

## عقدالمقاوله: مفهوم، خصائص واركان فى ضوء الشريعة الاسلاميه (Construction Contract: Concept, Characteristics and Elements from Islamic Perspective)

\*الدكتورعبد العليم

\*\* الدكتور نسيم محمود

\*\*\* الدكتورمحمد ناصر مصطفى

### 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 تبارك وتعالى انزل القرآن لهداية الناس وارسل رسوله لايضاح احكام هذاالكتاب- ففى القرآن الكريم احكام حيات البشرية الدنيويةوالاخروية- والانسان عامة والمسلم خاصة يحتاج الى هذه الاحكام فى معاملاته اليومية- اما من معاملاتة اليومية معاملة المقاوله التى تحتاج اليها المصانع ومؤسسات البنائيات الوطنية والدولية- فهذاالبحث العلمى ايضاح لمفهوم عقد المقاوله وخصائصه

\* استادمشارك، قسم العلوم الاسلاميه، كلية جناح الاسلاميه الحكوميه، سيالكوت

\*\* استادمساعد، قسم العلوم الاسلاميه، كلية علامه اقبال الحكوميه للتعليم العالى، سيالكوت

\*\* المحاضر فى قسم الدراسات الاسلاميه والعربيه بجامعة سرجودها، سرجودها

واركانه مع بيان شروط هذه الاركاب فى نظرالشريعة والقانون- فهذا البحث العملى مشتمل على ثلاثة مباحث وهى:المبحث الاول فى تعريف عقداالمقاولهوالمبحث الثانى فى خصائص هذاالعقدوالمبحث الثالث فى بيان اركابه فتفصيل هذه المباحث بما يلى-

### المبحث الأول: تعريف عقد المقاوله

هذا المبحث ينقسم إلى ثلاثة مطالب وهى المطلب الأول فى تعريف المقاوله لغهً،والمطلب الثانى فى تعريف عقد المقاوله شرعاً،والمطلب الثالث فى تعريف عقد المقاوله قانوناً،والمطلب الرابع فى تمييز عقد المقاوله مع العقود الأخرى. أما تفصيل هذه المطالب بما يلى:

### المطلب الأول: تعريف المقاوله

المقاوله هى المفاوضة والمجادلة فى اللغة، ومنه قولهم: قاوله فى الأمر مقاولهً، إذافاوضة وجادله، وتقاوله فى الأمر: تفاوضوا، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر، قاوله مقاوله على:تعهد منه للقيام به،<sup>2</sup> والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معين ستكمل لشروط خاصة كبناء بيت،أو إصلاح طريق ، والمقاوله: إتفاق طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجرمحدد فى مدة معينة.<sup>3</sup> لايجد الباحث فى مدونات الفقهية تعريفاً شرعياً مباشراً لهذا الإصطلاح لأنه من المصطلحات المستحدثة ولكن تطابق صور هذاالعقد مع بعض العقود المشروعة فى الفقه الإسلامى كالإجارة والإستصناع وقد ورد ذكر عقد المقاوله بإجمال دون تفصيل عندالمتأخرين من الفقهاء والمعاصرين منهم،لناكيد مجال الفقه الإسلامى فى المعاملات المالية الحديثة التى لم تبين فى مباحث الفقهاء المتقدمين ولكنهم أرسوا الضوابط والقواعد العامة لبيان الحكم الشرعى لمثل هذه المسائل الحديثة.فقد نصت مجلة الأحكام العدلية بأن الإستصناع " عقد مقاوله مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيئ مصنوع".<sup>4</sup>وقد ذكر الشيخ قدرى باشا بعض أحكام عقد المقاوله ومن ذلك ما ورد فى المادة ٥٠٩ والتي تنص على أنه " يجوز استئجارالصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته كل يوم بدون مقدار العمل، أو مع تعيين أجره كل ذراع أو متر

<sup>2</sup> محمد ابن مكرم ابن منظور الافريقى،لسان العرب(بيروت:مؤسسة التاريخ العربى)،11: 352؛مجمع اللغة العربية،المعجم الوسيط(مصر: مكتبة الشروق الدولية،1425هـ-2004م)،97-

<sup>3</sup> ابن منظور،لسان العرب،11: 352؛ المعجم الوسيط،797-

<sup>4</sup> علي حيدر،دررالحكام شرح مجلة الأحكام،مادة:124(الرياض: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع،1423هـ)،1: 114-115-

يعمله، أو بالمقابلة على العمل كله، مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً<sup>5</sup>. وورد تعريف لعقد المقاوله فى قرارات مجمع الفقه الإسلامى بأن عقد المقاوله " عقد من يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر".<sup>6</sup> وبنفس المعنى عرّفه الدكتور رفيق مصرى حيث قال: "وعقد المقاوله إتفاق يتعد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً بمقابل مالى يتعهد به هذا المتعاقد للآخر".<sup>7</sup> فبالإختصار يظهر من هذه التعريفات لعقد المقاوله من منظور شرعى بأنه يشبه و يتماثل بعقدي الإستصناع والإجارة حسب إختلاف صوره العديده.

