****



منظمة المؤتمر الإسلامي

مجمع الفقه الإسلامي - جدة

الدورة الرابعة عشرة

**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير**

**حقيقته - تكييفه - صوره**

**إعداد**

**الأستاذ الدكتور**

**محمد جبر الألفي**

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء - قسم الفقه المقارن

الرياض

1423هـ - 2003م

**بسم الله الرحمن الرحيم**

## ملخص البحث

عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير

حقيقته - تكييفه - صوره

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

وأخيرًا، يلقي البحثُ الضوء على تحديد الضمان في مقاولات الإنشاء والتعمير بمدة معينة يبرأ المقاول بعدها.

مشروع قرار:

1 - المقاولة: عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً أو يصنع شيئًا للطرف الآخر، مقابل عوض دون أن يكون تابعًا له أو نائبًا عنه.

أ - إذا قدم المقاول العمل والمواد، يكون العقد استصناعًا.

ب - وإذا قدم العمل فقط، يكون أجيرًا مشتركًا.

2 - يعتبر عقد المقاولة مشروعًا: إذا عقد مباشرة بين المقاول والمستفيد، أو بين المقاول الأصلي ومقاول من الباطن، أو بين المستفيد ومؤسسة مالية تتعهد بإقامة المنشآت طبقًا للمواصفات والشروط المنصوص عليها في العقد (الاستصناع الموازي).

3 - يجوز تحديد البدل في المقاولة بمبلغ إجمالي، أو بالتكلفة ونسبة ربح، أو على أساس وحدة قياسية، متى انتفت الجهالة الفاحشة.

4 - إذا تكبد المقاول نفقات إضافية دون إعلام المستفيد يعتبر متبرعًا.

5 - يجوز تضمين عقد المقاولة شرطًا جزائيًّا.

6 - لا يجوز اشتراط البراءة من العيوب في مقاولات الإنشاء والتعمير.

7 - يجوز تحديد مدة معينة لضمان العيوب في المقاولة، يبرأ المقاول بعدها.

## مقدمة

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

أما بعد:

فهذا بحث يتناول بعض أحكام المقاولة، أعددته تلبية لرغبة كريمة من الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، للمشاركة به في الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر المجمع، التي تنعقد في مدينة الدوحة بدولة قطر.

وسوف تتبع خطة البحث عناصر الموضوع كما حددتها أمانة المجمع، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة في النظم التجارية.

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

الفرع الأول: تقديم المقاول العمل والمواد (الاستصناع).

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

المطلب الثالث: صور إبرام عقد المقاولة:

الفرع الأول: عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد.

الفرع الثاني: عقد المقاولة من الباطن.

الفرع الثالث: عقد المقاولة مع تخلل مؤسسة مالية (عقد الاستصناع الموازي).

المطلب الرابع: صور تحديد الثمن في المقاولة:

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

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

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

المطلب الخامس: أحكام متفرقة:

الفرع الأول: حكم الإضافات والتعديلات.

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

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

الفرع الرابع: حكم البراءة من العيوب في المقاولة.

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

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

أ.د. محمد جبر الألفي

رجب 1423هـ

سبتمبر 2002م

## المطلب الأول

## تعريف عقد المقاولة في النظم التجارية

تمهيد:

كلمة (مقاولة) ترجمة عربية للمصطلح الفرنسي (ENTREPRISE) الذي له عدة معانٍ؛ منها: مشروع، منشأة، مؤسسة[[1]](#footnote-1)، وقد اعتمد مجمع اللغة العربية في مصر مصطلح (مقاولة)، ووضع له التعريف الآتي: "اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة"[[2]](#footnote-2).

وعقد المقاولة لم يكن معروفًا في القوانين القديمة؛ كالقانون الروماني، والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 م، والقانون المدني المصري القديم، فكانت أعمال المقاولات تندرج تحت عقد إجارة الأشخاص، حتى جاء القانون المدني المصري الجديد لسنة 1948 م ففصل عقد المقاولة عن عقدين آخرين، هما: عقد الإيجار، وعقد العمل، وتأثرت القوانين العربية بهذه التسمية؛ فالقانون المدني السوري والليبي والأردني والكويتي وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة تستعمل اصطلاح (عقد المقاولة)، وكذلك القانون المدني العراقي، مع تعديل التسمية إلى (عقد المقاولة والاستصناع)، أما القوانين المدنية التي تأثرت بالقانون الفرنسي، فلم تستعمل كلمة (مقاولة)، نرى ذلك في المادة 828 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية (الإجارة على الصنع)، وفي المادة 624 من قانون الموجبات والعقود اللبناني (إجارة الصناعة)، رغم أن مجلة الأحكام العدلية أطلقت على الاستصناع لفظ (مقاولة)[[3]](#footnote-3).

تعريف عقد المقاولة:

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

والتعريف الذي تعتمد عليه أكثر القوانين المدنية هو ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (646): "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[[4]](#footnote-4)، وبنحو ذلك جاء تعريف عقد المقاولة في القوانين المدنية للدول العربية؛ ففي مجلة الالتزامات والعقود التونسية جاء تعريف الإجارة على الصنع هكذا: "عقد اصطناع شيء معين، بالوصف المنضبط، في مقابلة أجر معين أيضًا"[[5]](#footnote-5)، وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني عرفت إجارة الصناعة بأنها: "عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل"[[6]](#footnote-6)، ويبدو أن القانون المدني الأردني فضل استخدام كلمة (بدل) عن كلمة (أجر) الواردة في النص المصري، فعرف المقاولة بأنها: "عقد يتعهَّد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[[7]](#footnote-7)، وبنفس هذه الألفاظ جاء تعريف عقد المقاولة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة[[8]](#footnote-8).

وقد اختار مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي أعدته جامعة الدول العربية تعريفًا مقاربًا، حين نص في مادته (731) على أن: "المقاولة عقد يلتزم أحد المتعاقدين بمقتضاه بصنع شيء، أو أداء عمل، لقاء أجر".

وقد أدى التطبيق العملي لعقد المقاولة إلى إضافة بعض القيود إلى هذا التعريف؛ لتمييز عقد المقاولة عن عقد العمل، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية (سنة 1968م) ورد ما يلي: "في عقد المقاولة يتعهد شخص "المقاول" - مقابل أجر - بأن يؤدي عملاً بطريقة مستقلة لصالح شخص آخر "رب العمل" من غير أن يكون نائبًا عنه"[[9]](#footnote-9)، وقد أخذ بعض شراح القانون بهذا التعريف، وصاغه هكذا: عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإدارته وإشرافه[[10]](#footnote-10)، وهو التعريف الذي تبناه القانون المدني الكويتي في المادة (661)، التي تنص على أن عقد المقاولة: "عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعًا له أو نائبًا عنه".

متى تعتبر المقاولة مدنية؟ ومتى تكون تجارية؟

لا يختلف تعريف عقد المقاولة في النظم التجارية عنه في النظم المدنية، ولكن النظم التجارية تعتبر المقاولة عملاً تجاريًّا إذا قام بها شخص طبيعي أو معنوي قد اكتسب صفة (التاجر)، وهذه الصفة تختلف باختلاف النظم؛ ففي النظام السعودي - مثلاً - لا تعتبر جميع صور مقاولات إنشاء المباني ونحوها أعمالاً تجارية، ولا يكتسب منها هذا الوصف إلا ما كان فيه المقاول ملتزمًا بتوريد المؤن والأدوات اللازمة للعمل[[11]](#footnote-11)، وعلى العكس من ذلك: يتفق القانون المصري والقانون الفرنسي على اعتبار المقاولة عملاً تجاريًّا ولو اقتصر المقاول على تقديم الأيدي المعاملة، أما إذا اقتصر دور المقاول على الإدارة والإشراف فلا يكتسب عمله الصفة التجارية، ويظل خاضعًا لأحكام القانون المدني[[12]](#footnote-12)، وتبدو أهمية وصف المقاولة بأنها عمل مدني أو تجاري في تحديد جهة الاختصاص القضائي، وفيما يتعلق بقواعد الإثبات.

عقد مقاولة الإنشاء والتعمير:

لم تضع النظم القانونية ولا شراح القانون تعريفًا مستقلاًّ لعقد مقاولة الإنشاء والتعمير، إلا ما أورده البعض من أنه: "عقد يتعهد بموجبه مقاول أو مهندس معماري بأن يبني لآخر - لقاء أجر - بناءً أو منشآت ثابتة أخرى"[[13]](#footnote-13)، ومعلوم أن مقاولات إنشاء المباني ونحوها تشمل جميع المقاولات التي تعدل من حالة العقارات؛ كالهدم، والترميم، ومقاولات إنشاء الطرق والجسور، وحفر القنوات والمصارف، ومد خطوط السكك الحديدية، ومد أنابيب المياه وأسلاك التليفون والكهرباء، وفتح الأنفاق، وحفر الآبار، وما شابه ذلك[[14]](#footnote-14).

