مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

نظرات في التعاقد من الباطن في القانون الجزائري وإمكانية الاستفادة منه قانونا وشرعا في المصارف الإسلامية الجزائرية

دراسة فقهية مقارنة ومقاربة –عقد مقاولة البناء انموذجا–

Visions in subcontracting in Algerian law; And the possibility to take advantage of it legally and from sharia view-point in Algerian Islamic banks Critical comparative jurisprudence study - the case of contracting-

الطالب. محي الدين بوزيان
mohyiddinebouziane@gmail.com
د. بوبكر بعداش
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة

تاريخ الإرسال: 13_11_2019 **تاريخ القبول: 04_04_2020**

الملخـــص:

من أهم صيغ المعاملات المالية المعاصرة في التطبيق الإداري وخاصة في مقاولات البناء: **التعاقد من الباطن**، الذي نجد صورته مطبقة أيضا في المصارف الإسلامية تحت مسميات أخرى، وقد نستفيد منه في الجزائر لاسيما بعد فتح المجال للصيرفة الإسلامية ومحاولتها تقنين نشاطها وتأطيره، وعليه اتبعت المنهج التحليلي المقارن لبيان وجه التقارب بين التعاقد من الباطن، والاستصناع العقاري الموازي في مبحثين: الأول في التعريف بهما وبنشأتهما وتطورهما، والثاني نظرات –مقاربة– بين التعاقد من الباطن في مقاولة البناء في

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

القانون الجزائري والاستصناع العقاري الموازي في المصارف الإسلامية –مصرف السلام الجزائري مثالا، حيث سيجلي أهميةَ العلاقة والتماثل، وضرورةَ معرفة الفروق من حيث الحقيقة والأحكام، وتقريبَ وجهات النظر بين الشريعة والقانون واستفادةَ كل منهما من ميزات الآخر واقعيا، وهذا استغلالا للتوجهات الجديدة للجزائر لحل أزمات خانقة كالسكن.

الكلمات المفتاحية: التعاقد من الباطن والتوازي– القانون والمصارف – المقاولة.

Abstract:

One of the most important forms of contemporary financial transactions in the administrative application in Algeria, especially in the field of construction contracts is subcontracting. As it has become noticeable that it is applied in Islamic banking under different names, and might as well, be beneficial in Algeria after opening the way for Islamic banking and attempting to codify and supervise its activity; I have, subsequently, followed the analytical comparative approach to demonstrate the reality of subcontracting and its legal adaptation and provisions through two sections. The first section dealt with definitions, origins and areas of application; while the second focused on listing its provisions as applied to contracting – as the most common type of contracts،- where it will demonstrate the importance of the relationship and symmetry, and the need to know the differences in terms of truth and judgments, and comprehensiveness and familiarity, and the precedence in the subtraction, and validity for every time and place. The aim is to bring together views from Sharia and the law and the use of each other features in reality, and

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

the exploitation of the new directions of Algeria to solve crises such as housing.

Keywords: Subcontracting - Law and Banking - Contracting.

المقدمـــة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ **بالله** من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده **الله** فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا **الله** وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

أما بعد: فلا يخفى على أحد أن الجزائر اليوم تعيش تطورات غاية في الضخامة والتحول، ويهمنا من هذه التغيرات ما يتعلق بتقنين الصيرفة الإسلامية التشاركية وبحث ما يقاربها في القانون الوضعي، وقد وجدت أن من أهم صيغ المعاملات المالية المعاصرة في التطبيق الإداري القانوني: التعاقد من الباطن، الذي تتعامل إدارات الدولة به في التعمير بشكل أو بآخر كمديرة أو منجزة أو مشرفة أو مراقبة له، حيث استحدثت فيه مواد قانونية خاصة لاسيما في مجال مقاولات البناء والتعمير.

وموضوع بحثنا هذا من المواضيع الجديدة القديمة التي يبحث الناس فيها عن الحكم الشرعي الواضح، سواء كانوا أفرادا أو رجالَ أعمال أو شركاتٍ أو مصارفَ إسلامية أو إدارات أو شرعيين أو قانونيين لمعرفة الحلال من الحرام، والوصول إلى حكم إبرام عقد مع طرف ليبرم هو الآخر العقدَ نفسَه مع طرف ثالث برضاه أو بدونه، وسواء أكان مقاولا أصليا أو مقاولا فرعيا وسواء أكان مصرفا أو بنكا أو إدارة أو غيرهم، ولا يخفى أن المعاملات قد تطورت وأن المشاريع قد كثرت وكبرت واستدعت اجتماع جهود جهات متخصصة في العمل أو في المشروع الواحد ولا تستطيع جهة واحدة التكفل بكل جوانبه ومتطلباته فتضطر للاستعانة بغيرها، وقد يكون دافعها الأساسي هو الإتقان أو السرعة في الإنجاز فتلجأ إلى تقاسم أو تقسيم العمل على جهات أخرى ربحا للوقت

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

وطلبا للجودة، ويتم اللجوء إلى البنوك في هذا المجال –عادة– قصد التمويل، والكثير يخشى أن تكون هذه المعاملة محرمة لوجود النهي عن بيعتين في بيعة أو قد تكون مدخلا للربا بالوساطة الصورية التي يقصد منها التحايل على المحرمات، خاصة وأن هذه الصيغ مما تتعامل به البنوك غالبا، ولا نستثني المصارف الإسلامية، فهي تطبق هذه الصيغة ذاتها تحت مسميات أخرى، وبحكم طابعها الإسلامي ظهرت بعض الاختلافات التي قد تبدو جوهرية أحيانا، أما المصارف الإسلامية الجزائرية فتريد تطبيق هذه الصيغ، لكنها تحتاج إلى غطاء قانوني إداري لمزاولة نشاطها بشكل آمن من النواهي الشرعية فلا تقع في المخالفات الشرعية من ناحية، وتسلم من الضغوط الإدارية والمخالفات القانونية من ناحية أخرى، لأنها خاضعة لمراقبة الدولة وقوانينها وعلى رأسها البنك المركزي الجزائري، وقد اقتصرت في التمثيل لذلك على مصرف السلام الجزائري فقط[1].

ومن نعم الله علينا في هذا البلد أن فُتِحَ البابُ أخيرا أمام الصيرفة الإسلامية لمزاولة مختلف نشاطاتها بحرية تحت حماية القانون، لكن لا يزال الأمر يحتاج إلى مشاورات

[1] – ربحا للوقت واحتراما لشرط تحديد الصفحات، واخترته في الدراسة التطبيقية للتمثيل فقط، وليس للتطبيق عليه بشكل مباشر، لأن غرضي من الدراسة في الحقيقة تأصيل وتعميم الفكرة على البنوك، ولذلك لم أذكره في العنوان لفائدة عموم التأصيل، أي لتكون العبرة بعموم التأصيل لا بخصوص الانموذج، ومن هنا تستفيد البنوك كلها من الموضوع بدون استثناء، ومن ناحية أخرى خشيت أن يطول عنوان البحث فاقتصرت على التنبيه في النص والتهميش، وفي الحقيقة سأطبق على الأفكار والتطبيقات كمنتجات اقتصادية تجارية نظريا، ولست أريد التطبيق على ما تقوم به المصارف فعليا على أرض الواقع فالبحث نظري في الأفكار–وإن ذكرتُ كلمة تطبيقات في العنوان–، فأنا أريد التأسيس لما سيكون لا ما هو كائن، وهو بحث إمكانية التقنين الإداري لمنتجاتِ وتطبيقات المصارف الإسلامية فيما يخص الصيرفة المالية التشاركية.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

ودراسة وضبط ومزيد بحث لجعل أحكام الشريعة في قالب قانوني، أو لعله يمكن تعديل قوانين التعاقد من الباطن في الجزائر، ودراستها دراسة شرعية نقدية هادفة وبناءة، بالاحتكام إلى نصوص الوحي والأخذ باجتهادات الفقهاء القدامى والمعاصرين، والاستفادة من الحضارة الإسلامية كما تم الاستفادة من الحضارات الغربية الأخرى فيما يتعلق باستمداد القانون، بدون إقصاء لأي جهة كانت، والمهم أن يكون النفع لصالح العباد والبلاد، والحد من كل فساد.

ولعل أهم الأزمات التي تُقلِق السير الحسن لشؤون الدولة: أزمة السكن، ومعلوم أنه من أهم ضرورات الحياة في المجتمع، ويُرجِع المسؤولون أسبابها إلى أمور سياسية واقتصادية، ولكن المتخصصين في هذا المجال بالذات أرجعوا الأمر إلى سوء التسيير والتنظيم، وركَّزُوا على أمر في غاية الأهمية وهو وجوب إعادة النظر في المنظومة القانونية برمتها خاصة مجال التعاقد من الباطن ولاسيما في جانب المقاولات، وضرورة فتح الآفاق للمصارف الإسلامية للمساهمة بصيغها وتطبيقاتها الشرعية المختلفة وتوفير الحماية القانونية لها، وتسهيل الأمور الإدارية والأطر التنظيمية لمعاملاتها، ومنها ما يسمى بمقاولة البناء الموازية[1] وهي نفسها الاستصناع العقاري الموازي كتطبيق جديد قديم، وقد بدأت هذه الأخيرة بتفعيلها في انتظار استحداث المنظومة القانونية لذلك، ومن هنا يوجد عندنا قوانين جاهزة في القانون التجاري والمدني خاصةٌ بالتعاقد من الباطن في المقاولات عموما وأهمها مقاولات البناء، وعندنا أحكام خاصة بالاستصناع العقاري الموازي المطبق على مستوى المصارف الإسلامية والمعاملات المالية التشاركية.

[1] – كما أني سأقتصر في دراستي المقارنة المقاربة على الأحكام العامة فيما تعلق بمقاولة البناء الموازية لأنها الأقرب من كل النواحي لأهم قوانين مقاولة البناء من الباطن.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

ولهذا فالإشكالية الرئيسة: هل يمكن المقاربة بالمقارنة بين كل من قوانين التعاقد من الباطن في القانون الجزائري الخاصة بمقاولات البناء وبين أحكام تطبيقات المصارف الإسلامية ومنها مقاولة البناء الموازية (أو ما يسمى بالاستصناع العقاري الموازي) للاستفادة منها شرعا وقانونا في التقنين والإجراءات والتسيير والتنظيم؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية: ما هو التعاقد من الباطن وما هي أحكامه في القانون الجزائري فيما يتعلق بمقاولات البناء؟ وهل وفق المشرع في تنظيمه؟ وما هو تكييفه الشرعي؟ وما هي تطبيقاته في المصارف الإسلامية؟ وهل بالإمكان الاستفادة من مواده في تقنين هذه التطبيقات؟ وما المقصود بالمقاولة الموازية (الاستصناع العقاري الموازي)؟ وما هي أوجه الائتلاف والاختلاف؟ وكيف يمكن الاستفادة مما في الشريعة الإسلامية وحيا واجتهادا في تقويم ودعم وإصلاح المنظومة القانونية ورقيها فيما يخص مقاولة البناء من الباطن؟.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره: تكمن أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يلي:

1) وجود إشكال كبير في شساعة الهوة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وطغيان الغموض والضبابية والتعميم الخالي من الدقة والوضوح والبيان، بالإضافة إلى قلة الدراسات في هذا المجال الهام خاصة في هذا الظرف الحساس الذي بدأت تتقارب فيه الرؤى بجدية عن الصيغ القانونية لتفعيل الصيرفة الإسلامية في الجزائر، وتعبيد الطريق لها قانونيا وإداريا نحو التجسيد البناء.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى:

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

1. الإسهام في إيجاد أرضية جاهزة لتقنين فقه المعاملات المالية التشاركية "الإسلامية"، ولفت الانتباه إلى وجود الحلول في القانون الجزائري للتسريع في وضع المنظومة القانونية والإطار التنظيمي لضبط عمل ومنتجات المصارف الإسلامية الجزائرية.

2. الكشف عن حقيقة التعاقد من الباطن وأحكامه وتكييفه الشرعي وذكر أوجه الائتلاف والاختلاف لبيان درجة التقارب والصلة، والاجتهاد في بيان الأحكام وتصوير المسائل واستنطاق الواقع لمعرفة التطابق وتقليب وجهات النظر، بدراسة المنطلقات ومكامن الإبداع وأسباب الحاجة ومنابت الضرورة وقمة النضج من حيث الاجتهاد الفكري والتطبيق العملي، وكذا المساهمة في نهضة الاقتصاد والصيرفة الإسلاميين الفتيين في الجزائر، وتنوير المكتبة القانونية بآراء شرعية، والسعي لتليين القوانين الإدارية وتقريبها للاستفادة منها في تقنين تطبيقاتها، وتوفير الغطاء الإداري لمختلف المعاملات المصرفية الإسلامية.

3. المساهمة في إثراء ودعم وتقويم المنظومة القانونية الجزائرية لمواكبة التقدم المتسارع في مجال التنمية، وتخفيف حدة التخوف من الصيرفة الإسلامية، وتذليل الصعوبات العلمية في إمكانية الاستفادة من الشريعة الإسلامية والاجتهادات الجماعية التكاملية المؤسساتية الفريدة من نوعها في مجال المعاملات المالية الإسلامية، فالإداري والقانوني عندما يعرف ويقف على الحقائق بنفسه من خلال مقارنات غير حادة، ومقاربات جادة، فيزول مع البيان فوبيا الإسلام، وتعدَّلُ القوانين لتحقيق النفع العام.

4. فتح الشهية وتفتيق الآفاق لطلبة الدكتوراه لوضع مشاريعَ هادفة تبنى على الدراسة النقدية المقارنة المنصفة لكل ما يتعلق بالتعاقد من الباطن سواء من الناحية المدنية أو التجارية أو القضائية وحتى الاقتصادية وغيرها للاستفادة من إيجابياتهما جميعا.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

المنهج العلمي المتبع في البحث والدراسات السابقة:

إن طبيعة هذه الدراسة تقتضي إعمال المنهج العلمي القائم على **التحليل** و**الاستنباط** و**المقارنة** بين القانون[1] والفقه.

وبعد البحث في الدراسات العلمية وعلى الشبكة، لم أجد دراسة متكاملة عقدت المقارنة بين الشريعة والقانون في ثنائي هذا الموضوع: التعاقد من الباطن بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مقاولة البناء بين قوانين الإدارة وتطبيقات المصارف الإسلامية، وجل الدراسات الموجودة أو كلها –في حدود علمي–لم تجمع بينهما لا بدراسة نقدية ولا بدراسة مقارنة.

خطة البحث: المقدمة:

1) المبحث الأول: التعاقد من الباطن وتكييفه الشرعي (الحقيقة والنشأة والمجالات)

1. المطلب الأول: التعريف بالتعاقد من الباطن ونشأته وتطوره ومجالاته.

1) 1. 1– الفرع الأول: التعريف بالتعاقد من الباطن لغة واصطلاحا.

1) 1. 2– الفرع الثاني: نشأة وتطور البحث في موضوع التعاقد من الباطن ومجالاته.

2. المطلب الثاني: التكييف الشرعي للتعاقد من الباطن ومقارنته بأقرب تطبيقات المصارف الإسلامية.

[1]– بالنسبة لتهميش القوانين والمواد والمراسيم إن نقلتها من مصادرها القانونية الصرفة وثّقها، وإن نقلتها من الكتب التي استعنت بها، اكتفيت بتوثيق تلك الكتب التي نقلتها منها وعزوتها إليها، والعهدة فيها غالبا على الراوي نظما وفهما، قال الله ﷻ ﴿الذي خلق السموات والأرض وما بينهما في ستة أيام ثم استوى على العرش الرحمن فسئل به خبيرا﴾ [سورة الفرقان آية 59].

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

1) 2. 1– الفرع الأول: المقارنة من حيث الحقيقة والماهية

1) 2. 2– الفرع الثاني: المقارنة بين النشأتين ومجالات التطبيق

2) **المبحث الثاني: نظرات –مقارنة مقاربة–بين مقاولة البناء من الباطن في القانون الجزائري ومقاولة البناء الموازية (الاستصناع العقاري الموازي) في المصارف الإسلامية الجزائرية**

1. **المطلب الأول: مدخل مفاهيمي عن عقد مقاولة البناء من الباطن ومقاولة البناء الموازية.**

2) **1.** 1– الفرع الأول: التعريف بعقد مقاولة البناء من الباطن لغة واصطلاحا ولمحة تاريخية عن نشأتها وتطورها.

2) **1.** 2– الفرع الثاني: التعريف بعقد مقاولة البناء الموازية لغة واصطلاحا والفرق بينها وبين الاستصناع والإجارة.

2. **المطلب الثاني: المقاربة بين أهم قوانين عقد مقاولة البناء من الباطن في القانون الجزائري وأحكام المقاولة لموازية (الاستصناع العقاري الموازي) في المصارف الإسلامية الجزائرية.**

2) **2.** 1– الفرع الأول: مقاربة عامة بين أهم قوانين وأحكام العقدين في القانون الجزائري وتطبيقات المصارف الإسلامية.

2) **2.** 2– الفرع الثاني: مقاربة تفصيلية بين أهم قوانين وأحكام العقدين في القانون الجزائري وتطبيقات المصارف الإسلامية.

