عقدالمقاولة:مفهوم،خصائص واركان فی ضوء الشريعة الاسلامية

(Construction Contract: Concept, Characteristics and Elements from Islamic Perspective)

*الدكتورعبد العليم

** الدكتور نسيم محمود

*** الدكتورمحمد ناصر مصطفیٰ

Abstract

Construction contracts are very important for the completion of important projects in contemporary world. This type of contract has not been discussed with this specific term while many other agreements and contracts have been discussed in detail in *Sharī'ah* literature. This article deals with the construction contract, its definition, characteristics and elements from Islamic Perspective. Its salient features and elements are specifically discusses in accordance with Islamic teachings. This research will help the contractors to make their contracts and work in this regard according to Islamic norms.

Keyword: Islam, construction, manufacturer, parties, hiring

ان الله تبارک وتعالیٰ انزل القرآن لهداية الناس وارسل رسوله لايضاح احكام هٰذاالكتاب۔ففی القرآن الكريم احكام حيات البشرية الدنيويةوالاخروية۔والانسان عامة والمسلم خاصة يحتاج الیٰ هٰذه الاحكام فی معاملاته اليومية۔اما من معاملاتة اليومية معاملة المقاولة التی تحتاج اليها المصانع ومؤسسات البنايات الوطنية والدولية۔فهٰذاالبحث العلمی ايضاح لمفهوم عقد المقاولة وخصائصه

* استادالمشارک،قسم العلوم الاسلامية،كلية جناح الاسلامية الحكومية،سيالكوت

** استاد المساعد،قسم العلوم الاسلامية،كلية علامة اقبال الحكومية للتعليم العالی،سيالكوت

** المحاضر فی قسم الدراسات الاسلامية والعربيةبجامعة سرجودها،سرجودها

واركانه مع بيان شروط هٰذه الاركان فی نظرالشريعة والقانون۔فهٰذا البحث العملی مشتمل علٰی ثلاثة مباحث وهی:المبحث الاول فی تعريف عقدالمقاولةوالمبحث الثانی فی خصائص هٰذاالعقدوالمبحث الثالث فی بيان اركانه فتفصيل هٰذه المباحث بما يلی۔

المبحث الأول: تعريف عقد المقاولة

هذا المبحث ينقسم إلى ثلاثة مطالب وهي المطلب الأول في تعريف المقاولة لغةً،والمطلب الثاني في تعريف عقد المقاولة شرعاً، والمطلب الثالث في تعريف عقد المقاولة قانوناً،والمطلب الرابع في تمييز عقد المقاولة مع العقود الأخرى. أما تفصيل هذه المطالب بمايلي:

المطلب الأول: تعريف المقاولة

المقاولة هي المفاوضة والمجادلة في اللغة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقاولةً، إذافاوضة وجادله، وتقاوله في الأمر: تفاوضوا، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر، قاوله مقاولة على:تعهد منه للقيام به،[2] والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معيّن ستكمل لشروط خاصة كبناء بيت،أو إصلاح طريق ، والمقاولة: إتفاق طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معيّن بأجرمحدود في مدة معينة.[3] لايجد الباحث في مدونات الفقهية تعريفاً شرعياً مباشرلهذا الإصطلاح لأنه من المصطلحات المستحدثة ولكن تطابق صور هذاالعقد مع بعض العقود المشروعة في الفقه الإسلامي كالإجارة والإستصناع وقد ورد ذكر عقد المقاولة بإجمال دون تفصيل عندالمتأخرين من الفقهاء والمعاصرين منهم،لتاكيد مجال الفقه الاسلامی فی المعاملات المالية الحديثة التی لم تبين فی مباحث الفقهاء المتقدمين ولكنهم أرسوا الضوابط والقواعد العامة لبيان الحكم الشرعی لمثل هٰذه المسائل الحديثة.فقد نصت مجلة الأحكام العدلية بأن الإستصناع " عقد مقاولة مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيئ مصنوع".[4]وقد ذكر الشيخ قدري باشا بعض أحكام عقد المقاولة ومن ذلك ما ورد في المادة ٥٠٩ والتي تنص على أنه " يجوز استئجارالصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته كل يوم بدون مقدار العمل، أو مع تعيين أجرة كل ذراع أو متر

---

[2] محمد ابن مكرم ابن منظور الافريقی،لسان العرب(بيروت:مؤسسة التاريخ العربی)،11: 352؛مجمع اللغة العربية،المعجم الوسيط(مصر: مكتبة الشروق الدولية،1425هـ-2004م)،97۔

[3] ابن منظور،لسان العرب،11: 352؛ المعجم الوسيط،797۔

[4] علي حيدر،دررالحكام شرح مجلة الأحكام،مادة:124(الرياض: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع،1423ه)،1: 114-115۔

يعمله، أو بالمقابلة على العمل كله، مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً".[5]وورد تعريف لعقد المقاولة في قررات مجمع الفقه الإسلامي بأن عقد المقاولة " عقد من يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر".[6]وبنفس المعنى عرّفه الدكتور رفيق مصري حيث قال:"وعقد المقاولة إتفاق يتعد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر".[7]فبالإختصار يظهر من هذه التعريفات لعقد المقاولة من منظور شرعي بأنه يشبه و يتماثل بعقدي الإستصناع والإجارة حسب إختلاف صوره العديدة.

