عقد المقاولة

د. أمل بنت عبد العزيز النفيسة (*)

المقدمة :

الحمد لله نستعينه ونستغفره ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لاإله إلا الله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله عليه وسلم تسليما كثيرا.

وبعد:

فإن ما يشهده العالم اليوم من تطور تقني واقتصادي وازدهار حضاري أدى إلى ظهور عقود جديدة تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي لها، ولما كان الفقه الإسلامي غني بما يبين حقيقة هذه العقود وحكمها، جاء هذا البحث المتضمن لعقد منها أضحى التعامل به ليس مقصوراً على الأفراد فحسب؛ بل يتعداه إلى المؤسسات والشركات، ويطرق مجال العمران والصناعة والأعمال، ويحتاج إليه المجتمع كافة في أغلب شؤون الحياة، وهذا العقد هو: عقد المقاولة.

أولاً: أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

١- أن عقد المقاولة من أبرز العقود الحديثة وأكثرها انتشاراً، حيث تمارسه المؤسسات والشركات والتجار؛ وذلك نظراً للتطور المذهل في كافة مجالات الحياة.

٢- أن عقد المقاولة يدخل في أغلب المتطلبات للأفراد والمؤسسات والشركات سواء أكانت متطلبات ضرورية أم كمالية.

٣- أن عقد المقاولة له أهمية كبرى في العالم المعاصر على النواحي الاقتصادية والصناعية مما يساهم في رفع الاقتصاد وزيادة حركة الصناعة.

(*) الأستاذ المساعد بكلية الشريعة – قسم الفقه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:

كان لاختيار هذا الموضوع أسباب، ومنها ما يأتي:

١- أن عقد المقاولة له حاجة كبرى؛ حيث تحتاجه الدول والشركات والأفراد مما يتطلب العناية ببحثه وإبراز الجوانب المتعلقة فيه.

٢- أن هذا العقد مرتبط بكثير من العقود الشرعية الأخرى؛ نظراً لتنوع صوره وأشكاله، مما يقتضي إفراده بدراسة مستقلة.

ثالثاً: الدراسات السابقة:

من الرسائل العلمية والبحوث التي تناولت الموضوع:

١- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، إعداد: إبراهيم شاتو، وهو رسالة دكتوراه بكلية الشريعة، جامعة دمشق، إشراف الأستاذ الدكتور: أسامة الحموي.

٢- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، إعداد: زياد شقيق حسن قراوية، وهو رسالة مقدمة لإكمال متطلبات الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، إشراف الدكتور: حسن سعد عوض خضر.

٣- عقد المقاولة، الإنشاء والتعمير، حقيقته، تكييفه، حكمه، إعداد: أ. د محمد جبر الألفي، وهو بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة: ١٤.

٤- عقد المقاولة، إعداد: عبد الرحمن بن عايد العايد، وهو رسالة دكتوراه بقسم القسم في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، إشراف الأستاذ الدكتور: صالح الهليل.

رابعاً: تقسيمات البحث:

قد جاء البحث منتظماً في مقدمة وثلاثة مباحث، وخاتمة، وبيانها ما يأتي:

* **المقدمة.**
* **المبحث الأول:** حقيقة عقد المقاولة، وأركانه، وأنواعه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة.

المطلب الثاني: أركان عقد المقاولة.

* **المبحث الثاني:** التكييف الفقهي لعقد المقاولة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: خصائص عقد المقاولة.

المطلب الثاني: العقود المشابهة لعقد المقاولة.

* **المبحث الثالث:** حكم عقد المقاولة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم استحداث عقود جديدة.

المطلب الثاني: الأدلة على عقد المقاولة.

* **الخاتمة.**
* **فهرس المصادر والمراجع.**

وفي ختام هذه المقدمة أحمد الله مبدأ الحمد ومنتهاه على أن يسر إتمام هذا البحث وإنهاءه، و أسأله ﷻ أن يتقبَّله، وأن يجعله خالصًا لوجهه الكريم، وأن يمنحه بركةً مِن عنده، وقَبولًا منه؛ إنَّه جوادٌ كريم.

وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومَن تَبِعَهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.

المبحث الأول

تعريف عقد المقاولة وأركانه وأنواعه

وفيه مطالبان:

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة:

العقد لغة واصطلاحا:

العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، ويطلق على معانٍ، منها:

١- الربط والشد؛ سواء كان حسيًّا كعقد الحبل، أي ربطه، أو معنويّاً كعقد البيع.

٢- العهد؛ ومنه قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [١]، أي بالعهود[٢].

وهذان المعنيان يفيدان أن العقد ربط وعهد بين المتعاقدين.

العقد اصطلاحاً:

يطلق العقد في كلام الفقهاء-رحمهم الله- ويراد به معنيان: معنى عام، وخاص.

المعنى العام: كل ما يعقده العاقد على أمر يفعله أو يعقد على غيره فعله[٣].

وهذا يشمل ما كان فيه الإلزام من جانب واحد كالطلاق واليمين، أومن جانبين كالبيع.

المعنى الخاص: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول[٤].

---

(١) سورة المائدة من الآية: ١.

(٢) ينظر: لسان العرب٣/٢٩٦، مختار الصحاح١/١٨٦، مقاييس اللغة٤/٨٦، الأفعال ٢/٣٤٢، مادة: عقد.

(٣) أحكام القرآن ٣/٢٨٥، وينظر: حاشية الدسوقي٣/٥، الجامع لأحكام القرآن٦/٣٢.

(٤) التعريفات ١/١٩٦، وينظر: البحر الرائق ٥/١٨٣، المنثور ٢/٣٩٧.

وهذا يشمل ما كان فيه الإلزام من جانبين فقط كالبيع والإجارة وغيرهما.

ولعل هذا المعنى هو المراد به العقد لأمرين:

١- أن أكثر إطلاق الفقهاء على ما يسمى عقداً ينصرف إليه[١].

٢- أنه يرتبط من التعريف اللغوي من جهة الربط؛ لأن الربط لا يكون إلا من طرفين.

عقد المقاولة لغة:

مفاعلة من قال يقول قولا، وتطلق على معانٍ منها:

١- المفاوضة؛ يقال: قاولته في أمره أي فاوضته.

٢- المجادلة؛ يقال: قاوله في الأمر؛ أي: جادله[٢].

والمعنيان يدلان على تبادل القول بين طرفين.

عقد المقاولة اصطلاحاً:

لم يكن للفقهاء – رحمهم الله – كلام عن عقد المقاولة بهذا المصطلح؛ لكنه انتشر في الآونة الأخيرة واهتم به أصحاب القانون و كتب فيه بعض الباحثين المعاصرين فذكروا له تعريفات، وهي في مجملها لا تختلف إلا في بعض القيود، ومن أهمها:

التعريف الأول: عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه وإرداته[٣].

يمكن أن يعترض عليه:

أن القيد الأخير في التعريف اشتمل على خاصية من خصائص عقد المقاولة التي لا ينبغي أن تكون في المعرف.

---

(١) ينظر: العقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ص:٢٥٢.

