عقدُ المقاولةِ وآثاره

في الشريعةِ الإسلاميةِ والقانون

دراسة تأصيلية لجزئيات عقد المقاولة في بعض القوانين العربية كالقانون اليمني والمصري والأردني والليبي والجزائري والإماراتي والعراقي وغيرها والشريعة الإسلامية

اعداد :

الدكتور / هاشم بن علوي بن عبدالله مقيبل

أستاذ القانون الدولي العام والمنظمات الدولية

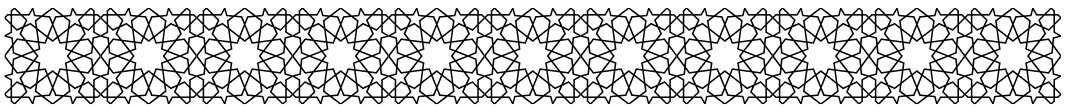
بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأحقاف

الجمهورية اليمنية – حضرموت -تريم

عقد المقاولة وآثاره

في الشريعة الاسلامية والقانون



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

❁ إلى من كانا سبباً في بروزي إلى هذا الوجود ، من رباني صغيراً ، ونهلتُ من معين رحمتهما وعطفهما وحنانهما ، وأخذا بساعدي إلى الأخلاق الحسنة والصفات الطيبة ، جعلني الله قرَّة عين لهما ، وباراً بهما ،،،

❁ إلى روح والدي العزيز رحمه الله تعالى ،،،

❁ إلى مشايخي وعلمائي ، من فتحوا لي طريق العلم ، وغذوني بالعلوم النافعة ، ،،،

❁ إلى جميع من له الفضل علي بتعليمي وتربيتي ،،،

❁ إلى كل طالب علمٍ جعل العلم له سراجاً ،،،

الشكر والتقدير

الشكر موصولٌ إلى آبائي ، وعلمائي من كانوا سبباً وسبيلاً
في تعليم ، وسقوني مِن صافي زلال الشريعة الغرّاء ،،

إلى كليتي المباركة منبع العلوم ، وملتقى الفهوم ، كلية الشريعة
والقانون بجامعة الأحقاف ،،،

إلى المركز الديمقراطي العربي على جهوده الجبارة
في نشر العلم والمعرفة

إلى كل مَن علَّمني حرفاً ، أو استفدتُّ منه أيَّ فائدة ،،،
إلى كل زملائي الأكارم ،،،

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

يعتبر عقد المقاولة من أهم العقود التي يعتمد عليها الإنسان للحصول على الخدمات والأعمال، نظراً لتعدد أشكال وصور هذا العقد وتنوع الأعمال التي يرد عليها، وهذا ما جعل عقد المقاولة ينتشر بصورة واسعة في الواقع العملي، من خلال المعاملات اليومية بين الناس، خاصة فيما يتعلق بمجال العمران، الأمر الذي دفع بمعظم التشريعات الحديثة إلى تنظيم هذا العقد بنصوص قانونية خاصة به

و قد سار المشرع اليمني على هذا النهج، فخص عقد المقاولة بنظام قانوني مستقل، تميز به عن غيره من العقود.

على أن عقد المقاولة، وإن تَميز بنظام قانوني مستقل، إلا أنه يظل خاضعا لما تقره النظرية العامة للعقد من أحكام، سيما فيما يتعلق بكيفية انعقاده وشروط ذلك.

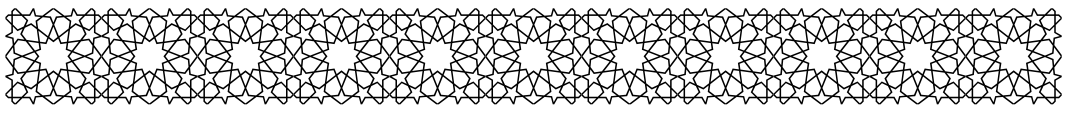
وبمجرد انعقاد المقاولة، تبدأ آثارها في السريان بالنسبة لكل من طرفيها، إذ يتعين على كل منهما أن ينفّذ التزاماته بموجب عقد المقاولة وبحسن نية .

وفي هذا البحث المختصر سنتعرض بمشيئة الله الى بيان مفهوم عقد المقاولة وأركانه وآثاره ، مدعماً ما أكتبه بأقوال الفقهاء الشرعيين والقانونيين ونصوص التشريعات الوضعية إن وجدت .

والله أسأل أن يوفقني لذلك، سائلاً منه تعالى العون والتسهيل في البدء والختام .

عقد المقاولة وآثاره

في الشريعة الاسلامية والقانون



تمهيد

تعريف العقد في اللغة والفقه والقانون :

تعريف العقد في اللغة :

للعقد معانٍ كثيرة منها[١] : الربط والشد والتوثيق والاحكام والقوة ، وأصل العقد نقيض الحل ، يقال : عقد الحبل عقداً ، أي شددته وقويته أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما وأحكمته بالعقد عليهما ، وقد جعلت دلالة هذه المادة على الطرف الحسي أساساً لاستعمالها ، واستعملت ايضاً في الربط المعنوي بين كلامين أو متعاهدين ، ولذلك سمي اليمين عقداً ، ومنه قوله تعالى ﴿ وَلَكِنْ يُؤَاخِذكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمْ الْأَيْمَان ﴾[٢] .

---

(١) الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب : القاموس المحيط ضبط وتوثيق يوسف البقاعي ، بيروت . دار الفكر سنة١٩٩٥م (ص٢٧٢) ، وابن فارس : معجم مقاييس اللغة ، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون الطبعة الثانية ، بيروت دار الجيل سنة ١٩٦٨ ، (٤/ ٢٨٦ – ٢٨٧) ، والزبيدي محمد مرتضى الحسيني : تاج العروس من جواهر القاموس ، الطبعة الثالثة ، دراسة وتحقيق علي شيري ، بيروت دار الفكر سنة ١٩٩٤م ، (٥ / ١١٥) ، وابن منظور محمد بن مكرم : لسان العرب ، بيروت دار صادر سنة ١٩٩٧م ، (٣ / ٢٩٦ – ٢٩٨) ، والمعجم الوسيط ، الطبعة الثانية ، القاهرة سنة ١٩٧٢م ، (ص ٦٤٤) .

(٢) سورة المائدة ، الآية : (٨٩) .

والعقد : الضمان والعهد جمعه عقود ، وهو أوكد العهود ، عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك الزمته .

تعريف العقد في الاصطلاح:

يطلق الفقهاء العقد في اصطلاحهم على معنيين :

أحدهما بالمعنى العام : وهو كل ما ينتج التزاماً شرعيا، فهو يشمل الارتباط الحاصل بين جانبين، كالبيع والاجارة، كما يشمل التصرفات التي تتم من طرف واحد، كالوقف والطلاق، لما فيهما من العزم والارادة على تنفيذه، وهذا هو المعنى الشائع عند فقهاء المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] ولأقل منه في كتب الحنفية، وقد عرَّف الإمام محمد بن محمد البابرتي[٤] " الانعقاد هناء تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"[١] .

(١) ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية،ط١، بيروت : دار القلم ١٩٧٠م (ص١٨١) .

(٢) الرملي، محمد بن ابي العباس، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، بيروت : دار الكتب العلمية . ١٩٩٣م (٣/ ٣٧٣) ، والسيوطي جلال الدين بن عبدالرحمن : الأشباه والنظائر، ط١، بيروت : دار الكتب العلمية. ١٩٨٣م٠
(ص٢٧٥) .

(٣) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت : دار الفكر .١٩٨٢م (٣ / ١٣٦) .

(٤) أكمل الدين محمد بن محمد البابرتي الحنفي، ولد سنة بضع عشرة وسبعمائة هجرية، رحل إلى حلب والقاهرة وأخذ عن شيوخها أمثال شمس الدين الأصفهاني وأبي حيان، كان حسن المعرفة بالفقه والعربية والأصول، وصنف " شرح البزودي " و " الهداية " و " شرح مختصر ابن الحاجب " توفي بمصر سنة ٧٨٦هـ، انظر ابن العماد الحنبلي، "شذرات الذهب"، بيروت: دار الفكر،١٩٨٨م (٣/ ٢٩٣) ، وابن أبي الوفاء، عبدالقادر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية،ط٢، الرياض : دار إحياء

وجاء في البحر الرائق " العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً "[٢] .

وجاء في المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه " العقد التزام المتعاقدين امراً وتعهدهما به هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول " .

وفي المادة (١٠٤) جاء فيها " الانعقاد تعلق كلٍ من الإيجاب والقبول بالآخر على وجهٍ مشروع يظهر أثره في محله "[٣] .

وقد جمع الدكتور مصطفى الزرقاء بين المادتين عندما عرَّف المادتين بقوله " هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله "[٤]

وقد عرَّف القانون المدني الأردني العقد في المادة (٨٧) بقوله " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر "[٥] .

= الكتب العربية.١٩٩٣م (٣ / ٣٦٠) .

(١) البابرتي، محمد : شرح العناية بهامش شرح فتح القدير على الهداية للسيواسي . بيروت : دار الفكر.(٦/ ٣٤) .

(٢) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٧م (٥/ ٤٣٩).

(٣) حيدر، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام. تعريب فهمي الحسيني . بيروت : دار الكتب العلمية . (١/ ٩٢ – ٩٣).

(٤) الزرقاء، مصطفى : المدخل الفقهي العام، ط٩، دمشق : دار الفكر ، ١٩٦٧م (١/ ٢٩١) .

(٥) نقابة المحامين، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط٢، عمان : مطبعة التوفيق، ١٩٨٥م (٩٣) .

وهذا التعريف مستمد من المادة (٢٦٢) من كتاب " مرشد الحيران " والتي تنص على أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وعلى وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب للآخر "[١] .

وكلا التعريفين في أصلهما اعتمدا على ما جاء في الفقه الاسلامي من تعريفٍ للعقد، وبالأخص المذهب الحنفي، غير أن القانون الأردني في مادته أضاف كلمة (وتوافقهما)، وهذا تكرار لا داعي له، لان كلمة ارتباط تغني عنهما، فلا يكون الارتباط إلاَّ بتوافق الإيجاب والقبول، وهو يتفق مع المعنى اللغوي للعقد، وإضافة قيد (ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر) ايضاً زيادة على التعريف ويغني عنها بثبوت الأثر وترتبه، فمن آثار العقد التزام كل متعاقد بما يجب عليه، كما أن هذا العقد يجعل العقود كلها ملزمة للجانبين، مع أن هناك عقود مسماة ملزمة لجانب واحد، كالوكالة والوديعة إذا كانتا بدون أجر[٢]، ولذلك عرَّف الدكتور العقد بقوله : ((ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع))[٣] .

---

(١) قدري باشا، محمد : مرشد الحيران . عمان : الدار العربية (ص٧٢)، وهو كتاب في أحكام المعاملات، اقتصر مؤلفه على المذهب الحنفي، وعرضه على شكل مواد وبترتيب حسن .

(٢) د. أبو البصل، عبدالناصر موسى: دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد ، ط١، عمان : دار النفائس .١٩٩٩م (٣٨ – ٤٠) .

(٣) المرجع السابق .

أمَّا قولهم " يظهر أثره في محله " فهو بيان للانعقاد وليس للعقد[١]، وأصله ما نص عليه ابن نجيم[٢] في البحر الرائق ، "والعقد شرعاً على ما في التوضيح ربط الإيجاب بالقبول "[٣].

تحليل التعريف الفقهي للعقد :

ارتباط الإيجاب بالقبول : المقصود الارتباط الاعتباري بين شخصين، ويخرج به التصرف القولي الناجم عن إرادة منفردة، الذي ينشئ التزاماً على صاحبه وحده، إذ ليس في ذلك ارتباط بين طرفين، كالوقف على جهة البر والنذر والطلاق[٤] .

(١) د. البوطي، محمد توفيق رمضان : البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها، (رسالة دكتوراه منشورة) ط١، دمشق : دار الفكر.١٩٩٨م . (ص ٩٨) .

(٢) الشيخ زين الدّين بن إبراهيم بن محمد بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي الإمام العلّامة، ولد بالقاهرة سنة (٩٢٦ هـ) وكان فقيهاً أصولياً، ومن شيوخه شرف الدين البلقيني، وأبو الفيض السلمي، وانتفع به خلق كثير منهم أخوه عمر صاحب النهر ومحمد الغزي صاحب الفتح، وله " الأشباه والنظائر" و"البحر الرائق" و"مختصر التحرير" و"شرح المنار"، توفي سنة٩٧٠هـ . انظر : حاجي خليفة، مصطفى بن عبدالله، كشف الظنون عن اسامي الكتب والفنون . بيروت : دار الفكر سنة١٩٨٢م (١ / ٩٨) ، وابن عماد الحنبلي : شذرات الذهب (٤ / ٣٥٢) .

(٣) ابن نجيم : البحر الرائق (٥/ ٤٤٠) .

(٤) د. الدريني، فتحي : النظريات الفقهية . ط٣، دمشق : منشورات جامعة دمشق١٩٩٢م . و د. البوطي، محمد توفيق: البيوع الشائعة (ص٢٠).

وأصل هذا الارتباط الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول، والإيجاب لغةً هو الإثبات، وهو المطابق للمعنى الفقهي، لان الموجب يثبت على نفسه مضمون قوله، ويلتزم به اذا انضم قبول الآخر إلى إيجابه مكان موافقاً له .

والقبول لغةً بمعنى التصديق والموافقة بمضمون الإيجاب السابق بجميع عناصره، وبه يتم العقد، ومجموع الإيجاب والقبول يسمى صيغة العقد(١).

على وجه مشروع : أي لا يعتبر الارتباط قائماً إلاَّ إذا توافرت فيه الضوابط الشرعية، فهناك قيود على الإيجاب والقبول، كالتطابق المطلق بينهما، وأن يكون كل منهما جازماً، واتصالهما في مجلس العقد.

وأضاف الفقهاء قيوداً أخرى لتحقق الارتباط شرعاً، منها :

أولاً : أن يكون العقد مستوفياً مقوماته، وشروط انعقاده، وشروط صحته.