الخاتمة/والتوصيات/المراجع

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

1) المبحث الأول: التعاقد من الباطن وتكييفه الشرعي (الحقيقة والنشأة والمجالات)

1. المطلب الأول: التعريف بالتعاقد من الباطن ونشأته وتطوره ومجالاته.

1) 1. 1– الفرع الأول: التعريف بالتعاقد من الباطن لغة واصطلاحا.

أ–التعريف بالتعاقد من الباطن لغة:

التعاقد من الباطن مصطلح غربي ترجم ترجمة حرفية للمعنى في اللغة العربية، ولذلك سنعرف معناه الحرفي فيها ثم نعرف ماذا كان المراد منه في مقابل ترجمة معناه في اللغة الفرنسية، **فالتعاقد لغة:** من العقد على وزن تفاعل تفاعلا وهو ثلاثي مزيد، وكل زيادة في المبنى زيادة في المعنى والمقصود هنا الدلالة على معنى المشاركة، أي أن هناك طرفان كلاهما أبرم العقد مع الآخر، والعقد لغة: مصدر عقد الشيء يعقده عقدا وتعاقدا، وعقده، إذا شدَّه، فانشدَّ، فهو نقيض الحل، فـــ " العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدّ وشدّة ووثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها"[1]، ويطلق على معان منها: **الربط والشّدّ والتّشديد والجمع والضمان والعهد والتوثق والإلزام والإحكام والإبرام**، وهو في الأصل للحبل ونحوه من المحسوسات ثم أطلق في: البيوع والمواثيق وغيرها، و"**مِنَ**" هنا حرف جر جاء لبيان وتحديد جنس التعاقد.

[1]– أحمد بن فارس القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـــ–1979م: 86/4.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

والباطن لغة[1] أيضا هو: الخفاء، الإتقان، الداخل والتوسط، داء البطن، العمق، السريرة والطوية، الحقيقة، والباطِن: اسم من أسماء الله الحسنى، ومعناه: الذي لا يُحَسّ، وإنما يُدرَك بآثاره وأفعاله، ولا يُعلَم كُنْهُ حقيقته للخلق، والعالُم ببواطن الأمور والمطّلع على حقيقة كلّ شيء، والذي يهمنا هنا معنى الخفاء والإتقان، لما لهما من علاقة بالعقود، فالمتعاقد من الباطن كالمستأجر من الباطن هو: المستأجر من مستأجر، والمقاول من الباطن هو: الذي يعمل من خلال مقاول آخر ويحل محله في عمل ما، أو هو مقاول يأخذ بشكل تبعي قسما من أعمال المقاول الأصلي، وقد لا يظهر للعلن ويلجأ إليه طلبا للسرعة والإتقان.

ب– التعريف بالتعاقد[2] من الباطن اصطلاحا:

مصطلح "الباطن" أو "من الباطن" من المصطلحات المعاصرة، التي وُجِدت صورتها في الكتب الفقهية فهو: "عقد بين طرفين ناشئٌ عن عقد سابقٍ، مترتب عليه، يكون أحد طرفيه هو نفسه أحد طرفي العقد السابق، مقتضاه انتقالُ ما لزم هذا الطرف بموجب ذلك

[1]– قال في معجم مقاييس اللغة: 259/1: "الباء والطاء والنون أصل واحد لا يكاد يخلف، وهو إنسي الشيء والمقبل منه. فالبطن خلاف الظهر... وباطن الأمر دخلته، خلاف ظاهره". وانظر للتوسع والاستزادة: تهذيب اللغة: 237/7، الصحاح تاج اللغة: 2079/5، مجمل اللغة: 128/1، النهاية في غريب الحديث:136/1، مختار الصحاح: 36/1، لسان العرب: 54/13، تاج العروس: 264/34، الصحاح في اللغة: 46/1. المعجم الوسيط: 62/1،

[2]– التعاقد اصطلاحا من العقد، وهو في اصطلاح الفقهاء مرتبط بمعناه اللغوي، وله تعريف: عام وخاص، فالخاص هو: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"، أما العام فهو: "ما ألزم به المرء نفسه". وانظر: البحر الرائق شرح كتر الدقائق: 87/3، وتيسير الوصول إلى قواعد الأصول ومعاقد الفصول: 54/1.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

العقد الأول من مسؤوليات، أو بعضها، أو كلها، أو ما له من حق ومنفعة إلى طرف آخر ليس طرفاً في العقد السابق، مع بقاء مسؤولية الطرف الأول في ذلك العقد"[1]، وهو أقرب للوصف منه للتعريف لكنه شامل لكل جزئياته.

أما كتب القانون فقد ذكرت تعاريف كثيرة له منها: "أن التعاقد من الباطن يلجأ إليه المدين (المتعاقد المشترك) لتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى عقده الأصلي مع الدائن (المتعاقد الأصلي)، أو للحصول على منفعة ناتجة عنه"[2].

وأضبط منه في نظري أن يقال بأنه: "عقد فرعي (خفي) يُعْطِي لشخص أو شركة ما حاصلة على عقد (أصلي) رئيسي تم إبرامه مع جهة ما تسمى (المشغل/ الإدارة / الشركة) حق تكليف شركة أو جهة أخرى تسمى (المتعاقد الخفي)، بتنفيذ جزء من هذا العقد أو كله طلبا لتقاسم العمل أو الإتقان والتخصص والجودة أو السرعة في الإنجاز".

1) 1. 2– الفرع الثاني: نشأة وتطور البحث في موضوع التعاقد من الباطن ومجالاته.

- **نشأة وتطور البحث في موضوع التعاقد من الباطن:**

مصطلح التعاقد من الباطن مصطلح غربي جاء نتيجة ترجمة القوانين إلى اللغة العربية ترجمة حرفية كسائر المصطلحات القانونية الأخرى، فقد "نشأ مصطلح العقد من

[1]– سامي الماجد، ملخص بحث: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في قسم الفقه: 02.

[2]– قيس جبار مصطفى، نتائج بحث التعاقد من الباطن وتطبيقاته في بعض العقود المدنية، رسالة ماجستير 2008: 6/1.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

الباطن أول مرة نشأة غير عربية، منصوصاً عليه في مدونات القوانين الغربية"[1]، "ثم ظهر استعمال المصطلح عربياً مع نشأة مدونات القانون المدني والتجاري في بعض البلاد العربية، التي كانت تستقي موادها القانونية من القوانين الغربية، فانتقل المصطلح مترجماً من اللغات الأجنبية مع ما انتقل من مصطلحات قانونية أخرى"[2]، ومع أن المصطلح معاصر إلا أن صورته قديمة جدا حتى "وإن لم يكن معروفاً باسمه عند الفقهاء المتقدمين، إلا أنه معروف بصورته تحت تسميات أخرى؛ كالمستأجر يؤجر، والوكيل يوكّل، والمضارب يضارب، وأنه قديم قدم العقود نفسها"[3].

وتكاد تجمع المصادر القانونية والإدارية والأكاديمية أن اهتمام القانون بالتعاقد من الباطن لم يظهر إلا في القرن العشرين، وهذا لا يعني أنه لم يوجد على أرض الواقع قديما، بل الأكيد أنه كان موجودا ولو بصور بسيطة في التعامل بين الناس كما مر قبل قليل، لكن تقنين هذه الظاهرة بشكل رسمي لم يظهر إلا في فرنسا سنة 1975 حيث فرضت نفسها بشكل واضح في التعامل على أرض الواقع، ولابد من حل لمشاكله المتراكمة، واستفادة من منافعه المتزايدة"، وبشأن التعاقد من الباطن فقد جرت التقاليد في القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين على اعتبار ظاهرة المقاولة من الباطن le phono mendé sous - Traitance نظاما مهجورا على أساس أنها المظهر الوحيد له،

[1]– انظر: فيصل المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية: 06، وليد جمعة حماية المقاول من الباطن في عقود الأشغال العامة: 03.

[2]– سامي الماجد، ملخص بحث: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في قسم الفقه: 03.

[3]– سامي الماجد، ملخص بحث: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في قسم الفقه: 03.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

حيث كان ينظر إليها نظرة عدم رضا باعتبارها أمرا شاذا أو غير مألوف، ... وكان اللجوء إليها يتم بصورة استثنائية وفي أضيق الحدود، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فأن المبدأ الذي كان سائدا في القرن التاسع عشر وحاز على اقتناع أغلب الفقهاء، هو مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي Character imtuit personnel في إطار عقود الأشغال العامة"[1]، ثم تطورت التشريعات القانونية حسب تطور الظاهرة ومشاكلها، وقد حظيت باهتمام كبير جدا بالتقنين في دول مختلفة والكتابة فيها قانونيا وإداريا وأكاديميا وحتى شرعيا.

والتعاقد من الباطن في حقيقة الأمر –وإن أراد بعضهم[2] دراسته دراسة شرعية في الفقه الإسلامي على ضوء الشريعة الإسلامية وتطبيق الفتاوى عليه من خلال صوره الواقعية المطبقة في بحث ماجستير – إلا أنه يبقى موضوعا قانونيا بحتا، ورغم أنني ما قرأت إلا ملخص تلك الدراسة، لكن أعجبتني فكرته كثيرا، وكم تمنيت لو تمت دراسة كل قوانين ومواد التعاقد من الباطن دراسة نقدية شرعية، ودراسة تشريعاته القضائية الجزائرية (في القوانين الإدارية والمدنية وغيرها) على ضوء الكتاب والسنة، ويُنطَلَقُ من تعريفهم له وحدود العمل به ونطاقه ومجالاته الحقيقية على أرض الواقع، وقد أشار المؤلف إلى أن التعاقد من الباطن يصدق على كثير من الصور التي وجدت في تراثنا الفقهي العريق، لكن المؤلف لم ينقد تلك القوانين، وألخص عذره حسب علمي في ثلاثة

[1]– فيصل المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه في الحقوق/القاهرة، 2013: 06.

[2]– وهو سامي الماجد، لكني لم أقرأ إلا ملخص رسالته للدكتوراه في قسم الفقه بعنوان: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي، على الشبكة وقد أشرت إليه سابقا.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

أمور: أولها أن التعاقد من الباطن –وإن وجد في السعودية– إلا أنه لا يوجد له إطار قانوني واضح رغم التطور الحاصل والنقلة النوعية في المقاولات الكبرى والمنشآت العمرانية والصناعية وغيرها والباحث سعودي الأصل، وثانيها أن الدولة السعودية لا تزال في الكثير من تشريعاتها المدنية والتجارية والقضائية تأخذ بنصوص الشريعة واجتهادات العلماء، وثالثها أن البحث ركز على أحكام وأصول وشروط وقواعد الصورة المعاصرة للعقد من الباطن في الفقه الإسلامي، ولذلك أخذ الفكرة ودرس معطياتها انطلاقا من تأصيلات فقهية لا من معطيات واقعية، وأظن أنه أراد أن تكون دراسته معلما ينبغي البدء منه لا نهاية ينبغي الوصول إليها، وهنا يظهر الفرق بين التأسيس والنقد[1].

- **مجالات تطبيق التعاقد من الباطن:**

اشتهر التعاقد من الباطن في مجال المقاولات لدرجة أنه لا يكاد يتصور في غيرها، لا لأنه لا يوجد فيما سواها ولكن لكثرة التداول والتطبيق في مجالها، فعندما يطلق مصطلح التعاقد من الباطن ينصرف الذهن مباشرة إلى عقد المقاولة بمعناها الخاص المقصور على مشاريع البناء، ولكنه مع ذلك نجد التعامل به في المقاولة بمعناها العام وهو

[1] – 1–التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، نجم حمد الأحمد/عين شمس مصر، (دكتوراه)، 2– آثار التعاقد من الباطن في العقود الإدارية دراسة مقارنة، سلطان يحيى، ج. الملك عبد العزيز الرياض/ (ماجستير)، 3–التعاقد من الباطن فى العقود الإدارية، (دراسة تطبيقية مقارنة) (دكتوراه)، فيصل خالد المكراد، جامعة القاهرة، 4–التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، مـــازة حنـــان، ج. وهران 2، (دكتوراه)، 2016، 5–حماية المقاول من الباطن في عقود الأشغال العامة، وليد جمعة، (دكتوراه) في الحقوق/عين شمس، 2000، 6–ولعل أجمل دراسة مقارنة مع إطلالات فقهية ما ألفه: د. عامر عاشور البياتي "التعاقد من الباطن دراسة مقارنة".

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

ما نسميه شرعا بالاستصناع، ومن هنا نجد حاليا التعاقد من الباطن في القوانين المدنية والتجارية، –في البناء، في التجارة، في الاستيراد في الصناعة، في كل المجالات تقريبا، لكنها محصورة في هذه الأوصاف كشرط أساسي، وهي: ألا يكون العقد الأصلي من العقود الفورية، التي تترتب آثارها عليها فور عقدها وتنتهي، ولا يستغرق تنفيذها زمناً، فإذا كان فوريا لا يتحقق التعاقد من الباطن أو بالأحرى لا تتحقق الحاجة إليه، ويمكن أن يسمى بمسميات أخرى كالسمسرة وغيرها، ويمكن أن يكون في التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو في غيرها، وأن يكون العقد الأصلي مما يقتضي تمليك منفعة، أو يقتضي عملَ أحد الطرفين للآخر؛ بحيث يمكن نقل حقوق أحد المتعاقدين، أو التزاماته لشخص ثالث يكون هو الطرف الثاني في العقد من الباطن، وبشكل مستقل لا تابع (عمل)، ولا موظف[1]، ونادرا ما يكون التعاقد من الباطن بلا ربح، كما أنه نادرا ما يكون خارج الأطر الإدارية في الوقت المعاصر، ومن هنا فمجالات تطبيق التعاقد من الباطن شملت: المقاولة والاستصناع والإجارة والوكالة والتوريد والصيانة وغيرها.

2. المطلب الثاني: التكييف الشرعي للتعاقد من الباطن ومقارنته بأقرب تطبيقات المصارف الإسلامية.

مما لا شك فيه أن صورة التعاقد من الباطن قد تناولها الفقهاء الأوائل، وذكروا لها أحكاما وشروطا وصورا، وهي العقود المتماثلة كتأجير الأجير ومضاربة المضارب[2]، والتي

[1]– وانظر: مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، جامعة وهران2، ر. دكتوراه، 2015–2016: 40–41.

[2]– سامي الماجد، ملخص بحث: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في قسم الفقه: 03.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

نجد لها صورة مشابهة جدا تطبقها المصارف الإسلامية بما يسمى بالتوازي في العقود أو المسماة بالعقود الموازية، لأنها أقرب ما تكيف به قوانين التعاقد من الباطن وصوره، ويهمنا فقط في الوقت الحاضر ما تعلق بمقاولة البناء التي تطبقها المصارف، سواء أتمت في شكل بيع أو إجارة أو جعالة أو استصناع فإنها تسمى حينئذ استصناعا عقاريا موازيا مثلا أو تسمى بالتمويل العقاري (الموازي) أو بشكل دقيق المقاولة الموازية وغيرهما، لأن الاستصناع أو المقاولة تشمل هذه المعاملات كلها، والمهم أن يكون المصرف وسيطا ممولا لمشاريع البناء، ويطلب منه إنجاز منشآت ومبانٍ ومؤسسات ومصانع وجسور وسدود وغيرها، والتوازي معناه لغة: التقابل والتواجه، والتساوي والتعادل والتماثل والتشابه والتطابق، والاجتماع "وانضمام الشيء بعضه إلى بعض والمحاذاة"[1] ودنوه منه والتقلص والتقبض والتكافؤ، واصطلاحا: يمكن أن أقول بأن توازي العقود المالية هو: "معاملة مالية ربحية تثبت في الذمة يجتمع فيها عقدان أو أكثر يبرمهما متعاقد واحد على محل واحد جامع بينهما منفصلان عن بعضهما متقابلان على وجه التحاذي أو التتابع متفقان من الناحية النوعية "[2].

ولاشك أن أغلب المصارف الإسلامية اليوم لا تملك شركات مقاولة خاصة بها على غرار مصرف الراجحي الذي يملك مقاولة بناء تابعة للمصرف، فبنك السلام وبنك البركة الجزائريين لا يملكان مثل هذه الشركات، ولا يمكنهما تملكهما لذلك حاليا من الناحية القانونية، ولذلك سيلجأ إليها لأجل التمويل، وهنا لا يمكنها ذلك من الناحية

[1]– معجم مقاييس اللغة: 98/1–99، وانظر للتوسع: الصحاح: 2268/6، لسان العرب: 31/14–32، مجمل اللغة: 95، النهاية في غريب الأثر: 100/1.