وتحترم المحاكم الدولية ومحاكم كثير من الدول في أوروبا وأمريكا إصدارات الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC)[[15]](#footnote-15)، التي تضع الشروط النموذجية لعقود مقاولات الإنشاء والتعمير؛ للمحافظة على مستوى عالٍ من الأداء في ممارسة مهمتهم، ومن أشهر هذه الإصدارات: الإصدار الرابع لسنة 1987م[[16]](#footnote-16).

## المطلب الثاني

## تكييف عقد المقاولة في الفقه

بحسب التزام المقاول

تمهيد:

عقد المقاولة - بوجه عام - قد يشتبه مع عدة عقود أخرى؛ كعقد البيع، وعقد السلم، وعقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، وعقد الوكالة، وعقد الجعالة، وعقد الاستصناع، وقد بينت المادة (865) من القانون المدني العراقي نطاق عقد المقاولة، وحددت طبيعته بنصها على أنه:

1 - يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول، أو يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول أجيرًا مشتركًا.

2 - كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معًا، ويكون العقد استصناعًا.

وسوف نبين في فرعين:

1 - تكييف عقد المقاولة إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد.

2 - تكييف عقد المقاولة إذا التزم المقاول بتقديم العمل فقط.

### الفرع الأول

### التزام المقاول بتقديم العمل والمواد

أقرب العقود الفقهية شبهًا بعقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد: هو عقد (الاستصناع) الذي اعتبره الفقه الحنفي عقدًا مستقلاًّ، يتميز بذاته وبخصائصه عن عقد السلم وعن عقد الإجارة، وبذلك انفرد الفقه الحنفي في نظرته إلى هذه المعاملة[[17]](#footnote-17).

وقد يرد على هذا التكييف عدة اعتراضات:

1 - أن جمهور الفقهاء من المالكية[[18]](#footnote-18) والشافعية[[19]](#footnote-19) والحنابلة[[20]](#footnote-20) لا يعترفون بعقد الاستصناع الذي أجازه الحنفية استحسانًا، على خلاف القياس.

فالمالكية يعتبرون الاستصناع سلمًا، ولا يكون صحيحًا إلا إذا استجمع شروط السلم، والسلم - عندهم - بيع.

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

والحنابلة يمنعون عقد الاستصناع، ويقولون: "لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"[[21]](#footnote-21).

وللرد على هذا الاعتراض نقول: إن الحنفية - كذلك - يعتبرون الاستصناع نوعًا من البيع، جاز استحسانًا على خلاف القياس؛ لأن الناس تعاملوا به في جميع الأعصار من غير نكير، فكان إجماعًا منهم على الجواز[[22]](#footnote-22)، ولأن المعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا؛ كالناسي للتسمية، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودًا حكمًا للتعامل[[23]](#footnote-23).

2 - يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع مواعدة، وليس بيعًا، وإنما ينعقد بيعًا عند الفراغ من العمل وقبضه[[24]](#footnote-24)، وحينئذ يكون بيعًا بالتعاطي[[25]](#footnote-25)؛ ولهذا كان للصانع ألا يعمل، ولا يجبر عليه، بخلاف السلم، وللمستصنع ألا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة[[26]](#footnote-26).

وللرد على هذا الاعتراض نقول: إن إثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع لا يدل على أنه ليس بيعًا، ففي بيع المقايضة لو لم يكن كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار، وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيه المعدوم موجودًا، وفي الشرع كثير من هذا[[27]](#footnote-27).

3 - يرى جمهور فقهاء الحنفية أن عقد الاستصناع عقد غير لازم في مرحلته الأولى، من وقت انعقاده إلى وقت رؤية المستصنع الشيء المصنوع؛ ولهذا جاز للصانع أن يمتنع من الصنع، أو أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع، وجاز للمستصنع أن يرجع في العقد قبل رؤيته الشيء المصنوع[[28]](#footnote-28)، وتطبيق ذلك على مقاولات الإنشاء والتعمير - في صورها المعاصرة - يؤدي إلى ضرر فاحش وفساد كبير في التعامل.

ويرد هذا الاعتراض أن عددًا من كبار فقهاء الحنفية يرون أن عقد الاستصناع عقد لازم لكل من المتعاقدين منذ البداية[[29]](#footnote-29)، وتبنت مجلة الأحكام العدلية هذا الرأي على سبيل الاجتهاد الاستصلاحي، حين اتسعت مجالات الاستصناع لدرجة لا يمكن تجاهلها، ولا يستقيم الأمر بغير إلزامية الاستصناع[[30]](#footnote-30)، وهو ما استقر عليه رأي مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة - بجدة - سنة 1412هـ / 1992م، حين قرر: "أن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين، إذا توافرت فيه الأركان والشروط"[[31]](#footnote-31).

**رأينا الخاص:**

يعتبر عقد المقاولة - الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد - عقدًا مستقلاًّ، ملزمًا للطرفين، يسمى عقد مقاولة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق الطرفين، بما لا يخالف حُكمًا فقهيًّا مجمعًا عليه، أو قاعدة آمرة نص عليها نظام داخلي أو اتفاقات دولية لا تخالف المبادئ العامة في الشرع الإسلامي.

### الفرع الثاني

### التزام المقاول بتقديم العمل فقط

أقرب العقود الفقهية شبهًا بعقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل - فقط - هو عقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، الذي تقرر جوازه (بغير خلاف بين أهل العلم)[[32]](#footnote-32)؛ جاء في البدائع: "فإن أسلم إلى حدَّاد حديدًا ليعمل له إناءً معلومًا بأجر معلوم، أو جِلدًا إلى خفَّاف ليعمل له خُفًّا معلومًا بأجر معلوم، فذلك جائز، ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار، فإن عمل كما أُمِر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمنه حديدًا مثله"[[33]](#footnote-33).

ويبقى بعد ذلك تحديد نوع هذه الإجارة تبعًا لمن يمارسها، هل هو أجير خاص، أو أجير مشترك؟ نحن نستبعد أن يكون المقاول الذي يقدم العمل فقط أجيرًا خاصًّا؛ لأن المستأجر لا يختص بنفعه في مدة العقد دون سائر الناس[[34]](#footnote-34)، ولأنه لا يستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فالأقرب إلى أدبيات الفقه الإسلامي اعتباره أجيرًا مشتركًا، (فالأجير المشترك هو الصانع)[[35]](#footnote-35).

**رأينا الخاص:**

يعتبر عقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل فقط عقدًا مستقلاًّ ملزمًا للطرفين، يسمى عقد مقاولة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق طرفيه بما لا يخالف حُكمًا فقهيًّا مجمعًا عليه، أو قاعدة آمرة نص عليها نظام داخلي أو اتفاق دولي غير مخالف للمبادئ العامة في الشرع الإسلامي.

## المطلب الثالث

## صور إبرام عقد المقاولة

تمهيد:

برزت في العمل عدة صور لإبرام عقد المقاولة:

1 - فقد يبرم العقد مباشرة بين المستفيد والمقاول.

2 - وقد يبرم العقد الرئيس بين المستفيد والمقاول، ثم يبرم عقد آخر - أو عقود أخرى - بين المقاول وغيره من المقاولين الذين يلتزمون بصنع شيء أو أداء عمل من أعمال المقاولة الأولى.

3 - وقد يبرم المستفيد عقد مقاولة مع مؤسسة مالية، ثم تبرم هذه المؤسسة المالية عقودًا مع مقاولين يلتزمون بتنفيذ المقاولة التي تم الاتفاق عليها مع المستفيد، فتلك صور ثلاث نخص كل واحدة منها بفرع مستقل.

### الفرع الأول

### عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد

هذه الصورة التي يتم فيها إبرام العقد مباشرة بين المقاول والمستفيد هي الصورة المعتادة، وفيها يعرض المستفيد على المقاول ما يريد إنشاءه أو تعميره، بوصف محله وبيان نوعه وقدره، وطريقة أدائه، ومدة إنجازه، وتحديد ما يقابله من بدل، فإذا قَبِل المقاول بذلك، التزم بإنجاز العمل وفقًا لشروط العقد، والتزم المستفيد بتسلمه ودفع البدل بالقدر والكيفية المتفق عليها، وقد رجحنا - فيما تقدم - جواز عقد الاستصناع ومشروعيته، وأنه عقد لازم لكل من طرفيه بمجرد انعقاده، متى توافرت أركانه وشروطه[[36]](#footnote-36).

