هلاك محل عقد المقاولة دراسة فقهية مقارنة بقانون المعاملات المدنية العماني (٢٠١٣/٢٩)

إعداد

د/ صلاح الدين طلب فرج

أستاذ مساعد

كلية العلوم الشرعية- سلطنة عمان

هلاك محل عقد المقاولة دراسة فقهية
مقارنة بقانون المعاملات المدنية العماني (٢٠١٣/٢٩)

صلاح الدين طلب فرج
قسم الشريعة (الفقه المقارن) كلية العلوم الشرعية، سلطنة عمان
البريد الالكتروني: s.faraj@css.edu.om

الملخص :

يناقش هذا البحث مسألة مهمة من مسائل العقود والمعاملات المالية، هي: من يتحمل تبعة هلاك محل عقد المقاولة في الفقه الإسلامي؟ وهل نظم المشرع العماني الأحكام المتعلقة بهذه المسألة في قانون المعاملات المدنية العماني؟

وحتى يصل البحث إلى النتيجة المرجوة منه بين الباحث مفهوم عقد المقاولة وتكييفه الفقهي مرجحًا أن عقد المقاولة من العقود المستحدثة بصرف النظر عن التزام المقاول، هل يلتزم بتقديم العمل والمواد معًا، أو يلتزم بتقديم العمل دون المواد، مؤكدًا على ضرورة الاعتداد بمشروعيته إذا توفرت فيه الأركان والشروط المعتبرة؛ لمسيس الحاجة إليه في هذا الزمان، ثم حدد الباحث محل العقد في المقاولة مبينًا أنه يتكون من العمل الذي يقوم به المقاول لصالح رب العمل والأجر الذي يدفعه رب العمل للمقاول لقاء عمله. وختم البحث ببيان صور هلاك محل العقد في المقاولة والأثار المترتبة على كل صورة من الصور مع مقارنة ما جاء في البحث من أحكام بمواد قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم: (٢٠١٣/٢٩).

وخلص البحث إلى جملة من النتائج منها: أن كلا من المقاول ورب العمل يتحمل تبعة هلاك محل عقد المقاولة إذا كان الهلاك بفعله وتصرفه، أما إن كان الهلاك بسبب أجنبي أو قوة قاهرة لا يمكن التحرز منها فإن تبعة الهلاك يتقاسمها المقاول مع رب العمل.

الكلمات المفتاحية: عقد ، المقاولة ، هلاك المحل ، قانون المعاملات المدنية العماني.

Loss of place of Enterprise contract, a study of jurisprudence

Comparison with Omani Civil Transactions Act (29 / 2013)

Salah El-Din Teleb Faraj
Sharia Department (A Comparative Jurisprudence) Faculty of Shariah Sciences, Sultanate of Oman.
Email: s.faraj@css.edu.om

Abstract:
This research discusses an important issue of contracts and financial transactions: who is the responsible of the loss of the place of contract in Islamic jurisprudence? Has the Omani legislature regulated the provisions on this issue in the Omani Civil Transactions Act?
the researcher has presented the definition of the enterprise contract and its juristic adaptation to enable the research reaches the desired conclusion, he states that such contract is one of the new contracts regardless of the commitment of enterpriser. whether it is obliged to submit the work together, or is obliged to submit the work without the articles, stressing the need to invoke its legitimacy if the elements and conditions considered exist; To determine the need for it at this time, the employer and the money paid by the employer to the contractor for his work. The research has been concluded with a statement of the loss of the contractor's place of business and the implications of each of the forms, comparing the provisions in the research with the articles of the Omani Civil Transactions Act promulgated by Royal Decree No. 29/2013.
The research has been concluded, inter alia, that both the enterpriser and the employer are responsible of the loss of the enterprise contract in case of the loss has been caused by the act and conduct of the enterpriser. If the loss has been caused by an alien or force majeure from which it could not be obtained, the liability of the loss was shared by the enterpriser with the employer.

Keywords: Contract, Enterprise, Loss of place, Omani Civil Transactions Law.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

بسم الله والحمد لله على ما أنعم، وله الشكر على ما أسدى والصلاة والسلام على نبيه محمد الكريم المبعوث رحمة للعالمين وعلى جميع رسله الطاهرين، وعلى آله وصحبه ومن ولاه إلى يوم الدين

أما بعد؛

فمن المعلوم أن عقد المقاولة من العقود التي اتسمت في الوقت الحاضر بتطورها السريع إذا ما قيست بباقي العقود؛ ولذلك اعتنى الباحثون في الفقه الإسلامي بدراسة عقد المقاولة، وتخريج أحكامه بما يتفق وأصول الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة، كما نُظم عقد المقاولة في القوانين المدنية والوضعية على نحو جيد يتناسب وأهمية هذا العقد، وتأثيره في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية؛ فلا يخفى مكانته المتميزة سواء من حيث مكانه بين العقود والمسماة الأخرى أو من حيث المكانة الاقتصادية التي يحتلها في الحياة الاقتصادية، فلم يعد عقد المقاولة مجرد حياكة ثوب أو صنع شيء، بل أصبح الأداة الفعالة التي تسهل عملية التعاقد لإنجاز المشروعات الكبرى ذات النفع العام أو الخاص على حد سواء حيث ينظم هذا العقد التزامات ظرفية ويضمن حقوق المتعاقدين ويكفل تنفيذه بدقة، من خلال تنفيذ المقاول ما يجب عليه تجاه العمل المعهود إليه بموجب العقد بالطريقة المتفق عليها وطبقاً للشروط الواردة فيه، كذلك يجب على رب العمل أن يقوم بما عليه من واجبات تجاه العقد، ليتم العمل في نهايته على الوجه المطلوب، فإذا خالف المقاول أو حتى رب العمل الشروط والمواصفات المتفق عليها، ترتب على ذلك خلل في المنظومة ككل، وبالتالي خلل في العملية التجارية والاقتصادية وحتى الاجتماعية، فمن يتحمل تبعة هذا الخلل، ومن هنا جاءت أهمية الدراسة المعنون لها بـ (هلاك

محل عقد المقاولة دراسة فقهية مقارنة بقانون المعاملات المدنية العماني)؛ لبحث تبعة هلاك محل عقد المقاولة ومن يتحمل هذه التبعة.

أسباب اختيار الموضوع:

١) قلة الأبحاث والدراسات التي أثيرت لمعالجة موضوع هذه الدراسة في المكتبة العمانية مقارنة بين الفقه والقانون.

٢) دراسة الأحكام المترتبة على عدم التزام المقاول ورب العمل بالعقد المتفق وبالتالي فساد محل عقد المقاولة.

٣) المكانة الاقتصادية التي يحتلها عقد المقاولة في الوقت الحاضر.

أسئلة البحث:

١) ما معنى تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي؟

٢) من يتحمل تبعة هلاك محل عقد المقاولة؟

٣) هل نظم القانون المدني العماني الأحكام المتعلقة بتبعة هلاك محل عقد المقاولة؟

٤) ما صور هلاك محل عقد المقاولة؟ وما الآثار المترتبة عليها؟

أهداف البحث:

١) توضيح معنى تحمل تبعة الهلاك في الفقه الإسلامي.

٢) بيان من يتحمل تبعة هلاك محل عقد المقاولة.

٣) الوقوف على مواد القانون المدني العماني المنظمة هلاك محل عقد المقاولة.

٤) بيان صور هلاك محل عقد المقاولة، والآثار المترتبة عليها.

٥) إثراء المكتبة الإسلامية الفقهية، بمثل هذه الموضوعات خاصة المقارنة منها بالقوانين الوضعية.

منهجية البحث:

تقوم فكرة هذه الدراسة على أساس أنها دراسة فقهية مقارنة مع أحكام القانون العماني، وبالتالي فقد تركزت منهجية البحث على اتباع المنهج المقارن، من خلال المقارنة بين أقوال الفقهاء، ومقارنتها بنصوص القانون العماني، وكذلك منهج البحث الاستقرائي وذلك من خلال استقراء أحكام الشريعة وتتبع المعلومات والبيانات من مصادرها الأصلية، بالإضافة إلى التشريعات القانونية، وكذلك منهج البحث التحليلي من خلال جمع النصوص وتحليلها وتصنيفها حسب المباحث والمطالب متتبعاً المسائل ذات الصلة بموضوع الدراسة؛ للوصول إلى رأي تحليلي علمي ضمن ثوابت البحث العلمي.

الدراسات السابقة:

لقد بذلت جهدي في الاطلاع على ما توفر أمامي من الدراسات والأبحاث السابقة المتعلقة بهذا الموضوع، فوجدت على الرغم من قلة من كتب في موضوع هذه الدراسة تحديدا أن هناك جهداً طيباً مؤثراً، لكنها لم تكن هناك دراسات مستقلة لهذه الغاية تحديداً حسب ما وصل إليه علمي، إلا أنه تم التطرق إلى موضوع الدراسة (عقد المقاولة) إجمالًا في بعض الدراسات، ومن ذلك:

١) **نظرات في عقد المقاولة: الإنشاء و التعمير: حقيقته ، تكييفه ، حكمه**، محمد بن جبر الألفي، مجلة الحكمة – نخبة من علماء الدول الإسلامية، العدد ٣٥، السعودية، يونيو ٢٠٠٧م.

يحاول هذا البحث الإجابة عن بعض التساؤلات التي أفرزها التطبيق العملي لمقاولات الإنشاء والتعمير، بإلقاء الضوء على تحديد الضمان في مقاولات الإنشاء والتعمير بمدة معينة يبرأ المقاول بعدها.

الفرق بين الدراسة السابقة والدراسة الحالية:

تناولت الدراسة السابقة النقاط الأساسية في عقد المقاولة، مثل التعريف والحكم والتكييف الفقهي، كذلك تناولت تفصيل التعديلات والإضافات التي قد تطرأ على العقد، وفرض الشرط الجزائي أيضًا، وتميزت دراستنا الحالية، ببحث آثر هلاك محل عقد المقاولة بعد تحديده، وبيان الأحكام المترتبة على تبعة هلاك المحل، مع التعرض لنصوص القانون الوضعي العماني.

٢) **عقد الشغل وصعوبات المقاولة، محمد بنحساين، مجلة القانون المغربي**، دار السلام للطباعة والنشر، العدد ١٢، المغرب ٢٠٠٨ م.

يجيب هذا البحث عم إذا كان القضاء المغربي قد استطاع أن يوفر الحماية للطبقة العاملة من خلال الأحكام والقرارات التي تعرضا لها، بالنظر إلى الثغرات التي تعتري القواعد المنظمة لصعوبات المقاولة في علاقتها بعقد الشغل.

الفرق بين الدراسة السابقة والدراسة الحالية:

تهتم هذه الدراسة بمدى فاعلية القضاء المغربي في توفير الحماية للطبقة العاملة من خلال الأحكام والقرارات التي تعرض لها، كذلك تعرضت للقواعد المنظمة لصعوبات المقاولة في علاقتها بعقد الشغل، بخلاف الدراسة الحالية التي اهتمت في المقام الأول بالجانب الفقهي وهو ما خلت عنه الدراسة السابقة.

٣) **فكرة وقف تنفيذ عقد المقاولة، دراسة مقارنة**، جواد كاظم جواد، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة – كلية القانون، العدد ٢٨، العراق، ٢٠١٦ م.

تناول هذا البحث قاعدة "اذا اجتمع المانع والمقتضى قدم المانع، واذا زال المانع عاد الممنوع"، ليبين نتيجة الحوادث الاستثنائية المؤقتة، التي

تحول دون الاستمرار بتنفيذه لتعود تلك الالتزامات إلى الحياة والتنفيذ مجددا بعد زوال تلك الحوادث.

الفرق بين الدراسة السابقة والدراسة الحالية:

وتناولت هذه الدراسة عمليات وقف تنفيذ عقد المقاولة، أي وقف الالتزامات العقدية بصورة مؤقته وإدخالها في حالة سبات خلال فترة زمنية معقولة دون المساس بالعقد من حيث الوجود نتيجة حوادث استثنائية عامة تقلب اقتصاديات العقد أو تحول دون الاستمرار بتنفيذه لتعود تلك الالتزامات إلى الحياة والتنفيذ مجددا بعد زوال تلك الحوادث التي يرتجي زوالها والتي تتصف بالتأقيت، أما الدراسة الحالية فقد اهتمت ببيان صور هلاك محل عقد المقاولة، والآثار المترتبة عليها، وهو ما خلت عنه غيرها من الدراسات.

هيكل البحث:

المبحث التمهيدي: ماهية عقد المقاولة.

