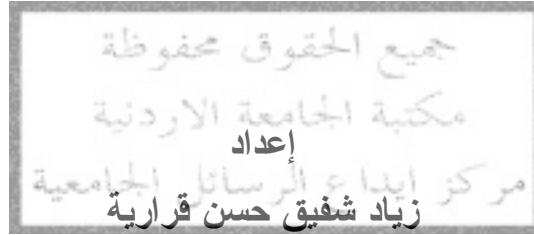


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة النجاح الوطنية  
كلية الدراسات العليا

## عقد المناقشة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني



إشراف

د. حسن سعد عوض خضر

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع  
بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

٢٠٠٤

# عقد المقابلة في الفقه الاسلامي

وما يقابله في القانون المدني



اعداد

زيد شفيق حسن قرارية  
جميع الحقوق محفوظة  
مكتبة الجامعة الاردنية  
مركز ايداع الرسائل الجامعية

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 8 / 6 / 2004م، واجيزت.

## أعضاء اللجنة

1. د. حسن سعد خضر ( مشرفاً ) رئيساً

2. د عبد المنعم ابو قاهوق ( عضواً ) ممتحناً داخلياً

3. د. شفيق عياش ( عضواً ) ممتحناً خارجياً

التوقيع  
محمد المسعود  
عبد المحسن  
عبد المحسن

## الإهداء

إلى روح والديّ اللذين فارقتني وأنا صغير ... رحمهما الله تعالى

إلى العلماء العاملين، والمجاهدين المرابطين...

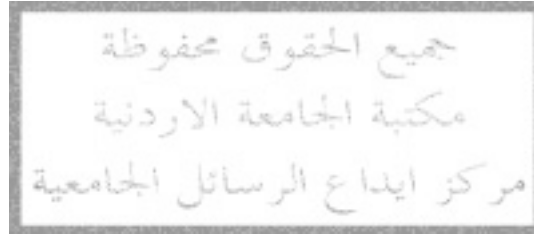
إلى زوجتي الوفية الصابرة التي أعانتني على سلوك طريق العلم والعلماء

إلى ولديّ الحبيبين عبادة وأحمد

إلى إخواني الأعزاء وأختي الغالية

إلى كل مسلم غيور على دينه، وكل أسير قابع خلف القضبان

إلى هؤلاء جميعاً أهدى هذا الجهد المتواضع



## شكر وتقدير

أتوجه بالشكر والتقدير لأستاذي الفاضل الدكتور حسن خضر، الذي تفضل بقبول الإشراف على رسالتي، وأفادني بتوجيهاته ونصحه وإرشاداته، فأسأل الله تعالى أن يثيبه ويتقبل منه، وأن يرفع درجته في الدنيا والآخرة.

كما أتوجه بالشكر والتقدير للأستاذين الفاضلين:

فضيلة الدكتور: عبد المنعم أبو قاهوق، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بجامعة النجاح الوطنية .

وفضيلة الدكتور: شفيق عياش، عميد كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة القدس.

الذين تفضلاً بقبول مناقشة الرسالة، نفع الله بهما، وأمدّ في عمريهما.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى فضيلة الدكتور عكرمة سعيد صبري، المفتي العام للقدس و الديار الفلسطينية، حيث زودني بمراجع هامة أفادتني في دراستي هذه.

ولا أنسى أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى فضيلة الشيخ جميل حمّامي، أمين سر جمعية لجنة العلوم والثقافة الإسلامية- القدس-، ومدير مدرسة الإيمان الثانوية للبنين، الأستاذ كامل خضر على ما بذلاه من تعاون وتسهيل لمتابعة دراستي والتفرغ للبحث والمطالعة.

كما أتوجه ببالغ شكري وامتناني لزوجتي العزيزة، التي وقفت إلى جانبي وشاركتني التدقيق والمراجعة لفصول الرسالة.

وأخيراً أشكر أخي الفاضل، الأستاذ مراد عبد الله، على جهده الدؤوب في طباعة هذه

الرسالة وحسن ترتيبها وتنظيمها، وكل من ساهم في إخراج هذه الرسالة .

## الفهرس

الصفحة

أ

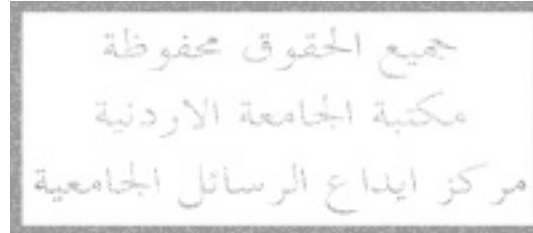
الموضوع

الإهداء

ب	شكر وتقدير
ج	فهرس الموضوعات
ز	الملخص باللغة العربية
١	<b>الفصل الأول: حقيقة عقد المقاولة وخصائصه وتكييفه في الفقه الاسلامي</b>
٢	<b>المبحث الأول: تعريف العقد في اللغة والفقه والقانون</b>
٣	المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة
٤	المطلب الثاني: تعريف العقد في الفقه الإسلامي
٩	المطلب الثالث: تعريف العقد في القانون
١٠	<b>المبحث الثاني: حقيقة عقد المقاولة</b>
١٠	المطلب الأول: حقيقة المقاولة في اللغة والاصطلاح الشرعي
١٢	المطلب الثاني: تعريف المقاولة في القانون المدني
١٥	المطلب الثالث: خصائص عقد المقاولة في الفقه والقانون
١٨	<b>المبحث الثالث: عقد المقاولة بين الاستقلال والإتباع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي</b>
٢٢	المطلب الأول: المقاولة والبيع
٢٩	المطلب الثاني: المقاولة والسلم
٣٥	المطلب الثالث: علاقة عقد المقاولة بعقدي الإيجار والعمل
٤٣	المطلب الرابع: المقاولة والوكالة وأصحاب المهن الحرة
٤٨	المطلب الخامس: المقاولة والوديعة
٥٢	المطلب السادس: المقاولة والاستصناع
٥٨	المطلب السابع: تمييز المقاولة عن عقد الجعالة
٦٦	<b>الفصل الثاني: أهمية عقد المقاولة وصوره وأدلته ومشروعيته</b>
٦٧	<b>المبحث الأول: أهمية عقد المقاولة وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية</b>
٧٣	<b>المبحث الثاني: صور إبرام عقد المقاولة</b>
٧٤	المطلب الأول: المقاولة الأصلية
٧٥	المطلب الثاني: المقاولة من الباطن
٧٨	المطلب الثالث: عقد المقاولة الموازي
٧٩	<b>المبحث الثالث: أدلة مشروعية عقد المقاولة</b>
٨٠	المطلب الأول: من القرآن الكريم

٨١	المطلب الثاني: من السنة النبوية
٨٦	المطلب الثالث: من المعقول
٨٨	<b>الفصل الثالث: مقومات عقد المقاولة</b>
٩١	<b>المبحث الأول: صيغة العقد وشروطها</b>
١٠١	<b>المبحث الثاني: العاقدان " طرفا العقد "</b>
١٠٢	<b>المبحث الثالث: المحل وفيه أربعة مطالب لبيان شروطه</b>
١٠٧	المطلب الأول: أن يكون العمل ممكناً
١١١	المطلب الثاني: أن يكون العمل مشروعاً
١١٢	المطلب الثالث: أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعين
١١٥	المطلب الرابع: أن يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد
١١٧	<b>المبحث الرابع: البديل وفيه ثلاثة مطالب لبيان شروطه</b>
١١٧	المطلب الأول: أن يكون البديل موجوداً في عقد المقاولة
١٢٠	المطلب الثاني: أن يكون البديل مشروعاً
١٢١	المطلب الثالث: أن يكون البديل معيناً - معلوماً
١٢٦	<b>المبحث الخامس: الباعث " السبب "</b>
١٢٦	المطلب الأول: السبب في القانون الوضعي " الباعث "
١٢٩	المطلب الثاني: الباعث " القصد " في الفقه الإسلامي
١٣٥	<b>الفصل الرابع: آثار عقد المقاولة</b>
	<b>المبحث الأول: التزامات المقاول</b>
١٣٧	المطلب الأول: إنجاز العمل
١٤٢	المطلب الثاني: تسليم العمل بعد إنجازه
١٤٦	المطلب الثالث: التزام المقاول بالضمان
١٥٢	حكم الشرط الجزائي الوارد في عقد المقاولة
١٥٥	<b>المبحث الثاني: التزامات صاحب العمل</b>
١٥٦	المطلب الأول: تسليم ما تم من عمل بعد إنجازه
١٥٧	المطلب الثاني: دفع البديل
١٥٨	المطلب الثالث: حكم الإضافات والتعديلات
١٦١	<b>الفصل الخامس: انتهاء عقد المقاولة</b>
١٦٢	أولاً: الانتهاء المألوف بتنفيذ المقاولة

١٦٣	ثانياً: فسخ العقد بالتراضي " الإقالة "
١٦٤	ثالثاً: الفسخ القضائي
١٦٦	رابعاً: الفسخ لأعذار الطارئة
١٦٨	خامساً : استحالة تنفيذ التزامات العقد
١٦٩	سادساً: موت المفاوض
١٧٢	الخاتمة
١٧٥	مسرد الآيات القرآنية
١٧٦	مسرد الأحاديث النبوية
١٧٧	مسرد الأعلام
١٧٨	مسرد المصادر والمراجع
١٨٧	ملخص للبحث باللغة الإنجليزية



عقد المقابلة في الفقه الإسلامي  
وما يقابله في القانون المدني  
إعداد  
زياد شفيق حسن قرارية  
إشراف  
د. حسن سعد عوض خضر

## المخلص

تناولت الرسالة موضوع " عقد المقاولة في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة أوضحت في مقدمتها - التي تحتوي خمسة فصول وملاحقها - مدى قدرة الفقه الإسلامي على استيعاب المستجدات، ومنها عقد المقاولة وغيره من العقود، بغرض رفع الحرج عن الناس وتيسير أمور حياتهم.

ومهدت للدراسة بتعريف العقد لغةً وفقهاً وقانوناً ، ثم انتقلت للحديث عن حقيقة عقد المقاولة، وأهم خصائصه التي يمتاز بها عن غيره، والتي اعتمدت عليها لتمييزه عن سائر العقود، وانتهى البحث إلى أن عقد المقاولة عقد مستقل عن غيره، وإن شاركه في بعض صفاته.

وعالجت الدراسة في فصلها الثاني ما لعقد المقاولة من أثر في تنشيط الحركة الاقتصادية، بجميع صورته، سواء قدم المقاول العمل والمادة الخام من عنده، وهذه صورة عقد الاستصناع، أو قدم العمل وحده، والتي تعد من قبيل الأجير المشترك، ومن خلال ذلك توصلت إلى أدلة مشروعية عقد المقاولة من القرآن و من السنة والمعقول.

وعالجت الدراسة في الفصل الثالث مقومات عقد المقاولة، وما ينبغي أن يتوافر في كل ركن من شروطه، كما هو الحال في عقد البيع والإجارة وسائر العقود.

وتناول الفصل الرابع الآثار التي يخلفها عقد المقاولة من التزامات في حق كل من المقاول وصاحب العمل، وما يتبعها من مسائل كالشروط الجزائي، وحكم التعديلات والإضافات.

وأما الفصل الخامس فقد عالجت الدراسة فيه أسباب انقضاء عقد المقاولة في كل من الشريعة والقانون، على غرار ما تنتهي به الإجارة في الفقه الحنفي.

وتضمنت الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة، وإلحاق الفهارس بها، وهي فهارس الآيات القرآنية الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، والأعلام، والمصادر والمراجع.



جميع الحقوق محفوظة  
مكتبة الجامعة الاردنية  
مركز ايداع الرسائل الجامعية

## الفصل الأول

مفهوم عقد المقاولة، وخصائصه، وتكييفه

# في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العقد في اللغة والفقه والقانون

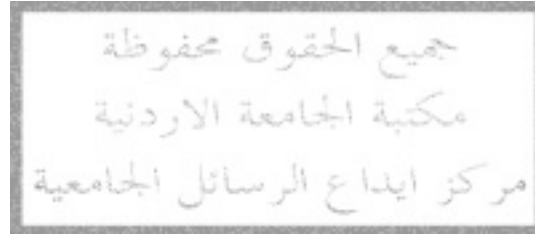
المبحث الثاني: مفهوم عقد المقاولة، وخصائصه

المبحث الثالث: عقد المقاولة بين الاستقلال و الإلتباع

في الفقه الإسلامي والقانون المدني الوضعي

## المبحث الأول

تعريف العقد في اللغة والإصطلاح والقانون



## المبحث الأول: تعريف العقد في اللغة والإصطلاح والقانون:

### المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة: (١)

---

(١) الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب : القاموس المحيط ضبط وتوثيق يوسف البقاعي ، بيروت . دار الفكر سنة ١٩٩٥ م، (ص٢٧٢) وابن فارس، أحمد بن فارس : معجم مقاييس اللغة . تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون . ط ٢ ، بيروت : دار الجيل ١٩٦٨م، ( ٤ / ٢٨٦-٢٨٧ ) ، والزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني : تاج العروس من جواهر القاموس . ط ٣ . دراسة وتحقيق علي شيرى . بيروت : دار الفكر ١٩٩٤م ، ( ١١٥/٥ ) ، وابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان

**للعقد معانٍ كثيرة منها:** الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة، و أصل العقد نقيض الحل، يقال: عقدت الحبل عقداً، أي شدته وقويته أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما وأحكمته بالعقد عليهما، وقد جعلت دلالة هذه المادة على الربط الحسي أساساً لاستعمالها، واستعملت أيضاً في الربط المعنوي بين كلامين أو متعاهدين، كقولهم: عقدت البيع، وعقدت العهد، واستعملت في كل ما يعقده العاقد ويلزم نفسه ويربطها، ولذلك سمي اليمين عقداً، ومنه قوله تعالى: " وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمْ الْإِيمَانَ " (٢)

**والعقد:** الضمان والعهد، جمعه العقود، وهو أوكد العهود، عاقده أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته وذلك باستيثاق، وتعاقد القوم، تعاهدوا وقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** " (٣) ، قيل هي العهود، قال الزجاج (٤): أوفوا بالعقود، خاطب الله المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين (٥).  
جميع الحقوق محفوظة  
مكتبة الجامعة الأردنية  
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

## المطلب الثاني: تعريف العقد في الإصطلاح

يطلق الفقهاء كلمة العقد في اصطلاحهم على معنيين:

العرب . بيروت . دار صادر ، ١٩٩٧ م ، ( ٣ / ٢٩٦-٢٩٨ ) ، و مجمع اللغة العربية : والمعجم الوسيط . ط ٢ . القاهرة ١٩٧٢ م ، ص ٦٤٤

(٢) سورة المائدة : الآية : ( ٨٩ ) .

(٣) سورة المائدة : الآية ( ١ ) .

(٤) إبراهيم بن السري ، أبو إسحاق ، ولد في بغداد ( ٢٤١ هـ ) ، عالم في النحو واللغة ، كان في شبابه يحترف خراطة الزجاج ، ثم مال إلى النحو ، أخذ العلم عن أستاذه المبرد ، من كتبه " معاني القرآن " و " الاشتقاق " والقوافي والعروض ، توفي سنة ٣٢١ هـ ، انظر : البغدادي : تاريخ بغداد . بيروت : دار الكتب العلمية ( ٦ / ٨٩ - ٩٣ ) . ، وابن تغري بردي : النجوم الزاهرة . القاهرة : المؤسسة المصرية للتأليف . ١٩٦٣ م ( ٣ / ٢٨٠ ) .

(٥) ابن منظور : لسان العرب . ( ٣ / ٢٩٧ )

أحدهما بالمعنى العام: وهو كل ما ينتج التزاماً شرعياً، فهو يشمل الارتباط الحاصل بين جانبيين، كالبيع والإجارة، كما يشمل التصرفات التي تتم من طرف واحد، كالوقف والطلاق، لما فيها من العزم والإرادة على تنفيذه، وهذا المعنى هو الشائع عند فقهاء المالكية<sup>(١)</sup> والشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup> وأقل منه في كتب الحنفية، ويقول ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى<sup>(٤)</sup> قال تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " (٥) والعقود هي العهود وقال تعالى: " وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا " (٦) فقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود، وهذا عام، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله، وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، والآخر بالمعنى الخاص: تكاد تكون عبارات الفقهاء متقاربة عند تعريفهم العقد بمعناه الخاص، والعقد على هذا الإطلاق يستوجب وجود طرفين له، ويرتبط قول كل منهما مع الآخر لإحداث التزام متبادل بينهما، كالاستصناع والشركة، وقد عرفه العلامة محمد بن محمود البابر<sup>(٧)</sup> " الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل " (٨)

وجاء في البحر الرائق " العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً " (١)

- (١) ابن جزى، محمد بن أحمد: القوانين الفقهية. ط١. بيروت: دار القلم. ١٩٧٧ م (ص ١٨١).
- (٢) والرملى، محمد بن أبي العباس: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٩٣ م. (٣/ ٣٧٢) والسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٣. (ص ٢٧٥).
- (٣) اليهودي، منصور بن يونس: كشف القناع عن متن الإقناع. بيروت: دار الفكر. ١٩٨٢ م (٣/ ١٣٦).
- (٤) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم: الفتاوى الكبرى. ط١. بيروت: دار المعرفة. ١٩٨٨. (٣/ ٤٠٦-٤٠٧).
- (٥) سورة المائدة، الآية (١). ٩٨.
- (٦) سورة الأنعام: الآية (١٥٢).
- (٧) أكمل الدين محمد بن محمد البابر الحنفي، ولد سنة بضع عشرة وسبعمئة هجرية، رحل إلى حلب والقاهرة وأخذ عن شيوخها أمثال شمس الدين الأصفهاني وأبي حيان، كان حسن المعرفة بالفقه والعربية والأصول، وصنف " شرح البزدوي " و " الهداية " وشرح مختصر ابن الحاجب" توفي بمصر سنة ٧٨٦ هـ، انظر ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب. بيروت: دار الفكر.
- ١٩٨٨ م. (٣/ ٢٩٣). و ابن أبي الوفاء، عبد القادر: الجواهر المضبية في طبقات الحنفية. ط٢. الرياض دار إحياء الكتب العربية. ١٩٩٣ م. (٣/ ٣٦٠).
- (٨) البابر، محمد: شرح العناية بهامش شرح فتح القدير على الهداية للسيواسي. بيروت: دار الفكر. (٦/ ٢٤٨).
- (١) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٧ م. (٥/ ٤٣٩).

وجاء في المادة ( ١٠٣ ) من مجلة الأحكام العدلية ما نصّه " العقد التزام المتعاقدين امرأً وتعهدهما به هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول ".

وفي المادة ( ١٠٤ ) جاء فيها " الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في محله " (٢)

وجمع مصطفى الزرقاء بين المادتين عندما عرفّ العقد بقوله: " هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله " (٣)

وقد عرف القانون المدني الأردني العقد في المادة ( ٨٧ ) بقوله " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما يجب عليه للآخر " (٤)

وهذا التعريف مستمد من المادة ( ٢٦٢ ) من كتاب ( مرشد الحيران ) والتي تنص على أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وعلى وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما يجب للآخر " (٥)

وكلا التعريفين في أصلهما اعتمد على ما جاء في الفقه الإسلامي من تعريف للعقد، وبالأخص المذهب الحنفي، غير أن القانون الأردني في مادته أضاف كلمة (وتوافقهما)، وهذا تكرار لا داعي له، لأن كلمة ارتباط تعني عنها، فلا يكون الارتباط إلا بتوافق الإيجاب والقبول، وهو يتفق مع المعنى اللغوي للعقد، وإضافة قيد ( ويترتب عليه التزام

(٢) حيدر، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام . تعريب فهمي الحسيني، بيروت : دار الكتب العلمية . (٩٢/١-٩٣) .

(٣) الزرقاء، مصطفى: المدخل الفقهي العام . ط ٩ ، دمشق : دار الفكر . ١٩٦٧ م . ( ١ / ٢٩١ )

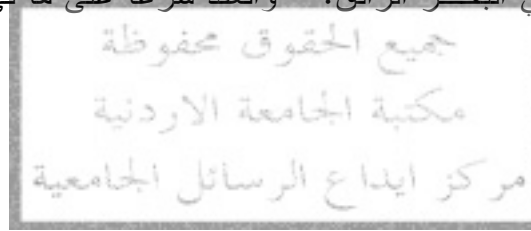
(٤) نقابة المحامين : المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . ط ٢ . عمان : مطبعة التوفيق ، ١٩٨٥ م . (ص٩٣) .

(٥) قدري باشا ، محمد: مرشد الحيران . عمان : الدار العربية (ص٧٢) ، وهو كتاب في أحكام المعاملات ، اقتصر مؤلفه على المذهب الحنفي ، وعرضه على شكل مواد وبترتيب حسن .

كل منهما بما وجب عليه للآخر ) أيضاً زيادة على التعريف ويغني عنها بثبوت الأثر وترتيبه، فمن آثار العقد التزام كل متعاقد بما يجب عليه، كما أن هذا العقد يجعل العقود كلها ملزمة للجانبين، مع أن هناك عقوداً مسماة ملزمة لجانب واحد، كالوكالة والوديعة إذا كانتا بدون أجر. (١)

والذي أستحسنه بعد هذا العرض، ما ذهب إليه د. عبد الناصر أبو البصل، إذ قال في تعريفه للعقد " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع " (٢).

أما قولهم " يظهر أثره في محله " فهو بيان للانعقاد وليس للعقد (٣) وأصله ما نصّ عليه ابن نجيم (٤) في البحر الرائق: " والعقد شرعاً على ما في التوضيح ربط القبول بالإيجاب". (٥)



### تحليل التعريف الفقهي للعقد:

- (١) د. أبو البصل، عبد الناصر موسى: دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد. ط ١. عمان: دار النفائس. ١٩٩٩ م. (ص ٣٨ - ٤٠)
- (٢) المرجع السابق. (ص ٤٠).
- (٣) د. البيوطي، محمد توفيق رمضان: البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها، (رسالة دكتوراه منشورة) ط ١، دمشق: دار الفكر. ١٩٩٨ م. (ص ٢١)
- (٤) زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي، ولد بالقاهرة سنة (٩٢٦ هـ) وكان فقيهاً أصولياً، ومن شيوخه شرف الدين البلقيني، وأبو الفيض السلمي، وانتفع به خلق كثير منهم أخوه عمر صاحب النهر ومحمد الغزي صاحب المنح. وله " الأشباه النظائر " و " البحر الرائق " و " مختصر التحرير " و " شرح المنار "، توفي سنة (٩٧٠ هـ). انظر: حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون. بيروت: دار الفكر. ١٩٨٢ م. (١ / ٩٨) و ابن عماد الحنبلي: شذرات الذهب (٤ / ٣٥٨).
- (٥) ابن نجيم: البحر الرائق (٥ / ٤٤٠).