(٢) ينظر: لسان العرب، مختار الصحاح ، المعجم الوسيط ، مادة: قول.

(٣) ينظر: شرح أحكام المقاولة ص:١١.

التعريف الثاني: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر(١).

وهو التعريف المختار لما يأتي:

أنه أشمل التعريفات في أمرين:

١- بيان حقيقة عقد المقاولة.

٢- بيان أركان عقد المقاولة.

المطلب الثاني: أركان عقد المقاولة:

عقد المقاولة كغيره من العقود له أركان يقوم عليها، وتتركب منها حقيقته، وعند التأمل في تعريف عقد المقاولة يلحظ أن أركانه أربعة:

الركن الأول: الصيغة.

الركن الثاني: العاقدان.

الركن الثالث: (المعقود عليه) المحل.

الركن الرابع: الأجرة.

وهذه أركان العقود عند جمهور الفقهاء(٢).

الركن الأول: الصيغة:

ينعقد عقد المقاول بالصيغة -والتي هي الإيجاب والقبول- بإحدى طريقتين:

أ- **حصول الإيجاب والقبول باللفظ:**

عقد المقاولة كغيره من العقود، فينعقد بكل لفظ يدل عليه؛ كقاولتك أو أقاولك وغيرها من الألفاظ الدالة على المعنى.

---

(١) القانون المصري، مادة رقم: ٦٤٦، القانون المدني السوري، مادة رقم: ٦١٢، القانون المدني الفرنسي، مادة رقم: ٧٨٠، القانون المدني العراقي، مادة رقم: ٨٦٠، عقد المقاولة ص:٤٩.

الوسيط في شرح القانون المدني٧/٥،عقد المقاولة لعزت عبد القادر ص:١١.

(٢) خلافاً للحنفية فالركن عندهم: الصيغة فقط. ينظر: رد المحتار٦/٥، حاشية العدوي ٢٦٢/٢، مغني المحتاج٢/٣٣٢، كشاف القناع٣/٥٤٧.

وانعقاد العقد باللفظ محل اتفاق بين الفقهاء-رحمهم الله[١].

ب- **حصول الإيجاب والقبول بالكتابة:**

عقد المقاولة يتم فيه القبول والإيجاب بالكتابة بطرق أبرزها:

الطريقة الأولى: انعقاد صيغة عقد المقاولة **بالمناقصة**[٢].

الطريقة الثانية: انعقاد صيغة عقد المقاولة عن طريق المسابقة[٣].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع٥/١٣٣، جامع الأمهات١/٣٣٧، المهذب١/٢٥٧، كشاف القناع٣/١٤٦.

(٢) وهي: طريقة يقصد بها الوصول إلى المتعاقد الذي يتقدم بأقل عرض. ينظر: شرح قانون المزايدات والمناقصات ص:١٩، وينظر: التنظيم القانوني لصناعة البناء والتشييد القانونية على الرابط:

http://arabconstructionlaw.com/index.php?action=pages&

وطريقة العقد معها تمر بثلاث مراحل: ١-أن يقدم رب العمل المواصفات والشروط المطلوبة ثم يدعى إلى المناقصة للمقاولين بطريقة الإعلان مع بيان آخر موعد للتقديم - وهذه تسمى المناقصة العلنية، وقد توجه دعوة خاصة للمقاولين من غير إعلان - وهذه تسمى المناقصة السرية.

٢- يتم إرسال مظاريف من المقاولين إلى رب العمل فيها تحديد السعر المختار، والمواصفات المطلوبة.

٣- تشكل لجنة لفحص العروض المقدمة من المقاولين ومن ثم تحيل الصالح إلى لجنة البت فتتخير الأقل سعرا، وتعتمد التوصية على اختيار من ترسو عليه المناقصة، ويتم إخطاره وطلب حضوره لتوقيع العقد. ينظر: عقود المناقصات في الفقه الإسلامي ص:٤٩-٦٠.

(٣) وهي طريقة يقصد بها رب العمل الحصول على أفضل عمل بين مجموعتين متنافستين؛ وكيفيته:

١- أن يدعو عن طريق الإعلان كل من يريد الاشتراك في عمل ما مع ذكر التفاصيل والشروط.

٢- تعين لجنة للتحكيم لاختيار الفائز، ومن ثم يتم التعاقد معه.

فيكون توقيع العقد إيجاباً، ورب العمل ملزم بقبول العقد إن كان هناك شرط بإلزام المتسابق بالقبول. ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني٧/٤٠، عقد المقاولة لعزت عبد القادر ص:٦٦، ٦٧، عقد المقاولة لعبد الرحمن العايد ص: ٦٥، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني ص:٤٤.

وانعقاد العقود المالية بالكتابة جائز على الراجح من أقوال الفقهاء -رحمهم الله [١].

الركن الثاني: العاقدان:

العاقدان في عقد المقاولة هما:

أ – المقاول.

ب– رب العمل.

وقد يكونان إما شخصية طبيعية[٢]:

كأن يتعاقد رب العمل مع المقاول نفسه على أن يضع له تصميما لمنزله بمقابل عوض.

أو يكونان كلاهما أو أحدهما شخصية اعتبارية[٣].

كأن يتم التعاقد من الدولة مع شركة أو مؤسسة لبناء مطار أو تشييد سد بمواصفات معينة بمقابل عوض.

فالدولة والشركة هنا: شخصيتان اعتباريتان.

الركن الثالث: المعقود عليه (المحل):

المعقود عليه في المقاولة هو: ما يقع عليه التعاقد ويظهر أثر العقد فيه[٤]، ويختلف باختلاف صور المقاولة التي تكون بحسب التزام المقاول بتقديم الأدوات من عدمه.

---

(١) انعقاد الإيجاب والقبول بالكتابة محل خلاف بين الفقهاء-رحمهم الله– واقتصرت على الراجح؛ وهو قول الحنفية، والمالكية، ووجه عند الشافعية. ينظر: رد المحتار٥١٢/٤، حاشية الدسوقي٣/٣، المهذب ٢٥٧/١. وينظر في عقد المقاولة: التنظيم القانوني لعقد المقاولة ص:١٠.

(٢) الشخصية الطبيعية: هو الشخص الذي يكون قابلاً لأن يثبت له حق أو يجب عليه التزام. ينظر: أصول القانون ص:٢٧.

(٣) الشخصية الاعتبارية: هي مجموعة من الأشخاص يضمهم تكوين يرمي إلى هدف معين، أو مجموعة من الأموال ترمي لتحقيق غرض معين يخلع عليها القانون الشخصية فتكون شخصا مستقلا ومتميزاً عن الأشخاص الذين يساهمون في نشاطها. ينظر: الشخصية الاعتبارية وأحكامها الفقهية في الدولة المعاصرة ص:٦.

(٤) ينظر: عقد المقاولة لزياد شقيق، ص:١٢١.

وعند التأمل فيما كتبه أصحاب القانون و بعض الباحثين المعاصرين في عقد المقاولة يلحظ أن صور عقد المقاولة تنحصر في صورتين[1]:

الصورة الأولى: أن يكون التعاقد على العمل فقط: وذلك حينما يطلب رب العمل من المقاول العمل فقط ويقدم له الأدوات.