### الفرع الثاني

### عقد المقاولة من الباطن

تعريفه:

عقد المقاولة من الباطن: هو اتفاق بين المقاول المتعاقد مع المستفيد، وبين مقاول ثانٍ، محله إسناده ما تم تعاقده عليه من إنشاء وتعمير مع المستفيد، ليقوم المقاول الثاني بتنفيذه كله أو جزء منه، مقابل أجر محدد،[[37]](#footnote-37) ويطلق على المقاول الثاني: المقاول من الباطن، والمقاول الثانوي، والمقاول الفرعي[[38]](#footnote-38).

تكييفه:

يسري على عقد المقاولة من الباطن نفس التكييف الذي سبق أن قدمناه في المطلب الثاني بفرعيه، فإذا التزم المقاول الثاني بتقديم العمل والمواد لتنفيذ ما تم إسناده إليه؛ كمقاولة الكهرباء أو مقاولة التكييف أو مقاولة الإنشاءات الصحية في المبنى الذي تم إنشاؤه، يكون العقد الذي أبرم مع المقاول الأصلي عقد استصناع، ولا مانع من تسميته عقد مقاولة من الباطن[[39]](#footnote-39)، أما إذا كان المقاول الثاني قد التزم بتقديم العمل فقط - كإجراء التركيبات المختلفة - فإن العقد الذي بينه وبين المقاول الأصلي يسبغ عليه صفة الأجير المشترك، إلا إذا كان يخضع طوال مدة العقد لإشراف المقاول الأصلي، ويستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فإنه حينئذ يكون أجيرًا خاصًّا لدى المقاول الأول، ولا مانع من تسمية العقد في الحالتين: عقد مقاولة من الباطن.

مشروعيته:

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

جاء في فتح القدير: "وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه، ليس له أن يستعمل غيره؛ لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه، فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه، وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله؛ لأن المستحَق عمل في ذمته، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره، بمنزلة إيفاء الدين"[[40]](#footnote-40).

وفي الشرح الكبير على متن المقنع: "فإذا كانت الإجارة على عمل في الذمة، لكن لا يقوم غير الأجير مقامه - كالنسخ - فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط، لم يكلف إقامة غيره مقامه، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير"[[41]](#footnote-41).

أحكامه:

1 - العلاقة بين المستفيد والمقاول الأصلي: هذه العلاقة تحكمها نصوص العقد الذي أبرم بين المستفيد والمقاول الأصلي، على النحو الذي عرضناه فيما تقدم[[42]](#footnote-42).

2 - العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني: تحكم هذه العلاقةَ نصوص عقد المقاولة من الباطن، الذي تم إبرامه بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني؛ حيث يلتزم المقاول الثاني بإنجاز العمل الذي أسند إليه في المدة المتفق عليها، وتسليم العمل بعد إنجازه للمقاول الأصلي، كما يلتزم بأحكام الضمان التي قررها الفقه، ونصت عليها النظم[[43]](#footnote-43)، أما المقاول الأصلي فإنه يلتزم بتسلم العمل محل العقد، وبدفع الأجر المتفق عليه مع المقاول الثاني، وللمقاول من الباطن الحق في حبس المعقود عليه حتى يستوفي أجره[[44]](#footnote-44).

3 - العلاقة بين المستفيد والمقاول من الباطن: المقاول من الباطن يعتبر من الغير بالنسبة للمستفيد؛ لأنه لا تربط بينهما أيَّة علاقة عَقْدية، وبالتالي فلا يجوز للمستفيد أن يطالبه بتنفيذ ما اتفق عليه مع المقاول الأصلي، كما لا يحق للمقاول من الباطن مطالبة المستفيد بالأجر المتفق عليه مع المقاول الأصلي[[45]](#footnote-45)، ومع ذلك فإن المقاول من الباطن له تعلق بالعين المملوكة للمستفيد، وقام بالعمل فيها بناءً على الإذن الضمني الذي خوَّله إياه تعاقده مع المقاول الأصلي، وله الحق في حبس العين التي اشتغل بالصنعة فيها حتى يحصل على أجره[[46]](#footnote-46)، كل هذا وغيره يجيز للمقاول من الباطن - إذا لم يتمكن من الحصول على أجره المعين في عقد المقاولة من الباطن - أن يرجع على المستفيد الذي لا تربطه به علاقة عقدية ليحصل على أجره، بناءً على قاعدة: "أن من تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير، فإن ما فعله يعتبر ملزمًا للمستفيد، دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة"[[47]](#footnote-47).

جاء في الذخيرة: "كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره، بأمره أو بغير أمره، فعليه رد مثله في القيام بالمال، وعليه أجرة المثل في القيام بالعمل ... وذلك بناءً على حصول الإذن عادة"[[48]](#footnote-48).

وجاء في إعلام الموقعين: "الشأن فيمن عمل في مال غيره عملاً بغير إذنه ليتوصل بذلك العمل إلى حقه، أو فعله حفاظًا لمال المالك واحترازًا له من الضياع، فالصواب أنه يرجع عليه بأجرة عمله"[[49]](#footnote-49).

وفيه - أيضًا -: "من عمل في قناة رجل بغير إذنه، فاستخرج الماء، فإن لمن عمل أجرًا في نفقته، إذا عمل ما يكون منفعة لصاحب القناة، نص عليه أحمد"[[50]](#footnote-50).

إذا ثبت ذلك: فإن العدالة التي كانت رائد القوانين المحلية والدولية - في هذه المسألة - هي التي أملت نصوص المواد التي تعطي المقاول من الباطن حق الرجوع على المستفيد مباشرة، بما لا يجاوز القدر الذي يكون المستفيد مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، في حدود المستحق للمقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي؛ تطبيقًا لحق الدائن في مطالبة مدين مدينه[[51]](#footnote-51).

وبالمقابل: يحق للمستفيد أن يسأل المقاول من الباطن عما يكون قد ارتكب من أخطاء في تنفيذ العقد الذي لم يكن طرفًا فيه، ولكنه يتعلق بالعين المملوكة له، وفي تحديد طبيعة هذه المسؤولية، قضت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بأنها مسؤولية عقدية[[52]](#footnote-52)، في حين قضت الدائرة الثالثة في نفس المحكمة بأنها مسؤولية تقصيرية، لعدم وجود علاقة تعاقدية بين المستفيد والمقاول من الباطن[[53]](#footnote-53)، وإزاء هذا التناقص قررت الجمعية العمومية لمحكمة النقض حسم هذا النزاع باعتبار أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية عقدية[[54]](#footnote-54).

### الفرع الثالث

### عقد الاستصناع الموازي

قد يحتاج شخص (طبيعي أو معنوي) لعملية إنشاء أو تعمير؛ كبناء مسكن أو مصنع أو مجمع تجاري، وليس لديه التمويل الكافي الذي يمكِّنه من التعاقد مع أحد المقاولين، فيلجأ إلى مؤسسة مالية تقوم بهذه العملية عن طريق تعاقدها مع مَن تتعامل معهم مِن المقاولين والمهندسين على أساس المواصفات والتوصيات المبينة في العقد المبرم بين المؤسسة المالية والمستفيد، وبعد إتمام العمل تتسلمه المؤسسة المالية، وتقُوم بتسليمه إلى المستفيد، وخلال فترة العمل في المشروع يدفع المستفيد للمؤسسة المالية ثمن الإنشاءات وفق الاتفاق - غالبًا ما يكون على هيئة أقساط دورية - تنتهي بتسلمه العمل كامل المواصفات، أما في العلاقة بين المؤسسة المالية والمقاول، فقد يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو منجمًا، وفق شروط العقد[[55]](#footnote-55).

يتضح من ذلك أننا إزاء عقدين منفصلين:

1 - عقد مقاولة (استصناع)، طرفاه المستفيد والمؤسسة المالية، ومحله عملية إنشاء أو تعمير.

2 - وعقد مقاولة آخر (استصناع)، طرفاه المؤسسة المالية والمقاول، ومحله نفس العملية المتفق عليها في العقد الأول.

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

إذا تقرر ذلك، فإن كلاًّ من العقدين يكون مشروعًا، ويمكن أن يطبق بشأنه قرار المجمع رقم: 65 (3/7)، ونصه:

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

ثانيًا: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ - بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب - أن يحدد فيه الأجل.

ثالثًا: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة[[56]](#footnote-56).

وقد ورد ضمن توصيات وفتاوى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الذي انعقد بالجامعة الأردنية سنة 1414هـ، ما يلي:

"يرى المؤتمر جواز استعمال السلم الموازي، والاستصناع الموازي، مع مراعاة عدم الربط التعاقدي بين العقدين المتوازيين في السلم والاستصناع، وعدم إساءة استعمال هاتين الصيغتين باتخاذهما ذريعة للمحظور"[[57]](#footnote-57).

