع سابق ص110 .

[2] أبو الوليد ابن رشد القرطبي ، **المقدمات الممهدات** دار الغرب الإسلامي، ط1 ، 1408هـ 1988م ج2 ص26 .

[3] عبد الرحمان بن عايد ، المرجع نفسه ص110 .

[4] لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي،**الفتاوى الهندية**، دار الفكر، ط2 1310هـ ج3 ص560 .

واتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على جواز الوكالة و مشروعيتها.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الوكالة

أولا من الكتاب: استدل الفقهاء بقوله تعالى ﴿ فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ [2]

ووجه الدلالة من الآية هو أن أهل الكهف بعثوا وكيلا عنهم إلى المدينة ليشتري لهم طعاما . قال أبو بكر إبن العربي[3] وهذا يدل على حجة الوكالة ، وهو عقد وكالة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به ، إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة غيره أو يترفه فيستنيب من يريحه .

وقوله تعالى أيضا ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ ﴾ [4]

قال ابن العربي في بيان هده الآية وهم الذين يقومون لتحصيلها و يوكلون على جمعها.

ثانيا من السنة المطهرة : استدل بها الفقهاء في أحاديث كثيرة منها.

عن جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما قال : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال " إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته "[5]

ووجه الدلالة هنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يوكل لقبض الزكاة ودفعها إلى مستحقيها ، وكان يبعث السعاة لذلك الأمر .

---

[1] سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي ، **أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية** ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، الإمارات العربية المتحدة ط1، 1422هـ2002م ص89 .

[2] سورة الكهف الآية 19 .

[3] محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي يكنى أبا بكر ، يعتبر آخر علماء الأندلس ولد سنة 467هـ وتوفي سنة 543هـ من مصنفاته أحكام القرءان و القبس على موطأ مالك .

[4] سورة التوبة الآية 60 .

[5] رواه أبو داود، **السنن**،ت محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية،صيدا بيروت، باب الوكالة برقم 3632 ،314/3.

وعن عروة البارقي قال " دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لأشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة و الدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكر له ما كان من أمره فقال له بارك الله لك في صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم ، وكان أكثر أهل الكوفة مالا"[1].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة البارقي في الشراء وأجاز فعله.

ثالثا من الإجماع: أجمعت الأمة الإسلامية منذ البداية على جواز الوكالة ومشروعيتها من غير نكير ولا خلاف من أحد [2].

الفرع الثالث: أهمية الوكالة

لا يخفى أن الوكالة وثيقة الصلة بواقع حياة الناس في شتى المجتمعات ، ومختلف الطبقات لأن التعامل بها شائع في تصرفات كثيرة ، و العمل بها جار في مختلف الأفعال و الأعمال التي تدخلها النيابة ، كالشراء و البيع وقضاء الديون ،وهي من الأمور التي يحتاجها المكلف ولا يستغني عنها في أموره اليومية يعجز عن مباشرة عمله بنفسه لأجل تزاحم أعماله وكثرتها أو لاشتغاله لما هو أهم فيحتاج إلى أن يوكل غيره ، فللوكالة أهميتها في الجانب الاجتماعي فبها تتجلى روح التعاون بين الأفراد و الجماعات[3] .

الفرع الرابع: أوجه الشبه والاختلاف بين المقاولة و الوكالة

أولا :أوجه الشبه :من خلال نص المادة 571من القانون المدني الجزائري، [4] يتبين لنا.

- أن كل من عقد المقاولة و عقد الوكالة من العقود الملزمة للجانبين
- أن كلا العقدين من عقود المعاوضات

[1] سنن الترميذي، ت بشار، ، دار الغرب الإسلامي بيروت1998، كتاب البيوع 2ج ص550 رقم الحديث 1258.

[2] سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي ، المرجع نفسه ص93 .

[3] حامد بن عبد الله الحامد،عقد **الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها** في كتابات العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد23 ، 1425هـ ص134 .

[4] الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب موكل وباسمه.

أن كل من العقدين من العقود الواردة على العمل ، محل التزام المدين في كل منهما هو القيام بعمل لحساب الآخر[1]

يشترط في عاقدي المقاولة ما يشترط في عاقدي الوكالة، كالعقل و التمييز وعدم الحجر.[2]

ثانيا: أوجه الاختلاف بين العقدين :

يختلف العقدان في كون محل الوكالة عمل قانوني في حين أن محل المقاولة القيام بعمل مادي ، وهنا يقوم الوكيل بعمله باسم الموكل ولصالحه ، فكل الأعمال القانونية التي يبرمها الموكل تضاف إليه كما لو كان هو الذي عقدها مباشرة . و المقاول يعمل باسمه الخاص وما يقوم به من أعمال لتنفيذ العمل الموكول إليه إنما تضاف إليه شخصيا وتنصرف إلى رب العمل.

المقاولة تكون دائما مأجورة، أما الوكالة فالأصل فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمني بأن يكون للوكيل أجرا .[3]

الوكيل في عقد الوكالة لا يعرض نفسه للكسب و الخسارة ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة يكون الموكل مسؤولا عما أصابه من ضرر وذلك حسب المادة 583 من القانون المدني الجزائري[4].

أما المقاول فهو معرض للربح والخسارة وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك و يتحمل المقاول وحده هذا الضرر.

الفرع الخامس: اختلاط الأعمال بين المقاولة والوكالة

مما سبق يتبين لنا أن عقد المقاولة يختلف تماما عن عقد الوكالة ، على أنه يمكن أن يدخل كل من العقدين في بعضهما ، إذا ما حدث وكلف شخص بأعمال قانونية و القيام بأعمال مادية ليس هناك ما يمنع من اعتبار الشخص وكيلا في الأعمال بالنسبة للأعمال القانونية واعتباره مقاولا بالنسبة للأعمال المادية ، ويمكن تطبيق أحكام عقدي الوكالة و المقاولة كل في نطاقه الخاص إذ اختلطت الأعمال التي

---

[1] بجاوي مدني، مرجع سابق ص95 .

[2] الفتاوى الهندية ، مرجع سابق، ج3 ص561.

[3] تنص المادة 581 من القانون المدني الجزائري على أن "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنها من حالة الوكيل ".

[4] يكون الموكل مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا .

يقوم بها شخص ، بحيث يتعذر التمييز في شأنها بين نطاق كل من هذين العقدين ، هنا يمكن تكييف العملية تكييفا موحدا وفقا لصفة الغالبة فيعتبر العقد عقد وكالة إذا كانت الغلبة للعقد القانوني ومقاولة إذا كان النشاط المادي هو الغالب[1] .

الخلاصة:

تبين لنا مما سبق من مقارنات بين عقد المقاولة وبعض العقود المشابه له أن هذا العقد يتميز عنها في كثير من المواصفات

1-عقد المقاولة وعقد العمل : التشابه بين عقد العمل وعقد المقاولة: أن محل العقد هو عمل، وأن يكون العمل مقابل أجر،وذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء إلى أن التمييز الدقيق بينهما يقوم على أساس وجود التبعية القانونية، فالعامل يؤدي العمل تحت إشراف ورقابة صاحب العمل في حين أن المقاول يؤدي عمله باستقلال غير خاضع للإشراف والرقابة بل يعمل مستقلا عن رب العمل طبقا لشروط العقد المبرم .

2 - وأما حالة شبه المقاولة بعقد الإجارة على العمل: فتظهر حين اقتصار التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه،على أن يقدِّم رب العمل المواد اللازمة لذلك ،سواء أكانت مادة مستهلكة يستخدمها المقاول أم كانت مادة استعماليه يستعين بها المقاول في القيام بعمله، وهكذا شأن القائمين بإجارة الأعمال، وهي التي تعقد على عمل معلوم،كبناء وخياطة ثوب ، وحمل إلى موضع معين ، وصباغة ملابس، وإصلاح حذاء ونحوه ، والمراد الأجير المشترك أو العام وهو: الذي يعمل لعامة الناس كالصباغ و الحداد ونحوهم وليس الأجير الخاص، وهو الذي يعمل لشخص واحد،لمدة معلومة .

ويتميز عقد المقاولة عن عقد الإيجار عقد المقاولة يرد على العمل بينما عقد الإيجار يرد على الانتفاع بالشيء المأجور.

2 – عقد المقاولة وعقد الوكالة يتفق عقد الوكالة مع عقد المقاولة في كون كلاهما يردان على العمل ،وهذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير،لكنهما يختلفان في كون أنه في عقد الوكالة

[1] بجاوي مدني ، مرجع سابق ص96

يكون محله الأصلي هو تصرف قانوني في حين أنه في عقد المقاولة يكون محله عمل مادي ،كما أن المقاولة تكون دائما مأجورة ولا بينما الوكالة فالأصل فيها أن تكون بغير أجر .

كما أن المقاول لا ينوب عن رب العمل بل يتصرف باسمه الخاص، على عكس الوكالة فالوكيل ينوب عن الموكل يتصرف الوكيل باسم الموكل ولحسابه.[1]

4 – عقد المقاولة و عقد السلم : رغم وجود شبه كبير بين العقدين فكلاهما عقد موصوف في الذمة وكلا العقدين ملزم للجانبين ،إلا أنه لا يمكن أن يكون عقد المقاولة عقد سلم إذ بينهما فروق رئيسية تمثل عناصر جوهرية في كل عقد ، إذ يشترط في عقد السلم تقديم رأس المال بينما في عقد المقاولة لا يشترط ذلك ، يشترط في عقد السلم ضرب الأجل لتسليم المسلم فيه بينما لا يشترط في عقد المقاولة .

إن كل هذه العقود لها أهميتها بالنسبة للعمال و التنمية الشاملة للوطن واستقراره والعيش الكريم ، فهي من العقود الحيوية واسعة الانتشار التي تدفع عجلة النمو والنشاط الاقتصادي ، فهذه العقود بما فيها عقد المقاولة تتحد في قضاء مصالح العباد ، وتطور اقتصاد المجتمعات .

وكون هذه العقود تلتقي مع بعضها البعض في خصائص عديدة ، فهي من عقود المعاوضات ، وملزم للجانبين وتعتبر عقود رضائية ، وتشملها نفس الأحكام وتقاس على بعضها في الحكم ، مالم تخالف الشريعة الإسلامية .

ومع كل هذا اتضح لنا مما سبق دراسته أن عقد المقاولة عقد مستقل عن غيره من العقود وله خصائص وصور تميزه عنها، وذلك رغم اشتراكها في نفس الأركان في أغلب الأحيان.

[1] نصير صبار لفتة الجبوري، **الطبيعة القانونية لعقد البحث العلمي** ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإدارية و القانونية العدد السادس مقبول لنشر 2004/11/6 ،ص12 .