المطلب الأول: مفهوم عقد المقاولة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد المقاولة.

المطلب الثالث: محل عقد المقاولة.

المبحث الثاني: صور هلاك محل عقد المقاولة وآثارها.

المطلب الأول: هلاك محل عقد المقاولة بفعل المقاول.

المطلب الثاني: هلاك محل عقد المقاولة بفعل رب العمل.

المطلب الثالث: هلاك محل عقد المقاولة بسبب أجنبي.

المبحث الثاني: المسؤولية الناتجة عن هلاك محل عقد المقاولة.

المطلب الأول: تحمل تبعة هلاك محل العقد.

المطلب الثاني: أركان المسئولية العقدية وشروط تحققها.

الخاتمة وتحتوي على أهم النتائج والتوصيات.

فهرس المصادر والمراجع.

المبحث التمهيدي
ماهية عقد المقاولة
المطلب الأول
مفهوم عقد المقاولة

● **تعريف العقد لغة:**

هو الجمع بين أطراف الشيء وتقويتها، يقال: عقد طرفي الحبل إذا وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكها فأحكم وصلها، العقد نقيض الحل عقده يعقده عقداً وتعقاداً وعقّده، ويطلق العقد في لغة العرب على عدة معان منها: الشد والربط، ومنها العهد، والجمع عقود وهي أوكد العهود .

ويطلق على الضمان والعهد يقال: عاقدته على كذا إذا عاهدته عليه ويطلق على الوجوب يقال: عقد البيع إذا أوجبه، وجميع هذه المعاني تدور حول معنى الربط والشد. [١]

العقد اصطلاحًا:

بعد استقراء الكثير من كتب الفقهاء، يتبين أن مفهوم العقد يدور حول الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه ينشأ عنه أثره الشرعي. [٢]

وكذلك هو : كل تصرف قولي ينشأ عنه حكم شرعي، سواء من طرف أو من طرفين [٣].

---

١) ينظر: لسان العرب لابن منظور، (٢٨٧/٤).

٢) ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، (٥٠٨/٢).

٣) ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، أ.د. محمد عثمان طاهر شبير، ص: (١٠٠).

وقد ذكر أبو بكر الجصاص أن العقد له معنيين:

الأول: هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، **والثاني:** ما يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، فسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمانة لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك [١]

ويلاحظ أن كثيراً من الفقهاء عندما يعرفون العقد يقتصرون على المعنى الذي يقترن في الإيجاب بالقبول ولا يذكرون العقد بإرادة الموجب وحده، ولكن يلاحظ أيضاً أن هذه التعريفات جاءت تخص عقوداً بإرادتين كالبيع والإجارة؛ ولذلك فإنهم في الوقت نفسه عندما ما يذكرون التصرفات التي بإرادة منفردة كالطلاق واليمين فإنهم لا يترددون في إضافة كلمة عقد إليها مما يؤكد أن الاقتصار على المعنى الأول لا يقصد منه إنكار المعنى الثاني، والأهم من هذا كله أن المعنى الثاني (العقد بالإرادة المنفردة) ثابت في كتاب الله عز وجل، قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ [٢]، أي عقد اليمين الملزم.

فالعقد في الفقه الإسلامي إذن يشتمل على نوعين:

الأول: عقد بإرادتين على الأقل وهذا مثل عقود البيع والإجارة والشركة وسائر العقود التي يشترط فيها تلاقي الإيجاب بالقبول.

١) ينظر: أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، (٢/٣٧٠).
٢) سورة المائدة: ٨٩

والثاني: عقد بإرادة واحدة وهو ما يسمى العقد بالإرادة المنفردة في الاصطلاح المعاصر فهو ينعقد بمجرد الإيجاب من العاقد فيلزم نفسه بالعقد.

- **تعريف المقاولة في اللغة:**

مفاعلة من القول، وتقاولا أي تفاوضا، والمعنى الثاني للمقاولة المجادلة. [١]

عقد المقاولة في الاصطلاح لها تعاريف، منها:

١- عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل بدل يتعهد به المتعاقد الآخر، وهو التعريف المختار. [٢]

٢- عقد بين طرفين يصنع فيه أحدهما – وهو المقاول – شيئا لآخر أو يقدم له عملا في مقابل مبلغ معلوم. [٣]

عقد المقاولة في القانون العماني:

بالنظر للمادة (٦٢٦) من قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ /٢٠١٣ بشأن تعريف المقاولة ونطاقها يتبين أن " المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر"، وجاء في المادة (٦٢٧) من القانون ذاته: "أنه يجوز أن يقتصر التزام المقاول على تقديم العمل ويقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله كما يجوز أن يقدم المقاول العمل والمادة معا".

---

١) ينظر: المصباح المنير، مادة قول (٥١٩/٢)

٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٢٩ (٣/ ١٤)، عام ١٤٢٣م.

٣) ينظر: مناقصات العقود الإدارية، أ.د. رفيق يونس المصري ، ص: ٢٥، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م .

– وتعريف عقد المقاولة في القانون المدني يتوافق مع التعريف المختار عند الفقهاء؛ ويتميز التعريف عن غيره بأنه أشمل التعريفات حيث يوضح حقيقة عقد المقاولة، ويبين أركانه، فلا يقيد العقد بالمفهوم المتعارف وهو شركات بناء المنازل فقط، وإنما المقاولة حسب قانون المعاملات المدنية نظام تفصيلي لعمل المقاول، وتوضيح ما عليه من التزامات وما له من حقوق في ذلك، بالإضافة إلى القوانين الأخرى المنظمة لذلك.

المطلب الثاني
التكييف الفقهي لعقد المقاولة

تصوير المسألة:

قد يشبه عقد المقاولة عقودا أخرى في بعض الخصائص، ويفترق عنها في أخرى، فقد يكون عقد المقاولة إجارة، وقد يكون استصناعا [1]، ولهذا لابد من ذكر صور عقد المقاولة:

الصورة الأولى: أن يكون العقد على أداء عمل بدون صنع شيء، أو كان على صنع شيء وكانت المواد من المستصنع فهو إجارة، والإجارة هنا هي عقد إجارة الأجير المشترك.

الصورة الثانية: أن يكون العقد على صنع شيء، وتكون المواد من الصانع، فالعمل والأدوات تكون من الصانع فهو استصناع.

---

١) **الاستصناع لغة:** طلب الصنعة، يقال: اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً، واستصنع الشيء دعا إلى صنعه، وأصله: صنع يصنع صنعاً، فهو مصنوع وصنيع، والصناعة حرفة الصانع والصناعة ما تستصنع من أمر. ينظر: لسان العرب مادة صنع.

الاستصناع في الاصطلاح: له عدة تعريفات عند الحنفية منها:

عرفه الكاساني: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل". بدائع الصنائع (٢/٥). وعرفها ابن عابدين: "هو طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص". حاشية ابن عابدين (٢٢٣/٥).

ولا نجد للاستصناع تعريفاً عند جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة، وذلك انهم لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كالحنفية بل يرون أنه قسم من أقسام السلم، وهو السلم في الصناعات.

ومن تعريفات المتأخرين تعريف الدكتور مصطفى الزرقاء، قال: "عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلتزم بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف معينة وبثمن محدد". عقد الاستصناع للشيخ مصطفى الزرقا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (٧٤٤/٧).

ولذلك اختلف العلماء المعاصرون في توصيف عقد المقاولة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن عقد المقاولة من العقود المستحدثة بصرف النظر عن التزام المقاول، هل يلتزم بتقديم العمل والمواد معا، أو يلتزم بتقديم العمل دون المواد، ولا بد من الاعتداد بمشروعيته إذا توفرت فيه الأركان والشروط المعتبرة؛ لمسيس الحاجة إليه في هذا الزمان.

– وكون عقد المقاولة يشبه الاستصناع، أو يشبه عقد الإيجار، هذا شبه عارض لا يختلف في حقيقته عن ذلك الشبه الذي يجده المرء بين العقود القديمة بعضها ببعض.

القول الثاني: أن عقد المقاولة يدخل تحت عقد الاستصناع من كل الوجوه، وليس ثمة فرق بين المقاولة والاستصناع سوى الاسم؛ والعبرة بالمعاني لا بالألفاظ.

– والكلام مقبول حيث تكون المواد من الصانع، أما حين تكون المواد من رب العمل، فهي مقاولة وليست استصناعًا [١].

القول الثالث: ينظر في توصيف عقد المقاولة إلى طبيعة التزام المقاول، فإن كان تعهد المقاول على أن يقدم العمل والمادة معًا، فإن العقد استصناعًا، وإن كان تعهد على أن يقدم العمل فقط، والمادة من رب العمل فإن العقد سيكون من قبيل الأجير المشترك.

تحرير محل النزاع:

رغم الخلاف في توصيف عقد المقاولة، وتصوره، إلا أن الفقهاء متفقون على الصورة الأولى، صورة الأجير المشترك، وأنه عقد جائز شرعًا

١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، (٤/٥)

وكذلك عقد المقاولة إن دخل تحت عقد الاستصناع اتفق الفقهاء [١] على جوازه في الجملة إذا تم بشروط محددة [٢].

محل النزاع:

وإنما اختلف القائلون بالجواز – الحنفية – على اعتباره عقدًا مستقلًا غير تابع لأي عقد، فيما بينهم في تكييف عقد الاستصناع هل هو عقد أو وعد، على قولين:

القول الأول: أن الاستصناع عقد، وليس وعدا، وهذا قول جمهور الحنفية [٣].

القول الثاني: أن الاستصناع مجرد وعد، وهذا رأي الحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة [٤].

---

١) ينظر: بدائع الصنائع، (٢/٥)، وحاشية الدسوقي (٢١٧/٣)، والمهذب، للشيرازي (٢٥٢/٢)، والإنصاف في معرفة الراجح من مذهب أحمد، للمرداوي، (١٠٥/١١)، وشرح النيل وشفاء العليل، لمحمد أطفيش، (٤٨٤/١٨).

٢) و**اختلفوا فيما عدا ذلك على قولين:**

القول الأول: جواز وصحة عقد الاستصناع، وهو مذهب الحنفية عدا زفر، وبعض الحنابلة. ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٣٥٥/٥)، والإنصاف، للمرداوي (١٠٥/١١).

القول الثاني: عدم جواز عقد الاستصناع وعدم صحته إذا لم تكتمل فيه شروط السلم، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية، والإباضية، ينظر: حاشية الدسوقي (٢١٧/٣)، والمهذب، للشيرازي، (٢٥٢/٢)، والإنصاف، للمرداوي (١٠٥/١١)، وشرح النيل وشفاء العليل، لمحمد أطفيش، (٤٨٤/١٨).

٣) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٢٤٢/٦)، المبسوط، للسرخسي، (١٣٩/١٢)، بدائع الصنائع، للكاساني (٣/٥).

٤) بدائع الصنائع، للكاساني(٢/٥)، المبسوط، للسرخسي (١٣٩/١٢).

سبب الخلاف:

اختلف الفقهاء في تكييف الاستصناع، للخلاف في حقيقته هل هو نوع من السلم أو بيع أو إجارة أو هو إجارة ابتداء بيع انتهاء.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول علي ما ذهبوا إليه بما يلي :

١- أنه قد أجرى في الاستصناع القياس والاستحسان ولو كان مواعدة لما احتاج إلى ذلك.

٢- أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية إذا فرغ منه الصانع لأنه اشترى ما لم يره، والوعد لا يحتاج إلى خيار لأنه لم يلزم أصلًا. [١]

٣- أن الصانع إذا قبض الأجر فإنه يملكه ولو كانت مواعدة لا معاقدة لم يملكها [٢].

٤- أن الاستصناع يجري فيه التحاكم للحاكم، والتحاكم إنما يثبت في العقود الواجبة لا في الوعود.

٥- إن في القول بأن الاستصناع عقد وليس بوعد دفعاً للضرر عن الصانع في إفساد أمتعته وآلاته، فربما لا يرغب غير المستصنع في شرائه على تلك الصفة [٣].

- وهذه الأدلة وإن كانت مستنبطة من طبيعة العقد إلا أنها تدل على أنه عقد وليس وعدًا؛ لاختلاف طبيعة العقد عن الوعد من حيث خيار الرؤية والتقابض.

---

١) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٧/ ١١٥)، وتبيين الحقائق، للزيعلي (٤/ ١٢٤)

٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٦/٢٤٢)، المبسوط، للسرخسي (١٢/١٣٩)، بدائع الصنائع، للكاساني (٦/٢٦٧٨).

٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٢/١٣٩).