ثانياً: أن يكون سببه مشروعاً، بمعنى أن الباعث على التعاقد يجب أن يكون مشروعاً ايضاً، حتى لا يتخذ العقد وسيلة لتحقيق عقد غير مشروع، ويهدم مقاصد التشريع(٢).

---

(١) الزيلعي، فخر الدين عثمان علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق . تحقيق الشيخ أحمد غزو. ط١، بيروت : دار الكتب العلمية.٢٠٠٠م (٤ / ٢٧٧) ، وابن نجيم : البحر الرائق (٥ / ٤٤٠) . وابن عابدين، محمد أمين : حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي أحمد معوض . ط١، بيروت : دار الكتب العلمية ١٩٩٤م (٧/ ١٧).

(٢) ابن نجيم البحر الرائق (٥/ ٤٣٢) ، وابن عابدين حاشية رد المحتار (٧/ ١٢) ، والميداني، الشيخ عبد العزيز الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، حققه محمود أمين النواوي، بيروت : دار الكتاب العربي (٢/ ٤) . ود. الدريني، فتحي : النظريات الفقهية (ص٢٥٤ – ٢٥٦) ، و د. البوطي، محمد توفيق : البيوع الشائعة (ص٢١) .

يظهر أثره في محله : المراد بالأثر حكم العقد الأصلي أو غايته النوعية وبقية الآثار الأخرى .

والمحل هو المعقود عليه، كالمبيع في البيع، والعين المرهونة في الرهن، فهو يختلف باختلاف طبيعة العقد، فالارتباط المعتبر شرعاً يؤثر في المعقود عليه، وينقله من حال إلى حال آخر جديد، فعقد البيع ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وهكذا.

أما إذا لم يفد العقد شيئاً ولم يؤثر على المعقود عليه، أي لم ينقله إلى حال جديد فالعقد لا ينعقد، كأن يتعاقد زوج مع زوجته على أن ترعى أولاده منها وتقوم بتربيتهم لقاء أجر معين، فالعقد لم يفد شيئاً جديداً، فهو مقرر بمقتضى عقد الزواج من قبل.

ولا ينعقد العقد ايضاً إذا كان مفيداً فائدة غير مشروعة، بأن كان محل العقد غير مشروع، كمن يتعاقد مع شخص على سرقة مال، أو على بيع خمر[1].

(١) ابن نجيم : البحر الرائق (٥ / ٤٣٢) ، ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٧ / ١٣) .

تعريف العقد في القانون :

عرَّف رجال القانون العقد بأنه : توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه[١] .

إن مجرد الاتفاق بين ارادتين غير كافٍ لإنشاء عقد، وإن كانت الإرادة الباطنة هي الركن الحقيقي في العقد وأساسه، غير أنها أمر نفسي خفي ذاتي، تكون مقدمة للارتباط ولا تحققه، ولابد من الإفصاح عنها حتى يعلم بها الطرف الآخر، وهذه النزعة الذاتية الغالبة في القوانين العربية والأجنبية عدل عنها الفقه الإسلامي، والقوانين التي استمدت منه أحكامها كالقانون المدني الأردني، واعتمدت على الإرادة الظاهرة، لتعذر ظهور الإرادة الباطنة، فألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها، وهو الإيجاب والقبول، وقد رجَّح أكثر الفقهاء المعاصرين الإرادة الظاهرة على الباطنة، والنزعة الموضوعية في العقد على الذاتية، لما لها من نتائج في استقرار التعامل.

وعندما عرَّفت القوانين العربية والأجنبية العقد بأنه " توافق إرادتين " أدخلت ضمنه العقد الباطل؛ لأنها لم تقيده بوجه مشروع، وقد يحصل اتفاق بين الارادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعاً لانعقاده، وأدخلت ايضاً الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد، وهذا عيب في التعريف؛ لأنه غير مانع[٢]،

---

(١) السنهوري، عبدالرزاق أحمد : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط٣، بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨م (١ / ١٥٠) ، و د. الشرقاوي، جميل : النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية،١٩٩٥م (ص ٥٢) .

(٢) د. ابو البصل: عبدالناصر : دراسات في فقه القانون المدني. (ص٣٨- ٣٩- ٤٦)، البوطي : البيوع الشائعة (ص ٢١- ٢٢) ، الزرقاء : المدخل الفقهي العام .(١/ ١٩٤) ، ود. الدريني : النظريات الفقهية (ص ٢٦١-٢٦٢) .

والتعريف الفقهي أدق تصوراً وأحكم منطقاً كما يقول الدكتور الزرقاء[١] .

المبحث الأول : تعريف عقد المقاولة وخصائصه وأركانه :

✍ المطلب الأول : تعريف عقد المقاولة :

❁ الفرع الأول : حقيقة المقاولة في اللغة والاصطلاح الشرعي :

يراد بالمقاولة في اللغة : المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم : قاوله في الأمر مقاولة إذا فاوضه وجادله.

و المقاولة في الاصطلاح الشرعي : لا يجد الباحث في المدونات الفقهية تعريفاً شرعياً مباشراً لهذا المصطلح؛ لأنه من المصطلحات المستحدثة، ولكن هذا العقد عرف معناً وعملاً، من خلال تطابق صوره مع بعض العقود المشروعة في الفقه الاسلامي كالإجارة والاستصناع[٢] .

وقد ورد ذكر عقد المقاولة بإجمال دون تفصيل عند المتأخرين من الفقهاء والمعاصرين منهم، ليؤكدوا أن الفقه الاسلامي يستوعب كل ما هو جديد في المعاملات المالية، ما دام ضمن الضوابط والقواعد العامة التي أرساها، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٤) بأن الاستصناع "عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع"[٣] .

---

(١) الزرقاء : المدخل الفقهي العام (١/ ٢٩٥) .

(٢) عنبر، محمد عبدالرحيم : عقد المقاولة والتوكيلات التجارية . ط٢، القاهرة،١٩٨٧م . (ص٨) ، ود. رسلان، نبيلة : عقد المقاولة، كلية الحقوق جامعة طنطا. (ص١٤) ، ود. الفضلي، جعفر : الوجيز في العقود المدنية البيع – الإيجار _ المقاولة .ط٢، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٧م. (ص٣٦٦)

(٣) حيدر، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام. (١/ ٩٩) .

وجاء بيان لبعض أحكام عقد المقاولة في كتاب (مرشد الحيران)، دون ذكر تعريف له عند تنظيمه لأحكام الأجير المشترك، ومن ذلك ما ورد في المادة (٦٠٢) والتي تنص على أنه "يجوز استئجار الصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته كل يوم بدون مقدار العمل، أو مع تعيين أجرة كل ذراع أو متر يعمله، أو بالمقاولة على العمل كله، مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً"(١).

وورد تعريف عقد المقاولة في قرارات مجمع الفقه الاسلامي عند بحثه لعقد المقاولة في دورته الرابعة عشرة، ونص على أن "عقد المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر"(٢).

وذكر الدكتور الصديق محمد أمين تكييفاً لعقد المقاولة، وقرر أن المقاول إذا تعهد بصنع شيء وكانت المادة من صاحب العمل، فيعد العقد حينئذ من قبيل الإجارة، وإذا تعهد بتقديم المادة والعمل معاً، فالعقد من قبيل الاستصناع(٣).

وعرف الدكتور رفيق المصري عقد المقاولة بقوله : "اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عنه عملاً، بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر"(٤) .

---

(١) قدر باشا، محمد : مرشد الحيران (ص ١١٦) .

(٢) عقد المقاولة والتعمير، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الرابعة عشرة، بقرار رقم ١٢٩ (٣ / ١٤).

(٣) الضرير، الصديق محمد الأمين : الضرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي . ط٢، بيروت: دار الجيل،١٩٩٠م. (ص ٤٥٩).

(٤) المصري، رفيق يونس : الجامع في أصول الربا . ط٢، دمشق : دار القلم . ٢٠٠١م (ص ٣٨٠) .

❁ الفرع الثاني: تعريف عقد المقاولة في القانون المدني :

يعد عقد المقاولة في القوانين المدنية المعاصرة من العقود المسماة، أي وضعت له اسماً خاصاً وتكفلت ببيان القواعد المنظمة له، سواء في التشريع المدني أو في القوانين الأخرى، لتميزه عن غيره من العقود، وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصرة تعريفات متعددة لعقد المقاولة.

فقد عرفته المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين، بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاهد الآخر"[١].

وتطابقها المادة (٦١٢) من القانون المدني السوري[٢]، والمادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي[٣]، والمادة (٥٤٩) من القانون الجزائري[٤]، والمادة (٦٤٥) من القانون المدني الليبي[٥].

---

(١) د. السنهوري، عبدالرزاق أحمد : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٧/ ٥) .

(٢) الزحيلي، محمد : العقود المسماة البيع – المقايضة – والايجار، ط٤، منشورات جامعة دمشق .١٩٩٤م (ص٦٥) .

(٣) الفضلي، جعفر : الوجيز في العقود المسماة . (ص٣٦٨) .

(٤) زيداني، توفيق : التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون عقاري، بجامعة الحاج لخضر كلية الحقوق قسم العلوم القانونية. سنة ٢٠١٠م (ص٨) .

(٥) عنبر، محمد عبدالرحيم : الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية . (ص٧) .

وعرفته المادة (٨٧٤) من القانون المدني اليمني بأنه "عقد بين شخص وآخر يلتزم فيه أحدهما وهو المقاول بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً في مقابل أجر يلتزم به الآخر وهو رب العمل وسواء قدم رب العمل المواد اللازمة للعمل من عنده أم التزم المقاول بتقديم العمل والمواد اللازمة له معاً"(١).

وعرفته المادة (٧٨٠) من القانون المدني الأردني بأنه "المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"(٢).

وعرض مشروع القانون المدني الفلسطيني تعريف عقد المقاولة في المادة (٧٩٠) "بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر"(٣).

وقضت المادة (٦٦١) من التقنين المدني الكويتي بأن : "المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً أو نائباً عنه"(٤).

---

(١) المكتبة الشاملة القانونية ، متن القانون المدني اليمني لعام ٢٠٠٢م.

(٢) نقابة المحامين، عمان، المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني . (٢/ ٥٨٢) .

(٣) وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين. مشروع القانون المدني (ص١٢٣).

(٤) د. الشهاوي، قدري عبدالفتاح : عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، القاهرة : منشأة المعارف حزى وشركاه، ط٢، (ص٨) .

❁ الفرع الثالث : خصائص عقد المقاولة في الفقه والقانون :

من خلال النظر في تعريف عقد المقاولة المتقدم يتضح بأن له خصائص وأوصافاً يفيد تحديدها والعلم بها في تعيين القواعد المنظمة له، وأهم هذه الخصائص هي :

اولاً : أنه عقد رضائي :

أي لا يشترط لانعقاده شكل معين، فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإجاب الطرف الآخر وتطابقهما، ويجوز انعقاده بالكتابة أو مشافهة أو حتى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق، للقاعدة "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان"(١).

ثانياً : يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين هما :

الشي المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل.

ثالثاً : أنه عقد معاوضة :

لان كلا الطرفين يهدفان من تعاقدهما الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويقابل ذلك عقد التبرع الذي لا يقوم على المبادلة، فلا يأخذ في المتعاقد مقابلاً لما يعطي.

---

(١) حيدر، علي: درر الحكام . (١/ ١٦٢).

رابعاً :أنه عقد ملزم للجانبين :

فعقد المقاولة منذ ابرامه يرتب التزامات على عاتق كل من طرفيه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم صاحب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه وبدفع البدل .

خامساً: أنه عقد وارد على العمل:

فالعنصر الجوهري في العقد مطلوب من المقاول، وهو القيام بعمل معين، وكونه ايضاً يقوم بالعمل باستقلال تام، ولا يخضع لأي نوع من التبعية أو الاشراف من جانب صاحب العمل إلا ان اشترط ذلك.

سادساً: أنه عقد محدد :

أي أنه يمكن لكل من طرفيه عند التعاقد تحديد قيمة المنفعة التي يقدمها للطرف الآخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقود الغرر(١).

سابعاً : أنه عقد ممتد :

لأن الالتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداءات مستمرة أو أداءات دورية، والعقد الممتد أقسام كما يلي:

عقد ذو تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار، وعقد العمل لمدة معينة.

وعقد ذو تنفيذ دوري، كعقد التوريد، وعقد المقاولة يشمل القسمين معاً.

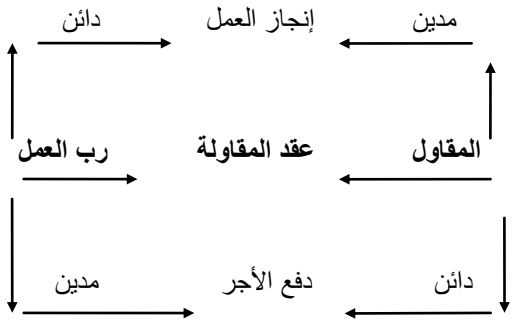
---

(١) د. الدريني، فتحي : النظريات الفقهية . (ص ٣٣٤).

ثامناً : الاعتبار الشخصي في تنفيذ عقد المقاولة:

ويبدو الاعتبار الشخصي جلياً عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من أصحاب المهن الحرة لماهرين، كما هو الحال بالنسبة للطبيب والمحامي، إذ يعتمد تحقيق النتيجة المنتظرة على مدى الثقة والخبرة التي يوليها للمقاول المهني، ويبرر الاعتبار الشخصي في المقاولة الحكم بانقضاء العقد بموت المقاول، إذ لا يمكن القول بانتقال العقد تلقائياً إلى الخلف العام[1] .

وهذه صورة مبسطة توضح دورة سريان عقد المقاولة :



(١) قرارية، زياد شفيق حسن : عقد المقاولة في الفقه الاسلامي وما يقابله في القانون المدني . رسالة ماجستير بكلية النجاح الوطنية سنة ٢٠٠٤. (ص ٢٧) .