### المطلب الثالث: تعريف المقاوله قانوناً

يعدّ عقد المقاوله فى القوانين المدنية المعاصره من العقود المسماة أى له إسما خاصا وتكفلت ببيان العقود المنظمة له، سواء فى التشريع المدنى أو القوانين الأخرى لتميزه عن غيره من العقود وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصره تعريفات متعددة لعقد المقاوله . من المناسب عرض بعضها وتحليلها ثم المقارنة بينها وصولاً إلى تعريف حتمى ويمكن أن يكون أساساً للتكييف الشرعى المناسب لهذا العقد الواسع الإنتشار والتطبيق فى هذا العصر. وقد عرّفه المادة 444 من القانون المدنى المصرى بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"<sup>8</sup> وعرّفته المادة 780 من القانون المدنى الأردنى بأن " المقاوله عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"<sup>9</sup> وعرض مشروع القانون المدنى الفلسطينى تعريف عقد القاوله فى المادة 790 بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر"<sup>10</sup> وقضت المادة 441 من التقنين المدنى الكويتى بأن " المقاوله عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل

<sup>5</sup> قدرى باشا، محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان (مصر: المطبعة الأميرية الكبرى، 1308هـ-1891م) 92.

<sup>6</sup> مجمع الفقه الإسلامى الدولى، الدورة الرابعة عشرة، بقرار رقم: 129(3/14)، شأن عقد المقاوله والتعمير : حقيقته،

تكييفه، صوره، موقع مجمع الفقه الإسلامى الدولى، <https://www.iifa-aifi.org/ar/2118.html>

<sup>7</sup> المصرى، رفيق يونس، الجامع فى أصول الربا (دمشق: دار القلم، 2001م)، 380.

<sup>8</sup> سنهورى، د. عبدالرزاق، الوسيط فى شرح القانون المدنى (مصر: دار النهضة العربية، 1964م)، 7: 5.

<sup>9</sup> نقابة المحامين عمان، المذاكرات الإضاحية للقانون المدنى الأردنى (عمان: مطبعة التوفيق، 1985م)، 2/582.

<sup>10</sup> وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع، مشروع تطوير الأطراف القانونية فى فلسطين، مشروع القانون المدنى، 133.

عوض، دون أن يكون تابعاً أو نائباً عنه<sup>11</sup> ويلاحظ بالعمل أن التعريفات السابقة لاتبرز الخاصية الأساسية لعقد المقاولة ةوهي أن يقوم المقاول بالعمل الذي تعهد به باستقلال تام عن صاحب العمل وتحت إشراف المقاول وإدارته وحده. وكان تعريف القانون المدني الكويتي وتعريف الدكتور مجد لبيب ومن وافقهم أدق وأحكم عندما أبرزوا 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: البديل أعم وأشمل من الأجر، لأنه يشمل الثمن والأجر معاً. ولهذا من الأولى أن تقيد تعريف مشروع القانون المدني الفلسطيني وغيرها من التقنينات بقيد الإدارة، ليكون التعريف على النحو الآتي: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً بإدارته لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر"<sup>12</sup>. وبهذا القيد يخرج عقد العمل من التعريف، فالعامل به يخضع لرقابة وإدارة صاحب العمل ويكون الأخير مسؤولاً عنه كمسؤولية المتبوع عن التابع. وايضاً يظهر من هذه التعريفات بان هذا العقد إذا كان من عقد الإستصناع أي عقد البيع فيكون موضوعه " نقل الملكية المبيع للمشتري بعوض " وإذا كان من عقد الإجارة فموضوعه هو " تملك المنفعة بعوض"<sup>13</sup> فلذا ممكن ان يقال بأن موضوع عقد المقاولة هو " نقل الملكية وتمليك منفعة المبيع للمشتري بعوض على أي عمل مشروع كان.