المطلب الثالث: تعريف المقاولة قانوناً

يعدّ عقد المقاولة في القوانين المدنية المعاصرة من العقود المسمّاة أي له إسما خاصا وتكفلت ببيان العقواعد المنظمة له، سواء في التشريع المدني أو القوانين الأخرى لتميّزه عن غيره من العقود وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصرة تعريفات متعددة لعقد المقاولة . من المناسب عرض بعضها وتحليلها ثم المقارنة بينها وصولا إلى تعريف حتميّ ويمكن أن يكون أساسا للتكييف الشرعي المناسب لهذا العقد الواسع الإنتشار والتطبيق في هذا العصر.وقد عرّفه المادة 444 من القانون المدني المصري بأنه" عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أويؤدي عملا لقاء أجر يتعهدبه المتعاقد الآخر"[8]وعرّفته المادة 780 من القانون المدني الأردني بأن " المقاولة عقد يتعقد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[9]وعرض مشروع القانون المدني الفلسطيني تعريف عقد القاولة في المادة 790 بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به المتعاهد الآخر"[10]وقضت المادة441 من التقنين المدني الكويتي بأن" المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحدالطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل

---

[5] قدري باشا،محمد،مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان(مصر: المطبعة الأميرية الكبرى،1308هـ-1891م) ،92-

[6]مجمع الفقه الاسلامی الدولی،الدورة الرابعة عشرة، بقراررقم:129(3/14)، شأن عقد المقاولة والتعمير : حقيقته، تكييفه، صوره،موقع مجمع الفقه الاسلامی الدولی،*https*://www.iifa-aifi.org/ar/2118.html

[7] المصري،رفيق يونس،الجامع في أصول الربا(دمشق: دارالقلم،2001م)،380-

[8] سنهوری،د-عبدالرزاق،الوسيط في شرح القانون المدني(مصر:دار النهضة العربية،1964م)،7: 5-

[9]نقابة المحامين عمان، المذاكرات الإضاحية للقانون المدني الأردني(عمان:مطبعة التوفيق،1985م)،582/2.

[10]وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطراف القانونية في فلسطين،مشروع القانون المدني،133.

عوضٍ، دون أن يكون تابعاً أو نائباً عنه"[11]ويلاحظ بالعمل أن التعريفات السابقة لاتبرز الخاصية الأساسية لعقد المقاولة ةوهي أن يقوم المقاول بالعمل الذي تعهّد به بإستقلال تام عن صاحب العمل وتحت إشراف المقاول وإدارته وحده.وكان تعريف القانون المدني الكويتي وتعريف الدكتور محمد لبيب ومن وافقهم أدق وأحكم عندماأبرزوا هذه الخصيصة الأساسية لعقد المقاولة.والقوانين التي استعملت كلمة " بدل" كالقانون المدني الأردني، ومشروع القانون الكويتي، والقانون الكويتي الذي استعمل كلمة" عوض" كانت أدق ممن استعمل كلمة "أجر" وذلك لسببين:أولاً: اتجاه الناس إلى رفع شأن العامل والإعراض عن تسمية الواحد من أصحاب المهن بالأجير.ثانياً: البدل أعم وأشمل من الأجر، لأنه يشمل الثمن والأجر معاً. ولهذا من الأولى أن تقيّد تعريف مشروع القانون المدني الفلسطيني وغيرها من التقنينات بقيد الإدارة، ليكون التعريف على النحوالآتي: "عقديتعهّد بمقتضاأحدالمتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملا بإدارته لقاء بدل يتعهّد به المتعاقد الآخر".[12]

وبهذا القيد يخرج عقد العمل من التعريف، فالعامل به يخضع لرقابة وإدارة صاحب العمل ويكون الأخير مسؤولاعنه كمسؤولية المتبوع عن التابع.وايضا يظهر من هٰذه التعريفات بان هذاالعقد إذا كان من عقد الإستصناع أي عقد البيع فيكون موضوعه" نقل الملكية المبيع للمشتري بعوض" وإذاكان من عقد الإجارة فموضوعه هو" تمليك المنفعة بعوض"[13]فلذا ممكن ان يقال بأن موضوع عقدالمقاولة هو" نقل الملكية وتمليك منفعة المبيع للمشتري بعوض على أي عمل مشروع كان.

المبحث الثاني:خصائص عقد المقاولة

إن النظر النقدي على تعريف المقاولة يوضّح أن لعقدالمقاولة خصائص وأوصافاً تفيد تحديدها ومعرفة التامة لهذا النوع من المعاهدات التجارية وأهم هذه الخصائص مايلي:[14]أولاً: أنه عقد رضائي:إن هذا العقد ينعقد بمطلق ارتباط القبول بالإيجاب وتطابقهما ويجوز إنعقاده بالكتابة أومشافهة أوحتى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق، للقاعدة الفقهية "الإشارات المعهودة

---

[11]الشهاوي،د۔قدري عبدالفتاح،عقدالمقاولة في التشريع المصري والمقارن(القاهرة،منشأة المعارف حزي وشركاه)،8.

[12]نقابة المحاميّين عمان،المذاكرات الإضاحية للقانون المدني الأردني،582/2؛وهبة الزحيلي،العقود المسمّاة في قانون المالات المدنية الأمارتي والقانون الأردني(دمشق، دارالفكر،1987م)،275.