المطلب الثاني : أركان عقد المقاولة :

✍ الفرع الأول : صيغة ابرام عقد المقاولة وشروطها :

كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ الرضا في العقود قبل أن تعرفه أوربا بقرون، ويقضي هذا المبدأ بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد التراضي بين الطرفين دون التوقف على شيء من المراسيم والاجراءات الشكلية، غير أن الرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، فأناط الشارع حكم العقد بما يقوم مقام هذا العنصر الخفي وهو "الصيغة"، لكونها أمراً مادياً محسوساً، يمن اثباته أمام القضاء عند النزاع، فالصيغة هي ما يصدر عن العاقدين من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الكتابة أو الإشارة أو المبادلة الفعلية، فهي علامة نشؤ العقد وقيامه[1]، مع ضرورة مراعاة شرائط الانعقاد اللازمة لصحة العقد كالأهلية للمتعاقدين وغيرها، وفي هذا المقام ينغي أن ننبه أنه يؤخذ على القوانين الوضعية المدنية ومنها القانون اليمني أنها تعبر عن التراضي بالعقد بأنه مجرد تبادل طرفي التعبير عن ارادتين متطابقتين مالم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاده .

والصحيح ليس تطابق الارادتين، وانما تطابق الإيجاب والقبول – كقاعدة عامة – عن الإرادة الباطنة .

✍ شروط الصيغة :

لهذه الصيغة شروط لا ينعقد العقد إلا بتوافرها؛ لأنها شروط انعقاد أو عناصر تكوين وهذه الشروط نسردها في المسائل التالية :

---

(١) الزرقا، مصطفى : المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٨-٣١٩)، ود. الزحيلي، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته . (٤/ ١٠٥) .

- **المسألة الأولى : جلاء المعنى في صيغة العقد[١] :**

أي أن تكون مادة اللفظ المستعمل في الإيجاب والقبول تدل بوضوح على نوع العقد المقصود للعاقدين لغة أو عرفا، فالإرادة الباطنة خفية، والعقود تختلف في مواضيعها بعضها عن بعض .

ويصح التعبير للدلالة على العقد المقصود بدلالة اللفظ الحقيقية أو المجازية، وفي ألفاظ الكنايات لابد من قرينة ترجح المعنى المقصود، فينعقد البيع بلفظ الهبة المقرونة بالثمن[٢] .

ولا يشترط في عقد المقاولة في صيغة الإيجاب والقبول لفظ معين، ولكنهما يصحان بلفظ المقاولة والإجارة والاستصناع، وبكل ما في معناه من الألفاظ الأخرى؛ استناداً للقاعدة الفقهية التي تقول " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني "[٣] .

- **المسألة الثانية : توافق الإيجاب والقبول :**

وهو أن يأتي القبول موافقاً للإيجاب في كل جزئياته، كمحل العقد، وفي مقدار ثمنه، وفي الأجل إن وجد، فيجب في عقد المقاولة تطابق الإيجاب والقبول بين المقاول وصاحب العمل على ماهية العمل، فلو أراد أحد الطرفين أن يبرم عقد المقاولة والآخر اتجهت نيته لإبرام عقد وكالة مثلاً فإنه لا يوجد في هذه الحالة عقد مقاولة ولا عقد وكالة، ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته من المقاول تجاه صاحب العمل، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل للمقاول[٤]، وإذا لم يعين البدل في العقد،

---

(١) الزرقا، مصطفى : المدخل الفقهي العام . (١/ ٣١٩-٣٢٠) .

(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار . (٨/ ٤٨٨)، البهوتي : كشاف القناع . (٣/ ١٤٦) .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار . (٧/ ٢٧)، و الكردي، أحمد الحجي : فقه المعاوضات (ص٨٥)، و د. أبو البصل، علي : عقد المقاولة و التوريد (ص ٨١) .

(٤) د. الشهاوي، قدري : عقد المقاولة . (ص٥٠)، و د. شنب، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة (

استحق المقاول بدل المثل، ولم تكن المقاولة باطلة، بحسب ما جاء في مواد التشريعات المدنية الوضعية[١]، وهذا يخالف أحكام الفقه الإسلامي، حيث يشترط تعيين البدل في العقد، وفي حالة الجهالة يفسد العقد ويثبت أجر المثل[٢] .

ويجوز التعبير عن التراضي ضمناً[٣]، كأن يقول صاحب العمل للمقاول : قاولتك ببناء الجدار مقابل مئة دينار، فيقول المقاول : قبلت بخمسين ديناراً، لأن هذا يتضمن القبول بخمسين من باب أولى، فينعقد العقد بخمسين ولا تجب الزيادة إلا إذا قبلها الموجب .

وقد ينص القانون على وجوب التعبير الصريح أحياناً، أو يتفق الطرفان على أن يكون الإيجاب والقبول صريحاً [٤].

والإيجاب ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، والقبول ما يذكر ثانياً، هذا عند الحنفية[٥] خلافاً للجمهور[١] الذين قالوا أن الإيجاب ما يصدر من البائع، وهذا ما قررته المادة (٩١/ ١) من القانون المدني الأردني .

ص٥٨-٦٣)، و د. السنهوري : الوسيط (٧/ ٣٧)، و د. عنبر، عبدالرحيم : الوجيز في عقد المقاولة (ص ٣١-٣٦) .

(١) القانون المدني اليمني المادة (٨٨٨)، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني المادة (٧٩٦)، و د. السنهوري : الوسيط (٦٥٩) (٣/ ٣٨).

(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٧/ ١٥)، وابن جزِّي : القوانين الفقهية (ص١٦٣)، والكاساني : البدائع (٥/ ١٣٧) .

(٣) الشربيني، مغني المحتاج . (٢/ ٣٢٢)، وابن عابدين، حشية رد المحتار. (٧/ ١٥) .

(٤) د. الزحيلي : العقود المسماة، المادة (٩٣) من القانون المدني السوري (ص٣٧) .

(٥) الميداني : اللباب (٢/ ٣)، وابن عابدين :حاشية رد المحتار (٧/ ١٥) .

- **المسألة الثالثة : أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم والقطع :**

لتعذر ظهور الإرادة الباطنة ألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها، وهو الإيجاب والقبول، ولضمان صحة اعتبار الإيجاب والقبول مظنة لوجود الإرادة الباطنة لعقد المقاولة، اشترط الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم والقطع[٢]، ليدلا بوضوح على الرغبة الحقيقية لإبرام عقد المقاولة.

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر الذي يعبر به عن المستقبل كأن يقول المقاول : قاولني هذا العمل بألف، فيقول صاحب العمل : قبلت، فلا ينعقد العقد عند الحنفية[٣]، لان صيغة الأمر تحتمل الدلالة على إرادة المساومة أو الوعد .

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية[٤]: أن لفظ الأمر يصح به العقد؛ لأن العرف جرى على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع، فينعقد بها العقد .

واذا صدر من الموجب الأول ما يدل على رضاه بالعقد بعد قبول القابل، فإنه يصح العقد بالاتفاق[٥]، ومثاله أن يقول صاحب العمل للمقاول : اعمل لي بيتاً بألف، فيقول المقاول :

---

(١) البهوتي : كشاف القناع (٣/ ١٤٦)، والشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٢٣)، والخرشي : حاشية الخرشي (٥/ ٢٦٢) .

(٢) انظر ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٧/ ٢٤)، والشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٣٨)، والميداني : اللباب (٢/ ٣)، والخرشي : حاشية الخرشي (٥/ ٢٦٣- ٢٦٤)، والبهوتي : كشاف القناع (٣/ ١٤٧) .

(٣) الكاساني : البدائع (٥/ ١٣٢) .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٢٨)، وابن رشد : بداية المجتهد (٢/ ١٧٠) .

(٥) الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٢٨)، والخرشي : حاشية الخرشي (٥/ ٢٦٣)، والبهوتي : كشاف

قبلت، فيقول صاحب العمل : قاولتك، فيكون القبول الأول من المقاول إيجاباً، والرضا الأخير قبولاً.

والنطق بالإيجاب إنما يختص بالقادر على الكلام، أما العاجز عنه كالأخرس فإشارته أو كتابته تحل محل عبارته ضرورة تصحيح تصرفاته، ويشترط أن تكون الإشارة مفهومة لدى المتعاقدين، و هذا محل اتفاق بين الفقهاء[١].

- **المسألة الرابعة : اتصال القبول بالإيجاب :**

والمقصود بالاتصال أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، إن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن كانا غائبين، ويكون كلاً منهما مشتغلاً بالتعاقد[٢].

فلو أوجب صاحب العمل، ثم استدار الحديث عن المقاولة إلى غيره، أو قام بفعلٍ يفيد الاعراض، كالمشي الدال على الاعراض، أو الاشتغال بالأكل، أو الصلاة، ثم قبل المقاول لم يصح وإن قصر الزمن، فإذا استمر الحدث عن المقاولة طويلاً، ثم قبل في النهاية صح، مهما طال الزمن ليتسنى له أن يتروى بالأمر ويوازن بين ما يعطي وما يأخذ .

القناع (٣/ ١٤٧)، والزرقاء : المدخل الفقهي العام (١/ ٣٢٤-٣٢٥)، الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته (٥/ ٣٣٣)، الكردي، أحمد الحجي : فقه المعاوضات (ص١٨٤-١٨٥) .

(١) البهوتي : كشاف القناع (٣/ ١٤٨)، والشربيني : مغني المحتاج (٣٢٦-٣٣٢)، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (٧/ ٢٦-٢٧)، والخرشي : حاشية الخرشي (٥/ ٢٦٤)، والكاساني : البدائع (٥/ ١٣٥) .

(٢) الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٢٩-٣٣٠)، وابن جزي : القوانين الفقهية (ص١٨٠)، والبهوتي كشاف القناع (٣/ ١٤٧-١٤٩)، و الزحيلي :العقود المسماة (ص١٦-١٧).

ولصاحب العمل هنا أن يرجع عن إيجابه قبل قبول المقاول، فإن قبل المقاول انعقد عقد المقاولة، فالمقاول مخير ما لم يقبل أو يرجع صاحب العمل عن إيجابه، فإن قبل انعقد العقد ولزم، وهذا عند الحنفية[١] والمالكية[٢]؛ لأن المقاولة عقد معاوضة، يلزم بمجرد تمام لفظ المقاولة أو ما يدل عليها، ولا يحتاج إلى خيار مجلس.

أما الشافعية[٣] والحنابلة[٤] فقالوا : إنه إذا اتصل الإيجاب بالقبول في مجلس العقد، وكان القبول عقب الإيجاب مباشرة، صح العقد ولكنه غير لازم، ويكون لصاحب العمل أو المقاول فسخ العقد أو امضاؤه ما داما مجتمعين لم يتفرقا عن مقامهما الذي تفاوضا فيه .

(١) ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٧/ ٢٦-٢٧)، والميداني : اللباب (٢/ ٤)، والكاساني : البدائع (٦/ ٥٣٠).

(٢) ابن جزي : القوانين الفقهية (ص٨٠) ، وابن رشد : بداية المجتهد (٢/ ١٧٠) .

(٣) الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٢٩-٣٣٠) .

(٤) البهوتي : كشاف القناع (٣/ ١٤٧-١٤٩)، وابن النجار : منتهى الإرادات (١/ ٣٥٦) .

✍ الفرع الثاني : عاقدا المقاولة ((طرفا العقد)) .

لا يصور وجود الإيجاب والقبول اللذين يكونان ركن العقد من غير عاقد ، فالعاقد من مكونات العقد الأساسية، وليس كل متعاقد صالحاً لإبرام العقود ، فبعض الأفراد لا يصح لهم أن يبرموا أي عقد ، وبعضهم يصح منهم إبرام بعض العقود ، ومنهم ومن يصلح لكل عقد ، وكل ذلك يرجع إلى مدى تحقق الأهلية عند المتعاقدين .

أولاً : الأهلية :

يشترط في كلاً من المقاول وصاحب العمل أن يكون متمتعاً بالأهلية الكافية لإبرام العقد، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء، وهي صلاحية الإنسان للقيام بالتصرفات القانونية أو الشرعية على وجه يعتد به، والسبب في اعتبار أهلية الأداء في عقد المقاولة ؛ لأنه عقد دائر بين النفع والضر[١]، فهو من عقود المعاوضات الذي يرتب التزاماً على كلا الطرفين، فصاحب العمل يلزم بدفع البدل، والمقاول يلزم بتقديم العمل والمواد التي يستخدمها أو عمله فقط، فكلاً منهما معرض للربح والخسارة[٢]، فيشترط في كل من المقاول وصاحب العمل الأهلية الكاملة، أو الإذن لصاحب أهلية الأداء الناقصة .

---

(١) توفيق، زيداني : النظام القانوني لعقد المقاولة (ص٢٠) .

(٢) الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٣١٥-٣٣١٨)، ود. الكردي : فقه المعاوضات (ص١٨٢-١٨٣)، ود. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة (ص ٨٠)، ود. السنهوري : الوسيط (٧/ ٤٨-٤٩).

وبذلك قال الحنفية[١] والمالكية[٢] والحنابلة[٣]، فلا ينعقد تصرف الصبي غير المميز، وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره، ولا الإنسان الذي يكون في حالة جنون أو إغماء أو نوم، وإذا أبرم أحدهم عقداً من العقود بما فيه المقاولة، يقع باطلاً ولا يصح ولا تؤثر فيه إجازة الولي اللاحقة .

أما الصبي المميز والسفيه الذين يعرفون عقد المقاولة وما يترتب عليه من أثر، فيصح منهم إبرام العقد، ولكنه لا ينفذ إلا بإجازة الولي اللاحقة .

وقال الشافعية[٤] : لا ينعقد عقد الصبي المميز، فهو باطل، ولا يقبل الإجازة اللاحقة من الولي؛ لاشتراطهم البلوغ لانعقاد العقد .

وقد أخذ القانون المدني السوري في المواد من (٤٦-٥٠)[٥]، والقانون المدني الأردني[٦]، والقانون المدني الإماراتي[٧]، والقانون المدني الجزائري[٨]، والقانون المدني اليمني[٩]، وغيرها من التشريعات المدنية المدنية بما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة .

---

(١) ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٧/ ١٤) .

(٢) الخرشي : حاشية الخرشي (٥/ ٢٦٦) .

(٣) البهوتي : كشاف القناع (٣/ ١٥١) .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٣٢) .

(٥) د. الزحيلي، محمد : القانون المدني السوري المقارن بالفقه الإسلامي (٧٨-٨١) .

(٦) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني (١/ ٦٣ وما بعدها) .

(٧) د. الزحيلي، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني (ص١٨) .

(٨) توفيق، زيداني : النظام القانوني لعقد المقاولة (ص٢٩) المادة الخامسة من القانون التجاري الأردني.

(٩) المادة (٦٠) من القانون المدني اليمني .

ثانياً : أن يكون العاقد متعدداً :

والمراد به أن يكون المقاول غير صاحب العمل، فلو كان المقاول هو صاحب العمل لم ينعقد العقد وكان باطلاً، ولا ينعقد العقد بوكيل عن الجانبين، أو رسول من الطرفين، وسواء في ذلك كان العاقد أصيلاً عن نفسه في تقديم العمل والمادة أم العمل فقط ووكيلاً عن صاحب العمل، فيكون كالوكيل يشتري مال نفسه لموكله[1].

هذه هي الشرائط العامة لكل عقود المعاوضات، بما فيها المقاولة، ولم تذكر القوانين المدنية المعمول بها حالياً شروطاً أخرى خاصة للعاقدين .

✍ الفرع الثالث : محل عقد المقاولة :

محل القعد هو ما وقع عليه التعاقد ، ويظهر أثر العقد فيه ، وهذا ظاهرٌ في تعريف الفقهاء للعقد من أنه "ارتباط إيجاب بقبول على وجهٍ مشروع ، يظهر أثره في محله[2] " ، فلابد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو أثره فيه ، فالمقصود فالمقصود من العقود آثارها .

وتختلف طبيعة المحل بحسب أنواع العقود ، ففي عقد البيع والرهن والهبة يكون محل العقد عيناً مالية، وفي عقد الإجارة والاستصناع يكون محل العقد العمل .

وذكرت التشريعات المدنية الوضعية ما يكن أن يكون محلاً للعقد ، مثل القانون المدني الأردني في المادة (١٥٨) ، والقانون المدني اليمني في المادة (١٨٥) ، والقانون المدني الجزائري في المادة (٩٣) وغيرها .

---

(١) المادة (١٦٩) من القانون المدني اليمني .

(٢) الزرقاء : المدخل الفقهي العام (١/ ٢٩١) .

ولتوضيح الشروط الواجب توافرها في محل عقد المقاولة وهو العمل وجب الرجوع إلى القواعد العامة في نظرية العقد في الفقه والقانون .

- ***المسألة الأولى : أن يكون العمل ممكناً :***

يجب *أن يكون محل عقد* المقاولة مما يمكن القيام به، وفي مقدور المقاول، وإذا تعهد بعمل ليس باستطاعته كان ذلك عبثاً واضراراً بالآخرين .

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (١٥٩) على ذلك " إذا كان العمل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً "، ومثله القانون المدني الجزائري في المادة (٩٣)وغيرها من القوانين المدنية الأخرى.

والاستحالة التي تجعل عقد المقاولة عقداً باطلاً هي الاستحالة المطلقة، وليست الاستحالة النسبية، والاستحالة المطلقة تعني عدم إمكان أي شخص القيام بالعمل أي أنه مستحيل في ذاته.

وقد تكون الاستحالة المطلقة طبيعية، كما لو تم الاتفاق مع أحد الأشخاص على قيامه بإيجاد دواء قادر على شفاء جميع الأمراض المعروفة في هذا العصر، فيكون العقد باطلاً؛ لأنه يستحيل من الوجهة العلمية والعقلية إيجاد هذا الدواء .

وقد تكون الاستحالة قانونية، كمن يتعهد بالطعن في حكم قضائي قد انقضت مواعيد الطعن فيه، فلم يعد بالإمكان إعادة النظر فيه.

وقد تكون الاستحالة شرعية، كأن يكون المقاول عاجزاً عن تسليم المنفعة حساً أو شرعاً كإجارة الحائض لكنس المسجد[١] .

أما الاستحالة النسبية فتعني : فتعني أن العمل مستحيل بالنسبة لبعض الأشخاص دون الآخرين، كأن يتعهد المقاول بإجراء عملية جراحية لمريض وهو ليس طبيباً، فهذا العمل مستحيل تنفيذه ولكن في مقدور غيره من ذوي الاختصاص والخبرة القيام به.

والاستحالة المطلقة أياً كان نوعها فهي تمنع من انعقاد عقد المقاولة، بخلاف الاستحالة النسبية لا تمنع من انعقاد عقد المقاولة، ويكون المقاول مسؤولاً عن التعويض[٢] .

○ ***المسألة الثانية : أن يكون العمل مشروعاً :***

يجب في عقد المقاولة أن يكون العمل أن يكون العمل الذي تعهد به المقاول مما أباحه الشارع، أما إذا كان العمل المتفق عليه مخالفاً لأحكام الشريعة، ومنافياً للنظام العام والآداب، كان عقد المقاولة باطلاً، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة[٣] ورجال القانون[٤] .

---

(١) البهوتي : كشاف القناع (٣/ ٥٦٥)، الشربيني : مغني المحتاج (٣/ ٤٤٨).

(٢) د.السنهوري : الوسيط (٧/ ٥٨)، د. الفضلي : الوجيز (ص٣٨٠)، د. السرحان : شرح القانون المدني (٢٦،٢٧)، أبو البصل، عبد الناصر: دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص١٦٧).

(٣) الكاساني : البدائع (٦/ ٢١)، والشربيني : مغني المحتاج (٣/ ٤٤٥)، والخرشي : حاشية الخرشي (٧/ ٢٢٣)، وابن رشد : بداية المجتهد (٢/ ٢٢٠)، والشيرازي، ابراهيم بن علي : المهذب . بيروت دار الفكر . (١/ ٣٩٤) .

(٤) نص على ذلك القانون المدني اليمني في المادة (١٨٦) بقوله " لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعا

فلا تجوز المقاولة على فعل المعاصي وارتكاب الجرائم، كالقتل والسرقة والزنا وعليم السحر، وتشييد بيوت القمار والدعارة، وتهريب المخدرات والمواد الضارة؛ لأنه استئجار على معصية، والمعصية لا تستحق بالعقد[1].

غير أن النظام العام والآداب في الشريعة الإسلامية يختلف مع الفكرة نفسها في النظم الوضعية فما يكون من تصرفات مخالفة للآداب والنظم في بلد ما قد يسمح بها بلاد أخرى، وتتغير نظرة القانون لها من زمان إلى زمان، فهناك علاقات تعد محرمة في بلاد كالبلاد العربية الإسلامية، ويجوز التعامل بها في بلادً أخرى، أما الشريعة الإسلامية ففكرة الأخلاق والآداب فيها منبعها العقيدة والإيمان فلا تتغير بتغيير الزمان والمكان، فهي مبادئ راسخة لثبوتها بنصوص قاطعة .

- **المسألة الثالثة : أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين :**

ومن شروط المحل في عقد المقاولة أيضاً أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وقت العقد تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع غالباً، وتحقيقاً للرضا الحقيقي الكامل، وبالنظر في نصوص الفقهاء نجد أن العمل يكون معيناً إذا تولى الطرفان بيان نوعه، وأوصافه وقدره، وطريقة أداءه، وكل ما يمكن به ازالة كل جهالة فاحشة يمكن أن تكون سبباً للنزاع[2] .

ولا فعل محرم شرعا او مخالف للنظام العام او الآداب العامة الذين لا يخالفان اصول الشريعة الاسلامية" ، كما نص على ذلك عدد من القوانين المدنية مثل القانون الجزائري في مادته (٩٣)، والقانون المدني الأردني مادة (١٦٣)، والقانون المدني الإماراتي والمصري والكويتي وغيرها ، كما نبه شراح القانون إلى ذلك منهم د. السنهوري : الوسيط (٧/ ٥٧-٥٨)، ود. الشهاوي : عقد المقاولة (ص٧٢)، ود. السرحان : شرح القانون المدني (ص٢٨) وغيرهم .

(١) الميداني : عبد الغني : اللباب (٢/ ١٠٠) .

(٢) السرخسي : المبسوط (١٦/ ٤٧)، الكاساني : البدائع (٦/ ٨٦).

وهذا ما نصت عليه كثير من القوانين المدنية العربية ، فقد نص القانون المدني المصري في المادة (١٢٣) على " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً " .

ومثله القانون المدني اليمني في المادة (١٩٠) حيث ينص علة أنه " يلزم ان يكون محل العقد معينا تعيينا تاما نافيا للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه او باسمه او بصفته مع بيان مقداره ان كان من المقدرات او بذكر حدوده او بنحو ذلك ولا يكتفى بذكر الجنس او النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها" .

ومثله القانون المدني الأردني في المادة رقم (٧٨٢)، والقانون الكويتي مادة (٦٦١)، والقانون الإماراتي مادة رقم (٨٧٢) ، والجزائري مادة رقم (٩٣) .

ويكون العمل معيناً ببيان نوعه و وصفه، ويكون قابلاً للتعيين متى تضمن ما يساعد على تعيينه، كما لو اتفق الطرفان على بناء مستشفى تحتوي على كذا سرير وكذا غرفه، مع المرافق اللازمة .

ويلاحظ أن القوانين المدنية نصت على بطلان عقد المقاولة بسبب الجهالة الفاحشة المفضية إلى المنازعة، متبعة رأي جمهور الفقهاء[١]، بخلاف مذهب الحنفية الذي يقضي بفساد العقد بسبب الجهالة الفاحشة[٢] .

---

(١) البهوتي : كشاف القناع (٣/ ٥٤٩)، وابن النجار : منتهى الإرادات (ص٤٧٨)، والشربيني : مغني المحتاج : (٣/ ٤٤٤)، و ابن قدامة المقدسي، عبدالله : الكافي في فقه أحمد بن حنبل ، تحقيق زهير الشاوش .طبعة ٥، بيروت : المكتب الاسلامي . سنة ١٩٨٨م . (٢/ ٣١٢) .

(٢) الميداني، عبد الغني : اللباب (٢/ ١٠٣-١٠٤)، و الكاساني : البدائع (٥/ ٥٤٢).

ويترتب على ذلك أن يثبت للعامل بعد الشروع بالعمل أجرة المثل كاملة، سواء أكانت مساوية للأجرة المسماة أم أكثر أم أقل عند جمهور الفقهاء .

أما الواجب عند الحنفية فهو الأقل من أجر المثل ومن المسمى إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد، لا باعتبار جهالة المسمى، ولا باعتبار عدم التسمية، فإنه في هاتين الحالتين يجب الأجر بالغاً ما بلغ[١] .

○ **المسألة الرابعة : أن لا يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد :**

نص على هذا الشرط فقهاء المذاهب الأربعة[٢]، ولم تتعرض له التشريعات المدنية الحديثة، فوجب الرجوع إليه والعمل به .

ومن الأعمال الواجبة على العامل أو المقاول الفرائض والواجبات الشرعية، وما لا يقبل النيابة عنه، كالصوم والصلاة، فثواب هذه الأعمال وأجرها يعود على من قام بها وحده، ولذلك لا يجوز أن يرد عقد المقاولة على هذه الأعمال .

وهناك أعمال واجبة على الأشخاص بما فيهم العامل والمقاول، وتقبل النيابة، فقد يؤديها شخص نيابة عن الأصيل، كرد الودائع، وقضاء الديون، فهذا الواجبات وغيرها يجوز أن يرد عليها عقد المقاولة.

---

(١) الميداني : اللباب (٢/ ١٠٣)، ود. الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٨٣٧) .

(٢) ابن رشد : بداية المجتهد (٢/ ٢٢١)، وابن جزّي : القوانين الفقهية (ص١٨١)، والشربيني : مغني المحتاج (٣/ ٤)، وابن قدامة : الكافي (٢/ ٢٠٤)، والميداني : اللباب (٢/ ١٠٠)، والسرخسي : المبسوط (١٦/ ٣٧) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (٩/ ٧٦) .

المطلب الثالث : تمييز عقد المقاولة عما يشبهه من العقود :

الفرع الأول : الموازنة بين عقد المقاولة والاجارة :

يتفق عقد المقاولة مع عقد الإجارة في أمور، ويختلف عنه في أخرى، فأوجه الاتفاق بين العقدين هي :

١- كل من العقدين عقد معاوضة، يقصد المؤجر الحصول على عوض منفعة ما أجرة، ويقصد المقاول الحصول على عوض عمله[١].

٢- كل من العقدين عقد لازم، لا ينفرد أحد العاقدين أحد العاقدين بفسخه دون سبب من أسباب الفسخ[٢] .

٣- كلا من العقدين ليس عقد فورياً – كالبيع - بل كلا منهما عقد تستمر فيه العلاقة بين العاقدين مدة العقد[٣] .

٤- كل من العقدين عقد مؤقت؛ فكل منهما لا يقتضي التأبيد، بل يؤقت بمدة العقد، سواء كان التأقيت بزمن أم كان بمدة إنجاز العمل[٤] .

---

(١) الدردير : الشرح الكبير (٤/ ٢)، الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٣٢)، الشلبي : حاشية الشلبي (٥/ ١٠٥).

(٢) ابن النجار : منتهى الإرادات (٢/ ٣٥٠)، السنهوري : الوسيط (٧/ ٦).

(٣) المرجع السابق .

(٤) الكاساني : البدائع (٤/ ٢٢٣)، وابن عبد البر : الكافي (٢/ ٧٤٥).

ويختلف عقد المقاولة عن عقد الإجارة في ما يلي :

١- المعقود عليه في عقد المقاولة يمكن أن يكون منفعة موصوفة في الذمة، ويمكن أن يكون عيناً، بينما في عقد إجارة الأشياء لا يكون إلا منفعة المستأجر فقط[١].