مثال ذلك:

أن يتعاقد رب العمل مع المقاول على تخزين بضاعة لمدة معينة بمقابل عوض على أن يكون العقد على التخزين فقط.

الصورة الثانية: أن يكون التعاقد على العين: وذلك حينما يطلب رب العمل من المقاول العمل مع تقديم الأدوات.

مثال ذلك:

أن يتعاقد رب العمل مع المقاول على صنع حافلة على أن تكون الأدوات من الحديد وغيرها مع العمل منه.

الركن الرابع: الأجرة:

عقد المقاولة كغيره من عقود المعاوضات المالية التي يعد الأجر ركنا من أركانها؛ وذلك لأن المعقود عليه في عقد المقاولة لابد أن يكون بمقابل أجر[2].

**

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة: ١١، عام ١٤٢٣هـ، عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص:١٤، عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٢٨.

(٢) حاشية العدوي٢/٢٦٢، مغني المحتاج٢/٣٣٢، كشاف القناع٣/٥٤٧، عقد المقاولة لزياد شقيق، ص:١٣٠.

المبحث الثاني
التكييف الفقهي لعقد المقاولة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: خصائص عقد المقاولة:

قبل بيان التكييف الفقهي لعقد المقاولة لابد من تحديد خصائص عقد المقاولة حتى يحسن تنزيل الحكم الشرعي لها، وهي ما يأتي:

الخاصية الأولى: عقد معاوضة: فالمقاولة من عقود المعاوضة؛ حيث إن المقاول يقدم العمل على عوض من رب العمل.

الخاصية الثانية: عقد لازم للطرفين: فالمقاولة عقد لازم، لا يصح لأحدهما فسخه من غير سبب؛ لأن كل واحد من المتعاقدين يلتزم على إجبار الآخر بتنفيذ ما التزم به.

الخاصية الثالثة: العقد فيه على العمل: أن هذا العقد يتعاقد فيه رب العمل على عمل المقاول سواء التزم رب العمل بتقديم الأدوات فيقدم المقاول العين، أم لم يلتزم بتقديم الأدوات فيكون العمل فقط.

الخاصية الرابعة: لا يكون تحت إشراف رب العمل: أن عقد المقاولة لا يستلزم فيه عمل المقاول أن يكون تحت إشراف رب العمل وإرادته.

الخاصية الخامسة: عقد يصح أن يكون مؤقتا: فيصح أن يكون عقد المقاولة لمدة معينة أو متى ما انتهى العمل[1].

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني٧/٥، عقد المقاولة لعزت عبد القادر ص:١٢، ١٣، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني ص: ٢٦، ٢٧، عقد المقاولة لزياد شقيق، ص:٢٦، عقد المقاولة د. عجيل النشمي على الرابط:
http://www.dr-nashmi.com/index.jsp?inc=٣٢&conf=٩&mv=١

المطلب الثاني: العقود المشابهة لعقد المقاولة:

إن الخصائص السابقة لعقد المقاولة لا تميزه عن غيره من العقود؛ بل يشاركه كثير منها في صفة أو أكثر، وهذا يحصل التشابه بينه وبين العقود الأخرى، ولبيان التكييف الفقهي يحسن الموازنة بينه وبين العقود المشابهة لإزالة اللبس.

وبيان ذلك في المسألتين الآتيتين بحسب صور عقد المقاولة:

المسالة الأولى: أن يلتزم رب العمل بتقديم الأدوات:

يلحظ في هذه الصورة أن الاتفاق من رب العمل مع المقاول على العمل فقط، والتعاقد على العمل مقابل عوض عند الفقهاء له شبه ببعض العقود، وأبرزها[1]:

أ- **عقد الجعالة**[2]:

أوجه الاتفاق بين العقدين:

١- أن كلا العقدين عقد معاوضة؛ فالمقاول يقصد الحصول على العوض مقابل العمل ويستحقها بإنجاز عمله، وكذلك المجعول.

٢- أن عقد المقاولة عقد لازم، وكذلك الجعالة لازم بعد الشروع في العمل عند المالكية[3].

---

(١) ذكر أصحاب القانون وبعض الباحثين عقودا مشابهة لعقد المقاولة ومنها: الوكالة، والبيع، والوديعة بأجر.

لكني اقتصرت على ما هو أكثرها شبها والتصاقاً بعقد المقاولة. ينظر في العقود المشابهة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٣٠، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني ص: ٣٥-٦١.

(٢) هي: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله. مغني المحتاج ٦١٧/٣، وينظر: بداية المجتهد٢٣٥/٢، كشاف القناع٢٠٢/٤. بينما لا يرى الحنفية مشروعيتها للغرر في جهالة المدة والعمل.

(٣) ينظر: الذخيرة٨/٦.

أوجه الاختلاف بين العقدين:

١- أن المقاول يشترط أن يكون معينا، ولا يشترط ذلك في الجعالة.

٢- أن المعقود عليه في عقد المقاولة لابد أن يكون معلوما؛ بينما في الجعالة يجوز أن يكون مجهولا.

٣- أن عقد المقاولة غير لازم قبل الشروع في العمل، وبعد الشروع عند الشافعية والحنابلة[١].

مما سبق تبين أن عقد المقاولة ليس هو عقد الجعالة، فبينهما اختلاف يثبت تباينهما.

ب- **عقد الإجارة**، وهي نوعان:

النوع الأول:إجارة الأشياء[٢].

أوجه الاتفاق بين العقدين:

١- أن كلا العقدين عقد معاوضة، فالمؤجر يقصد الحصول على أجرة منفعته، والمقاول يقصد الحصول على أجرة عمله.

٢- أن كلا العقدين عقد لازم، لا يصح لأحد من العاقدين الفسخ من غير سبب من أسباب الفسخ.

٣- أن كلا من العقدين عقد مؤقت، ينتهي إما بإنتهاء العمل أو المدة عند اشتراط المدة أو تحديدها.

٤- أن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة، وكذلك المقاولة بهذه الصورة[٣].

---

(١) ينظر: الذخيرة٦/٨، المهذب١/٤١١، كشاف القناع٤/٢٠٣. وينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٤٥، عقد المقاولة لعبد الرحمن العايد ص:١١٥.

(٢) عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة. ينظر: البحر الرائق٧/٢٩٧، الشرح الكبير٤/٢، مغني المحتاج٢/٣٣٢، شرح مختصر الخرقي٢/١٧٧.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع٤/١٧٩، الدر المختار٦/١١، جامع الأمهات١/٤٣٨، التلقين ٢/٣٩٩، المهذب١/٣٩٩، الروض المربع٢/٣١٨. ينظر في المقاولة: عقد المقاولة لعزت عبد القادر ص: ١٧، عقد المقاولة لعبد الرحمن العايد ص: ١٠٤، عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص: ٤١، عقد المقاولة ص:١٠٤.

أوجه الاختلاف، وهي:

١- أن المؤجر يستحق أجرته بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة؛ بينما المقاول يستحقها بإنهاء العمل المطلوب.