## المطلب الرابع

## صور تحديد الثمن في المقاولة

تتنوع صور تحديد الثمن في المقاولات:

1 - فمن تحديد للثمن بمبلغ إجمالي.

2 - إلى تحديد للثمن بأسعار التكلفة مضافًا إليها هامش ربح مناسب.

3 - أو تحديد للثمن على أساس سعر وحدة قياسية؛ كتكلفة المتر المربع، أو المسطح، أو نحو ذلك.

ونعالج كلاًّ من هذه الصور في فرع مستقل.

### الفرع الأول

### تحديد الثمن بمبلغ إجمالي

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

والقاعدة التي نص عليها الفقهاء في هذه الصورة تفترض أن يكون الثمن موجودًا، وأن يكون معينًا بشكل لا يؤدي إلى جهالة تفضي إلى النزاع، وأن يكون مشروعًا[[58]](#footnote-58).

إذا ثبت ذلك، فلا يجوز للمقاول ولا لصاحب العمل تعديل البدل المتفق عليه، لا بالزيادة ولا بالنقصان، إلا إذا تم هذا التعديل باتفاق بينهما لاحقٍ على العقد.

وهناك حالة شائعة تعرض في العمل، وينص عليها الطرفان، إما في العقد، وإما في ملاحقه، وهي: إذا ما تكبد المقاول نفقات إضافية أو جهدًا خاصًّا، نتيجة معلومات خاطئة قدمها له صاحب العمل؛ كأن تكون الأرض رخوة تحتاج إلى مزيد من المواد قبل وضع الأساس، أو أن تكون الإنشاءات في منطقة ينبغي أن تبذل فيها عناية خاصة لمقاومة الزلازل، أو يتم الاتفاق على تعمير بناء قد انتهى عمره الافتراضي ... إلخ، فهل يحق للمقاول مطالبة صاحب العمل بهذه النفقات؟ لابن المواز فيما يشبه هذه النازلة رأيٌ انفرد به تحقيقًا للعدل، قال: "إن المصيبة إذا أنزلت بالمستأجر، فوجب ألا يمضي عمل الصانع باطلاً"[[59]](#footnote-59).

وقد استقر رأي القضاء الحديث وشراح النظام على استحقاق المقاول ما يقابل الجهد والمال الإضافي الذي بذله، بشرط أن يؤيد طلبه بالمستندات التي تثبت خطأ صاحب العمل، وإجراء معاينة بحضوره، تقوم بها جهة محايدة، حفظًا لحقوق كل من الطرفين، وإلا يكون المستفيد في حِلٍّ من دفع الزيادة التي يطالب بها المقاول[[60]](#footnote-60).

ومن المتفق عليه فقهًا[[61]](#footnote-61) ونظامًا[[62]](#footnote-62) وقضاءً[[63]](#footnote-63): أن المقاول إذا لم يسلم العين بالمواصفات المبينة في العقد في المدة المحددة، فلا يجب على صاحب العمل دفع البدل؛ لأن البدل يلزم باستيفاء البناء وتسلمه، ما لم يوجد اتفاق أو عُرف يقضي بغير ذلك.

فالتزام المقاول بالإنشاء أو بالتعمير التزام بنتيجة، محله قيام المقاول بعمل يؤدي إلى نتيجة محددة في الاتفاق، مقصودة لذاتها، ولا يكون النشاط الذي يبذله المقاول إلا مجرد وسيلة ليست هي محل الالتزام، فإذا لم تتحقق النتيجة كان المقاول مسؤولاً؛ لأنه لم يَفِ بالتزامه[[64]](#footnote-64).

### الفرع الثاني

### تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح

من الأحكام المتفق عليها بين الفقهاء: أن يكون البدل (الثمن أو الأجر) معينًا؛ لأن تسمية الثمن حين البيع لازمة[[65]](#footnote-65)، وعلى ذلك: يجري الاتفاق بين المستفيد والمؤسسة المالية على تحديد البدل بثمن التكلفة مضافًا إليه ما جرت العادة على إلحاقه به من مصروفات مع زيادة ربح معين[[66]](#footnote-66)، فإذا كان ثمن التكلفة معلومًا لكل من الطرفين، وكان مقدار الربح معلومًا لهما كذلك، فلا مانعَ من تحديد الثمن هكذا إذا توافرت الشروط الأخرى للمرابحة، كما نص عليها الفقهاء[[67]](#footnote-67).

ويلاحظ في هذا الشأن: أن مجمع الفقه الإسلامي كان قد أوصى بالتقليل ما أمكن من استخدام أسلوب المرابحة للآمِر بالشراء، وقصرها على التطبيقات التي تقع تحت رقابة المصرف، ويؤمن فيها وقوع المخالفة للقواعد الشرعية التي تحكمها[[68]](#footnote-68)، وذلك بعد قراره رقم 40 - 41 (2/5 و3/5)[[69]](#footnote-69).

"إن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعًا، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع، وانتفت موانعه"، ومعلوم أن الاستصناع نوع من البيع في جميع المذاهب الفقهية[[70]](#footnote-70)، فتسري عليه الأحكام العامة المقررة في البيع.

### الفرع الثالث

### تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية

جرى العُرف التجاري في عقود المقاولات على تقسيم أعمال المقاولة إلى مراحل، وبيان تفاصيل ومواصفات كل مرحلة وما يقابلها من البدل المالي (الثمن أو الأجر)، كجزء من البدل الكلي، يصرف للمقاول عند تسليم المرحلة التي يتم إنجازها في الموعد المحدد، وطبقًا للشروط والمواصفات المتفق عليها[[71]](#footnote-71).

وفي هذا العُرف فائدة عملية لكلا الطرفين؛ فصاحب العمل لا يدفع البدل إلا إذا تمت المرحلة مطابقة للشروط والمواصفات، وإذا وجد خللاً توقف عن الدفع، وقد يطالب بفسخ العقد إذا كانت المخالفة جسيمة، فيتجنب بذلك الانتظار حتى نهاية العمل الكلي، والمقاول يحصل على حقه أولاً بأول، فتتوافر له السيولة النقدية، وقد يفتح اعتمادًا مصرفيًّا بضمان ما سيحصل عليه من المال مقابل كل مرحلة يسلمها لصاحب العمل[[72]](#footnote-72).

اشترط أبو حنيفة لصحة هذه العملية أن تكون جملة (الثمن) معلومة عند العقد، ولكن الصاحبين يريان جواز (البيع) على هذه الصفة؛ لأن جملة (المبيع) معلومة، وجملة الثمن يمكن الوصول إليها[[73]](#footnote-73).

ولا يختلف الحُكم إذا تم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر وحدة قياسية، وكثيرًا ما نرى في عقود المقاولات المحلية والدولية تحديد الثمن على هذه الصفة؛ كبناء سور، وتحسب التكاليف على أساس المتر المسطح أو المربع أو المكعب من الإسمنت، وهذا لا يثير أيَّة صعوبات في التطبيق ما دامت المواصفات محل اتفاق الطرفين[[74]](#footnote-74).

## المطلب الخامس

## أحكام متفرقة

نبحث في هذا المطلب على التوالي:

1 - حكم الإضافات والتعديلات.

2 - حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز، بدلاً من تواريخ محددة.

3 - حكم الشرط الجزائي.

4 - حكم البراءة من العيوب.

5 - حكم تحديد ضمان العيوب بمدة معينة، والبراءة بعدها.

### الفرع الأول

### الإضافات والتعديلات

سبق أن بيَّنَّا أن المقاول إذا تكبد نفقات إضافية أو جهدًا خاصًّا نتيجة معلومات خاطئة قدمها له صاحب العمل، فلا يحق له مطالبة صاحب العمل بها إلا إذا أثبت خطأ صاحب العمل[[75]](#footnote-75)، ومع ذلك إذا كانت هذه الإضافات أو التعديلات قد تمت بناءً على موافقة صاحب العمل، وجب دفع قيمتها؛ لأنها تعتبر ملحقة بالعقد[[76]](#footnote-76)، أما إذا كانت الإضافات أو التعديلات نتيجة لأمر لم يكن معروفًا أثناء صياغة دفتر الشروط والمواصفات، وكانت من الضرورة بحيث يستحيل التنفيذ بدونها، أو تفوت على صاحب العمل مصلحة يتوقعها، كزيادة في الإسمنت أو الحديد لتثبيت الأساس في الأرض الرخوة، أو عمل مرمات إضافية لمنع سقوط الجدران المراد تقويتها، وجب على المقاول إبلاغ صاحب العمل؛ فقد يرى أن الزيادة مفيدة ومحتملة، فيقبل بها، أو يرى أن مصلحته تتعارض معها فيرفضها، وبدون إبلاغ صاحب العمل يكون المقاول متبرعًا بما قام به من إضافات أو تعديلات لا تتعارض مع المواصفات التي تم التعاقد عليها[[77]](#footnote-77).