الفصل الثاني: آثار عقد المقاولة وانتهائها

المبحث الأول: الآثار المترتبة عل عقد المقاولة

المبحث الثاني: انتهاء عقد المقاولة

المبحث الأول: الآثار المترتبة عل عقد المقاولة

المطلب الأول: إلتزامات المقاول

الفرع الأول: الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه

أولا: كيفية إنجاز العمل: المقاول ملزم بأن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة وطبقا للشروط الواردة فيه، ولقد نصت المادة 55 من القانون المدني على ذلك [1]. إلا أن عدم الاتفاق على طريقة معينة لإنجاز العمل لا يعني أن للمقاول أن ينجز العمل كيفما يشاء ، بل إن عليه أن يتبع عرف المهنة وبخاصة أصول الصناعة و الفن في العمل الذي يقوم به ، حيث أن لكل عمل تقاليد و أصول ، فإن خالفها كان مسؤولا تجاه صاحب العمل مسؤولية عقدية ، وإذا خالف المقاول هذه القواعد جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد في الحال إذا تعذر إصلاح العمل.

وأما إذا كان إصلاح العمل ممكناً، كان لصاحب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال أجل معقول، فإذا انقضى الأجل دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول .

ثانيا: العناية اللازمة في انجاز العمل: فالتزام المقاول في عقد المقاولة يمكن أن يكون التزام ببذل عناية أو ما يسمى بالالتزام بوسيلة أو التزاما بتحقيق غاية أو ما يقال له بالالتزام بنتيجة ، وذلك محل الالتزام المفروض على المقاول ، فإذا كان التزام المقاول ببذل عناية كان عليه أن يبذل في إنجاز عمله عناية الشخص العادي ، فالطبيب مثلا فهو مقاول في عقد العلاج الطبي فالمطلوب منه أن يبذل العناية التي يبذلها أي طبيب في مستواه العلمي ، وغير مطلوب منه أن يضمن شفاء المريض[2] .

أما إذا كان التزام المقاول التزاما بتحقيق غاية أو نتيجة ، كإقامة بناء أو ترميمه أو هدمه أو صنع شيء أو نقل راكب وإيصاله سالما إلى الوجهة المقصودة ، ففي هذه الحالة لا يكفي أن يبذل المقاول في إنجاز عمله عناية الشخص المعتاد ، ولا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة أو أنجز العمل

---

[1] يكون العقد ملزما للطرفين ،متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا .

[2] عدنان ابراهيم السرحان ، **شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة – الوكالة – الكفالة** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1 1430هـ-2009م ، ص51 .

المطلوب منه ، فمثلا لا يستطيع مقاول البناء أن يدفع مسؤوليته عن عدم إمكانه من إكمال البناية التي تعهد ببنائها حتى وإن ثبت أنه بذل عناية الشخص العادي أو أكثر من ذلك ، والحل الوحيد لنفي مسؤوليته هو وجود قوة قاهرة سببت عدم إنجاز العمل ، حيث تنتفي في هذه الحالة علاقة السببية بين فعله وبين تخلف النتيجة المرجوة .

ثالثا: تقديم المادة المستخدمة في العمل: وهذه المادة إما يقدمها رب العمل وإما يقدمها المقاول وهذا ما نصت عليه المادة 550 من القانون المدني الجزائري. [1]

1- إذا قدم المقاول مادة العمل

الأصل أن الاتفاق هو الذي يحدد درجة جودة المادة المستخدمة في إنجاز العمل ، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق التزم الطرفان به ، فلا يكون المقاول ملزما بتقديم مادة على درجة أعلى من الجودة ولا يجوز لصاحب العمل أن يطالب بغير ما اتفق عليه .

فإن لم يتطرق الطرفان إلى هذا الموضوع عند التعاقد ووجد عرف يحدد درجة جودة المادة التي يجب على المقاول تقديمها وجب أيضا تطبيق ما يقضي به العرف[2].

فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف بهذا الشأن فإن المقاول يكون ملزما بتجهيز مادة من جودة متوسطة وذلك ضمانا لمصلحة الطرفين ، لأن تقديم مادة من جودة عالية من شأنه أن يضر بالمقاول كما أن تقديم مادة من جودة متدنية من شأنه أن يضر بمصلحة صاحب العمل .

2- تقديم مادة العمل من طرف صاحب العمل

فعلى المقاول إذا متى سلمت إليه المادة أن يتولى المحافظة عليها وأن يبذل جهده بهذا الشأن ، فإذا بقي بعد إكماله العمل شيئا منها ، فعليه أن يرد المتبقي إلى رب العمل ، وإذا كان المقاول ملزما بأن يستعمل المادة طبقا لأصول الفن ، فإن عدم توفر الكفاءة الفنية لديه أو نقص هذه الكفاءة متى أدى إلى أن

---

[1] تنص المادة 550 من القانون المدني الجزائري :"يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل و المادة معا".

[2] عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع سابق ، ص52 .

المادة التي قدمها رب العمل أصبحت غير صالحة لإنجاز العمل المطلوب فإنه يكون ملزما بضمانها بأن يرد إلى رب العمل قيمة المواد التالفة[1] .

رابعا: عدم التأخر في إنجاز العمل

غالبا ما يتم تحديد مدة يلتزم المقاول بإنجاز العمل خلالها ، فإن لم يكن هنالك اتفاق على مدة معينة ، فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه ، تبعا لمقدرة المقاول ووسائله وبمراعاة طبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف حرفته ، فإذا تأخر عن إنجاز العمل خلال هذه المدة عد مسؤولا عن هذا التأخير . والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية فلا يكفي لإعفاء المقاول من المسؤولية عن التأخر أن يثبت أنه بذل عناية الرجل العادي في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك بل يجب عليه حتى تنتفي مسؤوليته أن يثبت السبب الأجنبي فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، انتهت علاقة السببية ولم تتحقق مسؤوليته ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ مسبوقا بخطأ منه ، وإلا كان مسؤولا بقدر هذا الخطأ ، ولا تعد برودة الطقس في الشتاء قوة قاهرة لأنها أمر متوقع ، كذلك تنتفي مسؤولية المقاول عن التأخر في إنجاز العمل إذا كان هذا التأخر راجعا لخطأ رب العمل ، فإذا تأخر رب العمل في تقديم المادة التي تعهد بها وكان هذا التأخر سببا في تأخر إنجاز العمل لم يكن المقاول مسؤولا عن هذا التأخير ، وكذلك في حال تأخر رب العمل عن دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول في مواعيدها حتى يتمكن هذا الأخير من إنجاز العمل ، أو طلب رب العمل تعديلات لم يكن متفقا عليها من قبل ، فنتج عن كل هذا تأخر في إنجاز العمل ، لم يكن المقاول مسؤولا عن هذا التأخير [2].

الفرع الثاني: الالتزام بتسليم العمل المتفق عليه

الالتزام الثاني الذي يقع على عاتق المقاول هو التزامه بتسليم العمل إلى صاحبه بعد إنجازه ، والتسليم يختلف باختلاف طبيعة الشيء و العمل المطلوب ، فإذا كان المقاول هو الذي قدم المادة وجب عليه تسليمها مصنوعة على النحو المتفق عليه ، أما إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فالمقاول يلتزم بردها بعد أن يجري في العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أو إصلاح ، وهو بذلك إنما يرد لرب العمل

---

[1] المرجع نفسه ، ص54 .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة** ، دار نهضة مصر، ط3 2011م، ص77 .

ملكه ، إذ ملكية الشيء ما زلت لرب العمل ، وهو في الحالتين يسلم العمل بموجب التزام في ذمته بالتسليم ناشئ عن عقد المقاولة .

ويلتزم المقاول كذلك برد ما بقي من المادة التي قدما صاحب العمل ، وكذلك الأدوات و الآلات التي يكون قد تسلمها من صاحب العمل ولم تعد الحاجة تدعو لبقائها عنده بعد إنجاز العمل[1] .

أولا: 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 هو التسلم لا التسليم وهو واجب على رب العمل لا المقاول .

وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل ، فالحائك يسلم الثوب المصنوع إلى رب العمل يدا بيد ، وكذلك النجار و السباك والصانع وغير هؤلاء من أصحاب الحرف والصناعات ، والمقاول البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه بحيث يتمكن رب العمل من الاستيلاء على البناء والانتفاع به كما سبق القول ، وقد يتم ذلك بتسليم مفاتيح البناء إلى رب العمل ، والمقاول الذي قام بصنع شيء أو بتحويله أو بتحسينه أو بإصلاحه يسلمه إلى رب العمل بوضعه إياه تحت تصرفه على النحو سالف الذكر ، وإذا قام المقاول بعمل لا ينقل حيازة الشيء من رب العمل كالسباك يصلح مواسير المياه والدهان يدهن الحيطان فإن التسليم يكون بتخلية السبيل أمام رب العمل لينتفع بالشيء الذي تم العمل فيه[2] .

ثانيا: زمان التسليم

يكون التسليم في الميعاد المتفق عليه لإنجاز العمل ، ففي غالب الأحيان يتفق المتعاقدان في عقد المقاولة على وقت معين لانتهاء العمل ، ويفترض أن بحلوله يكون المقاول قد انتهى من انجاز العمل ، ويفترض أن بحلوله يكون المقاول قد انتهى من إنجاز العمل ، ففي هذي اللحظة يترتب الالتزام بالتسليم في ذمة المقاول وعليه أن يقوم بتنفيذه إلا إذا اتفق على تحديد وقت آخر للتسليم يلي تاريخ إنجاز العمل .

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع سابق ص59 .

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع سابق ص89 .

أما إذا سكت المتعاقدان عن تحديد مدة لإنجاز العمل فإنه يجب على المقاول أن ينجزه في مدة معقولة طبقا لما يمليه عرف الصنعة التي يقوم بها المقاول ولمقدرته وتبعا لطبيعة العمل الذي يقوم به ، وعند انتهاء هذه المدة المعقولة يكون من المفروض قد انتهى المقاول من انجاز العمل فيقع عليه التزامه بالتنفيذ فورا [1].

وقد يحل محل التسليم ويكون للمقاول أجر مستحق في ذمة رب العمل ففي هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفي أجره[2] ، وينقضي هذا الحق إذا استفى المقاول أجره ، أو إذا قام رب العمل بتقديم تأمين كاف للوفاء بالأجر . والحق في الحبس لا يقتصر على الأشياء التي صنعها المقاول بمادة من عنده ، بل يتناول أيضا كل ما سلمه رب العمل من مادة لاستخدامها في إنجاز العمل ومن أدوات ومستندات ووثائق ورسوم ونماذج وتصميمات وغير ذلك مما يكون رب العمل قد سلمه للمقاول لإنجاز العمل[3] .

رابعا: مكان التسليم

يكون التسليم في المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق ففي المكان الذي يحدده عرف الصنعة وإذا كان العمل واقعا على عقار كان التسليم في مكان العقار ، أما إذا كان واقعا على منقول فإن التسليم يكون مكان وجود المنقول فإذا انتقلت حيازة المنقول إلى المقاول ولم يكن هناك اتفاق أو عرف وجب الرجوع إلى القواعد العامة ويكون التسليم

في موطن المقاول، أو يكون في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذي تم يدخل عادة ضمن هذه الأعمال لأنه هو المدين بالتسليم[4] .