٢- أن المراد في عقد المقاولة الحصول على منفعة المقاول(آدمي)؛ بينما في الإجارة غير الآدمي كالحيوان والدار وغيرها.

٣- أن عقد المقاولة يمكن أن يكون منفعة في الذمة ويمكن أن يكون عينا؛ بينما الإجارة لا تكون إلا منفعة المستأجر فقط.

٤- أن المعقود عليه في الإجارة المنفعة؛ بينما في المقاولة تقع على إيراد شيء[١].

مما سبق تبين أن عقد المقاولة ليس هو عقد إجارة الأشياء، فبينهما اختلاف يثبت تباينهما.

النوع الثاني:إجارة الأشخاص.

وهو قسمان:

القسم الأول: الأجير الخاص[٢].

أوجه الاتفاق:

١- كلا العقدين عقد معاوضة على منفعة، فالمؤجر يقصد الحصول على أجرة منفعته، والمقاول على أجرة عمله.

٢- أن كلا العقدين لازم، لا يحل فسخه من غير سبب من أسباب الفسخ.

٣- أن كلا العقدين عقد مؤقت، ينتهي بانتهاء العمل أو المدة[٣].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع٤/١٧٤، المبسوط١٥/٧٤، التلقين٢/٣٩٨، كفاية الطالب٢/٢٥٤، المهذب١/٣٩٤،، الروض المربع٢/٢٩٥.
ينظر في المقاولة: التنظيم القانوني لعقد المقاولة ص:١٢.

(٢) وهو:أن يؤجر نفسه مدة معينة لعمل يختص فيها المتسأجر بمنافعه ينظر:البحر الرائق٨/٣٠، بداية المجتهد٢/١٧٥، مغني المحتاج٢/٣٥٢، شرح مختصر الخرقي٢/١٨٦.

(٣) ينظر: المبسوط٥/٧٤، التلقين٢/٣٩٨، المهذب١/٤٠٠، الروض المربع٢/٢٩٤، وينظر في المقاولة: التنظيم القانوني لعقد المقاولة ص:١١٠

أوجه الاختلاف:

١- أن الأجير الخاص منافعه تكون مملوكة للمستأجر خلال مدة العقد؛ بينما المقاول ليست منافعه مملوكة لرب العمل[١].

٢- أن المستأجر للأجير الخاص مسؤول عما يحدثه الأجير الخاص من أضرار؛ وأما رب العمل فليس بمسؤول[٢].

٣- أن الأجير الخاص وقع التعاقد فيه على عمل الأجير الخاص، ولذا ينفسخ العقد بموته؛ بينما في عقد المقاولة لا يلزم أن يقع التعاقد على ذات المقاول، لذا فإن العقد قد يستمر مع وفاته إذا لم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد[٣].

مما سبق تبين أن عقد المقاولة ليس هو إجارة الأجير الخاص، فبينهما اختلاف يثبت تباينهما، واستقلال كل عقد عن الآخر.

القسم الثاني: الأجير المشترك[٤].

عند التأمل في هذه الصورة لعقد المقاولة والتي يتم فيها التعاقد على العمل فقط بينما يقوم رب العمل بتقديم الأدوات يلحظ أن التعاقد مع المقاول فيها أجير مشترك؛ وذلك لما يأتي:

---

(١) ينظر:كفاية الطالب٢/٢٥٤، مغني المحتاج٢/٣٥٢، الروض المربع٢/٣٢٤.ينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص: ٣٨، ٣٩، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني ص: ٥٠.

(٢) ينظر: التاج والإكليل٥/٤٣٠، المغني٥/٣٠٧.
ينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص: ٣٨، ٣٩، عقد المقاولة ص:١٠٦.

(٣) ينظر: التاج والإكليل٥/٤٢٢، مغني المحتاج٢/٣٥٢، المغني٥/٣٠٧.
ينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص: ٣٨، ٣٩.

(٤) من يقع العقد معه على العمل، دون أن يستأثر المستأجر بمنافعه. ينظر: البحر الرائق٨/٣٠، بداية المجتهد٢/١٧٥، المهذب١/٤٠٨، المبدع٥/١٠٩.

أ – أن كلا العقدين عقد لازم.

ب– أن كلا العقدين يقع فيهما العقد على العمل فقط.

ج– أن يكون كلا العقدين مقابل عوض.

د– أن يكون كلا العقدين دون امتلاك المنفعة وقت العمل.

هـ– أن يكون العقدان مما يصح فيه تحديد المدة[١].

وبناء على ما ذكر فإن عقد المقاولة يكيف في هذه الصورة على أنه عقد إجارة الأجير المشترك.

وعقد الأجير المشترك جائز باتفاق الفقهاء[٢].

المسألة الثانية: أن لا يلتزم رب العمل بتقديم الأدوات.

عند التأمل في هذه الصورة لعقد المقاولة والتي تتضمن التزام المقاول بشراء الأدوات يتبين أنها ليست عقد وكالة؛ لأنه لو وكل رب العمل المقاول بشراء الأدوات مع العمل، لأصبح عقد الوكالة بشراء الأدوات مستقلا عن عقد المقاولة.

ولبيان التكييف الفقهي لعقد المقاولة عند التعاقد على العين لابد من بيان الاختلاف بينه وبين العقود المشابهة له والتي تتعلق بطلب صنع المادة، وهي:

أ– **عقد السَّلَم**[٣].

أوجه الاتفاق بين العقدين:

١– **أن** كلا العقدين: عقد على موصوف في الذمة، ليس موجوداً وقت العقد.

٢– أن كلا العقدين لازم، لا يحل فسخه من غير سبب من أسباب الفسخ.

---

(١) ينظر: البحر الرائق٣/٨، بداية المجتهد١٧٥/٢، المهذب٤٠٨/١، مغني المحتاج٣٥٢/٢، المبدع١٠٩/٥، شرح منتهى الإرادات٢٧١/٢، كشاف القناع ١١/٤، وينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص: ٣٨، ٣٩، عقد المقاولة لعبد الرحمن العايد ص:١٠٧.

(٢) ينظر: البحر الرائق٣/٨، بداية المجتهد١٧٥/٢، المهذب٤٠٨/١، مغني المحتاج٣٥٢/٢، المبدع١٠٩/٥، شرح منتهى الإرادات٢٧١/٢، كشاف القناع ١١/٤.

(٣) وهو: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد. الإنصاف ٨٤/٥، وينظر: البحر الرائق١٨٦/٦، حاشية الدسوقي١٩٥/٢، منهج الطلاب٤٥/١.

٣- أن كلا العقدين عقد معاوضة، فالمسلَّم إليه يقصد الحصول على عوض ما أسلم فيه، والمقاول على أجرة عمله[١].

أوجه الاختلاف بين العقدين:

١- يشترط في عقد السَّلَم تقديم رأس المال؛ بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة[٢].

٢- يشترط في عقد المقاولة ضرب الأجل لتسليم المسلَّم فيه؛ بينما لا يشترط في عقد المقاولة، فقد يقع التعاقد على عقد المقاولة من غير تحديد موعد لإنجازه[٣].