#### المبحث الثاني: خصائص عقد المقاولة

إن النظر النقدي على تعريف المقاولة يوضح أن لعقد المقاولة خصائص وأوصافاً تفيد تحديدها ومعرفة التامة لهذا النوع من المعاهدات التجارية وأهم هذه الخصائص مايلي:<sup>14</sup> أولاً: أنه عقد رضائي: إن هذا العقد ينعقد بمطلق ارتباط القبول بالإيجاب وتطابقهما ويجوز إنعقاده بالكتابة أو مشافهة أوحى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق، للقاعدة الفقهية "الإشارات المعهودة

<sup>11</sup> الشهاوي، د- قدرى عبدالفتاح، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن (القاهرة، منشأة المعارف حزي وشركاه)، 8.

<sup>12</sup> نقابة المحامين عمان، المذاكرات الإضاحية للقانون المدني الأردني، 582/2؛ وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون الماملات المدنية الأمارتي والقانون الأردني (دمشق، دارالفكر، 1987م)، 275.

<sup>13</sup> النجار، علماء المحامية، التكييف الشرعي للعقود، المنقول عن: [www.damascubar.org/ALmuntada](http://www.damascubar.org/ALmuntada)

للأخرس كالبيان باللسان"<sup>15</sup> فأهم خصوصيات عقدالمقاوله هي:1-.. أنه يقع بمطلق تراضي طرفي العقد شرعاً وقانوناً" فيقع التراضي في عقد المقاوله على عنصرين وهما: الشيء المطلوب صنعته أو العمل المطلوب تأديته من المقاول الذي هو أحد المتعاقدين؛ 2-البذل الذي يلتزم به صاحب العمل. فلا بدّ وجود هذين العنصرين لتكميل التراضي من جانب الطرفين في عقد المقاوله. ثانياً:أنه عقد معاوضة: لأن كلا من طرفي العقد في عقد المقاوله يهدف حصول المنفعة في هذا العقد. وهذه المنفعة تكون مقابل ما يقدمه للطرف الآخر. فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البذل الذي يحصل عليه من صاحب العمل ويقابل ذلك عقدالشرع الذي لا يقوم علي المبادله، فلا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطي. فإن لم يعين عوضاً في هذاالعقد لا يكون عقد مقاوله لفقد وصفه المهم. ثالثاً:أنه عقد ملزم للجانبين:إذا تمّ عقد المقاوله فيلزم على طرفي هذا العقد أن يعملوا حسب التعاقد. فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم صاحب العمل بأن يستلم العمل بعدإنجازه ويدفع البذل. فهذا مندرجات هذاالعقد يلزم إبرامها على العاقدين. رابعاً:أنه عقد وارد على العمل:الوصف الأساسي لعقد المقاوله 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 حرية اختيار الوسائل وأدوات التي تكفل تحقيقها.

خامساً:أنه عقد محدّد: إن عقد المقاوله هو عقد الذي يحدد فيه كيفية العمل وقيمة المنفعة التي يقدمها المتعاقد الآخر وهذا التحديد يكون عند التعاقد بتراضي طرفي العقد. سادساً: أنه عقد ممتدّ: إن عقد المقاوله عقد ممتد لأن الإلتزام في عقد المقاوله ينفذ بأدوات مستمرة أو أدوات دورية. فهذا العقد عقد ذو تنفيذ دوري مستمرّ لمدة معيّنة ويلزم على الفريقين العمل حسب الشروط المتفق عليها المستمرة للمدة المعيّنة.<sup>16</sup>

### المطلب الثالث: أركان وشروط عقد المقاوله

هذا المطلب مشتمل على أركان عقد المقاوله أماشروطه فتندرج تحت أركانه. فأركان عقد المقاوله أربعة وهي:العاقدان والمحل والبذل والصيغة. والنظر التفصيلي في هذه الأركان وشروطها يظهر بمايلي: الركن الأول: العاقدان:العاقدان هما فريقاالعقد فلا يتصور الإيجاب والقبول في عقد الذين يكونان ركنا العقدين من غير عاقد. فالعقد من مقومات العقد الأساسية. فلا ينعقد بكل عاقد، بل للعاقد شروط

<sup>15</sup> علي حيدر، دررالحكام شرح مجلة الأحكام، المادة:70، 1: 70

<sup>16</sup>النشيمي، د.عجيل جاسم، عقد المقاوله، منقول عن موقع الإلكتروني. <http://www.drnashmi.com/index.jsp?>

لابدآتوفرها لإبرام العقد. فهذه هى الحاله المقاوله يعنى لآبد آوفير بعض الشروط فى العاقدين لإبرام عقد المقاوله وهى كمايلى:

١- الأهليه: لابد لإبرام عقد المقاوله أن يكون كل من المقاول وصاحب العمل متمتعاً بالأهليه الكافيه لإبرام العقد. والمقصود بالأهليه هنا هى أهليه الأداء. وهى صلاحيه الإنسان للآصرفات القانونيه أو الشرىعه على وجه يعآدبه، والسبب فى إعآبار أهليه الأداء كآمارسه عقد المقاوله، لأنه من العقود الدائره بين النفع والضرر، فهو من عقود المعآوضات الذى يربآ الآزامات على كل الطرفين. فصاحب العمل يلزم بدفع البآل، والمقاول يلزم بآقديم العمل والمواد التى يسهآدها، أو عمله فقط. فكل منهما معرض للربح والخسارة.<sup>17</sup> فىشرآ فى كل من المقاول وصاحب العمل الأهليه أو الإآذن لصاحب أهليه الأداء الناقصه.<sup>18</sup> ٢- الآعآد: الشرآ الثانى للعاقدين فى عقد المقاوله هو أن يكون العاقآ متعآداً.<sup>19</sup> والمرآ بهذا الشرآ أن يكون المقاول غير صاحب العمل، فلو كان المقاول هو نفس صاحب العمل لم ينفآ العقد ووقع باطلاً، وهذا هو المفهوم من هذا الشرآ.

الركن الثانى- المحل: أما الركن الثانى لعقد المقاوله فهو المحل والمرآ به هو العمل المعقود عليه بين العاقدين وآآآلف طبيعه العمل بحسب انواع العقود، فى عقد البيع والرهن والهبة يكون محل العقد عيناً مالىه وفى عقآى الإآاره والإعاره محلها المنفعه وفى عقآى المزارعه والإسهآناع محلها العمل

<sup>17</sup> وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامى وأآلته، (آمشق: آارالفكر، 1405هـ-1985م) 3: 338331؛ السنهورى، الوسيط، 7: 68، 69؛ وهبه الزحيلي، العقود المسماة فى قانون الماملات المآنيه الأمارآى والقانون الأردنى (آمشق: آارالفكر، 1987م)، 78-81.

<sup>18</sup> لأهليه الأداء آلاآه آالات وهى: 1- آاله فقآان الأهليه كالصبى الغير المميآ والمآنون، 2- آاله نقصان أهليه الأداء كالصبى المميآ والسفيه والمغمم والمعهوه، 3- آاله إكمال الأهليه كالبالغ العاقل. أنظر: وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامى وأآلته، 6: 2964-2965؛ الزرقاء، مصطفى آحمد، المآآل الفقهى العام (آمشق: آارالفكر، 1987م)، 2: 800؛ على آيدر، آرارالحكام شرح مجلة الأحكام، المواد: 943-947، 2: 587-585 والمواد: 987-988، 2: 634.

<sup>19</sup> على آيدر، آرارالحكام شرح مجلة الأحكام، المآه: 177، 1: 147، ابن عابآين، مآآ أمين، رآالمآآار على الآرالآآآار، آآقىق: الشىخ عادل آحمد عبدالمعبود (الرباض: آارالعالم الكآب، 1423هـ-2003م)، 7: 14؛ الكاسانى، علاؤ الآين بن مسعود، بآائع الصنائع (بيروت: 1406هـ-1986م)، 5: 135-136.

– فعقد المقاوله من العقود الوارده على العمل فلا بد تو فىر اربعة شروط تالية فى هذا الركن يعنى العمل: أولاً 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 يلى. ١. أن يكون العمل ممكناً: يجب أن يكون محل المقاوله مما يمكن القيام به وفى مقدور المقاول وإذا تعهد بعمل ليس باستطاعته كان ذلك عبثاً وضراراً بالآخرين لأن استحالة التسليم تجعل العقد باطلاً باتفاق الفقهاء.<sup>20</sup> فلا بد ألا يستحيل العمل شرعاً فإن كان كذا لا يجوز عقد المقاوله كأن يكون المقاول عاجزاً عن تسليم المنفعة حسناً أو شرعاً كإجارة<sup>21</sup> الحائض لكنس المسجد، ويقول البهوتى: "ولا يصح اجارة كافر لعمل فى الحرم، لأن المنع الشرعى كالحسى، ولا اجارة لقلع سن سليمة أو قطع يد سليمة، وكذا سائر الأعضاء – ولا الحائض والنفساء على كنس المسجد فى حالة لا تأمن فيها تلوتية."<sup>22</sup>

٢- أن يكون العمل مشروعاً: يجب فى عقد المقاوله أن يكون العمل الذى تعهد به المقاول مما أباحه الشارع، أما اذا كان العمل المتفق عليه مخالفاً لأحكام الشريعة، ومنافياً للنظام العام والآداب، كان عقد المقاوله باطلاً، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة<sup>23</sup> ورجال القانون.<sup>24</sup> فلا تجوز المقاوله على فعل المعاصى