[2]– وهذا المتعاقد الواحد هو في الغالب: المصرف الإسلامي.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

الشرعية، لأن هذا التمويل سيكون قرضا بفائدة، والطريقة الشرعية الوحيدة هنا هي أن يجعل البنك من نفسه مستصنعا طالبا للعمل من طرف مقاول حقيقي ينجز ذلك العمل المطلوب، فالبنك لا ينجز العمل، وهنا هو يشبه المقاول الأصلي الذي يستلم المشروع ولا ينجزه ويستعين بمقاول فرعي لإنجاز ذلك المشروع، ولا يهمنا هنا أاستأجره كعامل فقط ووفر له كل ما يحتاج من مواد وغيرها، أو طلب منه أن يبني له بإمكانياته الخاصة ويشتري منه بعد ذلك ويبيعه للزبون حسب المواصفات التي طلبها، ولا يهمنا أباعها للزبون أم أجَّرها إياه إجارة عادية أو تشغيلية أو منتهية بالتمليك أو كان العقد استصناعا أو سمي تمويلا عقاريا، كل هذا لا يهمنا بقدر ما يهمنا وساطة البنك في مثل هذه المعاملات ومشابهته للمقاول الأصلي، وبالرغم من أن قوانين التعاقد من الباطن ركزت على المقاول الفرعي المنجز للعمل، إلا أنها لم تهمل المقاول الأصلي الذي قدم العمل للمقاول الفرعي، وكذا حقوق وواجبات طالب العمل، وفي الغالب يكون هو الإدارة، والشريعة اهتمت بكل الأطراف لكنها ركزت أكثر على المصارف على أساس أنها هي الصانع الأصلي والمقصود الأول في إنجاز العمل، ومن هنا فالتعاقد من الباطن يجتمع فيه أنه من العقود المضافة إلى مثلها وأنه نوعا ما من العقود المتداخلة أو المركبة، لكن أوضح صورة مشابهة له هو توازي العقود أو العقود الموازية[1].

1) 2. 1– الفرع الأول: المقارنة من حيث الحقيقة والماهية

- **من حيث اللغة:**

أ– أوجه التشابه: من الواضح أن مصطلح "العقد الموازي" و"العقد من الباطن" مصطلحان عربيان أصيلان وليسا مُعَرَّبين، فليسا من الفرنسية ولا الفارسية ولا الإنجليزية،

[1] – وسيتضح هذا بشكل أكبر بالبيان التالي في الفروع القادمة، وكذا في المبحث الثاني.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

ولا شك أن أصل بعض المصطلحات في فقه المعاملات غربي، وعندما استعملت في العربية لم تترجم بما يساويها في لغتنا بل استعملت بالحروف نفسها، فالكمبيالة كلمة بريطانية والسفتجة فارسية والبنك إيطالية والشيك انجليزية[1]، أما التوازي والتعاقد من الباطن فكلاهما عربي الحروف أصيل الصروف، وكلاهما شاع استخدامه في الوقت المعاصر بشكل مستقل من طرف جهات مختلفة للدلالة على صيغ متبعة في التعامل والتعاقد.

ب– أوجه الاختلاف:

مصطلح التوازي دل على معناه مباشرة ومادته اللغوية غذَّت وقرَّبت المعنى الاصطلاحي بشكل واضح وصريح، بل كل معنى فيه عالج زاوية من زواياه، أما مصطلح "من الباطن" فبسبب الترجمة الحرفية للمعنى كادت تنقطع الصلة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، وخفي المراد قليلا، ولو أنه سمي العقد الخفي لكان أقرب لأن الخفاء أوضح معاني الباطن، ولذلك سماه بعضهم تسمية أخرى أقرب ربطا بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي وهو: عقد المناولة[2].

- **من حيث الاصطلاح:**

[1] – (الكمبيالة) (الشيك): أحكام الأوراق التجارية: 69/135، (السفتجة) الأشباه والنظائر:296، (البنك) البنوك الشاملة ودورها في تحفيز الاستثمار:05.

[2] – والمناولة هي: "إنابة الغير في تنفيذ الأعمال، مهما كانت طبيعتها والطريقة المستعملة في ذلك، تتم بواسطة عقد بين مؤسستين المؤسسة الآمرة بالأعمال والمؤسسة، المناولة، والذي بموجبه تتعهد الأولى بجزء من نشاطها الإنتاجي للثانية، نظرا لما تتمتع به، هذه الأخيرة من مهارات فنية وتقنية وإمكانيات تجعلها قادرة على توفير سلع ذات جودة وبشروط اقتصادية ميسرة" Georges Valentin. Les contrats de sous-traitance, mantpellier, paris 1979. P: 02

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

أ–أوجه التشابه:

لم يُعَرَّف التوازي في العقود أو العقود الموازية والعقد من الباطن كمصطلحين لهما صور معينة في فقه المعاملات إلا في الوقت المعاصر، وإن كانت صورة كليهما موجودة في التراث الفقهي الإسلامي القديم.

ب– أوجه الاختلاف:

نلاحظ من خلال التعريفات المذكورة لكل من التوازي والتعاقد من الباطن أن تعريف التوازي أعم من تعريف العقد من الباطن، فالتوازي اهتم في تعريفه بالطرف المبرم للعقدين الأول والثاني، فالعاقد المبرِم سواء أكان (مصرفا أو شركة أو مقاولا أو شخصا أو إدارة أو غيرهم...) هو الطرف الأساسي في التعاقد ولذلك جعل عقده الأول مع العميل موازيا للعقد الثاني الذي يتم مع الصانع أو البنّاء المنفذ الحقيقي لما طلبه العميل، ولعل أبرز ما يهمنا فيه هو وساطة البنك في التعاقد مع الطرفين وهذا ما لا يطرح أصلا في التعاقد من الباطن إلا على سبيل الوساطة الربوية، ويركز فيه على العقد الثاني كثيرا، وهذا لا شك فرقٌ بيِّن واضح ليس فقط على مستوى التعريف وإنما له أثره حتى على الأحكام فيما بعد، وهنا نلاحظ شمولية النظر وبعده في الفكر الإسلامي ومراعاته حقوقَ العميل ورغبته وإرادته، ولعل ذلك مرده إلى أن التعاقد من الباطن قُنِّنَ ليناسب تطور الإدارات ويسرِّع من حركتها، حيث تكون هي الطرف الأول والمتحكم غالبا، فلا حاجة للاهتمام بها في التعريف أو في القوانين، أما في التوازي فكان الاهتمام بكل الأطراف لاسيما الوسيط أياً كان إدارة أو شركة أو مصرفا أو بنكا.

1) 2. 2– الفرع الثاني: المقارنة بين النشأتين ومجالات التطبيق

أ–المقارنة من حيث الجِدَّة والقدم في البحث فيهما ووجودهما وأصل اصطلاحهما:

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

● بالنسبة لأوجه التشابه: فقد عُرِفت قديما إلى درجة التشابه والتطابق صورُ كل من توازي العقود والتعاقد من الباطن ولا فرق بينهما تقريبا، أما التسمية فجديدة لكليهما فـــــالعقد من الباطن لم يكن معروفاً باسمه قديما ولكنه عرف بصورته تحت تسميات أخرى؛ كالمستأجر يؤجر، والوكيل يوكّل، والمضارب يضارب، وهذه هي العقود المثلية[1] وهو واحد منها كما مر معنا في التكييف الفقهي، والعقود المثلية أو المتماثلة أو المضافة إلى مثلها هي مسميات للعقود التي أضيف فيها عقد إلى عقد آخر من جنسه ونوعه وإن خالف عينه كمضاربة المضارب وإعارة المعار وإجارة المؤجر، فالتعاقد من الباطن هو "مقاولة المقاول".

وبالنسبة لتوازي العقود أو العقود الموازية، فمما ينبغي التنبيه عليه أن الصورة الفقهية المعاصرة له ليست وليدة العصر[2]، بل ظهرت منذ القدم، وقد تكلم الفقهاء عنها وذكروا لها أحكاما، وأشهر نقل في ذلك عن المتقدمين ما ذكره الإمام الشافعي –رحمه الله– في كتابه الـــأم[3]، عندما قال: "من سلف في طعام ثم باع ذلك الطعام بعينه قبل أن

[1] – وانظر: العقود المضافة إلى مثلها، عبد الله بن عمر بن طاهر، ط:1، 1434هـــ/2013م: 05.

[2] – قال عبد الله بن طاهر: " يلاحظ أن بعض العقود التي يظهر لها اسم جديد تجعل بعض الناظرين في حكمها يصنفها ضمن العقود المستحدثة ...، وبالنظر لهذا العقد نجد أن صورته الأولى منصوص عليها في مسألة إسلام المسلم فيه، أو بيع المسلم فيه، وأن صورته الثانية نصَّ عليها الإمام الشافعي – رحمه الله –وغيره من المصنفين، وإن كانت الصورة الأولى أشهر وأظهر، ولكن تخصيص السلم الموازي بالصورة الثانية عند المعاصرين أكثر"، العقود المضافة إلى مثلها: 145/1.

[3] – الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـــ)، كتاب الأم، دار المعرفة – بيروت، ط: بدون ط، 1410هـــ/1990م: 72/3.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

يقبضه لم يجز، وإن باع طعاماً بصفة ونوى أن يقبضه من ذلك الطعام فلا بأس، لأنه له أن يقضيه من غيره"[1]، فمنع البيع العادي وأجاز بيع السلم الموازي.

● وأما بالنسبة لأوجه الاختلاف ففي القديم لا وجه للفرق بينهما، وأما الجديد: فالتسمية فرقت بينهما، فهذا سمي توازي العقود أو العقود الموازية وهذا سمي التعاقد أو (العقد) من الباطن، فالتسمية بالتوازي عرفت في المؤسسات والمصارف الإسلامية، والتعاقد من الباطن عرف في الإدارات والدوائر الحكومية، وأصل نشأتها (أي التسمية بالتوازي) عربي إسلامي[2] الجذور حتى وإن لم يعرف من سماه على وجه التحديد، ولكن العقد من الباطن أصل نشأة تسميته غربي كما تقدم، ثم ظهر استعمال المصطلح عربياً بالترجمة إلى العربية مع نشأة مدونات القانون المدني والتجاري في بعض البلاد العربية، التي كانت تستقي موادها القانونية من القوانين الغربية، فانتقل المصطلح مترجماً من اللغات الأجنبية مع ما انتقل من مصطلحات قانونية أخرى.

ب– المقارنة من حيث تطور البحث فيهما والاهتمام بهما:

[1] – قال علي السواس: "أما السلم الموازي، فهو جائز، وفيه عقدان منفصلان، وهو ليس من مبتكرات المعاصرين كما يظن الكثيرون، فإن الإمام الشافعي ذكره..."، مخاطر التمويل الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي (3) للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، 2005: 49، وانظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: 265/8.

[2] – وأقصد هنا ظهور هذه التسمية لتلك العقود إنما كان في الأوساط الدينية المذكورة أعلاه، وهناك بدأت تعرف تلك المنتجات بهذا الاسم، بينما نجد التوازي ككلمة وتسمية في الأوساط القانونية قد أطلقت على ما هو مرفوض قانونا وإدارة واقتصادا، ولذلك نجد العقود الموازية أو توازي العقود في الوسط القانوني والاقتصادي معناها يدل على كل ما هو مخالف للنظم القانونية والاقتصادية، ولا أقصد أيضا التوازي ككلمة عربية مجردة لأنها عموما كلمة عادية يوجد نظائرها في اللغات الأخرى ولاشك.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

● بالنسبة لأوجه التشابه: كلاهما لاقى اهتماما كبيرا من طرف الباحثين والعلماء والطلبة، وكلاهما تطور تطورا ملحوظا حيث صدرت في كليهما أحكام وقوانين وضوابط ومعايير بغض النظر عن كونها شرعية أو قانونية، وكلاهما فرض نفسه على الساحة العلمية والعملية، وصارا واقعا معيشا لدى المؤسسات والدوائر الشرعية والحكومية، وكلاهما كان مجرد صور بسيطة وفي مجالات معدودة ونطاقات محدودة، لكن في وقتنا المعاصر صارت صورهما معقدة وطبِّقَا في مجالات متعددة ومختلفة.

● أما بالنسبة لأوجه الاختلاف: فإن توازي العقود كمصطلح شرعي نما وتطور في أحضان المؤسسات الإسلامية وجامعاتها، ودُرس دراسة فقهية شرعية، أما العقد من الباطن فدرس دراسات قانونية كثيرة، وأخرى فقهية شرعية صرفة لكنها نادرة، وأخرى مقارِنة وهي قليلة نسبيا، وأغلب الدراسات عنه كانت في التخصصات القانونية والإدارية.

ت– المقارنة بين مجالات التطبيق

مهما تعددت صور التعاقد من الباطن ومجالاته فهي لا تخرج عما حدده القانون إداريا وقضائيا، والمقصود من هذا بيان أنه غالبا ما يدخل في مهام الدولة، لتسيير المشاريع الصغيرة والكبيرة في عدة مجالات كالبناء والصناعة والاستيراد وغيرها، وهذا يقودنا إلى القول بأن هناك نقاطَ تشاركٍ والتقاء بين التعاقد من الباطن وتوازي العقود، ذلك أنه من العقود المتماثلة كتوكيل الوكيل وتأجير المؤجر وغيرها وما هو في الحقيقة إلا جزءًا لا يتجزأ من صور التوازي في العقود ألا وهي مقاولة المقاول، وعليه يمكن إسقاط أحكام التوازي الشرعية عليه والعكس، وهكذا سيستفيد القانونيون من هذه الأحكام في صياغة المواد، وهذا لا يعني أن توازي العقود هو التعاقد من الباطن مثلا بمثل أو العكس، بل إن التوازي يشمل صورا لا يشملها التعاقد من الباطن كعقود البيع والمضاربات مثلا، وأشهر

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

مجالاته هو: المقاولة بمعنييها الإيجاري والاستصناعي، وهو: عام في جميع التخصصات، وحتى لو صدقت قوانينه على الكثير من المعاملات فإن المصارف الإسلامية استقلت بتميزها الواضح في التحاكم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، أما التعاقد من الباطن فقد نشأ نشأة غربية ثم انتقل إلى البلدان العربية وترجمت مواده واحتكم فيها إلى القوانين الوضعية والجهات القضائية، وتطور إلى أن صار ضرورة اقتصادية فرضت نفسها على أرض الواقع ثم صار حلا لابد منه في الكثير من مجالات التنمية خاصة الصناعية منها، ولاسيما بناء المنشآت والمؤسسات والمصانع.

أما مصطلح "توازي العقود" أو "العقود الموازية" وما تعنيه من معان معينة وشروط وأحكام فقد ولد هذا المصطلح بمعناه الشرعي في المؤسسات المالية الإسلامية ونشأ نشأة دينية فقهية منذ البداية، حيث عرضت صوره على هيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية وصدرت فيه الفتاوى والمعايير، وطبقت تطبيقاته في المصارف الإسلامية، بل من العلماء من قدم هذه الصور والتصورات قبل أن تجسد على أرض الواقع على أساس أنها أفكار وبدائل إسلامية وعمليات تمويل موافقة للشريعة الإسلامية منبعها الفقه الإسلامي الأصيل، ووضعوا لها ضوابط وأسس وشروط تجنبا للربا وهروبا من الوقوع في الحرام، وفي الوقت نفسه المساهمة في تنشيط حركة الاقتصاد واستثمار الأموال بما لا يتعارض مع مبادئ الإسلام السمحة، وتتماشى مع خصوصية نشاط المصارف الحساس المقارب للبنوك التقليدية، التي تعتبر وسيطا رأسُ مالها القرض والإقراض، ليصير المصرف – بتفعيلها– تاجرا وبائعا وشريكا ومضاربا ...، حيث يقوم المصرف بعقد عقدين، وفي البناء يتم التعاقد مع المقاولين (بعد أو قبل) طلب العميل.

وكخلاصة فإن مجالات تطبيق التوازي أوسع وأشمل من مجالات تطبيق التعاقد من الباطن، وما هو في الحقيقة إلا جزء من التوازي، فكل تعاقد من الباطن توازٍ في العقود

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

وليس كل توازٍ في العقود تعاقد من الباطن، والمهم أنه قد ظهرت في الحياة العملية العديد من تطبيقات التعاقد من الباطن والتوازي في العقود، التي جاءت استجابة لمتطلبات معينة فرضتها الظروف الاقتصادية والاعتبارات الاجتماعية، مما دفع بالمشرعين إلى تنظيم هذه التطبيقات المختلفة والمتشعبة، ومن هذا المنطلق يمكن القول أن التعاقد من الباطن فضلاً عن أنه حقيقة واقعية في حياتنا العملية فهو حقيقة قانونية أيضاً، وله أهمية كبيرة من الناحية التطبيقية، وكذلك التوازي هو حقيقة شرعية وضرورة واقعية، ولا غنى عنهما في التنمية الاقتصادية في شتى مجالات الحياة، فصيغتاهما تعتبران إحدى أهم محركات الاقتصاد والتجارة والنمو خاصة وأنهما تشتركان في صفتين جوهريتين أساسيتين هما: الربح[1] والإنتاج، فالربح: مقصود الطرف الثاني والثالث وهما في التوازي المصرف والمقاول، وفي التعاقد من الباطن هما المقاول الأصلي والفرعي، والإنتاج: هو مقصود الطرف الأول وهو في التوازي الزبون، وفي التعاقد من الباطن هو الإدارة.

وينبغي الإشارة في الأخير إلى التشابه العام في الطبيعة والشروط الأساسية والمعطيات العامة التي تناولتها تعريفاتهما وصورهما وهي: الرضا والمحل والسبب[2]، فالتعاقد

[1] – علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر للالتزام في القانون م. ج، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، بند19: 18 وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، بند 26: 49.أحمد عرفة يوسف، التوازي في العقود وتطبيقاته المعاصرة، دار التعليم الجامعي، 2019: 06. وانظرالمواد: 564/549/ 565 ق. م. ج.