٢- المقاول يلزمه بذل منفعته لإنجاز العمل المطلوب، بينما المؤجر لا يلزمه إلا تمكين المستأجر من الانتفاع[٢].

٣- لا يستحق المقاول الأجر إلا بإنجاز العمل المطلوب[٣]، بينما يستحق المؤجر الأجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ولو لم يحصل انتفاع[٤] .

٤- المراد على حصول منفعته في عقد المقاولة آدمي، بينما في عقد إجارة الأشياء يكون غير آدمي كالعقار والحيوان والمنقول[٥] .

---

(١) الكاساني : البدائع (٤/ ١٧٤)، والدردير : الشرح الصغير (٣/ ١١٨)، والرافعي : فتح العزيز (٢/ ١٨٢)، وبن مفلح، ابراهيم بن محمد بن عبدالله : المبدع شرح المقنع، المكتب الاسلامي، بيروت لبنان : ١٩٨٩م . (٤/ ٦٢).

(٢) الكاساني : البدائع (٤/ ٢٠٤)، والزيلعي : تبيين الحقائق (٥/ ١٠٧)، والدردير : الشرح الكبير (٤/ ٤).

(٣) السنهوري : الوسيط (٧/ ١٩٨-١٩٩).

(٤) البهوتي، منصور بن يونس : شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٨٠)، والكاساني : البدائع (٤/ ٢٠٤)، والزيلعي : تبيين الحقائق (٥/ ١٠٧).

(٥) المرغيناني : الهداية (١٠/ ٤١٩)، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٣/ ٤٧٩) .

✍ **الفرع الثاني**: الموازنة بين عقد المقاولة والسلم :

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

١- كل منهما عقد على موصوف في الذمة، ليس موجوداً وقت التعاقد[١].

٢- كل منهما عقد لازم، ليس لأحد العاقدين فسخه بدون سبب من أسباب الفسخ[٢].

٣- كل منهما عقد معاوضة، يقصد المسلم إليه عوض ما أسلم فيه، ويقصد المقاول عوض عمله[٣].

٤- المعقود عليه في السلم يكون عيناً، ويصح كونه منفعة، وهو كذلك في عقد المقاولة[٤].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد السلم في :

١- يشترط في عقد السلم تقديم رأس المال، بينما في عقد المقاولة لا يشترط ذلك، بل إن المصلحة في عقد المقاولة عدم اشتراط ذلك[٥] .

٢- يشترط في عقد السلم ضرب الأجل لتسليم المسلم فيه، بينما لا يشترط في عقد المقاولة، إذ يمكن أن يقع الاتفاق في المقاولة على إنجاز عملٍ ما ولو لم يعلم وقت انجازه[٦] .

---

(١) ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٥/ ٢٠٩) ، والدردير : الشرح الكبير (٣/ ١٩٥) .

(٢) التسولي، علي بن عبدالسلام : البهجة شرح التحفة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان،طبعة١، سنة ١٩٧٧م. (٢/ ١٥٥)، ابن الهمام : فتح القدير (٦/ ٢٤٢) .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٥/ ٢٠٩)، السنهوري : الوسيط (٧/ ٦) .

(٤) الرافعي : فتح العزيز (٩/ ٢١٠)، الخرشي : شرح الخرشي على خليل (٧/ ٢٠٣) .

(٥) السرخسي : المبسوط (١٢/ ١٢٧)، الكاساني : البدائع (٥/ ٢٠٢) .

(٦) السرخسي : المبسوط (١٢/ ١٢٤)، الرافعي : فتح العزيز (٩/ ٢٣١) .

٣- لا يصح السلم فيما يجمع أخلاطاً مقصودة غير متميزة؛ لعدم انضباطه، بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة، بل لو اشترط ذلك لأدى إلى بطلان كثير من صور المقاولة، إذ إن المباني مثلاً تشتمل على أخلاط كثيرة كالحديد والإسمنت وغيرهما[١] .

ومما سبق يعلم أن عقد المقاولة ليس عقد سلم وبينهما فروق كثيرة كما تم ذكرها .

✍ **الفرع الثالث**: الموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع :

يرى بعض من كتب عن عقد المقاولة أن عقد المقاولة في حقيقته عقد استصناع[٢] .

ويمكن إجمال الفرق بين عقد المقاولة وعقد الاستصناع فيما يلي :

١- هناك صورة من صور عقد المقاولة ليست عقد استصناع، وهي فيما إذا قدم المقاول العمل فقط، وكانت الأدوات من رب العمل.

وعلى هذا فعقد المقاولة أعم من عقد الاستصناع.

٢- صورة عقد المقاولة التي يقدم فيها المقاول العمل والأدوات معاً، يوجد بينها وبين عقد الاستصناع بعض الاختلافات :

---

(١) الشيرازي : المهذب (١/ ٢٩٨)، ابن قدامة : المغني (٦/ ٣٨٧) .

(٢) الاستصناع : لغة : طلب الصنع، واصطلاحاً : طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص، والموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع على مذهب الجمهور هي الموازنة بين عقد المقاولة وعقد السلم نفسها، لأنهم يرون أن الاستصناع داخل تحت عقد السلم، ولذا فهذا الفرع سيكون للموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع على مذهب الحنفية .

أولاً : المقاولة عقد ، بينما يرى بعض الحنفية أن الاستصناع وعد لا عقد[١] .

ثانياً : قد يتم في عقد المقاولة تحديد المدة بزمن ، بينما في عقد الاستصناع إن اشترطت المدة فيما لا تعامل فيه بين الناس صار سلماً باتفاق أئمة الحنفية ، فإن كان فيما فيه تعامل بين الناس فهو : سلم عند أبي حنيفة ، استصناع عند الصاحبين[٢] .

ثالثاً : عقد المقاولة عقد لازم ، بينما عقد الاستصناع عقد جائز قبل أن يحضر المصنوع إلى المستصنع[٣] .

✍ **الفرع الرابع**: الموازنة بين عقد المقاولة والوكالة :

يشبه عقد المقاولة عقد الوكالة في أمور، ويختلف عنه في أخرى.

فمن أوجه الشبه بينهما ما يلي :

١- المعقود عليه في عقد الوكالة العمل، وكذلك في إحدى صور عقد المقاولة[٤] .

٢- الوكيل يعمل لمصلحة موكله، وكذا المقاول يؤدي عملاً لصالح رب العمل[٥] .

---

(١) السرخسي : المبسوط (١٥/ ٨٥)، والكاساني : البدائع (٥/ ٢)، الزيلعي : تبيين الحقائق (٤/ ١٢٣).

(٢) الموصلي، عبدالله بن محمود : الاختيار لتعليل المختار،ط٣، دار المعرفة بيروت،١٩٧٥م. (٢/ ٣٨)، والكاساني : البدائع (٥/ ٣)، السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد : تحفة الفقهاء، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٩٨٤م . (٢/ ٣٦٣) .

(٣) الزيلعي : تبيين الحقائق (٤/ ١٢٤)، الكاساني : البدائع (٥/ ٣) .

(٤) ابن رشد : بداية المجتهد (٢/ ٣٠١)، النووي : روضة الطالبين (٣/ ٥٢٢) .

(٥) البابرتي : العناية على الهداية (٦/ ٥٥٢)، الخرشي : حاشية الخرشي (٦/ ٦٨)، الحنبلي، علي بن يوسف : غاية المنتهى، منشورات المكتبة السعيدية، الرياض . (٢/ ١٤٤) .

ويختلف عقد الوكالة عن عقد المقاولة فيما يأتي :

١- المقاولة عقد لازم، بينما الوكالة عقد غير لازم، يحق لكل من المتعاقدين فسخه ولو بدون سبب[١].

٢- المقاولة من عقود المعاوضات التي يقصد منها الحصول على عوض، بينما عقد الوكالة من عقود التبرعات التي لا يشترط فيها العوض في الأصل[٢] .

ومما سبق يتبين : أن عقد المقاولة يختلف تكييفه عن عقد الوكالة.

(١) النووي : الروضة (٣/ ٥٥٩).

(٢) الكاساني : البدائع (٦/ ١٩)، الدردير : الشرح الكبير (٣/ ٣٩٦)، الباجوري : حاشية الباجوري (١/ ٣٨٧).

المبحث الثاني : آثار عقد المقاولة :

لا شك في أن العقود ليست غاية في حد ذاتها ، إنما تعقد من أجل ما ترتبه من التزامات (آثار) في ذمة طرفيها ، وكذلك عقد المقاولة فإنه يرتب آثار في ذمة المقاول وأخرى في ذمة رب العمل ، وإن شاء الله سنتحدث في هذا المبحث عن هذه الالتزامات كما سيأتي .

✍ الالتزامات في عقد المقاولة :

يرتب عقد المقاولة التزامات متقابلة على عاتق كلا من المقاول ورب العمل ، يتعين عليهما تنفيذها بحسن نية ، فإذا أخل أحدهما بالتزاماته تعرض للجزاء المناسب للإخلال الصادر منه .

وللتفصيل أكثر نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول يتكلم عن التزامات المقاول ، والثاني عن التزامات رب العمل كما يلي :

المطلب الأول : التزامات المقاول :

يلتزم المقاول بالتزامات بمقتضى العقد تشبه في الفقه الإسلامي التزامات الصانع والأجير المشترك والأجير الخاص، كما نصت القوانين المدنية على هذه الالتزامات، فنذكر أولاً هذه الالتزامات عند فقهاء الشريعة، ثم نعرج على ما ورد من نصوص التشريعات المدنية حول تلك النقاط .

○ **الفرع الأول :** إحضار آلات العمل :

الأدوات المستخدمة في المقاولة تنقسم إلى قسمين :

(أ) أدوات داخلة في تكوين الشيء المراد إنجازه ويقع العمل عليها لتكوين الشيء المراد منها، وهي ما يعبر عنها بالمواد الخام، وهذه مثل : القماش في الخياطة، والإسمنت والآجر في البناء .

(ب) وأدوات تستعمل لإنجاز العمل، وهي ما يعبر عنها بالآلات .

فإن احضر المقاول المواد الخام كالحديد والإسمنت ونحوها، فالمقاولة حينئذ تكون استصناعاً، واحضار الصانع (المقاول) لهذه الأدوات من صلب عمله، كما يجب عليه احضار الآلات التي ينجز بها العمل، إذ المستصنع (رب العمل) ليس عليه إلاَّ دفع الثمن[١] .

ولكن هل على الأجير احضار الآلات التي ينجز بها عمله، كحبر الناسخ وخيوط الخياط ؟

اتفق الفقهاء على أنه إن كانت هناك عادة بين الناس أو شرط من أحدهما، فإنه يعمل بذلك[٢]؛ العادة محكمة[٣] .

---

(١) ابن مفلح : المبدع (٤/ ١٧٩-١٨٠)، وابن الهمام : فتح القدير (٦/ ٢٤١) .

(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٦/ ٥٤)، والشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٤٦) .

(٣) ابن نجيم : الاشباه والنظائر (ص٩٢)، السيوطي : الأشباه والنظائر (ص٨٩) .

أما إذا لم يكن هناك عادة ولا شرط، فاختلفوا على قولين :

القول الأول : الآلات على العامل (المقاول) : وهذا قول عند الشافعية، و هو الصحيح من مذهب الحنابلة[١].

القول الثاني : الآلات على رب العمل، وهذا قول الحنفية، والمالكية، والمشهور من مذهب الشافعية، وهو قول عند الحنابلة[٢] .

وقد نصت العديد من القوانين المدنية الوضعية على هذا الشرط، منها القانون المدني الجزائري في المادة (٥٥٢) : " على المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من الآلات وأدوات اضافية ويكون ذلك على نفقته، ما لم يقضي الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك "[٣] .

كما نصت المادة (٨٧٧) من القانون المدني اليمني على ذلك : " في جميع الأحوال يلتزم المقاول على نفقته بتقديم المواد الإضافية المعتادة التي يحتاج إليها في إنجاز العمل المتفق عليه مع مراعاة ما اشترط في العقد أو عرف الحرفة"[٤] .

ونلاحظ هنا أن المشرع اليمني لم يتعرض إلى مسألة احتياج المقاول إلى الأيدي العاملة، إذ لم يتضمن النص أعلاه تحميل المقاول نفقات ما يحتاج إليه من أيدي عاملة.

---

(١) بن مفلح : الفروع، ط٤، دار الكتب لبنان،١٩٨٥م . (٤/ ٤٤٨)، النووي : الروضة (٤/ ٢٨٢) .

(٢) السرخسي : المبسوط (١٦/ ٥١)، الخرشي : شرح الخرشي على خليل (٧/ ٢٤)، الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٣٤٦) .

(٣) توفيق : نظام المقاولة في القانون المدني الجزائري (ص٥٣) .

(٤) المكتبة الإلكترونية الشاملة : متن القانون اليمني، مدني٧، عقد المقاولة .

لكن رغم ذلك، يمكن القول أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق الحكم على هذه الحالة لعدم وجود مانع قانوني، وإن كان من الأفضل تعديل نص المادة بما يفيد صراحة تحميل المقاول نفقات ما قد يحتاجه في انجاز عمله من آلات وأدوات وأيدي عامله، تعمل تحت اشرافه .

كما نص على ذلك كلا من القانون المدني الكويتي في المواد (٦٦٦-٦٧٠)، والقانون المدني الأردني في المواد (٧٨٣-٧٩١)، والقانون المدني الإماراتي في المواد (٨٧٥-٨٨٣)[١].

- **الفرع الثاني :** الالتزام بجودة المواد التي يقدمها :

في المقاولة قد يقدم رب العمل المواد الخام المستعملة في الشيء المراد إنجازه، وفي هذه الحالة هو أعلم بمصلحته سواء أحضر مواد جيدة أم رديئة، إلاَّ أنه يلزم المقاول إخباره برداءة المواد التي يقدمها؛ لأن هذا من النصح والدين النصيحة .

فإن رضي رب العمل بها فلا يخلوا من حالتين :

الحالة الأولى : أن يترتب على رداءتها ضرر، كأن تكون هذه المواد تستعمل في بناء عمارة سكنية وتؤدي إلى انهيارها على السكان، ففي هذا الحالة يجب على المقاول الكف عن العمل؛ لأن رب العمل لا يملك أن يأذن للمقاول بإهلاكه أو إهلاك الأخرين[٢] .