ونوقش هذا القول:

١- أنه لو كان الاستصناع عقدًا لما بطل بموت أحد طرفي العقد، بينما نجد أنه يبطل بموت أحدهما.

ويمكن الرد على ذلك من وجهين:

الأول: يمكن القول أن الاستصناع عقد له طبيعة خاصة، فأحد الطرفين ماهر بأمر يجيد صنعته؛ لذا لجأ إليه بصورة خاصة؛ فإن مات فلا لزوم للقبول من أي من طرفي العقد.

الثاني: أن ذلك وارد في غير الاستصناع، حيث أنه عقد مركب من عين وعمل، كالإجارة، فهي تنفسخ بموت أحد طرفي العقد، وهذا لا يمنع كونها عقدا؛ فكذلك الاستصناع.

٢- أنه لو كان عقدًا لم يصح؛ لأنه بيع معدوم؛ وهو منهي عنه شرعًا. [١]

ويمكن الرد على ذلك: أن النهي ليس عن بيع المعدوم وإنما هو عن الغرر وعن بيع الإنسان ما لا يملك.

- ولو سلمنا بالنهي عن بيع المعدوم، وأن الاستصناع منه؛ فإن إلحاق الاستصناع بالسلم أقيس من إلحاقه ببيع المعدوم المنهي عنه؛ إذ أن الاستصناع كالسلم في كونه بيع آجل موصوف في الذمة يغلب على الظن وجوده وقت التسليم، فإلحاقه به أولى. [٢]

كما عليه بعض الفقهاء ممن منع بيع المعدوم، كابن تيمية [٣]، وابن القيم [٤]، أجازوا بيع المعدوم عند القدرة على تسليمه؛ لانتفاء الغرر عن

---

١) الإنصاف، للمرداوي (١٢/ ٢١٨)، والفروع، لابن مفلح (١٤٧/٦).

٢) ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم، (١٠٨/٢)

٣) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٢٠٠/٣٠).

٤) ينظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم، (٤٩٨/٦).

المشتري وانتفاء البائع بالمال لعدم قدرته على تحصيل ذلك المعدوم، ففيه من المصلحة ما لا يخفى.

استدل أصحاب القول الثاني علي ما ذهبوا إليه بما يلي :

١- أن الصانع له آلا يعمل، فلا يجبر عليه، وهذا لا يكون في العقود، إذ العقود ملزمة لمن دخل فيها، فيكون ما بينهما وعدًا لا عقدًا؛ ويمكن القول بأن الصنعة ثمرة الاتفاق وليس الاتفاق ذاته [١]

٢- أن المستصنع له الحق في عدم قبول ما يأتي به الصانع، وله الرجوع أيضاً قبل تمام الصنعة أو رؤيتها، ولو كان عقدًا لما كان بإمكانه الرجوع، بل يلزمه القبول. [٢]

ونوقش هذا القول:

أن ما ذكروه وارد على أمور أخرى غير عقد الاستصناع، كالبيع يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المبيع إذا لم يسبق لهما رؤيته، وكذلك الاستصناع، فهو من العقود اللازمة ليس لأحد العاقدين أن يرجع عن التزامه فيه بمجرد العقد.

الرأي الراجح وسبب الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء والنظر في أدلتهم والمناقشة الواردة عليها، يتبين والله أعلم أن القول الأول، القائل بأن المقاولة عقد مستقل لا يدخل تحت أي من العقود المسماة الأخرى المتعارف عليها، بل هو عقد له شخصيته المستقلة وله أحكامه الخاصة، وليس وعدًا، هو القول الراجح وذلك؛

١) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام (٣٥٥/٥)، المدونة، للإمام مالك (١٨/٩).

٢) ينظر: عقد الاستصناع، د. سعود بن مسعد بن مساعد الثبيتي، (١٠٣٥/٧)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

١- لقوة أدلتهم.

٢- لأن القول بأنه وعد يترتب عليه كثير من الأضرار على الصانع والمستصنع، فالصانع قد يتلف متاعه وأدواته ولا يجد من يرغب فيها بتلك الصفات التي طلبها المستصنع، والمستصنع أيضاً قد يتضرر بسبب مضي الوقت وعدم حصوله على حاجته، ومن قواعد الشريعة دفع الضرر عن المكلفين.

٣- لأن جمهور فقهاء المذاهب غير الحنفية من المذاهب الثلاثة التي لا تجوزه إلا على أنه سلم إذا توافرت فيه شروط السلم، دل على كونه عقدًا بكل معني الكلمة، وليس مجرد وعد؛ لأنه في نظر تلك المذاهب لو كان مجرد وعد لما صح أن يحكم فيه بعدم الصحة، لأن الوعد لا يوصف بالصحة أو عدمها، فهذا الوصف تختص به العقود التي لها انعقاد تترتب عليه أحكام إذا توافرت مقوماتها، ولها بطلان إذا فقد فيها بعض مقوماتها.

٤- كما أنه لا شك أن عقود الاستصناع، ومنها عقود المقاولات من الأهمية بمكان لأن فيها تيسير لأمور الناس في معاشهم وتعاملاتهم، إذ لو قلنا بأنه مجرد وعد مع ضعف الذمم؛ لتهاون الناس ولضاعت كثير من الحقوق؛ فهذا القول هو الأنسب للعصر ولفساد الذمم غالبًا ولحاجة الناس لذلك، كما أنه ييسر كثيرًا من ضروريات حياتهم.

المطلب الثالث

محل عقد المقاولة

محل العقد: يتمثل في الأداء الذي يتوجب على طرفي العقد؛ لصالح رب العمل، ويكون إما بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل بشروط ضوابط متفق عليها.

والمحل في عقد المقاولة مزدوج، حيث يعد العمل الذي يقوم به المقاول لصالح رب العمل والأجر الذي يدفعه رب العمل للمقاول لقاء عمله هما المحل في هذا العقد.

١) العمل المطلوب انجازه:

لما كان العمل هو أساس المحل في عقد المقاولة [١]، سواءً كان عملًا بمعناه الواسع أم بمعناه الضيق عندما ينصب على شيء معين لصنعه أو صيانته نجد أن فقهاء الشريعة قد اشترطوا في المحل شروطا هي:

١- أن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا، ومشروعًا في نفسه، فلا يجوز عقد المقاولة على ما لا نفع فيه؛ وهذا متفق عليه بين فقهاء المسلمين؛ وإلا فلا يصلح أن يرد عليه العقد، ومن ثم يكون العقد باطلا [٢].

٢- أن يكون موجودا عند العقد أو متوقع وجوده في المستقبل قياسًا على السلم؛ حسبما تقتضيه طبيعة العقد، فعقد المقاولة من العقود التي ترد على شيء غير موجود وقت العقد ولكنه يوجد في المستقبل.

---

١) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٢٣٣).

٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/٥).

٢) الأجر:

الأجر هو الوجه الثاني للمحل في عقد المقاولة وهو المقابل الذي يلتزم به رب العمل باعطائه للمقاول في مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود إليه، ويشترط في الأجر ما يشترط في العمل عمومًا وهي:

١- أن يكون موجودًا: لا بد من وجود الأجر؛ وإلا كان العقد من عقود التبرع، والأصل أنه متى دلت الظروف على أن العمل ما كان لينجز بدون أجر فإن رب العمل يكون ملزمًا بدفعه وذلك حتى لو جاء العقد خاليًا من آية إشارة إليه، وهنا يتعين على المحكمة أن تعتبر أن هناك اتفاقاً ضمنياً بين المقاول ورب العمل على وجود الأجر [١].

٢- أن يكون ذلك الأجر جدياً أي مقارباً للحقيقة وأن تتجه إرادة رب العمل إلى دفعه وأن تتجه إرادة المقاول إلى استيفائه أما إذا ذكر المتعاقدان في العقد الأجر ولم يقصد رب العمل إلى دفعه أي كان الأجر صورياً؛ فالعقد عندئذ لا يكون مقاولة بل عقد غير مسمى ، ويصدق الحكم نفسه إذا كان الاجر تافهاً أي يكون من القلة بحيث لا يقبل عقلاً أن يكون مقابلاً للعمل الذي يقدمه المقاول [٢].

٢- أن يكون معلومًا ومعينًا أو قابل للتعين: فعقد المقاولة عقد معاوضة فالعمل من المقاول مقابل بالأجرة، ولا خلاف في وجوب معرفة عمل المقاول، فهل يجب في الأجرة أن تكون معلومة باعتبارها أحد العوضين؟

---

١) ينظر: شرح النيل وشفاء العليل، لمحمد أطفيش، (٤٩٣/١٨).

٢) الوجيز في العقود المدنية، د. جعفر الفضلي، ص٣٨٢ ، فقرة ٧٣٢

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القــول الأول: ذهــب الحنفيــة [١]، والمالكيــة [٢]، والمشــهور عنــد الحنابلـة [٣]، أنـه إذا كانـت الأجـرة مجهولـة تصـح المقاولـة، ولـه أجـر المثـل مطلقًا.

ودليل ذلك:

قولـه تعالـى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ﴾ [٤]

القـول الثـاني: الأصـح فـي مـذهب الشـافعية [٥]، أنـه لـيس لـه أجـر مطلقًا.

ودليل ذلك:

القيـاس علـى البيـع، فوجـب أن تكـون معلومـة؛ لأن جهالتهـا مـدعاة للخصـام والنـزاع، والأصـل فيـه أن النبـي ﷺ ((نَهَى عَنْ اسْتِئْجَارِ الْأَجِيرِ حَتَّى يُبَيَّنَ لَهُ أَجْرُهُ)) [٦]

القـول الثالـث: ذهب بعض الحنفيـة [٧]، إن كـان منتصبًا للعمل فلـه أجر المثل، وإن لم يكن منتصبًا فليس له أجرة.

---

١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (١٥/ ١٨١)

٢) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٥/ ٣٩٠)

٣) ينظـر: شـرح منتهـى الإرادات، صـلاح الـدين البهـوتي، (٢/ ٢٤٧)، كشـاف القنـاع، للبهوتي (٣/٥٥١).

٤) سورة القصص: ٢٧

٥) مغنـي المحتـاج، للخطيـب الشـربيني، (٢/ ٣٥٢)، نهايـة المحتـاج، شـهاب الـدين الرملي، (٥/ ٣١١).

٦) رواه الإمـام أحمـد فـي مسـنده، (١١٦/١٨)، (ضـعيف)، والنسـائي حـديث: (٣٨٥٧) موقوفا على أبي سعيد الخدري.

٧) ينظر: الفتاوى الهندية (٤/ ٥٢١)

ودليل ذلك:

أن الأصل في من كان منتصبًا للعمل، أن يكون له الأجر، حيث صار العرف في حق الشرط، وعند عدم ذكره في العقد يرد لأجرة المثل، أما غير المنتصب فالأصل فيه أنه متبرع [١]

والراجح – والله أعلم – هو جواز العقد من غير ذكر الأجرة، لأن المتعاقدين حين تعاقدا من غير ذكر الأجرة كان لسان حالهما أنهما قد تراضيا في الرجوع إلى أجرة المثل.

موقف القانون العماني:

نصت المادة (٦٢٨) على أنه يجب في عقد المقاولة تعيين محله ببيان أوصافه ونوعه ومقداره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من أجر.

وبالتالي نجد أن الموقف القانوني موافقًا للشروط التي اشترطها الفقهاء في الفقه الإسلامي من حيث: تعين المحل تعينًا يمنع أي لبس بأي من العقود الأخرى، ببيان أوصافه، ونوع العمل ومقداره والطريقة المرسومة للتنفيذ ومدة الإنجاز، وما يقابل هذا العمل من أجر.

١) ينظر: المهذب للشيرازي (٢/٢٧١)

المبحث الأول

صور هلاك محل عقد المقاولة وآثارها.

المطلب الأول

هلاك محل عقد المقاولة بفعل المقاول.

تعتبر مسئولية المقاول تجاه رب العمل ذات طبيعة عقدية، طالما أنها ناجمة عن تنفيذ التزاماته، وبذلك يقع على عاتقه الالتزام بضمان الأضرار التي قد تهدد هلاك محل العقد إن كان له آثر فيها، ويظهر ذلك من خلال النقاط التالية بالنظر لطبيعة عقد المقاولة ودور المقاول فيها.

أولًا التزامات المقاول بمقتضى العقد:

١- يجب على المقاول إنجاز العمل وفقا لشروط العقد، وتسليمه بعد إنجازه، وضمانه بعد التسليم.