جاء في البدائع: "فإن أصلح المستأجر شيئًا من ذلك، لم يحتسب بما أنفق؛ لأنه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية له عليه، فكان متبرعًا[[78]](#footnote-78)".

وجاء في المغني: "لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنة، فضرب له مائتين، فإن جاء به زائدًا في العرض وحده أو فيهما ففيه وجهان؛ أحدهما: لا أجرة له؛ لأنه مخالف لأمر المستأجر، فلم يستحق شيئًا، كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض ذراعين[[79]](#footnote-79)".

وقد حاولت بعض أحكام القضاء - توخيًا للعدالة - التخفيف من شروط القانون، التي تقضي بضرورة إبلاغ صاحب العمل، فأجازت للمقاول أن يطالب بما يقابل الإضافات إذا توافرت الشروط الآتية:

1 - أن يكون الثمن قد تحدد مقدمًا وبصفة إجمالية[[80]](#footnote-80).

2 - أن تكون هناك مواصفات محددة، يحتمل تجاوزها[[81]](#footnote-81).

3 - أن يتعلق الأمر بإنشاء مبانٍ، وليس بصيانة داخلية[[82]](#footnote-82).

4 - أن يكون العقد قد أبرم بين صاحب العمل ومقاول أصلي، حتى يستبعد المقاول من الباطن من هذه الرخصة[[83]](#footnote-83).

فإذا توافرت هذه الشروط، أمكن للمحكمة إلزام صاحب العمل بتسلم الإضافات ودفع قيمتها للمقاول[[84]](#footnote-84).

### الفرع الثاني

### حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز

المبدأ العام الذي يسود الثمن (أو الأجر)[[85]](#footnote-85) أن يكون معيَّنًا بما ينفي الجهالة التي تؤدي إلى النزاع[[86]](#footnote-86)، وبناءً على ذلك: إذا تم الاتفاق بين المقاول وصاحب العمل على تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز، بدلاً من تواريخ محددة، فلا نرى ما يمنع منه، دفعًا للحرج عن الناس، وتيسيرًا للمعاملات بينهم؛ فقد رُوي أن عليًّا رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة، وجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأكل منه[[87]](#footnote-87)، وجاء في الشرح الكبير: "وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين: إما بالمدة، كيوم، وإما بمعرفة الأرض، كهذه القطعة، أو من ها هنا إلى ها هنا، أو بالمساحة، كجريب أو جريبين، أو كذا ذراعًا في كذا، كل ذلك جائز؛ لحصول العلم به"[[88]](#footnote-88)، وفيه - أيضًا - رواية - كالجُعالة -: أنه يصح، في العقد على المنفعة في الذمة، جواز الجمع بين تقدير المدة والعمل، قال: "وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن الإجارة معقودة على العمل، والمدة إنما ذكرت للتعجيل، فلا تمنع ذلك"[[89]](#footnote-89).

### الفرع الثالث

### حكم الشرط الجزائي

يكفي أن نشير - في هذه المسألة - إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65 (3/7)، الذي ورد فيه: "رابعًا: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًّا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة"[[90]](#footnote-90)، وهذا يطابق ما استقر عليه رأي اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية[[91]](#footnote-91)، من أن الشرط الجزائي صحيح يجب الالتزام به، ما دام في حدود قيمة الضرر اللاحق بصاحب العمل، وما زاد عن ذلك يرجع فيه إلى تقدير أهل الخبرة والنظر حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة؛ عملاً بقوله تعالى: {وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ} [النساء: 58]، وبقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا ضرَرَ ولا ضرارَ))[[92]](#footnote-92).

### الفرع الرابع

### حكم البراءة من العيوب

سبق أن نقلنا قول الفقهاء أن: "الاستصناع إجارةٌ ابتداءً، بيعٌ انتهاءً"، بما يعني تطبيق أحكام (خيار العيب) على الشيء محل عقد الاستصناع، ولا نجد مسوغًا لبسط أحكام خيار العيب في هذا المقام[[93]](#footnote-93)، وإنما نكتفي ببيان حكم اشتراط براءة المقاول من عيوب الإنشاء أو التعمير، فنقول - وبالله التوفيق -:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط البراءة من العيوب في عقد البيع، إلى مانع مطلقًا، ومجيز مطلقًا، ومجيز في حالات دون أخرى؛ فالحنفية يجيزون اشتراط براءة البائع من العيوب كليًّا أو جزئيًّا؛ لأن ضمان العيب يعتبر من حقوق المشتري التي يمكنه إبراءُ البائع منها[[94]](#footnote-94)، وفي رأي عند المالكية، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة: أن اشتراط البائع عدم مسؤوليته عن عيوب المَبيع يبطل العقد؛ لأن خيار العيب مقرر بحكم الشرع، فلا يملِك المشتري إسقاطه[[95]](#footnote-95)، ويرى جمهور الفقهاء أن هذا الشرط لا يصح إلا إذا عين البائع عيبًا وشرط البراءة منه، فإنه يبرأ منه دون سواه، وقيده بعضهم بمعاينة المشتري العيب المذكور، واكتفى بعضهم بصحة الشرط في البيوع التي يجريها القاضي؛ كبيع مال الغنيمة، أو مال المفلس، أو التركات، لسداد ما عليها من ديون[[96]](#footnote-96).

ونحن ننضم إلى الرأي القائل بفساد شرط البراءة من العيوب في عقود الإنشاء والتعمير، مع صحة العقد فيما سواه من الشروط[[97]](#footnote-97)؛ ذلك أن عقد المقاولة في هذا النطاق يتعلق بإنشاءات ذات مواصفات فنية دقيقة، لا يستطيع صاحب العمل كشف ما بها من عيوب خفية، حتى لو استخدم في سبيل ذلك خبراء بشؤون الإنشاء والتعمير، وقد أظهر التطبيق العملي أن بعض المقاولين يشتري حديد تسليح قابلاً للصدأ، فإذا تراكم الصدأ عليه بفعل الرطوبة أو غيرها أدى إلى ظهور تصدعات في المبنى، مما يطلق عليه فنيًّا (تخوخات)، وأن البعض الآخر يخلط إسمنت المباني بإسمنت التبليط ونحوه، مما يجعله ضعيفًا في تماسكه، ومثل تلك العيوب لا يحق لصاحب العمل براءة المقاول منها، فهي تتعلق بالمصالح العامة، وقد تؤدي إلى إزهاق أرواح سكان المبنى أو مستخدمي الجسور، أو ركاب السيارات والقطارات ونحوها، ولا يشترط المقاول البراءة من العيب إلا إذا كانت لديه نية الغش أو التقصير، وهذا مرفوض شرعًا وقانونًا وأخلاقًا.

### الفرع الخامس

### تحديد ضمان العيوب بمدة معينة والبراءة بعدها

كلام الفقهاء في مسألة عيوب المبيع كان كافيًا وشافيًا إزاء النوازل التي عاصروها، وما يهمنا في هذا الشأن أن جمهور الفقهاء لم يحدد لاستعمال خيار العيب مدة معينة يسقط بمضيها، بل يظل هذا الخيار باقيًا إلى أن يطرأ ما يسقطه، أو يصدر من المشتري ما يدل على رضاه بالمبيع صراحة أو دلالة[[98]](#footnote-98).

لكن التطور المذهل في إنشاء مبانٍ ضخمة وناطحات سحاب وجسور مركبة وأنفاق يمر بعضها في بطن جبل أو تحت ممر مائي؛ كنهر أو بحر أو قناة - كل ذلك، وغيره كثير، دعا السلطات المحلية والمنظمات الدولية إلى صياغة قواعد تشدد مسؤولية المقاولين والمهندسين؛ لحماية أرواح وسلامة ملايين البشر في كل مكان، والغالب من هذه القواعد يحدد مدة عشر سنوات، من تاريخ تسلم العمل، يحمل فيها المقاول والمهندس مسؤولية ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما تم تشييده من مبانٍ أو ما أقيم من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئًا عن عيب في الأرض ذاتها[[99]](#footnote-99).

وطبق القضاء هذه القواعد بدقة وصرامة[[100]](#footnote-100)، ولا شك أن هذه القواعد تراعي المصالح العامة، وتتفق مع مقاصد الشريعة التي تؤكد حماية الأنفس ورعاية المال.