ارتباط الإيجاب بالقبول: المقصود الارتباط الاعتباري بين شخصين، ويخرج به التصرف القولي الناجم عن إرادة منفردة، الذي ينشئ التزاماً على صاحبه وحده، إذ ليس في ذلك ارتباط بين طرفين كالوقف على جهة البر والنذر والطلاق.<sup>(١)</sup>

وأصل هذا الارتباط الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول، والإيجاب لغة هو الإثبات، وهو مطابق للمعنى الفقهي، لأن الموجب يثبت على نفسه مضمون قوله، ويلتزم به إذا انضم قبول الآخر إلى إيجابه وكان موافقاً له.

والقبول لغة بمعنى التصديق والموافقة بمضمون الإيجاب السابق بجميع عناصره، وبه يتم العقد، ومجموع الإيجاب والقبول يسمى صيغة العقد.<sup>(٢)</sup>

على وجه مشروع: أي لا يعتبر الارتباط قائماً إلا إذا توافرت فيه الضوابط الشرعية، فهناك قيود على الإيجاب والقبول، كالتطابق المطلق بينهما، وأن يكون كل منهما جازماً، واتصالهما في مجلس العقد، وسأتناول تفصيل ذلك عند الحديث عن شروط الصيغة في أركان عقد المعاولة بإذن الله.

وأضاف الفقهاء قيوداً أخرى لتحقيق الارتباط شرعاً، منها:

أولاً: أن يكون العقد مستوفياً مقوماته، وشروط انعقاده، وشروط صحته.

ثانياً: أن يكون سببه مشروعاً، بمعنى أن الباعث على التعاقد يجب أن يكون مشروعاً أيضاً، حتى لا يتخذ العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع، ويهدم مقاصد التشريع.<sup>(١)</sup>

(١) د. الدريني، فتحي: النظريات الفقهية. ط ٣، دمشق: منشورات جامعة دمشق ١٩٩٢ م. و د. البوطي، محمد توفيق: البيوع الشائعة (ص ٢٠).

(٢) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. تحقيق الشيخ أحمد غزو. ط ١. بيروت: دار الكتب العلمية ٢٠٠٠ م. (٢٧٧/٤)، وابن نجيم: البحر الرائق (٥/٤٤٠)، وابن عابدين، محمد أمين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار. دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض. ط ١. بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٩٤. (١٧/٧).



يظهر أثره في محله: المراد بالأثر حكم العقد الأصلي أو غايته النوعية وبقية الآثار الأخرى.

والمحل هو المعقود عليه، كالمبيع في البيع، والعين المرهونة في الرهن، فهو يختلف باختلاف طبيعة العقد، فالارتباط المعتبر شرعاً يؤثر في المعقود عليه، وينقله من حال إلى حال آخر جديد، فعقد البيع ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وهكذا.

أما إذا لم يفد العقد شيئاً ولم يؤثر على المعقود عليه، أي لم ينقله إلى حال جديد فالعقد لا ينعقد، كأن يتعاقد زوج مع زوجته على أن ترعى أولاده منها وتقوم بتربيتهم لقاء أجر معين، فالعقد لم يفد شيئاً جديداً، فهو مقرر بمقتضى عقد الزواج من قبل.

ولا ينعقد العقد أيضاً إذا كان مفيداً فائدة غير مشروعة، بأن كان محل العقد غير مشروع، كمن يتعاقد مع شخص على سرقة مال، أو على بيع خمر.<sup>(٢)</sup>

### المطلب الثالث: تعريف العقد في القانون

(١) ابن نجيم: البحر الرائق ( ٤٣٢ / ٥ ) ، وابن عابدين: حاشية رد المحتار ( ١٢ / ٧ ) ، والميداني ، الشيخ عبد الغني الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب ، حققه محمود أمين النواوي ، بيروت : دار الكتاب العربي . ( ٤ / ٢ ) ، ود . الدريني،فتحي:النظريات الفقهية(ص ٢٥٤ - ٢٥٦ ) ، ود . البوطي، محمد توفيق : البيوع الشائعة ( ص ٢١ ) .  
(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق ( ٣٣٧ / ٥ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ١٣ / ٧ ) .

عرّف رجال القانون العقد بأنه " توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه " (١)

إن مجرد الاتفاق بين إرادتين غير كافٍ لإنشاء عقد، وإن كانت الإرادة الباطنة هي الركن الحقيقي في العقد وأساسه، غير أنها أمر نفسي خفي ذاتي، تكون مقدمة للارتباط ولا تحققه، ولا بد من الإفصاح عنها حتى يعلم بها الطرف الآخر، وهذه النزعة الذاتية الغالبة في القوانين العربية والأجنبية عدل عنها الفقه الإسلامي، والقوانين التي استمدت منه أحكامها كالقانون المدني الأردني، واعتمدت على الإرادة الظاهرة، لتعذر ظهور الإرادة الباطنة، فألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها، وهو الإيجاب والقبول، وقد رجح أكثر الشراح والفقهاء المعاصرين الإرادة الظاهرة على الباطنة، والنزعة الموضوعية في العقد على الذاتية، لما لها من نتائج في استقرار التعامل. (٢)

وعندما عرّفت القوانين العربية والأجنبية العقد بأنه " توافق إرادتين " أدخلت ضمنه العقد الباطل ؛ لأنها لم تقيده بوجه مشروع، وقد يحصل اتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعاً لانعقاده، وأدخلت أيضاً الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد، وهذا عيب في التعريف ؛ لأنه غير مانع. (٢)

والتعريف الفقهي أدق تصوراً وأحكم منطقاً كما يقول الزرقاء (٣)

## المبحث الثاني: مفهوم عقد المقاولة

(١) السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . ط ٣ . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية ، ١٩٩٨ م . ( ١٥٠ / ١ ) ، ود . الشرقاوي ، جميل : النظرية العامة للالتزام . دار النهضة العربية ١٩٩٥ م . ( ص ٥٢ ) .

(٢) د . أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني . ( ص ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٦ ) ، والبوطي ، محمد توفيق : البيوع الشائعة ( ص ٢١ ، ٢٢ ) ، والزرقاء ، مصطفى : المدخل الفقهي العام . ( ١٩٤ / ١ ) ، ود . الدريني : النظريات الفقهية ( ص ٢٦١ - ٢٦٢ ) .

(٣) الزرقاء : المدخل الفقهي العام ( ١ / ٢٩٥ ) .

## المطلب الأول: مفهوم المقابلة في اللغة والاصطلاح الشرعي

يراد بالمقابلة في اللغة: المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقابلة إذا فاضه وجادله، وتناولوا في الأمر: تفاوضوا، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر، قاوله مقابلة على: تعهد منه للقيام به، والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء بيت، أو إصلاح طريق، و المقابلة: اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة. (١)

### المقابلة في الاصطلاح الشرعي:

لا يجد الباحث في المدونات الفقهية تعريفاً شرعياً مباشراً لهذا المصطلح؛ لأنه من المصطلحات المستحدثة، ولكن هذا العقد عرف معنى وعملاً، من خلال تطابق صورته مع بعض العقود المشروعة في الفقه الإسلامي كالإجارة والاستصناع. (٢)

وقد ورد ذكر عقد المقابلة بإجمال دون تفصيل عند المتأخرين من الفقهاء والمعاصرين منهم، ليؤكدوا أن الفقه الإسلامي يستوعب كل ما هو جديد في المعاملات المالية، ما دام ضمن الضوابط والقواعد العامة التي أرساها، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٤) بأن الاستصناع "عقد مقابلة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع" (٣).

(١) الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس. (٦٤١/٥)، وابن منظور: لسان العرب، (٣٤٥/٥)

مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط (ص ٧٦٧)

(٢) عنبر، محمد عبد الرحيم: عقد المقابلة والتوكيلات التجارية. ط٢. القاهرة ١٩٨٧ م. (ص٨)، و.د. رسلان

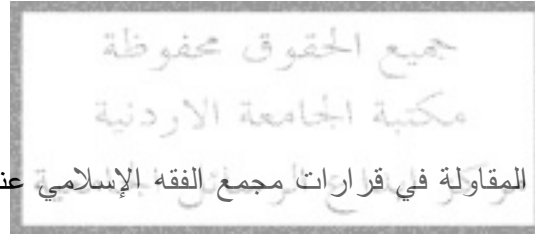
نبيلة: عقد المقابلة. كلية الحقوق، جامعة طنطا (ص١٤). و.د. الفضلي، جعفر: الوجيز في العقود المدنية - البيع -

الإيجار - المقابلة. ط٢. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٧ م. (ص٣٦٦).

(٣) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٩٩/١).

وجاء بيان لبعض أحكام عقد المقاولة في كتاب (مرشد الحيران)، دون ذكر تعريف له عند تنظيمه لأحكام الأجير المشترك، ومن ذلك ما ورد في المادة ( ٦٠٢ ) والتي تنص على أنه " يجوز استئجار الصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته كل يوم بدون مقدار العمل، أو مع تعيين أجره كل ذراع أو متر يعمله، أو بالمقاولة على العمل كله، مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً " (١)

وذكر الدكتور الصديق محمد أمين تكييفاً لعقد المقاولة، وقرر أن المقاول إذا تعهد بصنع شيء وكانت المادة من صاحب العمل، فيعد العقد حينئذٍ من قبيل الإجارة، وإذا تعهد بتقديم العمل والمادة معاً فالعقد من قبيل الاستصناع (٢).



وورد تعريف لعقد المقاولة في قرارات مجمع الفقه الإسلامي عند بحثه لعقد المقاولة في دورته الرابعة عشرة، ونص على أن عقد المقاولة " عقدٌ يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر " (٣) وبنفس المعنى عرفه الدكتور رفيق المصري، حيث قال: " وعقد المقاولة اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً، بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر " (٤).

(١) قدرى باشا، محمد: مرشد الحيران (ص ١١٦)

(٢) الضريب، الصديق محمد الأمين: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي. ط٢. بيروت: دار الجيل. ١٩٩٠ (ص ٤٥٩).

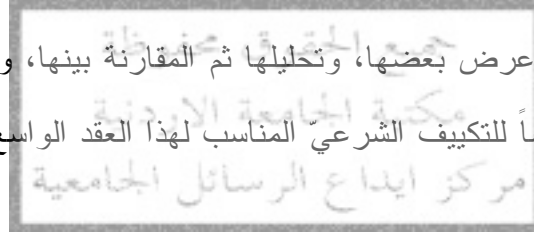
(٣) عقد المقاولة والتعمير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الدورة الرابعة عشرة. بقرار رقم ١٢٩ (٣/١٤)

(٤) المصري، رفيق يونس: الجامع في أصول الربا. ط٢. دمشق: دار القلم. ٢٠٠١. (ص ٣٨٠).

## المطلب الثاني: تعريف المقابلة في القانون المدني

يعد عقد المقابلة في القوانين المدنية المعاصرة من العقود المسماة، أي وضعت له اسماً خاصاً وتكفلت ببيان القواعد المنظمة له، سواء في التشريع المدني أو القوانين الأخرى، لتمييزه عن غيره من العقود، وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصرة تعريفات متعددة لعقد المقابلة.

ومن المناسب عرض بعضها، وتحليلها ثم المقارنة بينها، وصولاً إلى تعريف أراه جديراً بأن يكون أساساً للتكييف الشرعي المناسب لهذا العقد الواسع الانتشار والتطبيق في هذا العصر.



وقد عرفته المادة ( ٦٤٦ ) من القانون المدني المصري بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " (١) وتطابقها المادة ( ٦١٢ ) من القانون المدني السوري (٢) والمادة ( ٨٦٤ ) من القانون المدني العراقي (٣) والمادة ( ٦٤٥ ) من القانون المدني الليبي (٤).

وعرفته المادة ( ٧٨٠ ) من القانون المدني الأردني بأنه " المقابلة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر " (٥)

(١) د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. (٥ / ٧) .

(٢) أستاذنا د. الزحيلي، محمد: العقود المسماة: البيع - المقايضة والإيجار، ط٤، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٤، ص ٦٥ .

(٣) د. الفضلي، جعفر: الوجيز في العقود المدنية - البيع - الإيجار - المقابلة. ( ص ٣٦٨ ) .

(٤) عنبر، محمد عبد الرحيم، الوجيز في عقد المقابلة والتوكيلات التجارية ( ص ٧ ) .

(٥) نقابة المحامين، عمان، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ( ٥٨٢ / ٢ ) .

وعرض مشروع القانون المدني الفلسطيني تعريف عقد المقاولة في المادة ( ٧٩٠ ) بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر" (٦)

وقضت المادة ( ٦٦١ ) من التقنين المدني الكويتي بأن: " المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً أو نائباً عنه " (١)  
وعرفه الدكتور محمد لبيب بقوله: " المقاولة عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته " (٢)

ويلاحظ بالمجمل أن التعريفات السابقة لا تبرز الخاصية الأساسية لعقد المقاولة، وهي أن يقوم المقاول بالعمل الذي تعهد به باستقلال تام عن صاحب العمل ، وتحت إشراف المقاول وإدارته وحده مركز ايداع الرسائل الجامعية  
وكان تعريف القانون المدني الكويتي، وتعريف د. محمد لبيب شنب ومن وافقهم أدق وأحكم عندما أبرزوا هذه الخاصية الأساسية لعقد المقاولة (٣).

والقوانين التي استعملت كلمة " بدل " كالقانون المدني الأردني، ومشروع القانون المدني الفلسطيني، والقانون الكويتي الذي استعمل كلمة عوض، كانت أدق ممن استعمل كلمة أجر، وذلك لسببين: (٤)

(٦) وزارة العدل ، ديوان الفتوى والتشريع ، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين . مشروع القانون المدني ( ص ١٢٣ ) .

(١) د. الشهاوى ، قدرى عبد الفتاح : عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن ، القاهرة : منشأة المعارف حذى وشركاه . ط ٢ . ( ص ٨ ) .

(٢) د. شنب ، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة ، القاهرة : دار النهضة العربية . ١٩٦٢ . ( ص ١١ ) .

(٣) انظر د. شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص ١٢) ، ود. رسلان ، نبيلة: عقد المقاولة ص ١٨ ، ود. أبو قرين ، أحمد عبد العال : الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية . ط ١ . القاهرة ٢٠٠٣ ، ( ص ١ ) ، د. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني . ( ١٢ / ٧ ) .

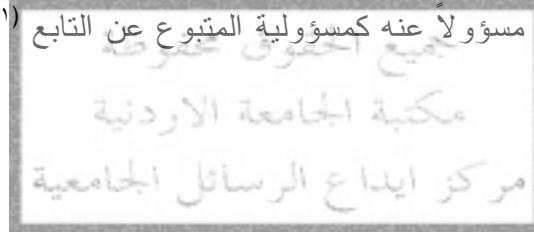
أولاً: اتجاء الناس إلى رفع شأن العامل والإعراض عن تسمية الواحد من أصحاب المهن بالأجير.

ثانياً: البديل أعم وأشمل من الأجر ، لأنه يشمل الثمن والأجر معاً.

ولهذا من الأولى أن تقيد تعريف مشروع القانون المدني الفلسطيني وغيرها من التقنيات 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 "

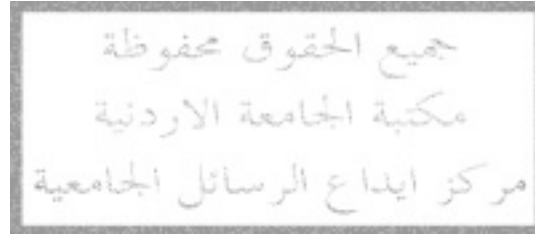
وبهذا القيد يخرج عقد العمل من التعريف، فالعامل به يخضع لرقابة وإدارة صاحب

العمل و يكون الأخير مسؤولاً عنه كمسؤولية المتبوع عن التابع (١).



(٤) نقابة المحامين : المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني ( ٥٨٢ / ٢ ) ، وأستاذنا د.الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني . ط١ . دمشق : دار الفكر ١٩٨٧ . ( ص ٢٧٥ ) .

(٣) د.أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاوله والتوريد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني . ( رسالة دكتوراه غير منشورة ) . الجامعة الأردنية . عمان . الأردن ١٩٩٥ م ( ص ١٧ ) .



### المطلب الثالث: خصائص عقد المقاولة في الفقه القانون:

من خلال النظر في تعريف عقد المقاولة المتقدم يتضح أنّ له خصائص و أوصافاً يفيد تحديدها والعلم بها في تعيين القواعد الناظمة له، وأهمها هذه الخصائص (١):

---

(١) عنبر، محمد: الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية (ص ٧)، د. الزحيلي، وهبة: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني. (ص ٢٧٦)، د. رسلان، نبيله: عقد المقاولة (ص ١٩-٢١)، د. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المصري (ص ٦-٧) ود. الشهاوي، قدري عبد الفتاح: عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن. (ص ٨-١٨)، د. أبو قرين، أحمد عبد العال: الأحكام العامة لعقد المقاولة (ص ١٤-١٥)، د. السرحان، عدنان: شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة في المقاولة، الوكالة، الكفالة. ط ١. دار الثقافة، عمان. (ص ٧)، د. شنب، محمد لبيب: شرح أحكام عقد المقاولة. (ص ١٢-١٣)، أستاذنا د. أبو قاهوق، عبد المنعم: عقد المقاولة المفهوم، التكيف الفقهي، الخصائص، بحث قيد النشر. جامعة النجاح الوطنية. نابلس: فلسطين ٢٠٠١ م، د. أبو البصل، علي عبد الأحمد: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني. (١٩-٢٠).



**أولاً:** أنه عقد رضائي: أي لا يشترط لانعقاده شكل معين، فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقهما، ويجوز انعقاده بالكتابة أو مشافهة أو حتى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق، للقاعدة " الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان " (٢)

**ثانياً:** يقع التراضي في عقد المقاوله على عنصرين هما: الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل.

**ثالثاً:** أنه عقد معاوضة: لأن كلا الطرفين يهدفان من تعاقدتهما الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويقابل ذلك عقد التبرع الذي لا يقوم على المبادلة، فلا يأخذ فيه المتعاقد مقابلًا لما يعطي.

**رابعاً:** أنه عقد ملزم للجانبين: فعقد المقاوله منذ إبرامه يرتب التزامات على عاتق كل من طرفيه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم صاحب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه وبدفع البدل.

**خامساً:** أنه عقد وارد على العمل: فالعنصر الجوهرى في العقد مطلوب من المقاول، وهو القيام بعمل معين، وكونه أيضاً يقوم بالعمل باستقلال تام، ولا يخضع لأي نوع من التبعية أو الإشراف من جانب صاحب العمل.

(٢) حيدر، علي: درر الحكام . ( ١ / ٦٢ )

فالعقد المقاولة يحدد النتيجة التي أراها المتعاقدان، ويترك للمقاول حرية اختيار الوسائل والأدوات التي تكفل تحقيقها.

**سادساً:** أنه عقد محدد: العقد المحدد هو العقد الذي يمكن لكل من طرفيه أن يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها الى المتعاقد الآخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقود الغرر.<sup>(١)</sup>

**سابعاً:** أنه عقد ممتد: لأن الالتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداءات مستمرة أو أداءات دورية، والعقد الممتد أقسام هي: عقد ذو تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار، وعقد العمل لمدة معينة، وعقد ذو تنفيذ دوري، كعقد التوريد، وعقد المقاولة يشمل القسمين معاً. ويقابل العقد الممتد العقد الفوري التنفيذ كعقد البيع الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة وقد يتراخي تنفيذ العقد إلى أجل يحدد اختيارياً أو إجبارياً، ويترتب على هذا التقسيم أمران:

**الأول:** لا ينسحب الفسخ في العقد الممتد أثره على الماضي؛ لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته، فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة إلى الزمن الآتي بعد الفسخ.

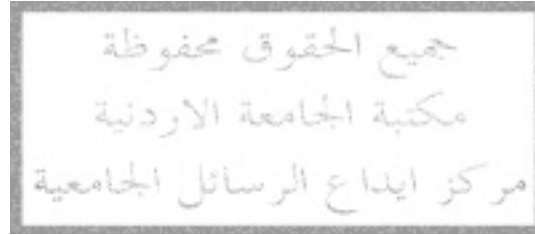
**والثاني:** العقود الممتدة هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً<sup>(١)</sup>.

(١) د. الدريني، فتحي: النظريات الفقهية. (ص ٣٤٤)، عقد الغرر: هو الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يحدد عند العقد مقدار غنمه وغممه بمقتضى عقد ه، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر مجهول أو غير محقق الحصول، كبيع اللبن في الضرع، لاحتمال أن يكون انتفاخاً.

(١) انظر الزرقاء، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام. (١/٥٨٣-٥٨٤)، وسوار، وحيد الدين: النظرية العامة للالتزامات. ط ٢. دمشق: المطبعة الجديدة ١٩٨٧ م (ص ٤١ وما بعدها)، وابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب: إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد. بيروت: دار الجيل ١٩٧٣ م. (٥/٢)

## ثامناً: الاعتبار الشخصي في إبرام عقد المقاولة:

ويبدو الاعتبار الشخصي جلياً عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من أصحاب المهن الحرة الماهرين، كما هو الحال بالنسبة للطبيب والمحامي و الرسام، إذ يعتمد تحقيق النتيجة المنتظرة على مدى الثقة والخبرة التي يوليها للمقاول المهني، ويبرر الاعتبار الشخصي في المقاولة الحكم بانقضاء العقد بموت المقاول، إذ لا يمكن القول بانتقال العقد تلقائياً إلى الخلف العام.



## المبحث الثالث

عقد المقاوله بين الاستقلال والاتباع في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي

جميع الحقوق محفوظة  
مكتبة الجامعة الاردنية  
مركز ايداع الرسائل الجامعية

## المبحث الثالث:

### عقد المقاولة بين الاستقلال والاتباع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن الخصائص السابقة التي ذكرتها لعقد المقاولة بمجموعها هي التي تميزه عن غيره من العقود، ولكن هذه الصفات لا يستقل بها عقد المقاولة، ولا يتفرد فيها عن بقية العقود، بل يشاركه كثير من العقود في صفة منها أو أكثر، وهنا يحصل الاشتباه بين المقاولة وغيرها، ويثور الالتباس في تكييف العقد.

وقد يتفق المتعاقدان على عقد مختلط من المقاولة وغيره، أو يضاف إلى عقد المقاولة شروط أو صفة من عقد آخر، وكثيراً ما يختلف الرأي والاجتهاد في تكييف العقود المختلطة.