- فإذا أخل بشرط منها جاز لرب العمل طلب فسخ التعاقد في الحال إذا تعذر إصلاح العمل، وأما إذا كان إصلاح العيب ممكنا، كان لرب العمل إنذار المقاول بالتصحيح في أجل معقول، فإذا انقضى ذلك الأجل دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد، أو الترخيص له بالاستعانة بمقاول آخر لإتمام العمل على نفقة المقاول الأول.

٢- وجوب تنفيذ العمل المكلف بإنجازه في الفترة المتفق عليها بالعقد دون تأخير، والتزام المقاول في هذا الصدد سواء كانت الأعمال محل التنفيذ هي الأعمال الرئيسية أو الأعمال الإضافية التي تنفذ بناء على أوامر تغييرية تصدر من رب العمل أو من يمثله، وكل ما يكون للمقاول في حال صدور أوامر تغييرية أن يطلب تمديد الوقت كتابة من رب العمل، وليس له أن يطالب بالتعويض بحجة أن التأخير راجع إلى رب العمل.

ثانيًا: حالات هلاك محل عقد المقاولة بفعل المقاول والآثار المترتبة عليها:

١- الحالة الأولى: إذا هلك محل العقد بتعدي المقاول أو تقصيره وكان يمكن التحرز عنه:

- إذا هلك محل العقد بتعدي المقاول وتجاوزه حدود التزاماته قبل التسليم، ضمنه وتحمل تبعة هلاكه؛ وذلك باتفاق الفقهاء [١]؛ وذلك لأنه تلف بتصرفه، فاستقر الضمان عليه.

٢- الحالة الثانية: إذا هلك محل العقد وكانت المواد من رب العمل:

- إذا كان المقاول قد تعهد على العمل فقط، والمواد من رب العمل، فقد اختلف العلماء في كيفية تضمينه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية[٢]، والحنابلة[٣]، إلى أن رب العمل مخير بين أن يضمن المقاول العمل غير جاهز، ولا أجرة له، وبين أن يضمنه معمولا جاهزًا حسب المتفق عليه وله الأجر.

لأن الجناية جاءت من المقاول على مال صاحب العمل فكان الخيار له دون غيره بين تضمينه غير معمول، ولا أجرة له؛ لأن الأجرة إنما تجب بالتسليم، ولم يوجد، وبين تضمينه إياه معمولا، ويدفع له أجرته؛ لأنه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتمع على المقاول فوات الأجرة وضمان ما يقابلها، ولأن المالك إذا ضمنه ذلك معمولا يكون في معنى تسليم ذلك معمولا، فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي.

---

١) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٥٦٦/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (١٥٠/٣)، روضة الطالبين، للنووي (٥٠١/٣)، والإنصاف في معرفة الراجح، للمرداوي، (٥٠١/١١)

٢) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٧٥/٦).

٣) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٣٧).

القول الثاني: ذهب المالكية[١] إلى أن الفساد إن كان يسيرا فعليه قيمة ما أفسد، وإن كان الفساد كثيرا ضمن قيمة ما أفسده يوم قبضه، وليس عليه أن يضمن قيمة العين مصنوعة.

القول الثالث: المذهب عند الشافعية[٢] أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف قياسًا على الغاصب.

والقول الراجح: هو القول الثاني القائل بضمان قيمة ما أفسد يسيرًا كان أو كثيرًا يوم قضبه؛ لأنه اليوم الذي تعلقت به ذمته وهو أوسط الأقوال وأقربها إلى الواقع.

ويترتب على هلاك محل عقد المقاولة في تلك الحالتين:

١- إذا كان أثناء سريان العمل فإنه يحق لصاحب العمل إعذاره بتنفيذ التزاماته وأداء العمل وتصحيحه وذلك خلال مدة معقولة يحددها صاحب العمل للمقاول.

٢- إذا انقضت هذه المدة دون أن يصحح المقاول وضعه فهنا يكون لصاحب العمل القيام بأي من الآتي:

(أ) أن يستعين بمقاول آخر لإنجاز العمل أو استكماله أو تصحيحه على نفقة المقاول الذي أخل بالتزامه وقصر فيه.

(ب) أن يطلب صاحب العمل فسخ العقد بما يتناسب مع الضرر المتحقق عليه.

٣- لا يحق للمقاول المطالبة بالأجر المتفق عليه في عقد المقاولة إلا بعد الانتهاء من العمل على الوجه المتفق عليه بمقتضى العقد.

---

١) ينظر: المدونة (٤/ ٣٨٨)، والمنتقى للباجي (٦/ ٧٢) .

٢) ينظر: المهذب (١/ ٤٠٨).

٤- كذلك لا يحق له المطالبة بالنفقات التي تحملها، ويشترط في ذلك أن يكون صاحب العمل غير مخل بالتزامه باستلام العمل وقت هلاك الشيء أو تلفه، وفي حال هلكت المواد التي قدمها صاحب العمل للمقاول تحت يد المقاول بسبب لا يد له فيه وكان المقاول غير مخل بالتزاماته بتسليم العمل فلا يحق لصاحب العمل مطالبة المقاول بأي تعويض؛ لانتفاء المسئولية عنه.

٣- **الحالة الثالثة:** إذا هلك محل العقد بما لا يمكن التحرز عنه، كجائحة سماوية أو اندلاع حرب وما شابه [١].

الموقف القانوني:

بمجرد النظر في نصوص القانون المدني نجد أنه لم يختلف عن التشريع الإسلامي فيما أقرته من التزامات المقاول وما يجب عليه بمقتضى العقد وآثر عدم الالتزام على العقد، وذلك من خلال المادة (٦٣١) من قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩ /٢٠١٣م، والتي نصت على أنه "يجب على المقاول إنجاز العمل وفقا لشروط العقد وفي المدة المتفق عليها، فإن لم تكن هناك شروط أو لم يتفق على مدة التزم بإنجاز العمل وفقا للأصول المتعارف عليها وفي المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعته" ، كذلك جاء في المادة (٦٢٩) أنه إذا اشترط على المقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها وجب عليه تقديمها وفقا للشروط والمواصفات المنصوص عليها في العقد، وإلا فطبقا للعرف الجاري، وإذا كان رب العمل هو الذي قدم مادة العمل وجب على المقاول أن يحرص عليها وأن يراعي في عمله الأصول الفنية وأن يرد لصاحبها ما بقي منها، فإن وقع خلاف ذلك فتلفت أو تعيبت أو فقدت فعليه ضمانها.

---

١) هذه الحالة سيأتي الحديث عنها مفصلا، ص: ٢٦

وأما مسألة الضمان فقد بينت المادتين (٦٣٢)، (٦٣٣) أن المقاول يضمن ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه.

وإذا كان لعمل المقاول أثر في العين جاز له حبسها حتى يستوفي الأجرة المستحقة وإذا تلفت في يده قبل سداد أجره فلا ضمان عليه ولا أجر له، وأما إذا لم يكن لعمله أثر في العين فليس له أن يحبسها لاستيفاء الأجرة فإن فعل وتلفت كان عليه ضمان الغصب.

ويكون عليه ضمان عام على المواد كما يشترك مع المقاول المهندس الاستشاري في الضمان العشري وهو ما بينته المادة (٦٣٤) من أن المهندس والمقاول يكونان ضامنين لكل ما يحدث خلال ١٠ سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، وهذا الضمان يشمل ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

وبقراءة المادة (٦٣٥) التي نصت على (إذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ كان مسؤولا فقط عن عيوب التصميم) يتبين أن مسألة المهندس تكون عن العيوب الواردة في التصميم وأن المقاول لا يُسأل عن أخطاء التصميم.

وأكدت المادة (٦٣٦) على عدم جواز الإعفاء من الضمان فقد نصت على أنه (يقع باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه).

وبذلك يعد من النظام العام إذ لا يجوز مخالفتها بالإعفاء أو الحد من الآثار وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام.

وقد وضع المشرع مدة تقادم يستطيع رب العمل من خلالها مباشرة دعوى الضمان من اكتشافه العيب أو حصول تهدم في البناء حيث لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو اكتشاف العيب. وذلك وفق المادة (٦٣٧) من ذات القانون.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع رتب عقوبات أخرى نص عليها في قانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية حيث إن الإنشاءات ومقاولات البناء من الخدمات المشمولة بالضمان وفق الملحق رقم (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الصادرة بالقرار رقم ٢٠١٧/٧٧.

وأخيرًا جاءت المادة (٦٥٠) لتبين أن للمتضرر من الفسخ أن يطالب الطرف الآخر بتعويضه في الحدود التي يقرها العرف.

المطلب الثاني

هلاك محل عقد المقاولة بفعل رب العمل.

جاء في المبحث السابق أن محل عقد المقاولة هو مجموع ما يلتزمه المقاول مع ما يقدمه رب العمل من التزامات، فلا يمكن تجاهل التزامات رب العمل والتعويل فقط على التزامات المقاول، لأنها تأتي تبعًا لالتزامات المقاول.

وفيما يلي بيان التزامات رب العمل بمقتضى العقد، وما يترتب على الإخلال بها أو هلاكها:

١- يلتزم رب العمل ببذل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء في تنفيذ العمل، ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه؛ لأن هذا هو موجب العقد، فالمقاول مطالب بالعمل بمقتضى العقد، ولا يمكنه البدء فيه، ولا المضي في تنفيذه إلا بتمكينه منه؛ ولأن المقاول لن يستحق الأجرة إلا بالعمل، فإذا منع من تنفيذ العمل كان في ذلك إهدار لمنفعة المقاول [١].

- فإن كان المقاول في حاجة إلى رخصة للبناء مثلًا للبدء في العمل وجب على رب العمل أن يحصل له عليها في الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء في تنفيذ العمل، وكذلك الحكم في جميع الترخيصات الإدارية الأخرى التي يكون العمل بحاجة إليها [٢].
- وإن تأخر رب العمل في تمكين المقاول من إنجاز العمل فإن المقاول لا يتحمل ما يترتب على هذا التأخير من غرامات، كما لو كان في العقد شرط جزائي بأن يسلم المقاول العمل في مدة متفق عليها، بل

١) مجلة الفقه الإسلامي، عقد الاستصناع، كمال الدين جعيط، (٩٧٧/٧)
٢) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دبيان الدبيان (٣٦٩/٨).

للمقاول أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام رب العمل بالتزامه، كذلك إن أضر رب العمل المقاول بأي صورة من صور عدم التزامه بالعمل فله أن يفسخ العقد [١]

- كذلك إن كان قد تعهد بتقديم المواد التي تستخدم في العمل وجب عليه أن يزود المقاول بها وأن يقدمها في الوقت المناسب أو المتفق عليه، وأيضًا قد يقوم رب العمل بإجراء تحولات على العمل كزيادة أو تغير في الأعمال كماً ونوعاً وكان من شأن ذلك أن يؤثر على سير الأعمال بحيث لا يمكن إكمالها ضمن المدة؛ وبالتالي تتسبب في تأخير إتمام العمل.
- فإذا أخل رب العمل بكل ما يترتب عليه عجز المقاول عن تنفيذ العمل أو تأخيره، أو هلاكه؛ ففي هذه الحالة يعفي المقاول عن كل مسؤولية حين يثبت أن سبب التأخير أو العجز يعود لرب العمل[٢].

٢- يجب على رب العمل أن يتسلم العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، وهنا إما أن يكون المقاول أنجز العمل، والعين في يد صاحبها كالأجير المشترك، كما لو استأجر رجلا ليبني له جدارا في ملكه، فإن تسليم موضع المقاولة يكون بفراغ المقاول من عمله؛ لأنه في هذه الحالة يكون المقاول قد سلم العمل شيئا فشيئا، وإما أن يكون موضع المقاولة في يد المقاول، ويكون التسليم برفع المقاول كافة الموانع والعوائق التي تمنع من قبض الشيء الذي وقع عليه العمل، ويكون رب العمل متمكنا منه، وتحت تصرفه.

---

١) ينظر: عقد المقاولة، عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، (ص: ٢٠٠).
٢) القانون المدني في العقود المسماة، د. محمود مرشحة، ص(١٢٨).

– فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته لذلك وتلف – العمل – في يد المقاول أو تعيب بدون تقصير منه فلا ضمان عليه، ويتحمل رب العمل تبعة عدم التسليم.

٣– عليه أن يبادر إلى دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا كان الاتفاق على غير ذلك أو جرى العرف في ذلك على طريقة مخصوصة.

فعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: قال الله تعالى: ((ثَلاثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ يَومَ القِيامَةِ: رَجُلٌ أعْطَى بي ثُمَّ غَدَرَ، ورَجُلٌ باعَ حُرًّا فأكَلَ ثَمَنَهُ، ورَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أجِيرًا فاسْتَوْفَى منه ولم يُعطِه أجرَه)) [١].