[2] – وانظر: مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، جامعة وهران2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ر. دكتوراه، 2015–2016: 67، والمقصود بالرضا: اتفاق وتوافق الإرادتين وقناعتهما بكل ما يتعلق بالعقد وقبولهما ببنوده، أما المحل: فالمقصود به اتفاقهما وتوافقهما على تحديد العمل المطلوب نفسه بدقة بشروطه ومواصفاته ومدته وأجره، غير أني مهما حاولت أن أفهم المقصود

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

من الباطن: من العقود المتماثلة وهو "**مقاولة المقاول**" وهو نوع من جنس التوازي، لكنه يكون بين متخصصين ذوي خبرة، أو يكون تخصصهما متقاربا أو مكملا، وهذا ليس شرطا في التوازي، ولهذا فهو أعم منه وأشمل، لكن بينهما نقاط اشتراك وتوافق مهمة ينبغي الوقوف عندها وتأملها، فبدايتهما ومنطلقهما واحد يكاد يكون متطابقا، وفي العرف القانوني غالب ما هو فرعي وثانوي وخفي وغير رسمي وغير إداري هو موازٍ كالسوق الموازية مثلا، والتعاقد من الباطن لا يخرج عن هذا المعنى فقد كان في الأصل ممنوعا، لكنه صار مقننا ورسميا لأهميته البالغة بحسب الظروف القاهرة، وهذا هو الجديد فيه في الوقت الحاضر، حيث إنه لا يمكن الاستغناء عنه خاصة وأن المشاريع قد كبرت وتعددت التخصصات وتنوعت، لكن كل ذلك تحت قبضة القانون والإدارة والبنوك[1]،

بالسبب هنا فلم أستطع تحديده بدقة لكن إن كان المقصود به النية الحقيقية للتعاقد فهذا أمر أساسي في شريعتنا والقاعدة المشهورة: ليس العبرة في العقود بالألفاظ والمباني ولكن العبرة بالمقاصد والمعاني، وهنا يهمنا تحريم التحايل والاستغلال والربا والصورية في العقود وغيرها، وهكذا أيضا الاتفاق الكلي على الشروط التالية: الإلزام والأجر أو الربح والأهلية والتوثيق والتفاوض ووجود ثلاثة أطراف على الأقل... .

[1] – والجديد في الأمر أن بعض البنوك صارت تتعامل به وصار لها مقاولون إما تابعون لها بشكل رسمي كموظفين وغيرهم وهذا لا يعد من المقاولة من الباطن في شيء بل هو عقد عمل، أو أن لها مقاولين تتعامل معهم من الباطن، لكن بمبدأ الإقراض بفائدة طبعا، حيث تستلم مهمات إنجاز المشاريع بالأولوية أو بالمنافسة ثم تتعاقد من الباطن مع مقاولين، ومثال ذلك الحي في الجزائر CNEP"الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط: وهو بنك جزائري متخصص في جمع أموال التوفير، ومنح القروض العقارية للخواص، وتمويل المقاولين العموميين والخواص، وتمويل مؤسسات إنتاج عتاد البناء، ومؤسسات الإنجاز التي لها صلة بالبناء. بالإضافة إلى وكالاته البالغ عددها 206 وكالة ومديرياته الجهوية البالغ عددها 15 مديرية جهوية موزعة على كامل التراب الجزائري، والمهم أنه: بنك تمويل الإسكان من

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

وهكذا التوازي في المصارف الإسلامية الأصل فيه المنع خوفا من الصورية في التعاقد والوساطة الربوية وبيعتين في بيعة لكنه جاز عموما بشروط تضمن السلامة من المخالفات السابقة، وقد فرضته الظروف الملحة تحت تدقيق ورقابة الهيئات الشرعية والمؤسسات الإسلامية وفوق ذلك رقابة المولى سبحانه.

2) المبحث الثاني: نظرات –مقارنة مقاربة– بين مقاولة البناء في القانون الجزائري ومقاولة البناء الموازية في المصارف الإسلامية

1. المطلب الأول: مدخل مفاهيمي حول مقاولة البناء[1]من الباطن ومقاولة البناء الموازية.

2) 1. 1– الفرع الأول: التعريف بعقد مقاولة البناء من الباطن لغة واصطلاحا ولمحة تاريخية عن نشأتها وتطورها.

أ– **لغة** هي: "من مادة: قَوَلَ، ...وتَقَاوَلَ أي تفاوض، وترد قال بمعنى تهيَّأ للفعل واستعد، وبمعنى غلبَ، والمقاولة: المفاوضة والمجادلة"[2]، وفي المعجم الوسيط: المقاولة اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة، وقد

خلال القروض، وكذلك تمويل الشركات المشاركة في قطاع البناء، وفي يوليو 2014، أطلق البنك صيغة ائتمان جديدة لتمويل شراء المساكن، كما ظهر أيضا بنك التعمير والإسكان"، وآخر تعديل لهذه الصفحة كان يوم 19 فبراير 2020، الساعة 23:55.

-https://fr.wikipedia.org/wiki/CNEP-Banque

[1] – لا يختلف تعريف مقاولة البناء من الباطن عن أي تعريف للتعاقد من الباطن سوى إضافة قيد البناء والتعمير والتشييد سواء لكل المشروع أو لجزء منه.

[2]– هذا في لسان العرب: 572/11، وانظر: القاموس المحيط: 1051/1، تهذيب اللغة: 230/9، المصباح المنير: 519/2، مختار الصحاح: 262/1،

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

اعتمده علماء مجمع اللغة العربية كتعريف للمقاولة بعد اعتمادها كمصطلح عربي[1]، والمقاول: هو من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء أو إصلاح طريق، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر، وكلمة (مقاولة) في حقيقة الأمر هي ترجمة عربية للمصطلح الفرنسي (ENTREPRISE) الذي له عدة معانٍ؛ منها: مشروع، منشأة، مؤسسة[2].

ب– **اصطلاحا:** لتعريف عقد مقاولة البناء من الباطن لابد من تعريف المقاولة أولا، وتعريفها المعتمد في القوانين المدنية هو أنها: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[3]، وقد أدى التطبيق

[1]– وقد اعتمد مجمع اللغة العربية في مصر مصطلح (مقاولة)، ووضع له التعريف الآتي: "اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة"، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، بإشراف مجمع اللغة العربية، القاهرة: 1957: 773/2.

[2]– يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية د. ت: 399.

[3]– ما نص عليه ق. م. م المادة (646)، والمادة: (612) من ق. م س، والمادة: (645) من ق م ل، والمادة: (684) من ق م ع.وبنحو ذلك جاء تعريف المقاولة في القوانين المدنية للدول العربية؛ ففي مجلة الالتزامات والعقود التونسية جاء تعريف الإجارة على الصنع هكذا: "عقد اصطناع شيء معين، بالوصف المنضبط، في مقابلة أجر معين أيضًا" المادة (828)، وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني عرفت إجارة الصناعة بأنها: "عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل" المادة (624).، ويبدو أن ق م أ فضل استخدام كلمة (بدل) عن كلمة (أجر) الواردة في النص المصري، المادة (780).، وبنفس هذه الألفاظ جاء تعريف عقد المقاولة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، المادة (872).، وقد اختار مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد الذي أعدته جامعة الدول العربية تعريفًا مقاربًا، حين نص في مادته (731) على أن: "المقاولة عقد يلتزم أحد

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

العملي لها إلى إضافة بعض القيود إلى التعريف؛ لتمييز عقد المقاولة عن عقد العمل، فـــ: "في عقد المقاولة يتعهد شخص "المقاول" –مقابل أجر–بأن يؤدي عملاً بطريقة مستقلة لصالح شخص آخر "رب العمل" من غير أن يكون نائبًا عنه"[1].

وعرّف المشرع الجزائري عقد المقاولة في الأمر رقم:75 المادة 549 من القانون المدني بأنّه: "العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر، يتعهد به المتعاقد الآخر" وهو تقريبا التعريف المصري نفسه.

أما المقاولة من الباطن فهي: "عقد فرعي يُعطَى لشركة ما، حاصلة على عقد رئيسي تم إبرامه مع جهة ما تسمى صاحبة الشغل، تستطيع من خلاله تكليف شركة أو جهة أخرى بتنفيذ جزء من هذا العقد أو كله"[2]. وقد عرفها المركز الوطني للمقاولة من الباطن بأنها: "النشاط الذي من خلاله يتم تصنيع منتوج أو مركبات [لحساب شركة]

المتعاقدين بمقتضاه بصنع شيء، أو أداء عمل، لقاء أجر". وانظر للاستزادة هذا المقال على شبكة الإنترنت: تاريخ الإضافة 13/4/2017 : ميلادي –1438/7/16 هجري

http://www.alukah.net/sharia-

[1] – محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى، 19/ 2/ 1968، منشور في (B.1، .D– 69 n، 39368.)، وقد أخذ بعض شراح القانون بهذا التعريف، وصاغه هكذا: " عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإدارته وإشرافه " محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة: 1963م: 11، وهو التعريف الذي تبناه القانون المدني الكويتي بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعًا له أو نائبًا عنه"، وانظر: القانون المدني الكويتي في المادة (661)، وانظر القانون المدني الإماراتي: المادة (872).

[2] – عبد الرحمن بن جدو، واقع ومستقبل المناولة الصناعية في المنطقة العربية، المؤتمر العربي الأول للمناولة الصناعية، 12–15/سبتمبر2006: 57.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

تصنعها لحساب المؤسسات التي تعطي الأوامر وحسب الخصائص التقنية التي تحددها تبعا للنتيجة الصناعية المراد الوصول إليها "[1]. ولابد من إضافة ما بين الحاضنتين ليستقيم المعنى صحيحا، وبإدراج مصطلح البناء كقيد وبتعديل طفيف يمكن تعريف مقاولة البناء من الباطن بأنها: "اتفاق بين [البناء] المقاول المتعاقد الأول مع المستفيد، وبين مقاول بناء ثانٍ، محله إسناد الأول ما تم التعاقد عليه من إنشاء وبناء وتعمير مع المستفيد إلى المقاول الثاني (من الباطن/ الفرعي) ليقوم بتنفيذه كله أو جزء منه، مقابل أجر محدد"[2].

ت– **لمحة تاريخية عن نشأة وتطور عقد مقاولة البناء من الباطن:** عقد المقاولة لم يكن معروفًا في القوانين القديمة؛ كالقانون الروماني، والقانون الفرنسي، والقانون المصري القديم، حيث كانت أعمال المقاولات تندرج تحت عقد إجارة الأشخاص، حتى جاء القانون المصري الجديد لسنة: 1948م، ففصل عقد المقاولة عن عقدين آخرين، هما: عقد الإيجار، وعقد العمل، أما عند العرب فمنهم من سماها مقاولة ومنهم من سماها استصناعا[3] ومنهم من سماها إجارة صناعة وهكذا.

وقد تأثرت بعض القوانين العربية بهذه التسمية؛ فالقانون المدني السوري والليبي والأردني والكويتي وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة تستعمل

[1] – غربي سامية، المقاولة من الباطن كاستراتيجية للمقاولة الاقتصادية، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2004/2003: 14.

[2] – مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة: 1988: 31، عزت عبدالقادر، عقد المقاولة، دار الألفي–القاهرة: 2001م: 177.

[3] – و"الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئًا؛ فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع." انظر: المادة (124) من مجلة الأحكام العدلية: 130، وانظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار): 70/6.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

اصطلاح (عقد المقاولة)، وكذلك القانون المدني العراقي، مع تعديل التسمية إلى (عقد المقاولة والاستصناع)، وبعض القوانين المدنية التي تأثرت بالقانون الفرنسي، لـــم تستعمل كلمة (مقاولة) إذا استثنينا ق. م. الجزائري طبعا، نرى ذلك في المادة: 828 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية (الإجارة على الصنع)، وفي المادة: 624 من قانون الموجبات والعقود اللبناني (إجارة الصناعة)، رغم أن مجلة الأحكام العدلية أطلقت على الاستصناع لفظ (مقاولة)، ولما اتسعت دائرة الأعمال وكثرت التخصصات أجازت القوانين المدنية للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول فعندئذٍ يتحتم على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه، ، وتقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني والمشاريع الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتحتاج إلى خبرات عديدة من فنيين ومهنيين ولا يستطيع المقاول القيام بها وحده، فيلجا إلى الاتفاق مع مقاول آخر أو أكثر للقيام بتنفيذ العمل كله أو بعضه، كأن يعهد بالبناء لمقاول ما وأعمال الطلاء لآخر وتمديدات المياه والتبريد والكهرباء لثالث"[1].

ولقد تناول المشرع الجزائري الإطار القانوني للتعاقد من الباطن في القانون المدني في فصل عقد المقاولة. وحدّد شروط اللجوء إلى التعاقد من الباطن، ومنح للمقاولين

[1] – وهو مأخوذ من الفقه الحنفي الذي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أطلق العقد فلم يرد فيه شرط مانع وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه لو أطلق العقد حين الاستئجار فللأجير أن يستأجر غيره كما نصت على أن الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره. وانظر: المادة (571,572)، علي حيدر، مجلة الأحكام العدلية، وانظر أيضا: شرح المجلة: 561/1–562.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

الفرعيين حق ممارسة الدعوى المباشرة[1]. ويعتبر التعاقد من الباطن من المواضيع المعقدة بسبب تعدد العلاقات الناشئة عنها، فهناك علاقة بين المقاول الأصلي وصاحب المشروع، وعلاقة أخرى بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، وعلاقة ثالثة غير تعاقدية بين صاحب المشروع والمقاول الفرعي، غير أنّ المشرع الجزائري لم يعط لهذا النوع من التعاقد الأهمية اللازمة، ولم يخصّه بنص تشريعي مستقل، وهذا لاشك نقص واضح، خلافا للمشرع الفرنسي الذي خص التعاقد الفرعي بتشريع خاص وهو القانون رقم 1334هـ –75 المؤرخ في:31 ديسمبر 1975 المتعلق بالتعاقد الفرعي.

"فمع بداية سنة: 1988 شرعت الجزائر في إعادة هيكلة المؤسسات الوطنية والقيام بإصلاحات الاقتصادية حيث أعادت الاعتبار للاستثمارات الخاصة وتقليص دور الدولة في النشاط الاقتصادي خلال صدور القانون رقم: 25/88، المؤرخ في: 1988/07/19 والمتعلق بالاستثمار والذي كان له دور كبير في إعطاء دفع قوي لإنشاء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بما فيها المؤسسات المقالة وفي سنة: 1991جاء قانون الصفقات العمومية الصادر في: 1991/11/09 المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم: 301/03، الصادر في: 2003/09/11، والذي خصص قسم منه للمقاولة الفرعية باعتبارها وسيلة من وسائل تنفيذ المشاريع الكبرى وفي سنة: 2001 قامت وزارة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والصناعة التقليدية بوضع إطار قانوني يسعى إلى ترقية هذه الأخيرة وكذا المناولة التي تهدف إلى تكثيف النسيج الصناعي ويتمثل الإطار القانوني في إصدار القانون رقم: 01–18، المؤرخ في: 2001/12/12، ضمن المادتين 20–21، الذي اهتم بقطاع

[1] – نظم أحكامها في الفصل1 من الباب9 الخاص بالعقود الواردة على العمل في الكتاب 2 تحت عنوان الالتزامات والعقود، (المواد:549إلى570) من التقنين المدني.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

المقاولة من الباطن ضمن الخيارات الاستراتيجية، وبموجب المرسوم رقم: 373/02، المؤرخ في: 2002/11/11، تم تأسيس المجلس الوطني للمناولة وبموجب المرسوم التنفيذي رقم: 03–188، المؤرخ في: 2003/04/22، ومع ذلك لا تزال المقاولة من الباطن تسير بوتيرة محتشمة وتلجأ الدولة إلى استيراد المقاولين من الباطن طلبا للجودة والإتقان، والسبب يرجع إلى سوء التسيير وقلة القوانين المنظمة لهذا القطاع الحساس، وضعف الوعي وقلة الإحصائيات ونقص الموارد، واقتصاد السوق الموازي وغيرها من المشاكل"[1].

2) 1. 2– الفرع الثاني: التعريف بمقاولة البناء الموازية وعلاقتها بالاستصناع والإجارة.

أ–لقد سبق تعريف المقاولة لغة، أما **تعريفها في اصطلاح علماء الشريعة** فلم يوجد في الفقه الإسلامي القديم تعريف لها أبدا، ولكن أصلها هو عقد الاستصناع أو عقد الإجارة حسب تكييف المتأخرين من الفقهاء والمعاصرين، ومن تعريف كل من الاستصناع والإجارة يتضح تعريفها، ولذلك عرفها العلماء بقولهم:" عقد المقاولة :اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر" [2]، وقريب منه قولهم: " المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر" [3]، وقيل هي: " اتفاق

[1]– جبار بوكثير وسعيدة حركات، المقاولة من الباطن كخيار استراتيجي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مجلة التنمية الاقتصادية، ع2، 2016: 280.

[2]– رفيق المصري، الجامع في أصول الربا، دار القلم، 1412 –1991 : 380.