[13] النجار،علياء المحامية، التكييف الشرعي للعقود، المنقول عن: www.damascubar.org/ALmuntada 6631=/showthread.php?t

[14]عنبر ، محمد،الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية)،7؛علي حيدر،دررالحكام شرح مجلة الأحكام،المادة:70، 70/1۔

للأخرس كالبيان باللسان"[15]فأهم خصوصيات عقدالمقاولة هي:1-. أنه يقع بمطلق تراضي طرفي العقد شرعاً وقانوناً" فيقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين وهما: الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول الذي هو أحد المتعاقدين؛ 2-البدل الذي يلتزم به صاحب العمل.فلا بدّ وجود هذين العنصرين لتكميل التراضي من جانب الطرفين في عقد المقاولة. ثانياً:أنه عقد معاوضة: لأن كلا من طرفي العقد في عقد المقاولة يهدف حصول المنفعة في هذا العقد.وهذه المنفعة تكون مقابل ما يقدمه للطرف الآخر.فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل الذي يحصل عليه من صاحب العمل ويقابل ذلك عقدالشرع الذي لا يقوم علي المبادلة،فلا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطي.فإن لم يعيّن عوضاً في هذاالعقد لا يكون عقد مقاولةٍ لفقد وصفه المهم.ثالثاً:أنه عقد ملزم للجانبين:إذا تمّ عقد المقاولة فيلزم على طرفي هذا العقد أن يعملا حسب التعاقد. فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان،كما يلتزم صاحب العمل بأن يستلم العمل بعدإنجازه ويدفع البدل. فبهذا مندرجات هذاالعقديلزم إبرامها على العاقدين.رابعاً:أنه عقد وارد على العمل:الوصف الأساسي لعقد المقاولة هو أن هذا العقد يقع على العمل وهو عمل معين يقوم عليه المقاول بدون الإشراف من جانب صاحب العمل. فالمقاول ملزم للعمل المعقود عليه.فهذاالعقد يحدد النتيجة التي أراها المتعاقدان ويترك للمقاول حريّة اختيار الوسائل وأدوات التي تكفّل تحقيقها.

خامساً:أنه عقد محدّد: إن عقد المقاولة هو عقد الذي يحدد فيه كيفية العمل وقيمة المنفعة التي يقدمها المتعاقد الآخر وهذا التحديد يكون عند التعاقد بتراضي طرفي العقد.سادسا: أنه عقد ممتدّ: إن عقد المقاولة عقد ممتد لأن الإلتزام في عقد المقاولة ينفذ بأدات مستمرة أو أدات دورية.فهذ العقد عقد ذو تنفيذ دوري مستمرّ لمدة معيّنة ويلزم على الفريقين العمل حسب الشروط المتفقة عليها المستمرّة للمدة المعينة.[16]

المطلب الثالث:أركان وشروط عقد المقاولة

هذا المطلب مشتمل على أركان عقد المقاولة أماشروطه فتندرج تحت أركانه. فأركان عقد المقاولة أربعة وهي:العاقدان والمحل والبدل والصيغة.والنظر التفصيلي في هذه الأركان وشروطها يظهربمايلي:

الركن الأول: العاقدان:العاقدان هما فريقاالعقد فلا يتصور الإيجاب والقبول في عقد الذين يكونان ركنا العقدين من غير عاقد. فالعقد من مقوّمات العقدالأساسية.فلا ينعقد بكل عاقد، بل للعاقد شروط

---

[15]علي حيدر،دررالحكام شرح مجلة الأحكام،المادة:70، 1: 70

[16]النشمي،د.عجيل جاسم ،عقد المقاولة، منقول عن موقع الإلكتروني.http://www.drnashmi : com/index.jsp?

لابدّتوفرها لإبرام العقد.فهذه هي الحالة المقاولة يعني لابد توفير بعض الشروط في العاقدين لإبرام عقدالمقاولة وهي كمايلي:

١ـالأهلية:لابد لإبرام عقد المقاولة أن يكون كل من المقاول وصاحب العمل متمتّعا بالأهلية الكافية لإبرام العقد.والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء. وهي صلاحية الإنسان للتصرفات القانونية أو الشرعية على وجه يعتدبه، والسبب في إعتبار أهلية الأداء كممارسة عقد المقاولة، لأنه من العقود الدائرة بين النفع والضرر، فهو من عقود المعاوضات الذي يرتب التزامات على كل الطرفين. فصاحب العمل يلزم بدفع البدل، والمقاول يلزم بتقديم العمل والمواد التي يستخدمها، أو عمله فقط. فكل منهما معرض للربح والخسارة.[17] فيشترط في كل من المقاول وصاحب العمل الأهلية أو الإذن لصاحب أهلية الأداء الناقصة.[18] ٢ـالتعدّد:الشرط الثاني للعاقدين في عقد المقاولة هوأن يكون العاقد متعدداً.[19] والمراد بهذاالشرط أن يكون المقاول غيرصاحب العمل، فلو كان المقاول هو نفس صاحب العمل لم ينفذ العقد ووقع باطلاً، وهذا هو المفهوم من هذاالشرط.