---

(١) الزحيلي، وهبة : موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر،ط١. (١٣/ ٢٥٧) .

(٢) الكاساني : البدائع (٧/ ١٧٧) .

الحالة الثانية : الاَّ يترب على رداءتها إلاَّ سرعة فسادها دون أن يكون هناك ضرر على أحد، كأن يكون الخشب المستعمل في صنعة خزنة الملابس رديئاً، ففي هذه الحالة لا يلزم المقاول الكف عن العمل مادام رب العمل راضياً.

أما إن قدم المقاول الأدوات، فهل يلزم بجودة المواد التي يقدمها ؟

اتفق الفقهاء على أنه إذا اتفق العاقدان على رداءة المواد الخام التي يقدمها المستصنع (أو المسلم إليه عند الجمهور) فلهما ذلك، كما اتفقوا على أنه إذا اشترطت الجودة في المواد الخام فعلى المستصنع الالتزام بجودة المواد التي يقدمها[1] .

ومما سبق يتبن أن رب العمل لا يلزمه تقديم المواد الجيدة، ما لم يكن هناك ضرر في تقديم المواد الرديئة.

وأما المقاول فعليه أن يلتزم بجودة المواد التي يقدمها مالم يكن هناك اتفاق على تقديم الرديء .

وقد نصت بعض التشريعات المدنية على هذا الشرط منها:

القانون المدني الجزائري في مادته (٥٥١) في حالة تقديم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها :

"إذا تعهد المقاول بتقديم كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وضمانها لرب العمل" .

أمَّا إذا لم يقدم المقاول إلاَّ عمله فقط فقد نصت المادة (٥٥٢) على :

---

(١) الزركشي المصري الحنبلي، شمس الدين محمد بن عبد الله : شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط١، ١٩٩٣م، دار العبيكان للنشر . (٦/٤)، الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ١١٥)، الخرشي : شرح الخرشي على خليل (٥/ ٢١٣)، الكاساني : البدائع (٥/ ٣) .

"إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها، ويراعي أصول الفن في استخدامه لها....." .

وبمثل ما سبق نص القانون اليمني في مادته (٨٧٦) بقوله" إذا قدم رب العمل للمقاول المواد اللازمة يلزم المقاول الحرص عليها ومراعاة أصول الفن والصناعة في استخدامها وتقديم حساب عما استعمل ورد الباقي منها لرب العمل ويضمن المقاول ما ينشأ عن النقص في كفاءته الفنية أو تعديه أو تقصيره أو إهماله من تلف أو خسارة" .

فعلى المقاول متى سلمت إليه المادة أن يتولى المحافظة عليها وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد، وإلاَّ كان مسؤولاً عن هلاكها أو تلفها أو سرقتها، وإذا احتاج حفظ المادة إلى نفقات تحملها المقاول وفقاً للقواعد العامة، وتعتبر جزء من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر ما لم يحصل اتفاق على خلاف ذلك .

ونصت المادة (٨٧٧)على أنه " إذا التزم المقاول بتقديم المواد اللازمة للعمل كان مسؤولاً عن جودتها وأوصافها بحسب العقد وعليه ضمان ذلك لرب العمل".

وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها، فإنه يتعين عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة، فإذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات وجب على المقاول أن يأخذ بنظر الاعتبار الغرض الذي أعدت له هذه المادة، بحيث يجهز مادة تصلح لتجهيز ذلك الغرض .

وقد نص على ذلك ايضاً القانون المدني الكويتي في المادة (٦٦٩)، والقانون المدني المصري في المواد (٦٤٧-٦٥٠)، والقانون المدني الإماراتي في المادة (٧٧٩)، وغيرها .

○ **الفرع الثالث :** تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه :

المقاولة عقد يصح تأقيته، سواء أقت بإنجاز عمل أم أقت بمدة معينة .

فإذا أقت بمدة معينة فعلى المقاول أن ينفذ العمل في الوقت المتفق عليه؛ لأن رب العمل ما ضرب الأجل إلاَّ وله فيه مصلحة لا يحق للمقاول تفويتها عليه[١] .

ومع أن الوقت المتفق عليه ليس معقوداً عليه في المقاولة إذ المعقود عليه إنجاز العمل، إلاَّ أن ذكر الوقت في العقد يجري مجرى الشرط، فيلزم المقاول تنفيذه.

ولضمان تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه، كان على المقاول الا يتراخى في بدء العمل، لا سيما وأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا على التأجيل[٢] .

فإن لم يذكر وقت لإنجاز العمل فيه، فعلى المقاول إنجاز العمل في الوقت المناسب لمثل هذا العمل، ولذا لا يجوز له التأخير في إنجاز العمل بحجة أن الاتفاق تم دون مراعاة الوقت .

كذا لو تم الاتفاق على عمل شيء ما ولم تذكر المدة، إلاَّ أن هذا العمل سيفوت الغرض منه لو تأخر عن مدة معينة، فهنا يلزم المقاول أن ينجز العمل في الوقت الذي يتمكن فيه رب العمل من الانتفاع به[٣] .

---

(١) العايد، عبدالرحمن عايد : عقد المقاولة، ط١،٢٠٠٤م. (ص١٧٩) .

(٢)بن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد : الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع . (٣/ ٣٣١)، الزيلعي : تبيين الحقائق (٥/ ١٠٧) .

(٣) شنب : محمد لبيب، أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء .(ص١٢٠) .

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في مدة مقولة، التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية[١]، فلا يستطيع المقاول التخلص من المسؤولية عن التأخير في إتمام العمل إلا بإثبات السبب الأجنبي، كقوة قاهرة أو خطاء الغير أو خطاء رب العمل[٢]، كما لو تأخر رب العمل في اصدار رخصة البناء .

غير أن مسؤولية المقاول عن التأخير في إنجاز العمل تظل قائمة، ولو أثبت ان المدة المتفق عليها في العقد لم تكف لإنجاز العمل؛ ذلك لأنه كان يتعين عليه الا يقبل تحديد مدة لا يمكنه إنجاز العمل خلالها[٣] .

- **الفرع الرابع :** تنفيذ العمل المتفق عليه حسب المواصفات المتفق عليها :

عقد المقاولة كغيره من العقود، لابد أن يكون المعقود عليه معلوماً مضبوطا بصفات نافية للجهالة.

وقد تذكر مواد تحسينية أرادها رب العمل في العمل المتفق عليه، فإذا تم الاتفاق على ذلك، فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد على حسب المواصفات المتفق عليها .

فإن لم يشترط رب العمل مواصفات معينة، فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد على حسب أصول الصناعة وما تعورف عليه، فإذا أهمل ولم يحسن عمله فإنه غاش لرب العمل .

---

(١) قرة، فتيحة : أحكام عقد المقاولة . (ص١١٨) .

(٢) العمروسي، أنور : العقود الواردة على العمل في القانون المدني، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية،٢٠٠٣م. (ص٣٦) .

(٣) شنب : أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء . (ص١٢١) .

وعلى المقاول أن يسلك السبل المؤدية إلى إتقان عمله، فلا يتشاغل عن عمله بما يسبب خطأه فيه[١].

كما على المقاول أن يحضر معه الآلات اللازمة لإتقان العمل، كالآلة المستخدمة في تنظيم الطوب بعضه على بعض.

ويجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا أخل بشرط منها، جاز لرب العمل طلب الفسخ في الحال إذا تعذر إصلاح العمل[٢].

وأما إذا كان اصلاح العمل ممكناً، كان لرب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال مدة معقولة، فإذا انقضت المدة دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول .

وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧٨) من القانون المدني اليمني بقولها :

" يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو منافي للشروط فيجوز لصاحب العمل فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن وأما إذا كان الإصلاح ممكناً فيجوز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد ويصحح العمل ضمن مدة معقولة فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد والترخيص له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول" .

---

(١) ابن قدامة : المغني (٨/ ٣٩) .

(٢) زيداني توفيق : النظام القانون العام لعقد المقاولة (ص٥٨) .

وهذا ما نصت عليه القوانين المدنية مثل القانون المدني الأردني في المادة (٧٨٨)، والقانون المدني الإماراتي (٨٨٢)، والقانون المدني المصري (٦٥٠،٢٠٩)[١]، وغيرها .

- **الفرع الخامس :** تسليم المعقود عليه فور الانتهاء من العمل :

إذا انتهى المقاول من العمل المتفق عليه فيجب عليه تسليمه إلى رب العمل فور الانتهاء منه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، إلا أن يكون بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم فإنه حينئذ يعمل بالشرط[٢] .

ويكون التسليم بأن يضع المقاول الشيء الذي التزم بأدائه تحت سلطة صاحب العمل وتصرفه فعلاً بحيث يستطيع أن يمارس سلطته عليه كاملة[٣] .

ففي المقاولات العقارية كإنشاء السدود وبناء المنشآت فالتسليم يكون بالتخلية بين العمل وصاحب العمل، وبتسليم المفاتيح إن وجد وهذا شأن الأشياء غير المنقولة.

أما إن كان موضوع العقد يمكن نقله فتسليمه يتم حسب الاتفاق في العقد، ويبقى الشيء المعقود عليه في ضمان المقاول وتحت مسؤوليته إلى أن يقوم بنقله إلى المكان المقرر تسليمه لصاحبه[٤] .

---

(١) الزحيلي : وهبة : موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة . (١٣/ ٢٥٨) .

(٢) البهوتي : شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٩-٣٨٠)، الزيلعي : تبيين الحقائق (٥/ ١٠٩) .

(٣) شاشو، ابراهيم : عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، بحث رسالة دكتوراه بجامعة دمشق، كلية الشريعة، ٢٠١٠م . (ص٧٥٨) .

(٤) توفيق : النظام القانون العام لعقد المقاولة (ص٥٨) .

فإذا أخل المقاول بموضوع التسليم كاملاً في المكان والزمان الواجب تسليمه فيه، يكون لصاحب العمل طلب التنفيذ العيني أو الفسخ والتعويض، بعد اعذار المقاول في الحالتين، وللقاضي تقدير حق طلب الفسخ والتعويض[١] .

- **الفرع السادس :** ضمان العمل بعد تسليمه :

الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضيع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[٢] .

ويشمل الضمان ايضاً صلاحية الشيء للانتفاع المعتاد، وخلوه من العيوب مدة معينة بعد التسليم .

فالمقاول يضمن ما تولد عن فعله من ضرر أو خسارة سواء كان بتعديه أو تقصيره أم لا؛ لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، وهذا هو قول الجمهور من أهل العلم[٣] .

ويستثنى من ذلك إذا حصل الضرر أو الخسارة لسبب قاهر، عملاً بالقاعدة الشرعية (كل ما لام يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه) .

---

(١) الزحيلي : وهبة : عقد المقاولة، مجمع الفقه الإسلامي في دورته ١٤ .

(٢) الزحيلي : وهبة : نظرية الضمان (ص١٦) .

(٣) السرخسي : المبسوط (١٥/ ١٠٣)، الكاساني : البدائع (٦/ ٥٣٣)، الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ٢١٥) .

والخلاصة : أنه يجب التفرقة في هذا المقام بين ثلاث حالات وهي :

١- إذا كان العيب في العمل المنجز واضحاً، يستطيع الشخص العادي أن يكشفه إذا عاينه، فإن تسلم رب العمل للعمل المنجز بصورته معيباً دون اعتراض، يعني أنه قبل العمل معيباً، ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول، ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب في هذه الحالة[١] .

٢- إذا كان العيب ليس من الوضوح حتى يتمكن رب العمل من كشفه حال تسلمه للعمل المنجز من قبل المقاول، ولم يكن هذا الأخير قد أخفاه غشاً منه، ففي هذه الحالة يظل المقاول ضامناً للعيب للمدة التي يقضي بها عرف المهنة، باعتبار أن العرف في عقد المقاولة مكمل لنص القانون، ويجوز أن يصل إلى درجة تحديد مدة تتقادم بها دعوى الضمان، وقد يستخلص من سكوت رب العمل بعد اكتشافه العيب، أنه تنازل ضمنياً عن دعوى الرجوع على المقاول[٢].

٣- قد يعمد المقاول إلى إخفاء العيب أو المخالفة للشروط الواردة في العقد غشاً منه، فلا يتمكن رب العمل من معرفة ذلك العيب أو المخالفة وقت تسلمه للعمل، فإنه يكون لرب العمل في هذه الحالة الرجوع على المقاول بالضمان وفق قواعد المسؤولية التقصيرية[٣] .

---

(١) قرة، فتحية : أحكام عقد المقاولة (ص١٤٦) .

(٢) مغبغب، نعيم : عقد مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة دراسة في القانون المقارن، ط٣، ٢٠٠١م . (ص٢٨٤) .

(٣) السرحان، عدنان ابراهيم : العقود المسماة في المقاولة- الوكالة – الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن،٢٠٠٧م . (ص٥٣) .

المطلب الثاني : التزام رب العمل :

○ الفرع الأول: دفع الأجرة:

إذا سلم المقاول العمل المعقود عليه استحق الأجرة، وإذا لم يسلمها لم يستحقها؛ وذلك لأن الأجرة عوض، فلا يستحق المقاول تسلمه إلاَّ مع تسليم المعوض (العمل)، قياساً على ثمن المبيع بجامع أن كلاً منهما عوض في عقد معاوضة[١] .

وإن عمل المقاول بعض العمل، فإن كان هذا الجزء من العمل غير مقصود، بكون العمل لا ينتفع ببعضه دون بعض، فإنه حينئذ لا يستحق شيئاً من الأجرة، لأن العمل في هذه الحالة كالشيء الواحد فلا يستحق الأجرة إلاَّ بعد تمام العمل كاملاً، وهذا كما لو تعاقدا على بناء عشر عمارات فبناء غرفتين من عمارة واحدة .

أما إن كان هذا الجزء له نفع، فإنه يستحق ما يقابله من الأجرة .