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان، المرجع سابق ص61 .

[2] نصت المادة 123 من القانون المدني الجزائري بأنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة للوفاء جاز لكل من التعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ."

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع سابق ص90 .

[4] تنص المادة 282 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا في وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.
أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة ". أنظر عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ص91 .

ثالثا: نفقات التسليم

وفقا للقواعد العامة فإن المقاول هو الذي يتحمل نفقات التسليم ، وهذا الأمر يكون عند عدم وجود نص خاص أو اتفاق ينظم نفقات التسليم و الطرف الذي يتحملها ، فقد يقضي الاتفاق بتحمل صاحب العمل نفقات التسليم أو توزيعها مناصفة بين المقاول ورب العمل ، ولقد نصت المادة 338 من القانون المدني الأردني على ذلك[1] .

رابعا: تبعة الهلاك قبل التسليم

1- في العقود الملزمة للجانبين تبعة الهلاك تكون على الطرف الملزم بالتسليم ، فإذا هلك محل المقاولة بيد المقاول قبل تسليمه لرب العمل كان الهلاك على المقاول وليس له أن يطالب بأجره ولا برد نفقاته إذا كان الهلاك بقوة قاهرة لأن صاحب العمل لم يستفد شيئا من عمل المقاول ، أما بشأن المادة التي استخدمت في العمل فإن تهلك على من قام بتوريدها سواء أكان المقاول أم صاحب العمل لأن القاعدة أن الشيء يهلك على مالكه وأن صاحب العمل إذا ورد المادة وسلمها إلى المقاول فإنه يبقى مالكا لها رغم هذا التسليم [2].

2- إذا وقع التعيب أو الهلاك بخطأ رب العمل ، فإن المقاول يستحق أجره كاملا رغم هلاك الشيء ويلزم صاحب العمل بدفعه إليه فيكون هذا الأخير هو الطرف الذي يتحمل الخسارة وحده، ويصدق الحكم ذاته إذا كان صاحب العمل قد قدم مادة معيبة ولم يكن المقاول بمقدوره أن يكشف هذا العيب ، ويتحمل رب العمل الخسارة وحده إذا أخطره المقاول بضرورة الحضور لاستلام الشيء المصنوع أو العمل المنجز فرفض وامتنع عن التسلم بغير سبب مشروع ثم هلك الشيء أو تعيب بيد المقاول دون تعد منه أو تقصير[3] .

3- قد يهلك الشيء أو يتعيب بخطأ المقاول ، فيكون المقاول حينئذ الطرف الذي يتحمل الخسارة فيلزم تبعا لذلك بأن يدفع لرب العمل قيمة الشيء الذي جهزه له ، كما ويعفى رب العمل من دفع الأجر إلى المقاول ، فيسترده منه إن كان قد دفعه إليه ، ويفقد المقاول أجره

---

[1] تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا تفق أو نص القانون على غير ذلك . ووافقت هذه المادة 283 من القانون المدني الجزائري ، عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة – الوكالة – الكفالة ص62 .

[2] عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع سابق ص64 .

[3] المرجع نفسه، ص65 .

إضافة إلى نفقات المواد التي جهزها حيث لا يستطيع الرجوع بهذه النفقات على صاحب العمل إذا كان الهلاك بخطأ المقاول[1] .

خامسا: آثار التسليم

1 – التسليم يعفي من المسؤولية عن العيوب الظاهرة : حيث يترتب على تسليم الأعمال إلى صاحب العمل وقبوله لها بدون أي تحفظ إعفاء المقاول من العيوب التي كانت الظاهرة وقت حصوله .

2– بدء سريان مدة الضمان : يعتبر تاريخ التسليم هو تاريخ الذي يبدأ منه مدة الضمان المقررة في القانون المدني أو القوانين الخاصة بمقاولات الأعمال ، ويعتبر الضمان أهم أثر يترتب على التسليم .[2]

3 – نقل عبء تبعة الهلاك : إذا قام المقاول بتسليم الأعمال إلى صاحب العمل ولم يبدي هذا الأخير أي تحفظات.

عليها فإنه بانتقال الأعمال إليه تنتقل معها تبعة الهلاك ، بحيث إذا ما حدث تلف أو هلاك أو تهدم بسبب صاحب العمل ، أو بسبب أجنبي فإن صاحب العمل هو الذي يتحمل المسؤولية المترتبة على ذلك .

4– استحقاق الأجر : يلتزم صاحب العمل بعد استلامه العمل أن يدفع للمقاول أجره [3].

الفرع الثالث: التزام المقاول بالضمان

حتى يمكن أن يتحقق الضمان، يجب أن يكون هناك عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة .فيجب إذن أن تقع المقاولة على منشآت ثابتة، وعلى رأسها المباني من أي نوع كان .ولا يشترط أن يكون المبنى قد شيد بالطوب أو بالحجارة، بل يجوز أن يكون مشيداً بالخشب أو بالحصير والمهم أن يكون البناء مستقراً ثابتاً في مكانه لا يمكن نقله دون هدمه .ومع ذلك، فالمصعد وهو يرتفع ويهبط يعتبر في حكم الثابت في مكانه، لأنه لا يتعدى دائرة محدودة في تحركه، ومن ثم يعد من المنشآت الثابتة.

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع سابق، ص65

[2] عصام عبد الفتاح مطر ، **عقود الفديك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها** ، دار الجامعة الجديدة لنشر الإسكندرية 2009 م ص286 .

[3] المرجع نفسه ص287 .

أولا: مفهوم الضمان

لغة: ضمن الشيء وبه صمنا وضمانا : كفل به وضمنه إياه :كفله وضمنته الشيء تضمينا ، فتضمنه عني مثل غرمته[1] .

أما في الاصطلاح: هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل. أو هو واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه.[2]

ثانيا: مشروعية الضمان

شرع الضمان وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها ، ومحافظة على حقوقهم درءا للعدوان عليهم وجبرا لمن انتقص من أموالهم ، فجاء في القرءان الكريم ما يدل على الضمان.

قال سبحانه وتعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [3] فهنا قد وجب أداء الأمانة على من إحتازها وقبضها ووجوب الأداء عليه يستلزم شغل ذمته به ، وذلك ما يتحقق به معنى الضمان وأنه شغل الذمة مما يجب الوفاء به .

وقال تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢ ﴾[4] أي ضامن .

ومن السنة الكريمة عن عبدِ العزيز بنِ رُفَيع، عن أُميَّةَ بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله – صلَّى الله عليه وسلم – استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: "لا بل عارية مضمونة "[5]

---

[1] ابن منظور ، **لسان العرب** مصدر سابق ج13 ص257 .

[2] علي خفيف ، **الضمان في الفقه الإسلامي**، دار الفكر العربي القاهرة، د ط 2000م ، ص9 .

[3] سورة النساء الآية 57 .

[4] سورة يوسف الآية 72 .

[5] ابي داود :**سنن أبي داود** ،ت الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ2009م، باب في تضمين العارية ، رقم الحديث 3562، ج5 ص414.

و السبب العام لضمان هو التعدي المسبب لضرر الغير ، و بتحليل هذا السبب المركب للضمان نجده يضم أوصافا ثلاثة هي: التعدي ، حصول الضرر للغير،: علاقة السببية بينهما ، أي بين التعدي و حصول الضرر ، بحيث يكون الضرر ناجم عن فعل التعدي نفسه لاعن سبب آخر[1] .

رأينا سابقا أنه على المقاول أن ينجز العمل محل المقاولة وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها ، و طبقا لأصول الفن الذي يحكم هذا العمل ، فمتى جاء العمل مخالف لهذه المقاييس ، تعين حينئذ على المقاول ضمان العيوب التي لحقت به، و دراسة الضمان في عقد المقاولة تتطلب منا دراسة عناصر مهمة .

ثالثا: طرفا الضمان

أ – **المدين بالضمان:** والذي يترتب في ذمته الضمان هو المهندس المعماري والمقاول في عقد المقاولة . والمقاول هو الذي يعهد إليه في إقامة المنشآت الثابتة .ويستوي أن تكون المواد التي أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل .ففي الحالتين يلتزم بالضمان .وإذا تعدد المقاولون، التزم كل منهم في حدود الأعمال التي قام بها كل منهم وضمن هذه الحدود.

ب – **المستفيد من الضمان (الدائن بالضمان)** : والذي يطالب بالضمان في عقد المقاولة هو رب العمل، فيرجع على المهندس المعماري أو على المقاول، أو عليها معاً متضامنين .وإذا مات رب العمل حل محله في المطالبة بالضمان ورثته .كذلك يجوز لدائنيه أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان .كما يجوز أن يكون دائناً بالضمان الخلف الخاص، تبعاً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات .ويجوز للمشتري أن يرجع على بائعه بضمان العيب، وفي هذه الحالة يكون للبائع، وهو رب العمل، أن يرجع بدوره على المهندس أو المقاول بالضمان، وله أن يدخلهما ضامنين في دعوى العيب التي يرفعها على المشتري .

[1] أيمن صالح ، **حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي** ، مجلة مؤتة للبحوث و الدراسات المجلد 17 العدد4 ،2002م ص124 .

رابعا: مدة الضمان

فقد حدد المشرع مدة لذلك هي عشر سنوات تبدأ من وقت التسليم [1].ولا عبرة للعيب الذي يظهر بعد ذلك، حتى ولو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها ، حتى ولو تهدم البناء بعد انقضاء عشر سنوات فأصاب الغير بضرر ورجع الغير على رب العمل، فإن هذا الأخير لا رجوع له على المقاول أو المهندس بعد انقضاء مدة الضمان.

وإذا وجد العيب خلال مدة العشر سنوات، تحقق الضمان، حتى لو لم ينكشف إلا بعد هذه المدة .وفي هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم، ومدته ثلاث سنوات، من وقت انكشاف العيب لا من وقت وجوده.

ويبدأ سريان مدة العشرة سنوات من وقت تسليم العمل .وإذا أبى رب العمل، فمن وقت إعذاره .وإذا كان التسليم على عدة دفعات، فمن وقت أن تتم الدفعة الأخيرة إذا كانت المنشآت لا يمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة .أما إذا كانت المنشآت يمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر، فمن وقت تسلم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء .ويمكن إثبات التسلم وتاريخه بمحضر التسليم إذا وجد، أو بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك ، أو أية طريقة من طرق الإثبات، وتدخل البينة والقرائن لأن التسليم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .وعبء إثبات التسلم يقع على عاتق رب العمل.

ومدة عشر سنوات ليست بمدة تقادم، ومن ثم لا تكون عرضة لأي وقف، ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه، كذلك لا تكون عرضة لأن تنقطع.