الركن الثانی ـ المحل:أما الركن الثانی لعقد المقاولة فهو المحل والمراد به هو العمل المعقود عليه بين العاقدين وتختلف طبيعة العمل بحسب انواع العقود، ففی عقد البيع والرهن والهبة يكون محل العقد عيناً مالية وفی عقدی الإجارة والإعارة محلها المنفعة وفی عقدی المزارعة والإستصناع محلها العمل

---

[17]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،(دمشق: دارالفكر،1405هـ-1985م)3: 338331؛ السنهوري، الوسيط،7: 69،68؛وهبة الزحيلي،العقود المسمّاة في قانون الماملات المدنية الأمارتي والقانون الأردني (دمشق: دارالفكر،1987م)،78-81ـ

[18]لأهلية الأداء ثلاثة حالات وهي:1- حالة فقدان الأهلية كالصبي الغير المميّز والمجنون، 2- حالة نقصان أهلية الأداء كالصبي المميّز والسفيه والمغفم والمعتوه، 3- حالةإكتمال الأهلية كالبالغ العاقل. أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،6: 2964-2965؛الزرقاء،مصطفٰی احمد،المدخل الفقهي العام (دمشق : دارالفكر،1987م)،2: 800؛ علي حيدر،دررالحكام شرح مجلة الأحكام، المواد:943-947 ،2: 585-587 والمواد:987-988، 2: 634.

[19]علي حيدر،دررالحكام شرح مجلة الأحكام،المادة:177 ،1: 147،ابن عابدين،محمد أمين،ردالمحتار على الدرالمختار،تحقيق:الشيخ عادل أحمد عبدالمعبود(الرياض:دارعالم الكتب،1423هـ-2003م)،7: 14؛ الكاساني، علاؤ الدين بن مسعود،بدائع الصنائع(بيروت:1406هـ-1986م)،5: 135-136ـ

– فعقد المقاولة من العقود الواردة على العمل فلا بد تو فير اربعة شروط تالية فی هذا الركن يعنی العمل: أولا أن يكون العمل ممكناً، وثانياً أن يكون العمل مشروعاً، وثالثاً أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين، ورابعاً أن يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد فتفصيل هذه الشروط ما يلی. ١. أن يكون العمل ممكناً: يجب أن يكون محل المقاولة مما يمكن القيام به وفی مقدور المقاول وإذا تعهد بعمل ليس باستطاعته كان ذلك عبثاً واضراراً بالآخرين لأن استحالة التسليم تجعل العقد باطلاً باتفاق الفقهاء.[20]فلا بد ألا يستحيل العمل شرعاً فإن كان كذا لا يجوز عقد المقاولة كأن يكون المقاول عاجزاً عن تسليم المنفعة حسناً أو شرعاً كإجارة[21] الحائض لكنس المسجد، ويقول البهوتی: "ولا يصح اجارة كافر لعمل فی الحرم، لأن المنع الشرعی كالحسی، ولا اجارة لقلع سن سليمة أو قطع يد سليمة، وكذا سائر الأعضاء – ولا الحائض والنفساء على كنس المسجد فی حالة لا تأمن فيها تلوتية."[22]

٢ـأن يكون العمل مشروعاً: يجب فی عقد المقاولة أن يكون العمل الذی تعهد به المقاول مما أباحه الشارع،أما اذا كان العمل المتفق عليه مخالفاً لأحكام الشريعة، ومنافياً للنظام العام والآداب،كان عقد المقاولة باطلاً، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة[23] ورجال القانون.[24]فلا تجوز المقاولة على فعل المعاصی

---

[20] الكاساني، بدائع الصنائع،4: 189؛ ابن عابدين: رد المحتار،7: 15و9: 75؛الشربيني،شمس الدين محمد بن الخطيب،مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين(بيروت:دارلمعرفة،1418ھ 1998م)،3: 444؛الخرشي،أبو عبدالله محمد،حاشية على مختصرخليل ومعه حاشية العدوي(ودار النشر)، 5: 22؛البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس كشاف القناع،تحقيق:محمدأمين الصناوي(بيروت:عالم الكتب،1417ھ-1997م)،3: 239؛ابن النجار،محمد بن احمد الفتوحی،منتهى الإرادات فی جمع المقنع مع التنقيح وزيادات(بيروت:مؤسسة الرسالة)، 1: 342.

[21]السنهوری: الوسيط، 7: 55-56؛قرة فتيجة،احكام عقد المقاولة(الاسكندرية:منشأة المعارف جلال حزی وشركاء،1992م)، 96-97-

[22] البهوتی: كشاف القناع، 3: 245، الشربينی: مغنی المحتاج، 3: 448.

[23] السرخسي،محمد بن أحمد ابن سهل،المبسوط(بيروت:دارالمعرفة للطباعة والنشر،1394ھ-1974م)،15: 75؛الكاساني، بدائع الصنائع،4: 189؛الشربينی: مغنی المحتاج، 3: 445؛الخرشی: حاشية على مختصر خليل،5: 21؛ابن قدامة،عبدالله المقدسی،الكافي فی فقه احمدبن حنبل،تحقيق:زهير الشاويش(بيروت:المكتب الاسلامی،1988م)،3: 380-381؛وهبة الزحيلی: الفقه الإسلامی وادلته،5: 3817.

[24]السنهوری: الوسيط،7: 57-58، الفضلی،جعفر،الوجيز فی العقود المدنية(مكتبة دارالثقافة للنشر والتوزيع ، 1997م)،381-

وارتكاب الجرائم كالقتل والسرقة والزنا وتعليم السحر وتشييد بيوت الدعارة والقمار وتهريب المخدرات والمواد الضارة وبيع الأفلام[25] كما قال البهوتی: "فلا تصح الإجارة على الزناء والزمر والغناء والنياحة لأنها غير مباحة، والاجارة كاتب يكتب ذلك – أى الغناء والنوح وكذا كتابة شعر محرم أو بدعة أو كلام محرم، لأنه انتفاع محرم."[26]فخلاصة الكلام هى ان المعقود عليه اذا كان غير مشروع لا يجوز المقاولة فيه لأن من شروط الأساسية لمحل عقد المقاوله أن يكون العمل مشروعاً والاّ فلا يجوز هذا العقد.