– فإن أخل رب العمل بالتزامه ولم يبادر إلى دفع ما يستحقه المقاول، فهل يحق للمقاول حبس عين العمل حتى استيفاء الأجرة؟ خلاف بين الفقهاء على أربعة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية [٢]، ووجه مذهب الشافعية [٣]، إلى أنه إن كان لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط والصباغ ونحوهما، وكان الأجر حالًا ليس مؤجلًا، فإن له حبس العين حتى يقبض الأجرة، ولا ضمان عليه؛ لأن العين أمانة في يده، وفي حبسها لا يكون متعديا فلا يجب عليه الضمان، وإن لم يكن لعمله آثر، كالحمال، والملاح فلا يحق له حبس العين.

ودليل ذلك: أن المعقود عليه إن لم يكن له آثر، كالحمل مثلا؛ عرض لا يتصور بقاؤه، وليس له آثر في العين حتى يتصور حبسه، بخلاف

١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إثم من باع حرًا، حديث رقم: (٢٢٢٧).

٢) ينظر: العناية شرح الهداية (٩/ ٧٧)

٣) ينظر: المهذب للشيرازي (٢/٢٧١)

ما كان له لأن المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع [١].

القول الثاني: ذهب المالكية [٢]، والإباضية [٣]، إلى أن المقاول له أن يحبس ما في يده مطلقًا.

ودليل ذلك :

أن المقاول بائع لمنفعته فكان أحق بما عمل، ولأن المقاول تسلم العمل بيده فصار كأنه سلعة مبيعة بيده، فحق حبس ما تسلمه حتى يقبض الأجرة كالبائع يحبس السلعة حتى يتسلم الثمن[٤].

القول الثالث: المذهب عند الشافعية [٥]، ووجه عند الحنابلة [٦]، أن يوضع العين عند عدل حتى يقبض المقاول أجرته.

ودليل ذلك:

أنه لما وجب لكل واحد من المتعاقدين على الآخر ما قد استحق قبضه بموجب العقد، فالمقاول يستحق تسلم الأجرة، ورب العمل يستحق تسلم العين، وليس هناك أحد أولى من الآخر بالتسليم، فيجبر كل واحد منهما على قضاء صاحبه حقه عن طريق العدل الذي ينصب لهذه المهمة.

---

١) ينظر: تبيين الحقائق، للزيعلي، (٥/ ١١١)

٢) ينظر: المدونة، للإمام مالك (٤/ ٤٩٥)، التاج والإكليل، لأبي عبد الله المواق (٥٦٠/٧).

٣) ينظر: شرح النيل وشفاء العليل، لمحمد أطفيش، (٢٠٨/١٩).

٤) ينظر: فقه المعاملات، (١٢٦/١).

٥) ينظر: تحفة المحتاج (٥/ ١٥٩)، نهاية المحتاج (٤/ ٣٥١).

٦) ينظر: الإنصاف (٢٧٣/١٥).

القــول الرابــع: ذهـب زفـر مـن الحنفيـة [١]، ووجـه فـي مـذهب الشافعية [٢]، والمذهب عند الحنابلة[٣]، أنه لا يحق للمقاول أن يحبس العين ليستوفي الأجرة، فإن فعل ضمن.

ودليل ذلك:

لما كان عمل المقاول (المعقود عليه) متصلا بملك المالك كالصبغ في الثوب، والخياطة فيه، والبناء على أرضه، صار المعقود عليه مسلما حكما إلى صاحب العين لاتصاله بملكه، فسقط حق الحبس به [٤].

والراجح – والله أعلم – أن المقاول إذا كان يخشى من رب العمل ألا يسلمه الأجر؛ فإن له أن يحبس العمل حتى يقوم صاحبه إما بتسليم الأجر، أو يقوم بتسليم عدل يرضى به المقاول يكون ضامنًا له؛ صيانةً لحقوق العاملين في ظل فساد الذمم في الوقت الحاضر، والحالة هكذا فإن هلك محل العقد فلا ضمان عليه؛ لأن المقاول أحضره لربه منجزًا على الصفة المطلوبة، وهو تركه اختيارا بعدم الالتزام بدفع الأجرة المتفق عليها، فلا يكون المقاول متعديًا ولا يجب عليه الضمان.

– وعليه فإذا هلك محل العقد بأي فعل أو تصرف لرب العمل قبل التسليم، ضمنه وتحمل تبعة هلاكه؛ بلا خلاف بين الفقهاء [٥].

---

١) ينظر: تبيين الحقائق، للزيعلي، (٥/ ١١١)

٢) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢/٢٧١)

٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (٥/ ٣١١).

٤) ينظر: تبيين الحقائق، للزيعلي، (٥/ ١١١)

٥) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٥٦٦/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (١٥٠/٣)، وتحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي (٣٩٣/٤)، والإنصاف في معرفة الراجح، للمرداوي، (٥٠١/١١).

الموقف القانوني:

وبالنظر في نصوص القانون المدني العماني نجد أنه لم يختلف عن التشريع الإسلامي فيما أقره من التزامات لرب العمل؛ حيث تضمنت النصوص نفي الضمان عن المقاول في أي فساد كان سببه إخلال رب العمل بالتزامه، وهو ما نصت عليه المادة (٦٣٨) بالتزام رب العمل بتسلم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه.

وكذلك يلتزم بالوفاء بالأجر عند تسلم العمل حسب المادة (٦٣٩)، إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك، وإذا لم يعين في العقد أجر على العمل استحق المقاول أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل وهو ما أكدته المادة (٦٤٢) والمادة (٦٤٣)، وكذلك إذا لم يتفق المهندس الذي قام بتصميم البناء والإشراف على تنفيذه على الأجر استحق أجر المثل طبقا للعرف الجاري، إذا طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل وفقا للتصميم الذي أعده استحق أجر مثل ما قام به، ووضحت المادة (٦٣٣) مشاركة رب العمل والمقاول تبعة هلاك العين إن حبس المقاول العمل ليستوفي أجرته حيث نصت على:

١ – إذا كان لعمل المقاول أثر في العين جاز له حبسها حتى يستوفي الأجرة المستحقة وإذا تلفت في يده قبل سداد أجره فلا ضمان عليه ولا أجر له.

٢ – إذا لم يكن لعمله أثر في العين فليس له أن يحبسها لاستيفاء الأجرة فإن فعل وتلفت كان عليه ضمان الغصب.

المطلب الثالث

هلاك محل عقد المقاولة بفعل أجنبي.

المقصود بهلاك المحل بالفعل الأجنبي: الأجنبي قد يكون الشخص الفضولي الذي لا علاقة له بالعقد وجنى بفعله على مال غيره، وقد يكون السبب الذي لا يرجع لفعل غيره، ويدخل فيه الظروف الطارئة، والتصرفات التي يمكن التحرز منها، وكذلك التي لا يمكن التحرز عنها كالقوة القاهرة والجوائح السماوية [١].

– فإذا هلك المحل بفعل شخص أجنبي، ضمنه وتحمل تبعة الهلاك؛ وذلك باتفاق الفقهاء [٢]؛ وذلك لأنه جنى على ملك غيره، ومن أتلف شيئا ضمنه.

– وكذلك إذا استجد بعد التعاقد ظروف استثنائية خارجية عن إرادة المقاول ولم يكن بوسعه توقعها أو تفاديها كشحة المواد الإنشائية، أو حدوث ظروف طارئة لم يكن بالوسع توقعها مما يترتب عليها تأخير المقاول عن إتمام العمل خلال المدة المتفق عليها أو عجزه عن التنفيذ، وبطبيعة الحال يعفى المقاول عن كل مسؤولية حين يثبت أن سبب التأخير أو العجز لا يعود له وإنما يثبت أن ذلك حدث بسبب أجنبي أو حدوث قوة قاهرة أي يثبت العلاقة السببية بين العجز والسبب [٣].

---

١) التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان البركتي، ص١٥٤.

٢) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٥٦٦/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (١٥٠/٣)، روضة الطالبين، للنووي (٥٠٢/٣)، والإنصاف في معرفة الراجح، للمرداوي، (٥٠١/١١)

٣) بحث عجز المقاول عن تنفيذ المقاولة، د. عماد محمد ثابت الملا حويش، ص(١٢٨).

– وعليه؛ فإن تعاقد رب العمل مع مقاول على عمل بمواصفات معينة وشروط محددة، علي أن يسلمها المقاول في ميعاد متفق عليه مسبقًا، وكان المتعاقد – رب العمل – قد أتم التزامه، وجاء ميعاد التسليم ولم يسلم المقاول العمل المتفق عليه، فمن حق رب العمل رفع دعوى للقضاء مطالباً بتسليم العمل، وبعد النظر في سبب التأخير:

١– إذا كان التأخر في تسليم العمل بسبب منه – المقاول – بتعدي أو تقصير أو بسبب يمكن التحرز منه على قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن[١]؛ فليس له الرجوع في هذا الاتفاق وعليه أن يقوم بتنفيذه، وليس له المطالبة بمبلغ زائد على مبلغ الاتفاق، ما دام التأخر كان بسبب منه هو كما مر وعليه تبعة الهلاك كليًا كان أو جزئيًا، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ ﴾ [٢] .

– لو فرض أن التأخر لم يكن بسبب من المقاول بل بسبب ظروف قاهرة حالت دون التنفيذ، كأن ارتفعت الأسعار بعد العقد ارتفاعاً كبيراً بحيث يصبح تنفيذ الاتفاق مرهقاً جداً للمقاول، ويتكبد في سبيله خسائر ماحقة، فهنا يرفع الأمر للقضاء لكي يحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين، وإلى هذا ذهب مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة، فجاء في قراره[٣]:

١– في العقود متراخية التنفيذ كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات، إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غَيّر الأوضاع والتكاليف

١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥).

٢) سورة المائدة : (١).

٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم ٦٥/ ٣ / ٧ المنعقد في جدة في ٧/ ١٢ / ١٤١٢ هـ.

والأسعار تغيراً كبيراً – بأسباب طارئة عامة – لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يُلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع – وبناء على الطلب – تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

كما يجوز له فسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من العقد، بحيث يتحقق ذلك بينهما دون إرهاق الملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢- ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

الموقف القانوني:

اهتم قانون المعاملات المدني العماني بتحقيق التوازن بين نصوصه، فإن لم يفرد باب لتبعة هلاك محل عقد المقاولة، إلا أنه لم يهمل ما ينظم العلاقة بين طرفي العقد الملزم للجانبين بالإضافة إلى ما ذكره من نصوص ضمن التزامات المقاول ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٦٣٢) من أن المقاول يضمن ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه، والمادة (٦٤٨) أنه إذا بدأ المقاول في التنفيذ ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب لا يد له فيه فإنه يستحق قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ بقدر ما عاد على صاحب العمل من نفع.

وأما ما ورد في حالة استحالة التنفيذ من الأحكام العامة الملزمة للجانبين المادة (٣٣٩) أنه ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك إذا حال عذر دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه أو إنهاءه حسب الأحوال وهو ما وضحته المادة (٦٤٧) من القانون ذاته.

المبحث الثاني

المسؤولية الناتجة عن هلاك محل عقد المقاولة

المطلب الأول

تحمل تبعة هلاك محل العقد

المقصود بتحمل تبعة الهلاك: هو تحديد مَن مِن المتعاقدين يتحمل الخسائر التي قد تنتج جراء هلاك محل العقد وخروجه عن الانتفاع المقصود، وكذلك القواعد التي تحكم تحمل تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين، وكيفية تضمين ما تحت أيديهم من عهد وأمانات الغير، كالقماش في يد الحائك، والسيارة في يد السائق، ومواد البناء في يد المقاول [١].

والصانع أو الأجير المشترك: هو الذى يعمل لكل من يطلب منه صنعته أو خدمته كالحرفيين الذين يقدمون أعمالهم لكل من يطلبها دون أن تكون لهم تبعية إدارية لأرباب المصالح.

والأصل في الصانع أو الأجير الأمانة؛ لأن ما تحت يده من عهد وأموال الغير إنما كان بإذنه، فلا يضمن ما تلف منها بسبب تعامله الطبيعي دون عدوان أو تقصير؛ فالضمان لا يجب في حكم الأصل إلا بالعدوان وما في حكمه.

قال تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾ [٢].

وقال تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ ﴾ [٣].

---

١) التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان البركتي، ص٢٤٢.