ويجوز الاتفاق على إطالة المدة، لأن الممنوع هو الإعفاء أو الحد من الضمان، لا التشديد فيه .ولكن لا يجوز الاتفاق على أن تكون المدة أقل من عشر سنوات[2].

---

[1] نصت المادة 554 من القانون المدني الجزائري " يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني من المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .
وتبدأ مدة السنوات (10) العشر من وقت تسلم العمل نهائيا " . ووافقت المادة 788 من القانون المدني الأردني .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع سابق ،ص124

وإذا حرر محضر التسليم بعد التسلم الفعلي، فالعبرة بتاريخ التسلم لا بتاريخ المحضر .وكذلك الأمر فيما لو سبق التسلم الفعلي تسوية الحساب مع المقاول، فالعبرة بتاريخ التسلم الفعلي .أما إذا كان التسلم قد سبق إنجاز العمل، فالعبرة بتاريخ إنجاز العمل لا بتاريخ التسلم الفعلي .

خامسا: سبب الضمان

يرجع سبب الضمان إلى البناء .فالضمان يشمل ما يحدث في المنشآت من تهدم كلي أو جزئي، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها .كما يشمل ما يوجد في المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .وليس من الضروري أن يتهدم البناء كله أو بعضه، بل يكفي أن يظهر فيه عيب يترتب عليه الضمان، وهذا العيب إما أن يكون في المواد التي استعملت في البناء أو أن يكون العيب في الصنعة نفسها.

وسواء كان العيب في المواد، أو في أصول الصناعة، أو في الأرض، فإنه يجب أن يتوفر فيه شرطان:

الشرط الأول :أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته.

الشرط الثاني :أن يكون العيب خفياً.

ومتى تحقق سبب الضمان الذي يرجع إلى البناء، فإن المقاول الذي قام بالبناء يكون ملتزماً بالضمان، وكذلك المهندس المعماري الذي عهد إليه بالإشراف على التنفيذ وتوجيه العمل، وهما متضامنين في الالتزام بالضمان.

ولا يشترط لنشوء هذا الضمان أن يكون العيب قديما أي موجود في المبنى وقت قبول رب العمل ، فالمسؤولية تتناول العيوب القديمة و العيوب الطارئة وقت القبول ، ومسؤولية المقاول تتحقق ولو لم يثبت أن العيب كان موجودا في المبنى وقت إقرار رب العمل له.

وإذا كان العيب قديما أي موجودا في المبنى وقت القبول فإن المقاول لا يضمنه إلا إذا كان خفيا غير معلوم لرب العمل في ذلك الوقت ومن غير الممكن كشفه ، ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحصه ومعاينته [1].

ولا يكون المقاول الذي قام بالتنفيذ ملتزما بضمان عيوب التصميم ، إذ التصميم ليس من وضعه ، ولكن إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه ، وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الذي فيه ، فإنه يكون هو أيضا ملتزما بالضمان .[2]

سادسا: طبيعة أحكام الضمان وجزاءه

حرص المشرع على الطبيعة الآمرة لأحكام هذا الضمان وتعلقه بالنظام العام وذلك ببطلان كل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه .

ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء والمقاول والمهندس هما من ذوي الخبرة الفنية وهما في الوقت ذاته الجانب الأقوى في عقود المقاولة ، وبسبب هذه الخبرة يستطيعان أن يضيعا الحماية التي وفرها المشرع لرب العمل ولو جاز لهما اشتراط عدم المسؤولية أو التخفيف منها بأن يدرجا في عقد المقاولة مثل هذا الشرط فيصبح من الشروط المألوفة في هذه العقود ، فأراد المشرع أن يدعم الحماية التي منحها لرب العمل فجعل أحكام الضمان من النظام العام لا يجوز الاتفاق على محوها أو التخفيف منها [3].

إذا تحققت مسؤولية المقاول فإنه يلتزم بتعويض صاحب العمل عن الضرر الذي لحقه من جراء التهدم في البناء أو وجود عيب فيه ، ويشمل التعويض وفقا للقواعد العامة ، ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وعلى ذلك فيشمل التعويض ، النفقات اللازمة لإعادة البناء إذا كان قد تهدم كله ، أو لإعادة بناء الجزء المتهدم أو لإصلاح العيب .

---

[1] إيمان طارق الشكري، **نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء دراسة مقارنة** ، مجلة جامعة بابل ، العلوم الإنسانية ، ، العدد 6 سنة 2012م، المجلد 20 ص286 .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع سابق، ص120 .

[3] إيمان طارق الشكري ، المرجع سابق ،ص 288 .

وإذا كانت إعادة البناء أو الإصلاح لم تؤدي إلى إصلاح كل الضرر كأن ترتب عليها تشويه منظر المبنى أو الإقلال من منفعته ، مما خفض قيمته الإيجارية ، كان لصاحب العمل الحق في التعويض عن ذلك أيضا[1] .

المطلب الثاني: التزامات ربع العمل

الفرع الأول: التزام رب العمل بتسلم العمل بعد إنجازه

ألزم القانون صاحب العمل بأن يتسلم العمل وذلك مقابلا لالتزام المقاول بتسليم العمل أو الشيء الذي تولى صنعه ، فلا يعقل أن يستطيع المقاول تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه بالتسليم طالما لم يكن رب العمل ملزما بالتسلم بالنظر إلى أن التسليم والتسلم عمليتان متكاملتان .

ويتم التسلم بأن يضع صاحب العمل يده على ما تم من عمل بعد أن يكون المقاول قد أنجزه ووضعه تحت تصرفه على نحو يمكنه من الاستيلاء عليه دون حائل ، ولقد نصت المادة 792 من القانون المدني الأردني على ذلك[2] .

أولا: أطراف التسلم

رب العمل (الدائن بالتسلم) :

رب العمل في عقد المقاولة هو الذي يقع على عاتقه القيام بعملية التسلم أي أن العمل عادة هو الذي يتسلم العمل بنفسه أو بواسطة معاونيه من أهل الخبرة لكي يتمكن من فحصه ومعاينته ، وذلك لتأكد من تمام تنفيذه ومطابقته لكافة شروط العقد ، وما تقضي به قواعد الفن وأصول الصنعة [3].

وبناء على ذلك فأن رب العمل وحده هو الملزم بالتسلم ، يضاف إلى ذلك أن رب العمل وحده هو الذي يوقع محضر التسلم لكن يمكن أن ينيب عنه شخصا آخر إنابة قانونية ، مما يسمح لهذا الأخير

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع سابق ص90-91 .

[2] " يلتزم صاحب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضما عليه " . وبنفس المعنى نصت المادة 558 من التقنين المدني الجزائري

[3] غازي خالد أبو عرابي ، **المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي** ، دار وائل لنشر ط1 2009م ص99

بالقيام بعملية التسلم بحيث يكون ممثلا قانونيا لرب العمل كالمهندس المعماري والمشرف على العمل أو غيرهما من الأشخاص الذين تتوافر فيهم صفة التمثيل قانونا وبذلك يقوم هذا الممثل القانوني أو الوكيل بتسلم العمل ، فيفحص العمل ويتأكد من تنفيذ التزامات المقاول المتفق عليها مع رب العمل ويضع اليد على العمل ، وبالتالي يقوم بكل إجراءات التسلم ومنها التوقيع على محضر التسليم و التسلم وكل الآثار التي تترتب على تلك العملية لا تنصرف إليه وإنما تنصرف إلى رب العمل الأصيل مباشرة طبقا للقواعد العامة المتعلقة بالوكالة[1] .

الدائن بالتسلم المقاول :

يعتبر المقاول هو المستفيد من عملية التسلم لأن أعماله سوف تخضع للفحص و المراجعة ، وهو الطرف الذي تكون لصالحه معظم آثار التسلم ، بحيث يؤدي ذلك إلى براءة ذمته من كافة الالتزامات التي يرتبها عليه عقد المقاولة[2] .

ثانيا: شروط التسلم

لتمام عملية التسلم في عقد مقاولة هناك شروط موضوعية وشروط شكلية يتعين توفرها:

1- الشروط الموضوعية

المحل: محل التسلم هو نفسه محل التسليم، فتسلم يرد على نفس العمل الذي يرد عليه التسليم وذلك أن المقاول الملتزم بالتسليم يسلم العمل المنجز لرب العمل الملتزم بالتسلم، فيتسلمه هذا الأخير إما برضائه أو جبرا عليه.

والمحل الذي يقع عليه التسلم هو العمل المطلوب إنجازه ، فإذا كان المقاول هو الذي قدم المادة وجب عليه تسليمها ، وبالتالي تسلمها من رب العمل مصنوعة أو منجزة ، أما إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فإنه يقوم بتسلمها عندما يردها المقاول بعد أن يجري فيها هذا الأخير العمل المطلوب من

---

[1] عكو فاطمة الزهرة، **التزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء** ، بحث لنيل شهادة ماجستير فرع العقود والمسؤولية جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون 2004م-2005م ص91

[2] بلمختار سعاد ودنوني هجيرة، **المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، كلية الحقوق 2009/2008 ص108 .

تحويل أو تحسين أو تصليح ، كما يرد التسلم على كل ما يقوم المقاول برده لرب العمل من رسومات وتصاميم أو خرائط أو نماذج أو رخصة بناء أو وثائق ومستندات كالمستندات المثبتة لملكية الأرض التي يقام عليها البناء أو أدوات يكون قد تسلمها من رب العمل لضرورتها في إنجاز العمل وانتهت مهمتها بذلك[1] .

المطابقة : لا يكون التسلم و التسليم صحيحا ما لم يكن مطابقا لما هو منصوص عليه في العقد ، متفقا مع قواعد الفن وأصول الصنعة [2].

فإذا لم يكن العمل متفقا مع ما أتفق عليه أو جرى العرف عليه أصبح من حق رب العمل أن يمتنع عن التسلم وصار من غير الممكن للمقاول إجباره على ذلك .

إنجاز العمل محل العقد :حتى تتم عملية التسلم يجب أن يكون المقاول قد أتم إنجاز العمل وانتهى منه كليا ، بحيث يصبح مهيئا لأن يتسلمه رب العمل ويقصد بذلك إتمام العمل محل العقد من طرف المقاول والانتهاء من تنفيد هذا. التزام بصفة كلية ، فالالتزام بتنفيذ العمل المطلوب منه وإتمامه هو من الالتزامات الأساسية التي يرتبها عقد المقاولة على عاتق المقاول[3]

2- الشروط الشكلية للتسلم

لم يشترط أي شكل للتسلم ، بل أعتبر جزء من عقد المقاولة المبرم بين العمل والمقاول ، بحيث ألزم هذا الأخير بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بعد إتمامه مطابقا للشروط المتفق عليها في العقد ، كما أوجب على رب العمل أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن ، أما إذا امتنع عن تسلم العمل بعد إنذاره رسميا يعتبر أن العمل قد سلم إليه ،فشكل التسلم عند رفض رب العمل أو تأخره في تسلم العمل يكون بإنذار رسمي[4] .