ويعتبر التزام رب العمل بدفع الأجرة أهم التزام يقع على عاتقه، لأنه يمثل المقابل الذي قصد المقاول الحصول عليه، وذلك الالتزام ينشأ إما باتفاق الطرفين، أو عن طريق القانون في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديده[٢] .

ويدفع الأجر إلى المقاول الذي قام بالعمل أو إلى ورثته أو إلى خلفه الخاص.

---

(١) الكاساني : البدائع (٤/ ٢٠٤)، الدردير : الشرح الكبير (٤/ ٤) .

(٢) الزحيلي : وهبة : نظرية الضمان (ص٢٧٩) .

كما أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على دفع الأجرة مؤجلاً، أو أن يكون دفعة على أقساط دورية، وإذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد عرف فيعمل به[١].

وقد نصت كثير من التشريعات المدنية على ذلك منها القانون المدني اليمني في المادة (٨٨٣) " يلزم رب العمل دفع الأجرة للمقاول بحسب ما يقضي به العقد أو العرف ومع عدمهما تقسط أثلاثاً في أول العمل وأوسطه وعند استلامه"[٢] .

ونص القانون المدني الأردني في مادته (٧٢٣) على أنه " يلتزم صاحب العمل بدفع الأجرة عن تسلم المعقود عليه إلا إذا نص اتفاق أو جرى العرف على غير ذلك "[٣] .

وكذلك القانون المدني الإماراتي في المواد (٨٨٤-٨٨٩)، والكويتي في المواد (٦٧١-٦٧٩)، والجزائري (٥٦٥)، وغيرها[٤] .

وقد نبَّه المشرع اليمني في المواد (٨٨٤-٨٨٥-٨٨٦) على حالات تعديل الأجرة كما يأتي :

الحالة الأولى : الاتفاق على الأجر بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة :

في هذه الحالة أجاز المشرع اليمني زيادة الأجر عندما يضطر المقاول إلى مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة، بعد أن يتبين أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة له في المقايسة مجاوزة بينة، وعلى أن تتحقق الشروط التي أوجبتها المادة (٨٨٤) من القانون المدني اليمني والتي تنص على أنه " إذا أبرم العقد بمقايسة على أساس الوحدة واستلزم التصميم المتفق

---

(١) قرة : فتحية : أحكام عقد المقاولة (ص٢٢٨) .

(٢) المكتبة الشاملة : متن القانون المدني٧ ، عقد المقاولة .

(٣) شاشو : ابراهيم : عقد المقاولة في الفقه الإسلامي (ص٧٦١) .

(٤) الزحيلي : وهبة : مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة . (ص١٥) .

عليه مجاوزتها وأخطر المقاول رب العمل بما يتوقعه من زيادة في الوحدات في الوقت المناسب فوافق أو سكت لزم رب العمل دفع ما زاد عن قيمة المقايسة من نفقات".

من نص المادة أعلاه يتضح أنه يشترط لتطبيقها شروطاً ثلاثة :

الشرط الأول :

أن يكون الأجر في المقاولة متفقاً عليه بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، تعين نوع الأعمال المطلوبة وكميتها، وتحدد سعراً لكل نوع من الأعمال، ففي هذه الحالة يكون تحديد كمية الأعمال على وجه التقريب وليس بشكل نهائي، بما يعني أن الأجر المستحق للمقاول يتحدد على أساس كمية الأعمال التي تمت فعلاً، وليس على أساس كمية الأعمال المبينة في العقد، وبالتالي لا يمكن تحديد هذا الأجر بشكل بات، إلاَّ عند الانتهاء من العمل .

وعليه إذا لم يتفق على مقدار الأجر أصلاً، أو تم الاتفاق عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين، فإن النص لا يطبق .

الشرط الثاني :

مجاوزة المقايسة المقدرة في العقد مجاوزة محسوسة، بمعنى مجاوزة كميات الأعمال المقدرة بالمقايسة لا مجاوزة أسعارها، ولا يكفي أن تكون الزيادة محسوسة، بل يجب ايضاً الا تكون متوقعة في الوقت الذي أبرم فيه عقد المقاولة .

الشرط الثالث :

أن يخطر المقاول رب العمل بالزيادة المحسوسة في المصاريف حال تبيينه لها، مع بيان ما يتوقعه من زيادة في الكم، وما يستتبع ذلك من زيادة في الأجر .

فإذا توفرت الشروط الثلاثة على النحو الذي سبق بيانه، فإن هناك فرضين يتعين التمييز بينهما؛ لأن لكل فرض حكم خاص به، فإما أن تكون المجاوزة المحسوسة غير جسيمة، وإما أن تكون جسيمة.

وتقدير ما إذا كانت تلك المجاوزة المحسوسة جسيمة أو غير جسيمة، مسألة واقع يفصل فيها قضاة الموضوع .

الفرض الأول : المجاوزة غير الجسيمة :

لم يتعرض نص المادة (٨٨٤) من القانون المدني اليمني السالفة الذكر، لهذا الفرض بشكل صريح، ولكن بمفهوم المخالفة للمادة التي تليها (٨٨٥) والتي تنص على أنه " إذا تبين أن الزيادة في الوحدات التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل وقف التنفيذ مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفق شروط العقد" .

يمكن القول أن رب العمل لا يستطيع التحلل من عقد المقاولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة، وأنه تجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، سواء وافق رب العمل على ذلك أو لم يوافق .

الفرض الثاني : المجاوزة الجسيمة :

إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، كان لرب العمل أن يختار بين أمرين :

الأول : أن يبقى مرتبطاً بعقد العمل ويدفع للمقاول الزيادة .

الثاني : أن يتحلل رب العمل من العقد ويطلب من المقاول أن يتوقف عند المرحلة التي وصل إليها .

الحالة الثانية : الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين :

تنص المادة (٨٨٦) على أنه " إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم متفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو عدل في التصميم أو أضاف إليه إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو بإذن منه".

وتنص المادة (٨٨٧) على أنه " ليس للمقاول أن يطالب بزيادة في الأجر على أساس ارتفاع الأثمان أو زيادة أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف إلا إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزاماته والتزامات رب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة ورأى القاضي ذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (٢١١) ويجوز للقاضي بناءً على طلب أحد الطرفين فسخ العقد في مثل هذه الأحوال".

وعليه يلزم لعمل نص المادتين السابقتين أن تتوفر الشروط التالية :

الشرط الأول : أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي، ويكون كذلك عندما يتفق الطرفان وقت إبرام عقد المقاولة ، على أجر معين يدفعه رب العمل في مقابل كل الأعمال المطلوب من المقاول إنجازها.

الشرط الثاني : أن يحدد الأجر على أساس تصميم متفق عليه، ولا يقصد بالتصميم هذا مجرد التمثيل بالخطوط والرسومات، بل كل وصف للأعمال المعهود بها إلى المقاول[1]، وذلك حتى تتبين حدود العمل على وجه كامل، واضح ونهائي .

الشرط الثالث : أن يكون عقد المقاولة مبرماً بين رب العمل والمقاول الأصلي، فإذا أبرم عقد المقاولة بين مقاول أصلي ومقاول فرعي، واتفقا على إجراء العمل على أساس تصميم معين، متفق عليه بأجر جزافي، فلا يجري عليهم نص المادة السابق .

وعليه فمتى توفرت هذه الشروط، فإن الأجر الجزافي الذي اتفق عليه الطرفان، لا يكون قابلاً للتعديل، وذلك حتى لو تغيرت تكاليف العمل زيادة أو نقصانا .

ومع ذلك فقد أجازت المادة (٨٨٧) من القانون المدني اليمني، في فرض واحد زيادة الأجرة الاجمالية للتصميم المعين وهو كما يلي :

إنهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات المقاول ورب العمل :

إن هذه المادة المشار إليها هي تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة، ولكن إذا كانت نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام تتفق مع شروط النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة، فإن الجزاء يختلف قليلاً في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام، ففي المبدأ العام يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ويبطل كل اتفاق يخالف ذلك، أما

(١) عنبر ، محمد عبدالرحيم : أحكام عقد المقاولة (ص٢٤٠) .

التطبيق الخاص فإنه يجيز للقاضي فضلاً عن الحكم بزيادة الأجر، أن يحكم بفسخ عقد المقاولة، حيث لا يجوز ذلك في المبدأ العام للنظرية[١] .

ومهما يكن من الأمر، يتضح من المادة السابقة أنها تشترط لزيادة الأجر الشروط التالية :

الشرط الأول :

أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين، بأن يتداعى الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، وأن تجعل هذه الحوادث الطارئة التزام المقاول مرهقاً وعسيرا، وتهدده بخسارة جسيمة فادحة .

وتقدير مدى انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات المتعاقدين، بحيث يصبح المقاول مهدداً بخسارة فادحة، مسألة موضوعية، يفصل فيها القضاء، مسترشداً بظروف وملابسات كل دعوى، بصرف النظر عن الظروف الخاصة بالمقاول من حيث غناه أو فقره[٢] .

الشرط الثاني :

أن يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان، فلا يكفي أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول، بل يجب أن ينشأ هذا الانهيار عن حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، ويتطلب ذلك :

---

(١) السنهوري : الوسيط (٧/ ١٢٧) .

(٢) شنب : أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء (ص٢٣١) .

(أ) أن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة، والحادث الاستثنائي هو الحادث غير المألوف لكونه نادر الوقوع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية، أما الحادث العام فهو الحادث الذي يمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، وليس خاصا بالمقاول وحده، بل يشمل أي مقاول آخر، يعهد إليه تنفيذ هذه المقاولة، ومن الحوادث الاستثنائية العامة نذكر الحرب، الفيضانات، الزلازل، ... وتؤدي هذه الحوادث إلى زيادة تكاليف العمل.

(ب) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة، غير متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها، ولا عبرة بعد ذلك، إن كان هذا الحادث موجودا عند إبرام العقد أو لم يكن كذلك، فلا فرق بين حادث استثنائي يوجد بعد إبرام المقاولة، وحادث استثنائي موجود وقت إبرامها، متى كان غير ممكن توقعه، فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التي لم تكن في الحسبان[1] .

(ج) أن تلك الحوادث المشار اليها قد نص عليها المشرع في المادة (٢١١) بقوله " العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة كالحروب والكوارث لم تكن متوقعة، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة لا يستطيع معها المضي في العقد، ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها، جاز للقاضي تبعاً للظروف من فقر أو غنى وغير ذلك، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول "

---

(١) الفضيلي، جعفر : الوجيز في العقود المدنية، البيع – الإيجار – المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع : عمان، الأردن، (ص٤٢٣) .

ومعيار التوقع معيار موضوعي، لا ينظر فيه إلى ما توقعه أو حسبه المتعاقدان فعلا، بل إلى ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادي لو وجد في مثل ظروفهم ا بحسب المجرى العادي للأمور[١] .

فإذا توفر الشرطان السابقان، جاز للمقاول أن يطالب رب العمل بزيادة الأجر المتفق عليه، فإن لم يرض رب العمل بهذه الزيادة، كان للمقاول أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بها، وهنا يتعين مراعاة عدم مجاوزة الزيادة في الأجر التي يحكم بها للمقاول، ما هو لازم لرفع الإرهاق عنه، بمعنى أن يتحمل المقاول كل الزيادة المألوفة في التكاليف، لأن هذه الزيادة متوقعة، وتدخل في تقدير المقاول عند إبرام العقد، أما التكاليف غير المألوفة، فتقسم مناصفة بين رب العمل والمقاول، بحيث يتحمل كل منهما نصيبه من هذه الخسارة غير المألوفة[٢] .

وأخيراً نشير إلى أن المشرع اليمني استعمل عبارة "يجوز للقاضي " في المادة السابقة و ذلك لا يقصد منه الاعتقاد أن القاضي غير ملزم بمراجعة عقد المقاولة، فهذا تأويل غير صحيح، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة، بل إن القاضي ملزم بمراجعة عقد المقاولة، إذا توافرت الشروط التي سبق ذكرها، إما بزيادة الأجر أو بفسخ عقد المقاولة.

---

(١) شنب : أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء (ص٢٣٣) .

(٢) الشهاوي : قدري عبدالفتاح : عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف : الاسكندرية . (ص٢١٧) .

○ **الفرع الثاني : تسلم العمل بعد انجازه :**

على المقاول تسليم العمل المتفق عليه إلى رب العمل فور الانتهاء منه، ويجب على رب العمل تسلمه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، مالم يكن هناك بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم، فإنه حينئذ يعمل بالشرط[١] .

فإن كان العمل الذي تم الانتهاء منه تحت يد رب العمل، فإن تسلمه يكون بفراغ المقاول منه؛ لأنه في هذه الحالة يكون المقاول قد سلم العمل شيئاً فشيئاً، وأما إن كان العمل في يد المقاول فلابد حينئذ من تسلمه حقيقة[٢] .

وكيفية التسليم تختلف بحسب الشيء الذي وقع عليه العمل، فقد يكون التسليم بمجرد تخلية المقاول بين رب العمل والشيء الذي وقع عليه العمل، وقد يكون عنن طريق تناوله من المقاول[٣] .

ومكان التسلم بحسب ما يتفقان عليه، فإن لم يتفقا على شيء فحسب العرف؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[٤] .

---

(١) الكاساني : البدائع (٤/ ٢٠٤-٢٠٥)، الزيلعي : تبيين الحقائق (٥/ ١٠٩)، الخرشي : شرح الخرشي على خليل (٧/ ٢٨-٢٩) .

(٢) البهوتي :شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٨٠)، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٧)، زكريا الأنصاري، محمد بن زكريا زين الدين الأنصاري : أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي . (٢/ ٤٢٦).

(٣) الكاساني : البدائع (٤/ ٢٠٤)، الشيرازي : المهذب (١/ ٤٠٩) .

(٤) ابن نجيم : الأشباه والنظائر (ص٩٩)، السيوطي : الأشباه والنظائر (ص٩٢) .