٣۔أن يكون العمل معينا أو قابلاً للتعين:ومن شروط المحل فی عقد المقاولة أن يكون المحل معيناً إلى النزاع غالباً،وتحقيقا للرضى الحقيقى الكامل وإستعراض النصوص فی مصادر الفقه الإسلامی يمكن القول باتفاق الفقهاء[27] أن العمل يكون معيناً اذا تولى الطرفان بيان نوعه وأوصافه وقدره وطريقة أدائه وكل ما يمكن به ازالة كل جهالة فاحشة يمكن أن يكون سبباً للنزاع. فقال الإمام السرخسی: "واذا استأجر حفار ليحفر له بئراً فی داره ولم يسمّ له موصفاً ولم يصفها فهو فاسد لجهالة المعقود عليه، فعمل الحضر يختلف باختلاف البئر فی العرض والعمق، ولو سمى عشرة اذراع فی الأرض ومما يدر هكذا ذراعاً بأجر مسمى جاز، لأن العمل صار معلوماً بتسمية الذرعان.[28]وقال الكاسانی فی كتاب الإستصناع: "وأما شرائط جوازه – منها – بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصغته لأنه لا يصير معلوماً بدونه."[29]فلا بدلجواز عقد المقاولة أن يكون العمل المعقود عليه معيناً أو قابلاً للتعيين والاّ فلا يجوز مثل هذا العقد.

۴۔أن لايكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد: أما الشرط الرابع لمحل عقد المقاولة فهو أن لايكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد ونص على هذا الشرط فقهاء

---

[25] ابن قدامة: الكافي،3: 381.

[26] البهوتی: كشاف القناع،3: 241۔

[27] الكاسانی: البدائع الصنائع،4: 184، السرخسی: المبسوط،15: 75؛الخرشي،حاشية على مختصر خليل،5: 19؛ابن قدامة، الكافي،3: 390؛ البهوتی: كشاف القناع،3: 251۔

[28] السرخسی: المبسوط، 16: 47۔

[29]. الكاسانی: بدائع الصنائع، 5: 3۔

مذاهب الأربعة[30] – ومن الأعمال الواجبة على العامل أو المقاول الفرائض والواجبات الشرعية، وما لا يقبل النيابة عنه، كالصوم والصلوة وصلة الأرحام، فتواب هذه الأعمال وأجرها تعود على من قام بها وحده، ولأن القصد منها امتحان المكلف بالامتثال وكسر النفس ولا يقوم غير مقامه هذا – ولذلك لا يجوز أن يرد عقد المقاولة على هذه الأعمال.

الركن الثالث۔البدل: الركن الثالث لعقد المقاولة هو البدل وهو المال الذى يلتزم به صاحب العمل باعطائه للمقاول مقابل تنفيذ الأخير ما تعهد به بحسب الشروط التى اتفقا عليها. ومن منظور الشرعى البدل باعتباره محلاً للإلتزام صاحب العمل لا بد أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها فى محل الإلتزام وهى ثلاثة – شروط: أولاً أن يكون البدل موجوداً وثانياً أن يكون البدل مشروعاً وثالثاً أن يكون البدل معيناً أى معلوماً – فتفصيل هذه الشروط ما يلى:

١۔أن يكون البدل موجوداً: لا بد لتنفيذ عقد المقاولة أن يكون البدل موجوداً فى هذا العقد ويجب تحديده والإتفاق عليه وقت العقد لأن هذا العقد من عقود المعاوضات فلا بد ذكر المعاوضة فى مثل هذه العقود فإذا لم يذكر البدل كان العقد من عقود التبرعات كما قال الشيخ الشربينى: "وأركان الإجارة أربعة: عاقدان، وصيغة، وأجرة، ومنفعة.[31]فلا بد أيضاً أن يكون البدل المذكور فى العقد حقيقياً، فلو كان البدل غير حقيقى، أى صورياً فلا يصح أن يكون عوضاً لأنه لا منفعة فيه أو منفعته قليلة لا تقصد.[32] فيعد البدل عندئذٍ معدوماً ويتعذّر انعقاد عقد المقاولة.

٢۔أن يكون البدل مشروعاً: أما الشرط الثانى للبدل فى عقد المقاولة فهو أن يكون البدل مشروعاً أى مباحاً – والمشروع فى الفقه الإسلامى يقابله فى القانون أن يكون محل الإلتزام صاحب العمل أن يكون مشروعاً أو جائز التعامل فيه ومن ناحية الجواز الشرعى للتعامل لا بد لكون شرعياً توفير شرطين فى البدل الشرعى وهما المالية والتقوم. أما المالية فلأن البدل لا بد أن يكون حقيقياً فى شكل المال والمال كما عرّفه صاحب المجلة هو "ما يميل اليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول."[33] والأصح أنه هو

---

[30]الكاساني، بدائع الصنائع،4: 189؛ ابن عابدين: رد المحتار،9/75-76؛الخرشي،حاشية على مختصر خليل ،5: 22؛الشربيني: مغنى المحتاج، 2: 442؛ابن قدامة: الكافى، 2: 304۔