<sup>20</sup> الكاسانى، بدائع الصنائع، 4: 189؛ ابن عابدين: رد المحتار، 7: 15 و9: 75؛ الشريبي، شمس الدين مجد بن الخطيب، مغنى المحتاج شرح منهاج الطالبين (بيروت: دارالمعرفة، 1418هـ-1998م)، 3: 444؛ الخرشي، أبو عبدالله مجد، حاشية على مختصر خليل ومعه حاشية العدوي (ودار النشر)، 5: 22؛ البهوتى، منصور بن يونس بن إدريس كشاف القناع، تحقيق: مجد أمين الصناوي (بيروت: عالم الكتب، 1417هـ-1997م)، 3: 239؛ ابن النجار، مجد بن احمد الفتوحى، منتهى الإرادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات (بيروت: مؤسسة الرسالة)، 1: 342.

<sup>21</sup> السنهورى: الوسيط، 7: 55-56؛ فقرة فتية، احكام عقد المقاوله (الاسكندرية: منشأة المعارف جلال حذى وشركاء، 1992م)، 96-97.

<sup>22</sup> البهوتى: كشاف القناع، 3: 245، الشريبي: مغنى المحتاج، 3: 448.

<sup>23</sup> السرخسي، مجد بن أحمد ابن سهل، المبسوط (بيروت: دارالمعرفة للطباعة والنشر، 1394هـ-1974م)، 15: 75؛ الكاسانى، بدائع الصنائع، 4: 189؛ الشريبي: مغنى المحتاج، 3: 445؛ الخرشي: حاشية على مختصر خليل، 5: 21؛ ابن قدامة، عبدالله المقدسى، الكافي فى فقه احمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش (بيروت: المكتب الاسلامى، 1988م)، 3: 380-381؛ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامى وادلته، 5: 3817.

<sup>24</sup> السنهورى: الوسيط، 7: 57-58، الفضلى، جعفر، الوجيز فى العقود المدنية (مكتبة دارالثقافة للنشر والتوزيع، 1997م)، 381-.

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

٣- أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعين: ومن شروط المحل فى عقد المقاوله أن يكون المحل معيناً إلى النزاع غالباً، وتحقيقاً للرضى الحقيقى الكامل وإستعراض النصوص فى مصادر الفقه الإسلامى يمكن القول باتفاق الفقهاء<sup>27</sup> 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 السرخسى: "واذا استأجر حفار ليحفر له بئراً فى داره ولم يسم له موصفاً ولم يصفها فهو فاسد لجهالة المعقود عليه، فعمل الحضر يختلف باختلاف البئر فى العرض والعمق، ولو سمي عشرة اذراع فى الأرض ومما يدر هكذا ذراعاً بأجر مسمى جاز، لأن العمل صار معلوماً بتسمية الذرعان.<sup>28</sup> وقال الكاسانى فى كتاب الإستصناع: "وأما شرائط جوازه - منها - بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصغته لأنه لا يصير معلوماً بدونه."<sup>29</sup> فلا بد لجواز عقد المقاوله أن يكون العمل المعقود عليه معيناً أو قابلاً للتعين والّا فلا يجوز مثل هذا العقد.

٤- أن لا يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد: أما الشرط الرابع لمحل عقد المقاوله فهو أن لا يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد ونص على هذا الشرط فقهاء

<sup>25</sup> ابن قدامة: الكافي، 3: 381.

<sup>26</sup> البهوتى: كشف القناع، 3: 241-

<sup>27</sup> الكاسانى: البدائع الصنائع، 4: 184، السرخسى: المبسوط، 15: 75؛ الخرشي، حاشية على مختصر خليل، 5:

19؛ ابن قدامة، الكافي، 3: 390؛ البهوتى: كشف القناع، 3: 251-

<sup>28</sup> السرخسى: المبسوط، 16: 47-

<sup>29</sup> الكاسانى: بدائع الصنائع، 5: 3-

مذاهب الأربعة<sup>30</sup> – 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-البديل: الركن الثالث لعقد المقاولة هو البديل وهو المال الذى يلتزم به صاحب العمل باعطائه للمقاول مقابل تنفيذ الأخير ما تعهد به بحسب الشروط التى اتفقا عليها. ومن منظور الشرعى البديل باعتباره محلاً للإلتزام صاحب العمل لا بد أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها فى محل الإلتزام وهى ثلاثة – شروط: أولاً أن يكون البديل موجوداً وثانياً أن يكون البديل مشروعاً وثالثاً أن يكون البديل معيناً أى معلوماً – فتفصيل هذه الشروط ما يلى:

١- أن يكون البديل موجوداً: لا بد لتنفيذ عقد المقاولة أن يكون البديل 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 البديل كان العقد من عقود التبرعات كما قال الشيخ الشريينى: "وأركان الإجارة أربعة: عاقدان، وصيغة، وأجرة، ومنفعة.<sup>31</sup> فلا بد أيضاً أن يكون البديل المذكور فى العقد حقيقياً، فلو كان البديل غير حقيقى، أى صورياً فلا يصح أن يكون عوضاً لأنه لا منفعة فيه أو منفعته قليلة لا تقصد.<sup>32</sup> فيعد البديل عندئذٍ معدوماً ويتعدّر انعقاد عقد المقاولة.