٢) سورة البقرة: ١٩٤

٣) سورة النحل: ١٢٦

عن سمره بن جندب، أن النبي ﷺ قال: (على اليَدِ ما أَخَذَتْ حتى تُؤَدِّيَه) [١].

ومع هذا الأصل التشريعي الذى اعتمده الفقهاء في احتساب يد الأجير والصانع على مال رب العمل يد أمانة إلا أنهم اجتهدوا في حماية ما تحت يد الأجير من عهد وأموال لأصحابها، ومدى إمكان تضمين العامل أو الأجير قيمة ما يتلف منها ليزداد تحملا للمسؤولية، وقد فصل الفقهاء ذلك في مسألة تضمين الصناع أو بمعنى آخر هل يد الصانع يد أمانة أم يد ضمان؟ واختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة [٢]، والأظهر عند الشافعية [٣]، والحنابلة في المشهور [٤]، إلى أن يد الصانع يد أمانة، أي أنه لا يضمن، إن هلك محل العقد بسبب لا يرجع إلى فعله بل يرجع إلى الحفظ مثلا أو ما في معناه.

القول الثاني: ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن [٥]، ووجه عند الشافعية [٦]، وبعض الحنابلة [٧]، إلى أن يد الصانع، يد ضمان، أي أنه يضمن بالقبض مطلقًا، إلا إذا وقع التلف بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كحريق غالب، أو كان الصانع لم ينفرد باليد.

---

١) أخرجه أبو داود في سننه باب تضمين العارية (٣٥٦١)، والترمذي باب ما جاء في أن العارية مؤدَّاة، (١٢٦٦)، وقال حسن لغيره.

٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٤/ ٢٠٥).

٣) ينظر: روضة الطالبين، للإمام النووي (٥/ ٢٢٨).

٤) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (١٤/٤٧٤).

٥) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥)، وتبيين الحقائق، للزيعلي (٥/ ١٣٤).

٦) ينظر: روضة الطالبين، للإمام النووي (٥/ ٢٢٨).

٧) ينظر: المبدع، لبرهان الدين ابن مفلح (٤/٤٤٦).

القول الثالث: ذهب المالكية [١]، والإباضية [٢]، إلى أن الأصل في يد الأجير المشترك أنها يد أمانة، ولكن لما فسد الناس، وظهرت خيانة الأجراء ضمن الصناع، وكل من تقتضي المصلحة العامة تضمينه من الأجراء المشتركين حيث تقوم به التهمة، وهو من باب الاستحسان، وعلى هذا فضمان الصناع عند المالكية ضمان تهمة لا ضمان أصالة، ولا يضمن عند المالكية إلا بشروط، منها: [٣]

الأول: أن ينتصب للصنعة لدى عامة الناس، فلا ضمان على الصانع الخاص بجماعة.

الثاني: أن يغيب ربها عن الذات المصنوعة، فإن عمل الصانع في بيت رب السلعة، فلا ضمان عليه، جلس معه ربها أم لا، عمل بأجر أم لا، وكذا لو صنعت بحضرة ربها، ولو في محل الصانع.

الثالث: ألا تقوم بينة على ما ادعاه من تلف أو ضياع فإن قامت بينة بهلاكه بغير سببه فلا ضمان، وهذا يقوي أن ضمان الصناع عند المالكية ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة، لا ضمان أصالة.

الرابع: ألا يكون الصانع أحضره لربه مصنوعا على الصفة المطلوبة، ويتركه ربه اختيارا فيضيع.

---

١) ينظر: مواهب الجليل (٥/ ٤٣٠).

٢) ينظر: شرح النيل وشفاء العليل، لمحمد أطفيش، (١٦٤/١٩).

٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٢٩/٤)، ومواهب الجليل (٤٣١/٥ – ٤٣٢)، وشرح النيل وشفاء العليل، لمحمد أطفيش، (١٦٤/١٩).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل القول الأول على ما ذهبوا إليه بالكتاب والمعقول.

أما الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ [١].

وجه الدلالة:

أن الأصل ألا يجب الضمان إلا على المتعدي، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأنه مأذون له في القبض، والهلاك ليس من صنعه، فلا يجب الضمان عليه، ولهذا لا يجب الضمان على المودع[٢].

وأما المعقول:

١- أن العين أمانة في يد الأجير؛ لأنه لم يقبض العين لمصلحته فقط حتى تكون مضمونة عليه مطلقا، وإنما قبضها لمصلحته ولمصلحة ربها، فكانت يده كيد المستأجر، لا يضمن ما كان بغير فعله، ولهذا لو هلكت بسبب لا يمكن التحرز منه لم يضمنه، ولو كانت العين مضمونة عليه مطلقا لضمنها من غير فرق بين ما يمكن التحرز منه، وما لا يمكن [٣].

٢- أن المعقود عليه الصنعة، وليس الحفظ، فإذا تلف شيء بسبب الصنعة ضمنه، وإذا تلف المصنوع بسبب يرجع إلى الحفظ لم يضمن إلا أن يتعدى أو يفرط، لأن القبض حصل بإذن المالك فلا يكون مضمونا عليه.

---

١) سورة البقرة: ١٩٣

٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٤/ ٢٠٥).

٣) ينظر: العناية على الهداية (٩/ ١٢٢).

دليل القول الثاني: استدل القول الثاني على ما ذهبوا إليه بالمعقول.

وهو أن الحفظ مستحق على الأجير المشترك؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فكان العقد واردا على الحفظ، ولأن عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه، فيضمن بالهلاك كما في الوديعة إذا كانت بأجر[١].

دليل القول الثالث: استدل القول الثالث على ما ذهبوا إليه بالمعقول.

أن وجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط، وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: [٢]

الأول: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق.

والثاني: وإما أن يعملوا، ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين

الرأي الراجح وسبب الترجيح :

بعد عرض أقوال الفقهاء والنظر في أدلتهم والمناقشة الواردة عليها يتبين أن القول الثاني القائل بأن يد الصانع، يد ضمان، أي أنه يضمن بالقبض مطلقًا، إلا إذا وقع التلف بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كحريق غالب، أو كان الصانع لم ينفرد باليد.

– وعليه فإن هلك محل عقد المقاولة بأي سبب أجنبي أو قوة قاهرة لا يمكن التحرز منها، فلا يضمن المقاول، وإن كان يتقاسم تبعة هلاك محل

١) ينظر: العناية على الهداية (٩/ ١٢٢).
٢) ينظر: الاعتصام للشاطبي (٢/ ١١٩).

العقد مع رب العمل، بعدم استحقاق أجره، لأن الأجر مقابل العمل وقد انتفى، ويتحمل رب العمل فقدان خسارة العين والمواد إن كانت من جهته.

الموقف القانوني:

على الرغم من دقة القانون المدني العماني في سرد أحكام المقاولة وعقد قوانين خاصة بها وبالتزامات كلا الطرفين إلا أنه، لم يفرد قانون لتبعة هلاك محل عقد المقاولة خاصة، وإن ذكره في جملة ضمن التزامات المقاول، بالإضافة إلى الأحكام العامة الخاصة بالضرر وانحلال العقد، وعليه يمكن الاستئناس في ذلك بما جاء في أحكام العقود الملزمة للجانبين، حيث نصت المادة (١٧٢) في الفقرة الأولى أن في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

وفي الفقرة الثانية إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء الذي استحال تنفيذه، وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط إعذار المدين.

كذلك وضحت المادة (١٧٣) أنه إذا تم فسخ العقد أو انفسخ أعيد المتعاقدان إلى الحال التي كانا عليها قبل العقد مع أداء الحقوق المترتبة على ذلك، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض.

وإذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور كان غير ملزم بالتعويض ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك وهو ما آكدته المادة (١٧٧).

وهذا كله استئناسًا لما جاء في المادة (٦٣٢) التي تنص على أن المقاول يضمن ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه.

وكذلك يكون عليه ضمان عام على المواد – إن لم تكن من رب العمل – كما يشترك مع المقاول المهندس الاستشاري في الضمان العشري وهو ما بينته المادة (٦٣٤) من أن المهندس والمقاول يكونان ضامنين لكل ما يحدث خلال ١٠ سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها، وهذا الضمان يشمل ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

المطلب الثاني

أركان المسئولية العقدية وشروط تحققها [١]

واستنادًا إلى مبدأ تضمين الصناع يلتزم كل طرف من أطراف العقد بالوفاء بالالتزامات المفروضة عليه؛ فإن قصر أو تعدى في تنفيذ التزاماته تحمل تبعة الضرر بمسئوليته العقدية، **ويقصد بالمسئولية عند اطلاقها:** تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه أو عمن يتولى رقابته والإشراف عليه. [٢]

وأما المسئولية العقدية يقصد بها: تلك المسئولية التي يتحملها طرفي العقد نتيجة الإخلال بالعقد من أي منهما بمقتضى علاقات قانونية تستوجب حلول في تحمل تبعات أخطائهم متى كانت متصلة بتنفيذ العقد. [٣]

---

١) تنقسم المسئولية المدنية بطبيعتها إلى نوعين وهما: المسئولية العقدية، والمسئولية التقصيرية، وتنشأ المسئولية نتيجة الإخلال بالالتزامات أو الواجبات لأحد طرفي العلاقة، سواء كانت علاقة تعاقدية نشأت بصورة إرادية، أو علاقة مدنية نشأت بصورة غير إرادية، وعلى الرغم من اتحاد المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية سواء من حيث الأساس الواحد الذي تقوم عليه المسؤوليتان وهو "أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه تحمله والتعويض عنه"، أومن حيث وحدة الأركان المتمثلة في ركن الخطأ والضرر وعلاقة السببية، إلا أنهما تختلفان فيما بينهما في كثير من الأحكام التي تميز كل واحدة عن الأخرى حتى تطبق كل منهما فيما تخصه من وقائع، وما يهمنا هنا هو الفرق بينهما من حيث مدى تحمل تبعة الضرر: فإن المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول. أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر، سواء كان متوقع أو غير متوقع الحدوث. ينظر: المسئولية المدنية (التعويض في المسئوليتين التقصيرية والعقدية)، إبراهيم سيد أحمد، (ص: ٧٤٥).

٢) ينظر: مصادر الالتزام (المسئولية المدنية)، عبد القادر العرعاري، (ص:٧).

٣) ينظر: المرجع السابق (ص: ٣٩).

وهي ترتكز على أركان ثلاثة حيث يحق لكل من تضرر بسبب خطأ شخص آخر أن يقيم دعوى أمام المحكمة المختصة يطالب فيها المتسبب في ذلك بأن يتحمل نتيجة الخطأ، ويجبر الضرر الحاصل له والخسائر التي تكبدها أو الكسب الذي فاته، والمسؤولية العقدية لتنتج آثرها وجب توفر أركانها، وهي:

١- **الخطأ**: وهو الإخلال بواجب قانوني أو تعاقدي أو طبيعي يرتكبه المسؤول عن الضرر مع إدراكه أن سلوكه ذلك يعد انحرافا عن التصرف العادي، كأن ينجز مقاول الأشغال المسندة إليه على وجه مخالف لما تم الاتفاق عليه، أو أن يمتنع رب العمل عن صرف أجور عماله، أو أن يترك شخص السيارة التي بعهدته في الطريق العام، ويقع عبئ إثبات الضرر من حيث المبدأ على عاتق المضرور.

٢- **الضرر**: وهو الأذى الفعلي الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، ويكون إما ماديا ينال من مصلحة ملموسة للشخص مثل خسارة رب العمل صفقة معينة بسبب عدم تسليم المقاول العمل في الميعاد المتفق عليه، وإما معنويا أدبيا يتمثل في الاعتداء على جانب غير مادي لمصلحة المتضرر كأن يتم المساس بسمعة الشركة بسبب تقصير المقاول في تسليم العمل في موعده المحدد.

٣- **علاقة السببية بين الخطأ والضرر**: وهذا هو المعيار المحدد لقيام المسؤولية وانتفائها، بحيث لا تلقى المسؤولية على الشخص إلا إذا كان تصرفه الخاطئ هو المتسبب في الضرر الحاصل، كأن يقع شخص ضحية حادث سير بسبب رعونة وعدم تبصر سائق المركبة، أو أن يتكبد صاحب العمل خسائر مادية فادحة بسبب تقصير مباشر من أحد موظفيه.