فمعرفة خصائص العقد، وما يميزه عن غيره من العقود، أول ما ينبغي للباحث والقاضي دراسته وفهمه، لإعطاء العقد الوصف القانوني له، ولمعرفة طبيعته القانونية، وتطبيق الأحكام القانونية التي وضعها القانون له.

ومن المناسب هنا أن أذكر بإيجاز التطور التاريخي لعقد المقاولة، فقد مرّ بمراحل كثيرة عبر التاريخ لم يكن خلالها عقداً مستقلاً كما هو معروف حالياً، إذ لم يكن عقد المقاولة معروفاً لدى البابليين بهذا الاسم، وإنما كان مختلطاً بعقد الإيجار، وخصوه بعناية كبيرة.

وتنص المادة ( ٢٣٣ ) من قانون حمورابي <sup>(١)</sup> على أنه " إذا بنى شخص بيتاً لرجل ولم يكن عمله مأموناً، بحيث أصبح الحائط خطراً ، فعليه أن يدعم الحائط على نفقته " وهي توضح مسؤولية العامل - المقاول - عن عمله <sup>(٢)</sup>.

ولم يكن عقد المقاولة معروفاً كعقد مستقل أيضاً في القانون الروماني إنما كان مختلطاً بعقد الإيجار الذي كان محل العقد فيه أعمالاً يدوية، ويعدّها أعمالاً حقيرة لا يزاؤها إلا الأرقاء والأجراء، ويرتبطون بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم، ويلاحظ أنه شبه عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به، وبعقد الوكالة عندما يكون محل العقد أعمالاً عقلية رفعاً لشأنها، وشأن من يقوم بها ولينفي عن أصحابها صفة الأجير <sup>(١)</sup>.

ولم يذكر الفقهاء المسلمون عقد المقاولة بهذا الاسم في مدوناتهم، وإنما تجد صور عقد المقاولة متطابقة مع ما قرره الفقه الإسلامي في بيانه للعقود المشروعة، وذلك على ضربين:  
الأول: أن يقدم المقاول ( الصانع ) العمل والمادة معا ، ويسمى العقد بعقد الاستصناع، وهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع <sup>(٢)</sup>.

والثاني: أن يقدم المقاول ( الصانع ) العمل فقط على أن يقدم صاحب العمل ( المستصنع ) مادة الصنع من عنده، فيكون المقاول هنا أجيراً مشتركاً ، والأجير المشترك هو الذي يعمل

(١) حمورابي من أشهر ملوك مملكة بابل ، وضع القانون ونسب إليه ، واحتوى على ( ٢٨٢ ) مادة ، صيغت بإسلوب شبيه بالقوانين الحديثة ، وتعتبر شريعة حمورابي من أهم المدونات القانونية في بلاد الرافدين ، ففي عصره الذي دام حوالي ٤٢ عاماً ( ١٧٢٨ - ١٦٨٦ ق. م ) بلغت الحضارة البابلية أوج عظمتها من حيث تنظيم العلاقات بين الأشخاص ، جعفر ، محمد علي : تاريخ القوانين . ط١ . بيروت : المؤسسة الجامعية للدراسات . ١٩٩٨ م . ( ص ٢٤ - ٢٦ ) ،  
الفضل ، منذر : تاريخ القانون . ط٢ . عمان : مكتبة دار الثقافة والنشر . ١٩٩٦ م . ( ص ٧٦ - ٨٤ ) .  
(٢) د. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية . ( ص ٣٦٦ ) ، وعبيدات ، نوري يوسف : مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة . ( رسالة ماجستير غير منشورة ) . الجامعة الأردنية . عمان ١٩٨٧ . ( ص ٣ - ٤ ) .

(١) د. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ( ٧ / ٦ - ٧ ) ، وقرة ، فتحة: أحكام عقد المقاولة . ط١ . الإسكندرية : منشأة المعارف ، جلال حزي وشركاه . ١٩٩٢ م ( ص ٢٠ ) .  
(٢) الميداني ، عبد الغني الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب ( ٩٣ / ٢ )

لا لوحد مخصص، أو لوحد من غير توقيت (٣)، ويستحق أجره في مقابل ما يؤديه من عمل، مع توافر الاستقلال في أدائه لعمله.

وكان القانون المصري القديم والقانون الفرنسي متأثرين بالقانون الروماني، فبقي عهد المقابلة مختلطاً بعقدي الإيجار والعمل كما كان عليه سابقاً، ودمج التقنين المصري القديم بين العقود الثلاثة تحت اسم " عقد الإيجار " فما كان موضوعه الانتفاع بالشيء سُمي بإجارة الأشياء، وما كان موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان سُمي بعقد إجارة الأشخاص، وعقد المقابلة سُمي بإجارة أرباب الصنائع (٤).

ويقول الدكتور السنهوري: " ولم يرق تشبيه العمل بالسلعة في نظر أنصار المذهب الاشتراكي فنادوا بأن العمل ليس بسلعة، واستتبع هذا التغيير في الفكرة الاقتصادية تعديلاً في الفكرة القانونية، ففصلت التقنيات الحديثة هذه العقود بعضها عن بعض، وعلى هذا النهج سار التقنين المدني الجديد (١).

ناهيك عن أن هذه النظرة أصبحت لا تتماشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة، وتعد أشكال المقابلة وصورها في العمل، مما يستوجب مرونة تنظيم القانون لهذا العقد بحيث ينسجم مع الحالات المختلفة (٢).

فعقد الإيجار يرد على منافع الأشياء، فمن الطبيعي أن ينفصل عنه عقد المقابلة الذي يرد على العمل، وإذا كان كل من عقدي العمل والمقابلة يردان على العمل، فإن أولهما

(٣) ابن عابدين، محمد أمين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٧/٤٧٤)

(٤) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٦/٧) ،ود. عنبر، محمد: الوجيز في عقد المقابلة والتوكيلات التجارية. (ص ١٠-١١) .

(١) د. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/٧) .

(٢) د. السرحان، عدنان: شرح القانون المدني العقود المسماة (ص ١١)، و قره، فتحة: أحكام عقد المقابلة (ص ٢٠) .

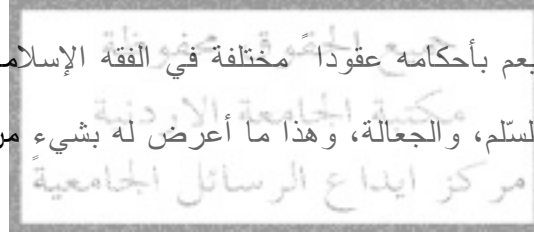
يرد على العمل بذاته، أما الآخر فيرد على نتيجته، ويؤدي المفاوض عمله باستقلال عن رقابة صاحب العمل وإشرافه، بخلاف العامل في عقد العمل.

ولكي يصف القاضي عقداً بأنه مقاوله، لا بد أن يتوافر فيه حقيقتان أساسيتان:

**الأولى:** أن المفاوض يقوم بعمله مستقلاً دون إشراف أو إدارة من صاحب العمل.

**والثانية:** أن العمل المتفق عليه إنما يتم في مقابل أجر (٣).

فعقد المقاوله عقد جديد، أخذ اسماً جديداً، فصلت أحكامه وصوره وطبيعته أغلب القوانين المدنية المعاصرة، يشتهر عقد المقاوله بعقود منها عقد البيع، والإجارة والعمل والوكالة والوديعة، ويعم بأحكامه عقوداً مختلفة في الفقه الإسلامي، وهي: الاستصناع، والأجير المشترك، والسلم، والجعالة، وهذا ما أعرض له بشيء من التفصيل في المطالب الآتية.



### المطلب الأول: المقاوله والبيع

**البيع لغة:** مصدر باع، باعه يبيعه بيعاً، إذا أخرجه عن ملكه بعوض، والبيع ضد الشراء، والبيع: الشراء أيضاً، وهو من الأضداد، حيث يطلق على أخذ السلعة ودفعها، ومن ذلك قوله تعالى "وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ" (١) أي باعوه.

وهو مقابلة الشيء بالشيء: سواء أكانا مالين أم لا فهو مطلق المبادلة: يعني أخذ شيء وإعطاء شيء، ولفظ البيع يتعدى بنفسه إلى مفعولين فتقول بعته السلعة (٢).

(٣) د. شنب: شرح أحكام عقد المقاوله. (ص ١٤)، ود. السرحان: شرح القانون المدني العقود المسماة (ص ١١) ، ود. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/٧)، وقرة، فتيحة: أحكام عقد المقاوله (ص ٢١).

(١) سورة يوسف: آية (٢٠)

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب. (٢٣/٨-٢٥) ومجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط (١/٧٩).



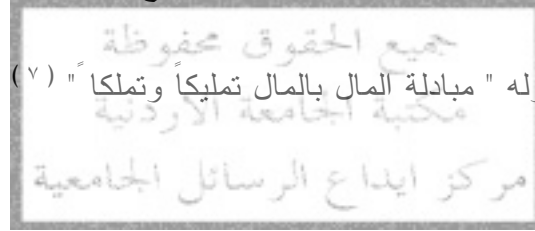
## البيع اصطلاحاً:

لعقد البيع تعريفات قريبة من المعنى اللغوي لكلمة البيع، نصّ عليها الفقهاء في مدوناتهم، منها عند الحنفية: " مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص " (٣). وزاد بعضهم قيد " التراضي " (٤).

وخرج بالمبادلة عقود التبرع كالهبة.

وعرّفه الشافعيه بأنه: " مقابلة مال بمال على وجه مخصوص " (٥) أي بإيجاب وتعاط.

وعرّفه المالكية بأنه " عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة " (٦)



وعرفه الحنابلة بقوله " مبادلة المال بالمال تملكاً وتملكاً " (٧)

وجاء في تعريفات الجرجاني (١) البيع: " مبادلة المال المنقوم بالمال المنقوم، تملكاً

وتملكاً " (٢).

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ( ١١ / ٧ ) .

(٤) السيواسي ، كمال الدين بن الهمام : شرح فتح القدير على الهداية . بيروت : دار الفكر . ( ٢٤٦ / ٦ ) .

(٥) الدمياطي ، عثمان بن محمد : حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين . ضبطه وصححه محمد سالم هاشم .

١ ط . بيروت : دار الكتب العلمية . ١٩٩٥ . ( ٣ / ٣ ) .

(٦) الدسوقي ، محمد بن أحمد عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير . ١ ط . بيروت : دار الكتب العلمية

١٩٩٦ . ( ٣ / ٤ )

(٧) ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد : المغنى . تحقيق د. محمد شرف الدين خطاب ود. السيد محمد السيد و إبراهيم

صاوق . ١ ط . القاهرة : دار الحديث ١٩٩٦ م . ( ٢٤٤ / ٥ ) .

(١) هو علي بن محمد بن علي ، المعروف بالشريف الجرجاني ، ولد سنة ٧٤٠ هـ ، في جرجان من ولاية ( استراباد

) ، من كبار العلماء بالعربية ، قدم القاهرة وأخذ عن علمائها ثم خرج إلى بلاد الروم ثم لحق ببلاد العجم ، وله نحو

خمسين مصنفاً ، منها " التعريفات " و " شرح مواقف الإيجي " . توفي سنة ٨١٦ هـ ، حاجي خليفة : كشف الظنون (

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها لا تسلم من الانتقاد، وليست دقيقة، فهي غير مانعة لدخول الربا والقرض والصرف والسلم والإجارة، وغير جامعة لخروج بيع المنافع كمر الدار مع أنها تصح أن تكون محلاً للبيع<sup>(٣)</sup>.

والتعريف الذي اخترته هو للسادة الشافعية، كما نصّ عليه الخطيب الشربيني<sup>(٤)</sup> فقال: " وحدّه بعضهم بأنه عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأييد ."

فدخل بقوله " منفعة " بيع حق المهر ونحوه، وخرجت الإجارة بقيد التأييد " فإنها ليست بيعاً، وخرج بقيد المعاوضة القرض، و الربا، فلا تسمى هذه معاوضة عرفاً، وخرج عقد النكاح والخلع والصلح عن الدم بقيد " الملك " فالزوج لا يملك منفعة البضع. وإنما يتملك أن ينتفع به، والزوجة والجاني لا يملكان شيئاً، وإنما يستفيدان رفع سلطة الزوج ومستحق القصاص، فهذا التعريف أولى وأسلم لخلوه من الانتقادات التي وجهت إلى غيره<sup>(٥)</sup>.

ومن خلال التعريفات السابقة لعقد البيع، تتضح أوصافه وخصائصه، وهي<sup>(١)</sup>:

---

١/ (٤٤٨ ) ، والتتويجي ، صديق بن حسن : أبجد العلوم . تحقيق عبد الجبار زكار . بيروت : دار الكتب العلمية . ١٩٧٨ م . ( ٥٧ / ٣ ) .

(٢) الجرجاني ، علي : التعريفات . تحقيق إبراهيم الإبياري ، بيروت : دار الكتاب العربي . ١٩٨٥ م . ( ص ٦٨ ) .

(٣) د. وفا ، محمد : أثر صور البيوع الفاسدة ، بيوع الربا والغرر والبيع المقترن بشرط فاسد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . القاهرة : مطبعة السعادة . ١٩٨٤ . ( ص ١٠ / ١٣ ) .

(٤) محمد بن محمد الشربيني ، شمس الدين ، من فقهاء الشافعية ، من أهل القاهرة ، أخذ العلم عن الشيخ أحمد البرلسي الملقب عميرة ، والنور المحلي ، وانتفع به خلائق لا يحصون ، وأجمع أهل مصر على صلاحه ووصفوه بالعلم والعمل والزهد والورع ، له تصانيف عديدة ، منها " السراج المنير " و " الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع " و " مغني المحتاج " ، توفي سنة ٩٧٧ هـ ، ودفن بالقاهرة . ابن عماد الحنبلي ، شذرات الذهب . ( ٣٨٤ / ٤ ) .

(٥) الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب : مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دراسة وتحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي معوض . ط ١ . بيروت : دار الكتب العلمية ١٩٩٢ م . ( ٣٢٢ / ٢ ) .

(١) انظر : ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار . ( ٧ / ١٠ وما بعدها ) ، والبيهوتي : كشف القناع . ( ٣ / ١٤٦ وما بعدها ) ، والأنصاري ، زكريا بن محمد : الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية . ط ١ . بيروت : دار الكتب العلمية ١٩٩٧ م ( ٤ / ٣٩٦ وما بعدها ) ، ود. الزحيلي ، محمد : القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي . ( ص ٥٢ / ٥٥ ) ، ود. الفضل ، منذر ود. الفتلاوي ، صاحب : شرح القانون المدني الأردني : العقود المُسمّاة - البيع

- ١- أنه عقد معاوضة مالية بين طرفين، فيعطي كل متعاقد مقابلًا لما يأخذ.
- ٢- أنه عقد رضائي ينعقد دون شكليات معينة، بل بمجرد تراضي المتبايعين.
- ٣- أنه عقد ملزم للجانبين: فيلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المعقود عليه، مقابل التزام المشتري بدفع العوض، فلا يقبل الفسخ إلا باتفاق الطرفين.
- ٤- أنه ناقل للملكية: وهذا أهم خصائص عقد البيع، فورد تصنيفه في التشريعات المدنية ضمن زمرة العقود الواردة على الملكية، فالقانون لا يعد البيع بحد ذاته ناقلاً للملكية بل ينشئ التزاماً بذلك، بينما تذهب الشريعة الإسلامية إلى أن انتقال الملكية أمر تلقائي، فهو مقتضى عقد البيع أو موجب.
- ٥- أنه عقد فوري التنفيذ: لأن تنفيذه يتم دفعة واحدة، ولا يقوم على فكرة الزمن، ولا يعد عنصراً أساسياً فيه.
- ٦- أنه عقد محدد: يستطيع كل متعاقد أن يحدد قيمة ما يعطي بمقتضى العقد وقيمة ما يأخذ، دون أن يتوقف ذلك على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقود الغرر.

#### الفرق بين البيع والمقاوله:

من خلال ما تقدم من بيان لأوصاف المقاوله والبيع أصبح بالإمكان التفريق بينهما على النحو الآتي:

أولاً: المقاوله ترد على العمل، والبيع عقد ناقل للملكية يرد على العين، فإذا تعهد

والإيجار . ط ٣ . عمان : مكتبة دار الثقافة . ١٩٩٦ م ( ص ٢٢ / ٢٣ ) ، ود. السنهوري ، عبد الزراق : الوسيط . ( ٤ / ٢٣ / ٢٤ ) .

المقاول بصنع خزانة بحسب مواصفات معينة بناء على طلب الآخر فالعقد مقاولة، أما إذا كانت لديه من قبل وطلبها من يريدها فباعها له فالعقد بيع (١).

وهذا لا شبهة فيه حينما يقدم صاحب العمل المادة من عنده، واقتصر المقاول على تقديم عمله فقط، ولكن تثور الشبهة عند علماء القانون (٢)، إذا قدّم المقاول المادة والعمل معا، وهذه صورة عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، وفي التشريعات القانونية المعاصرة سُمي استصناعاً، ونظموا أحكامه ضمن عقد المقاوله واختلفوا في الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع، هل هو مقاوله أو بيع؟ ويمكن أن نجمل الآراء التي قيلت بهذا الصدد فيما يأتي :

أ) ذهب بعضهم إلى أن الاستصناع بيع لشيء مستقبل (٣)، فهم يرون أن القصد من عقد الاستصناع ليس العمل المكلف به، وإنما الشيء المصنوع، وهذا الرأي يتفق مع وجهة نظر فقهاء الحنفية فقد قرروا أن الاستصناع فرع مستقل من أنواع البيوع (٤). ووجه قولهم أن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع جاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز، لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي.

ولكن هذا الرأي يعيبه أنه لا ينظر إلا إلى أثر واحد للعقد، وهو نقل ملكية الشيء المصنوع، ويهمل جوهر عقد الاستصناع، وهو التزام الصانع بصنع هذا الشيء، ويقول

(١) د. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط. (٢٣/٧)، د. شنب، محمد لبيب: شرح أحكام عقد المقاوله (ص ١٥)، د. أبو قرين، أحمد: الأحكام العامة لعقد المقاوله. (ص ٢٢)، ود. السرحان: شرح القانون المدني الأردني (١١) (٢) نفس المراجع السابقة، ود. الزحيلي، محمد: العقود المسماة. (ص ٦٦)، وقره، فتحة: أحكام عقد المقاوله (ص ٢٤).

(٣) د. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (٢٥/٧)، ود. شنب، محمد لبيب: شرح أحكام عقد المقاوله. (ص ١٧)، وقره، فتحة: أحكام عقد المقاوله. (ص ٢٥)، عنبر، محمد: الوجيز في عقد المقاوله (ص ٤١).

(٤) الكاساني، علاء الدين بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تحقيق عادل أحمد وعلي معوض. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٧ م. (٨٤/٦).

الكاساني: " فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسمي دليل اختلاف المعاني في الأصل، وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما " (١)

ب) رأي يقول إن الاستصناع يكون مقاوله أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فالرسام الذي يقدم الخامات قيمتها أقل بكثير من قيمة العمل فالعقد مقاوله، أما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد قيامه بإصلاحات طفيفة بها فالعقد بيع، ويستند هؤلاء إلى القاعدة التي تقضي بأن: " الفرع يتبع الأصل " (٢) وأما إذا تقاربت قيمة المادة من قيمة العمل، فيصبح العقد مزيجاً من بيع ومقاوله، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاوله على العمل وتنطبق أحكامها عليه. ولئن كان هذا الرأي الراجح في الفقه والقضاء وعند علماء القانون (٣) غير أنه منتقد، لأن الأساس الذي يرتكز عليه غير محدد، إذ ليس من السهل أن تحدد العنصر الأساسي في العقد، هل هو العمل أم المواد المستخدمة في صنع الشيء، إذ إن أسعار المواد المستخدمة متفاوتة بحسب جودتها ووصفها (٤).

ت) وذهب آخرون إلى أن الاستصناع عقد مقاوله ابتداءً وببيع انتهاءً: فقبل أن يتم صنع الشيء يكون العقد مقاوله، فإذا أتمه تحول العقد إلى بيع.

(١) الكاساني: البدائع . (ص ٨٤ - ٨٥) ود. شنب ، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاوله (ص ١٨) وقره ، فتيحة : أحكام عقد المقاوله (ص ٢٥) ، ود. السنهوري : الوسيط . (٢٦ / ٧) .  
(٢) السيوطي : الأشباه والنظائر . (ص ١١٩) .  
(٣) د. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني (ص ١١) ود. أبو قرين ، أحمد : الأحكام العامة لعقد المقاوله (ص ٢٣) . ود. شنب : شرح أحكام عقد المقاوله (ص ١٩) .  
(٤) د. شنب : شرح أحكام عقد المقاوله . (ص ١٩ - ٢٠) ، وقره ، فتيحة: أحكام عقد المقاوله (ص ٢٦) .

وينتقد هذا الرأي بأن تكييف العقد يكون وقت انعقاده، ولا يتغير وصفه عند تنفيذه، فضلاً عن أن المقاول يضمن عمله مدة طويلة، مما يدل على أن المقاولة لا تنقضي بمجرد إتمام الصنع، بخلاف البيع (٥).

(ث) ويرى بعضهم أن الاستصناع عقد مقاولة (١): فإذا قَدّم الصانع المادة مع العمل، يعد العقد مقاولة، والمادة ليست إلا تابعة للعمل، فالعنصر الجوهرى في العقد هو الالتزام بالقيام بعمل معين، وإذا لم ينجز المتعهد ما أوكل إليه يكون قد قصر في التزامه، وانتقال ملكية الشيء المصنوع لصاحب العمل لا يخرج العقد عن نطاق المقاولة، فما ذلك إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، وتستمر

مسؤولية المقاول عن المادة التي قَدّمها حين من الزمن.

وهذا الرأي الذي وصفه الدكتور محمد لبيب شنب بأنه جدير بالإتباع يتماشى مع رأي أبي سعيد البردعي (٢) أحد فقهاء المذهب الحنفي الذي يقول إن الاستصناع يقع على العمل دون المادة (٣).