٢- أن يكون البديل مشروعاً: أما الشرط الثانى للبديل فى عقد المقاولة فهو أن يكون البديل 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 البديل الشرعى وهما المالية والتقوم. أما المالية فلأن البديل 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."<sup>33</sup> والأصح أنه هو

<sup>30</sup>الكاسانى، بدائع الصنائع، 4: 189؛ ابن عابدين: رد المحتار، 9/75-76؛ الخرشي، حاشية على مختصر خليل، 5:

22؛ الشريينى: مغنى المحتاج، 2: 442؛ ابن قدامة: الكافي، 2: 304-

<sup>31</sup>الكاسانى، بدائع الصنائع، 4: 180؛ الشريينى: مغنى المحتاج، 3: 439-

<sup>32</sup>الكاسانى: بدائع الصنائع، 6: 18-19؛ السرخسى: المبسوط، 15: 75؛ الخرشي: حاشية على مختصر خليل، 5: 23-

<sup>33</sup>على حيدر: دررا لحكام شرح مجلة الأحكام، المادة: 126، 1: 100-

كل عين ذات قيمة مادية بين الناس<sup>34</sup> - فما لم يكن له قيمة مادية لا يصح أن يكون بدلا فى عقد المقاوله، كالميتة والدم والإنسان وحبه القمح، ويترتب على عدم مالىة بطلان المقاوله.<sup>35</sup> 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، أولاً يجوز التعامل به كالمخدرات،<sup>36</sup> لا تعدّ اموال منقولة فلا تصح أن تكون بدلا فى سائر العقود ومنها عقد المقاوله - وقال الميدانى: فما صح أن يكون ثمناً اي بدلا فى سائر العقود ومنها عقدالمقاوله. وقال الميدانى: فما صح ان يكون تمناً اي بدلا فى البيع صح ان يكون اجرة فى الاجارة<sup>37</sup> وبفوات شرط التقوم فى البدل يعدّ العقد فاسداً لأنه شرط صحة عند الحنفية<sup>38</sup>. فالخلل راجع إلى الوصف فى العقد الخارج عن حقيقية فهو عقد فاسد عند الحنفية ويعدّ باطلاً عند غيرهم.<sup>39</sup>

3- أن يكون البدل معيناً: الشرط الثالث للبدل فى عقد المقاوله هو أن يكون البدل معيناً أى معلوماً - لئن كان من الواجب أن يكون الثمن والأجرة فى عقدى البيع والإجارة معلومين وقت التعاقد، فكذلك حال البدل فى عقد المقاوله، فيكون العوض معلوماً فى سائر عقود المعاوضات من المسائل المتفق عليها فقها<sup>40</sup> وقانوناً<sup>41</sup> - والأصل فى هذا قول النبى ﷺ : " من استأجرأ جيراً فليعلمه أجره."<sup>42</sup> فلا بد للبدل أن يكون معيناً ومعلوماً فى عقد المقاوله والأ فلا يصح هذا العقد.

<sup>34</sup>الزرقاء: المدخل الفقهي العام، 3: 118-

<sup>35</sup>ابن عابدين: حاشية رد المحتار، 9: 62؛ النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد و الشيخ علي مجد معوض (الرياض: دار عالم الكتب، 1423هـ-2003م)، 4: 343؛ الشريبي: مغنى المحتاج، 3: 445-

<sup>36</sup>ابو البصل، د. عبد الناصر، دراسات فى فقه القانون المدنى الأردنى (اردن: دارالنفائس، 1999م)، 176؛ الفصلى، جعفر: الوجيز فى العقود، 383-

<sup>37</sup>الميدانى، عبدالغنى الغنيمي، اللباب فى شرح الكتاب، تحقيق: محمود أمين النواوي (بيروت: دارالكتاب العربى)، 2: 4-

<sup>38</sup>ابن عابدين: حاشية رد المحتار، 9: 62؛ الكاسانى، بدائع الصنائع، 6: 19.