فإذا اجتمعت عناصر المسؤولية الثلاثة جاز للمتضرر أن يلجأ إلى القضاء من أجل المطالبة، بتحمل تبعة الضرر، أو ما يعادل قيمته اللاحقة به.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد العلاقة السببية لقيام المسؤولية وانتفائها عن أطراف العقد وفيما يلي نلقي عليها الضوء بإيجار:

أولًا المذهب الحنفي : يشترط الحنفية لقيام العلاقة السببية أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد والمباشر لإحداث النتيجة، أما إذا ساهمت عوامل أخرى فلا يمكن قيام السببية إلا إذا أمكن إضافة هذه العوامل إلى فعله وهو ما يسمونه بإضافة العلة إلى السبب، ومثال ذلك: أن يستخدم المقاول مواد غير صالحة للبناء، فيحدث أضرار بسبب الرياح أو غيره، فلا تقوم العلاقة السببية المباشرة بين فعل المقاول والضرر، لأن فعل المقاول ليس مباشراً للضرر وإنما متسببًا، لكن النتيجة حصلت من فعل أجنبي وهو الرياح وهو العامل المباشر للضرر[١]، ولذلك فهم لا يعتبرونه ضررًا مباشراً و إنما ضررًا بالتسبب [٢].

– وبالتالي فهم يرون بقطع العلاقة السببية إن كان متسبباً وبين النتيجة، ويستنتج من ذلك أن المذهب الحنفي يتفق مع نظرية السببية المباشرة والتي تعتبر أن الجاني لا يسأل عن النتيجة إلا إذا كان فعله متصلا مباشرةً بها، أما إذا تداخلت بينهما عوامل أخرى فتقتصر مسؤوليته عن فعله الذي أحدثه بشكل مباشر فقط.

١) ينظر: الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغياني، (٤/٤٧٦).

٢) ينظر: المرجع السابق، (٤/٤٧٦)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، (٧/٢٧٢)

ثانياً المذهب المالكي: يرى فقهاء المالكية أن العلاقة السببية بين فعل الجاني و النتيجة تقوم إذا كان الفعل الذي قام ملائماً وكافياً لحصول النتيجة، حتى لو ساهمت معه عوامل أخرى سواءً توقّعها الجاني أو كان من المفترض أن يتوقّعها وفقاً لمقتضى العادة والعرف والواقع، ولا يشترط المالكية أن يكون الجاني مباشِراً للفعل حتى يسأل عن النتيجة بل يسأل عنها حتى لو كان مسبِّباً لها، حيث يكفي أن يكون الفعل الذي قام به كافياً لتحقيق النتيجة حتى لو ساهمت معه عوامل أخرى و كان بإمكانه توقعها، فإن قدّم المقاول موادًا غير صالحة فتهدم البناء، فإن فعل المقاول يكون ملائماً و كافياً لإحداث النتيجة، ولا يمكن اعتبار أن سبب الضرر هو عدم صلاحية البناء بل السبب هو تقديمه [١].

ونلحظ مما تقدّم أن المذهب المالكي يتوافق مع نظرية السببية الملائمة والتي تقول بمسؤولية الجاني عن النتيجة المترتبة على فعله مباشرة، وعن النتائج المألوفة الأخرى المترتبة على ذلك الفعل .

ثالثاً المذهب الشافعي والحنبلي: تكون علاقة السببية قائمة بين فعل الجاني والنتيجة كلما كان من المحتمل أو يغلب الظن أن هذا السلوك من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة حتى لو تداخلت عوامل أخرى مع فعل الجاني، فيكون السبب هو ما أفضى إلى الحكم بواسطة أو بوسائط، فلو وكل المقاول مهندس في غير محله وتعين على ذلك ضرر للعمل، فإن السببية تقوم بين فعل المقاول والنتيجة، حيث كان يجب على المقاول توقّع ذلك أو يغلب الظن حدوث تلك النتيجة و بالتالي تقوم العلاقة السببية بين فعله والنتيجة [٢].

---

١) ينظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢٤٤/٤) .

٢) ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (٣١٣/٩)، المبدع، لبرهان الدين ابن مفلح (٢٠٥/٧)

كما أنهم ينظرون إلى العامل الأقوى في إحداث النتيجة وليس العامل المباشر وبالتالي فإن المسؤولية تقع على السبب و ليس العلة، فهم يعتدّون بالسبب الأقوى و المنتج سواءً كان مباشراً أو مباشر[١].

ونلحظ مما تقدّم: أن الشافعية والحنابلة يتفقون مع المالكية عندما يبنون العلاقة بين الفعل والنتيجة على السببية الملائمة والمنتجة ويوسعون من نطاق الفعل ليشمل المباشرة و التسبّب، لكنهم يعتبرون قيام السببية بين الفعل والنتيجة على غلبة الظن، في حين أن المالكية يعتبرون أيضاً أن قيام السببية بمجرد أن يكون فعل الجاني كافياً وملائماً لإحداث النتيجة ولكن وفقاً لمقتضى الواقع والعرف، إضافة لذلك فإن الشافعية والحنابلة يأخذون بالسبب الأقوى في حدوث الضرر حتى وإن لم يكن مباشراً .

بخلاف الحنفية الذين يقولون بالسببية المباشرة حيث يشترطون لقيام العلاقة السببية أن يكون الفعل هو السبب الوحيد والمباشر لإحداث النتيجة، أما إذا ساهمت عوامل أخرى فلا يمكن قيام السببية إلا إذا أمكن إضافة هذه العوامل إلى الفعل نفسه أو ما يسمى بإضافة العلة إلى السبب.

ولكي تتحقق المسؤولية العقدية، لتحديد الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالالتزام بالعقد، لزم توفر شروطها وهي [٢]:

١- **وجود عقد بين المسؤول والمضرور:** يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين الدائن والمدين يتضمن التزامات محددة سواء كان ملزماً للجانبين أم ملزماً لجانب واحد. وإذا لم يوجد عقد أصلاً (كحالة النقل بالمجان على سبيل المجاملة، حالة الخطأ الواقع في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد) فلا تقوم المسؤولية العقدية، وإنما يتعين إثارة قواعد المسؤولية التقصيرية.

---

١) ينظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، لأحمد سراج الدين، ص ١٧٩ .

٢) ينظر: المسؤولية العقدية، محمد حاتم البيات، ص: ١٠٦.

٢- **أن يكون العقد صحيحاً وتاماً:** وإن لم يرد بشأن هذا الشرط نص قانوني في القانون العماني وغيره من التشريعات العربية الأخرى .

لكنه يستنتج من طبيعة المسؤولية المدنية العقدية والتي تقوم على أساس عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد على نحو صحيح ومشروع، فلو كان الالتزام لا يستند إلى سبب صحيح أو كان سببه غير مشروع، أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة؛ فلا يلزم المدين بتنفيذه، وعلى العكس جاز له أن يطلب إبطال هذا العقد القابل للإبطال، كذلك الأمر إذا كان الالتزام قد نشأ فيه غلط أو تدليس فإن العقد الذي تضمنه يكون غير صحيح.

٣- **أن تقوم المسؤولية العقدية بين طرفي العقد:** أما إذا أثيرت المسؤولية من شخص أجنبي عن العقد، فلا تعد هذه المسؤولية عقدية، ويمكن أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي، كالقوة القاهرة.

٤- **أن يكون الضرر ناشئاً من عدم تنفيذ التزام تعاقدي:** يلزم أيضاً لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الضرر الذي لحق بالمتضرر راجعاً إلى عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه العقدي، ولا تقوم هذه المسؤولية إذا لم ينسب الضرر الواقع إلى عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته في العقد، فهذه حالة من حالات المسؤولية المدنية التقصيرية.

والأصل أن يشمل عدم التنفيذ أي التزام عقدي سواءً أكان التزاماً أصلياً أم التزاماً تبعياً كالتزام المقاول بسلامة العمل فترة الضمان المقررة.

ويتضح مما سبق أن الالتزام العقدي يكون الخطأ فيه هو عدم بذل القدر الواجب من العناية فلا يكفي من المقاول أو رب العمل هنا إثبات عدم تنفيذ الالتزام بل عليه إثبات الخطأ المتمثل في أن أحد طرفي العقد لم يقم ببذل العناية اللازمة والمطلوبة في تنفيذ التزامه، وعلاقة الضرر الحادث بالخطأ وأنه نتيجة لذلك الخطأ.

الخاتمة

الحمد لله الذي ما جرى قلمٌ لولاه، والصّلاة والسّلام على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه ومن ولاه.

أهم النتائج :

١) تحفظ الشريعة الإسلامية حق المقاول في حبس العين المعقود عليها، لحين استفاء كامل أجرته.

٢) لا يتحمل المقاول تبعة هلاك محل عقد المقاولة بأي سبب أجنبي أو قوة قاهرة لا يمكن التحرز منها.

٣) يتحمل المقاول تبعة هلاك محل عقد المقاولة إن كان الهلاك بفعله وتصرفه.

٤) يتحمل رب العمل تبعة هلاك محل عقد المقاولة إن كان الهلاك بفعله وتصرفه.

٥) يتقاسم المقاول تبعة هلاك محل العقد مع رب العمل في الظروف الطارئة والحوائج القدرية، بعدم استحقاق أجره، ويتحمل رب العمل فقدان خسارة العين والمواد إن كانت من جهته.

٦) أن للمتضرر من الفسخ أن يطالب الطرف الآخر بتعويضه في الحدود التي يقرها العرف، بعد أن يثبت العلاقة السببية بين الفسخ والضرر الواقع عليه.

٧) لرب العمل اللجوء إلى التنفيذ العيني أو الفسخ نتيجة طبيعية لإخلال المقاول في تنفيذ التزامه.

أهم التوصيات:

١) نشر الثقافة القانونية، خاصة المتعلقة منها بباب المعاملات لحاجة الناس إليها في حياتها اليومية.

٢) ينبغي على الباحثين مزيد من البحث في هذا الموضوع لأهميته وتشعبه، خاصة الصورة الحديثة منه، واحتياج المكتبة الإسلامية له.

فهرس المصادر والمراجع

١) القرآن الكريم.

٢) أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم رحمه الله الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة – السعودية، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤ م .

٣) أحمد سراج الدين، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر– لبنان، ١٩٩٣ م.

٤) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو إسحاق برهان الدين (ت ٨٨٤ هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧م.

٥) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦ هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.

٦) إبراهيم سيد أحمد، المسئولية المدنية (التعويض في المسئوليتين التقصيرية والعقدية)، الناشر: دار الكتب القانونية تاريخ الإصدار: ٠١ يناير ٢٠٠٦ م.

٧) أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧ هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، الطبعة: الأولى ١٣٢٧ – ١٣٢٨ هـ.

٨) أحمد بن حسين بن علي بن رسلان المقدسي الرملي الشافعي الملقب بشهاب الدين أبو العباس (ت ٨٤٤ هـ)، شرح سنن أبي داود، تحقيق: عدد من الباحثين بدار الفلاح بإشراف خالد الرباط، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم – جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٧ هـ – ٢٠١٦ م.

٩) أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت ٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

١٠)أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣ – ٨٥٢ هـ)، فتح الباري بشرح البخاري، المكتبة السلفية – مصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٠ – ١٣٩٠ هـ.

١١)جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان – الاردن ، ١٩٧٧م.

١٢)دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، (بدون ناشر) الطبعة: الثانية، ١٤٣٢ هـ.

١٣)زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت ٩٧٠ هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة: الثانية، دار الكتاب الإسلامي.

١٤)رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م.

١٥)كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي [ت ٨٦١ هـ]، شرح فتح القدير على الهداية، شركة مكتبة ومطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الأولى، ١٣٨٩ هـ – ١٩٧٠ م.

١٦)عبد الحميد الشرواني، حاشية على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر دار إحياء التراث العربي، ١٣٥٧ هـ – ١٩٨٣ م.

١٧)عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام (المسئولية المدنية)، الطبعة الثالثة، دار الأمان، آكدال – الرباط، ٢٠١١م.

١٨)عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق: الدكتور عبد اللَّه بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.

١٩)عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي – القاهرة، دار الكتب العلمية – بيروت، وغيرها، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧ م.

٢٠)عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٤ هـ.

٢١) عماد محمد ثابت الملا حويش، بحث عجز المقاول عن تنفيذ المقاولة، مجلة جامعة الرافدين للحقوق، العدد الخامس، ٢٠٠٠م.

٢٢)علي بن أحمد أبو محمد، بن سعيد بن حزم الأندلسي [الظاهري، ت ٤٥٦ هـ]، المُحلَّى بالآثار أبو محمد، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، وكتب مقدمتها سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٤ م، دار الفكر – بيروت، دون تاريخ نشر .

٢٣)علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، أبو الحسن الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.