وقد تعرضت القوانين المدنية الوضعية لهذا الشرط ونصت عليه في موادها، فقد نص القانون المدني اليمني على ذلك في المادة (٨٨٢) بقوله : " يجب على رب العمل عند تمام العمل ووضعه تحت تصرفه أن يبادر إلى استلامه بحسب العرف الجاري في المعاملات، وإذا امتنع دون سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه"[١].

ونص على ذلك ايضاً القانون المدني الأردني في المادة (٧٩٢) بقوله :" 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 ضمان عليه "[٢] .

، والقانون المدني الإماراتي في المادة (٨٨٨)[٣]، والقانون المدني الجزائري في المادة (٥٥٢) بقوله : " 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 ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار "[٤] .

على أن التزام رب العمل بتسلم العمل محل المقاولة بعد إنجازه، يستوجب أن يكون العمل موافقا للشروط والمواصفات المتفق عليها مسبقا بين المتعاقدين أو طبقا لما تقضي به الأصول الفنية لهذا العمل،

---

(١) المكتبة الشاملة، متن القانون المدني اليمني .

(٢) شاشو، ابراهيم : عقد المقاولة في الفقه الاسلامي (ص٧٦) .

(٣) الزحيلي، وهبة : موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة (١٣/ ٢٥٦) .

(٤) توفيق، زيداني : التنظيم القانوني لعقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري (ص٧٤) .

وعلى ذلك يعتبر رفض رب العمل تسلم ما أنجزه المقاول مبررا، إذا جاء العمل معيبا ومخالفا لما تم الاتفاق عليه، أو لما يقضي به عرف المهنة و أصولها[١].

ومع ذلك لا يجوز لرب العمل أن يتعسف في رفض العمل المعيب والامتناع عن تسلمه، إذا كان العيب بسيطا لا يؤثر على الانتفاع به وصلاحيته للغرض المقصود منه، وهذا تطبيقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، طالما أن رب العمل يستطيع كنتيجة للمخالفة البسيطة التي ارتكبها المقاول إما أن يطلب تخفيض قيمة المقاولة، بما يتناسب مع ماهية المخالفة وطبيعتها أو طلب تعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب تلك المخالفة[٢].

ومهما يكن من الأمر، فإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقا أو غير موافق للشروط المتفق عليها، جاز لكل طرف الاستعانة بمحضر قضائي لإثبات الحالة، ورفع الأمر إلى القضاء مع طلب تعيين خبير على نفقة المدعي، لمعاينة العمل المنجز وفحص مدى تحقق الشروط المتفق عليها موضوع عقد المقاولة من عدمه، حيث يصدر القاضي حكمه تبعا لتقرير الخبير وظروف الدعوى وملابستها[٣]، وعملية التسلم يمكن أن تتخذ أشكالا مختلفة، إذ قد يكون هذا التسلم مؤقتا أو نهائيا، جزئيا أو كليا، حكميا أو قضائيا وقد يكون صريحاً أو ضمنياً[٤] .

---

(١) محراش، سميرة : المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقاً للقواعد الخاصة، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة.٢٠١٠م . (ص٥٣)، السرحان : العقود المسماة في المقاولة (ص٨٨) .

(٢) السرحان : المرجع السابق (ص٨٨) .

(٣) زيداني : التنظيم القانوني لعقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري (ص٧٤) .

(٤) سرور، محمد شكري : مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة.١٩٨٥م (ص١٥٨) .

ولله الحمد أولاً وآخراً ،

وصلى الله على سيدنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلّم .

تم بحمد الله

قائمة المراجع

❁ الكتب الشرعية :

١- القرآن الكريم .

❁ كتب اللغة :

١- معجم مقاييس اللغة ، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون ، الطبعة الثانية ، بيروت دار الجيل سنة ١٩٦٨ .

٢- القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، ضبط وتوثيق يوسف البقاعي ، بيروت . دار الفكر سنة ١٩٩٥م .

٣- لسان العرب ، محمد بن مكرم بن منظور ، بيروت دار صادر سنة ١٩٩٧م .

٤- تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، الطبعة الثالثة ، دراسة وتحقيق علي شيري ، بيروت دار الفكر سنة ١٩٩٤م .

٥- المعجم الوسيط ، الطبعة الثانية ، القاهرة سنة ١٩٧٢م .

❁ كتب المذاهب الفقهية :

✍ الفقه الحنفي :

١- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبدالقادر ابن أبي الوفاء ، الطبعة الثانية، الرياض : دار إحياء الكتب العربية، سنة ١٩٩٣م .

٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية ، زين الدين بن ابراهيم ابن نجيم ، الطبعة الأولى ، بيروت : دار الكتب العلمية، سنة ١٩٩٧م .

٣- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، فخر الدين عثمان علي الزيلعي ، . تحقيق الشيخ أحمد عزو . الطبعة الأولى، بيروت : دار الكتب العلمية. ٢٠٠٠م .

٤- حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ، محمد أمين ابن عابدين ، دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي أحمد معوض . الطبعة الأولى، بيروت : دار الكتب العلمية ١٩٩٤م .

٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ، ١٩٨٦م .

٦- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة : بدون طبعة، تاريخ ١٩٩٣م .

٧- اللباب في شرح الكتاب ، الشيخ عبد العزيز الغنيمي الميداني ، حققه محمود أمين النواوي ، بيروت : دار الكتاب العربي .

٨- الهداية في شرح بداية المبتدي ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، أبو الحسن برهان الدين ، تحقيق : طلال يوسف ، دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان .

٩- الاختيار لتعليل المختار ، عبدالله بن محمود الموصلي ، الطبعة الثالثة، دار المعرفة بيروت ، ١٩٧٥م .

١٠- تحفة الفقهاء ، علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ، ١٩٨٤م .

١١- مرشد الحيران ، محمد قدري باشا ، عمان ، الدار العربية .

الفقه المالكي :

١- القوانين الفقهية ، محمد بن أحمد بن جزيء ، ، الطبعة الأولى ، بيروت : دار القلم ١٩٧٠م .

٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، دار الحديث القاهرة، ٢٠٠٤م .

٣- الشرح الكبير ، أحمد الدردير على مختصر خليل ، دار الفكر .

٤- الكافي في فقه أهل المدينة ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي ، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض ، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ .

٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، دار الفكر ، بدون طبعة.

الفقه الشافعي :

١- المهذب ، ابراهيم بن علي الشيرازي ، بيروت دار الفكر .

٢- فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير) ، عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني ، دار الفكر.

٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين ، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي ، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

٤- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، محمد بن ابي العباس الرملي ، بيروت : دار الكتب العلمية . ١٩٩٣م .

٥- روضة الطالبين وعمدة المفتين ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، تحقيق : زهير الشاويش ، لناشر: المكتب الإسلامي ، بيروت- دمشق- عمان ، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م .

٦- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ، زكريا الأنصاري محمد بن زكريا زين الدين الأنصاري : دار الكتاب الإسلامي .

٧- الأشباه والنظائر، جلال الدين بن عبدالرحمن السيوطي، الطبعة الأولى ، بيروت : دار الكتب العلمية. ١٩٨٣م.

الفقه الحنبلي :

١- كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي منصور بن يونس، بيروت : دار الفكر . ١٩٨٢م .

٢- الكافي في فقه أحمد بن حنبل، عبدالله ابن قدامة المقدسي، تحقيق زهير الشاوش، الطبعة الخامسة، بيروت : المكتب الاسلامي . سنة١٩٨٨م .

٣- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، لناشر: عالم الكتب، لطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .

٤- غاية المنتهى ،علي بن يوسف الحنبلي ، منشورات المكتبة السعيدية، الرياض ، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

٥- شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، ، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار العبيكان للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م .

فقه عام :

١- البهجة شرح التحفة علي بن عبدالسلام التسولي: ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٧م .

٢- الضرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي ، الصديق محمد الأمين الضرير، الطبعة الثانية ، بيروت: دار الجيل، ١٩٩٠م .

٣- الجامع في أصول الربا ، رفيق يونس المصري، الطبعة الثانية ، دمشق ، دار القلم . ٢٠٠١م .

٤- الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها) ، أ . د . وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ ، الناشر: دار الفكر - سوريا - دمشق ، الطَّبعة الرَّابعة .

٥- النظريات الفقهية ، د . فتحي الدريني ، الطبعة الثالثة ، دمشق ، منشورات جامعة دمشق ١٩٩٢م .

٦- المدخل الفقهي العام ، د . مصطفى الزرقا ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الرابعة .

❁ الكتب والأبحاث والرسائل القانونية :

✍ أولاً : الكتب القانونية :

١- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة ١٩٩٨م .

٢- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، تعريب فهمي الحسيني ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

٣- المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقاء ، الطبعة التاسعة ، دمشق ، دار الفكر ، سنة ١٩٦٧م .

٤- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، نقابة المحامين ، الطبعة الثانية ، عمان ، مطبعة التوفيق ، ١٩٨٥م .

٥- دراسات في فقه القانون المدني ، النظرية العامة للعقد ، د . عبدالناصر موسى أبو البصل ، الطبعة الأولى ، عمان ، دار النفائس سنة ١٩٩٩م .

٦- البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها ، د . محمد توفيق رمضان البوطي : (رسالة دكتوراه منشورة) الطبعة الأولى ، دمشق : دار الفكر . سنة ١٩٩٨م .

٧- النظرية العامة للالتزام ، د . جميل الشرقاوي ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٥م .

٨- المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقاء ، الطبعة التاسعة، دمشق : دار الفكر ، ١٩٦٧م .

٩- عقد المقاولة والتوكيلات التجارية ، محمد عبدالرحيم عنبر ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، سنة ١٩٨٧م .

١٠- عقد المقاولة، نبيلة رسلان ، ، كلية الحقوق جامعة طنطا .

١١- الوجيز في العقود المدنية البيع – الإيجار _ المقاولة ، د . جعفر الفضلي ، الطبعة الثانية، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٩٧م .

١٢- عقد المقاولة والتعمير ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، الدورة الرابعة عشرة ، بقرار رقم ١٢٩ .

١٣- العقود المسماة البيع – المقايضة – والايجار ، محمد الزحيلي ، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق ، سنة ١٩٩٤م .

١٤- التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري ، توفيق زيداني ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون عقاري ، بجامعة الحاج لخضر كلية الحقوق قسم العلوم القانونية، سنة ٢٠١٠م .

١٥- عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن ، د . قدري عبدالفتاح الشهاوي ، القاهرة ، الطبعة الثانية، منشأة المعارف حزي وشركاه .

١٦- عقد المقاولة في الفقه الاسلامي ومايقابله في القانون المدني ، زياد شفيق حسن قرارية، رسالة ماجستير بكلية النجاح الوطنية سنة ٢٠٠٤ .

١٧- فقه المعاوضات ، أحمد الحجي الكردي ، بدون طبعة .

١٨- أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء ، محمد لبيب شنب ، دار النهضة، سنة ١٩٩٢م .

١٩- مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، محمد شكري سرور ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، سنة ١٩٨٥م .

٢٠- المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقاً للقواعد الخاصة، سميرة محراش، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة ٢٠١٠م .

٢١- العقود المسماة في المقاولة- الوكالة- الكفالة ، عدنان ابراهيم السرحان : ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة ٢٠٠٧م .

٢٢- عقد مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة دراسة في القانون المقارن ، نعيم مغبغب، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠٠١م .

٢٣- عقد المقاولة، ، وهبة الزحيلي ، مجمع الفقه الإسلامي في دورته ١٤ .

٢٤- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، ابراهيم شاشو، بحث رسالة دكتوراه بجامعة دمشق، كلية الشريعة، سنة ٢٠١٠م .

٢٥- العقود الواردة على العمل في القانون المدني، أنور العمروسي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣م .

٢٦- أحكام عقد المقاولة ، فتيحة قرة، بدون طبعة .

٢٧- عقد المقاولة، ، عبدالرحمن عايد العايد ، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٤م .

٢٨- مشروع القانون المدني ، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين ، وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع .

٢٩- متن القانون المدني السوري لعام ١٩٩٨م .

٣٠- متن القانون المدني اليمني ، المكتبة الشاملة الإلكترونية .

فهرس الأعلام

الاسـم	رقـم الصفحة
البابرتي	٢
ابن نجيم	٥

فهرس الموضوعات

الموضـــوع	الصفحة
الإهداء	أ
الشكر والتقدير	ب
المقدمة	. .
تمهيد . . .	١
المبحث الأول : تعريف عقد المقاولة وخصائصه وأركانه . . .	٩
حقيقة المقاولة في اللغة والاصطلاح . . .	٩
تعريف عقد المقاولة في القانون المدني . . .	١١
خصائص عقد المقاولة في الفقه والقانون . . .	١٣
أركان عقد المقاولة . . .	١٦
صيغة ابرام عقد المقاولة . . .	١٦
شروط الصيغة . . .	١٦
جلاء المعنى في صيغة العقد . . .	١٧
توافق الإيجاب والقبول . . .	١٧
أن يكون بلفظ الجزم . . .	١٩
اتصالهما . . .	٢٠
عاقد المقاولة ((طرفا العقد)) . . .	٢٢
محل عقد المقاولة . . .	٢٤
تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود . . .	٣٠
عقد المقاولة والإجارة . . .	٣٠

المقاولة والسلم . . .	٣٢
المقاولة والاستصناع . . .	٣٣
المقاولة والوكالة . . .	٣٤
آثار عقد المقاولة . . .	٣٦
التزامات المقاول . . .	٣٦
احضار آلات العمل . . .	٣٧
الالتزام بجودة المواد . . .	٣٩
تنفيذ العمل في الوقت المحدد . . .	٤٢
تنفيذ العمل المتفق عليه حسب الواصفات المتفق عليها . . .	٤٣
تسليم المعقود عليه . . .	٤٥
ضمان العمل بعد تسليمه . . .	٤٦
التزامات رب العمل . . .	٤٨
دفع الأجرة . . .	٤٨
تسلم العمل بعد إنجازه . . .	٥٧
قائمة المراجع . . .	٦٣
فهرس الأعلام . . .	٧٠
فهرس الموضوعات	٧١