٣- لا يصح السلم في ما يجمع أخلاطا مقصودة غير متميزة لعدم انضباطه؛ بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة؛ لأنه لو اشترط ذلك في عقد المقاولة لأدى إلى بطلان كثير من صور عقد المقاولة، فمثلا: مقاولة إنشاء المباني تشتمل على أخلاط كثيرة كالحديد والإسمنت وغيرها[٤].

مما سبق تبين أن عقد المقاولة ليس هو عقد السلم؛ فبينهما اختلاف يثبت تباينهما، واستقلال كل عقد عن الآخر.

---

(١) ينظر: الدر المختار٥/٢٠٩، جامع الأمهات١/٣٧٣، المهذب١/٢٩٩، المغني٤/١٨٥، وينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٦٠.

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء٢/١٠، حاشية الدسوقي٣/١٩٥، جامع الأمهات١/٣٧٠، السراج الوهاج١/٢٠٥، المغني٤/١٩٧. ينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٤٩، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني ص: ٤٦، عقد المقاولة ص:١١٠.

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء٢/١١، جامع الأمهات١/٣٧٢، المغني٤/١٩٣، والتأجيل في السلم جائز عند الشافعية. ينظر: المهذب١/٢٩٧. ينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٤٩، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني ص:٤٦، عقد المقاولة ص: ١١٠.

(٤) ينظر: تحفة الفقهاء٢/٩، الدر المختار٥/٢٠٩، جامع الأمهات١/٣٧٢، السراج الوهاج١/٢٠٦،المهذب١/٢٩٧، المغني٤/١٨٥. ينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٦٣، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني ص:٤٦.

ب- **عقد الاستصناع**[1]:

عند النظر لخصائص عقد المقاولة في هذه الصورة والتي لا يلتزم فيها رب العمل بتقديم الأدوات يلحظ أن التعاقد مع المقاول فيها موافق لعقد الاستصناع، ووجه الاتفاق بينهما:

١- أن الاستصناع عقد عند جمهور الحنفية، وعليه نصت مجلة الأحكام العدلية[2]، وهو بهذا يوافق عقد المقاولة[3].

٢- أن عقد المقاولة قد يتم فيه تحديد المدة، وكذلك عقد الاستصناع فيما يجري فيه التعامل بين الناس، وهو قول بعض الحنفية، منهم: محمد بن الحسن وأبو يوسف، فيما يجري فيه التعامل بين الناس[4].

٣- أن عقد المقاولة عقد لازم للمتعاقدين، وكذلك عقد الاستصناع[5].

---

(١) وهو: طلب العمل من الصانع في صنع شيء خاص بثمن محدد. تحفة الفقهاء٥/٢٢٣، وينظر: بدائع الصنائع٥/٣، المبسوط ١٢/١٣٩، تبيين الحقائق٤/١٢٤.

(٢) ينظر: مجلة الأحكام العدلية١/٩٩ المادة ٣٨٨-٣٩٢. ينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٦٠..

(٣) ينظر: بدائع الصنائع٥/٣، المبسوط ١٢/١٣٩، تبيين الحقائق٤/١٢٤.
ينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٥٣، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ص:٤٥٩.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع٥/٣، المبسوط ١٢/١٣٩، تبيين الحقائق٤/١٢٤. وهو ما أخذ به قرار مجمع الفقه الإسلامي ٢/٢٢٣، رقم: ٦٥، الدورة: ٧، عام ١٤١٢هـ، وينظر في المقاولة: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٥٣.

(٥) للزوم عقد الاستصناع مرحلتان:
المرحلة الأولى: مرحلة تقديم ما قبل تقديم المصنوع إلى المستصنع، وهو لازم عند جمهور الحنفية.
المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد تقديم المصنوع إلى المصنوع؛ وهو لازم وهو قول أبي يوسف.
ينظر: بدائع الصنائع٥/٣، المبسوط ١٢/١٣٩، تبيين الحقائق٤/١٢٤.

٤- يصح وجود الشرط الجزائي في عقد المقاولة، وكذلك في الاستصناع كما نص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي[١].

مما سبق يلحظ أن عقد المقاولة في أحد صورتيه هو الاستصناع على من يرى أنه عقد وملزم ويجوز فيه تحديد المدة.

وبناء على ما ذكر يكون تكييف عقد المقاولة في هذه الصورة عقد استصناع.

وعقد الاستصناع جائز عند جمهور الحنفية[٢].

**

(١) الشرط الجزائي: هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرِط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنَفِّذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخّر في تنفيذه.. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢/٩١، الدورة: ١٢، عام ١٤٢١هـ.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق٤/١٢٤، المبسوط١٢/١٣٩، فتح القدير٧/١١٦.

وهو كذلك عند أبي يوسف من الحنفية،و المالكية والشافعية والحنابلة لكنهم يعدونه سَلَمًا ويشترطون فيه الأجل.

المبحث الثالث

حكم عقد المقاولة، والأدلة عليه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم عقد المقاولة:

لما كان عقد المقاولة مكونا من صورتين يرجع تكييفهما الفقهي إلى عقدي الاستصناع والأجير المشترك تبين أن عقد المقاولة ليس أحد العقدين فحسب بل هو أعم منهما.

وبالتالي فإن الكلام هنا عن حكم عقد المقاولة الذي يضم الصورتين جميعاً والذي لا يمكن القول عنه أنه عقد استصناع فقط، أو عقد إجارة أجير مشترك، أو أنه مزيج من عدة عقود بل هو عقد مستقل لم يتناوله كلام الفقهاء في كتبهم مما يقتضي جدته.

وإذا كان عقد المقاولة عقد مستحدث، فهل يجوز إحداثه؟

١- اتفق الفقهاء -رحمهم الله- على تحريم استحداث عقود جديدة تتعارض مع نصوص الشرع وحكمه(١).

٢- اختلف الفقهاء -رحمهم الله- في استحداث عقود جديدة لا تتعارض مع نصوص الشارع وقواعده العامة على قولين:

القول الأول: يجوز استحداث عقود جديدة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمشهور عند المالكية، ومذهب الشافعية، والحنابلة، واختيار ابن تيمية، وابن القيم -رحمهما الله (٢).

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق٤/٨٧، رد المحتار٦/٢٢، حاشية الدسوقي٤/١٤٥، الموافقات ١/٤٤٠، الأم٣/٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية ٢٩/١٣٢.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق٤/٨٧، رد المحتار٦/٢٢، حاشية الدسوقي٤/١٤٥، الموافقات ١/٢٥٦، الأم٣/٢، المبدع٤/٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/١٣٢، إعلام الموقعين١/٣٤٥.

أدلتهم:

١- الآيات الدالة على الوفاء بالعقود والعهود، ومنها:

- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[١].

وجه الدلالة:

أمر الله ﷻ بالوفاء بالعقود وهذا عام يشمل كل ما عقده المرء على نفسه، ومنها عقد المقاولة؛ لأن الشخص يعقده من نفسه.[٢]

نوقش الاستدلال:

بأن هذه الآيات خاصة بالوفاء بالعقود التي وردت في الكتاب والسنة، وماعداها فإنه يحرم الوفاء به[٣].