---

[1] عكو فاطمة الزهرة ، **التزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء** ص64 .

[2] عبد الرزاق السنهوري المرجع سابق ص149.

[3] عكو فاطمة الزهرة **التزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء** ، المرجع سابق ص65

[4] جاء في المادة 558 من القانون المدني الجزائري " عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى

لما كان المقاول مطالباً بتسليم المعمول إلى ربه، وكان رب العمل مطالبًا بتسلم العمل من المقاول وجب مراعاة ما يلي:

الأول: أن يكون التسلم في الميعاد المتفق عليه، أو في الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة.

ثانياً: يجب على رب العمل أن يقوم بتنفيذ التزامه من التسلم والتقبل بمجرد أن يفرغ المقاول من عمله ويضعه تحت تصرفه.

ثالثاً: يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلم العمل إذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من شروط، أو ما تقضي به أصول الصنعة.[1]

ثالثا: صور وطرق التسلم

وينقسم إلى تسلم صريح وتسلم ضمني

1- التسلم الصريح : يتم التسلم إما رضائيا أو قضائيا شفهيا أو كتابيا

أ التسلم الرضائي : يعتبر التسلم الرضائي الأصل في طرق التسلم في عقود المقاولات ويتم بحضور أطراف المقاولة سواء بطريقة كتابية أو بطريقة شفهية حسب ما يراه أطراف العقد محققا لمصالحهم .

التسلم القضائي : في حالة عدم اتفاق الطرفين وهما المقاول وصاحب العمل ، يلجأ صاحب المصلحة إلى القضاء وهو في الغالب المقاول وذلك من أجل حل النزاع وإعطاء كل ذي حق حقه ، فإذا توافرت الشروط اللازمة لتسلم العمل فإن قاضي الموضوع المختص سيصدر حكمه بأن العمل سلم إلى صاحب العمل حتى ولو لم يتسلمه فعلا[2] .

ذلك بإنذار رسمي اعتبر العمل قد سلم إليه ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار " . انظر المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء ص106 .

1 أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان ، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة** ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض المملكة العربية السعودية، ط 2، 1432هـ ، ج8 ص372.

[2] غازي خالد أبو عرابي ، **المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي** ، المرجع سابق ص105 .

2- التسلم الضمني : يقصد منه اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال معه شكا في أنه يعبر عن إرادة واعية لمتخذه في تسلم العمل محل التعاقد وتقبله[1] ، فهذا يعني أن التسلم الضمني يستخلص من بعض الوقائع مادامت تكشف بوضوح عن نية رب العمل في قبول الأعمال ، وتتعد الأمثلة على صور التسلم الضمني ومنها حيازة رب العمل على الأعمال واستخدامها فعلا وأن يكون قد قام بوضع اليد عليها ، وسلم للمقاول جميع مستحقاته المالية فهذا يعبر عن رضاه وتقبله للأعمال [2].

رابعا: كيفية التسلم

وينقسم إلى قسمين تسلم ابتدائي ونهائي، تسلم جزئي وكلي.

1- التسلم الابتدائي والنهائي :

التسلم الابتدائي المؤقت : هو إفصاح رب العمل عن إرادته في تقبل العمل ، بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التي قررها صاحب العمل في محضر التسليم والتسلم وذلك بإصلاح كل العيوب وإكمال كل النقائص وإزالة كل الشوائب التي أدت إلى تقرير هذه التحفظات وذلك في المدة التي يتفق عليها ، أو المدة المعقولة طبقا للعرف الجاري في المهنة[3] .

التسلم النهائي : وهو التسلم الذي يتم عقب قيام المقاول بإصلاح العيوب في الأعمال ، وإنجاز كافة الأعمال الواردة بتحفظ صاحب العمل و الواردة في محضر التسلم الابتدائي الأعمال ،والتسلم النهائي للأعمال يشمل فرضان :

الأول : أن إتمام الإصلاحات قد تم قبل انتهاء المدة أو مع انتهائها ، وهنا تبرأ ذمة المقاول تجاه كل العيوب الظاهرة أثناء التسليم ، ولكنها لا تبرأ من العيوب الخفية التي قد تظهر بعد انتهاء المدة .

الثاني : أن المدة قد انتهت ، و الإصلاحات لم تتم ومن ثم فإن التسليم النهائي للأعمال لا يتم ، ويبقى مكان العمل مفتوحا قانونا حتى يتم الإصلاح بمعرفة المقاول نفسه ، بعد الاتفاق على إطالة المدة بين الأطراف ، أو على نفقته وتحت مسؤوليته بمعرفة مقاول آخر [4].

---

[1] عكو فاطمة الزهرة **التزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء** ، المرجع سابق ص79.

[2] عصام أحمد البهجي، **عقود الفديك وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل** ،دار الجامعة الجديدة 2008م ص365.

[3] عصام عبد الفتاح مطر ، المرجع سابق ، ص284 .

[4] عصام عبد الفتاح مطر ، المرجع سابق ، ص285 .

2- التسلم الكلي والجزئي : قد يتم التسلم مرة واحدة للعمل محل العقد فيكون تسلما كليا ، وإما أن يتم على مراحل متتالية بحسب ما يتم إنجازه .

التسلم الجزئي : لا يكون التسلم جزئيا إلا في الأعمال التي تقبل التجزئة و الانقسام ، حيث قد تنصب المقاولة على مجموعة من الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة ، بحيث يمكن تجزئة تسليم ما تم إنجازه منها ، ويكون هناك تاريخ تسليم لكل مرحلة تبدأ منه مدة ضمان الأعمال[1].

التسلم الكلي : يكون التسلم كليا إذا شمل كل العمل بعد إنجازه ، ويستو في هذا الصدد أن يمثل العمل كلا متكاملا لا يقبل التجزئة ، أو كان على مراحل ، ولكن يكون التسليم في نهاية المرحلة الأخيرة من الأعمال[2].

الفرع الثاني: التزام رب العمل بدفع الأجر

أولا: تعريف الأجر

الأجر أو البدل هو مال والمال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل ،ولابد من أن يكون متقوما ومعلوما[3].

ويشترط فيه شروط

- أن يكون معلومًا للمتعاقدين .
- أن يكون مقدور على تسليمه .[4]
- أن يكون الأجر طاهرا .
- أن يكون الأجر منتفعا به شرعا .[5]

و الأجرة من مقومات عقد المقاولة قال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[1]

---

[1] بلمختار سعاد ودنوني هجيرة،**المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء** ص117 .

[2] عصام عبد الفتاح مطر ، المرجع نفسه ،286 .

[3] الكساني،**بدائع الصنائع**،ج4،ص193 .

[4] أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة** ، ج2ص269

[5] الحطاب الزعيني، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر ط3، 1412هـ 1992م ، ج4 ص258- 263

وعن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " قال الله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ".[2]

ثانيا: الملتزم بدفع الأجر

المدين بالأجر هو صاحب العمل ، وفي حالة تعدد أرباب العمل فإن كل واحدة منهم يلتزم بدفع قسمة من الأجر يكون مساويا لنسبة حصته في العمل ، فإن لم تتعين حصة كل منهم اعتبرت حصصهم متساوية وانقسم الأجر بينهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق بينهم على التضامن ، أما إذا توفي رب العمل قام مقامه ورثته في الالتزام بدفع الأجر في حدود التركة .

ثالثا: الدائن بالأجر

هو المقاول الذي تعاقد مع رب العمل ويحل محله ورثته ، إذ المقاولة لا تنتهي بموت المقاول إلا إذا كان متفقا على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد ، ما لم يطلب صاحب العمل فسخ العقد لعدم توافر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ الورثة للعمل المتفق عليه مع مورثهم ، ويحل محل المقاول في المطالبة بالأجر أيضا خلفه الخاص[3] .

رابعا: تعين الأجر في عقد المقاولة

فالأصل أن يتفق في عقد المقاولة على الطريقة التي يحسب بها الأجر مقابل العمل المنجز ، وما تم الاتفاق عليه يكون واجب الدفع حتى يوفي رب العمل بالتزاماته لكي لا يعرض نفسه للجزاء الذي رتبه القانون على من يخل بالتزامه العقدي ويؤكد فقهاء الشريعة الإسلامية على أن يكون الأجر معلوما ، وقد

---

[1] سورة الطلاق الآية 6

[2] أخرجه البخاري، **صحيح** ، باب إثم من باع حرا ،ج3 ص82 ، رقم الحديث 2227 .

[3] عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع سابق ص95 .

إستدلو على هذا بعدة أدلة من أهمها قوله صلى الله عليه وسلم " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره"[1].
فهذا الحديث يدل أنه يشترط لصحة عقد الإجارة علم المتعاقدين فيها بالأجر أو أن يكون معلوما[2] .
ولكن يثور التساؤل حول ما إذا جاء عقد المقاولة من أي تحديد لمقدار الأجر أو البدل ، فما مصير العقد في هذه الحالة ومن خلال المادة رقم 796 من القانون المدني الأردني[3] يتضح أن العقد يبقى صحيحا رغم عدم تحديد مقدار الأجر الذي يستحقه المقاول لقاء عمله ، فإذا سكت الطرفان عن التطرق إلى موضوع مقدار الأجر ، فإن القانون قد تولى تعيينه في هذه الحالة إذن يحدد القانون الأجر عند عدم الاتفاق بأجر المثل ، وإذا كان المقاول ملزما بموجب الاتفاق على تقديم المواد التي تطلبها العمل ، ففي هذه الحالة يتم تحديد الأجر على أساس قيمة ما قدمه المقاول من مواد وأجر المثل بمعرفة الخبراء ، أما إذا قدم المقاول عمله فقط فإنه يستحق أجر المثل عن عمله فقط[4] .

خامسا: مكان الإيفاء بالأجر

حسب نص المادة 282 من القانون المدني الجزائري[5] يتم الدفع في المكان المتفق عليه أو بحسب العرف ، فإذا كان الشيء المصنوع معينا بالذات فيتم تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت إنشاء العقد ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف مخالف .

يتم الإيفاء في مكان وجود المدين أي مركز أعماله الرئيسي وإذا كان الأجر من المثليات نقودا مثلا فيتم إيفاءه في مكان صاحب العمل أو مركز أعماله .

---

[1] ابن أبي شيبة، **مصنف** ، من كان يستعمل الأجير حتى يبين له أجره مكتبة الرشد الرياض، ط1،1409هـ ج4 ص366 رقم الحديث 21109 .

[2] غازي خالد أبو عرابي ، **المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي** ، المرجع سابق ص113

[3] " إذا لم يعين في العقد أجر على العمل استحق المقاول أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل "

[4] غازي خالد أبو عرابي ، المرجع نفسه ص114 .

5 "إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.
أما الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة".