<sup>39</sup>النووى، روضة الطالبين، 4: 344-

<sup>40</sup>. الشريبي، مغنى المحتاج، 3: 444؛ السرخسى، المبسوط، 15: 75؛ الكاسانى، بدائع الصنائع، 4: 180-

<sup>41</sup>. السنهورى، الوسيط، 7: 60-61-

<sup>42</sup>البيهقى، احمد بن حسين بن على بن موسى، السنن الكبرى، تحقيق: عبد القادر عطا، كتاب البيوع، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، حديث رقم: 11651 (بيروت: دارالكتب العلمية، 1424هـ-2003م)، 6: 198-

الركن الرابع: الصيغه: الصيغه هى الركن الرابع من أركان عقد المقاوله وهى: "ما يصدر عن العاقدين من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الكتابة أو الإشارة أو المبادلة الفعلية، فهى علامة نشوء العقد وقيامه." <sup>43</sup> فإذا كانت الصيغه علامة نشوء العقد وقيامه وركن من أركان عقد المقاوله فلا بد توفير بعض الشراءط فى هذا الركن وهى: أولاً جلاء المعنى فى صيغه العقد وثانياً توافق الإيجاب والقبول وثالثاً أن يكون الإيجاب والقبول للفظى الجزم والقطع ورابعاً اتصال القبول بالإيجاب - فتفصيل هذه الشروط بما يلى:

١- جلاء المعنى فى صيغه العقد: لا بد لكون الصيغه مبرماً لعقد المقاوله أن يكون فيه جلاء المعنى أن تكون مادة اللفظ المستعمل فى الإيجاب والقبول تدل بوضوح على نوع العقد المقصود للعاقدين لغهً أو عرفاً. فالإرادة الباطنة خفية، والعقود تختلف فى مواضعها بعضها عن بعض. ويصح التعبير للدلالة على العقد المعقود بدلالة اللفظ الحقيقية أو المجازية، وفى الفاظ الكنايات لا بد من قرينة ترجح المعنى المقصود - فينعتد البيع للفظ البه المقرونة بالثمن. <sup>44</sup> ولا يشترط فى صيغه الإيجاب والقبول فى عقد المقاوله لفظ معين، ولكنهما يصحان بلفظ المقاوله والإجارة والإستصناع وبكل ما فى معناه من الألفاظ الأخرى للقاعدة الفقهية التى تؤول: "العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى، لا للألفاظ والمباني." <sup>45</sup> فلا بد أن تكون الصيغه المستعملة فى عقد المقاوله، واضح المراد وبائن نوعية وحجم العمل فى عقد المقاوله.

<sup>43</sup> الزرقاء: المدخل الفقهى العام، 1: 318-319؛ وهبة الزهيلي: الفقه الاسلامي وادلته، 4: 105-

<sup>44</sup> 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 منتهى الإرادات، تحقيق: الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ-2000م)، 2: 122-123؛ البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس كشاف القناع، تحقيق: محمد أمين الصناوي (بيروت: عالم الكتب، 1417هـ-1997م)، 2: 458-459؛ ابن عابدين: حاشية رد المحتار، 8: 488-

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

٢- توافق الإيجاب والقبول: وهو أن يأتي القبول موافقاً للإيجاب فى كل جزئياته كمحل العقد وفى مقدار ثمن وفى الأجل إن وجد<sup>46</sup> - فيجب فى عقد المقاوله تطابق الإيجاب والقبول بين المقاول وصاحب العمل على ماهية العمل فلو أراد أحد الطرفين أن يبرم عقد المقاوله، بينما اتجهت نية الطرف الآخر الى ابرام عقد وكالة مثلاً، فإنه لا يوجد فى هذه الحالة عقد مقاوله ولا عقد وكالة ويجب التراضى على العمل المطلوب تأديته من المقاول تجاه صاحب العمل، والبديل الذى يلتزم به صاحب العمل للمقاول.<sup>47</sup> ويجوز أن يتم التعبير عن التراضى ضمناً،<sup>48</sup> كأن يقول صاحب العمل للمقاول: فاولئك ببناء الجدار مقابل ثلاثة الاف روبيات، فيقول المقاول: قبلت بالفى وخمس مائة روبيات، لأن هذا يتضمن القبول الفى وخمس مائة روبيات من باب اولى، فينعقد لعقد بهذا المبلغ أى الفى وخمس مائة روبيات ولا تجب الزيادة الا اذا قبلها الموجب.