ولئن كانت هذه القواعد تحدد ضمان العيوب بمدة معينة، وعدم المسؤولية بانتهائها، وتحظر الاتفاق على تخفيض هذه المدة، فإنها لم تمنع اتفاق صاحب العمل مع المقاول على زيادة مدة الضمان، وهو ما لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي.

## الخاتمة

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

(1) عقد المقاولة من العقود الحديثة - نسبيًّا - وقد خرج من عباءة عقد الإجارة (إجارة الأشخاص) و(أرباب الصنائع) ليستقل بأحكام، ويمكن تعريفه في النظم التجارية بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً، أو يصنع شيئًا للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعًا له أو نائبًا عنه.

(2) إذا التزم المقاول بتقديم العمل والمواد، يكون العقد عقد استصناع في صورته المتطورة، باعتباره عقدًا رضائيًّا ملزمًا لطرَفيه.

(3) أما إذا انحصر التزام المقاول في تقديم العمل، فإن العقد يكون إجارة (أجير مشترك).

(4) تتنوع صور إبرام عقد المقاولة:

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

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

جـ - عقد الاستصناع الموازي مشروع إذا ضُبط بضوابط عقد الاستصناع التي وضعها الفقه وطورها الاجتهاد الحديث.

(5) تتنوع صور تحديد الثمن في المقاولة:

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

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

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

(6) إذا تكبَّد المقاول نفقات إضافية أو جهدًا خاصًّا:

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

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

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

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

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

(9) رغم اختلاف الفقهاء في حكم اشتراط البراءة من العيوب في عقد البيع، فإن عقد الاستصناع لا يتحمل هذا الشرط، حفاظًا على الأنفس والأموال.

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

## قائمة المراجع والمصادر

(1) أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الرياض: 1409هـ.

(2) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، إشراف مجمع اللغة العربية، القاهرة: 1957م.

(3) أحمد بن حنبل، المسند، المكتب الإسلامي، دار صادر - بيروت.

(4) أحمد المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار، ط 1، 1407هـ.

(5) أحمد منير فهمي، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، مجلس الغرف التجارية والصناعية السعودية.

(6) أندريه بلانكويل، الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة، بحث بالفرنسية نشر في المجلة الفصلية، باريس: 1972م.

(7) البابرتي، شرح العناية على الهداية، القاهرة: 1356هـ.

(8) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، مطبعة الاستقامة بمصر: 1331هـ.

(9) البغدادي، مجمع الضمانات، القاهرة: 1308هـ.

(10) البهوتي، كشاف القناع، عالم الكتب - بيروت.

(11) ابن حجر، فتح الباري، دار المعرفة - بيروت.

(12) ابن حزم، المحلى، القاهرة: 1352هـ.

(13) الحطاب، مواهب الجليل، القاهرة: 1329هـ.

(14) خالد المصلح، الحوافز التجارية التسويقية، دار ابن الجوزي - الدمام: 1420هـ.

(15) الخرشي، شرح مختصر خليل، القاهرة: 1317هـ.

(16) الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف - القاهرة: 1957م.

(17) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير، القاهرة.

(18) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة - بيروت: 1982م.

(19) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، القاهرة: 1967م.

(20) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة: 1313 - 1315هـ.

(21) سالم خويتم بخيت الراشدي، عقد مقاولة البناء والمنشآت الثابتة، الرياض: 1413هـ (بحث تكميلي للحصول على درجة الماجستير).

(22) سحنون، مدونة الإمام مالك، دار صادر - بيروت: 1323هـ.

(23) السرخسي، المبسوط، القاهرة: 1324 - 1331هـ.

(24) سعود بن مسعد الثبيتي، الاستصناع، دار ابن حزم - بيروت: 1995م.

(25) السنهوري، الوسيط، دار إحياء التراث العربي - بيروت: 1964م.

(26) السيوطي، الأشباه والنظائر، القاهرة: 1959م.

(27) الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة: 1377هـ - 1958م.

(28) الشوكاني، نيل الأوطار، المطبعة العثمانية - مصر: 1357هـ.

(29) الشيرازي، المهذب، القاهرة: 1959م.

(30) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، إستانبول: 1324هـ.

(31) عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت باعتناء محمد الألفي: 1402هـ - 1982م.

(32) عبدالستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، الكويت: 1405هـ - 1985م.

(33) عزت عبدالقادر، عقد المقاولة، دار الألفي - المنيا: 2001م.

(34) علي السالوس، عقد الاستصناع، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة: 1412هـ.

(35) الفتوحي، منتهى الإرادات، تحقيق عبدالغني عبدالخالق، القاهرة.

(36) فتيحة قرة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف - الإسكندرية: 1987م.

(37) ابن قدامة، المغني ومعه الشرح الكبير، المكتبة السلفية - المدينة المنورة.

(38) القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت: 1994م.

(39) القرافي، الفروق، القاهرة: 1344هـ.

(40) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة: 1950م.

(41) ابن القيم، إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبدالرؤوف، القاهرة: 1968م.

(42) الكاساني، بدائع الصنائع، مطبعة الجمالية - القاهرة: 1328هـ - 1910م.

(43) كاسب بن عبدالكريم البدران، عقد الاستصناع، الرياض: 1398هـ - 1978م.

(44) كمال جعيط، عقد الاستصناع، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة: 1412هـ.

(45) ابن ماجه، السنن، طبعة إستانبول.

(46) مالك، الموطأ، مطبوع مع تنوير الحوالك للسيوطي، القاهرة: 1353هـ.

(47) مالانفو وجيستاز، قانون الإنشاء العقاري، دالوز - باريس: 1991م.

(48) مالوري وإينيس، القانون المدني - العقود الخاصة، كوجاز - باريس: 1992م.

(49) مجلة الأحكام الشرعية، أحمد بن عبدالله القاري، دراسة وتحقيق: عبدالوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم، مطبوعات تهامة: 1401هـ - 1981م.

(50) مجلة الأحكام العدلية، طبعة دار الثقافة - عمان: 1999م.

(51) مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات، دار القلم - دمشق: 1418هـ.

(52) مجموعة من العلماء، الفتاوى الهندية، القاهرة: 1310 - 1311هـ.

(53) محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية - القاهرة: 2001م.

(54) محمد جبر الألفي، الفضالة، دار الثقافة - عمان: 1999م.

(55) محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الرياض: 1417هـ - 1996م.

(56) محمد سليمان الأشقر، عقد الاستصناع، ضمن: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس - عمان: 1418هـ - 1998م.

(57) محمد عبدالرحيم عنبر، عقد المقاولة، القاهرة: 1977م.

(58) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، القاهرة: 1963م.

(59) محمد الماجد، عقد المقاولة من الباطن، الرياض: 1416هـ (بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير).

(60) محمود مختار بربري، قانون المعاملات التجارية السعودي، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض: 1401هـ.

(61) المرداوي، الإنصاف، تحقيق محمد حامد الفقي، القاهرة: 1376هـ - 1957م.

(62) المرغيناني، الهداية، القاهرة: 1356هـ.

(63) مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية - القاهرة: 1988م.

(64) مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع، البنك الإسلامي للتنمية: 1420هـ.

(65) مصطفى كمال التارزي، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي - الدورة السابعة: 1412هـ.

(66) الموسوعة الفقهية - الكويت.

(67) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى - مصر.

(68) نظام المحكمة التجارية السعودي، الصادر بالأمر السامي رقم 32 وتاريخ 15/1/1350هـ.

(69) النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي - بيروت: 1405هـ.

(70) ابن الهمام، فتح القدير، القاهرة: 1356هـ.

(71) وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي - الدورة السابعة: 1412هـ.

(72) العقود المسماة، دار الفكر - دمشق: 1987م.

(73) يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف - الإسكندرية.

(74) يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء، دار القلم - الكويت.

(75) أبو يوسف يعقوب، كتاب الخراج، القاهرة: 1352هـ.