[3]– وهبة الزحيلي، العقود المسماة، دار الفكر المعاصر، 2014 : 276.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يصنع للطرف الآخر شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر" [1]

ث– **تعريف المقاولة الموازية:** أما المقاولة الموازية فلم أجد من عرفها لحد الساعة، ولذلك اجتهدت فيها رأيي و لم آلُ، وهي: "معاملة مالية ثابتة في الذمة يجتمع فيها عقدان أو أكثر يبرمهما متعاقد واحد جامع بينهما متفقان نوعا متواردان محلا (على محل واحد) منفصلان تعاقدا متقابلان تحاذيا أو تتابعا متوقفان على بعضهما لصنع أو بناء شيء أو أداء عمل ما"، أو هي: "معاملة مالية تثبت في الذمة يجتمع فيها عقدان أو أكثر، – يبرمهما طرف واحد مع طرف طالب وطرف منجز يصنع فيها شيئا أو يؤدى فيها عملا– متقابلان على وجه التحاذي أو التتابع منفصلان عن بعضهما متفقان من الناحية النوعية ومتواردان على محل واحد"، وبهذا تقترب أن تكون إجارة أو استصناعا، لكني أرى أنها عقد مستقل لا هي إجارة ولا هي استصناع ولكنها مزيج بينهما، وما دمنا نتحدث عن المقاولات في مجال البناء فيحسن بنا أن ننبه إلى أنها تسمى مقاولة بناء موازية أو تمويل عقاري موازٍ أو استصناعٍ عقاريّ موازٍ، وكلمة "موازٍ" هنا تعني بالضرورة وساطة البنك الإسلامي.

ج– **علاقة عقد المقاولة الموازية بالاستصناع والإجارة:** لا شك أن المقاولة الموازية استمدت أحكامها عموما من المقاولة العادية وهي مستمدة من عقدي الاستصناع والإجارة على العمل (الأجير المشترك) في الفقه الإسلامي وعليهما تخرج

[1] – إبراهيم شاشو، (مقال) عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية –المجلد – 26 العدد الثاني2010 –: 04.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

وتكيف[1]، وقد تشبه البيع والسلم والإجارة (إجارة الأشخاص) والوكالة والجعالة أحيانا، ويرجع الأمر في الحقيقة إلى:

1- التزام المقاول بتقديم العمل والمواد، وهنا تكون المقاولة استصناعا يجمع بين المواعدة والبيع اللازم عند الحنفية[2] وهو ما استقر عليه رأي مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة –بجدة– سنة: 1412هـ/1992م، حيث قرر: "أن عقد الاستصناع – وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين، إذا توافرت فيه الأركان والشروط"[3]. وهو بيع عند الجمهور[4] على أساس أن الاستصناع عندهم بيع أو سلم، ويعتبر عقد المقاولة –الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل والمواد –عقدًا مستقلاً، ملزمًا للطرفين، يسمى عقد مقاولة الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق الطرفين، بما لا يخالف حُكمًا فقهيًّا مجمعًا عليه، أو قاعدة آمرة نص عليها نظام داخلي أو اتفاقات دولية لا تخالف المبادئ العامة في الشرع الإسلامي.

[1] – جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي 129(14/3): "عقد المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل".

[2] – الكاساني، بدائع الصنائع: 209/5–210، ابن عابدين، حاشية (رد المحتار): 213/4، الفتاوى الهندية: 207/2، ابن الهمام، فتح القدير: 355/5.

[3] – قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، جدة، سنة 1412هـ/1992م: 144.

[4] – الحطاب، مواهب الجليل: 593/4–540، الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير: 216/3، النووي، روضة الطالبين: 3/4، المرداوي، الإنصاف:300/4.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

2– التزام المقاول بتقديم العمل فقط: أقرب العقود الفقهية شبهًا به هو عقد الإجارة (إجارة الأشخاص)، الذي تقرر جوازه بغير خلاف بين أهل العلم[1]؛ جاء في البدائع: "فإن أسلم إلى حدَّاد حديدًا ليعمل له إناءً معلومًا بأجر معلوم، أو جِلدًا إلى خفَّاف ليعمل له خُفًّا معلومًا بأجر معلوم، فذلك جائز، ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس استصناعا، بل هو استئجار، فإن عمل كما أُمِر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمنه حديدًا مثله"[2].

ويبقى بعد ذلك تحديد نوع هذه الإجارة تبعًا لمن يمارسها، هل هو أجير خاص، أو أجير مشترك؟ ويستبعد أن يكون المقاول الذي يقدم العمل فقط أجيرًا خاصًّا؛ لأن المستأجر لا يختص بنفعه في مدة العقد دون سائر الناس[3]، ولأنه لا يستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فالأقرب إلى أدبيات الفقه الإسلامي اعتباره أجيرًا مشتركًا، (فالأجير المشترك هو الصانع).

ومن هنا فالتمويل العقاري الموازي أو الاستصناع العقاري الموازي أو المقاولة الموازية أو الإجارة العقارية الموازية هذه كلها تسميات لمسمى واحد تقدمها البنوك الإسلامية كمنتجات وتطبيقات في صيغ شرعية تتعلق بالبناء والتشييد، لكن كلها تدخل تحت مسمى توازي عقود البناء أو عقود البناء الموازية، وهي إما استصناع وإما إجارة أشخاص مشتركة.

[1]– ابن قدامة، المغني ومعه الشرح الكبير، (المتوفى: 682هـ)، دار الكتاب العربي، ب/ت/ط: 105/6–106.

[2] – علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ–1986م: 4/5.

[3]– ابن قدامة، المغني ومعه الشرح الكبير، (المتوفى: 682هـ)، دار الكتاب العربي، ب/ ت/ ط: 106/6.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

2. المطلب الثاني: المقاربة بين أهم قوانين مقاولة البناء من الباطن في القانون الجزائري وأحكام مقاولة البناء الموازية (الاستصناع العقاري الموازي) في المصارف الإسلامية الجزائرية[1].

2) 2. 1- الفرع الأول: مقاربة عامة بين أهم قوانين وأحكام العقدين في القانون الجزائري وتطبيقات المصارف الإسلامية الجزائرية.

1) من أوائل من رأيته عقد مقارنة واضحة بين عقد مقاولة البناء من الباطن وعقد المقاولة الموازي صاحب مقال[2]: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، حيث قال: "إذا اتفق مقاول مع شخص آخر على أن يقوم له بعمل معين كأن شرط في العقد أن يقوم به بنفسه، أو كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك فليس للمقاول أن يكِلَ تنفيذَ العمل كله أو بعضه إلى شخص آخر، وذلك كأن يكون محلُّ المقاولة عملاً فنياً وعُهِد إليه لمهارته وإتقان عمله وسمعته الحسنة، وإن لم يكن هناك شرط، أو كانت طبيعة العمل لا تقتضي أن يعمل المقاول بنفسه، فللمقاول أن يتفق مع مقاول آخر على تنفيذ العمل كله أو

[1] – لا يمكن في هذا المقال ذكر وحصر كل ما قيل عن مقاولة البناء من الباطن في القانون الجزائري ومقاولة البناء الموازية أو الاستصناع العقاري الموازي، وتلخيصها في هذا المقال، ولكني سأذكر هنا الأهم فقط، والمؤثر من الناحية الشرعية أو القانونية ليكون الخطوة الأولى لغيره من الدراسات المقاربة والمقارنة، وذكر كلمة التطبيقات هنا لا يعني أنني سأسرد تطبيقات المصارف الإسلامية الجزائرية، لأنني أولا سأركز على الأحكام لا على التطبيقات كما هو عنوان هذا المطلب، وثانيا هذه الدراسة استشرافية لما سيكون في المستقبل لا ما هو كائن حاليا، والمقصود هنا تقريب المنظومة القانونية للاستفادة منها في تقنين تطبيقات ومنتجات المصارف المالية الإسلامية التشاركية.

[2] – وأول من صور المقاولة الموازية هو إبراهيم شاشو، في عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة ج. دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 26/ ع 2010/2: 751.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

بعضه، وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قِبَلَ صاحب العمل، ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل"[1]، [وفي المقاولة الموازية] تلتزم المؤسسة المالية ببناء عمارة شاهقة أو مصنع كبير ونحو ذلك، لكنها لا تقوم بنفسها بالتنفيذ وإنما تتفق مع جهة أخرى متخصصة لتنفيذ هذا المشروع كاملاً حسب المواصفات والشروط التي التزمتها من حيث البدل والمدة، ويكون لها هامش ربح بشرط انفصال أو استقلال عقد المقاولة الثاني عن الأول، وهذا سائغ شرعاً على أساس ما يعرف بالاستصناع الموازي، وهو: عقد مستقل عن عقد الاستصناع الأول يحقق المطلوب في العقد الأول، ويراعي المواصفات المتوافقة مع العقد الأول مع ملاحظة زمن التسليم المحدد فيها وتمكين الطرف الثالث من تنفيذ مقتضى العقد الثاني بصفته بائعاً مما يستحق له بالعقد الأول بصفته مشترياً، ويتم تسليم المصنوع بصفة جزئية أو متدرجة في مواعيد معلومة"[2].ويتم اللجوء إلى هذه الصورة في الغالب عندما يحتاج صاحب العمل إلى تمويل مالي ليتمكن من إقامة مشروعه وإنجاز عمله، فيدخل مع مصرف ما بعقد مقاولة، ويلتزم المصرف بأن يسلمه المحل وفق الشروط والمواصفات التي يرغب بها مقابل بدلٍ يلتزم به صاحبُ العمل بعد إنجاز العمل، يدفع في الغالب على أقساط محددة ومؤجلة، بينما يقوم المصرف بالتعاقد مع جهة تنفيذ هذا العمل بالشروط والمواصفات نفسها التي نص عليها في العقد الأول، لقاء بدل يدفعه المصرف لهذه الجهة المنفذة، مما يعد هذا وسيلة تمويلية شرعية تحقق للمصرف ربحاً معقولاً

[1] – ابن الهمام، فتح القدير:163/7، والمعنى نفسه عند الكاساني، بدائع الصنائع:210/5.

[2] – وانظر: وهبة الزحيلي، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشرة 2003م: 212.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

بطريقة مشروعة، كما يلبي حاجات أصحاب المشاريع الراغبين في تملك أبنية أو بيوت سكنية أو مصانع ولا يملكون المال الكافي لسد النفقات المطلوبة"[1].

2) هناك بعض الاختلافات الواضحة بين التوازي والتعاقد من الباطن بداية من التعريف، ولكن رغم ذلك وجدت الكثير من نقاط الاتفاق، فالتوازي نظريا وتطبيقيا أعم من التعاقد من الباطن، لأننا نهتم فيه بالأحكام الخاصة بالمستفيد والوسيط (المصرف عادة) والمتعاقَد معه من الباطن، أما التعاقد من الباطن فيهتم عادة بالطرف الثالث لأن المستفيد غالبا هو عامة الشعب في صفقات عمومية، والآمر عادة هي إدارات الدولة، ولا تهتم القوانين بهما بل تهتم بالمقاول الأصلي والمقاول الفرعي من الباطن وحقوقهما وواجباتهما، بل ركزت القوانين الأخيرة على حقوق الثاني وأهميته ودوره الهام في التنمية، لكن أهم ميزة للتعاقد من الباطن عن التوازي هو أن المقاولة الفرعية تبرم بين مقاولين، أي يجمع بين أشخاص مهنيين متساوين إلى حد ما في التخصص والخبرة والمعارف التقنية الهندسية التي هي شروط قانونية ضرورية، مما يجعله عقدا متميزا ومتوازنا ومحميا.

3) توازي العقود عادة ما يكون في المؤسسات المالية الإسلامية، ويكون غالبا في القطاع الخاص، ويدرس في الجامعات والدوائر والهيئات والمجامع المتخصصة في الدراسات الشرعية، والمقصود منه منع النزاعات والظلم والغبن والاستغلال وسائر المحرمات وخاصة الربا، وهو متفرد بنظرة إسلامية تخضع لسلطة النص القرآني والسنة النبوية والاجتهاد الصحيح الموافق لهما، الآخذ بعين الاعتبار الواقع المعيش ومواكبة تطورات المجتمعات في جميع الميادين بلا زوغان أو ذوبان، جمعا بين الأصالة والمعاصرة، ويعد من أهم الوسائل

[1] – إبراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية– المجلد 26/ع2، 2010: 751–752.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

والبدائل الشرعية التمويلية والاستثمارية لتنمية اقتصادية شاملة (الصناعة والدراسة والخدمات) في إطار ضوابط الشريعة الإسلامية السمحة، وصدرت فيه قرارات وفتاوى وأحكام ومواد ومعايير تطبقها المصارف الإسلامية[1].

4) التعاقد من الباطن نشاط إداري بحت للإدارات العمومية، ويدرس عادة في الجامعات في التخصصات القانونية والإدارية والاقتصادية ولا يدرس في التخصصات الشرعية إلا للمقارنة أو النقد، والمقصود منه تنظيم العمل الإداري وتحديد الحقوق والواجبات ومنع الظلم والغبن والاستغلال والغش والرداءة والتأخير في الإنجاز، ولا يأخذ بعين الاعتبار المحرمات والربا لأنه لا يخضع لسلطة النصوص الدينية بل للمواد القانونية المستمدة من خليط بين قوانين الدول الغربية والدول العربية وربما بعض النصوص والاجتهادات الشرعية على أساس أنها تراث تاريخي له قيمته المعنوية، وتخضع كلها لقوانين وتشريعات السلطات التنفيذية والقضائية والتشريعية المنبثقة من القوانين العامة والدساتير والمعاهدات والمواثيق الوطنية والدولية.

5) كل من التعاقد من الباطن والتوازي في العقود قديم تنظيرا جديد تطبيقا، وقد حدد علماء الشريعة الإسلامية منظومة من الأحكام والشروط والضوابط العامة، وبعض الأحكام التفصيلية لكن التوازي بقي اجتهادا ذاتيا خاصا بالمؤسسات المالية الإسلامية وعلماء الشريعة، ولهذا فإن نطاقه بقي ضيقا من ناحية التطبيق، والتعامل به لا يزال محدودا، إلا أنه ينمو بوتيرة متسارعة متزايدة، وهذا سيسهم في إحكامه بشكل أدق وأوسع وأضبط إلى أن يبلغ درجة الإحاطة والتمكن، فلا يزال يعتري أحكامَه التعميمُ والتشتت، ومنه نستطيع أن نقول أن قوانين التعاقد من الباطن هي الأكثر تطبيقا وتداولا،

[1] – صدر القرار رقم: 129 (14/03)، والمعيار الشرعي رقم:11 (الاستصناع والاستصناع الموازي).

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

لكنها تعاني القصور في عدة جوانب منها تحديد المشاكل والحلول واستيعاب كل الصور والجوانب بالدراسة والتقنين والأخطاء يتم تداركها ببطءٍ منذ قرنين من الزمن، و لم تأخذ التشريعات بعين الاعتبار كل جديد وكل خطأ وكلَّ فكرة تسهم في التنمية رغم التسارع الحاصل.

6) التعاقد من الباطن نشأ نشأة غربية وتأثرت التشريعات العربية به، ثم تطور عبر الزمن عندهم وعند العرب، وواكب التطورات والمستجدات عبر التعلم من الأخطاء وتصحيح وحل المشاكل والنزاعات، إلى أن صار منظومة تكاد تتكامل من المواد والقوانين التي تضبط هذا المجال، أما توازي العقود فقد نشأ نشأة إسلامية دينية مستمدة من تراثنا الإسلامي الفقهي العريق، ثم هو يواكب التطور الحاصل في المؤسسات المالية، وفي ظروفِ تحدٍ وعراقيلَ متعددة القوى والجوانب، وبجهود شخصية خاصة تسعى لبلوغ الجودة والكمال في كل الجوانب الدينية والتقنية والعلمية والاقتصادية وغيرها، بل والريادة وكسب التحدي ماليا واقتصاديا لإثبات صلاحية الاقتصاد الإسلامي بديلا ونهجا فريدا لتحقيق العدالة على كل المستويات.

7) أحكام التعاقد من الباطن ملزمة وإلزامية، وتحميها القوانين والقضاء وسلطة الدولة الإدارية وحتى القوة العمومية[1]، أما توازي العقود فأحكامه ملزمة من الناحية الشرعية الفقهية ولا تحميه إلا قوة الإيمان من ناحية، وشبه السلطة التوجيهية التي تُخضِع المؤسساتُ الإسلامية نفسَها لها وهي هيئات الرقابة الشرعية، وفي بعض الدول تخضع

[1] – تطبيقا للمادة 552 من ق .م .ج، والفقرة 01 من المادة 107 ق .م .ج . نصت على أنه :"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

زيادة على هذا للقوانين الإدارية الخاصة بالتعاقد من الباطن، ورغم ذلك لا تزال الدول لم تأخذ بقوانينه ومواده، والمراد الاستفادة من إيجابياتهما جميعا.

8) حكم كل من التعاقد من الباطن والتوازي في العقود عموما الجواز شرعا وعدم المنع قانونا، لكن التوازي قد يكون مستحبا وقد يكون واجبا وقد يكون مكروها وقد يكون محرما، أما التعاقد من الباطن قانونا إما أن يكون ممنوعا أو غير ممنوع.