[31]الكاساني، بدائع الصنائع،4: 180؛الشربيني: مغنى المحتاج، 3: 439۔

[32]الكاساني: بدائع الصنائع،6: 18-19؛السرخسى: المبسوط،15: 75؛الخرشى: حاشية على مختصر خليل،5: 23۔

[33]على حيدر: دررا لحكام شرح مجلة الأحكام، المادة:126، 1: 100۔

كل عين ذات قيمة مادية بين الناس[34] – فما لم يكن له قيمة مادية لا يصح أن يكون بدلا فی عقد المقاولة، كالميتة والدم والإنسان وحبة القمح، ويترتب على عدم مالية بطلان المقاولة.[35]

أما التقوم فيقصد به ما يباح الإنتفاع به شرعاً، ويجوز به التعامل قانوناً، وله قيمة مادية بين الناس – فإذا كان البدل ذا قيمة، ولكن يحرم الإنتفاع به كالخمر والخنزير، أولا يجوز التعامل به كالمخدرات،[36] لا تعدّ اموال منقولة فلا تصح أن تكون بدلا فی سائر العقود ومنها عقد المقاولة – وقال الميدانی: فما صحّ أن يكون ثمناً اي بدلا في سائر العقود ومنها عقدالمقاولة.وقال الميداني: فما صح ان يكون تمنا اي بدلا في البيع صح ان يكون اجرة في الاجارة[37] وبفوات شرط التقوم في البدل يعدّ العقد فاسداً لأنه شرط صحة عند الحنفية[38]۔ فالخلل راجع إلى الوصف فی العقد الخارج عن حقيقية فهو عقد فاسد عند الحنفية ويعدّ باطلاً عند غيرهم.[39]

۳۔أن يكون البدل معيناً: الشرط الثالث للبدل فی عقد المقاولة هو أن يكون البدل معيناً أی معلوماً – لئن كان من الواجب أن يكون الثمن والأجرة فی عقدی البيع والإجارة معلومين وقت التعاقد، فكذلك حال البدل فی عقد المقاولة، فيكون العوض معلوماً فی سائر عقود المعاوضات من المسائل المتفق عليها فقها[40] وقانونا[41] – والأصل فی هذا قول النبی ﷺ : "من استأجرأ جيراً فليعلمه أجره."[42] فلا بد للبدل أن يكون معيناً ومعلوماً فی عقد المقاولة والاّ فلا يصح هذا العقد.

---

[34]الزرقاء: المدخل الفقهی العام، 3: 118۔

[35]ابن عابدين: حاشية رد المحتار،9: 62؛النووي،يحيى بن شرف،روضة الطالبين،تحقيق:الشيخ عادل أحمد و الشيخ علي محمد معوض(الرياض: دار عالم الكتب،1423ھ-2003م)،4: 343؛الشربينی: مغنی المحتاج،3: 445۔

[36]ابو البصل،د.عبد الناصر،دراسات فی فقه القانون المدنی الأردنی (اردن: دارالنفائس ،1999م) ، 176؛ الفصلی،جعفر: الوجيز فی العقود، 383۔

[37]الميداني،عبدالغني الغنيمي،اللباب في شرح الكتاب،تحقيق:محمودأمين النواوي(بيروت: دارالكتاب العربي)، 2: 4۔

[38]ابن عابدين: حاشية رد المحتار، 9: 62؛الكاسانی،بدائع الصنائع،6: 19.

[39] النووی،روضة الطالبين،4: 344۔

[40]. الشربينی،مغني المحتاج،3: 444؛السرخسی،المبسوط،15: 75؛الكاسانی،بدائع الصنائع،4: 180۔

[41]. السنهوری،الوسيط،7: 60-61۔

[42]البيهقي،احمد بن حسين بن علی بن موسی، السنن الكبرىٰ،تحقيق:عبد القادر عطا، كتاب البيوع،باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة،حديث رقم:11651(بيروت: دارالكتب العلمية،1424ھ-2003م)،6: 198۔

الركن الرابع: الصيغة: الصيغة هی الركن الرابع من أركان عقد المقاولة وهی: "ما يصدر عن العاقدين من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الكتابة أو الإشارة أو المبادلة الفعلية، فهی علامة نشوء العقد وقيامة."[43]فاذا كانت الصيغة علامة نشوء العقد وقيامة وركن من أركان عقد المقاولة فلا بد توفير بعض الشراءط فی هذا الركن وهی: أولا جلاء المعنی فی صيغة العقد وثانياً توافق الإيجاب والقبول وثالثاً أن يكون الإيجاب والقبول للفظی الجزم والقطع ورابعاً اتصال القبول الإيجاب – فتفصيل هذه الشروط بما يلی:

١ـجلاء المعنی فی صيغة العقد:لابد لكون الصيغة مبرماً لعقد المقاولة أن يكون فيه جلاء المعنی أن تكون مادة اللفظ المستعمل فی الإيجاب والقبول تدل بوضوع علی نوع العقد المقصود للعاقدين لغةً أو عرفاً.فالإرادة الباطنة خفية، والعقود تختلف فی مواضيعها بعضها عن بعض.ويصح التعبير للدلالة علی العقد المعقود بدلالة اللفظ الحقيقية أو المجازية، وفی الفاظ الكنايات لا بدمن قرينة ترجح المعنی المقصود – فينعقد البيع للفظ البة المقرونة بالثمن.[44]ولا يشترط فی صيغة الإيجاب والقبول فی عقد المقاولة لفظ معين، ولكنهما يصحان بلفظ المقاولة والإجارة والإستصناع وبكل ما فی معناه من الألفاظ الأخری للقاعدة الفقهية التی تؤول: "العبرة فی العقود للمقاصد والمعانی، لا للألفاظ والمبانی."[45]فلا بد أن تكون الصيغة المستعملة فی عقد المقاولة، واضح المراد وبائن نوعية وحجم العمل فی عقد المقاولة.