### الرأي الراجح :

- (٥) د. شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص ١٧) ، وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص ٢٥) .
- (١) د. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة . (ص ٢٢-٢٣) ، قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص ٢٨) ، والقرة داغي ، د. علي محي الدين : عقد الاستصناع . مجلة مجمع الفقه الاسلامي . الدورة السابعة - العدد السابع ١٩٩٢ م . (٣٥٠-٣٤٨/٢) .
- (٢) البردعي : هو أحمد بن الحسين ، أبو سعيد ، أحد الفقهاء الكبار ، كان شيخ الحنفية ببغداد ، تفقه على أبي علي الدقاق ، وعلي بن موسى بن نصر تفقه على يديه أبو الحسن الكرخي وأبو طاهر الدباس ، وأقام ببغداد سنين كثيرة يدرس ثم خرج إلى الحج فقتل في وقعة القرامطة مع الحجاج سنة سبع عشرة وثلاثمئة ، والبردعي نسبة إلى بردعة وهي بلدة من أقصى بلاد أذربيجان ، انظر: ترجمته في تاريخ بغداد للخطيب البغدادي . (٩٩ / ٤) ، ابن عماد الحنبلي : شذرات الذهب . (٢٧٥/١) ، بن أبي الوفاء : الجواهر المضية في طبقات الحنفية . (١٦٥-١٦٣/١) .
- (٣) د . السنهوري : الوسيط . (٧ / ٢٤ - ٢٥) ود. شنب: شرح أحكام المقاولة (ص ٢٢) ، والتارزي ، مصطفى كمال : الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر . مجلة مجمع الفقه الاسلامي . الدورة السابعة ١٩٩٢ م . (٥٩١ / ٢) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار . (٤٧٦ / ٧) .

عقد الاستصناع محله العمل، والعين من الصانع، وهو عقد مستقل له شروطه الخاصة به، وخصائصه وآثاره، ولا يجوز صهره في بونقة عقد آخر، وعقد المقاولة الحديث في التشريعات المدنية المعاصرة شبيهه بعقد الاستصناع، غير أنه أعم منه، فقد يقدم المقاول عمله فقط، وهو ما يسمى في الفقه بالإجارة الواردة على عمل الإنسان، وأصبح عقد المقاولة منفصلاً عن عقد البيع والإجارة والاستصناع، بعد أن كان مختلطاً بهما، وصار عقد المقاولة ملزماً للجانبين، بالإضافة إلى أن الآراء السابقة لا تخلو من الانتقاد<sup>(١)</sup>. والله أعلم بالصواب

ثانياً: يتميز عقد المقاولة عن عقد البيع بأن التشريعات المدنية المعاصرة (٢) لا تعدّ

عقد المقاولة باطلاً إذا لم يذكر فيه البذل، ويستحق المقاول أجر المثل، بما في ذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني، إذ جاء في المادة (٨٠٨) " إذا لم يحدد البذل سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول"<sup>(٣)</sup>.

أما في عقد البيع فعدم تحديد الثمن يجعله باطلاً<sup>(٤)</sup>، لانتهاء محل التزام البائع، وهذا يخالف أحكام الفقه الإسلامي، إذ لا بد في كل عقود المعاوضة، ولا سيما عقدي

(١) د. شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص ٢٢، ٢٣)، ود الزحيلي، وهبة: عقد المقاولة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي. الدورة الرابعة عشرة. ٢٠٠٣ م.

(٢) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. (٥٨٥/٢)، د. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. (٢١/٤).

(٣) مشروع القانون المدني الفلسطيني، (ص ١٢٦).

(٤) هذه المسألة خلافية بين الحنفية والجمهور:

أ) الحنفية قسموا العقد غير الصحيح قسمين فاسد، وباطل، فإن حدث خلل في الركن فهو باطل، وإن حدث الخلل في الشرط أو الوصف فيكون العقد قد انعقد بأركانه وترتبت عليه بعض الآثار، ولكنه فاسد، فالبيع المسكوت فيه عن الثمن منعقد، لأن الثمن يعتبر ملحوظاً بمقتضى عقد البيع، ولكنه مجهول فينعقد العقد فاسداً لجهالته، لأن الخلل في وصف العقد وليس في أصله، جاء في رد المحتار " وفسد ما سكت فيه عن الثمن " (٢٤٧/٧).

ب) عند الجمهور العقد غير الصحيح قسم واحد، وهو الفاسد أو الباطل، ولا فرق بين الفساد والبطان سواء كان الخلل في الركن أو في الوصف والشرط، والفساد والبطان مترادفان. فعقد البيع الذي لم يحدد فيه الثمن باطل أو فاسد لا فرق بينهما. انظر: الغزالي: محمد بن محمد: المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي: ط١. بيروت: دار

الاستصناع والإجارة اللذين هما من صور عقد المقابلة، من العلم بالبدل جنساً ونوعاً وقدراً وصفةً، وإلا كان العقد فاسداً بسبب الجهالة (٥).

## المطلب الثاني:

### المقابلة والسلم

**تعريف السلم لغة (١):** السلم: بالتحريك: السلف، وأسلمَ في الشيء و سلمَّ وأسلفَ بمعنى واحد، ويأتي بمعنى الاستعجال، والسلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق، سُمي سلماً، لتسليم رأس المال في المجلس وسلفاً لتقديم رأس المال.

وشرعاً: قال الحنفية: " بيع آجل " وهو المسلم فيه " بعاجل " وهو رأس المال (٢).

وقال المالكية: " السلم بيع شيء موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه (٣) " وهو

مطابق لتعريف الشربيني من الشافعية (٤).

---

الكتب العلمية ١٩٩٢ م. ( ٢٢٣ ، ٢٢٢/١ ) . والأسنوي : عبد الرحيم بن الحسن : التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ، تحقيق محمد حسن هيتو . ط١ . بيروت : مؤسسة الرسالة . ( ١٩٨١ م ) . ( ٥٩/١ ) .

(٥) ابن جُزي ، محمد بن أحمد : القوانين الفقهية . ( ص ١٦٣ ) ، والميداني : الباب في شرح الكتاب . ( ٦ / ٢ )

و.د. أبو البصل ، علي : عقد المقابلة والتوريد ( ص ٢٥ ) .

(١) ابن منظور : لسان العرب . ( ١٢ / ٣٩٥ ) ، مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط ( ١ / ٤٤٦ ) . الشربيني :

مغني المحتاج . ( ٣ / ٣ )

(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ٧ / ٤٥٤ ) ، الميداني : الباب في شرح الكتاب . ( ٢ / ٤٢ ) .

(٣) الصاوي : بلغة السالك على الشرح الصغير للدردير . ( ٢ / ٩٣ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي

خليل . ط ١ . بيروت : دار الكتب العلمية ١٩٩٧ م . ( ٦ / ٦٢ ) .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج . ( ٣ / ٣ ) ، النووي : روضة الطالبين . ( ٣ / ٢٤٢ ) .



وعرفه البهوتي<sup>(٥)</sup> بقوله عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد<sup>(٦)</sup>

وعرفه الجرجاني بقوله: السّلم: اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً، وللمشتري في المثلن آجلاً، فالمبيع يُسمى مسلماً فيه، والثمن يُسمى رأس المال، والبائع يُسمى مسلماً إليه والمشتري يُسمى ربّ السّلم<sup>(٧)</sup>، و التعريفات التي أوردتها كلها بمعنى واحد، ولا خلاف بينها إلا من حيث اللفظ، وهو غير مؤثر.

#### مشروعيته:

اتفق الفقهاء<sup>(١)</sup> على مشروعية السّلم، واستدلوا على ذلك بما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم، أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السننتين والثلاثة فقال: ( من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم )<sup>(٢)</sup>

<sup>(٥)</sup> هو منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، شيخ الحنابلة بمصر في عصره ، نسبته الى " بهوت " في غربية مصر ، ولد سنة ١٠٠٠ هـ ، أخذ الفقه عن عبد الرحمن البهوتي ، ومحمد الشامي ، ومن تلاميذه مرعي بن يوسف ، ومن كتبه " الروض المربع شرح زاد المستتفع المختصر من المقنع " و " كشاف القناع عن متن الإقناع " ، وتوفي سنة ١٠٥١ هـ . انظر: السبيعي ، عبد الله بن علي : الدر المنضد في أسماء كتب مذهب الإمام أحمد . تحقيق محب الدين عمر بن غرامه العمروني . بيروت : دار الفكر . ١٩٩٥ م . ( ص ٢٩٤ ) . والزركلي ، خير الدين : الأعلام . ط١٣ . بيروت : دار العلم للملايين . ١٩٩٨ . ( ٣٠٧/٧ ) .

<sup>(٦)</sup> البهوتي : كشاف القناع . ( ٢٨٩ / ٣ ) .

<sup>(٧)</sup> علي الجرجاني : التعريفات . ( ص ١٦٠ ) .

(١) البهوتي : كشاف القناع . ( ٢٨٩ / ٣ ) والنووي ، يحيى بن شرف : روضة الطالبين . تحقيق عادل أحمد وعلي معوض . بيروت : دار الكتب العلمية . ١٩٩٩ م ( ٢٤٢ / ٣ ) والشرييني : مغني المحتاج ( ٣ / ٣ ) ، وابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار . ( ٤٥٤ / ٧ ) ، وابن قدامه : المغني . ( ٧٢ / ٥ ) ، وابن رشد ، محمد القرطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ط٦ . بيروت : دار المعرفة . ١٩٨٩ م . ( ٢٠١ / ٢ ) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب السلم ، برقم ( ٢٢٤ ) ، انظر العسقلاني ، أحمد بن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري . ط١ " بيروت : دار الكتب العلمية ١٩٨٩ م . ( ٥٣٠ / ٤ ) .

ومع أن عقد السلم مخالف للقياس، لأنه بيع المعدوم، استثنى من تلك القاعدة وثبتت مشروعيته بأدلة صحيحة، قال ابن المنذر: " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز " (٣)، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية، فأرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكتمل، وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ترخيصاً للناس، وتيسيراً عليهم.

### شروط عقد السلم:

بحث الفقهاء شروط عقد السلم بالتفصيل في مصنفاتهم، واختلفوا في بعضها وليس هنا مقام بحثها، لذا سأكتفي بذكرها بإيجاز، فمنها شروط تتعلق بالعقد نفسه، ومنها شروط تتعلق بأحد بدلي السلم. مركز أبحاث الرسائل الجامعية

وتعود الشروط التي تتعلق بالعقد نفسه إلى شرط واحد هو البتات، وذلك بخلو العقد عن خيار الشرط؛ لأن جواز البيع بشرط الخيار ثبت على خلاف القياس؛ لحاجة الناس إليه، فلا يقاس عليه غيره، وخيار الشرط يمنع القبض الكامل، لأنه يمنع ثبوت الملك، وهذا من شروط صحة السلم.

وخالف المالكية (١) الجمهور (٢) وقالوا بجواز خيار الشرط في السلم مدة لا تزيد على ثلاثة أيام.

(٣) البهوتي: كشف القناع. (٢٨٩ / ٣).

(١) ابن رشد: بداية المجتهد. (٢٠٢ / ٢)، والصاوي: بلغة السالك على شرح الصغير. (٩٤ / ٢).

والقانون الأردني أخذ برأي المالكية فأجاز تأخير تسليم الثمن في مجلس العقد لمدة لا تزيد على بضعة أيام (٣).

#### الشروط المتعلقة برأس مال السّلم: - (٤)

وهو ما يدفعه المشتري من المال إلى البائع عند السلم، وشروطه هي:

١- بيان جنسه، بأنه دراهم أو دنانير أو غيرهما.

٢- بيان صفته، بأنه جيد أو رديء أو وسط.

جميع الحقوق محفوظة

٣- بيان نوعه، بأنه دراهم أردنية أو دنانير عراقية.

مركز أبحاث الرسائل الجامعية

٤- بيان قدره، إذا كان مما يباع بالقدر.

٥- قبض الثمن في مجلس العقد.

#### الشروط المتعلقة بالمسّلم فيه: (١)

- (٢) الميداني: للباب. (٤٤ / ٢) ، والشريبي: مغني المحتاج. (٤ / ٣) ، والبهوتي: كشف القناع. (٣ / ٣٠٤)
- (٣) د. الزحيلي ، وهبه : العقود المسّماة في القانون والمعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني . (ص ١٠٢) ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (٥١٧ / ٢) .
- (٤) الشريبي: مغني المحتاج. (٣ / ٤-١٠) ، وابن قدامة: المغني. (٥ / ٧٥٣) ، والكاساني: بدائع الصنائع. (٧ / ١٠٨ - ١٢٤) ، والبهوتي: كشف القناع، (٣ / ٣٠٤) ، والخرشي: حاشية الخرشي. (٦ / ٦٢ / ٨٢) ، وابن عابدين: رد المحتار. (٧ / ٤٥٥ - ٤٦٦) ، ود. الزحيلي ، وهبة: الفقه الاسلامي وأدلته. ط١ " دمشق: دار الفكر. ١٩٨٤. (٤ / ٦٠٢-٦٠٠) ، د. ادريس ، عبد الفتاح محمود: قيس من فقه المعاملات. ط١. ١٩٩٧ م .
- (٧١ / ٧٢) ، ود. حماد ، نزيه: عقد السلم في الشريعة الإسلامية. ط١. دمشق: دار القلم. ١٩٩٣. (ص ٣٤ - ٤٤) .
- (١) الكاساني: بدائع الصنائع. (٧ / ١٢٥ - ١٥١) ، والشريبي: مغني المحتاج. (١٠ / ٢٥) ، والبهوتي: كشف القناع. (٣ / ٢٨٩ - ٣٠٤ - ٣٠٥) ، وابن قدامة: المغني. (٥ / ٧٢٠ ، ٧٣٠ ، ٧٣٨ ، ٧٤٣ ، ٧٥٠ ، ٧٥٣) ، وابن عابدين: حاشية رد المحتار. (٧ / ٤٥٥ - ٤٦٦) ، والخرشي: حاشية الخرشي. (٦ / ٨٣ - ١٠٨) ، ود. ادريس ، عبد

والمسلم فيه هو المال الذي يتعهد البائع بتأديته إلى رب السلم بعد أجل معين ودافعه  
يسمى المسلم إليه وشروطه متعددة، وهي:

أ) بيان جنسه، فينص على أنه حنطة.

ب) بيان نوعه، من أنه حنطة بعلية أو سقية.

ت) بيان صفته، بأنه جيد أو رديء.

ث) بيان قدره، ببيان كيله أو وزنه.

هذا كله لإزالة الجهالة عنه ولحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم المتقدم: " من أسلف  
في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " (٢).

ج) أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى معه  
بعد الوصف إلا تفاوت يسير.

ح) أن يكون بالإمكان وجود المسلم فيه وقت حلول الأجل، والحنفية اشترطوا وجوده  
أيضاً في الأسواق حين العقد.

خ) أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين في المعاوضات فيخرج من ذلك الدراهم  
والدنانير، لأنها لا تقبل التعيين في عقود المعاوضات وهذا هو مذهب الحنفية (٣)  
والحنابلة (٤).

---

الفتاح : قيس من فقه المعاملات . ( ص ٧٢-٧٥ ) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . ( ٦٠٣-٦١٣ ) ،  
ود. حماد ، نزيه : عقد السلم في الشريعة الإسلامية . ( ٤٥ - ٦٣ ) .  
(٢) انظر ( ص ٢٩ ) هامش ( ٢ ) .  
(٣) الكاساني : بدائع الصنائع . ( ١٠٨ / ٧ ) .  
(٤) البيهوتي : كشف القناع . ( ٣ / ٣٠٤ ) .

(د) أن يكون المسلم فيه مؤجلاً عند الجمهور.

(ذ) أن يكون الأجل معلوماً.

(ر) أن يبين عند العقد مكان تسليم المسلم فيه.

أما الذي يرجع إلى البديلين: فقد قال الكاساني<sup>(١)</sup> في بدائعه: فهو ألا يجمعهما أحد وصفي علة ربا الفضل، وذلك إما بالكيل وإما الوزن وإما الجنس، فإذا اجتمعا تحقق ربا النساء، والعقد الذي فيه ربا فاسد " (٢).

### أوصاف عقد السلم (٣):

بعد تتبع أحكام عقد السلم في مصادر الفقه الإسلامي، يمكن أن يوصف بالصفات الآتية:

١- أنه عقد معاوضة، فالعقد يلزم ربّ السلم بدفع الثمن للمسلم إليه، والمسلم إليه يلتزم بتسليم المسلم فيه في الوقت المحدد، ويبغي كل منهم الكسب والمصلحة.

٢- أنه بيع المفاليس: فيشترط دفع الثمن في مجلس العقد للمسلم إليه لحاجته إلى المال.

٣- أن الزمن عنصر جوهرى فيه، لذا يشترط أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، قال

الشربيني: " فإن اسم السلم يقتضى الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان " (٤)

(١) الكاساني: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، كان يُلقب بملك العلماء علاء الدين، تفقه على محمد بن أحمد السمرقندي، وقرأ عليه معظم تصانيفه مثل " التحفة " وزوجه شيخه المذكور ابنته فاطمة الفقيهة، ومن مصنفاته " البدائع " و " السلطان المبين في أصول الدين "، توفي سنة ٥٨٧هـ. ابن أبي الوفاء: الجواهر المضية. (٤/ ٢٥)، وحاجي خليفة: كشف الظنون (١/ ٣٧١).

(٢) والكاساني: بدائع الصنائع. (٧/ ٥١)، وابن عابدين: حاشية رد المحتار. (٧/ ٤٦١).

(٣) السنهوري: الوسيط (٤/ ٢٢٣-٢٢٥)، ود. سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. ط١. عمان: منشورات الجامعة الأردنية سنة ١٩٨٧ م. (ص ١٨)، ود. الزحيلي، وهبة: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمصري الأردني. (ص ٩٩-١٠١)، ود. أبو البصل، علي: عقد المقاوله والتوريد. (ص ٤٩-٥٠).

٤- أنه عقد محدد، فالمخاطر فيه يسيره، والغرر اليسير مغتفر في المعاوضات، فالمسلم فيه وإن كان غير موجود عند التعاقد، إلا أنه يوصف بدقة ويبين نوعه وجنسه ومقداره وكل ما يتعلق به، ويشترط تسليم الثمن في مجلس العقد.

٥- أنه عقد ملزم للجانبين: فرب السلم يلتزم بتسليم الثمن للمسلم إليه في مجلس العقد ويثبت الملك له، والمسلم إليه يلتزم بتسليم المسلم فيه عند الأجل.

وقد أدرجت القوانين المدنية المعاصرة أحكام عقد السلم وتعريفه وشروطه ضمن أنواع البيوع المختلفة، ولم يعرف عقد السلم من حيث التطبيق في عصرنا، لكن عرف عقد التوريد الذي بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه بتقديم أشياء معينة بصيغة دورية أو مستمرة لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر (١)، وذلك كمن يتعهد بتوريد الأغذية لمستشفى أو مدرسة، أو كمن يتعهد بتوريد الورق لإحدى الصحف وتوريد الغاز والكهرباء والمياه للمستهلكين، فهو يشمل بأحكامه وتطبيقاته عقد السلم، والاستصناع، فالمورد عندما يتعهد بتقديم السلعة أو الخدمات للطرف الآخر، فهو يقوم بعمل، وهذا عنصر جوهري في العقد، يؤدي ذلك مستقلاً ودون إدارة الطرف الآخر وإشرافه، فهو يشترك في بعض أوصافه مع أوصاف عقد المقاولة السالفة الذكر.

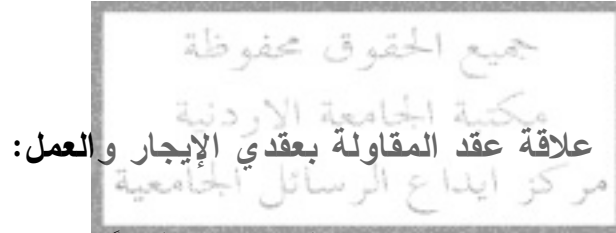
فعقد التوريد يعد صورة من صور عقد المقاولة، وأحكام عقد المقاولة التي ذكرت في القوانين المدنية المعاصرة تشمل عقد التوريد وصوره وتطبيقاته.

(٤) الشريبي: مغني المحتاج . ( ٧ / ٣ ) .

(١) قره ، فتحة : أحكام عقد المقاولة ( ص ٣٨٠ ) ، ود. طه ، مصطفى كمال : القانون التجاري ١٩٨٨ م . الدار

الجامعية . ( ص ٩١ ) ، ود. أبو البصل ، علي : عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي . ( ص ٥ ) .

### المطلب الثالث:



الإجارة في اللغة: بكسر الهمزة مصدر، أَجَرَه يَأْجُرُهُ أَجْرًا وإجارة، فهو مأجور وهذا المشهور، تأتي بالفتح والضم، واشتقاق الإجارة من الأجر وهو العوض، والجزاء على العمل، ويغلب الأجر في الثواب الأخروي والأجرة في الثواب الدنيوي، والإيجار تستعمل غالباً في العقد (١).

### الإجارة في الاصطلاح:

عرفها الحنفية بأنها " عقد على المنافع بعوض، وتحليل نفع بعوض (٢).

وعرفها الشافعية بأنها "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم" (٣)

(١) ابن منظور: لسان العرب . ( ١٠،١١/٤ ) ، والفيروز أبادي : القاموس المحيط . ( ١ / ٦٨٣ ، ٦٨٤ ) .

(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ٩ / ٤-٥ ) ، والسرخسي ، محمد بن أحمد : المبسوط . تحقيق محمد حسن الشافعي . ط ١ . بيروت : دار الكتب العلمية ٢٠٠١ م . ( ١٥ / ٨٢ ) .

وعرفها المالكية بأنها: " تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض " (٤).

وعرفها الحنابلة بأنها: " عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً " (٥)

وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة ( ٤٠٥ ) بأنها " بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم " (٦)

وعرفها القانون المدني الأردني المستمد من الشريعة الإسلامية في المادة ( ٦٥٨ ) بقوله: الإيجار تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم " (٧)

والمشروع المدني الفلسطيني في تعريفه لعقد الإيجار جاء مطابقاً للتقنيات العربية التي اعتمدت على القوانين الأجنبية فعرّفه بالمادة ( ٦٥٥ ) " الإيجار عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم " (١).

ويؤخذ على نص التقنين الفلسطيني وعلى ما طابقه من التعريفات أنه يعرف الإيجار بالتزام يقع على عاتق المؤجر، مع أن الالتزام أثر للعقد، ويجب أن ينصب التعريف على محل العقد، وهو انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة (٢)، لذا أقترح أن يعتمد تعريف القانون المدني الأردني المستمد في أغلب مواده من الشريعة الإسلامية لخلوه من الانتقاد.

(٣) الشريبي: مغني المحتاج . ( ٤٣٨ / ٣ ) .

(٤) الدسوقي: حاشية الدسوقي. ( ٣٣٤ / ٥ ) .

(٥) البهوتي،: كشف القناع. ( ٥٤٦ / ٣ ) .

(٦) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام . ( ٣٧٢ / ١ ) .

(٧) نقابة المحامين: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ( ٥٥١ / ٢ )

(١) مشروع القانون المدني الفلسطيني . ( ص ١٠١ ) .