9) التوازي المباح هو كل تواز استوفى الشروط الشرعية العامة للجواز، ويكون محرماً في حالات منها: 1–أن يكون حيلةً على القرض الربوي، وغالباً ما يكون الطرف المشترك بين المقاول الأصلي والمقاول الحقيقي مصرفا ولذلك يجب الاحتياط 2– ألا يحترم المصرف الشروط العامة للعقود الشرعية كشرط الملكية وغيره، بالإضافة إلى شروط المستفيد المتفق عليها التي لا تخالف الشريعة، 3– أن يترتب على توازي العقود إضرار بَيِّنٌ بأي طرف من أطراف العقدين، ويكون واجباً في صورٍ، منها في عقود المقاولات الكبرى، أو حتى المقاولات غير المتخصصة في مجال من المجالات التي تم التعاقد عليها والتي يتعذّر على المقاول فيها أن يباشر جميع أعمالها المختلفة، إما لكثرتها، أو لعدم خبرته ودرايته في بعضها، فتكون مقاولته عليها بالتوازي لمن هو مختص واجباً عليه؛ التزاماً بما تعهد به من تنفيذ المشروع في مدته المحددة، ويكون مستحبا إذا أدى إلى التكافل وتظافر الجهود وتقوية الروابط أو تشغيل من أرهقتهم البطالة أو البيروقراطية أو غيرها من الأسباب، فيتم تقديم جزء من العمل أو كله لهم، وتقاسم الربح معهم لتجنيبهم الخسائر وفقد العمال الذين يعملون تحت إمرتهم، وهنا يمكن القول أن كلا من توازي العقود والتعاقد من الباطن عقدان ربحيان ماديان تستفيد منهما عمليا العديد من الأطراف، ونرجو ألا يكون هذا من باب التنظير فقط.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

2) 2. 2- الفرع الثاني: مقاربة تفصيلية بين أهم قوانين وأحكام العقدين في القانون الجزائري وتطبيقات المصارف الإسلامية.

1. تتضمن القوانين الوطنية في العديد من الدول تنظيماً قانونيا للعلاقات الناشئة عن عقود المقاولة من الباطن، ولكنه في هذا النوع من العقود ليس متطابقاً، ولهذا سعت بعض المنظمات الدولية المهنية المتخصصة إلى وضع شروط موحدة لعقود مقاولات أعمال الهندسة المدنية تسمى بـــ "شروط الفيديك" [1]، التي أجازها في الجملة بشروط: مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، المنعقد في دورته (24) بدبي، خلال الفترة من:07–09 ربيع أول1441هـــ، الموافق: 04–06 نوفمبر2019م تحت القرار رقم:232 (3/24)، **وهذا نصه: "عقود الفيديك: هي مجموعة نماذج لعقود إنشائية هندسية تهدف إلى ضبط العلاقة بين صاحب عمل أو من يقوم مقامه، ومن يقومون بتنفيذ هذا العقد، لإنجاز مشروع تتعدد عناصر الإنشاء فيه بحيث يتم تسليمه جاهزاً للاستعمال فيما أُعد له. يرى المجمع أن هذه العقود جائزة شرعاً، إذا تم فيه الالتزام بالأحكام والضوابط الشرعية وذلك قياساً له على عقود الاستصناع والإجارة والمقاولة، وما قد يقع فيه من نزاع ومشاحنة فإنه يحل باللجوء إلى التحكيم،**

[1] – تعرف عقود الفيديك (بالإنجليزية: FIDIC) بأنّها معيار عالمي للاستشارات الصناعية، تمّ تطويرها على مدار خمسين عاماً، ويتمّ التعرّف عليها واستخدامها عالميّاً بالسلطات القضائية، وتعتبر مرجعاً لجميع أنواع المشاريع، كما يرمز اختصار الفيديك للاتحاد الدولي للاستشارات الهندسية (بالفرنسية: Federation Internationale des Ingenieurs Conseils)، حيث استخدمت شروط العقد من قبل الاتحاد العام للصناعات الدوائية الدولي، بالإضافة إلى العديد من الشروط الدولية لأعمال البناء والهندسة المدنية، ويجب أن يكون جميع المقاولين على دراية بهذه الشروط، 2019/07/22، 2504: http://mawdoo3.com/

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

طبقا لقرار المجمع رقم 91 (9/8) ويجوز في حال تأخير التنفيذ عن الموعد المحدد تطبيق الشرط الجزائي طبقا لقرار المجمع 109(3/12) وأما ما يزاد في الثمن بسبب تغير ظروف التنفيذ أو تعديل محل العقد فهو تعويض عن الضرر. والله أعلم".ومما ينبغي التنبه له أن المشرع الجزائري أخذ بهذه الشروط، ورغم ذلك لم يجعل قانونا خاصا بالتعاقد من الباطن كما فرق بين العقود الخاصة والصفقات العامة، فالثانية سماها المناولة في **المواد من** 140 **إلى** 144 **من**المرسوم الرئاسي رقم: 247/15، وكانت أكثر دقة وأشد قوة إداريا[1]، حيث أصبح اللجوء إليها ضرورة عملية تحتمها طبيعة بعض الأعمال الإنشائية لضخامتها، وتنوع تخصصاتها، ومن أهم المجالات التي تتضمن تقسيماً للعمل مجالات التشييد والبناء؛ حيث يوجد إلى جانب المعماري: الكهربائي ومهندس الإلكترونيات وغيرهم، فالمقاولون ليسوا فئة واحدة، وإنما هناك مقاول يتعاقد مع صاحب العمل، سواء أكان من القطاع العام أو الخاص، بموجب عقد مقاولة، على إنجاز مشروع بشروط محددة، وآخر يتولى القيام بعمليات الحفر والردم، وآخر يتولى تنفيذ الأعمال

[1]– وبعد تعديل أحكامه بالقانون رقم 2001 في 11 ديسمبر 2001 ميّز بين التعاقد الفرعي في مجال الصفقات العامة والتعاقد الفرعي في عقد المقاولة، فأجاز التعاقد الفرعي على كامل الأشغال محل عقد المقاولة. وحدد مجال التعاقد الفرعي في الصفقة العامة، بجزء محدد منها فقط. وبهذا التعديل أصبحت المادة 1334 المذكور، تمنع التعاقد من الباطن الكلي للصفقات –الأولى من القانون رقم 75 العمومية. كما أصبحت المادة تشمل على فقرة وحيدة، بعد إلغاء الفقرة الثانية منها، والتي كانت تخص التعاقد الفرعي في عمليات النقل بالأمر رقم 2010 أكتوبر 2010، رغم أن المشرع الفرنسي جمع بينهما في أحكام واحدة مستقلة.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

الصحية في المبنى، ومقاول الكهربائيات، ومقاول يتولى تنفيذ الأعمال الخرسانية، ومقاول الديكور والتشطيب النهائي[1].

2. ينشأ في التعاقد عادة في مقاولات البناء ثلاث علاقات، علاقة بين صاحب المشروع والمقاول الأصلي وهي علاقة تعاقدية تعرف بعقد المقاولة الأصلي، وعلاقة تعاقدية أخرى بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي تعرف بعقد المقاولة الفرعي أو عقد المقاولة من الباطن، والعلاقة بين صاحب المشروع والمقاول الفرعي ليست تعاقدية تحكمها نصوص قانونية خاصة، وبذلك سمي العقد الثاني بعقد المقاولة الفرعي أو من الباطن لأنّه يتفرع عن عقد المقاولة الأصلي، ومن ثم فإنّ المقاولة الفرعية تخضع لأحكام التعاقد الفرعي أو أحكام التعاقد من الباطن، ورغم تلك الأهمية التي يحظى بها التعاقد الفرعي في مجال مقاولات البناء، التي لازالت تتنامى مع انتشار مشاريع الترقية العقارية لم ينظمه المشرع الجزائري بقانون خاص به، وإنّما اكتفى بالنص على أحكامه في المادتين:564 و565 من القانون المدني اللّتين تشكلان القسم الثالث تحت عنوان المقاولة الفرعية من الفصل المتعلق بعقد المقاولة، ويعتبر العقد الفرعي عقدا من الناحية القانونية ينطبق عليه التعريف الوارد في المادة 54 من القانون المدني المعدلة بالمادة 23 من القانون رقم 05 –10، وتقابلها المادة 1101 من القانون الفرنسي، ومنه ينبغي التنبيه إلا أن المقاولة

[1]– مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، جامعة وهران2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ر. دكتوراه، 2015–2016: 13و14و15بتصرف.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

من الباطن لا بد أن تتم كلها في أطر قانونية سواء في صفقات عمومية أو خاصة[1]، لكن منها ما يتم بشكل موازٍ ممنوع.

3. الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي عقد، ولا يطالب كل منهما الآخر بتنفيذ التزاماته إلا من خلال المقاول الأصلي[2]، الذي أجاز له المشرع الجزائري حرية اختيارهم شريطة ألا يكون هناك اعتبار شخصي للمقاول من الباطن أو كان هناك شرط ما يمنع ذلك[3]، فالمقاولة من الباطن لا تحظر إلا في الحالتين الآتيتين: إذا اشترط رب العمل على المقاول الأصلي عدم التعاقد من الباطن، أو شخصية المقاول محل اعتبار في تنفيذ العمل محل المقاولة[4]، وهذا نُصَّ عليه في الفقرة الأولى من المادة 564 من القانون المدني: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن

[1] –كان يخضع للقانون الإداري أو المدني أو التجاري على حسب صاحب المشروع، واستقر الأمر في الأخير على أن المقاول من الباطن تاجر يقاضى ويتقاضى إلى القانون التجاري (البند 5 من المادة 2 ق.ت.ج)، وإذا كان حرفيا صرفا فنظرية الأعمال المختلطة، ولكن عموما المقاولة الحرفية تخضع للقانون التجاري: الأمر رقم96 –01، المادة 06–21–، مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، جامعة وهران2، ر. دكتوراه، 2015–2016: 06 و270 بتصرف.

[2] – وهذا المعنى نفسه كما هو موجود في القانون هو موجود في الشريعة الإسلامية. وانظر: وهبة الزحيلي العقود المسماة: 280، الوسيط للسنهوري: 225/7، ابن الهمام، فتح القدير: 163/7، الكاساني، بدائع الصنائع: 210/5، الشرح الكبير: 462/14، الحطاب، مواهب الجليل: 395/5.

[3] – حمادي جازية مجيدة، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003 –2002: 73.

[4] – محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1990 :25.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية"، وفي مجال الصفقات العمومية، فإنّ الطابع الشخصي للتعاقد الفرعي يظهر جليا، من خلال اشتراط المشرع الموافقة الصريحة المسبقة للمصلحة (الإدارة) المتعاقدة على التعاقد من الباطن[1] ولا شك أن هذا يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية سواء في حكمها على عقود الباطن من وجهة نظر نقدية، أو عقود التوازي التي تنص على الشخصية الاعتبارية للمقاول في حال اشتراطها من قبل صاحب العمل، ويمكن من زاوية أن يكون بينهما تطابق تام في هذا الشرط.

4. من تتبع القوانين والمواد يتبين أن مقاولة البناء قانونيا هي استصناع وليست إجارة، خاصة ما تعلق بالصفقات العمومية، وعلى العموم هي تجارة ومعاوضة، وهنا تطبق عليها أحكامه، لكن المقاولة من الباطن شرعا قد تكون إجارة أشخاص وقد تكون استصناعا، لأن المقاول من الباطن قد تنقصه المواد والآلات وقد لا يكون مليئا بما يكفي فيلجأ إليه كأجير من الباطن[2] وهنا ينبغي تطبيق قوانين الإجارة شرعا، أما في المصارف الإسلامية، فالأصل أن المقاول المتعاقد معه مستصنعٌ عليه جلب المواد والعمل، والمصرف لا يتعاقد عادة إلا بالمؤهلات، لكن يمكن للبنك أن يتعاقد معه عقد إجارة لإنجاز ما طلبه العميل، ويتعاقد معه عقدا آخر منفصلا وهو بيع مرابحة للمواد وتأجير للآلات[3]، وهذا من أهم الفوارق بين المقاولة الموازية والمقاولة من الباطن.

[1] – من المرسوم الرئاسي رقم15 –247 حسب المادة143 ، وانظر الفقرة الثانية من المادة 564 ق. م. ج

[2] – الفقرة الثانية من المادة 552 ق .م .ج، وأحمد السنهوري، الوسيط في شرح ق م الجديد، العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، بند122 :217 .

[3] – الكاساني، بدائع الصنائع: 5/209–210، ابن عابدين، حاشية (رد المحتار): 4/213، الفتاوى الهندية:2 /207، ابن الهمام، فتح القدير: 5/355، الحطاب، مواهب الجليل: 4/593–540،

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

5. المقاول من الباطن غير خاضع للضمان، حيث جعل المشرع الجزائري المقاول الأصلي مسؤولا عنه تجاه صاحب المشروع[1]، وبعض القوانين العربية[2] تضمنه ولو بعد مرور عشر سنوات ولو تنازل وفسخ العقد وتولاه طرف آخر، ولا شك أن هذا مقبول شرعا في ظروف معينة، متى ثبت بالأدلة والقرائن أن له يدا فيما وجب فيه الضمان كما مر في قرار المجمع.

6. تقضي الأحكام القانونية بأن الضمان لا يثبت إلا كتابة كما في المواد من 645إلى 652 ق .م .ج.، وللأسف هذا الضمان غير إلزامي بين المقاول الأصلي والمقاول الفرعي، إلاّ إذا تم الاتفاق عليه في العقد فيصبح التزاما تعاقديا، وهذا في الصفقات الخاصة أما الصفقات العامة فهو إلزامي وبنسب محددة سلفا، وهذا لا شك إجحاف واختلال في التقنين والإشكالية أن الموضوع واحد، ولا نجد في القانون مبررا واحدا لهذا

الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير:216/3، النووي، روضة الطالبين:3/4، المرداوي، الإنصاف: 300/4، وانظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، دمشق، 1418هـ–1998م : 144.

[1]– مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، جامعة وهران2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ر. دكتوراه، 2015–2016: 09. كما في الفقرة 2 من المادة 564 " ولكن يبقى (المقصود المقاول) في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل"، وبالرجوع إلى النصوص القانونية، نجد أن المشرع قد نص في المادة 188 من القانون م. ج على أن " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان". ويحق لصاحب المشروع مساءلة المقاول الأصلي عن أخطاء المقاول الفرعي مباشرة، إن لم يكن حرا في اختياره، نظرا للظروف المحيطة بالتعاقد.

[2] – قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن: 244 . ود. مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، القانون المدني، بيروت، لبنان: 462/2.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد: 34 العدد: 01 السنة: 2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر: 05–08–2020

الخلل، وكان من الأفضل على المشرع الجزائري ورفعا لأي لبس وسعيا لطمأنة المقاول الأصلي وصاحب المشروع ينبغي تقنين التزام المقاول الفرعي بأدائه كفالة الإنجاز لمصلحة المقاول الأصلي[1].

7. وسألخص في هذا الملحق ما قيل من الناحية الشرعية عن المقاولة من الباطن بهذه القرار الصادر عن المجمع الفقهي، ومنها مقاولة البناء من الباطن بما يشبه المواد القانونية: قرار[2] بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره: حقيقته، تكييفه، صوره، "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع وقواعده ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات، ونظراً لما لأهمية عقد المقاولة ودوره الكبير في تنشـــيط الصناعة، وفتح مجالات واســـعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإســـلامي قرر ما يلي:

- عقد المقاولة – عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر – وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة

[1]– مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، جامعة وهران2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ر. دكتوراه، 2015–2016: 91–92 بتصرف.

[2] – أضيف على الموقع يوم: الخميس 16 يناير 2003 قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 129 (14/3)، المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (قطر) 8–13 ذو القعدة 1423هـــ، الموافق ل11–16 يناير2003م، (بتصرف)حيث جمعت ما تعلق بالضمان وقدمت وأخرت. http://www.iifa-aifi.org/2118.html.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

- إذا قدم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم 65 (7/3) بشأن موضوع الاستصناع.
- إذا قدم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً، ويجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:
- أ–الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصفات المحددة بدقة.ب–الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.ج–الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية. ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة وبمواصفات محددة بالتكاليف يرفعها للجهة المحددة في العقد ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.
- يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً، بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة. ويطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم 109 (12/3).
- يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط لآجال معلومة أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها، ويجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات، وإذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجرة، فللمقاول عوض مثله، وإذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضاَ زائداً على المسمى، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات أو الإضافات.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

- يضمن المقاول إذا تعدى أو فرط أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها.
- ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل، أو بقوة قاهرة، لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول، ويجوز اشتراط الضمان لفترة محددة، ولا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد.
- المقاول مسؤول عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.
- إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن، وإذا لم يشرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداؤه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الأجراء.
- توصيات :يوصي المجمع بدراسة بعض صيغ عقود المقاولات من مثل ما يسمى (BOT) أي بناء وتملك وإدارة ونقل ملكية. والله أعلم.