أجيب:

بأن دعوى تخصيص دلالة الآيات على العقود التي وردت في الكتاب والسنة تخصيص من غير دليل فلا يصح[٤].

٢- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ...﴾[٥].

وجه الدلالة:

دلت الآية على أن الأصل في التجارة التراضي إن لم تتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر، وعلى هذا فكل عقد حصل فيه التراضي ولم يعارض الشرع فهو مباح[٦].

---

(١) سورة المائدة من الآية: ١.
(٢) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية١٣٨/٢٩.
(٣) ينظر: الإحكام١٧/٥، المحلى٤١٢/٨.
(٤) ينظر: إعلام الموقعين٣٤٥/١.
(٥) سورة النساء من الآية: ٢٩.
(٦) ينظر: إعلام الموقعين/٣٤٥.

٣- عن عبد اللَّهِ بن عَمْرٍو أَنَّ النبي ﷺ قال: « **أَرْبَعٌ من كُنَّ فيه كان مُنَافِقًا خَالِصًا، وَمَنْ كانت فيه خَصْلَةٌ مِنْهُنَّ كانت فيه خَصْلَةٌ من النِّفَاقِ حتى يَدَعَهَا: إذا أؤتمن خَانَ، وإذا حَدَّثَ كَذَبَ، وإذا عَاهَدَ غَدَرَ، وإذا خَاصَمَ فَجَرَ** »(١).

وجه الدلالة:

حذر النبي ﷺ من الغدر بالعهد، والعهد هو العقد، والوفاء به مقصوده، فدل ذلك على الأمر بالوفاء بالعقد، وهذا دليل على أن الأصل في العقود الإباحة(٢).

نوقش الاستدلال بالحديث:

بأن العهد المذكور في الحديث: هو ما أمر الله ﷻ الوفاء به كالديون الواجبة، والأمانات الواجب أداؤها، وما عدا ذلك لا يدخل في وجوب الوفاء(٣).

يجاب:

بعدم التسليم أن المراد بالعهد في الحديث هو ما أمر الله به؛ لأن ذلك تخصيص من غير دليل.

٤- الأصل في الأشياء العادية والأفعال الإباحة، والعقود من الإباحة فينسحب عليها الحكم بالإباحة حتى يقوم دليل على التحريم، بدليل قول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾(٤).

٥- الأصل في العقود التراضي بين المتعاقدين، وموجبها هو: ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، فإذا تراضيا بما أوجباه أبيحت التجارة؛ لأن الله لم يشترط في التجارة إلا التراضي بقوله ﷻ: ﴿تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾، فثبت أن كل

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ٢١/١، حديث رقم: ٣٤.

(٢) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية١٤٦/٢٩.

(٣) ينظر: الإحكام ٢١/٥، المحلى ٤١٢/٨.

(٤) سورة الأنعام من الآية: ١١٩. ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١٥٠/٢٩.

عقد تَرَاضَيَا عليه مباح إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسولهﷺ.[1]

القول الثاني: تحريم استحداث عقود جديدة؛ وهو قول عند المالكية والحنابلة[2]، ومذهب الظاهرية[3].

أدلتهم:

١- قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ﴾[4].

وجه الدلالة:

أن من اعتقد تحريم ما أحله الله بالعقد، أو تحليل ما حرمه به، مما لم يأت به الشرع فقد جاء القرآن بتكذيبه ونهيه[5].

يناقش:

بالتسليم بدلالة الآية على تحليل ما حرم الله وتحريم ما أحله، لكن ليس فيها دلالة على تحريم استحداث عقود جديدة مالم تخالف شرع الله.

٢- قول الله -تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[6].

وجه الدلالة:

أن القول بالتزام عقد جديد لم يرد به الشرع لا يخلو من عدة حالات:

أ- أن يلتزم بإحلال ما حرم الله.

ب- أن يلتزم بإسقاط ما أوجبه الله.

ج- أن يلتزم بإيجاب ما لم يوجبه الله.

---

(١) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية١٥٠/٢٩، إعلام الموقعين ٣٤٩/١.

(٢) نسبه إليهم شيخ الإسلام. ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية ١٣٢/٢٩.

(٣) ينظر: الإحكام٢١/٥، المحلى٤١٢/٨.

(٤) سورة النحل من الآية: ١١٦.

(٥) ينظر: الإحكام ١٧/٥.

(٦) سورة البقرة الآية:٢٢٩.

وكل هذه الوجوه محظور شرعي وتعد على حدود الله، وبناء على ذلك لا يجوز إحداث عقد جديد. (١)

نوقش:

أن إباحة ما سكت عنه الشارع من العقود ليس فيها تعد على حدود الله حتى يقال بأنها محظورة شرعا، فإن تعدي حدود الله هو: تحريم ما أحله وتحليل ما حرمه. (٢)

٣- عن عائشة -رضي الله عنها- أن رسول الله ﷺ قال: « **ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط** »(٣).

وجه الدلالة:

بين النبي ﷺ أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وعلى هذا فكل عقد أو شرط لم يأت في الكتاب والسنة فهو باطل، والباطل محرم(٤).

نوقش وجه الاستدلال:

المراد بقوله (كتاب الله) أي حكمه الذي جاء به القرآن، ودلت عليه السنة، ومما يؤيد ذلك قول النبي ﷺ: « **كتاب الله القصاص** »(٥)، وعلى ذلك فكل عقد مخالف لحكم الله ورسوله فهو محرم وباطل(٦).

الترجيح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول: ما يستحدثه الناس من العقود الأصل فيها الصحة ولا يبطل منها إلا ما دل الشرع على تحريمه؛ وذلك لما يأتي:

---

(١) ينظر: الإحكام٥/١٥.
(٢) ينظر: إعلام الموقعين١/٣٤٨.
(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله٢/٩٨١، حديث رقم: ٢٥٨٤.
(٤) ينظر: المحلى٨/٤١٤.
(٥) رواه البخاري في صحيحه، كتاب القصاص، باب الصلح في الدية٢/٩٦١، حديث رقم: ٢٥٥٦.
(٦) ينظر: إعلام الموقعين١/٣٤٨.

١- قوة أدلتهم.

٢- مناقشة أدلة القول الثاني بما يكفي لإضعافها.

٣- أن الأخذ بهذا القول يتمشى مع مقاصد الشريعة في بنائها الأحكام على مصالح العباد في المعاش والمعاد.

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف -والله أعلم- في هذه المسألة إلى الخلاف: هل الأصل في الأشياء الإباحة[١]؟

فمن قال: الأصل في الأشياء الإباحة: أجاز استحداث عقود جديدة لا تتعارض مع نصوص الشرع.

ومن قال: الأصل في الأشياء التحريم: منع استحداث عقود جديدة وإن كانت لا تتعارض مع نصوص الشرع.

ثمرة الخلاف:

الخلاف معنوي يترتب عليه ثمرة، منها:

أ- عقد المقاولة:

فعلى القول الأول: يجوز.

وعلى القول الثاني: لايجوز.

ب- عقد التوريد[٢].