سادسا: وقت إيفاء الأجر

زمان وفاء الأجر هو وقت تسلم صاحب العمل للمعقود عليه ففي هذه اللحظة يكون المقاول قد نفذ التزامه بإنجاز العمل وتسليمه إلى صاحب العمل ، ويبقى على هذا الأخير أن يدفع مقابل ذلك الأجر أو البدل الذي يستحقه المقاول ، ولا يجوز للمقاول كأصل عام أن يطالب صاحب العمل بالأجر قبل هذا الوقت ، كما أن من حق صاحب العمل أن يمتنع عن دفعه إذا ما طالبه المقاول بذلك قبل أن يسلم عمله الذي أنجزه كاملا[1] .

لكن يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف هذا الحكم[2] ، كأن يتم دفع الأجر مؤجلا أو مقسطا ، أي أن الأجر يدفع بعد فترة من تسلم العمل ، أو يتفق الطرفان على أن يقوم رب العمل بالسداد على دفعات يتم تحديدها و الاتفاق عليها في العقد المبرم بين المقاول ورب العمل وهنا يجب على رب العمل الالتزام بسداد هذه الدفعات حسب ما هو متفق عليه[3] .

إذن يكون موعد الدفع محددا بالاتفاق أو بالعرف المتبع في الصنعة ، وإلا تطبق القواعد العامة أي يتم الوفاء بانتهاء العمل أو تسلمه إذا كان العمل مطابقا للمواصفات الملحوظة في العقد أو لأعراف المهنة ، كما يحق للمقاول حبس العمل حتى يستوفي أجره [4]، ولكن إذا كان العمل مقسما إلى أجزاء يستحق المقاول أجرا عن كل جزء يتم إنجازه ، فإن حق الحبس لا يقع إلا على الأجزاء التي لم يدفع الأجر الذي يقابلها[5] .

---

[1] عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع سابق ص96

2 تنص المادة 559 من القانون المدني الجزائري على أنه " تدفع الأجرة عند تسّلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق على خلاف ذلك." ووافقت بذلك المادة 793 ون القانون المدني الأردني .

[3] عصام أحمد البهجي ، **عقود الفديك وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل** ، المرجع سابق ص341 .

[4] نعيم مغبغب ، **عقود البناء ة الأشغال الخاصة والعامة** ط1 ،1997م لبنان ، ص80 .

[5] عدنان إبراهيم السرحان ، المرجع سابق ، ص10 .

الفرع الثالث: الشرط الجزائي

أولا: تعريف الشرط

في اللغة: الشرط : إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[1]

في الاصطلاح: اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق وبشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالإلتزام . على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم القيام المدين بتنفيذ التزامه.[2]
أو هو نص المتعاقدين في العقد على مبلغ معين يدفعه من أخل بالالتزام[3]
وطبيعة الشرط الجزائي إذ كونها صادرة عن سلطان الإرادة الحرة في إنشاء العقود والشروط يسمح لها أن تكون اتفاقية، وكونها ذات مقصد تعويضي بداية ونهاية يسمح لها بوصفها تعويضية، إذ يرجح أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية[4].
وقد استدل المجزين للشرط الجزائي على جوازه بما يلي:

هذا الشرط لا يتنافى مع مقتضى العقد، بل يقتضيه ويحقق مصلحة العاقدين، في إنجاز العقد في وقته المحدد

إن الشرط الجزائي يُعتبر شرطاً مستحدثاً تُطبق عليه قاعدة: الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وبطلانه.

ثالثا: صورته

أن يتضمن العقد الأصلي شرطا يدفع بموجبه المدين مبلغا من النقود للدائن إذا تأخر المدين عن سداد الدين في الوقت المحدد في أصل العقد ، يتفق عليه المدين عند التعاقد وللمسألة حالتان :
الحالة الأولى : أن يكون مبلغ الشرط مستحقا عند عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه دون أن يتوقف ذلك على شريطة أخرى ، كأن يقول إذا لم يوفه دينه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا من المال ، فهذا

---

[1] الفيروز، **القاموس المحيط**، ،ج1ص673 .

[2] احمد حشمت أب ستيت ، **نظرية الالتزام في القانون المدني المصري** ،مطبعة مصر القاهرة 1945م ،ص442 .

3 محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي ، **معجم لغة الفقهاء** ، دار النفساء لطباعة والنشر و التوزيع ط2، 1408هـ 1988 م ص260 .

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج2ص865 .

الشرط باطل ومبطل للعقد لأنه من قبيل الربا ، وهذه الزيادة جعلها عوض الأجل ، وهذا هو الأصل في امتناع جواز أخذ الأبدال عن الآجال[1] .

الحالة الثانية : أن يتضمن العقد شرطا يلزم المدين بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا على الدائن المماطل بسبب التأخير في سداد الدين عن وقته، سواء نص في العقد على ترك تقدير التعويض للعاقدين بعد ظهوره ، أو للجنة محكمة أو للقاضي، وقد أطلق على هذا النوع التعويض ، وجوزا هذا كبار العلماء.[2]

حكم دخول الشرط الجزائي في عقد المقاولة :

وذلك عند اشتراط المقاول على رب العمل أنه في حالة تأخره في سداد مستحقاته في وقتها فإن عليه شرطا جزائيا

كذا من النقود عن كل يوم تأخير، فهذا شرط فاسد مفسد للعقد لأنه جعل العقد عقد ربا صريح إما تقضي وإما تربي وهو من باب الشرط الجزائي في الديون.

وكذلك عند اشتراط رب العمل على المقاول أنه في حالة تأخره في تسليم المبنى في الوقت المحدد فإن عليه شرطا جزائيا مقداره كذا عن كل يوم تأخير، فجمهور العلماء المعاصرين على صحته والإلزام به[3].

---

[1] الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، **من أبواب الربا الوضع مقابل التعجيل**،ج42 ص36 .

[2] هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، **أبحاث هيئة كبار العلماء**، ج1 ص218-224 .

[3] محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة ، رسالة دكتورة في الدراسات الإسلامية ، كلية التربية جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية 1425هـ 1426هـ ص324 .

المبحث الثاني: انتهاء عقد المقاولة

المطلب الأول: الانتهاء المألوف وغير المألوف لعقد المقاولة

الفرع الأول: الانتهاء المألوف بتنفيذ عقد المقاولة

الانتهاء المألوف لعقد المقاولة يكون بتنفيذ هذا العقد، فينفذ رب العمل التزاماته من تمكين المقاول من إنجاز العمل وتسلمه منه ودفع الأجر، وينفذ المقاول التزاماته من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل، ولا يتخلف بعد ذلك إلا التزام المقاول بالضمان.

إذا أدى المقاول التزامه حسب شروط العقد دون أية مخالفة، وقام بتسليم العمل لصاحبه، وقام صاحب العمل بتسليم البدل المتفق عليه إلى المقاول لقاء إنجازه عمله فقد انتهى عقد المقاولة، وتحققت صورة من صور انقضاء عقد المقاولة، وهي صورة انقضاء المقاولة بالإنجاز؛ لأن إنجاز العمل هو الغرض من العقد، وإذا حصل غرض العقد لم يبق مسوغ لبقاء عقد المقاولة[1].

الفرع الثاني: الانتهاء غير مألوف قبل تنفيذ العقد وفق القواعد العامة

قد ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف ولكنه إنهاء يتفق مع القواعد العامة، وأهم أسباب إنهاء المقاولة وفقا للقواعد العامة

أ – **انتهاء المقاولة لاستحالة التنفيذ** : وهذا طبقا لنص المادة 567 من القانون المدني الجزائري[2] ، فإذا أثبت المقاول أن العمل المعهود إليه قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبي كأن كان العمل رسما فنيا لا يقوم به إلا هو ، ثم أصيب مما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه ، كأن قطعت يده التي يرسم بها أو فقد بصره ففي هذه الحالة ينقضي التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، وينقضي التزام رب العمل المقابل له ويفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه [3].

ب – **فسخ عقد المقاولة** :ينتهي العقد بالفسخ ويجوز طلب فسخ المقاولة إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ووفقا للقواعد المقررة في فسخ العقود الملزمة للجانبين ، والفسخ معناه حق كل متعاقد في

---

[1] أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان ، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة** ، ج8ص463 .

2 تنص المادة 567 :"ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه " ووافقت بذلك نص المادة 664 من القانون المدني المصري .

[3] بجاوي مدني، **التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة** ، ص154 .

العقد الملزم للجانبين في أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة العقدية كي يتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه ، فهو حل الرابطة التعاقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه [1]، والفسخ إما يكون إتفاقيا أو بحكم القضاء :

1- **الفسخ القضائي** : ويقصد به اللجوء إلى القضاء ، للمطالبة بحل الرابطة التعاقدية من قبل الدائن الملتزم ولقد قررته المادة 119 من القانون المدني الجزائري .[2]

إذن فالفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ،وأن يمتنع أحد التعاقدين عن تنفيذ التزامه ،وأن يكون طالب الفسخ مستعد للقيام بالتزامه، وقادر على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ [3].

وحتى يمكن استعمال هذا الحق يتعين إتباع الإجراءات التالية :

- يجب على طالب الفسخ أن يقوم قبل رفع الدعوة ، بأعذار المتعاقد المقصر ويطالبه بالتنفيذ ، حتى يقيم عليه الدليل .
- أن يقوم المتعاقد الدائن الملتزم برفع دعوى الفسخ ، وكذلك القاضي له سلطة تقديرية في هذا المجال بعدم إجابة الدائن إلى مطلبه، وإعطاء المدين مهلة بغرض تنفيذ العقد وتجنيب العقد نتيجة الانحلال[4].

---

[1] العربي بلحاج، **النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري** التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، بن عكنون الجزائر، ط6 2008م، ج1 ص301.

[2] " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كل الالتزامات ".

[3] علي علي سليمان ،**النظرية العامة للالتزام صادر الالتزام في القانون المدني** ، المرجع نفسه ص105

[4] حسين تونسي ، **انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة** دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1،1428هـ2007م ص98 .

الفسخ الاتفاقي: حسب نص المادة120 من القانون المدني الجزائري[1]، يجب توافر الشروط التالية :

- أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على الفسخ ، حتى يمكن تطبيق المادة 120من القانون المدني الجزائري بدلا من المادة119 منه.
- أن يكون المقصود من الاتفاق استبعاد دور القضاء بشكل قطعي.
- أن يكون سبب الاتفاق هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته.

ويفهم من القواعد الخاصة المنضمة لعقد المقاولة أنه إذا أخل أحد طرفي العقد بالتزاماته التي رتبها العقد وفقا للاتفاق جاز للمتعاقد الآخر، أن يطالب بالفسخ حتى يتحلل من التزامه[2].كأن لم ينجز المقاول العمل بالطريقة المتفق عليها ، أو التي تقضي بها أصول الصنعة ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد . وإذا أخل رب العمل بأحد التزاماته جاز للمقاول هو أيضا أن يطلب فسخ العقد[3].