8. وسألخص بهذا الملحق الثاني: ما قيل من الناحية الشرعية، وذلك بنص المعيار رقم 11 من المعايير الشرعية الصادرة عن (ه.م. م للمؤسسات المالية الإسلامية)، والمتعلق بالاستصناع والاستصناع الموازي بما يشبه المواد القانونية، ولطول المعيار سأكتفي بما جاء فيه عن الاستصناع الموازي أو البناء والمقاولة في المتن وبالخط العريض في التهميش، ونذكر الباقي في التهميش:

- 7–الاستصناع الموازي
- 17/يجوز أن تبرم المؤسسة بصفتها مستصنعاً عقد استصناع مع الصانع للحصول على مصنوعات منضبطة بالوصف المزيل للجهالة وتدفع ثمنها نقداً عند توقيع العقد،

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

لتوفير السيولة للصانع، وتبيع لطرف آخر بعقد استصناع مواز مصنوعات تلتزم بصنعها بنفس مواصفات ما اشترته، وإلى أجل بعد أجل الاستصناع الأول وهذا بشرط عدم الربط بين العقدين، (انظر البند 4/1/3) .

●27/ يجوز أن تجري المؤسسة بصفتها صانعاً عقد استصناع مع عميل بثمن مؤجل، وتتعاقد مع صانع أو مقاول للشراء منه بالاستصناع الموازي لمصنوعات أو مبان بنفس المواصفات بثمن حال، بشرط عدم الربط بين العقدين، مع مراعاة ما جاء في البند4/1/3.

● 37/ يجب أن تتحمل المؤسسة نتيجة إبرامها عقد استصناع بصفتها صانعاً تبعات المالك ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى المستصنع (العميل)، ولا يحق لها أن تحول التزاماتها مع العميل إلى الصانع في عقد الاستصناع الموازي.

● 47/ لا يجوز الربط بين عقد الاستصناع وعقد الاستصناع الموازي، ولا يجوز التحلل من التسليم في أحدهما إذا لم يقع التسليم في الآخر، وكذلك التأخير أو الزيادة في التكاليف، ولا مانع من اشتراط المؤسسة على الصانع في الاستصناع الموازي شروطاً (بما فيها الشرط الجزائي) مماثلة للشروط التي التزمت بها مع العميل في الاستصناع الأول أو مختلفة عنها .

● 8– تاريخ سريان المعيار: يجب تطبيق هذا المعيار اعتباراً من 1 المحرم 1424هـ أو 1يناير 2003م[1] .

[1] – نص المعيار، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ساب خ.م.إ، 1439هـ–2019م:293.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

1- نطاق المعيار: يطبق هذا المعيار على عمليات الاستصناع والاستصناع الموازي سواء أكانت المؤسسة مشترية أم بائعة.

2- عقد الاستصناع:

1/2 إبرام عقد الاستصناع مباشرة أو بعد المواعدة: 1/1/2 يجوز إبرام عقد الاستصناع بين المؤسسة والمستصنع ولو لم يسبق ذلك تملك المؤسسة للمبيع أو للمواد المكونة له.2/1/2 يجوز أن تستفيد المؤسسة من عرض الأسعار الذي يحصل عليه العميل من جهات أخرى، وذلك للاستئناس به في تقدير التكلفة وتحديد الربح المستهدف.3/1/2 لا يجوز أن يكون دور المؤسسة تمويل عقد استصناع أبرم بين مستصنع وجهة أخرى، ولاسيما عند عجزه عن سداد مستحقات تلك الجهة، سواء كان ذلك قبل الشروع أم بعده (انظر البند 2/2/4). 2/2–صفة عقد الاستصناع وشروطه 1/2/2 عقد الاستصناع ملزم للطرفين إذا توافرت فيه شروطه، وهي: بيان جنس الشيء المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة ومعلومية الثمن وتحديد الأجل إن وجد. ويثبت للمستصنع الخيار إذا جاء المصنوع مخالفاً للمواصفات المشروطة.2/2/2 بما أن الاستصناع عقد لازم بنفسه، فإنه تترتب آثاره بمجرد العقد، ولا حاجة إلى إعادة إيجاب وقبول بعد الصنع، وهذا بخلاف الوعد بالمرابحة للآمر بالشراء الذي يحتاج إلى إنشاء البيع بإيجاب وقبول بعد تملك المؤسسة للمبيع.3/2/2 لا يجوز اشتراط الصانع البراءة من العيوب في عقد الاستصناع.4/2/2 لا يجوز أن تتم عقود أو إجراءات الاستصناع بصورة تجعل العملية حيلة على التمويل الربوي، مثل التواطؤ على شراء المؤسسة من الصانع مصنوعات أو معدات بثمن حال وبيعها إليه بثمن مؤجل أزيد، أو أن يكون طالب الاستصناع هو نفسه الصانع، أو أن يكون الصانع جهة مملوكة للمستصنع بنسبة الثلث فأكثر، حتى لو تم ذلك عن طريق المناقصة، وذلك تجنباً لبيوع العينة.

3- محل الاستصناع، وضماناته:

1/3 أحكام المصنوع: 1/1/3 لا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة وتخرجه عن حالته الطبيعية. فما دام الصانع التزم بالعين المصنوعة صح الاستصناع. 2/1/3 يجوز التعاقد على صنع أشياء تصنع بأوصاف خاصة يريدها المستصنع ولو لم يكن لها مثيل في السوق، بشرط أن تكون مما ينضبط

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

بالوصف. ويجوز أن يكون محل الاستصناع من الأشياء التي يكثر أمثالها في السوق ويحل بعض وحداتها محل بعض في أداء الالتزام بسبب صنعها بمواصفات موحدة، ويستوي في ذلك أن يكون المصنوع للاستهلاك أو للاستعمال مع بقاء عينه.3/1/3 لا يجوز أن يكون محل الاستصناع شيئا معينا بذاته، كما لو قال بعتك هذه السيارة، أو هذا المصنع، وإنما يكون الاستصناع فيما حدد بالمواصفات لا بالتعيين. ولا يثبت للمستصنع أولوية فيما شرع الصانع في عمله إلا بعد التسليم كلياً أو جزئياً، كما لا يختص المستصنع بملكية المواد القائمة لدى الصانع لإنجاز الصنع إلا إذا تعهد الصانع بعدم التصرف بها لغير ذلك الشيء المستصنع ضماناً لإنجازه، ويقع هذا التعهد في حالة اشتراط الصانع على المستصنع تعجيل جزء من الثمن ليتمكن من شراء بعض المواد.4/1/3 يجوز أن يشترط في عقد الاستصناع أن يتم الصنع من المؤسسة نفسها، وفي هذه الحالة يجب عليها التقيد بذلك، ولا يحق لها أن تعهد بالإنجاز إلى غيرها.5/1/3 يجوز للصانع تسليم ما صنعه هو قبل إبرام عقد الاستصناع، أو ما صنعه غيره، إذا لم يشترط عليه الصنع بنفسه، ولا يتخذ ذلك ذريعة لتأجيل البدلين في بيع موصوف في الذمة غير مقصود صنعه. 6/1/3 يجب على الصانع إنجاز العمل وفقاً للمواصفات المشروطة في العقد، وفي المدة المتفق عليها، أو في المدة المناسبة التي تقتضيها طبيعة العمل وفقاً للأصول المتعارف عليها لدى أهل الخبرة.7/1/3 يجوز تحديد مدة لضمان عيوب التصنيع أو الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليها الطرفان أو يجري بها العرف. 8/1/3 يجوز الاستصناع في المباني لإقامتها على أرض معينة مملوكة للمستصنع أو للصانع، أو على الأرض التي ملك أحدهما منفعتها، وذلك على اعتبار ان المستصنع فيه هو المباني الموصوفة وليس المكان المعين.

2/3– ثمن الاستصناع : 1/2/3 يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد، ويجوز أن يكون نقوداً، أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه . وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الانتفاع بالمشروع لمدة معينة (Build Operate Transfer). 2/2/3 يجوز تأجيل ثمن الاستصناع، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة، أو تعجيل دفعة مقدمة وتسديد باقي الثمن على دفعات متوافقة مع مواعيد التسليم لأجزاء من المصنوع. ويجوز ربط الأقساط بمراحل الإنجاز إذا كانت تلك المراحل

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

منضبطة في العرف ولا ينشأ عنها نزاع. 3/2/3 إذا كان العمل مكونا من عدة أجزاء، أو كان الثمن محدداً على أساس الوحدة، فيجوز أن يشترط الصانع على المستصنع أن يؤدي من الثمن المؤجل بقدر ما أنجزه من العمل مطابقاً للمواصفات. 4/2/3 يجوز اختلاف الثمن في عروض الاستصناع تبعاً لاختلاف أجل التسليم، ولا مانع من التفاوض على عروض متعددة، على أن يتم اختيار أحدها عند إبرام العقد لمنع الغرر والجهالة المفضية إلى النـــزاع. 5/2/3 لا يجوز إجراء المرابحة في الاستصناع بأن يحدد الثمن بالتكلفة وزيادة معلومة. 6/2/3 إذا انخفضت التكلفة الفعلية التي أنفقتها المؤسسة في إنجاز المصنوع عن التكلفة التقديرية، أو حصلت المؤسسة على حسم من الجهة التي قامت بالصنع لصالح المؤسسة في الاستصناع الموازي لتنفيذ الصفقة مع العميل، فلا يجب على الصانع تخفيض الثمن المحدد في العقد، ولا حق للمستصنع في الفرق أو جزء منه، وكذلك الحكم في حال زيادة التكلفة.

3/3 الضمانات:

1/3/3 يجوز أن تقبل المؤسسة إن كانت صانعة، أو أن تدفع إن كانت مستصنعة، عربوناً لتوثيق العقد، بحيث يكون جزءاً من الثمن إن لم يفسخ العقد، أو يستحقه الصانع في حال فسخ العقد. والأولى أن يقتصر على مقدار الضرر الفعلي.2/3/3 يجوز للمؤسسة في عقد الاستصناع، سواء كانت صانعة أم مستصنعة، أن تأخذ الضمانات التي تراها كافية للوفاء بحقوقها لدى المستصنع أو الصانع، كما يجوز لها إذا كانت مستصنعة أن تعطي الضمانات التي يطلبها الصانع، سواء كان الضمان رهناً أم كفالة أم حوالة حق أم حساباً جارياً أم إيقاف السحب من الأرصدة.

4– ما يطرأ على الاستصناع:

1/4– التعديلات والإضافات والمطالبات الإضافية 1/1/4 يجوز اتفاق الصانع والمستصنع بعد عقد الاستصناع على تعديل المواصفات المشروطة في المصنوع، أو الزيادة فيه، مع تحديد ما يترتب على ذلك بالنسبة للثمن وإعطاء مهلة في مدة تنفيذه، ويجوز النص في العقد على أن مقابل التعديلات هو بنسبتها إلى الثمن حسبما تقتضيه الخبرة أو العرف، أو أي مؤشر معروف تنتفي به الجهالة المفضية إلى النـــزاع. 2/1/4 ليس للمستصنع إلزام الصانع بالتعديلات على محل عقد الاستصناع ما لم يوافق

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

الصانع على ذلك. 3/1/4 لا يجوز زيادة الثمن لتمديد أجل السداد. أما تخفيض الثمن عند تعجيل السداد فيجوز إذا كان غير مشترط في العقد.

2/4– الظروف الطارئة أو القاهرة: 1/2/4 إذا وجدت ظروف طارئة تستدعي تعديل ثمن الاستصناع زيادة أو نقصاً فإنه يجوز باتفاق الطرفين، أو بالتحكيم، أو بالرجوع إلى القضاء، مع مراعـــــاة البند 3/1/4. 2/2/4 يجوز الاستصناع لإتمام مشروع بدأ به صانع سابق وحينئذ يجب تصفية العملية بحالتها الراهنة، على حساب العميل مع الصانع السابق، حيث تظل الديون –إن وجدت–التزاما شخصياً عليه، ومن ثم إبرام عقد استصناع لبقية العمل، دون التـــزام المؤسسة بالاستعانة بالصانع السابق، بل ينص على أن لها الحق في إنجاز العمل بأي وسيلة تراها مناسبة. 3/2/4 يجوز النص على حق المستصنع في تنفيذ الاستصناع على حساب الصانع في حال امتناعه عن التنفيذ أو الإتمام خلال مدة محددة تبدأ منذ التوقف عن العمل في حالة استصناع مبان أو منشآت على أرض المستصنع. 4/2/4 إذا عجز الصانع عن الإتمام فإن المباني أو المنشآت المشروع بإنشائها لا يستحقها المستصنع مجاناً ويختلف الحكم تبعاً للسبب، فإن كان العجز بسبب يرجع إلى الصانع فيضمن المستصنع قيمة البناء بنسبة ما أنجز الصانع مع تحمل الصانع ما قد ينشأ للمستصنع من ضرر فعلي. وإذا كان عدم الاتمام لسبب يرجع إلى المستصنع فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه مع تحمل المستصنع الضرر اللاحق بالصانع. وإذا كان عدم الاتمام لسبب لا يرجع لأحدهما فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه فقط، ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر (وانظر البند 3/2/4). 5/2/4 يجوز أن يضاف إلى عقد الاستصناع شرط ينص على أن أي اشتراط جديد تضعه الجهات المختصة لم يتضمنه العقد ويترتب عليه تبعات ليست على الصانع بمقتضى العقد أو القانون، فإنها تكون على المستصنع.

5– الإشراف على التنفيذ:

1/5 يجوز للمؤسسة بصفتها مستصنعاً أن توكل مكتباً فنيا للنيابة عنها بموافقة الصانع للتحقق من التقيد بالمواصفات المشروطة، والموافقة على تسليم الدفعات وفقاً لذلك، والتسليم، والتسلم. 2/5 يجوز للمؤسسة بصفتها صانعة توكيل المستصنع بعقد توكيل مستقل عن عقد التصنيع للقيام بالاشراف على

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

إنجاز المصنوع طبقاً للمواصفات المتعاقد عليها. 3/5 يجوز اتفاق الصانع والمستصنع على تحديد من يتحمل منهما التكلفة الإضافية المتعلقة بالإشراف.

6- تسليم المصنوع والتصرف فيه:

1/6: تبرأ ذمة الصانع بتسليم المصنوع إلى المستصنع أو تمكينه منه، أو تسليمه إلى من يحدده المستصنع. 2/6 إذا كان المصنوع وقت التسليم غير مطابق للمواصفات فإنه يحق للمستصنع أن يرفضه، أو أن يقبله بحاله، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء. ويجوز للطرفين أن يتصالحا على القبول ولو مع الحط من الثمن. 3/6 يجوز التسليم قبل الأجل بشرط أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات، فإذا امتنع المستصنع من تسلمه فيختلف الحكم بين وجود مانع مقبول وعدم وجوده، فإذا وجد مانع مقبول فلا يجبر على التسلم، وإن لم يوجد مانع مقبول فيلزم بالتسلم. 4/6 يجوز أن يكون تسليم المصنوع بطريقة القبض الحكمي بتمكين الصانع للمستصنع من قبض المصنوع بعد انجازه، وبذلك ينتهي ضمان الصانع ويبدأ ضمان المستصنع، فإذا حصل بعد التمكن تلف للمصنوع غير ناشئ عن تعدي الصانع أو تقصيره يتحمله المستصنع، وبذلك يتم الفصل بين الضمانين: ضمان الصانع وضمان المستصنع .5/6 إذا امتنع المستصنع عن قبض المصنوع بدون حق بعد تمكينه من القبض يكون أمانة في يد الصانع لا يضمنه إلا بالتعدي أو التقصير. ويتحمل المستصنع تكلفة حفظه. 6/6 يجوز النص في عقد الاستصناع على توكيل المستصنع للصانع ببيعه إذا تأخر المستصنع عن تسلمه مدة معينة، فيبيعه على حساب المستصنع ويرد الزيادة إليه إن وجدت، أو يرجع عليه بالنقص إن وجد. وتكون تكلفة البيع على المستصنع. 7/6 يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً غير مجحف لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ يتفق عليه الطرفان إذا لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة، ولا يجوز الشرط الجزائي بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء الثمن (انظر معيار المدين المماطل، البند 1/2 ب). 8/6 لا يجـــوز بيع المصنوع قبل تسلمه من الصانع حقيقة أو حكما، (انظر البند 4/6) ولكن يجوز عقد استصناع آخر على شيء موصوف في الذمة مماثل لما تم شراؤه من الصناع ويسمى هذا الاستصناع الموازي (انظر البند 7). 9/6 يجوز للمؤسسة المستصنعة أن توكل الصانع ببيع المصنوع بعد التمكن من قبضه إلى

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

وفي المدة التي أنهيت فيها تحرير هذا المقال وصلني على بريدي الإليكتروني خبر مفرح عن بنك السلام، وفتحت الموقع الذي جاء فيه أن "مدير بنك السلام أعلن لـــ ’’ النهار‘‘ عن: قروض حلال لشراء مساكن LPA...! حيث قال: " إن البنك مستعد لاستقبال ملفات المكتتبين...، وسيتمكن المكتتبون في صيغة السكن الترقوي المدعم LPA مـــن الحصول على قروض حلال لاقتناء مساكنهم، بعد إطلاق بنك «السلام» الجزائر للخدمة وإعلانه الشروع في استقبال ملفات المكتتبين، وقد كشف مدير «السلام بنك» الجزائر، في تصريح خص به «النهار»، أمس، على هامش حضوره الملتقى الدولي الأول للصيرفة الإسلامية تحت شعار «التمويل الإسلامي وتحدي التنمية المستدامة»، بأن البنك سيقوم بتمويل هذه الصيغة السكنية الجديدة بصيغة شركة الملك، وأضاف المتحدث بأن البنك سيدخل كشريك مع المستفيد في ملكية السكن بموجب عقد شركة البنك، حيث سيتم تأجير المسكن من قبل البنك بعقد إيجار منتهٍ بالتمليك بعد دفع المكتتب لكافة الأقساط المتبقية[1].