٣- أن يكون الإيجاب والقبول بلفظى 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 المقاوله، اشترط الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول بلفظى الجزم والقطع<sup>49</sup> ليد لا بوضوح على الرغبة الحقيقية لإبرام عقد المقاوله. يرجح الفقهاء فى الإيجاب والقبول صيغة الفعل الماضى لأنها أدل على الإرادة الجازمة فى انشاء العقد، حال التكلم، فينعقد بها العقد من غير توقف على شئى آخر كالنية أو القرينة كأن يقول صاحب العمل: فاولئك فيقول المقاول: قبلت. ولكن صيغة الماضى ليست بشرط، فلو عبر المتعاقدان بصيغة المضارع وتوافرت النية أو قامت القرينة على ارادة انشاء العقد فى 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 نوي عقد المقاوله.

٤- اتصال القبول بالإيجاب: والمعقود بالاتصال أى يكون الإيجاب والقبول فى مجلس واحد، إن كان الطرفان حاضرين معاً أو فى مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن كانا غائبين، ويكون كل فيهما

<sup>46</sup>ابن عابدين،ردالمحتارعلى الدرالمختار،7: 14-15؛على حيدر،دررا لحكام شرح مجلة الأحكام،المادة:177، 1: 147-

<sup>47</sup> السنهورى: الوسيط،7: 37-

<sup>48</sup> على حيدر: دررا لحكام شرح مجلة الأحكام،المادة:178، 1: 149؛ الشريبنى: مغنى المحتاج،2: 332-

<sup>49</sup> ابن عابدين: ردالمحتارعلى الدرالمختار،7: 23؛ على حيدر،دررا لحكام شرح مجلة الأحكام، المادة:68، 1: 137-

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

<sup>50</sup> ابن عابدين، ردالمحتار على الدرالمختار، 7: 15؛ البهوتي: نفس المرجع؛ الشريبي، مغنى المحتاج، 2: 329-330.

<sup>51</sup> علي حيدر، دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة: 183، 1: 155.

<sup>52</sup> ابن عابدين: ردالمحتار على الدرالمختار، 7: 15؛ الميداني، عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمود أمين النواوي (بيروت، دارالنشر، دارالكتاب العربي)، 2: 4؛ علي حيدر، دررالحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، المادة: 185، 1: 156.

<sup>53</sup> ابن رشد، ابوالوليد مجد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (القاهرة: دارالحديث، 1425هـ-2004م)، 2: 170.

<sup>54</sup> بخارى، مجد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق: مجد زهير بن ناصر الناصر، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم الحديث: 2079 (بيروت: دارطوق النجاة، 1422هـ)، 3: 64؛ مسلم بن حجاج النيشابوري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، رقم الحديث: 1532 (السعودية: بيت الأفكار الدولية، 1419هـ-1998م)، 621.

<sup>55</sup> الشريبي: مغنى المحتاج، 2: 329-330.

<sup>56</sup> البهوتي: كشاف القناع، 3: 147-149؛ ابن النجار، منتهى الإرادات، 1: 356.

<sup>57</sup> بخارى: 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 الى تفصيل هذا البحث العلمى لابد من بيان نتائج هذا البحث فهى بما يلى: ان اصطلاح المقاوله اصطلاح جديد وبحث فقهاء المعاصرين اعتبارا بالصناعة والاجارة. العملية الاساسية فى عقد المقاوله هونقل الملكية وتمليك منفعة المبيع للمشتري بعوض على أي عمل مشروع كان. ان من خصائص عقد المقاوله هى انه عقد رضائى وعقد معاوضة وعقد ملزم للجانبين و عقد وارد على العمل و عقد ممتد. العاقدان والمحل والبدل والصيغة هى اربعة اركان لعقد المقاوله وهناك شرائط مخصوصة لهذه الاركان اذ توفرت يكون هذا العقد عقدا شرعيا وقانونيا. تتم مناقشة النكات الاساسية فى هذا المقال وفق احكام الشريعة الاسلاميه حتى يمكن فهم قضايا هذه العملية من منظور شرعى واتباع احكام الشريعة الاسلاميه. نظرا الى البحث لا بد لافراد المجتمع الاسلامى واصحاب العلم والمحققين ان يلاحظوا الاقتراحات والتوصيات الآتية:

هذا الموضوع يحتاج الى مزيد من البحوث العلميه لتطبيق اتفاقيات هذه العقود باحكام الشريعة الاسلاميه. المجتمع يحتاج الى تطبيق احكام الاسلام للمعاملات الحديثه التى لا يوجد لها نظير فى الشريعة الاسلاميه وبحث هذه الاحكام فريضة لعلماء الباحثين فلا بد التوجه الى هذه العملية. ان حكام بلاد الاسلاميه لا يعرفون ولا مهتمون بقوانين الشريعة الاسلاميه فعلى علماء الربانيين المعاصرين ان يبلغوهم ويفهموهم هذه الاحكام ويرغبوهم لتنفيذها لنيل فلاح الدارين.