## فهرس المحتويات

[ملخص البحث 3](#_Toc483123237)

[مقدمة 4](#_Toc483123238)

[المطلب الأول تعريف عقد المقاولة في النظم التجارية 6](#_Toc483123239)

[المطلب الثاني تكييف عقد المقاولة في الفقه 9](#_Toc483123241)

[الفرع الأول التزام المقاول بتقديم العمل والمواد 10](#_Toc483123243)

[الفرع الثاني التزام المقاول بتقديم العمل فقط 12](#_Toc483123245)

[المطلب الثالث صور إبرام عقد المقاولة 13](#_Toc483123247)

[الفرع الأول عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد 13](#_Toc483123249)

[الفرع الثاني عقد المقاولة من الباطن 14](#_Toc483123251)

[الفرع الثالث عقد الاستصناع الموازي 17](#_Toc483123253)

[المطلب الرابع صور تحديد الثمن في المقاولة 18](#_Toc483123255)

[الفرع الأول تحديد الثمن بمبلغ إجمالي 18](#_Toc483123257)

[الفرع الثاني تحديد الثمن بالتكلفة ونسبة ربح 20](#_Toc483123259)

[الفرع الثالث تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية 21](#_Toc483123261)

[المطلب الخامس أحكام متفرقة 22](#_Toc483123263)

[الفرع الأول الإضافات والتعديلات 22](#_Toc483123265)

[الفرع الثاني حكم تحديد الدفعات مع مراحل الإنجاز 23](#_Toc483123267)

[الفرع الثالث حكم الشرط الجزائي 24](#_Toc483123269)

[الفرع الرابع حكم البراءة من العيوب 25](#_Toc483123271)

[الفرع الخامس تحديد ضمان العيوب بمدة معينة والبراءة بعدها 26](#_Toc483123273)

[الخاتمة 27](#_Toc483123275)

[قائمة المراجع والمصادر 29](#_Toc483123276)

[فهرس المحتويات 32](#_Toc483123277)

1. () يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية د. ت، ص 399. [↑](#footnote-ref-1)
2. () إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، بإشراف مجمع اللغة العربية، القاهرة: 1957، 2/773. [↑](#footnote-ref-2)
3. () المادة (124) من مجلة الأحكام العدلية: "الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئًا؛ فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع". [↑](#footnote-ref-3)
4. () المادة (612) مدني سوري، والمادة (645) مدني ليبي، والمادة (684) مدني عراقي. [↑](#footnote-ref-4)
5. () المادة (828). [↑](#footnote-ref-5)
6. () المادة (624). [↑](#footnote-ref-6)
7. () المادة (780). [↑](#footnote-ref-7)
8. () المادة (872). [↑](#footnote-ref-8)
9. () محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى، 19/2/1968، منشور في (B.1، n 69 - D.، 68. 393). [↑](#footnote-ref-9)
10. () محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة: 1963م، ص 11. [↑](#footnote-ref-10)
11. () نظام المحكمة التجارية السعودي، المادة 2/د. [↑](#footnote-ref-11)
12. () محمود مختار بربري، قانون المعاملات التجارية السعودي، مطبوعات معهد الإدارة العامة: 1401، جـ 1 ص 40 - 46، محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الطبعة الرابعة: 1417هـ/ 1996م، ص 83. [↑](#footnote-ref-12)
13. () محمد عبدالرحيم عنبر، عقد المقاولة، مصر: 1977م، ص 54، وقارن: مالوري وإينيس، القانون المدني - العقود الخاصة، طبعة (CUJAS) باريس: 1992م، ص 395 فقرة 712. [↑](#footnote-ref-13)
14. () محمد حسن الجبر، المرجع السابق، ص 82/83، والمراجع التي أشار إليها. [↑](#footnote-ref-14)
15. () وهي الأحرف الأولى من: (Federation International Des Ingenieurs Conseils). [↑](#footnote-ref-15)
16. () محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين)، دار النهضة العربية، القاهرة: 2001، ص 2 - 4. [↑](#footnote-ref-16)
17. () الكاساني، بدائع الصنائع: 5/209 - 210، ابن عابدين، حاشية: 4/213، الفتاوى الهندية: 2/207، مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، البنك الإسلامي للتنمية - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط 2: 1420هـ. [↑](#footnote-ref-17)
18. () الحطاب، مواهب الجليل: 4/593 - 540، الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير: 3/216. [↑](#footnote-ref-18)
19. () النووي، روضة الطالبين: 4/3. [↑](#footnote-ref-19)
20. () المرداوي، الإنصاف: 4/300. [↑](#footnote-ref-20)
21. () المرجع السابق، الموضع نفسه. [↑](#footnote-ref-21)
22. () الكاساني، بدائع الصنائع: 5/209 - 210. [↑](#footnote-ref-22)
23. () البابرتي، العناية على الهداية - مع فتح القدير: 5/355. [↑](#footnote-ref-23)
24. () الكاساني، بدائع الصنائع: 5/209. [↑](#footnote-ref-24)
25. () ابن الهمام، فتح القدير: 5/355، ونسب هذا الرأي إلى الحاكم الشهيد، والصفار، ومحمد بن سلمة، وصاحب المنثور. [↑](#footnote-ref-25)
26. () المرجع السابق، الموضع نفسه. [↑](#footnote-ref-26)
27. () المرجع السابق، الموضع نفسه. [↑](#footnote-ref-27)
28. () ابن الهمام، فتح القدير: 5/355، والعناية للبابرتي في الموضع نفسه، الكاساني، بدائع الصنائع: 5/209 - 210، الفتاوى الهندية: 2/207. [↑](#footnote-ref-28)
29. () ابن عابدين، الحاشية: 4/213، ونقله عن: الدرر، ومختصر الوقاية، وخزانة المفتن، وروي هذا القول عن أبي يوسف، الفتاوى الهندية: 2/208. [↑](#footnote-ref-29)
30. () المادة (392): "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع ..."، وانظر في شرحها: علي حيدر، وسليم رستم باز، والأتاسي. [↑](#footnote-ref-30)
31. () قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دمشق: 1418هـ - 1998م، ص 144، وانظر بحوث الاستصناع التي قدمت ونوقشت في هذه الدورة في مجلة المجمع، العدد السابق، الجزء الثاني. [↑](#footnote-ref-31)
32. () ابن قدامة، المغني ومعه الشرح الكبير: 6/105 - 106. [↑](#footnote-ref-32)
33. () الكاساني، بدائع الصنائع: 5/4. [↑](#footnote-ref-33)
34. () ابن قدامة، المغني: 6/106. [↑](#footnote-ref-34)
35. () ابن قدامة، المرجع السابق، الموضع نفسه. [↑](#footnote-ref-35)
36. () انظر فيما سبق: الفرع الأول من المطلب الثاني، وانظر كذلك: ابن الهمام، فتح القدير: 5/355، والبابرتي، العناية، في الموضع نفسه، والفتاوى الهندية: 2/207، والمادة (392) من مجلة الأحكام العدلية، وقرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: 65 (3/7). [↑](#footnote-ref-36)
37. () بهذا المعنى: مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة: 1988، ص 31، عزت عبدالقادر، عقد المقاولة، دار الألفي - القاهرة: 2001م، ص 177/178. [↑](#footnote-ref-37)
38. () أحمد المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار، ط1: 1407هـ، ص 185. [↑](#footnote-ref-38)
39. () بالفرنسية: (Sous - traitance)، انظر حكم محكمة النقض الفرنسية - الدائرة المدنية الثالثة - 5/2/1985م (B.III، n 23). [↑](#footnote-ref-39)
40. () ابن الهمام، فتح القدير: 7/163، وفي نفس المعنى الكاساني، بدائع الصنائع: 5/210. [↑](#footnote-ref-40)
41. () ابن قدامة، الشرح الكبير، مع المقنع والإنصاف، تحقيق: عبدالله التركي، الرياض: 1419هـ/ 1998م: 14/462، وفي نفس المعنى: الحطاب، مواهب الجليل: 5/395. [↑](#footnote-ref-41)
42. () انظر فيما سبق: الفرع الأول من المطلب الثاني، والفرع الأول من المطلب الثالث. [↑](#footnote-ref-42)
43. () ابن الهمام، فتح القدير: 7/161 - 162، الكاساني، بدائع الصنائع: 5/210. [↑](#footnote-ref-43)
44. () الكاساني، المرجع السابق، الموضع نفسه، سحنون، المدونة الكبرى، طبع دار صادر - بيروت: 1323هـ، جـ 4 ص 448. [↑](#footnote-ref-44)
45. () السرخسي، المبسوط: 16/9 - 10، النووي، روضة الطالبين: 5/243، سحنون، المدونة: 4/447، ابن قدامة، المغني: 6/109. [↑](#footnote-ref-45)
46. () الكاساني، بدائع الصنائع: 5/210، سحنون، المدونة: 4/448، الفتوحي، منتهى الإرادات: 1/393، الشيرازي، المهذب: 1/410. [↑](#footnote-ref-46)
47. () محمد الألفي، الفضالة، دار الثقافة - عمان: 1999، ص 45. [↑](#footnote-ref-47)
48. () القرافي، الذخيرة: 4/102. [↑](#footnote-ref-48)
49. () ابن القيم، إعلام الموقعين: 2/419. [↑](#footnote-ref-49)
50. () المرجع نفسه: 2/415. [↑](#footnote-ref-50)
51. () أحمد منير فهمي، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، مجلس الغرف التجارية والصناعية السعودية، د.ت، ص 44. [↑](#footnote-ref-51)
52. () (CIV.i، 8MARS 1988، b. I، N69; J.C.P. 88.II.21007) [↑](#footnote-ref-52)
53. () (CiV. 3،31.10.1989، B. III، n 208; J.C.P.، 89، IV. 422) [↑](#footnote-ref-53)
54. () (A.P. 12.7.1991)، وانظر: مالوري وإينيس، المرجع السابق، ص 414، فقرة: 756. [↑](#footnote-ref-54)
55. () محمد سليمان الأشقر، عقد الاستصناع، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس - عمان: 1418 - 1998م، جـ 1 ص 240، مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 29 - 36. [↑](#footnote-ref-55)
56. () قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 144 - 145. [↑](#footnote-ref-56)
57. () بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ج 1 ص 248. [↑](#footnote-ref-57)
58. () المرغيناني، الهداية: 3/31، الفتاوى الهندية: 3/122، السرخسي، المبسوط: 15/146، سحنون، المدونة: 3/440، الرملي، نهاية المحتاج: 5/311، ابن قدامة، المغني: 6/114. [↑](#footnote-ref-58)
59. () ابن رشد، بداية المجتهد: 2/233. [↑](#footnote-ref-59)
60. () السنهوري، الوسيط: 7/16، مالوري وإينيس، القانون المدني، ص 416 - 419، محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى 11/2/1964م (B.I، n 79; D. 64، som. 89)، والدائرة المدنية الثالثة: 24/1/1990م (B.III. N 28; D.، 90.257)، وانظر المادة (658) من القانون المدني المصري، وقارنها بالمادة (795) من القانون المدني الأردني. [↑](#footnote-ref-60)
61. () الكاساني، بدائع الصنائع: الموضع نفسه، ابن رشد، بداية المجتهد: 2/259، ابن قدامة، المغني: 5/444. [↑](#footnote-ref-61)
62. () المادة (656) من القانون المدني المصري، المادة (793) من القانون المدني الأردني، المادة (885) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. [↑](#footnote-ref-62)
63. () محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى: 11/2/1964م (B.I، N 79; D.64، som. 89). [↑](#footnote-ref-63)
64. () أندريه بلانكويل، الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة، المجلة الفصلية: 1972 ص 334 وما بعدها، عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي، باعتناء محمد جبر الألفي، الكويت: 1402هـ - 1982م، ص 163 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-64)
65. () الفتاوى الهندية: 3/122، الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير: 3/168، الرملي، نهاية المحتاج: 4/114، ابن قدامة، المغني: 4/201. [↑](#footnote-ref-65)
66. () ابن نجيم، البحر الرائق: 6/109 - 110، الباجي، المنتقى: 5/45، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج: 2/78، ابن قدامة، المغني: 4/201. [↑](#footnote-ref-66)
67. () الكاساني، بدائع الصنائع: 5/220، ابن رشد، بداية المجتهد: 2/215، الرملي، نهاية المحتاج: 4/108، ابن قدامة، المغني: 4/199. [↑](#footnote-ref-67)
68. () القرار رقم 76 (7/8)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص 176. [↑](#footnote-ref-68)
69. () نفس المرجع السابق، ص 91. [↑](#footnote-ref-69)
70. () ابن نجيم، البحر الرائق: 6/171، الدردير، الشرح الصغير: 3/200، النووي، روضة الطالبين: 4/27، ابن مفلح، الفروع: 4/24. [↑](#footnote-ref-70)
71. () أحمد منير فهمي، القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، مرجع سابق، ص 33/34. [↑](#footnote-ref-71)
72. () المرجع السابق، ص 34. [↑](#footnote-ref-72)
73. () السرخسي، المبسوط: 13/5 - 6، ابن نجيم: البحر الرائق: 5/284، الفتاوى الهندية: 3/12، وأخذت المجلة برأي الصاحبين في المادة (220)، وجاء في المادة (666) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري: "إذا استأجر عاملاً على عمل متجزئ، عين لكل جزء أجرة". [↑](#footnote-ref-73)
74. () مالوري وإينيس، المرجع السابق، ص 419، فقرة 769 مع هامش رقم 13. [↑](#footnote-ref-74)
75. () فيما سبق: الفرع الأول من المطلب الرابع. [↑](#footnote-ref-75)
76. () المادة (259) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (795/2) من القانون المدني الأردني، والمادة (887/2) معاملات مدنية إماراتي. [↑](#footnote-ref-76)
77. () المادة (794) أردني، والمادة (886/1) إماراتي، وانظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، مرجع سابق: 14/370. [↑](#footnote-ref-77)
78. () الكاساني، بدائع الصنائع: 4/208. [↑](#footnote-ref-78)
79. () ابن قدامة، المغني: 6/110. [↑](#footnote-ref-79)
80. () (Civ. 3، 2.2. 1972. B. III، N 78). [↑](#footnote-ref-80)
81. () (Civ. 3، 20. 11. 1991، B.III، n 283). [↑](#footnote-ref-81)
82. () (Civ. 3، 11. 7.1972، B. III، n 456). [↑](#footnote-ref-82)
83. () (Civ. 3، 15. 2. 1983، B.III، n 44). [↑](#footnote-ref-83)
84. () مالوري وإينيس، المرجع المتقدم، ص 418 - 419 فقرة: 768. [↑](#footnote-ref-84)
85. () (الاستصناع: إجارة ابتداء، وبيع انتهاء). [↑](#footnote-ref-85)
86. () الفتاوى الهندية: 3/122، ابن نجيم، البحر الرائق: 5/279، وانظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65 (2/7): "ثالثًا: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة". [↑](#footnote-ref-86)
87. () أخرجه ابن ماجه في السنن: 2/818، والإمام أحمد في المسند: 1/90. [↑](#footnote-ref-87)
88. () ابن قدامة، الشرح الكبير: 14/365. [↑](#footnote-ref-88)
89. () المرجع السابق: 14/377، وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق: 4/59. [↑](#footnote-ref-89)
90. () لمزيد من البحث في هذه المسألة، انظر: مجلة المجمع، العدد السابع: 2/223. [↑](#footnote-ref-90)
91. () بتاريخ: 5/8/1394هـ: أبحاث هيئة كبار العلماء، ص 163. [↑](#footnote-ref-91)
92. () ابن ماجه، السنن: 2/784، أحمد، المسند: 1/313، مالك، الموطأ ومعه تنوير الحوالك: 2/122. [↑](#footnote-ref-92)
93. () عرضت هذه الأحكام بأدلتها ومصادرها في الموسوعة الفقهية الكويتية مادة (خيار العيب): 20/125 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-93)
94. () السرخسي، المبسوط: 13/93، الكاساني، بدائع الصنائع: 5/275 - 277، الفتاوى الهندية: 3/66. [↑](#footnote-ref-94)
95. () ابن رشد، بداية المجتهد: 2/184، الشيرازي، المهذب: 1/288، ابن قدامة، المغني: 4/240. [↑](#footnote-ref-95)
96. () نفس المراجع المتقدمة. [↑](#footnote-ref-96)
97. () مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع (مرجع سابق)، ص 37 - 49، محمد سليمان الأشقر، البحث المتقدم، ص 237، سالم الراشدي، عقد مقاولة البناء، ص 190 - 191، وانظر المواد (653) مدني مصري، (790) مدني أردني، (882) معاملات إمارتي: "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه". [↑](#footnote-ref-97)
98. () الكاساني، بدائع الصنائع: 5/171، الخرشي، شرح مختصر خليل: 5/82، الشيرازي، المهذب: 2/51، البهوتي، كشاف القناع: 3/189. [↑](#footnote-ref-98)
99. () المادة (651) مدني مصري، والمادة (788) مدني أردني، والمادة (880) معاملات إماراتي، والمادة (618) سوري، والمادة (870) عراقي، وانظر قانون (Spinetta) الفرنسي الصادر في 4/1/1978م، المواد من 1792 إلى 1796، والمادة 2770 منه، وانظر كذلك: مالا نفو وجستاز، قانون المنشآت العقارية، ط 5، دالوز: 1991. [↑](#footnote-ref-99)
100. () على سبيل المثال: محكمة النقض المصرية (الطعن رقم 41 لسنة 36 ق - جلسة 23/6/1970م) و(الطعن رقم 149 لسنة 38ق - جلسة 27/11/1973م) و(الطعن رقم 4502 لسنة 61 ق - جلسة 11/1/1998م)، ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية - الدائرة الثالثة المدنية:

(26.5.1988، J.C.P.،88.IV.267).

(15.2.1989،B.III، n 36).

(31.1.1990، J.C.P.، 90.IV. 121). [↑](#footnote-ref-100)