٢٤)محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد

السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ – ١٩٩١م .

٢٥)محمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار عطاءات العلم (الرياض) – دار ابن حزم (بيروت)، الطبعة: الثالثة، ١٤٤٠ هـ – ٢٠١٩ م (الأولى لدار ابن حزم)، تحقيق (محمد أجمل الإصلاحي)، تخريج (سراج منير محمد منير)، مراجعة (سليمان بن عبد الله العمير، عبد الرحمن بن صالح السديس).

٢٦)محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، باشر تصحيحه: جمع من أفاضل العلماء، مطبعة السعادة – مصر، وصوّرَتها: دار المعرفة – بيروت، لبنان .

٢٧)محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ .

٢٨)محمد بن إسماعيل البخاري، أبو عبد الله (١٩٤ – ٢٥٦ هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه.

٢٩)محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي القاضي المعافري المالكي (ت ٥٤٣هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م.

٣٠)محمد عثمان طاهر شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، دار النفائس، الطبعة الثانية:١٤٣٠هـ – ٢٠١٠م.

٣١)محمد بن محمد الخطيب الشربيني، شمس الدين [ت ٩٧٧ هـ]، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، حققه وعَلّق عليه: علي محمد معوض – عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ – ١٩٩٤ م.

٣٢)مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، أبو الحسين، الجامع الصحيح «صحيح مسلم».
٣٣)مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٣٤)محمد أمين، الشهير بابن عابدين (ت١٢٥٢هـ)، شركة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ، ١٩٦٦ م.
٣٥)محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م) الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .
٣٦)محمد بن يوسف بن أبي القاسم الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي (ت ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
٣٧)محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الناشر: دار الفضيلة، الطبعة الأولى: ١٩٩٩ م .
٣٨)محمود مرشحة، القانون المدني في العقود المسماة، دمشق، مطبعة أبن خلدون، ١٩٩٥م.
٣٩)مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة.
٤٠)مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع السلسلة: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٤١)محمد حاتم البيات، المسؤولية العقدية، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، مجلد القانون الخاص، دمشق، ٢٠٠٨م.

٤٢)منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلّق عليه: هلال مصيلحي مصطفى هلال – أستاذ الفقه والتوحيد بالأزهر الشريف، الناشر: مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

٤٣)محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، الحواشي: لليازجي وجماعة من اللغويين، دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة – ١٤١٤ هـ.

٤٤)محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد – جدة، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

٤٥)مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة .

References :

1) alquran alkarim.
2) 'iibrahim bin muhamad bin eabd allh bin muhamad abn muflih 'abu 'iishaq burhan aldiyn (t 884 ha), almubdie fi sharh almuqaniea, dar alkutub aleilmiati, bayrut , altabeat al'uwlaa, 1418 hi - 1997m.
3) 'abu ashaq 'iibrahim bin eali bin yusuf alshiyrazii (t 476 ha), almuhadhab fi fiqh al'iimam alshaafieii, dar alkutub aleilmiati.
4) 'abu bakr bin maseud alkasanii alhanafiu (t 587 hu), badayie alsanayie fi tartib alsharayiei, eala' aldiyn, altabeatu: al'uwlaa 1327 - 1328 hi.
5) 'ahmad bin husayn bin eali bin raslan almaqdisiu alramliu alshaafieiu almulaqab bishihab aldiyn 'abu aleabaas (t 844 ha), sharh sunan 'abi dawud, tahqiqa: eadad min albahithin bidar alfalaah bi'iishraf khalid alribat, dar alfalah lilbahth aleilmii watahqiq altarathi, alfayuwm - jumhuriat misr alearabiat, altabeati: al'uwlaa, 1437 hi - 2016 mi.
6) 'ahmad bin eali 'abu bakr alraazi aljasas alhanafiu (t 370ha), 'ahkam alqurani, tahqiqu: eabd alsalam muhamad eali shahin, dar alkutub aleilmiat bayrut - lubnan, altabeat al'uwlaa, 1415h/1994m.
7) 'ahmad bin eali bin hajar aleasqalanii (773 - 852 hu), fath albari bisharh albukhari, almaktabat alsalafiat - masr, altabeat al'uwlaa, 1380 - 1390 hi.
8) jaefar alfadli, alwajiz fi aleuqud almadaniati, maktabat dar althaqafat lilnashri, eamaan - alardin , 1977m.
9) dibyan bin muhamad aldibyan, almueamalat almaliat 'asalat wamueasaratu, (bdun nashir) altabeati: althaaniati, 1432 hi.
10) zin aldiyn bin 'iibrahim bin muhamad, almaeruf biaibn najim almisrii (t 970 hu), albahr alraayiq sharh kanz aldaqayiqi, altabeata: althaaniati, dar alkitaab al'iislamii.
11) rafiq yunis almisriu, munaqasat aleuqud al'iidariati, dar almaktabii liltibaeat walnashr waltawziei, dimashq , altabeat al'uwlaa, 1420 hi / 1999 mi.
12) kamal aldiyn muhamad bin eabd alwahid alsiyuasi thuma alsakandari, almaeruf biaibn alhumam alhanafii

[t 861 ha], sharh fath alqadir ealaa alhidayati, sharikat maktabatan wamatbaeat musfaa albabi alhalabii wa'awladuh bimasr, altabeati: al'uwlaa, 1389 hi - 1970 mi.

13) eabd alhamid alsharwani, hashiat ealaa tuhfat almuhtaj liabn hajar alhitmi, almaktabat altijariat alkubraa bimisr dar 'iihya' alturath alearabii, 1357 hu - 1983 mi.
14) eabd allah bin 'ahmad bin muhamad bin qadamat, almughni, tahqiqu: alduktur eabd alllah bin eabd almuhsin alturki, alduktur eabd alfataah muhamad alhalu, dar ealam alkutub liltibaeat walnashr waltawziei, alrayad, altabeati: althaalithati, 1417 hi - 1997 mi.
15) eabd allah bin mahmud bin mawdud almawsilii alhanafii, aliaikhtiar litaelil almukhtari, matbaeat alhalabi - alqahirata, dar alkutub aleilmiat - bayrut, waghiriha, 1356 hu - 1937 mi.
16) ethaman bin eali alziylei alhanafii, tabyin alhaqayiq sharh kanz aldaqayiqi, alnaashir: almitbaeat alkubraa al'amiriat - bulaq, alqahirati, altabeat al'uwlaa, 1314 hi.
17) eimad muhamad thabit almulaa huish, bahath eajz almuqawil ean tanfidh almuqawalati, majalat jamieat alraafidayn lilhuquqi, aleadad alkhamis, 2000m.
18) eali bin 'ahmad 'abu muhamad, bin saeid bin hazm al'andalusi [alzaahri, t 456 hu], almuhlla bialathar 'abu muhamad, tahqiqu: da. eabd alghafaar sulayman albandari, wakatab muqadimataha sanat 1405 hi - 1984 mu, dar alfikr - bayrut, dun tarikh nushr .
19) eali bin muhamad bin habib albasarii albaghdadiu, 'abu alhasan alshahir bialmawardii (t 450h), alhawi alkabir fi fiqh madhhab al'iimam alshaafieay, tahqiqa: alshaykh eali muhamad mueawad - alshaykh eadil 'ahmad eabd almawjudi, dar alkutub aleilmiati, bayrut - lubnan, altabeata: al'uwlaa, 1419 ha -1999 ma.
20) muhamad bin 'abi bakr bin 'ayuwb bin saed shams aldiyn abn qiam aljawzia (t 751hi), 'iielam almawqiein ean rabi alealamina, tahqiqu: muhamad eabd alsalam 'iibrahim, dar alkutub aleilmiat - yirut, altabeatu: al'uwlaa, 1411h - 1991m.

21) muhamad bin 'abi bakr shams aldiyn abn qiam aljawziati, zad almuead fi hady khayr aleabadi, dar eata'at aleilm (alriyad) - dar abn hazam (biruta), altabeatu: althaalithati, 1440 hi - 2019 m (al'uwlaa lidar aibn hazm), tahqiq (muhamad 'ajmal al'iislahi), takhrij (sraj munir muhamad munir), murajaea (sulayman bin eabd allah aleumayr, eabd alrahman bin salih alsidis).
22) muhamad bin 'ahmad bin 'abi sahl shams al'ayimat alsarukhsii (t 483 ha), almabsuta, bashar tashihahu: jame min 'afadil aleulama'i, matbaeat alsaeadat - masr, wswwratha: dar almaerifat - bayrut, lubnan.
23) muhamad bin 'ahmad bin earfat aldisuqii almaliki (t 1230h), hashiat aldasuqi ealaa alsharh alkabir dar alfikri, bidun tabeat wabidun tarikhi.
24) muhamad bin 'iismaeil albukhari, 'abu eabd allh (194 - 256 hu), aljamie almusnid alsahih almukhtasar min 'umur rasul allah salaa allah ealayh wasalam wasunanah wa'ayaamahu.
25) muhamad bin eabd allh 'abu bakr bin alearabii alqadi almueafiriu almalikii (t 543hi), 'ahkam alqurani, dar alkutub aleilmiati, bayruta, altabeatu: althaalithata, 1424 hi - 2003 mi.
26) muhamad euthman tahir shbir, almadkhal 'iilaa fiqh almueamalat almaliati, dar alnafayisi, altabeat althaaniati:1430h - 2010m.
27) muhamad bin muhamad alkhatib alshirbini, shams aldiyn [t 977 ha], mughniy almuhtaj 'iilaa maerifat maeani 'alfaz alminhaji, haqaqah weallq ealayhi: eali muhamad mueawad - eadil 'ahmad eabd almawjudi, dar alkutub aleilmiati, altabeatu: al'uwlaa, 1415 hi - 1994 mi.
28) mislim bin alhajaaj bin muslim alqushayri alniysaburi, 'abu alhusayn, aljamie alsahih <<sahih muslmi>>.
29) malik bn 'anas bin malik bin eamir al'asbahii almadanii (t 179ha), almudawanati, dar alkutub aleilmiati, altabeati: al'uwlaa, 1415hi - 1994mi.
30) muhamad 'amin, alshahir biabn eabidin (t1252h), sharikat mustafaa alhalabi wa'awladuh bimasra, hashiat

radi almuhtar ealaa alduri almukhtari, altabeat althaaniat 1386 ha, 1966 mi.
31) muhamad eamim al'iihsan almujadadiu albarikati, altaerifat alfiqhiata, dar alkutub aleilmia ('iieadat safin liltabeat alqadimat fi bakistan 1407h - 1986m) altabeati: al'uwlaa, 1424h - 2003m.
32) muhamad bin yusif bin 'abi alqasim algharnati 'abu eabd alllh almawaq almaliki (t 897hi), altaaj wal'iiklil limukhtasar khalil, dar alkutub aleilmiati, altabeatu: al'uwlaa, 1416h-1994m.
33) mahmud eabd alrahman eabd almuneam, muejam almustalahat wal'alfaz alfiqhiati, alnaashir: dar alfadilati, altabeat al'uwlaa: 1999 m .
34) mahmud murashahatu, alqanun almadanii fi aleuqud almusamaati, dimashqa, matbaeat 'abn khaldun, 1995m.
35) mustafaa 'ahmad alzarqa, eaqd alaistisnaei, majalat majmae alfiqh al'iislamii, tasdir ean munazamat almutamar alaslamii bijidatin.
36) mustafaa alzarqa, almadkhal alfiqhiu aleama, dimashqa, dar alqalam liltibaeat walnashr waltawzie alsilsilatu: alfiqh al'iislamiu fi thawbih aljadida, altabeat althaaniat 1425h - 2004m.
37) mansur bin yunis bin 'iidris albuhuti, kashaf alqinae ean matn al'iiqnaei, rajaeh wellq ealayhi: hilal musilihi mustafaa hilal - 'ustadh alfiqh waltawhid bial'azhar alsharif, alnaashir: maktabat alnasr alhadithat bialriyad.
38) muhamad bin makram bin ealaa 'abu alfadl jamal aldiyn aibn manzur al'ansari (t 711ha), lisan alearabi, alhawashi: lilyazji wajamaeat min allughawyin, dar sadir - bayrut, altabeata: althaalithat - 1414 hu.
39) muhamad bin yusif bin eisaa 'atfishi, sharah alniyl washifa' alealili, maktabat al'iirshad - jidati, altabeat althaalithat 1405hi / 1985m.
40) majalat majmae alfiqh al'iislamii altaabie limunazamat almutamar al'iislamii bijidatin, tasdur ean munazamat almutamar alaslamii bijidatin.