---

[43] الزرقاء: المدخل الفقهی العام،1: 318-319؛وهبة الزهيلي:الفقه الاسلامي و ادلته,4: 105-

[44]علي حيدر، دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية،المادة:167 ،1: 137؛الحطاب،مواهب الجليل بشرح مختصر خليل(بيروت:دارالفكر)، 4: 227؛البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس،شرح منتهی الإرادات، تحقيق: الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي(بيروت: مؤسسة الرسالة،1421هـ-2000م)،2: 122-123؛البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس كشاف القناع،تحقيق:محمدأمين الصناوي(بيروت:عالم الكتب،1417هـ-1997م) ، 2: 458-459؛ابن عابدين: حاشية رد المحتار،8: 488-

[45]السيوطي،جلا الدين عبدالرحمن،الأشباه والنظائر(مصر: شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده ،1378هـ-1959م)،166؛موسوعة القواعد الفقهية(كويت: وزارة الأوقاف والشؤن الإسلامية،1427هـ-2006م)،7: 378،البهوتي,كشاف القناع,2: 459-

۲۔توافق الإيجاب والقبول:وهو أن يأتی القبول موافقاً للإيجاب فی كل جزئياته كمحل العقد وفی مقدار ثمن وفی الأجل إن وجد[46] – فيجب فی عقد المقاولة تطابق الإيجاب والقبول بين المقاول وصاحب العمل علی ماهية العمل فلو أراد أحد الطرفين أن يبرم عقد المقاولة، بينما اتجهت نية الطرف الآخر الی ابرام عقد وكالة مثلاً، فإنه لا يوجد فی هذه الحالة عقد مقاولة ولا عقد وكالة ويجب التراضی علی العمل المطلوب تأديته من المقاول تجاه صاحب العمل، والبدل الذی يلتزم به صاحب العمل للمقاول.[47]ويجوز أن يتم التعبير عن التراضی ضمناً،[48] كأن يقول صاحب العمل للمقاول: فاولئك ببناء الجدار مقابل ثلاثة الاف روبيات، فيقول المقاول: قبلت بالفی وخمس مائة روبيات، لأن هذا يتضمن القبول الغی وخمس مائة روبيات من باب اولی، فينعقدا لعقد بهذا المبلغ أی الفی وخمس مائة روبيات ولا تجب الزيادة الاّ اذا قبلها الموجب.

۳۔أن يكون الإيجاب والقبول بلفظی الجزم والقطع: انما وضع هذا الشرط لتعذر ظهور الإراده الباطنة الغيت والنيط الحكم بما هو مطنة لها، وهو الإيجاب والقبول، والضمان صحة اعتبار الإيجاب والقبول مطنة لوجود الإرادة الباطنة لعقد المقاولة، اشترط الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول بلفظی الجزم والقطع[49] ليد لا بوضوح علی الرغبة الحقيقية لإبرام عقد المقاولة.يرجح الفقهاء فی الإيجاب والقبول صيغة الفعل الماضی لأنها أدل علی الإرادة الجازمة فی انشاء العقد، حال التكلم، فينعقد بها العقد من غير توقف علی شیئ آخر كالنية أو القرينة كأن يقول صاحب العمل: فاولئك قيقول المقاول: قبلت.ولكن صيغة الماضی ليست بشرط، فلو عبر المتعاقدان بصيغة المضارع وتوافرت النية أو قامت القرينة علی ارادة انشاء العقد فی الحال، انعقد العقد بها أيضاً لأن لفظ المضارع يحتمل الحاضر والمستقبل، ففيه احتمال الوعد والمساومة، فكان لا بدمن النية لتعيين المراد بالحال، كأن يقول صاحب العمل: أقاولك هذا العمل، فيقول المقاول: قبلت، فإنه يتعقد إذ نويا عقد المقاولة.

۴۔اتصال القبول بالإيجاب:والمعقود بالإتصال أي يكون الإيجاب والقبول فی مجلس واحد، إن كان الطرفان حاضرين معاً أو فی مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن كانا غائبين، ويكون كل فيهما

---

[46] ابن عابدين،ردالمحتارعلی الدرالمختار،7: 14-15؛علی حيدر،دررا لحكام شرح مجلة الأحكام،المادة:177، 1: 147۔

[47] السنهوری: الوسيط،7: 37۔

[48] علی حيدر: دررا لحكام شرح مجلة الأحكام،المادة:178 ،1: 149؛ الشربينی: مغنی المحتاج،2: 332۔

[49] ابن عابدين: ردالمحتارعلی الدرالمختار،7: 23؛ علی حيدر،دررا لحكام شرح مجلة الأحكام، المادة:68، 1: 137۔