ج – **الانفساخ** : وهو انحلال العقد بقوة القانون بسبب استحالة تنفيذه بفعل أجنبي عن المدين[4]

ولقد وضعت المادة 121 من القانون المدني الجزائري قاعدة عامة حول الانفساخ[5] .

والمقصود بالاستحالة التي تؤدي إلى انحلال العقد هي التي لا توقعها ولا مقاومتها كالقوة القاهرة ، ويدخل في هذا المفهوم الذي يقضي بانفساخ العقد بحكم القانون ، ما جاء في المادة 567 من القانون المدني الجزائري[6] ، وبناءا على ذلك فإن العقد الملزم للجانبين يمكن أن ينحل دون اللجوء إلى القضاء ،ودون أن يحصل اتفاق بشأن ذلك بين المتعاقدين ، وذلك بحكم القانون ، وبشرط أن تتوافر الشروط التالية :

---

1 "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي .

وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار ، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين ".

2 حسين تونسي ، **انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة** ، المرجع نفسه ص100 .

3 بجاوي مدني، **التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة** ، ص154 .

4 حسين تونسي ، **انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة** ، المرجع سابق ص102 .

5 " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون ".

6 "ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه" .

- يجب أن تكون الاستحالة قد نشأت بعد إبرام العقد .
- يجب أن تكون الاستحالة تامة شاملة لكل الالتزامات.
- يجب أن تكون الاستحالة راجعة إلى تدخل السبب الأجنبي[1] ، وأن يكون المدين قد قام بما في وسعه لتفادي وقوعها.

د – **التقايل** : قد ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه بالتقايل، فيتفق المقاول ورب العمل ورب العمل على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة ، وكما انعقدت المقاولة بتراضي الطرفين فإنها تنتهي كذلك بتراضيهما[2] .

المطلب الثاني: انتهاء عقد المقاولة بتحلل رب العمل و موت أحد العاقدين

الفرع الأول: تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة

يمكن لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة الأسباب التي قد تظهر في الفترة التي لابد أن تمضي بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه كما لو يرى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ أنه من الأفضل له العدول عنها و الرجوع في العقد ، مثلا كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة ، لهذه الأسباب أجاز القانون لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة ، على أن يعوض المقاول على ما تحمله من نفقات وما فاته من كسب[3] .

أولا: الشروط التي يجب توفرها لكي يستطيع رب العمل التحلل من المقاولة

أ–أن يكون العمل محل المقاولة لم يتم حيث إذا كان العمل قد تم لم يعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المقاولة ويلتزم رب العمل بالدفع للأجر كاملا على سبيل التعويض .

ب–أن يكون الطرف الذي يتحلل من عقد المقاولة رب العمل فالمقاول ليس له الحق في التحلل من عقد المقاولة بإرادته المفردة .

---

[1] علي علي سليمان ،**النظرية العامة للالتزام صادر الالتزام في القانون المدني** ، المرجع نفسه ص108 .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، المرجع سابق ص240 .

[3] نصت الفقرة الأولى من المادة 566 من القانون المدني الجزائري على أنه "يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات ، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ".

ج-أن يكون تحلل رب العمل من المقاولة راجعا لمشيئته وليس لخطأ المقاول ، لأنه لو ارتكب المقاول خطأ فسبيل رب العمل ليس التحلل من عقد المقاولة بل المطالبة بالفسخ .

د –ألا يشترط المقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من عقد المقاولة[1].

ويقع التحلل في عقد المقاولة بإخطار رب العمل المقاول برغبته في الرجوع في المقاولة ، ولم يشترط القانون شكلا خاصا لرجوع ولا ميعادا معينا له .

ثانيا: النتائج المترتبة على التحلل

ينتهي عقد المقاولة بالرجوع فيه ، فلا يعود رب العمل ملزما بدفع الأجر ولا يعود المقاول ملما بإنجاز العمل .

يلتزم رب العمل بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل[2].

الفرع الثاني: انتهاء المقاولة بالموت أحد العاقدين

أولا: وفاة رب العمل

ولما كانت في العادة شخصية رب العمل محل اعتبار في التعاقد فإن وفاة رب العمل لا تنهى التعاقد، مثلها مثل الإستصناع إذا مات رب المال فإن ماله ينتقل إلى ورثته من جملة مال المضاربة[3] ،وعلى هذا يبقى العقد قائما بين ورثة رب العمل والمقاول قائما بكامل حقوقه والتزاماته، ويبقى لورثة رب العمل الحق في التحلل من عقد المقاولة بإرادتهم المنفردة، على أن يعوضوا المقاول من أموال التركة عن جميع ما أنفقه من مصروفات، وتكاليف ما أنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل[4] .

ثانيا: وفاة المقاول

لا شك بانقضاء عقد المقاولة حال وفاة المقاول ، إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار شخصي في التعاقد، فإذا لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، إذا كان رب العمل قد اشترط على

---

[1] بجاوي مدني، **التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة** ، ص155-156 .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، المرجع سابق ص250 .

[3] محمود محمد حمودة ، **الاستثمار و المعاملات المالية المعاصرة** ، الوراق لنشر والتوزيع عمان الأردن، ط2 2009م ص146 .

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، المرجع سابق ص256 .

المقاول أن يقوم بنفسه بالعمل، أو كانت شخصية المقاول ومؤهلاته محل اعتبار في التعاقد كالطبيب والرسام فإن العقد ينتهي بموته.

لأن صاحب العمل حين شرط على المقاول مباشرة العمل بنفسه، أو كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد أصبحت شخصية المقاول معقوداً عليها، فبموت المقاول يكون قد فات المحل المعقود عليه، فينتهي العقد مثله تماماً لو كان عقد الإجارة على شيء معين فهلك [1].

ويقصد بهذه المؤهلات صفت المقاول التي تكون ذات تأثير كبير في حسن تنفيذ العمل ويشمل ذلك سمعته من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة ، وتخصصه في نوع العمل وما لديه من شهادات فنية في هذا التخصص ، وما قام به من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه[2].

حالة كون مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار لدى رب العمل، ويكون ذلك في المقاولات التي يكون محلها عملا بسيطا لا يقتضي مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أي شخص في الحرفة ، وكذلك في المقاولات الكبيرة التي يقوم بها مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على من يستخدمون من موظفين فنين وما عندهم من أدوات ومعدات ورؤوس أموال، في هذه الحالة إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، لا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، ولكن يمكن لرب العمل طلب فسخه. وللقاضي تقدير ذلك ، أما إذا أصر رب العمل على ورثة المقاول تنفيذ العمل ولم يكن بين الورثة من يحترف حرفة مورثهم ، جاز لهم أن يطلبوا فسخ العقد ، وللمحكمة تقدير ذلك الطلب ، فتحكم به أو ترفضه[3].

أما إذا توافرت في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، ففي هذه الحالة لا يمكن أن يجاب طلب الفسخ القائم، لا من رب العمل ولا من ورثة المقاول، ومن ثم يبقى عقد المقاولة قائما

---

[1] أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة** ، ج8ص471 .

[2] غازي خالد أبو عرابي ، **المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي** ،ص189.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، المرجع سابق ،ص261

جاء في المادة 804 من القانون المدني الأردني " ينفسخ عقد المقاولة بموت المقاول إذا كان متفقا على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد

وإذا خلا العقد من مثل هذا الشرط أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار جاز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".

بالرغم من موت المقاول. ويبقى الورثة ملزمين بالمضي في العمل حتى تمام انجازه حيث تنتقل إليهم حقوق مورثهم والتزاماته ، ولكن هذا لا يمنع حق رب العمل في التحلل من العقد بإرادته المنفردة[1] .

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، المرجع سابق ،ص261

الخاتمة

الخاتمة :

الحمد الله على ما من به من إتمام هذا البحث وأسأل الله تعالى أن يجعله عند حسن ظن من قرأه أو سمعه وأن يحسن العاقبة ويغفر الزلل.

وفي الختام لابد من ذكر أهم النتائج التي توصل إليها، وهي على النحو التالي:

عقد المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر.

زادت القوانين المدنية في تعريفاتها لعقد المقاولة استقلالية المقاول في إنجاز العمل.

1. حلت المقاولة محل كل من الاستصناع وإجارة الأعمال (الأجير المشترك أو العام) في التنظيم القانوني، وأصبحت منفصلة عن هذين العقدين.
2. فإذا قدم المقاول العمل والمواد فهي كالاستصناع، وإن قدم المقاول العمل فقط فهي إجارة على العمل
3. يبرم عقد المقاولة بالصيغة اللفظية، وكذلك عن طريق المناقصة، ويبرم كذلك بالمسابقة.
4. يتم تحديد البدل في عقد المقاولة بمبلغ إجمالي، وهي الصورة الغالبة أو النمطية، وإما بالتكلفة وضم نسبة ربح للمقاول، وإما على أساس سعر الوحدة القياسية، وهذا كله جائز شرعاً لاعتماده على الاتفاق أو التراضي بين العاقدين
5. وعقد المقاولة ينشئ التزامات متقابلة على كل من صاحب العمل كدفع البدل بعد تسلم العمل كله أو بعضه، والمقاول كإنجاز العمل بنحو جيد في الوقت المحدد
6. رب العمل ملزم بتسلم العمل بعد إنجازه، وإذا هلكت مواد الصنعة بتعدي المقاول أو بتفريطه فهو ضامن لها.

7. يضمن المقاول العمل مدة عشر سنوات بعد تسلمها من طرف صاحب العمل، ولا يصح اشتراط المقاول نفي الضمان عن نفسه.
8. وتنقضي المقاولة بإنجاز العمل المتفق عليه، وفسخ العقد بالتراضي، أو لعذر، أو بسبب عجز المقاول عن إتمام العمل، وموت المقاول.