(٢) . وفا، محمد على عبد الرحمن: عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية العربية . ط .

١٩٩٦ م . القاهرة: دار الفكر العربي . ( ص ٤٠ - ٤١ ) و د. الزحيلي، محمد: العقود المسماة . ( ص ٥٠٣ ) .



### خصائص عقد الإيجار في الفقه والقانون (٣):

١- هو عقد رضائي، يتم بمجرد التراضي بالإيجاب والقبول، ولا يتوقف انعقاده على شكل معين.

٢- هو عقد ملزم للجانبين: ينشئ التزامات متقابلة على كل من المؤجر والمستأجر.

٣- هو عقد معاوضة: لأن كل طرف يتنازل عما يخصه، بمقابل ما يحصل عليه من الطرف الثاني.

٤- هو عقد وارد على المنفعة، فلا يرد إلا على الأشياء التي ينتفع بها مع بقاء عينها،

وتهلك بمجرد الاستعمال.

مكتبة الجامعة الاردنية

٥- هو عقد زمني من العقود الزمنية المستمرة، التي يعدّ الوقت فيها عنصراً

جوهرياً، والانتفاع يحدد خلال مدة من الزمن كما تحدد الأجرة على هذا الأساس،

وإذا تم فسخ الإيجار بسبب ما فإن هذا الفسخ لا ينسحب على الماضي، خلافاً للبيع

وبقية العقود الواردة على الملكية، فلا علاقة للزمن والوقت فيها؛ لأن الملكية لا

تقبل التوقيت.

٦- هو عقد محدد: فليس من عقود الغرر أو الاحتمالية التي تقوم على أمر مجهول أو

غير محقق الوقوع كما الحال في عقد الجعالة (١).

(٣) انظر د. الزحيلي، محمد: العقود المسماة. (ص ٥٠٦-٥٠٧)، ود. الفضل، منذر ود. لفتاوي، صاحب: شرح

القانون المدني الأردني. (ص ١٦٥-١٦٨)، والبهوتي: كشاف القناع. (٣/ ٥٤٦ وما بعدها)، والخرشي: حاشية

الخرشي. (٦/ ٢١٥)، والشربيني، مغني المحتاج. (٣/ ٤٣٨ وما بعدها) والكاساني، بدائع الصنائع.

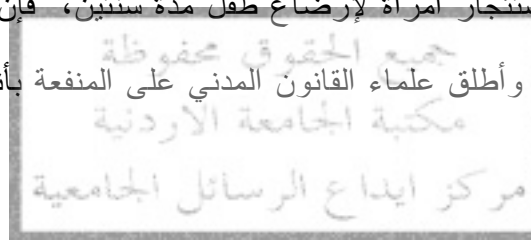
(٤/ ١٧٣ - ١٧٥).

(١) الجعالة: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله " الشربيني: مغني المحتاج. (٣/ ٦٤٧).

ويتبين من تعريفات عقد الإجارة في الفقه الاسلامي أنها ترد على منفعة عين من الأعيان، كإيجار الدور والأراضي ووسائل النقل، والدواب وغيرها، وترد على منافع عمل الإنسان، وهو ما يطلق عليه إجارة الأشخاص: كبناء بيت، وخياطة ثوب وأرباب الحرف.

### والأجراء على ضربين بحسب العمل الذي يقوم به كل منهما: (٢)

(أ) **أجير خاص:** وهو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة، ويستحق عليها الأجر ولو لم يقبل بعمل وتحت إشراف مستأجره وإدارته، ولا يجوز له العمل لغيره قبل انتهائه من عمله الأول، وتقدر المنفعة بالمدة؛ لأن تحصيلها لا ينضبط بغير ذلك، كالعامل في المصانع، أو استئجار امرأة لإرضاع طفل مدة سنتين، فإن ما يشربه الرضيع من اللبن يقل ويكثر، وأطلق علماء القانون المدني على المنفعة بأنها ترد على العمل في ذاته.

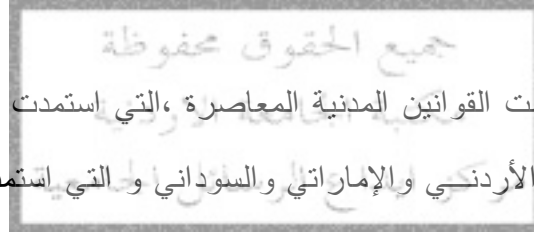


(ب) **أجير مشترك:** هو الذي يتعاقد مع المستأجر على عمل معين يقوم به، ويستحق الأجر بانتهائه، ويمكن أن يتعاقد مع كثيرين على مثل هذا العمل أو غيره في زمن واحد، ويعمل بإدارته مستقلاً عن صاحب العمل أو المستأجر في منزله أو دكانه أو معمله، كالخياط والصباغ والحداد، ويسمون لدى الفقهاء أحياناً بالصناع، ولا يمكن ضبط العمل بالزمن؛ كونه يستغرق مدة تقصر أو تطول، فلذا تقدر منفعة العمل بالعمل وحده، وهو ما يطلق عليه في القانون "ترد عليه نتيجة العمل" (١)

(٢) انظر الميداني: اللباب. (٣٢٧/٥)، والكاساني: بدائع الصنائع. (١٧٤/٤)، والبهوتي: كشف القناع. (٣/٥٤٦)، وابن قدامة: المغني. (٣٢٧/٥)، ابن جزّي: القوانين الفقهية. (ص ١٨١ - ١٨٢)، ود. الزحيلي، وهبة: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني (ص ٢٢٣ - ٢٢٤)، وأستاذنا د. السبغا، مصطفى: فقه المعاوضات. ط٥. منشورات جامعة دمشق. ١٩٩٢. (ص ١٥٧)، ود. وفا، محمد علي: عقود الإيجار الفاسدة في الفقه والقانون. (ص ٣٧، ٣٨)، ود. أبو قاهوق، عبد المنعم: عقد المقولة. (١) السنهوري، : الوسيط في شرح القانون المدني. (ص ٧٧).

وقد بحث الفقهاء المسلمون كل ذلك في باب إجارة الأشخاص أو إجارة الآدمي، ولم يجعلوا لكل نوع من الأجراء عقداً خاصاً، نظراً لبساطة حياتهم ومعاملاتهم المالية.

أما اليوم فقد تطورت حياة الناس المدنية، وتعددت احتياجاتهم، وظهرت مستجدات لم تكن من قبل، كالمعاملات التجارية، ومنها طبيعة الإجارة الواردة على عمل الأشخاص، فلم يعد العقد بين فرد وآخر، وإنما أصبح بين مؤسسات وشركات كبيرة تقدم منفعتها لمؤسسات وحكومات، كمقاولات بناء السدود والأبنية السكنية، والأعمال الكهربائية، والأشغال العامة، وعقود الصيانة والتوريد.



ونتيجة لذلك قامت القوانين المدنية المعاصرة، التي استمدت معظم أحكامها من الفقه الإسلامي ومنها الأردني والإماراتي والسوداني والتي استمدت قوانينها من القانون الفرنسي - كالمصري والسوري - بقصر عقد الإيجار على إجارة منافع الأعيان، وأخرجت الإجارة الواردة على منافع الأعمال من عقد الإيجار، ونظمت لها عقوداً مسمّاة جديدة، كعقدي العمل والمقاوله.<sup>(٢)</sup>

وهناك بعض العقود يصعب التفرقة بينها أورد علماء القانون بعضاً منها، كمن ينفق مع شركة نقل على أن تضع تحت تصرفه إحدى سياراتها مع سائقها ليستخدمها مدة معينة، فهل يعدّ هذا الاتفاق عقد إيجار على السيارة؟ أم عقد مقاوله محله القيام بنقل المتعاقد إلى الجهات التي يرغب في الذهاب إليها؟

(٢) السنهوري: الوسيط . ( ٧ / ٧ - ١٠ ) ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني . ( ٢ / ٥٨٢ ) ود . أبو قاهوق : عبد المنعم : عقد المقاوله ، ود . الزحيلي ، وهبة : العقود المسمّاة في قانون المعاملات المدني الإماراتي والأردني . (ص ٢٧٣ ) ، والزحيلي ، محمد : العقود المسمّاة في القانون المدني السوري . (ص ٣٨ ) .

فإذا كانت الشركة هي التي توجه السائق وتملك السيطرة على السيارة فيكيف العقد على أنه مقاوله، أمّا إذا كان الراكب له سلطة الرقابة والتوجيه فالعقد عقد إيجار للسيارة. يتضح مما تقدم أن العقد يكيف بحسب العنصر الأساسي الذي وقع عليه المتعاقد، فإذا انصبّ على العمل كان مقاوله، وإذا انصبّ على الانتفاع بالمأجور كان إيجاراً<sup>(١)</sup>.

### الفرق بين المقاوله والعمل<sup>(٢)</sup>:

على الرغم من أن عقدي المقاوله والعمل يردان على العمل، إلا أنهما يختلفان في القواعد التي يخضع لها كل منهما، فيكون العقد عقد عمل، عندما تقدر المنفعة بالمدة، وتكون منفعة العمل في ذات العمل، إضافة إلى أن العامل يكون تابعاً لصاحب العمل، ويعمل تحت إشرافه وإدارته، ويتلقى تعليماته منه، وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما.

(١) انظر د. شنب : شرح أحكام عقد المقاوله . ( ص ٢٣-٢٤ ) ، ود. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية . ( ص ٣٧٣ ) ، ود. السنهوري : الوسيط . ( ٧/٨، ٧ ) و د. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني . ( ص ١٣ ، ١٤ ) و قره ، فتيحة : أحكام عقد المقاوله . ( ص ٣٧ - ٤٠ ) ، و د. عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاوله . ( ص ١٩ - ٢٢ ) ، و د. الزحيلي ، محمد : العقود المسماة في القانون المدني السوري . ( ص ٥٠٩ - ٥١٠ ) .  
(٢) انظر : د. السنهوري : الوسيط . ( ٧/٨ ، ٩ ، ١٠ ) ، و د. شنب : شرح أحكام عقد المقاوله . ( ١٧ - ١٩ ) ، و د. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية . ( ٣٧٠ - ٣٧١ ) ، و د. أبو قرين : الأحكام العامة لعقد المقاوله . ( ١٧ - ١٩ ) ، و د. الشهاوي : عقد المقاوله . ( ٢٥ - ٢٦ ) ، و د. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني . ( ص ١٣ ) و قره ، فتيحة : أحكام عقد المقاوله . ( ص ٣٠ - ٣٦ ) و د. عنبر : الوجيز في عقد المقاوله . ( ٢٢ - ٢٦ ) ، و د. السبغا ، مصطفى : فقهه المعاضات . ( ص ١٦٤ ) ، و د. وفا ، محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي . ( ص ٦٧ - ٧٩ ) ، و د. أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاوله والتوريد . ( ص ٣٠ - ٣٢ ) .

وذكرت القوانين المدنية المعاصرة تعريفاً لعقد العمل، ونصّه في القانون المدني الأردني من المادة ( ١/٨٠٥ ) " عقد العمل عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر " (١)

والعامل بالمعنى المقصود في عقد العمل، هو معنى الأجير الخاص في الفقه الإسلامي، وقد أبرز القانون المدني العراقي هذه التسمية في تعريفه عقد العمل، فقد عرفت المادة ( ١/٩٠٠ ) عقد العمل على أنه: " عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الآخر ويكون في أدائه تحت توجيهه وإدارته مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر ويكون العامل أجيراً خاصاً. (٢)

ويكون العقد مقاولة عندما يرد على العمل باعتبار نتيجته، فهذه المنافع لا تقدر بالمدة، لأنها قد تطول وقد تقصر، فلا يمكن ضبطها به، ولكنه يقدر بالعمل وحده فهو منضبط ومحدود، كبناء بيت، أو طهي طعام، بالإضافة إلى أن المقاول يعمل باستقلال تام عن صاحب العمل، ولا يخضع لإشرافه وإدارته، فهو ليس مسؤولاً عنه.

وتشير الفقرة الثانية من المادة ( ٨٠٥ ) من القانون المدني الأردني إلى ذلك، إذ جاء فيها " أما إذا كان العامل غير مقيد بأن لا يعمل لغير صاحب العمل أو لم يؤقت لعمله وقت فلا ينطبق عليه عقد العمل ولا يستحق به أجراً إلا بالعمل حسب الاتفاق (٣) ."

ويلاحظ مما تقدم أن العامل عندما يقدم عمله فحسب، وباستقلال تام عن صاحب العمل هو معنى الأجير المشترك في الفقه الإسلامي، والذي يخرج في التشريعات المدنية من عقد العمل ليدخل في دائرة عقد المقاولة، ويبرز ذلك في المادة ( ٨٦٥ ) من القانون العراقي

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . ( ٥٨٨ / ٢ ) ، و هو مشابه لتعريف مشروع قانون المدني الفلسطيني في المادة (٨٢٦) . ( ص ١٢٠ ) .

(٢) د، وفا ، محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي . ( ص ٧٣ ) .

(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . ( ٥٨٨ / ٢ )

عندما قررت أنه " يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله ويكون المقاول أجيبراً مشتركاً " (١).

وهناك فروق أخرى بين عقد المقاولة وعقد العمل تساعد على التمييز بين العقدين أشار إليها بعض علماء القانون المدني (٢) ومنها:

١- العامل في عقد العمل لا بد أن يكون شخصاً طبيعياً، إذ إنّ تنفيذ العمل أساسي في عقد العمل، فلا يجوز أن يحل محله شخصاً آخر دون موافقة صاحب العمل، بخلاف عقد المقاولة، فقد يكون المقاول شخصاً طبيعياً أو معنوياً كمؤسسة أو شركة، وله أن يعهد بالعمل لشخص آخر محله، إلا إذا كان شخص المقاول عنصراً مهماً في عقد المقاولة.

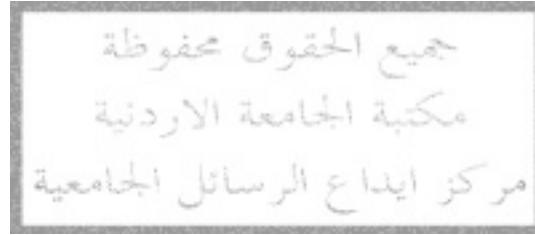
٢- يستحق العامل أجره في عقد العمل، إذا تواجد في مكان العمل، وأبدى استعداداً لتنفيذه حتى ولو لم يزوده صاحب العمل بالعمل، بينما لا يستحق المقاول عوضاً إلا إذا قام بتنفيذ العمل فعلياً .

٣- العامل في عقد العمل لا يضمن ما يعمل به بين يديه، إلا إذا تعمد الإلتلاف أو التساهل وقصر في أسباب الحفظ وأصول العمل، فیده على ما بين يديه يد أمان، ومثله الأجير الخاص في الفقه الإسلامي أما المقاول فإنه يضمن ما هلك تحت يده، لأنّ يده يد ضمان، كما هو حال الأجير المشترك في الفقه الإسلامي، وهذا استناداً

(١) د. وفا ، محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الاسلامي . (ص ٧٠)

(٢) قرّة ، فتحة : أحكام عقد المقاولة . (ص ٣٠ - ٣٣) ، ود . هاشم ، هشام رفعت : شرح قانون العمل الأردني ، ط٢ . عمان مكتب المحاسب ١٩٩٠ . (ص ٥٤ - ٥٥) ، ود . السنهوري : الوسيط . (٧ / ٨ ، ٩) .

لرأي أبي يوسف (١) ومحمد بن الحسن (٢) - من أصحاب أبي حنيفة - وحجتهم في ذلك الحفاظ على مصالح الناس. (٣)



(١) هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي البغدادي ، ولد سنة ١١٣هـ صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه ، وأول من نشر مذهبه ، كان فقيهاً عالماً ، من حفاظ الحديث ، وهو أول دعي " قاضي القضاة " ومن كتبه " الخراج " و " الآثار " و " النوادر " . انظر: ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية . ( ٦١١/٣ - ٦١٣ ) . والبغدادي : تاريخ بغداد . ( ٢٤٢/١٤ ) .

(٢) هو محمد بن حسن بن فرقد" أبو عبد الله " الشيباني ، وأصله من قرية حرسنا في غوطة دمشق ، امام الفقه والأصول ، ولد بواسط ١٣١ هـ ونشأ في الكوفة ، وهو تلميذ أبي حنيفة وناشر علمه عالماً بكتاب الله تعالى ، وقال الشافعي : " لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن لقلت لفصاحته " له كتب كثيرة منها " الجامع الكبير " و " الجامع الصغير " ، وتوفي بالري سنة ١٨٩ هـ ، انظر : ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية . ( ١٢٢-١٢٦ / ٣ ) . وابن عماد الحنبلي : شذرات الذهب . ( ٣٢١-٣٢٥ ) .

(٣) القدوري ، أحمد بن محمد : اللباب في شرح الكتاب . ( ٩٣ / ٢ ) ، والكاساني : بدائع الصنائع . ( ٨٨ / ٦ ) ، ود. الزحيلي ، وهبه : عقد المقالوة . مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . العدد الرابع عشر ٢٠٠٣ م ، و د. البغا ، مصطفى : فقه المعاضات . ( ص ١٦٣ - ١٦٤ ) .

## المطلب الرابع:

### المقاولة والوكالة وأصحاب المهن الحرة

الوكالة لغة<sup>(١)</sup>: بفتح الواو وكسر هاء: التفويض، يقال وكله أي فوض إليه، والتوكل: إظهار العجز والاعتماد على غيرك، وتقع الوكالة أيضاً على الحفظ ومنه " الوكيل " في أسمائه تعالى بمعنى الحافظ قال تعالى: " وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ " ( ٢ )

وأما الوكالة شرعاً: فقد قال الكاساني من الحنفية: (٣) " وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوي، وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل أو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم " (٤).

وقال الشافعية: " تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته " (٥).

---

(١) مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط . ( ١٠٥٥ / ٢ ) ، الفيروز أبادي : القاموس المحيط . ( ٨٨ / ٤ ) وابن منظور : لسان العرب . ( ١١ / ٧٣٤-٧٣٥ )  
(٢) سورة آل عمران الآية : ( ١٧٣ )  
(٣) الكاساني : بدائع الصنائع . ( ٧ / ٤٢٦ )  
(٤) ابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ٨ / ٢٤١ ) .



وقال المالكية: " نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه، غير مشروطة بموته " (٦).

وقال الحنابلة: " استنابه جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة " (٧).

وقد اقتبس القانون المدني الأردني تعريف الوكالة من ابن عابدين الحنفي حيث عرفها في المادة ( ٨٣٣ ): " الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم (١) .

تبيين من التعريفات السابقة أن مقتضى عقد الوكالة، تفويض شخص آخر بعمل ما تقوم بدلاً عنه، وتتفق مع المقولة في أن كلاً منهما يرد على العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير، ولكنهما يختلفان في أمور عدة، منها (٢):

١- طبيعة العمل في الوكالة تصرف قانوني، قد تكون تصرفات مالية من بيع وشراء وكذلك التصرفات الشخصية كالنكاح والطلاق والخلع والرجعة، وتصلح الوكالة في الخصومة، وكل ما يقبل النيابة شرعاً.

(٥) الشريبي: مغني المحتاج . ( ٢٣١ / ٣ )

(٦) الخرشي: حاشية الخرشي. ( ٣٩٢ / ٦ )

(٧) البعلي، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد: كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح " أخصر المختصرات " في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، من منشورات السعيدية بالرياض . ( ٣ / ٢ ) ، وابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى: منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التفتيح والزيادات: تحقيق عبد الغني عبد الخالق . عالم الكتب . ( ص ٤٤٣ ) .

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . ( ٥٩٥ / ٢ )

(٢) انظر: قرّة ،فتيحة: أحكام عقد المقاوله . ( ص ٤١ ) ، و عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاوله . ( ص ٢٦ - ٢٩ ) ، ود. الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والأردني . ( ص ٢٩٤ ) ، و د. أبو البصل : علي عبد الأحمد : عقد المقاوله . ( ص ٣٤ ) . د. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني . ( ص ١٤ - ١٦ ) ( ، ود. أبو قرين ، أحمد : الأحكام العامة لعقد المقاوله . ( ص ١٦ - ١٧ ) . ، ود الشهاوي ، قدرى: عقد المقاوله . ( ص ٢٩ - ٣٢ ) ، ود. السنهوري : الوسيط . ( ٧ / ١٤ - ١٦ ) و د. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية . ( ص ٣٧٢ ) ، و د . شنب: شرح أحكام عقد المقاوله . ( ص ٣٢ - ٣٣ ) .

أما محل المقابلة فهو عمل مادي، حتى وان توسعت صور المقابلة وشملت أعمالاً معنوية كالاستشارات الهندسية والقانونية الا أنها لا تخرج عن المقابلة.

٢- المقاول عند ما يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وانما يعمل مستقلاً وإدارته وإشرافه، أما الوكيل فهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله ويكون نائباً عنه، وتضاف الأعمال القانونية التي يبرمها إلى الموكل فكأنه عقدها مباشرة.

٣- عقد المقابلة من العقود الملزمة للجانبين، أما عقد الوكالة فهو غير ملزم، فللموكل أن يقوم بعزل الوكيل في أي وقت كما أن للوكيل أن يتنازل عن الوكالة متى أعلم موكله بذلك في وقت ملائم، وهذا إذا لم يكن عقد الوكالة استتجاراً، فإذا عقد بلفظ الإجارة بأن بين الزمن والعمل كالبيع أصبحت الوكالة لازمة عند الملكية (١) والشفاعية (٢) خلافاً للحنفية (٣) والحنابلة (٤) وإن كانت على سبيل الجعالة بأن لم يعين في العقد الزمن أو العمل فهي غير لازمة بالاتفاق، (٥) إلا أن الملكية (٦) قالوا: تلزم الجاعل بعد الشروع في العمل.

٤- المقابلة من عقود المعاوضات، وهذا يعني أنّ المقاول معرض للمكسب والخسارة، والوكالة في الغالب من عقود التبرعات، لأن الأصل فيها أن تكون بغير أجر.

(١) الخرخشي : حاشية الخرخشي. (٦ / ٤٢٦) .

(٢) الشربيني : مغني المحتاج . (٣ / ٢٥٧) .

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع . (٧ / ٤٦٠) .

(٤) ابن النجار : منتهى الإيرادات . (ص ٤٤٦) .

(٥) الخرخشي : حاشية الخرخشي . (٦ / ٤٢٦) ، الشربيني : مغني المحتاج . (٣ / ٢٥٧) ، الكاساني : بدائع الصنائع .