عملاء الصانع لصالح المؤسسة، سواء كان التوكيل مجانا، أم بأجر مقطوع، أم بنسبة من ثمن البيع، على ألا يشترط هذا التوكيل في عقد الاستصناع.

[1]– وفيه أيضا: "وكانت مصالح ولاية الجزائر قرّرت منح الأولوية في معالجة ملفات صيغة السكن الترقوي المدعم LPA للمتزوجين وليس حسب الرقم التسلسلي، حيث انطلقت عملية غربلة المسجلين بتاريخ 30 أكتوبر. وتم برمجة حصة العاصمة بمشروع انجاز 7200 مسكن في العاصمة، حيث تم الانطلاق في دراسة الأرضيات، في حين سيتم الشروع في بداية تسليم مساكن LPA، ستكون في آفاق 2021، حيث تم تحديد مدة إنجاز المساكن ما بين 12 و14 شهرا، وقد خصّصت ولاية الجزائر لإنجاز صيغة المساكن الترقوي المدعم 7203 وحدة سكنية موزعة على 35 موقعا، أين تم تكليف 4 مرقين عقاريين عموميين لإنجاز هذه المساكن على غرار دواوين الترقية والتسيير العقاري الثلاثة والوكالة

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

لكنه مع هذا التطور الملحوظ لم يحدد المدير آلية التعامل مع الدولة وقوانينها من ناحية، و لم يحدد آلية التعامل مع المقاولين منجزي هذه المشاريع من ناحية أخرى، وكيف ستكون هذه الشراكة؟ وما الفرق بينها وبين الاقتراض من البنوك؟ وهل سيقتصر على الصيغ المحددة والموجهة من طرف الدولة وأقصد المدعمة منها فقط؟ وهل سيكون له مشاركة في الصيغ الأخرى كالبناء الريفي والاجتماعي؟، وهل هناك إمكانية لأن يقوم هو بشكل مستقل بشراء عقارات خاصة به بسعر مدعم أو بدون ذلك، وسواء أكان ذلك من عقارات الدولة أو من عقارات الخواص، وسواء أكان ذلك في برنامج كـــ (ALP/LPA/ أو PROMOTION) ويستأجر مقاولين أو يتعاقد معهم أو يوظفهم أو ينشئ مقاولة خاصة به لبناء المساكن وحتى المصانع ومختلف المؤسسات، وسواء أكان ذلك بطلب من الزبائن أو بمبادرة تجارية ومنتوج جديد؟.

أما هذه الصيغة فعليها ملاحظات كثيرة منها مشابهة القرض للقرض المقدم من البنوك، عدم تحقق الملكية بشكل فعلي لأنه سيكون مخالفا للقوانين بشكل كامل، ومعلوم أن السكن ابتداء سيكون باسم صاحبه طبقا للإجراءات القانونية الخاصة بالبطاقية الوطنية للسكن، ولا يمكن أن يخرج باسم البنك لصالح فلان كما هو معمول به في باقي المنتجات لأن الأمر في السكن صعب، ولا يمكن للدول أن تغامر ببيع كل تلك السكنات لمصرف السلام ليبيعها هو الآخر للمواطنين، هذا بغض النظر عن ارتفاع التكلفة مقارنة

العقارية لولاية الجزائر. وتحصل ديوان الترقية والتسيير العقاري لحسين داي على 2342 وحدة، «أوبيجيبي» الدار البيضاء 1830 وحدة سكنية، و«أوبيجيي» بئر مراد رايس 1750 وحدة، أما الوكالة العقارية لولاية الجزائر فكلفت بإنجاز 1281 وحدة سكنية، وبالنسبة للمواقع والعقارات التي ستنجز عليها هذه المساكن، فإنه تم اختيار 11 مقاطعة إدارية و17 بلدية. وجدته على الموقع بتاريخ: https://www.ennaharonline.com 2019/11/11

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

بقروض البنوك الأخرى باختلاف طول وقصر المدة، وهذا ما سيخالف سياسة الدولة في الدعم والتخفيف على المواطنين، وعليه كان من الأفضل –والله أعلم– استحداث صيغة مع الدولة تتضمن فتح المجال لتتكفل البنوك بالتعاقد مع المقاولين بالإجراءات الإدارية التنافسية نفسها، ويترك للمواطن الذي تحصل على الموافقة في البطاقية حرية اختيار المصرف الذي يريد التعامل معه، ويخفف العبء على الدولة وتكتفي بمهام المراقبة التقنية وتنظيم المنافسات وبعض الأمور الإدارية الضرورية التي لا تقوم بها إلا الجهات الرسمية، ومن هنا تظهر قيمة التعاقد من الباطن مع مقاولات البناء أو لنقل مقاولات البناء الموازية، أو سمها إن شئت الاستصناع العقاري الموازي، وهنا الفكرة جاهزة تحتاج إلى دراسة متأنية وزيادة ضبط وتقنين وتنظيم وتعديل، ثم يفتح المجال أمامها من أجل التطبيق والتفعيل –والله أعلم–.

الخاتمة وبعض التوصيات:

1. مما لا شك فيه أن القانون الجزائري لا يزال قاصرا ناقصا في دراسة وتقنين واستيعاب كل ما يتعلق بالتعاقد من الباطن، وهذا ما اتفقت عليه كل الدراسات التي تناولت هذا الجانب المهم والحيوي في التنمية الاقتصادية خاصة ما تعلق بالسكن، وما دامت الجزائر دولة مسلمة بدلالة الدستور ينبغي عليها أن تستقي قانونها أولا من الشريعة الإسلامية ثم اجتهادات العلماء المختلفة شرعا وقانونا ولا تقصي أي جانب مهما كان، ولابد أن تستفيد من كل طاقات البلد وكفاءاته العلمية والقانونية، ولابد أن تنتفع دولتنا بأحدث ما توصل إليه الفكر الغربي الحديث، لا سيما وقد فتحت المجال أمام الصيرفة الإسلامية، حيث يمكن تعديل قوانين التعاقد من الباطن بحسب ما هو موجود في الفقه الإسلامي، سواء أكان التعامل به في الإدارات العمومية والحكومية، أو تتوسط البنوك والمصارف الإسلامية عملية التعاقد من الباطن، وإلا فسنؤول حتما للتوازي في العقود.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204

المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

2. ولا شك أيضا أن استغلال الإيجابيات التنظيمية والإجرائية الكثيرة، التي تتميز بها القوانين عادة بحكم أنها هي المهيمنة والمعمول بها على أرض الميدان، والتي لازالت تتحدث باستمرار، لا شك أنها ستكون الداعم القوي لإنجاح الصيرفة الإسلامية وإنجاح تطبيقاتها إذا وضعت في الإطار القانوني الصحيح، وخاصة من ناحية تقنين فقه المعاملات المالية عموما والمصرفية على وجه الخصوص، ووضعها في قوالب مرتبة ومنظمة في شكل مواد قانونية تحترم الأصلي والتبعي، والمتغيرات والثوابت وغيرها.

3. ومما لا شك فيه أيضا أن الشريعة الإسلامية قديما وحديثا أثبتت استيعابها لكل صور ونوازل هذا الجانب بتفصيل منقطع النظير سواء فيما يتعلق بالتعاقد من الباطن أو التوازي في العقود، لكن الدراسات التي اهتمت بهما من الناحية الشرعية الصرفة قليلة جدا بل تعد على الأصابع وأقصد هنا الدراسات الجامعة المانعة التي تلم شتات هذين الموضوعين تنظيرا وتطبيقا.

4. أوصي بدراسة موضوع التعاقد من الباطن بمختلف مواده القانونية وتشريعاته في أي دولة دراسة فقهية **نقدية أو مقارنة** بين الشريعة والقانون شعارها النقد البناء باستيفاء كل الجوانب وكل التخصصات للاستفادة من الإيجابيات وتدارك السلبيات ودعمها بالتراث الفقهي القديم منه والجديد، ورغم وجود الكثير من الدراسات القانونية في هذا المجال لكنه لم توجد دراسة واحدة نهجت نهج الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون–هذا في حدود علمي طبعا–، وقد وجدت دراسات قانونية قليلة أشارت للفقه الإسلامي باحتشام فيما يتعلق بهذا الموضوع، ولا تكاد توجد دراسة واحدة نقدت أو قارنت بالقانون الجزائري، و هذا المقال هو في الحقيقة جاء كمحاولة أو تلميح أو دعوة لبداية النقاش والحوار الجاد والبناء في نقد ومقارنة كل ما يتعلق بالعقود المالية القانونية والإدارية ومنها التعاقد من الباطن، وطرح كل اجتهاد خاطئ أو لا تسعفه الظروف أو

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

لا يواكب التطور الحاصل، خاصة وأنه قد بدأت في بعض الدول العربية والإسلامية مثل هذه الدراسات لكنها ليست كافية.

5. بناء على هذه المعطيات نقول: نعم يمكن الاستفادة مما في القانون لتقنين نشاط المصارف الإسلامية في مقاولات البناء، بأي صيغة سواء أكانت بيعا أو إجارة أو استصناعا أو مضاربة أو شراكة أو بالمزج بينها، والمهم هو وساطة المصرف الإسلامي وموافقة المعاملة للشريعة الإسلامية، كما يمكن التقارب بين القانون والشريعة الإسلامية ليكمل بعضهما الآخر، فالشريعة كاملة لا نقص فيها ولكن حظ الاجتهاد فيها كبير، وهي تحتاج إلى الإجراءات التنظيمية التي غالبا ما تركت للبشر حسبما يلائم ظروفهم وأحوالهم، ولن تضيق الشريعة عليهم في ذلك، ولاشك أن هذا ما برز فيه القانون بشكل عملي.

المراجـــع:

كتب اللغة:

1) الرازي، أحمد بن فارس (395هـــ)، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، 1399هـــ–1979م.

2) الأزهري أبو منصور، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، ت: محمد عوض، دار إحياء التراث العربي–بيروت–2001م.

3) الفارابي أبو نصر، محمد بن محمد (ت:393ه) الصحاح، ت: أحمد عطار، دار العلم للملايين بيروت، ط4، 1407هـــ–1987م.

4) الإفريقي ابن منظور، محمد بن مكرم (المتوفى: 711هـــ)، لسان العرب، دار صادر – بيروت، ط3، 1414هـــ.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

5) الرازي أبو فارس، أحمد بن فارس (المتوفى: 395هـ)، مجمل اللغة، ت: زهير سلطان، مؤسسة الرسالة–بيروت، ط2–1406هـ–1986م

6) المرسي أبو الحسن، علي ابن إسماعيل (458ه)، المحكم والمحيط الأعظم، ت: عبد الحميد هنداوي، الكتب العلمية–بيروت، ط1، 2000.

7) مرتضى الزَّبيدي أبو الفيض، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، بدون: ط/ت.

8) أحمد مختار عمر (مع فريق عمل)، معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي، عالم الكتب، القاهرة ط1، 2008م.

9) أحمد مختار عمر (1424هـ) فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 2008م.

10) إبراهيم مصطفى/أحمد الزيات/حامد عبد القادر/محمد النجار، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ت: م/اللغة العربية.

11) ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية –بيروت، 1979م ت: طاهر الزاوى–محمود الطناحي.

12) الفيروزآبادى مجد الدين، محمد بن يعقوب(817هـ)، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط2، 1426هـ–2005م.

13) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت.

14) الرازي زين الدين أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر (666هـ)، مختار الصحاح، ت: يوسف محمد، المكتبة العصرية/بيروت، ط5، 1420هـ.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

كتب الفقه:

15) الختلان، سعد بن تركي، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، ط2، 1433ه–2012م.

16) العمراني، عبد الله بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز إشبيليا– الرياض، ط1، 1434هـ–2013م.

17) الإمام الشافعي، محمد بن إدريس(204هـ) كتاب الأم، دار المعرفة – بيروت، ط: بدون ط، 1410هـ/1990م.

18) الدبيان، دبيان بن محمد، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط2، 1432هـ.

19) السبكي أبو نصر تاج الدين، عبد الوهاب بن علي، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بدون: ط/ت.

20) الزحيلي، وهبة بن مصطفى بن وهبة، العقود المسماة، دار الفكر المعاصر، 2014م.

21) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (861هـ)، فتح القدير، دار الفكر، ب/ط/ت.

22) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية ابن عابدين (1252هـ)، دار الفكر–بيروت، ط2، 1412هـ–1992م.

23) ابن قدامة المقدسي، عبدالله بن أحمد، المغني الشرح الكبير على متن المقنع (682هـ)، دار الكتاب العربي، ب/ت/ط.

24) الكاساني أبو بكر، علاء الدين بن مسعود بن أحمد (587هـ)، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ–1986م.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

25) الحطاب الرُّعيني أبو عبد الله شمس الدين، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ–1992م.

26) الإمام النووي (676هـ)، محي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت–دمشق–عمان، ط3، 1412هـ / 1991م.

27) أفندي، علي حيدر خواجه أمين (1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1411هـ–1991م.

28) عرفة، أحمد يوسف، التوازي في العقود وتطبيقاته المعاصرة، دار التعليم الجامعي، مصر، ط1، 2019.

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

30) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون ط/ت.

31) المرداوي علاء الدين أبو الحسن، علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (885هـ) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط:2، بدون ت.

32) رفيق المصري، الجامع في أصول الربا، دار القلم، 1412هـ – 1991م.

33) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ساب خ.م.إ، 1439هـ–2019م.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

كتب القانون:

34) العوجي مصطفى، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007م.

35) رأفت، محمد أحمد حمادة، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، ب/ط، القاهرة، 1995.

36) الشهاوي، قدري عبد الفتاح، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1994.

37) علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر للالتزام في القانون م. ج، ط8، د.و.م.ج، الجزائر، 2008.

38) الجارحي مصطفى، عقد المقاولة من الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة: 1988.

39) عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دار الألفي –القاهرة: 2001م.

40) ياقوت، محمد ناجي، مسؤولية المعماريين، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1990.

41) يوسف شلالة، المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية، منشأة المعارف، الإسكندرية د. ت، 1399هـ.

42) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح ق م الجديد، العقود الواردة على العمل، ج8، بدون ط/ت.

43) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج2، 2015.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

44) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة: 1963م.

45) القوانين المدنية والتجارية والدستورية الدولية والجزائرية المذكورة في البحث أخذت إما من مواقع الإنترنت أو من الرسائل الجامعية أو من الكتب المذكورة في المراجع.

رسائل الماجستير والدكتوراه:

46) غربي سامية، المقاولة من الباطن كاستراتيجية للمقاولة الاقتصادية، ماجستير، ج.ح. لخضر باتنة، 2004/2003م.

47) سامي الماجد، ملخص بحث: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في قسم الفقه.

48) قيس جبار مصطفى، نتائج بحث التعاقد من الباطن وتطبيقاته في بعض العقود المدنية، رسالة ماجستير 2008.

49) شلاوشي رشيد / لعريبي توفيق، الإطار القانوني لعقد المناولة في التشريع الجزائري، ج/ مليانة، الجزائر، 2015.

50) فيصل المكراد، التعاقد من الباطن فى العقود الإدارية، رسالة د دكتوراه في الحقوق/القاهرة، 2013.

51) وليد جمعة، حماية المقاول من الباطن في عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه في الحقوق/عين شمس، 2000.

52) مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء، ج.وهران2، كلية ح.ع.س، ر. دكتوراه، 2015–2016.

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:01 السنة:2020 الصفحة: 286–353 تاريخ النشر:05–08–2020

53) حمادي جازية مجيدة، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، م.ماجستير، كلية ح، جامعة تلمسان، 2003 –2002.

المجلات، المقالات، والملتقيات:

54) شاشو، إبراهيم، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة ج. دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ج26/ ع2، 2010.

55) الزحيلي، وهبة بن مصطفى وهبة، عقد المقاولة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشرة 2003م.

56) عبد الرحمن بن جدو، واقع ومستقبل المناولة الصناعية في المنطقة العربية، م.ع 01 للمناولة الصناعية، 2006.

57) السواس، علي، مخاطر التمويل الإسلامي، بحث مقدم م.ع (3) للاقتصاد الإسلامي، ج. أم القرى، 2005.

58) جبار بوكثير وسعيدة حركات، المقاولة من الباطن كخيار استراتيجي للمؤسسات ص/ م في الجزائر، مجلة التنمية الاقتصادية، ع2، 2016.

مواقع الإنترنت والكتب الأجنبية:

59) http://mawdoo3.com/ما_هو_عقد_الفيديك

60) http://www.alukah.net/sharia

61) https://fr.wikipedia.org/wiki/CNEP-Banque.

62) https://www.ennaharonline.com.

63) http://www.iifa-aifi.org/2118.html.

64) Georges Valentin. Les contrats de sous-traitance, mantpellier, paris 1979. P.