فعلى القول الأول: يجوز.

---

(١) ينظر في تقرير هذه القاعدة: القواعد١/٥٩، التبصرة١/٥٣٥، المنثور١/١٧٦، البحر المحيط١/١٢٦، تيسير التحرير٢/١٧٢، شرح التلويح٢/٣٢، غمز عيون البصائر ١/٢٢٣.

(٢) هو: عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين بإحضار بضاعة من بلدها إلى بلد آخر يعينه العاقد الآخر مقابل ثمن معين. ينظر: الوجيز في النظام الفقه السعودي ص:٥٢.

وعلى القول الثاني: لا يجوز.

وبناء على القول بجواز إحداث عقود جديدة: **يتبين جواز عقد المقاولة،** وهو ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي(١)، وقال به بعض المعاصرين(٢).

المطلب الثاني: الأدلة على عقد المقاولة

يمكن تقسيم الأدلة على مشروعيته إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الأدلة السابقة الدالة على جواز استحداث عقود جديدة عملاً بقاعدة: (الأصل في الأشياء الإباحة)(٣).

القسم الثاني: الأدلة على مشروعية العقدين التي يرجع إليها التكييف الفقهي لعقد المقاولة وهما: الاستصناع، والأجير المشترك.

أولا: يدل على جواز عقد الاستصناع أدلة أبرزها:

١- عن سَهْلٍ ﷺ قال: بَعَثَ رسول اللَّهِ ﷺ إلى امْرَأَةٍ: « **مُرِي غُلَامَكِ النَّجَّارَ يَعْمَلْ لي أَعْوَادًا أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ** »(٤).

وجه الدلالة:

طلب النبي ﷺ من المرأة أن يصنع غلامها النجار له أعواداً يجلس عليها دليل على جواز الاستصناع.

٢- ما رواه نافع: "أن عبد الله حدثه: أن النبي ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر،

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي ٢٣١/١، رقم: ١٢٩، الدورة:١٤، عام: ١٤٢٣هـ.

(٢) منهم: وهبة الزحيلي. ينظر: بحث: عقد الصيانة ص: ١٢-٤٣ مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني،١٤٠٨هـ، و الشيخ عبدالرحمن العايد. ينظر: عقد المقاولة ص:١٥٠، والدكتور علي أبو البصل. ينظر: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي ص:٧٧.

(٣) ينظر في الأدلة ص: ٢٤-٢٦ من هذا البحث.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، باب الاستعانة بالصناع والنجار في أعواد المنبر والمسجد، ١٧٢/١، حديث رقم: ٤٣٧.

فحمد الله وأثنى عليه، فقال: « **إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه** »، فنبذه، فنبذ الناس"[١].

وجه الدلالة: طلب النبي ﷺ صناعة خاتم من ذهب، وهذا دليل صريح في إباحة الاستصناع[٢].

٣- ما رواه ابن عمر ﷺ: "أن رسول الله ﷺ قال: **(إن الله لا يجمع أمتي،** أو قال: **أمة محمد ﷺ على ضلالة)**"[٣].

وجه الدلالة: بين النبي ﷺ أن اجتماع الأمة على أمر حق، ومنه الإجماع العملي على إباحة الاستصناع[٤]؛ فقد كان الناس يتعاملون به من غير نكي.

٤- أن الناس قد استحسنوه وعملوا به، وما رآه المسلمون حسناً فهو حسن[٥].

٥- أن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج لصنع خف أو نعل على صفة مخصوصة وقدر مخصوص ونوع مخصوص، فمنع ذلك يوقع الناس في الحرج[٦].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه ٢٢٠٥/٥، حديث رقم:٥٥٣٨.

(٢) ينظر: عمدة القاري ٣٦/٢٢، فتح الباري ٣٢٦/١٠.

(٣) رواه الترمذي في سننه، كتاب الفتن عن رسول الله ﷺ، باب لزوم الجماعة ٣٦/٤، حديث رقم: ٢١٦٧، والحديث صحيح، ينظر: صحيح سنن الترمذي ١٦٧/٥.

(٤) نقل الإجماع الكاساني في بدائع الصنائع ٣/٥، وينظر: الفتاوى الهندية ٥١٧/٤، المحيط البرهاني ٢٩٧/٧.

(٥) ينظر: البحر الرائق ١٨٥/٦، المحيط البرهاني ٢٩٧/٧، بدائع الصنائع ٢/٥، ٣.
وأصل هذه العبارة أثر رواه أبو نعيم عن ابن مسعود ﷺ حيث قال: "ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن"، ينظر: حلية الأولياء ٣٧٥/١، أثر رقم: ٨٥، ولم أقف على مَن حكم عليه.
الاستحسان اصطلاحا:العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة. روضة الناظر ١٦٧/١.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع ٣/٥.

٦- أنه اجتمع فيه معنى عقدين مباحين، وهما؛ الإجارة والسلم، فالسلم عقد على مبيع في الذمة وكذلك الاستصناع، وأما الإجارة فإن الصانع يُستأجر لعمل معين، وكذلك في الإجارة على عمل(١).

ثانياً: الأدلة على جواز الأجير المشترك: هي أدلة جواز الإجارة، ويدخل الأجير المشترك فيها ضمنا، **ومن أبرز الأدلة:**

١- قول الله تعالى: **(قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين)**(٢).

وجه الدلالة:

أن نبي الله موسى عليه السلام عمل بمقابل أجر، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد شرعنا بخلافه(٣).

٢- عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ : « **أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه** »(٤).

وجه الدلالة:

الأمر بإعطاء الأجر للأجير دليل على صحة العقد معه، وهذا عام يشمل الأجير المشترك(٥).

٣- عنْ عَائِشَةَ -رضي اللَّهُ عنها- أنها قالت: (اسْتَأْجَرَ رسول اللَّهِ ﷺ وأبو بَكْرٍ رضي الله عنه رَجُلًا من بَنِي الديل هَادِيًا خِرِّيتًا وهو على دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ، فَدَفَعَا إلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثٍ فَأَتَاهُمَا براحلتيهما صبح ثلاث)(٦).

---

(١) ينظر: المرجع السابق.
(٢) سورة القصص آية: ٢٦.
(٣) ينظر: المبسوط١٥/٧٤.
(٤) رواه ابن ماجه -واللفظ له- في سننه، كتاب الإجارة، باب إجارة الأجير على طعام بطنه،٢/٨١٧، حديث رقم: ٢٤٤٣، والحديث حسن الإسناد. ينظر: مصباح الزجاجة ٣/٧٥.
(٥) ينظر: المبسوط١٥/٧٤.
(٦) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام أو بعد شهر أو بعد سنة جاز وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل٢/٧٩٠، حديث رقم: ٢١٤٥.

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ استأجر من يدله على الطريق، والدال على الطريق أجير مشترك، وهذا دليل على جواز إجارة الأجير المشترك.

القسم الثالث: الحاجة لهذا العقد.