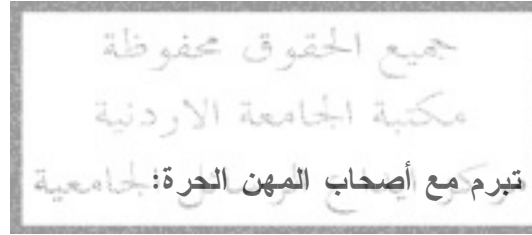
(٧ / ٤٦٠) ، ود . الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . (٥ / ١٢٤) ، ود . الخن ، مصطفى : فقه المعاملات ،

منشورات جامعة دمشق ، ١٩٩٤ م . (ص ٢١١) .

(٦) الخرخشي : حاشية الخرخشي. (٦ / ٤٢٦) .

فإذا أصيب المقاول بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر، أما إذا أصيب الوكيل بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد قضت المادة (٨٥٩) (٧) في الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني بما يلي: " ويكون مسؤولاً عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ما لم يكن ناشئاً عن تقصيره أو خطئه " ومطابقة للمادة (٨٧٩) من مشروع القانون المدني الفلسطيني (٨).

٥- ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول أو رب العمل إلا إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار كالطبيب أو الفنان وغيره. وتنتهي الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل بالاتفاق (٩).



قد تلتبس المقاولة بالوكالة، لا سيما في العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الحرة، كالطبيب والمحامي والمعلم والمحاسب والمهندس، وقد كانت القوانين القديمة تعدّ هذه العقود ضمن عقد الوكالة حتى تميزهم عن العمال الأجورين، نظراً لطبيعة أعمالهم العقلية والفكرية، غير أن الاجتهاد التشريعي المعاصر عدّ هذه العقود وغالبيتها ضمن عقد المقاولة، فالأعمال التي يقوم بها أصحاب المهن الحرة هي أعمال مادية في مجموعها وغالبيتها، لا تصرفات قانونية، فالطبيب يقدم العلاج للمريض، والمحامي يدافع أمام القضاء عن الخصم، والمهندس المعماري يضع التصميمات والرسوم والمقاييسات، وإن تميزت بشيء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة.

(٧) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني . ( ٦٠١ / ٢ )

(٨) الشربيني : مغني المحتاج . ( ٢٥٤ / ٣ ) ، الكاساني : بدائع الصنائع . ( ٤٥٩ / ٧ ) .

(٩) الشربيني : مغني المحتاج . ( ٤٥٨ / ٣ ) الكاساني : بدائع الصنائع . ( ٤٦٢ / ٧ ) البهوتي : كشف القناع .

( ٤٦٨ / ٣ ) ، الخرشي : حاشية الخرشي . ( ٤٢٢ / ٦ )

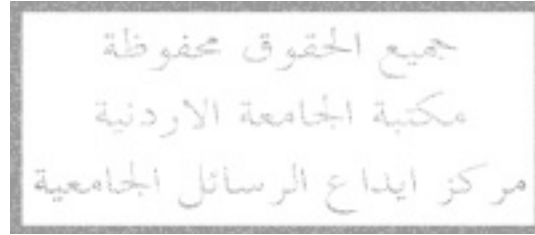
ولكن يحدث أحياناً أن يكلف أصحاب المهن بأعمال قانونية بالإضافة إلى الأعمال المادية، فالمهندس عندما يكلف بتسوية الحساب وإدخال تعديلات على العقد الأصلي المبرم من صاحب العمل ومقاول البناء، فهذه تصرفات قانونية، وعندئذ فليس هناك ما يمنع من اعتباره مقاولاً بالنسبة للأعمال المادية ووكيلاً بالنسبة للأعمال القانونية، وإذا اختلطت الأعمال التي يقوم بها الشخص بحيث يتعذر التمييز في شأنها بين نطاق كل من هذين العقدين، فهنا تكيف العملية تكيفاً موحداً وفقاً للصفة الغالبة، فيعدّ العقد مقاولاً إذا كان النشاط المادي هو الغالب ويُعدّ وكالة إذا كان الغالب هو العمل القانوني،<sup>(١)</sup> وكل ذلك إذا لم يكن أصحاب هذه المهن يعملون في مؤسسات ودوائر، وتوجيه وإشراف من المسؤولين فيها فعندئذ يكون العقد عقد عمل. مكتبة الجامعة الأردنية  
مركز أبحاث الرسائل الجامعية

وقد عدّ الفقه الإسلامي هذه العقود من عقود الإجارة الواردة على عمل الإنسان<sup>(٢)</sup>، وأدخلت القوانين المدنية المعاصرة أحكام الإجارة الواردة على العمل ضمن أحكام عقد المقاوله إذا كان المقاول يعمل مستقلاً، وضمن عقد العمل إذا كان العامل أو المهني يعمل تحت إشراف الإدارة وتوجيهها، يقول ابن جزّي<sup>(٣)</sup>: "ويتردد بين الجعل والإجارة مشاركة الطبيب على برء المريض والمعلم على تعليم القرآن" (٣)

(١) انظر د. شنب: شرح أحكام المقاوله . (ص ٣٢ - ٣٣) ، و د. السنهوري: الوسيط . (١٦ وما بعدها) ، و د. الشهاوي : عقد المقاوله . (ص ٣٢ - ٣٣) و د. الفضلي: الوجيز في العقود المدنية. (ص ٣٧٢) ، و د. السرحان: شرح القانون المدني. (ص ١٦) و د. أبو قرين: الأحكام العامة لعقد المقاولات. (١٦، ١٧) . و د. عنبر: الوجيز في عقد المقاوله . (ص ٢٩ - ٣٦) ، و قره ، فتحة : أحكام عقد المقاوله (ص ٤١ - ٥٦) .

(٢) الخرخشي : حاشية الخرخشي . (٦ / ٢٢٩) و الشربيني : مغني المحتاج . (٣ / ٤٥٥) .

(٣) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ، أبو القاسم : فقيه من العلماء بالأصول واللغة من أهل غرناطة ، ولد سنة ٦٩٣هـ ، وأخذ عن ابن الزبير ولازم ابن رشد ، وانتفع به ابن الكماد والولي الطنجالي وغيرهم ، ومن كتبه "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية" و "تقريب الوصول إلى علم الأصول" ، توفي شهيداً في واقعة طريف سنة



## المطلب الخامس:

### المقابلة والوديعة

٧٤١هـ. — ابن قاسم مخلوف، محمد بن محمد : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية

٢٠٠٣م. ( ٣٠٦/١ ) والزركلي : الأعلام ( ٥ / ٣٢٥ ) .

(٣) ابن جزّي : القوانين الفقهية . ( ص ١٨٢ ) .

## تعريف الإيداع والوديعة :

**لغة<sup>(١)</sup>**: مشتقة من الودع، وهو الترك، ورد في الحديث " لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات و ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين " <sup>(٢)</sup> أي تركهم الجمعات ، وودعت الشيء ودعاً: تركته، والوديعة: واحدة الودائع فعيلة بمعنى مفعولة، وهو الشيء الموضوع والمتروك عند غير صاحبه للحفاظ، أو قبل منه الشيء ليحفظه له

**والوديعة في اصطلاح الشرع**: تطلق على أمرين: على المعنى المصدري وهو الإيداع، ويطلق على العين المودعة.

والمقصود بالبحث عند الفقهاء هو الوديعة بمعنى الإيداع ، لا يبحثون في الوديعة على المعنى الثاني إلا تبعاً.

و على هذا فقد عرفت الوديعة عند الفقهاء، بتعاريف متعددة وهذا بعض منها:

عرفها الشافعية بأنها: " توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص " <sup>(٣)</sup>.

والمملوك: ما يصح تملكه شرعاً، ويقع عليه اسم الملك، والمحترم المختص، ما لا يقع عليه اسم الملك شرعاً، ولكن يصح وضع اليد عليه والاختصاص به فدخل في ذلك صحة إيداع جلد الميتة الذي يظهر بالدباغ، والخمر المحترمة التي تعصر لتكون خلاً، والكلب المعلم و الزبل وما أشبه ذلك، وخرج ما لا يقع اسم الملك عليه وليس هو بمحترم وذلك

(١) ابن منظور: لسان العرب . ( ٨ / ٣٨٦ ) ، مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط . ( ٢ / ١٠٢١ ) .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الجمعة ، باب التغليظ في ترك الجمعة ، برقم ( ١٩٩٩ ) ، انظر النووي ، يحيى بن شرف : صحيح مسلم بشرح النووي . ط ٢ . الرياض : دار المعرفة ١٩٩٥ م . ( ٦ / ٣٩١ ) .

(٣) الشربيني : مغني المحتاج . ( ٤ / ١٢٥ )

لنجاسة عينه كالخنزير وما ليس فيه اختصاص كالكلب الذي لا يقتنى وثوب، طيرته ريح. (١)

وعرفها الحنفية: بأنها " تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة (٢).

فلو قال شخص أودعتك هذا المال، فقال الآخر قبلت فينعد الإيداع صراحة عندئذ، وإذا ترك رجل عند صاحب دكان، وقال له هذا ودیعة عندك، وسكت الآخر بعد أن رآه، يصير مودعاً دلالة (٣).

وعرفها الحنابلة والمالكية قريباً مما عرفها الشافعية بقولهم: " توكيل بحفظ المال "

(٤) وهي " المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض " و " الإيداع " توكيل في حفظه تبرعاً (٥).

وعرفها القانون المدني الأردني في المادة ( ٨٦٨ ) الفقرة الأولى بقوله: " الإيداع عقد

يخول به المالك غيره حفظ ماله ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال ورده عيناً " (٦)

ويقال للطرف الأول: مودع وللتاني: وديع أو مُستودع أو مُودع عنده، وللشيء المودع:

ودیعة، والمحل: العمل، فهو عقد وارد على العمل المتمثل بحفظ الوديعة، كما يحفظ ماله.

و الإيداع من عقود التبرعات، كالعارية وغيرها من الأمانات التي لا أجر على حفظها،

فليس للمودع عنده أن يطلب أجراً على حفظ الوديعة أو أجره المحل الذي وضعت فيه، إلا

إذا اشترط ذلك في العقد، وجرى العرف به، فالمسلمون عند شروطهم. (٧)

(١) الشربيني: مغني المحتاج. ( ١٢٥/٤ ). و. د. الخن، مصطفى: فقه المعاملات. ( ص ٣٣٤ ) ..

(٢) ابن عابدين: حاشية رد المحتار. ( ٤٥٣ / ٨ ).

(٣) د. الزحيلي، وهبة: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمدني الأردني. ( ص ٢٩٧ )

(٤) الخرشي: حاشية الخرشي. ( ٤٧٠ / ٦ ).

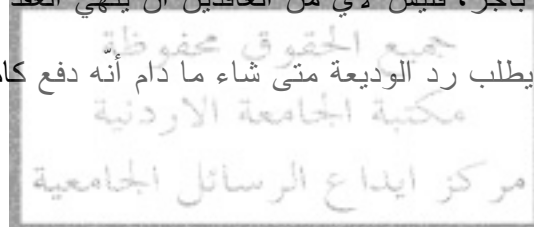
(٥) ابن النجار: منتهى الإرادات. ( ٥٣٦ / ٢ )، البهوتي: كشف القناع ( ١٦٦ / ٤ ).

(٦) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ( ٦٠٣ / ٢ )

وأخذ بذلك القانون المدني الأردني في المادة ( ٨٧١ ) والإماراتي في المادة ( ٩٦٥ ) حيث تنص على أنه " ليس للمودع لديه أن يتقاضى أجراً على حفظ الوديعة ما لم يتفق على ذلك " (١)

والإيداع عقد غير ملزم مطلقاً في حق كلا الطرفين، فيحق للمودع عنده أو المودع فسخ العقد متى شاء، فالمودع يستعين بغيره على الحفظ، فله أن يستغني عن هذه الاستعانة متى شاء، والوديع متبرع بالحفظ، فله أن يتخلى عن تطوعه بالحفظ متى شاء، على أن لا يكون الإنهاء في وقت غير مناسب (٢).

وإذا كان الإيداع بأجر، فليس لأي من العاقدين أن ينهي العقد قبل حلول الأجل المحدد للوديعة، وللمودع أن يطلب رد الوديعة متى شاء ما دام أنه دفع كامل المترتب عليه. (٣)



تفريق الإيداع عن المقاولة: (٤)

(٧) البهوتي: كشاف القناع. (٤/١٦٦-١٦٧)، ابن جزّي: القوانين الفقهية. (ص ٢٤٦)، والخرشي: حاشية الخرشي. (٦/٤٩١).

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. (٢/٦٠٣)، و د. الزحيلي، وهبة: العقود المسماة (ص ٢٩٩).

(٢) د. الزحيلي، وهبة: العقود المسماة. (٣٠٨)، حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. (٢/٢٢٨).

والبهوتي: كشاف القناع. (٤/١٦٧) الخرشي: حاشية الخرشي. (٦/٤٩٢)، الشريبي: مغني المحتاج. (٤/١٢٩) والكاساني: بدائع الصنائع. (٨/٣٦٥).

(٣) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية. (٢/٢٣١).

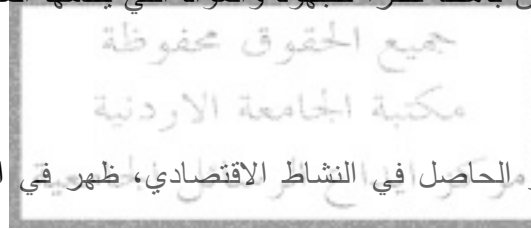
(٤) د. السنهوري: الوسيط. (٧/٢٨-٢٩) والزرعاء، مصطفى: المدخل الفقهي العام. (١/٤٤٩)، و د. الزحيلي، وهبة: العقود المسماة في قانون المعاملات المدني الإماراتي والقانون المدني الأردني. (ص ٢٩٨-٢٩٩)، و د. الشهاوي: عقد المقاولة. (٤٤، ٤٥)، و د. السرحان، عدنان: شرح القانون المدني الأردني. (ص ١٦)، و د. قرة، فتيحة: أحكام عقد المقاولة. (ص ٦٥-٦٦)، و د. عنبر، محمد: الوجيز في عقد المقاولة. (ص ٤٤-٤٦)، و د. أبو البصل، علي عبد الأحمد: عقد المقاولة والتوريد. (ص ٣٨).



يتضح مما سبق أن الإيداع والمقاولة محلها القيام بعمل، غير أن العمل في الوديعة تختلف طبيعته عن المقاولة، إذ هو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده إليه عيناً عند طلبه منه.

والأصل في الوديعة أن تكون بدون أجر، إذ هي من عقود التبرعات، والمودع لا يبغى التكسب والربح، وإذا اتفقا على أجر ما، فهو زهيد يقابل ما بذله المودع عنده من جهد في حفظ الوديعة، ويترتب على هذا عدم لزوم عقد الإيداع.

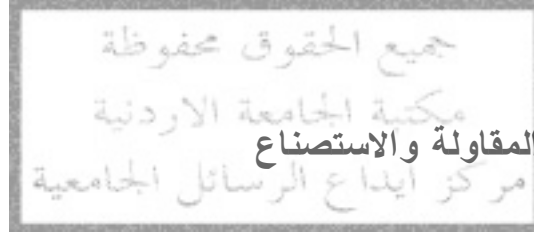
أما عقد المقاولة فهو من عقود المعاوضات، ويبغى الموقول من ورائه الربح والتكسب والأجر وغالباً ما يكون باهظاً نظراً للجهود والمواد التي يقدمها الموقول، ويترتب على ذلك أنه عقد لازم.



ونظراً للتطور والحاصل في النشاط الاقتصادي، ظهر في الحياة العملية عقود بين مؤسسات وشركات محلها حفظ كثير من السلع والبضائع ولا سيما المواد الغذائية والتي تحتاج لتخزينها فترة زمنية طويلة في أمكنة مخصصة ومعدة لهذا العمل، وترتب على ذلك أجور ليست بزهيدة ليستحقها المودع عنده، نظراً لتعهده بحفظ تلك السلع وتسليمها في الوقت المتفق عليه.

وهذه الصورة التعاقدية هي إحدى أنواع عقد المقاولة وعندئذ يكون عقداً لازماً لكلا الطرفين، وتنطبق عليه أحكام عقد المقاولة.

## المطلب السادس:



حينما يقدم المقاول، المادة اللازمة لتحضير الشيء المطلوب منه، إضافة إلى العمل فهذه صورة عقد الاستصناع تماماً كما أسلفت<sup>(١)</sup>، وذكرت اختلافات علماء القانون في تكييفه، وملت إلى أن عقد الاستصناع هو نوع من أنواع المقاولات، ولكن رغبت في أن أزيد الأمر ايضاحاً، وأذكر تعريف عقد الاستصناع وأوصافه، وأفرق بينه وبين عقد المقاوله.

### تعريف عقد الاستصناع:

الاستصناع في اللغة<sup>(٢)</sup>: صَنَعَهُ يَصْنَعُهُ صُنْعًا فَهُوَ مَصْنُوعٌ وَصُنْعٌ: عَمَلُهُ وَمِنْ ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: "صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَتَقَنَّ كُلَّ شَيْءٍ"<sup>(٣)</sup>، واصطنع فلان خاتماً إذا سأل

(١) انظر: (ص ١١، ١٩) .

(٢) ابن منظور: لسان العرب . (٢٠٨ / ٨) ، الفيروز أبادي: القاموس المحيط . (٧٤ / ٣) مجمع اللغة العربية :

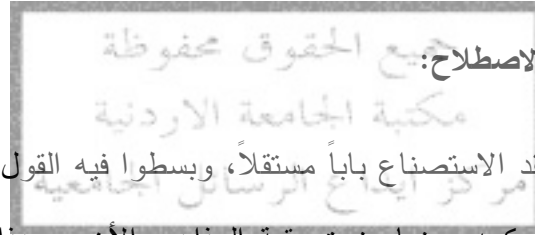
المعجم الوسيط . (٤٢٥ / ٢) .

رجلاً أن يصنع له خاتماً، روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً من ذهب<sup>(٤)</sup>، كما تقول اكتتب أي أمر أن يكتب له، والطاء في اصطنع بدلاً من تاء الافتعال لأجل الصاد.

واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه، والصناعة: حرفة الصانع، وعمله الصنعة.

والتصنيع: جعل الأمة صناعية بالوسائل الاقتصادية.

وبهذا تبين أن علماء اللغة يجمعون على أن الاستصناع هو طلب عمل من الصانع فيما هو مختص به.



أفرد الحنفية لعقد الاستصناع باباً مستقلاً، وبسطوا فيه القول في كتبهم ببيان حقيقته وصفته وشروطه وحكمه، بينما منعت بقية المذاهب الأخرى هذا العقد واعدته من بيع المعلوم، وألحقته بالسلم في الصناعات<sup>(١)</sup>.

فعرّفه الكاساني بقوله: " عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل "<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن عابدين<sup>(٣)</sup>: " طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص " (٤) .

(٣) سورة النمل: الآية: (٨٨) .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان والنذور، باب من حلف على شيء وإن لم يحلف، برقم (٦٦٥١)، انظر العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري. (١١/٦٥٨) .

(١) الكاساني: بدائع الصنائع. (٦/٨٤)، وابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار. (٧/٤٧٤)، والبهوتي، كشاف القناع. (٣/٢٩١)، الشربيني: مغني المحتاج. (٣/١٥)، و الخرخشي: حاشية الخرخشي. (٦/٧٣)

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع. (٦/٨٤) .

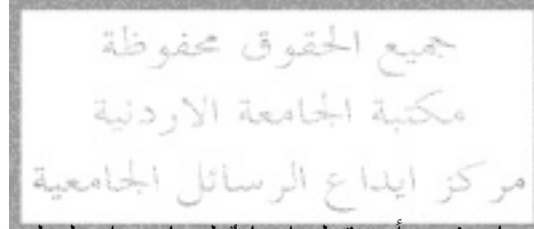
(٣) محمد أمين عمر بن عبد العزيز عابدين: فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، ولد بدمشق سنة ١١٩٨ هـ، حفظ القرآن الكريم وهو صغير السن، ومن شيوخه الشيخ محمد السالمي، ثم رحل إلى مصر وأخذ عن الشيخ الأمير المصري، وعنه أخذ الشيخ عبد الغني الميداني، والشيخ حسن البيطار. ومن مصنّفاته " رد المحتار على الدر المختار "

فبقوله إنه ( عقد ) إخراج لقول من قال إنه مواعدة، أي وعد بالبيع.

وقوله ( على مبيع ) أخرج الإجارة لأنها عقد على عمل الأجير.

وقوله ( في الزمة ) يدل على أن المقصود هو بيع خاص، لأن البيع المطلق من شروطه أن يكون المبيع مقبوضاً في المجلس.

وقوله ( شرط فيه العمل ) ، قيد أخرج به السلم، لأن السلم بيع عاجل بآجل، ويشترط فيه قبض الثمن، أما الاستصناع فيجوز تأخير دفع البذل<sup>(٥)</sup>، وقوله على وجه مخصوص أي جامع شرائط الاستصناع ولهذا يتكون العقد من الصانع، والمستصنع، والمصنوع والعمل.



وأما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع: اعمل لي قميصاً من صوف بثمان كذا، أو يقول: اصنع لي أنية من نحاس بثمان كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره، ووصفه، فيقول الصانع: نعم<sup>(١)</sup>.

**أوصاف عقد الاستصناع:** بعد الاطلاع على ما جاء في كتب الحنفية عند بحثهم لموضوع الاستصناع يمكن أن يستخلص له الخصائص الآتية<sup>(٢)</sup>:

و" العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية " ، وتوفي بدمشق سنة ١٢٥٢ هـ ودفن بمقبرة " الباب الصغير " . الحافظ ، محمد مطيع ، وأباطة، نزار : علماء دمشق وأعيانها في القرن الثالث عشر الهجري . ط١ . دمشق : دار الفكر المعاصر . ١٩٩١ م ( ١ / ٤٣٠-٤٠٦ ) ، والزركلي ، خير الدين : الأعلام ( ٤٢ / ٦ ) .

(٤) ابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ٤٧٤ / ٧ ) .

(٥) د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . ( ٤ / ٦٣١ ) ، وابن عابدين : رد المحتار . ( ٤٧٤ / ٧ - ٤٧٥ ) .

(١) الكاساني : بدائع الصنائع . ( ٦ / ٨٤ ) ، و ابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ٧ / ٤٧٥ ) ، والنووي روضة الطالبين . ( ٣ / ٢٦٦ ) .

(٢) انظر : د. الثبتي ، سعود بن مسعد : الاستصناع . مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجده . العدد السابع . ١٩٩٢ م . ( ٢ - ٦٧٢ - ٦٧٣ ) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . ( ٤ / ٦٣٣ ) ، و جعيط ، كمال الدين : عقد

١- أنه عقد وارد على العمل، فهو عنصر جوهري في العقد، والاستصناع يدل على طلب الصنعة.