مشتغلاً بالتعاقد.[50]فلو أوجب صاحب العمل ثم استدار الحديث عن المقاولة إلى غيره، أو قام بفصل يفيد الإعراض، كالمشي الدال على الإعراض، أو الإسشتغال بالأكل، أو الصلوة، ثم قبل المقاول لم يصح وإن قصر الزمن، فإذا استمرّ الحديث عن المقاولة طويلاً، ثم قبل فی النهاية صح، لهما طال الزمن، ليتسلى له أن يتروى بالأمر ويوازن بين ما يعطى وما يأخذ.[51] ولصاحب العمل هنا أن يرجع عن ايجابه قبل قبول المقاول، فإن قبل المقاول العقد عقد المقاولة، فالمقاول مخير مالم يقبل أو يرجع صاحب العمل عن ايجابه، فإن قبل العقد لزم، وهذا عند الحنفية[52] والمالكية[53] لأن المقاولة عقد معاوضة، يلزم بمجرد تمام لفظ المقاولة أو ما يدل عليها، ولا يحتاج إلى خيار مجلس، والقبول بخيار المجلس يضعف القوة الملزمة للعقد – وحيث "البيعان بالخيار مالم يتفرقا"[54] المقصود فيه التفرق بالأقوال.أما الشافعية[55] والحنابلة[56] فقالوا: إنه اذا اتصل الإيجاب بالقبول فی مجلس العقد، وكان القبول عقب الإيجاب مباشرة، صح العقد ولكنه غير لازم – ويكون لصاحب العمل أو المقاول فسخ العقد أو امضاؤه مادا ما مجتمعين لم يتفرقا عن مقامهما الذى تفاوضا فيه، وهذا هو خيار المجلس التابت بحديث رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا[57] والمراد به التفرق بالأبدان.

---

[50]ابن عابدين ، ردالمحتارعلى الدرالمختار ،7: 15؛ البهوتی: نفس المرجع؛الشربينی،مغنی المحتاج، 2: 329-330۔

[51]. علي حيدر،دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية،المادة:183، 1: 155۔

[52]. ابن عابدين: ردالمحتارعلى الدرالمختار،7: 15؛الميداني،عبدالغني الغنيمي،اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمودأمين النواوي (بيروت،دارالنشر،دارالكتاب العربي)،2: 4؛علي حيدر،دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية،المادة:185، 1: 156.

[53]ابن رشد،ابوالوليد محمد بن احمد،بداية المجتهدونهاية المقتصد(القاهرة:دارالحديث،1425ھ-2004م)،2: 170۔

[54]بخاری،محمد بن اسماعيل،الجامع الصحيح،تحقيق:محمد زهير بن ناصرالناصر،كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم الحديث:2079 (بيروت:دارطوق النجاة،1422ھ)،3: 64؛ مسلم بن حجاج النيشابوري،الجامع الصحيح، كتاب البيوع،باب الصدق في البيع والبيان،رقم الحديث:1532(السعودية: بيت الأفكارالدولية،1419ھ-1998م)،621۔

[55] الشربينی: مغنی المحتاج،2: 329-330۔

[56]البهوتی: كشاف القناع،3: 147-149؛ابن النجار،منتهى الإرادات،1: 356۔

[57]بخاری: الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا،رقم الحديث:2079،3: 64؛ مسلم،الجامع الصحيح، كتاب البيوع،باب الصدق في البيع والبيان،رقم الحديث:1532،621۔

نتائج البحث

نظرا الی تفصیل هٰذاالبحث العلمی لابد من بیان نتائج هٰذاالبحث فهی بما یلی:ان اصطلاح المقاولة اصطلاح جدیدوبحث فقهاء المعاصرین اعتبارا بالصناعةوالاجارة۔العملیة الاساسیة فی عقد المقاولة هونقل الملکیة وتملیك منفعة المبیع للمشتري بعوض علی أي عمل مشروع کان۔ان من خصائص عقد المقاولة هی انه عقدرضائی وعقد معاوضة وعقدملزم للجانبین و عقد وارد علی العمل و عقد ممتدّ۔العاقدان والمحل والبدل والصیغة هی اربعة ارکان لعقدالمقاولة وهناک شرائط مخصوصة لهٰذه الارکان اذاتوفرت یکون هٰذاالعقد عقدا شرعیا وقانونیا۔تتم مناقشة النکات الاساسیة فی هٰذاالمقال وفق احکام الشریعة الاسلامیةحتی یمکن فهم قضایاهٰذه العملیة من منظور شرعی واتباع احکام الشریعة الاسلامیة۔نظرا الی البحث لا بد لافراد المجتمع الاسلامی واصحاب العلم والمحققین ان یلاحظوا الاقتراحات والتوصیات الآتیة:

هٰذاالموضوع یحتاج الیٰ مزید من البحوث العلمیة لتطبیق اتفاقیات هٰذه العقود باحکام الشریعة الاسلامیة۔المجتمع یحتاج الیٰ تطبیق احکام الاسلام للمعاملات الحدیثة التی لا یوجد لها نظیر فی الشریعة الاسلامیة وبحث هٰذه الاحکام فریضة لعلماء الباحثین فلا بد التوجه الیٰ هٰذه العملیة۔ان حکام بلاد الاسلامیة لا یعرفون ولامهتمون بقوانین الشریعة الاسلامیة فعلیٰ علماء الربانیین المعاصرین ان یبلغوهم ویفهموهم هٰذه الاحکام ویرغبوهم لتنفیذها لنیل فلاح الدارین۔