فهرس الآيات

فهرس ا لآيات

الآية	السورة	الصفحة
وَأَحَلَّ ٱللَّهُ	البقرة	5
وَمَا يُضِلُّ بِهِۦٓ إِلَّا	البقرة	6
وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟	البقرة	7
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟	النساء	7
إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن	النساء	45
وَإِذَا قُلْتُمْ فَٱعْدِلُوا۟	الأنعام	6
وَقُلِ ٱعْمَلُوا۟	التوبة	23
إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ	التوبة	32
وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ	يوسف	45
مَنْ عَمِلَ صَٰلِحًا	النحل	23
وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ	الإسراء	6
ثُمَّ أَتْبَعَ سَبَبًا	الكهف	8
فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا	الكهف	10
فَٱبْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُمْ	الكهف	32
قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ	القصص	10

قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ	القصص	26
وَلَقَدۡ كَانُواْ	الأحزاب	6
وَأَنزَلۡنَا ٱلۡحَدِيدَ	الحديد	24
فَإِذَا قُضِيَتِ	الجمعة	23
فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ	الطلاق	55 – 10

فهرس الأحاديث

فهرس الأحاديث:

الحديث	الرقم
اصطنع خاتما من ذهب وجعل فصه في بطن.....	8
خاتما قال إنا اتخذنا خاتما ونقشنا فيه	8
أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواد.....	9
ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم....	10
وأعطى الحجام أجر.....	10
كان زكريا نجارا	10
خبزا ومرقا فيه دباء وقديد.....	11
وهو محتاج إليها فخرج إلينا	11
أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف	26
من استأجر أجيراً فليعلمه.....	27
إذا أتيت وكيلي فخذ منه.....	32
دينارا لأشتري له شاة	33
استعار منه أدرعا يَومَ حُنَينٍ	45
قال الله ثلاثة أنا خصمهم يوم.....	56
من استأجر.....	56

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرءان الكريم

الكتب القانونية:

1. احمد حشمت أب ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ،مطبعة مصر القاهرة 1945
2. إيمان طارق الشكري ، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء دراسة مقارنة ، مجلة جامعة بابل ، العلوم الإنسانية ، المجلد 20 ، العدد 6 سنة 2012
3. بجاوي مدني، التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة ، دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2008
4. بشير هدفي، الوجيز في شرح القانون العمل، دار الريحانة للكتاب ط2، 2003
5. جلال مصطفى قريشي، شرح قانون العمل الجزائري ، الجزء الأول علاقة العمل الفردية ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر 1984
6. حسين تونسي ، انحلال العقد دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1،1428هـ2007م
7. سوزان علي حسن ، الوجيز في القانون المدني ، منشأة المعارف الإسكندرية د.ط 2004م
8. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ، دار نهضة مصر، ط3 2011م
9. عبد الرزاق حسين ياسين المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها نطاق تطبيقها ،والضمانات المستحدثة فيها،دراسة مقارنة في القانون المدني، دار المعارف ،أسيوط مصر،ط1،1987 م

10. عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة – الوكالة – الكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، 2007

11. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة المقاولة – الوكالة – الكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1 1430هـ-2009م

12. عدنان إبراهيم سرحان شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية ،دار وائل لنشر الإمارات العربية ط1 2005م

13. العربي بلحاج، النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، بن عكنون الجزائر، ط6 2008م

14. عصام أحمد البهجي ، عقود الفديك وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل ،دار الجامعة الجديدة 2008م

15. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفديك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها ، دار الجامعة الجديدة لنشر الإسكندرية 2009 م

16. علي خفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، د ط 2000م

17. علي علي سليمان ،النظرية العامة للالتزام صادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5،2003 م

18. عمر سالم محمد، كتاب الالتزامات في القانون المدني المبسط ،د ط ت

19. فتيحة قرة ،أحكام عقد المقاولة منشأة المعارف الإسكندرية 1992

20. محمد عبيدات، محمد أبو نصار،عقلة مبيضين، منهجية البحث العلمي القواعد والمراحل والتطبيقات، دار وائل لطباعة والنشر. عمان، ط2 1999

21. محمد سعيد جعفور ، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة لطباعة والنشر و التوزيع الجزائر، د ط.

22. مشاعل عبد العزيز الهاجري القانون المدني الكويتي لسنة 1980، رقم67،

23. هشام رفعة هشام المحامي، في مؤلفة عقد العمل في الدول العربية دراسة مقارنة ، الدار القومية لطباعة والنشر القاهرة 1964م

الكتب الإسلامية

1. ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية دار الكتب العلمية ط1 ،1408هـ 1987هـ ،

2. ابن عابدين الدمشقي ، رد المحتار على الدر المختار دار الفكر بيروت، ط2، 1412هـ 1992م

3. ابن قدامة المقدسي، المغني و الشرح الكبير، دار الحديث القاهرة ط1،1996م

4. أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي، النتف في الفتاوى، ت صلاح الدين الناهي، دار الفرقان عمان الأردن، ط2 1404هـ 1984م

5. أبو الوليد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دارالمعرفة بيروت ط7 1985م

6. أبو الوليد ابن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدات دار الغرب الإسلامي، ط1 ، 1408هـ 1988م

7. أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان ، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض المملكة العربية السعودية، ط 2، 1432هـ

8. أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر لطباعة بيروت، د ط ت

9. البلدحي مجد الدين أبو الفضل الحنفي ، الاختيار لتعليل المختار ، مطبعة الحلبي القاهرة، د ط 1356هـ1937م

10. التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة كتاب البيوع والمعاملات، دار الوعي لنشر و التوزيع ط1، 1430هـ 2009م،

11. حسام الدين بن موسى محمد بن عفانة ، فتاوى د حسام عفانة ، مكتبة دنديس الضفة الغربية 1431هـ 2010م

12. حامد بن عبد الله الحامد،عقد الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في كتابات العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد23 ، 1425هـ

13. رمضان علي الشرنباصي ، النظريات العامة في الفقه الإسلامي نظرية العقد .الملك. الحق، منشأة المعارف الإسكندرية ط1 2000م

14. الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، من أبواب الربا الوضع مقابل التعجيل

15. الزرقاء مصطفى، المدخل الفقهي العام دار الفكر دمشق ط9، 1967م

16. سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي ، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، الإمارات العربية المتحدة ط1، 1422هـ2002م

17. عبد الرحمان بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المملكة العربية السعودية، ط1 1425هـ 2004م

18. علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.دار الكتاب العربي بيروت،ط الثانية 1982

19. علي خفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي القاهرة، د ط 2000م

20. القرطبي الجامع لأحكام القرءان والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان ،مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع ،ط1 ، 1427هـ 2006م

21. السغدي، علي بن الحسين أبو الحسن، النتف في الفتاوى،

22. كاسب عبد الكريم البدران ، عقد الإستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ،ط2، 1984م.

23. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي،الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2 1310هـ

24. محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية ط1، 1415هـ1994م

25. محمد باي بلعلام، الفروع إلى التأصيل من الكتاب السنة والإجماع الكفيل، دار الوعي لنشر والتوزيع ط1، 1430هـ 2009

26. محمد بن إبراهيم التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرءان و السنة ، دار أصداء المجتمع المملكة العربية السعودية، ط11 2010م

27. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري ،موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، ط1 ،1430هـ 2009م

28. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت،د ط 1414هـ 1993م

29. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الكتب العلمية بيروت ط1 1996م

30. محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة ط1 ،1417هـ1997م ،

31. المصري ، رفيق يونس،الجامع في أصول الربا، دار القلم دمشق، ط2، 2001

32. مصطفى أحمد الزرقا.عقد الإستصناع و مدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعصرة . المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب سلسلة محاضرات العلماء البارزين، جدة 1420 هـ، رقم12

33. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر ط3، 1412هـ 1992م خليل ابن اسحاق،

34. موفق الدين ابن قدامه، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد ابن حنبل، دار الكتب العلمية ط1 ،1414هـ 1994م

35. موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامه ، المغني مكتبة القاهرة مصر،د ط 1388هـ 1968م

36. هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ، أبحاث هيئة كبار العلماء

37. وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر دمشق سوريا ، ط4

المعاجم

1. إسماعيل بن حماد أبو نصر الجوهري، تاج اللغة و صحاح العربية،دار العلم للملايين بيروت،ط4، 1406هـ 1987

2. أنيس إبراهيم .المعجم الوسيط ج2، دار إحياء التراث العربي ،بيروت ط2

3. الفيروز أبادي، القموس المحيط، مؤسسة الطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط8، 1426هـ 2005م

4. محمد بن مكر م الإفريقي ابن منظور ، لسان العرب، دار صادر،بيروت ط3، 1414هـ

5. محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفساء لطباعة والنشر و التوزيع ط2، 1408هـ 1988 م

الكتب المقارنة

1. طارق صالح يوسف عزام ،أثر العيب في المعاملات المالية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دار النفائس لنشر والتوزيع عمان الأردن ط1، 1429هـ 2009م

2. غازي خالد أبو عرابي ، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء و التشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي ، دار وائل لنشر ط1 2009م

3. محمد سعيد جعفور ، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة لطباعة والنشر و التوزيع الجزائر، د ط،

القوانين

القانون المدني الأردني رقم 43 سنة 1976م.
القانون المدني الجزائري ،الصادر عن الجريدة الرسمية 13ماي 2007م،العدد31.
القانون المدني الفلسطيني رقم4، 2012،

القانون المدني المصري رقم 131 سنة 1648م

المجلات

1. ابراهيم شاشو ، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي ،مجلة جامعة دمشق كلية الشريعة ، المجلد 26 العدد الثاني 2010

2. أحمد شويدح-أعاطف ابو هريد عقد التوريد و المقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة(رؤية شرعية) بحث مقدم إلى مؤتمر "الإسلام والتحديات المعاصرة " الجامعة الإسلامية أبريل 2007
3. إيمان طارق الشكري ، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء دراسة مقارنة ، مجلة جامعة بابل ، العلوم الإنسانية ، العدد 6 سنة 2012م، المجلد 20
4. أيمن صالح ، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي ، مجلة مؤتة للبحوث و الدراسات المجلد 17 العدد4 ،2002م

5. الرسمية في عقد المقاولة غير في عقد المقاولة غير وجوبية ، قرار رقم 263265 مؤرخ في 2002/06/18،صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا،منشور بالمجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا العدد الأول سنة 2003

6. مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد 7، ص1121
7. مجلة مجمع الفقه الإسلامي.عقد المقاولة والتعمير. الدور الرابعة عشر.بقرار.رقم129(14/3)
8. نصير صبار لفتة الجبوري، الطبيعة القانونية لعقد البحث العلمي ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإدارية و القانونية العدد السادس مقبول لنشر 2004/11/6

كتب الحديث

1. ابن أبي شيبة، المصنف، ت كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد الرياض ط1، 1409هـ
2. ابن ماجه ، السنن، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية
3. أبو الحسين مسلم ابن الحجاج ابن مسلم، صحيح مسلم، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت، د ط
4. أبو داوود سليمان ابن الأشعث، سنن أبي داود ت الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ2009م
5. أبو سعيد الترميذي سنن، الترميذي، ت بشار، ، دار الغرب الإسلامي بيروت1998
6. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، ت محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ

المذكرات

1. بلمختار سعاد ودنوني هجيرة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ،كلية الحقوق 2009/2008
2. عكو فاطمة الزهرة التزامات رب العمل في عقد مقاولة البناء ، بحث لنيل شهادة ماجستير فرع العقود والمسؤولية جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون 2004م-2005م

3. عمراوي فاطمة ، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء :مالك البناء المهندس المعماري (المصمم المشرف على التنفيذ) والمقاول ، مذكرة رسالة الماجيستير، معهد الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر سنة 2000-2001م

4. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة ، رسالة دكتورة في الدراسات الإسلامية ، كلية التربية جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية 1425هـ 1426هـ

5. زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين 2004

المواقع:

1. وهبة مصطفى الزحيلي: عقد المقاولة شرعا وقانونا كلية الشريعة، جامعة دمشق، www.**damascusun**