٢- أنه من عقود المعاوضات، العمل الذي يقوم به الصانع يقابل بدلاً يلتزم به طالب الصنعة.

٣- يتفرع عن ذلك أنه عقد ملزم للجانبين، وهذا رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله خلافاً لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله<sup>(٣)</sup>، ولاسيما عندما يأتي المصنوع مطابقاً للأوصاف المتفق عليها، وهذا ما اختارته مجلة الأحكام العدلية في مادتها (٣٩٢) (٤) وما رجع به الفقهاء المعاصرون؛ لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضار، ولم يعد عقد الاستصناع كما كان في الماضي يقع على أمور قليلة الأهمية كالقانسوة وأنية النحاس وغيرها، بل في زماننا هذا وفي زمان وضع قوانين مجلة الأحكام العدلية أصبح عقد الاستصناع يجري في أشياء ذات أهمية كبيرة وتمثل مبالغ مالية طائلة، كصناعة البواخر والمدافع، وآلات الطباعة، وتحقق أهدافاً اقتصادية في أعلى مستوى.

فالقول بعدم لزوم العقد يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة، ويلحق الأضرار الكبيرة.

---

الاستصناع . مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجهة . ١٩٩٢ . ( ٢ / ٥٢١ - ٥٣٦ ) ، ود. التازي ، مصطفى كمال : الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر ( ٢ / ٥٩٨ - ٥٩٩ ) . مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجهة ، قرار رقم : ( ٧ / ٣ / ٦٧ ) بشأن عقد الاستصناع . العدد السابع . ١٩٩٢ . ( ٢ / ٧٧٧ ) واستاذنا د. الكردي ، أحمد الحجي : فقه المعاوضات . ط ٢ . منشورات جامعة دمشق ١٩٨٩ م . ( ص ٣٩٠ ) . و د. أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاوله والتوريد في الفقه والقانون . ( ص ٣٩ - ٤١ ) .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ٧ / ٤٧٣ ) ، و الكاساني : بدائع الصنائع . ( ٦ / ٨٧ ، ٨٨ ) .

(٤) حيدر ، علي : درر الحكام . ( ١ / ٣٦١ ) .

٤- عقد الاستصناع مشروع عند الحنفية استحساناً على خلاف القياس، لأنه بيع المعدوم، فالمستصنع يشتري من الصانع مصنوعه قبل أن يعمله، وهو باطل إلا السلم.

والصواب أنه على وفق القياس؛ لأن المصنوع اتفق على أوصافه فهو مضمون في الذمة، ومقدور على تسليمه غالباً، ولهذا يكون من العقود المحددة، وليس من عقود الغرر، لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة.

يستند الحنفية أيضاً في مشروعيتهم على الإجماع العملي، فهذا العقد متعارف عليه ويعمل به من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم دون نكير<sup>(١)</sup>.

٥- هو عقد زمني: فالزمن عنصر جوهري فيه، وبهذا يختلف عن عقد البيع؛ لأن البيع ينقل الملكية حال انعقاده ويتحقق شروطه. مثل الجامعية

٦- عقد الاستصناع ضرب من ضروب المقاولات، أي أن عقد المقابلة أعم وأشمل من عقد الاستصناع، فقد يقوم المقاول بالعمل فقط، أو يقوم بالعمل إلى جانب تقديم المادة وكل ذلك باستقلال عن صاحب العمل، لذلك يشمل عقد المقابلة عقوداً كثيرة، منها عقود الأشغال العامة وعقد النشر، وعقد التوريد، وعقد الإعلان، وغيرها من التعهدات.

وسبق أن بينت أن القوانين القديمة دمجت عقد المقابلة وعقد العمل في عقد الإيجار<sup>(١)</sup> وكان يسمّى عقد المقابلة بإجارة أرباب الصنائع، و بسبب التطور التجاري والنشاط الاقتصادي تشعبت صورته بفعل كثرة الحاجات وتنوع الأعمال، وظهر

(١) الكاساني: بدائع الصنائع (١٥/٦)، ود. الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته (٦٣٢/٤)، والزرقاء، مصطفى: الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة. العدد السابع (٢٣٩/٢).  
(١) انظر (ص ١٩).

التخصص وتقسيم العمل، فأبدل باسمه القديم اسماً جديداً هو عقد المقاوله تقريراً  
للوامع وتمشياً مع العرف. (٢)

### شرائط صحة الاستصناع (٣):

للاستصناع ثلاثة شروط إذا فانت أو فات واحد منها فسد العقد وكان له حكم البيع

الفاقد، وهي:

١- أن يكون المصنوع - محل العقد - مما جرى تعامل الناس على استصناعه، مثل

المصنوعات والأحذية وغيرها، وهذا أمر يختلف باختلاف البلدان والأزمنة، ويمكن

أن تضاف في عصرنا الحاضر كل الصناعات الخفيفة والثقيلة والمتوسطة والبرية  
والبحرية والجوية والفضائية كالأقمار الصناعية ونحوها.

٢- أن يبين في العقد جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته، وذلك لإزالة الجهالة  
المفضية للمنازعة عنه لأنها مفسدة لهذا العقد.

وهذا ما نصت عليه المادة ( ٧٨٢ ) من القانون المدني الأردني (٤): " يجب في

المقاوله، وصف محله، وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه، ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله

من بدل " والمادة ( ٧٩١ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. (٥)

(٢) د. السنهوري: الوسيط. ( ٣٢ / ٧ )، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ( ٥٨٢ / ٢ )، ود. أبو البصل،  
علي عبد الأحد: عقد المقاوله والتوريد. ( ص ٤١ ) .

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع. ( ٨٦ / ٦ )، وابن عابدين: حاشية رد المحتار. ( ٤٧٤ / ٧ ) ود. الزحيلي، وهبة:  
الفقه الاسلامي وأدلته. ( ٦٣٣ / ٤ )، ود. الكردي: فقه المعاضات. ( ص ٣٨٨، ٣٨٩ ) .

(٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ( ٥٨٢ / ٢ ) .

(٥) وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع: مشروع القانون الفلسطيني. ( ص ١٢٣ ) .

٣- أن لا يكون فيه أجل، فإذا ذكر فيه أجل فسد عند أبي حنيفة، هذا إذا لم يستجمع شرائط السلم، فإن استجمعها صلح سلباً، ووجه قوله أنه إذا ضرب أجلاً فقد أتى بمعنى السلم والعبرة لمعاني العقود، لا لصور ألقاظها.

وقال الصاحبان أبو يوسف ومحمد- رحمهما الله تعالى- إن اشتراط الأجل لا يفسده، والعقد استصناع على كل حال حُدد فيها أجل أو لم يحدد ؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع (١).

والذي يظهر رجحانه هو قول الصاحبين ،بل من الضروري تحديد المدة، لأن العقد وارد على العمل والعين المؤجلين، وكل ما هو شأنه لا بد من تحديد الأجل لئلا يؤدي إلى النزاع والمخاصمة.

وجاء في قرار مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته السابعة ما نصه: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

١- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

٢- أن يحدد فيه الأجل. (٢)

(١) الكاساني: بدائع الصنائع . ( ٨٦ /٦ ) ، و د. الشيبتي ، سعود بن مسعد : الاستصناع : مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة . ( ٦٦٧ /٢ ) ، و د. القرّة داغي ، علي محيي الدين : عقد الاستصناع ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة . العدد السابع . ١٩٩٢ . ( ٣٥٦ /٢ ) .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة . العدد السابع . ( ١٩٩٢ ) . ( ٧٧٨ ، ٧٧٧ /٢ ) .



## المطلب السابع

### تمييز المقابلة عن عقد الجعالة:

#### تعريف عقد الجعالة:

لغة (١): الجعالة قد تضم أو تفتح، يقال لها أيضاً جَعِيلَةٌ، أو جُعِلَ وجِعَالٌ تطلق على ما يجعل للإنسان مقابل عمل، واجتعل الشيء: صنعه، يقال اجتعل من الخشب سريراً، وتجاعلوا الشيء جعلوه بينهم. ايداع الرسائل الجامعية

شريعاً: عرفها الشافعية: " الجَعَالَةُ التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله (٢). مثل قول القائل: من ردّ عبدي الأبق، أو دابتي الضالّة ونحو ذلك، فله كذا (٣).

وقال المالكية: " الجُعْلُ هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها " (٤).

وقال الحنابلة: " هي أن يجعل جعلاً لمن يعمل له عملاً من رد آبق، أو ضالّة، أو بناء، أو خياطة، وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال، فيجوز ذلك " (٥).

(١) ابن منظور: لسان العرب . ( ١١ / ١١١ ) ، الفيروز أبادي : القاموس المحيط . ( ٣ / ٥١١ ) ، مجمع اللغة

العربية : المعجم الوسيط . ( ١ / ١٢٦ ) .

(٢) الشربيني : معني المحتاج . ( ٣ / ٦١٧ ) .

(٣) النووي : روضة الطالبين . ( ٤ / ٣٣٥ ) وقد عرفها بالمثل .

(٤) ابن رشد : بداية المجتهد . ( ٢ / ٢٣٥ ) ، و ابن جزّي : الفوائن الفقهية . ( ص ١٨٢ ) .

أما الحنفية فلم يقولوا بعقد الجعالة، لما فيها من الغرر، أي جهالة العمل والمدة قياساً على سائر الإجازات وإنما أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل لمن يرد العبد الأبق ومقدار الجعل أربعون درهماً<sup>(٦)</sup>.

وتسمى عند القانونيين: الوعد بالجائزة، فهي عقد أو التزام بإرادة منفردة<sup>(٧)</sup>.

ومنها ما يخصص من المكافآت لأوائل الناجحين، أو المتسابقين فيما يحل فيه السباق، ومنه الالتزام بمبلغ مالي لطبيب يشفي مريضاً من مرض معين، أو لمعلم يحفظ ابنه القرآن<sup>(٨)</sup>.

وقال الدكتور رفيق يونس المصري في تعريف الجعالة " المختار عندي أنه عقد معاوضة على عمل آدمي لا يتجزأ بالنسبة للجاعل، ولو تجزأ العمل لوجب تجزؤ العوض، وكان إجازة"<sup>(٩)</sup>.

### مشروعية الجعالة:

العمل في عقد الجعالة قد يقع على معلوم كالخياطة والبناء، وهذا جائز بالاتفاق<sup>(١٠)</sup> فهو شبيهه بالإجازة، وإنما الخلاف عندما يقع العمل على المجهول، مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق، والناشد على وجود العبد الأبق، والعقد الوارد على هذه

(٥) البهوتي : كشف القناع . ( ٢٠٢ / ٤ ) .

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع . ( ٢٠٣ / ٦ ) ، والميداني : اللباب في شرح الكتاب . ( ٢١٧ / ٢ ) .

(٧) المنكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني . المادة ( ٢٥٥ ) . ( ١ / ٢٦٨ ) .

(٨) د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته . ( ٤ / ٧٨٤ ) .

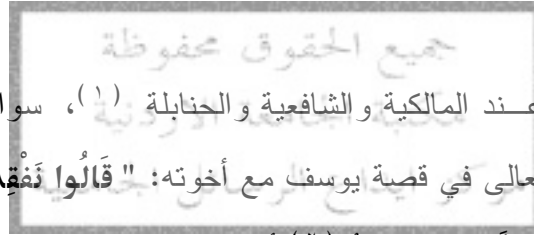
(٩) د. المصري ، رفيق يونس : بحوث في فقه المعاملات المالية . ط١ . دمشق : دار المكتبي ٢٠٠٠ . ( ص ١٨ ) .

(١٠) الشريبي : مغني المحتاج . ( ٣ / ٦٢٠ ) وابن جزوي : القوانين الفقهية . ( ص ١٨٢ ) ، البهوتي : كشف القناع .

( ٤ / ٢٠٣ ) ، د. المصري ، رفيق يونس : بحوث في فقه المعاملات المالية . ( ص ١٨٧ ) .

الأعمال من عقود الغرر ؛ لأن التزام العامل هنا تحقيق الغاية، والغاية هنا مظنون حصولها، والأصل أن يبذل العامل ما في وسعه لإنجاز العمل دون أن يلتزم بتحقيق النتائج، فالطبيب يلتزم ببذل كل الخدمات الطبية والعلاجية دون تقصير ولا يلتزم بشفاء المريض؛ لأن الغاية مظنون حصولها.

فالحنفية لا تُجَوِّزُ الجعالة عندهم لما فيها من الغرر، أي جهالة العمل والمدة، قياساً على سائر الإجازات التي يشترط لها معلومية العمل والمأجور والأجرة والمدة، وإنما أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل لمن يرد العبد الأبق (٤) ، وذلك لصيانة مال المالك.



وتجوز الجعالة عند المالكية والشافعية والحنابلة (١) ، سواء كان العمل معلوماً أو مجهولاً، بدليل قوله تعالى في قصة يوسف مع أخوته: " قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ " (٢) أي كفيل، فالعوض معلوم وهو حمل البعير في مقابل عمل مجهول وهو رد مكيال ملك مصر المرصع بالجواهر (٣)

والمعقول يؤيد ذلك، قال الشربيني في مغني المحتاج (٤): " ولأن الحاجة تدعو إليها في رد ضالة حر أبق، وعمل لا يقدر عليه، ولا يجد من يتطوع برده " فجاز بذلك الجعل على الرغم من جهالة المدة والعمل، لأن الجعالة غير لازمة، بينما الإجارة لازمة ولا بد من تحديد المدة.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع . ( ٢٠٣ / ٦ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار . ( ٢٩٠ / ٤ ) .  
(١) الشربيني : مغني المحتاج . ( ٢١٧ / ٣ ) ، والنووي : روضة الطالبين . ( ٣٣٥ / ٤ ) ، وابن رشد : بداية المجتهد . ( ٢٣٥ / ٢ ) ، والبهوتي : كشف القناع . ( ٢٠٣ / ٤ ) .  
(٢) سورة يوسف : الآية : (٧٢)  
(٣) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن . بيروت : دار إحياء التراث العربي . ١٩٦٦ م . ( ٢٣٢ / ٥ ) .  
(٤) الشربيني : مغني المحتاج . ( ٦١٧ / ٣ ) .

في ضوء ما تقدم، تبين لي أن مقومات الجعالة هي: (٥)

١- الصيغة، فالجعالة التزام بإرادة واحدة فلا تتحقق إلا بصيغة من الجاعل، تدل على إذن بالعمل بطلب صريح، وعمل العامل يقوم مقام القبول أحياناً.

٢- العاقدان، وهما الجاعل والعامل، ويشترط فيهما أهلية التعاقد، ولا يشترط في الجاعل أن يكون مالكا، إذ قد يكون متبرعا.

٣- العمل، وتصح على عمل معلوم، أو عمل مجهول، ويشترط في العمل أن يكون

منفعة حقيقية مباحاً الانتفاع بها شرعاً.

مكتبة الجامعة الاردنية

٤- البذل: يشترط لصحة الجعالة أن يكون البذل أو الجعل معلوماً، فلو قال: من رده فله ثوب أو أرضيه فسد العقد وللراد أجره مثله.

وقد أخذ القانون المدني العراقي (١) صراحة بالجعالة في المادة ( ١٨٥ ) والتي

تقول: " من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا

العمل، حتى لو قام به دون شغل إلى وعد " ، وتمثله المادة ( ١٢٦ ) من القانون المدني

المصري (٢) والمادة ( ٢١٠ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والمادة ( ٢٥٥ )

من القانون المدني الأردني وهذا نصها (٣): " من وجّه للجمهور، وعد بجائزة يعطيها عن

(٥) النووي: روضة الطالبين . ( ٣٣٥-٣٣٨ / ٤ ) ، والشربيني: مغني المحتاج . ( ٦١٦/٣ - ٦٢٧ ) ، ود. الجميلي ، خالد رشيد : الجعالة وأحكامها في الشريعة والقانون . ط١ . بيروت : مكتبة النهضة العربية . ١٩٨٦ . ( ص٤٣ ) ، ود. أبو البصل : عقد المقاولة والتوريد . ( ص ٤٤ ، ٤٥ ) ، ود. السنهوري : الوسيط . ( ١٤٦٦ ، ١٤٦٧ ) .

(١) د. الجميلي ، خالد : الجعالة وأحكامها في الشريعة والقانون . ( ص ١٧١ ) .

(٢) د. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني . ( ص ١ / ١٤٦٤ ) .

(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ٢٦٨ )

عمل معين، وعين له أجلاً، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة".

أما إذا لم يعين أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده، بإعلان للجميع على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد " وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة و القانون.

وخلص البحث أن عقد الجعالة إذا كان المحل فيه يرد على عمل مجهول لا يندرج تحته أحكام عقد المقاولة، إذ لا بد من تحديد العمل ومواصفاته بدقة في المقاولة. أما إذا كان محل الجعالة عملاً معلوماً، فتندرج تحته أحكام عقد المقاولة بشرطين:

١- أن يكون العمل والعامل معلومين.

٢- أن يكون التزام عناية، وليس التزام غاية، وبهذا تندرج عقود أصحاب المهن الحرة، كمهنة الطب، والمحاماة، ومهنة المحاسبة والتعليم تحت أحكام عقد الجعالة في الفقه الإسلامي وتحت أحكام عقد المقاولة في القانون المدني الوضعي، غير أنه لم يشر في مواده إلى عقد الجعالة عند تنظيمه لعقد المقاولة (١).

---

(١) د. السنهوري: الوسيط، (١/١٤٦٤ وما بعدها)، و د. أبو البصل: عقد المقاولة والتوريد. (ص ٤٥)، والضرير، الصديق محمد الأمين: الغرر وأثره في العقود. (ص ٥٠٢ - ٥٠٤)، و المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. (١/٢٦٨) ود. الجميلي: الجعالة وأحكامها في الشريعة والقانون. (ص ١٧٣ - ١٨٠)، ووزارة العدل: ديوان التشريع والفتوى: مشروع القانون المدني الفلسطيني. (٢٩).

جميع الحقوق محفوظة  
مكتبة الجامعة الاردنية  
مركز ايداع الرسائل الجامعية

## المقاولة عقد مستقل

مما تقدم يتضح أن عقد المقاولة عقد مستقل، له أركانه وشروطه وأحكامه وآثاره الخاصة، بعد أن كان مختلطاً بعقود البيع والاستصناع والإيجار، فالبيع عقدٌ ناقلٌ للملكية، يرد على العين بينما المقاولة ترد على العمل، وإن كان عقد المقاولة يشبه أحكام الأجير المشترك في الفقه الإسلامي، حينما يلتزم بتقديم العمل فقط، فهو مختلف عن عقد الإيجار في التشريعات المدنية المعاصرة، حيث قصرت الإجارة على منافع الأعيان.

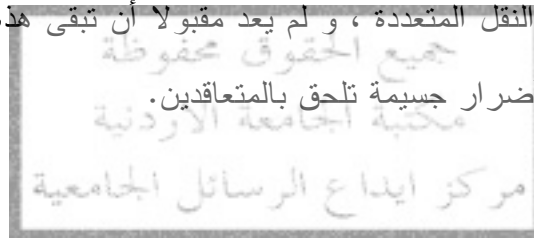
ويتميز عقد المقاولة عن عقد العمل، بأنّ المقاول لا يخضع لإدارة صاحب العمل وإشرافه، بل يؤدي عمله مستقلاً، وتقدر المنفعة بنتيجة العمل وحده، بينما يكون العامل في عقد العمل تابعاً لصاحب العمل، ويعمل تحت إشرافه وإدارته، وتقدر منفعته بالمدة.

والمقاول وهو يؤدي العمل لمصلحة من طلبه منه، لا ينوب عنه، وإنما يعمل مستقلاً، بخلاف الوكيل في عقد الوكالة، الذي يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله، ويكون نائباً عنه، وتضاف الأعمال القانونية التي يبرمها إلى الموكل، كأنه هو الذي يعقدها مباشرة.

كل هذه الاختلافات تدل بوضوح على أنّ عقد المقاولة له شبهة ببعض العقود، لكنه ليس هو ذلك العقد، وإنما هو عقد مستقل، كما فصلت ذلك آنفاً .

وتبين أيضاً أنّ عقد المقاولة من العقود الحيوية واسعة الانتشار، التي تدفع عجلة النشاط الاقتصادي إلى الأمام، مما يؤدي إلى تحقيق الرخاء وازدهار البلاد وانتعاشها وذلك لاتساع نطاقه، وتعدد أنواعه وصوره.

وكونه عقداً يرد على العمل، والعمل عنصر جوهري فيه، شمل بأحكامه مجموعة من العقود المشروعة والمشهورة في الفقه الاسلامي، والتي تغيرت طبيعتها وتكيفت بسبب التطور الهائل على صعيد المعاملات المالية والتجارية، فأصبحت عقوداً لازمة، بعد أن كانت غير لازمة، وعقود معاوضات بعد أن كانت من عقود التبرعات، ومنها عقد الإيداع الذي يكون مقابل بدل، وعقد الجعالة عندما يكون العمل والعامل معلومين، وعقد السلم المسمّى في القانون المدني المعاصر بعقد التوريد، والذي اتسعت دائرته ليشمل تمويل النشاط الزراعي والصناعي والتجاري، وعقد الاستصناع الذي تطور ما يطلب من الصانع، ليشمل اليوم استصناع المعدات والآلات الضخمة، والأجهزة الكهربائية المتنوعة، والأسلحة المختلفة ووسائل النقل المتعددة، ولم يعد مقبولاً أن تبقى هذه العقود غير لازمة لما يترتب على ذلك من أضرار جسيمة تلحق بالمتعاقدين.



والخلاصة أن عقد المقاولة يلتقي مع غيره من العقود بخصائص عديدة كونها عقوداً رضائية، وملزمة للجانبين، ومحلها القيام بعمل، ومن عقود المعاوضات فأحكام عقد المقاولة تشملها وتنطبق عليها، وتعد من صورها وأنواعها.

وبقي أن أذكر هنا، أن عقد المقاولة، وإن كان له شبه بتلك العقود التي ذكرتها آنفاً، يظل عقداً مستقلاً قائماً بذاته، ولا يستمد مشروعيته بما له شبه فيها فحسب، وإنما لتوافر الأركان والشروط المعتبرة الواجبة التوافر في العقود، شأنه في ذلك شأن عقد الاستصناع والإيجار والسلم وغيرها من العقود، التي لا تعارض نصاً ولا تتنافى مع مبادئ والقواعد العامة التي تحكم العقود في الإسلام.