يمكن أن يستدل:

الحاجة داعية إلى مثل هذا العقد، لاسيما مع التطور والرقي في البنيان، فيحتاج الشخص أو المسؤول عن الدولة لإنشاء وإقامة الجسور والمطارات والمنشآت، وصيانة المباني والعمائر ووسائل النقل، ولا يكون ذلك إلا بعقود مقاولات مع أهل الحرفة والمعرفة، ولو سد هذا الباب لضيق على الناس ووقعوا في الحرج الذي تمنعه الشريعة، بل إن ذلك يخالف ما جاءت به ودعت إليه من جلب المصالح وتحقيق نفع العباد.

**

الخاتمة

أحمد الله تبارك وتعالى على ما يسره من إتمام هذا البحث بتوفيقه وفضله.

وأخرج في هذا البحث بالنتائج التالية:

١- أن تعريف عقد المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر.

٢- أركان عقد المقاولة: الصيغة، وتحصل باللفظ، وبطريق المناقصة، والمسابقة، العاقدان: سواء كانا شخصية طبيعية أو شخصية اعتبارية، والمعقود عليه: وقد يقع على العين أو العمل، والأجرة.

٣- أن لعقد المقاولة خصائص تميزه عن غيره وهي:

أ- أنه في لابد هذا العقد من تحديد أجر بناء على التراضي بين المتعاقدين.

ب- أن هذا العقد من عقود المعاوضة، فالمقاول يقدم العمل على عوض.

ج- أن هذا العقد ملزم للطرفين، لا يصح لأحدهما فسخه من غير سبب؛ لأن كل واحد من المتعاقدين يلزم على إجبار الآخر بتنفيذ ما التزم به.

د- أن هذا العقد المقاولة يتعاقد فيه رب العمل على عمل المقاول.

٤- التكييف الفقهي لعقد المقاولة يختلف باختلاف صور المقاولة، فإن وقعت على العين عقد استصناع، وإن وقع العقد على العمل كان إجارة الأجير المشترك.

٥- عقد المقاولة مستحدث جائز دلت عليه أدلة كثيرة.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

فهرس المصادر والمراجع

١- الإجماع، تأليف: أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الإسكندرية، دار الدعوة، الطبعة الثالثة،١٤٠٢هـ.

٢- الإحكام، تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، القاهرة، دار الحديث، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.

٣- أصول القانون، تأليف: عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية، مصر.

٤- إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: أبي عبد الله شمس الدين محمد ابن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت،١٩٧٣م.

٥- الأم، تأليف: محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ.

٦- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف:علي بن سليمان المرداوي، تحقيق:محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٧- البحر الرائق، تأليف:زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.

٨- بدائع الصنائع، تأليف: علاء الدين الكاساني، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت،١٩٨٢م.

٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: أبي الوليد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، دار الفكر، بيروت.

١٠- التاج والإكليل، تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.

١١- تبيين الحقائق تأليف: فخر الدين عثمان علي الزيلعي الحنفي، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.
١٢- تحفة الفقهاء تأليف: علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
١٣- التلقين تأليف: عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى،١٢٤١٥هـ.
١٤- التنظيم القانوني لعقد المقاولة في القانون المدني الجزائري.
١٥- جامع الأمهات، تأليف: جمال الدين بن الحاجب المالكي، تحقيق: أبي عبدالرحمن الأخضر الخضري، دار اليمامة، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.
١٦- الجامع الصغير، تأليف: أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
١٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد عرفة الدسوقي، تحقيق:محمد عليش، دار الفكر، بيروت.
١٨- الذخيرة، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م.
١٩- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تأليف: ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ.
٢٠- روضة الطالبين، تأليف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٢١- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٠م.

٢٢- الشخصية الاعتبارية وأحكامها الفقهية في الدولة المعاصرة،تأليف: عبد الحميد محمود البعلي.

٢٣- شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، تأليف: الدكتور محمد لبيب شنب، دار المعارف.

٢٤- الشرح الكبير، تأليف: أبي البركات أحمد الدردير، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت.

٢٥- شرح منتهى الإرادات، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت.

٢٦- عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة، تأليف: أحمد ذياب شويدح، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية، عام ٢٠١٩م.

٢٧- عقد الصيانة، تأليف: وهبة الزحيلي، بحث في مجلة الشريعة والقانون، العدد(٢)، عام :١٤٠٨هـ.

٢٨- عقد المقاولة، تأليف: عبد الرحمن بن عايد العايد، مطابع جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، وأصله رسالة دكتوراه في قسم الفقه بكلية الشريعة.

٢٩- عقد المقاولة، تأليف: عزت عبد القادر، دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية.

٣٠- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، تأليف: زياد شقيق حسن قراوية، وهو رسالة مقدمة لإكمال متطلبات الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، إشراف الدكتور: حسن سعد عوض خضر.

٣١- عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي-دراسة فقهية مقارنة-تأليف: د. علي أبو البصل، دار القلم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.

٣٢- عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، تأليف: عاطف أبو هربيد، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية.

٣٣- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، تأليف: الصديق محمد الأمين الضرير، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية.

٣٤- الفروع. تأليف: محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: أبي الزهراء حزم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٣٥- الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، تأليف: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، دار الفكر، بيروت ١٤١٥هـ.

٣٦- القوانين الفقهية، تأليف: أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي.

٣٧- الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.

٣٨- كشاف القناع. تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

٣٩- كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تأليف: أبي الحسن المالكي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ.

٤٠- المبدع. تأليف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي،المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ.

٤١- المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

٤٢- مجلة الأحكام العدلية ، المادة :٣٨٨، ٣٩٢.

٤٣- مجلة الشريعة والقانون، العدد(٢)، عام : ١٤٠٨هـ.

٤٤- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السابعة، ١٤١٢هـ الدورة التاسعة، ١٤١٧هـ، و الدورة الثانية عشر،١٤٢١هـ، والدورة الرابعة عشر،١٤٢٣هـ، والدورة الحادية عشر،١٤١٩هـ.

٤٥- مجموع الفتاوى، تأليف: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، تحقيق:عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الثانية.

٤٦- المحلى، تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

٤٧- المدخل للعلوم القانونية، تأليف:عبد المنعم البدرواي، مطابع دار الكتاب.

٤٨- لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.

٤٩- المجموع شرح المهذب، تأليف: محي الدين النووي، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٧م.

٥٠- المحلى، تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي،، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

٥١- المدونة الكبرى، تأليف: مالك بن أنس، دار صادر، بيروت.

٥٢- مغني المحتاج تأليف: محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

٥٣- المغني تأليف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى، بيروت، دار الفكر،بيروت، ١٤٠٥هـ.

٥٤- المنثور في القواعد، تأليف: أبي عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.

٥٥- المهذب. تأليف: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت.

٥٦- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تأليف: أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.

٥٧- الوجيز في النظام التجاري السعودي، تأليف: د. سعيد يحيى، المكتب العربي الحديث.

المواقع الإلكترونية:

١- http://arabconstructionlaw.com/index.php?action=pages&

٢- http://www.dr-nashmi.com/index.jsp?inc=٣٢&conf=٩&mv=١

* * *