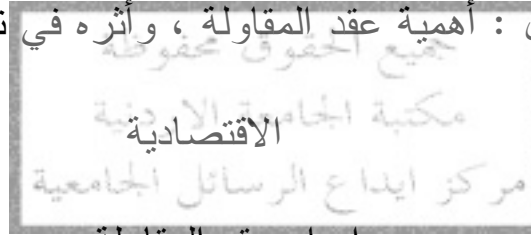


## الفصل الثاني

أهمية عقد المقاوله ، وصوره ، وأدلة مشروعيتها

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أهمية عقد المقاوله ، وأثره في تنشيط الحركة

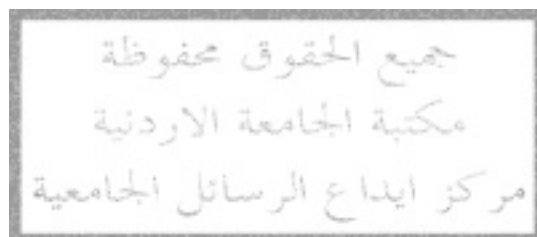


المبحث الثاني : صور إبرام عقد المقاوله

المبحث الثالث : أدلة مشروعيتها

## المبحث الأول

## أهمية عقد المقاولة ، وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية



### المبحث الأول :

#### أهمية عقد المقاولة ، وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية

ممّا يُميز فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية أنّه مبنيٌّ على مراعاة العلل والمصالح، وباستطاعة المتأمل و الدارس أن يستوعب ويستنبط الحكم والعلل للمعاملات التي شرعها الله تعالى للناس ، بخلاف العبادات فإنها تعبدية ، غير معللة ، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي (١): " الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني وأصل العادات الالتفات إلى المعاني " (٢) .

---

(١) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الشهير بالشاطبي " أبو اسحق " ، الفقيه الأصولي المفسر المحدث ، من أئمة المالكية ، أخذ عن أئمة منهم ابن الفخار ، وأبو عبد الله البلنسي ، وأخذ عنه أبو بكر بن عاصم ، وعبد

والمصالح التي قصدها الشارع الحكيم من إباحته للمعاملات بوجه عام ، هي تحقيق المصالح الحاجية ، وهي المصالح التي لا بد منها لتأمين شؤون الحياة ببُسر وسهولة ، وتدفع عنهم المشقة وتخفف عنهم التكاليف، فشرع الله تعالى البيوع والشركات والإجارة ، ورخص في بعض العقود التي لا تنطبق عليها الأسس العامة في العقود كالسلم والاستصناع .

وقد شرعت بعض أنواع المعاملات لتحقيق المصالح الضرورية التي ترجع إلى حفظ المال ، فشرع لإيجاده وتحصيله السعي في مناكب الأرض والكسب المشروع ، وشرع لحفظه وحمايته تحريم السرقة وتحريم أكل أموال الناس بالباطل ، وحرّم الله تعالى الغش والاحتكار والإسراف والتفتير وبيع الإنسان على بيع أخيه للمحافظة على المصالح التحسينية (٣).

ومن هنا فإن العقود التي أجازها الفقهاء عبر العصور حتى وقتنا الحاضر ، مردها حاجة الناس لها ولتيسير أمورهم ورفع الحرج عنهم ، ولولاها لتوقف النشاط الاقتصادي والاجتماعي ، ولأصابهما خلل كبير لا يستقيم معه أمر الحياة إلا بعسر ومشقة بالغين ، وليس هذا من أسس التشريع الإسلامي ، وينطبق ذلك على عقد المقاوله الذي برز في القرن الماضي على الساحة العمرانية والتجارية والصناعية ، وانتشر انتشاراً واسعاً في ميادين العمل وفي أنحاء المعمورة ، الأمر الذي دعا واضعي القانون المدني في دول العالم - بما فيها الإسلامي - إلى تنظيم أحكام عقد المقاوله وتفصيلها في عقد جديد من عقود العمل ، وانكب شراح القانون المدني على شرحه وبيان أحكامه وتفصيلها .

وقد أشارت إلى هذه الأهمية المستجدة والمتزايدة لعقد المقاوله المذكورة الإيضاحية للقانون المدني الأردني التي جاء فيها (١) " اتسع ميدان العمل والصناعة واتجه الناس إلى رفع شأن العامل والإعراض عن تسمية الواحد من أصحاب المهن بالأجير ، وجرى العرف

---

الله البياني ، له تأليف نفيسة منها : " الموافقات في أصول الفقه " و " الإعتصام " ، توفي سنة ٧٩٠ هـ . ابن قاسم مخلوف : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ( ٣٣٢/١ ) ، والزركلي : الأعلام . ( ٧٥/١ ) .

(٢) الشاطبي ، ابراهيم بن موسى : الموافقات في أصول الشريعة . القاهرة : المكتبة التوفيقية . ( ٢٥٦ / ١ )

(٣) انظر : د. الدريني ، فتحى : النظريات الفقهية . ( ص ١٨١ ، ١٨٢ ) . و د. الزحيلي ، محمد : أصول الفقه الاسلامي . ط٥ . دمشق : مطبعة جامعة دمشق . ١٩٨٧ م . ( ص ٩٢ - ٩٤ ) . و د. شبير ، محمد عثمان : المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي . ط١ . عمان : دار النفائس . ١٩٩٦ م . ( ص ٢١ - ٢٣ ) .

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني . ( ٥٨٢ / ٢ ) .

بينهم على اصطلاح عقد المقاولة عوضاً عن عقد الاستصناع الذي كان الفقهاء يستعملونه، وأصبح مفهوم عقد المقاولة شاملاً بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد ؛ تقريراً للواقع وتمشياً مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية أو سنة نبوية ، مع إخضاع هذا العقد للأحكام الخاصة بالاستصناع والأجير المشترك على أساس مماثلتها بما استجد من الحوادث" .

فعقد المقاولة في أصله متعارف عليه منذ زمن بعيد ، ومنذ العصور الأولى للإسلام، ولكن بأسماء مختلفة كالإجارة والبيع والاستصناع ، وظهرت الحاجة الشديدة إليه عند ما لم يجد الشخص مبتغاه من السلع والأدوات الجاهزة المتوافرة في السوق والمعروضة للبيع ، فدفعه إلى أن يتعاقد مع صانع محترف ليوفر له ما يحتاجه ، كصناعة حذاء أو قميص أو إناء ووفق ما يلائم رغباته ، ويتناسب مع ذوقه من الأوصاف ، سواء قدّم المستصنع المواد اللازمة من عنده أو من الصانع ، وبمدة محددة ومقابل بدل يتفق عليه، أو يحتاج لمن يقوم له بعمل أو خدمة ما ، كبناء جدار أو هدمه ، أو ترميم بيت أو فلاحه أرض .

وعلى الرغم من شيوع تلك المعاملات المالية ، والتي محلها القيام بعمل مادي ، سواء قدّم العامل المواد من عنده أم من عند صاحب العمل في المجتمعات البشرية المتحضرة التي فيها المهن والاحتراف، فقد ظلت في النطاق الفردي الشخصي نظراً لبساطة الحياة وسهولتها ، ثم اتسع نطاقه وتعددت صورته وأشكاله في القرن الماضي وأيامنا هذه ، إذ لم يعد مقصوراً على صناعة الأحذية والجلود والأثاث المنزلي ، أو ترميم بيت أو هدم جدار ، بل أصبح من العقود المحققة للحاجات العامة والمصالح الكبرى ، نظراً للازدياد المستمر في عدد السكان ، وازدياد الطلب على أعمال الصانع والحرفيين المهرة المتمثل في السلع الصناعية المستجدة التي أوجدتها الاختراعات وفنون الصناعة ، و التصميمات الرائعة في البناء وإقامة المشاريع الحيوية .

وقد شمل ذلك الأغذية والأدوية والملابس ووسائل الفلاحة والزراعة والاتصالات إلى أدوات الكتابة والطباعة والتسلية والرياضة ، ووسائل الإنارة والتنظيف والتدفئة والتبريد إلى ما سوى ذلك .

ولم يقف الأمر عند حاجة الناس إلى تلك السلع الاستهلاكية ، بل تعدى ذلك ليشمل التعاقد على صناعات متطورة وهامة جداً في الحياة المعاصرة ، كوسائل النقل الحديثة كالتائرات والبواخر العملاقة والقطارات والسيارات بمختلف أحجامها وأنواعها ، والآلات الضخمة

لإنشاء المصانع المنتجة ، وآلات الطباعة وغيرها ، ومختلف أنواع الأسلحة الحديثة ، حيث سمت مجلة الأحكام العدلية في المادة ( ٣٨٨ ) استصناع السلاح مع معمل أسلحة : " مقولة " ، ويصح أن يكون كل ذلك التعاقد فيه سلماً ، والذي هو نوع من أنواع المقاولات.

ومن أبرز الأمثلة التطبيقية على عقد المقولة إنشاء المباني الضخمة ، كالمدارس والجامعات والمستشفيات ، وإقامة السدود وتعبيد الطرق ، ودور السكن ، سواء كانت الأرض مملوكة للمقاول أم لصاحب العمل ، فيقوم المقاول ببناء بيت لصاحب العمل بحسب المواصفات والتقسيمات والكسوة التي يرغبها ، ويسلمه المقاول مفاتيح البناء مقابل بدل يتفقان عليه ، وقد تكون المواد اللازمة للبناء مقدمة مع العمل من المقاول أو من صاحب العمل .

ومن جانب آخر قد يكون محل العقد في المقولة غير متصل بشيء معين ، بل هو مجرد عمل ، كنقل الأشخاص والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة وغير ذلك.

وهذه الأعمال وأمثالها تدرج في الفقه الإسلامي تحت أحكام عقد الجعالة بشرط العلم بالعمل والعامل ، كما أن بعض عقود المقاولات أخذت أهمية خاصة ونظمت قواعدها وأحكامها تحت أسماء معينة ، وكانت محلاً لاهتمام الشراح والفقهاء ، كعقد النقل والنشر والتوريد وعقود الصيانة وغيرها .

وهكذا يتضح أن عقد المقولة قد دخل في مجالات لا حدود لها في عصرنا الصناعي والعملية هذا .

وفي ضوء ما تقدم ، يتبين أن لعقد المقولة فوائد عظيمة ، من أهمها (١) :

(١) انظر : د. الثبتي ، سعود بن مسعد : الاستصناع تعريفه - تكييفه . مجلة مجمع الفقه الإسلامي . جدة . العدد السابع ( ٢ / ٦٧٣ ، ٦٧٢ ) ، ود. الزحيلي ، وهبة : عقد الاستصناع . العدد السابق من نفس المجلة ( ٢ / ٣٢٠ ) ، والزرقاء ، مصطفى أحمد : عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة . العدد السابق من نفس المجلة ( ٢ / ٢٤٦ - ٢٤٩ ) ود. الفرфор ، محمد عبد اللطيف : أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية . المرجع السابق ( ٢ / ٥٠٧ - ٥١٤ - ٥١٦ ) ، ود. عبد الله ، محمد عبد الله : عقد الاستصناع . المرجع السابق ( ٢ / ٣٩٨ - ٤٠١ ) .

١- القضاء على البطالة المنتشرة في العالم ، وخصوصاً المجتمع الإسلامي ، فنطاق التعاقد بالمقاوله واسع شمل جميع جوانب الحياة وبالأخص إذا كان تعاون بين المصارف الإسلامية والشركات الصناعية الكبرى وشركات التعهدات والمقاولات ، متمثلاً في تمويل المشاريع الضخمة ودعم الصناع والحرفيين وأصحاب الورش الصغيرة، لیتمکنوا من مواصلة أعمالهم لمن يطلبها منهم على حساب الدين أو أقساط ميسرة .

٢- تحقيق الاستقرار الاقتصادي ، فعندما يطلب شخص عملاً أو سلعة ما بصفات معينة ، ووجد مبتغاه بيسر وسهولة ، فهذا يدل على عدم وجود تضخم في الصناعات ، وشيوع التوازن بين العرض والطلب .

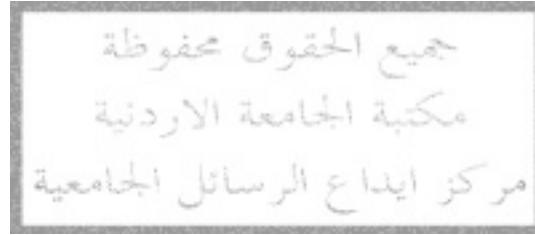
٣- التحرر من قيد تعجيل الثمن كما هو في السلم ، ففي عقد المقاوله توسيع لنطاق التعاقد على بيع المعدوم وتشجيع للحركة العمرانية ، كما هو حاصل في بيع الدور السكنية على الخريطة دون أن يدفع طالبها كامل ثمنها، وبأقساط محددة حسب استطاعته .

٤- بسبب إقامة المباني السكنية بعقد المقاوله ، ساعد في التغلب على أزمة المساكن ، مما يحقق الرفاه الاجتماعي ، ورواج التجارة وانتعاشها ، وتنشيط حركة الأيدي العاملة .

٥- تنوع وتعدد المحل الذي يرد عليه عقد المقاوله ، في ظل هذا الانفجار الصناعي والعمراني الذي يخدم حقولاً عظيمة الأهمية من البشر ، وأدى إلى تنشيط الحركة الصناعية والعمرانية ، وأسهم في ازدهار اقتصاد البلاد ، وانتعاش الأفراد والمجتمعات، ومكنهم من العيش برفاه وطمأنينة .

٦- الإسهام في تنشيط الحركة التجارية ، إذ تقوم شركات تجارية كبرى بنقل ما أنتجته تلك العقود المتنوعة من سلع ومعدات وآلات إلى مختلف أقطار العالم ،فتفتح الطريق أمام المصارف الإسلامية والتجار الذين يحرصون على عدم تدنيس أموالهم بالربا ولا بشبهاته باستثمار الأموال بطريق التوريد ، وتمويل أصحاب المصانع ، والشركات الكبرى على تنفيذ مشاريع البنى التحتية كتعبيد الطرق وأعمال الكهرباء والاتصالات والمياه والصرف الصحي ، وتمويل أصحاب الورش الصغيرة لیتمکنوا من بيع منتجاتهم بأثمان مؤجلة، وهذا يسهل على الشباب الذين يرغبون في العفة توفير ما يلزمهم دون أن يدفعوا كامل الثمن عند التعاقد ، ويرفع الحرج والمشقة عن الناس بمختلف شرائحهم ، وينشط الحركة التجارية والصناعية .

وكان الأجدر والأولى بالمجتمعات الإسلامية أن تتحد وتتعاون فيما بينها لاستغلال مواردها الطبيعية وإمكاناتها المادية والمعنوية ، والاعتماد على نفسها في تلبية حاجات الأفراد والشعوب من السلع والخدمات عبر تبادل الخبرات والتبادل التجاري ، كما عليها أن تقيم صروحاً اقتصادية تكفل لها القوة والمنعة والعزة ، بدلاً من أن تبقى شعوباً مستهلكة غير منتجة ، وتابعة للغير ، وعليها أن تستفيد من تجارب الأمم الأخرى التي أخذت تنسق فيما بينها الخطط والمشروعات للنهوض باقتصاد بلدانهم وتنشيط التجارة فيها ولتحسين مستوى دخل أفرادها ، كالسوق الأوروبية وغيرها من التكتلات .



## المبحث الثاني

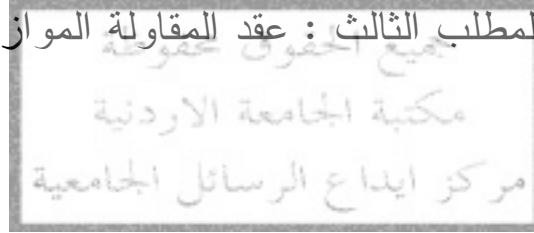
### صور إبرام عقد المقاوله

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : المقاوله الأصلية

المطلب الثاني : المقاوله من الباطن

المطلب الثالث : عقد المقاوله الموازي



## المبحث الثاني



## صور إبرام عقد المقاولة ( ١ )

تبين فيما مضى أنّ عقد المقاولة من العقود الحديثة الواردة على العمل ، وأنه يستند في تقرير أحكامه وتفصيل مواده على تماثله بالعقود المشروعة المسماة في الفقه الإسلامي، كالاستصناع والأجير المشترك والسلم ، ويستمد مشروعيته أيضاً من انطباق الأركان والشروط التي يجب توفرها في العقود ، فضلاً عن عدم معارضته للقواعد والأصول العامة التي تحكم العقود في الإسلام .

وبعد الدارسة والاستقصاء تبين أنّ لانعقاد المقاولة صوراً ثلاثاً هي: المقاولة الأصلية ، والمقاولة من الباطن ، والمقاولة مع تخلل مؤسسة مالية وسأتناول هذه الصورة في المطالب الآتية :

### المطلب الأول : المقاولة الأصلية : (عقد المقاولة مباشرة بين المفاوض والمستفيد )

يتعهد المفاوض في هذه الصورة بتنفيذ العمل المطلوب منه بحسب المواصفات والمقاييس التي يزوده بها صاحب العمل ، سواء قدّم المواد مع العمل ، أو قام بالعمل فقط ، والمهم أنه يتفق مباشرة مع المستفيد من العمل ، وينفذ العمل بنفسه دون حاجة إلى التعاقد مع غيره لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد .

وهذه هي الصورة الغالبة الوقوع عند إبرام عقد المقاولة وتنفيذه ، وهي تظهر بوضوح التزامات كل من المفاوض وصاحب العمل وبنود الاتفاق بينهما ، ويرجع كل منهما للآخر في مطالبته بتنفيذ التزاماته .

### المطلب الثاني: المقاولة من الباطن : ( ١ )

(١) انظر د. الزحيلي ، وهبة : عقد المقاولة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي . جدة . العدد الرابع عشر ، ٢٠٠٣ م ، هذا العدد من المجلة لم يطبع ، وأخذ البحث من موقع د. الزحيلي على الانترنت وهو (http://www.Zuhayli.com) ، ود. سانو ، قطب مصطفى : عقد المقاولة : حقيقته ، تكييفه ، وصوره : مجلة مجمع الفقه الإسلامي . جدة ، العدد الرابع عشر ٢٠٠٣ م . وأخذ البحث من الانترنت ( www.google.com ) .

(١) ، ود. الفضلي : الوجيز في العقود (ص٢٩-٤٣٦) ، ود. الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات . ( ص ٢٨٠ ) ، ود. السنهوري : الوسيط . ( ص ٢٠٨-٢١٣ ) ود. السرحان : العقود المسماة . ( ص ٩٠-٩٤ ) ، ود. الشهاوي : عقد المقاولة في

تقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني والمنشآت والمشاريع الكبيرة ، حيث تنتشعب الأعمال ، وتحتاج للقيام بها إلى خبرات عديدة من فنيين ومهنيين ، وجهود كبيرة ، لا يستطيع المقاول القيام بها وحده ، فيلجأ إلى الاتفاق مع مقاول آخر أو أكثر للقيام بتنفيذ العمل كله أو بعضه ، فمثلاً قد يعهد ببناء أساس العمارة إلى شخص ، وأعمال بناء الهيكل والجدران وعقد السقوف إلى آخر ، وأعمال المياه والكهرباء والتدفئة إلى ثالث ... وهكذا

ويسمى المقاول الذي تعاقد مع صاحب العمل بالمقاول الأصلي أو الأول ، ويُسمى الشخص الذي عُهد إليه للقيام ببعض الأعمال أو كلها بالمقاول الثاني أو من الباطن .

أمّا إذا إشتراط صاحب العمل في العقد أن ينفذ المقاول العمل بنفسه ، أو كانت طبيعة العقد تقتضي ذلك ، كأن يكون محل المقابلة عملاً فنياً ، وعهد به إليه لمهارته ، وإتقان عمله ، وسمعته الحسنة ، فلا يجوز عندئذ للمقاول أن يعهد لشخص آخر بتنفيذ العمل كله أو جزء منه ، وهذا ما أكدته القوانين المدنية المعاصرة في موادها ، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ( ٨١٠ )<sup>(٢)</sup> من مشروع القانون المدني الفلسطيني ما نصّه " يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه " ، وهي مطابقة لنص المادة ( ٦٦١ ) من القانون المدني المصري إلا في آخر جملة تنص في هذه المادة " أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته " (٣) .

وهذا مأخوذ من فقه المذهب الحنفي الذي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أطلق العقد فلم يرد فيه شرط مانع<sup>(١)</sup> فقد نصت المادة ( ٥٧٢ ) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "لو

التشريع المصري .(ص٢٣٥-٢٤٩) ود.عنبير: الوجيز في عقد المقاوله(ص ٢٤٧-٢٥٥) ، ود. أبو قرين: الأحكام العامة لعقد المقاوله . (ص٣٠-٤٨) ، وقره ، فتيحة : أحكام عقد المقاوله .(٢٣٤-٢٤٠) .

(٢) وزارة العدل ، ديوان الفتوى والتشريع ، مشروع القانون المدني الفلسطيني . (ص ١٢٧) .

(٣) د. السنهوري : الوسيط . (٢٠٨/٧) وتتفق معها حكماً الفقرة الأولى من المادة ( ٨٨٢ ) من القانون المدني العراقي . ود.

الفضلي : الوجيز في العقود المدنية .(ص ٤٤١) ، والفقرة الأولى من المادة (٧٩٨) من القانون المدني الأردني والمادة (٨٩٠) من القانون المدني الإماراتي ، انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ٥٨٦/٢ ) ، ود. الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والأردني . (ص ٢٨٠) .

(١) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار (٩/٢٤ ، ٢٥) .

أطلق العقد حين الاستئجار فلأجير أن يستعمل غيره " والمادة ( ٥٧١ ) تنص على أن " الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره " (٢).

وان لم يكن شرط مانع أو مقتضى طبيعة عمل ، ولجأ المقاول إلى آخر لتنفيذ العمل ، تبقى مسؤولية المقاول الأصلي قائمة قبلاً صاحب العمل وكأنها صادرة منه (٣) ، فإذا أخل المقاول الثاني بإنجاز العمل أو بالتزامه في تسليمه في الموعد المحدد ، أو ظهر في عمله عيب ، كان المقاول الأصلي مسؤولاً عن ذلك تجاه صاحب العمل .

والمقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الثاني يفقد صفة المقاول ، وتكون علاقة صاحب عمل بمقاول ، فيحتفظ لنفسه بالإشراف وتنسيق الأعمال بين المقاولين من الباطن ، فهي علاقة عقدية ينظمها عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما ، ويعمل المقاول من الباطن باستقلال عن المقاول الأصلي ، فهو ليس تابعاً له ، ويرتب العقد الثاني على كل منهما التزامات تجاه الآخر . مكتبة الجامعة الأردنية مركز ابداع الرسائل الجامعية

والأصل أن لا تقوم علاقة مباشرة بين صاحب العمل والمقاول من الباطن ، إذ لا يربطهما أي عقد ولا يطالب كل منهما الآخر بتنفيذ التزاماته إلا من خلال المقاول الأصلي .

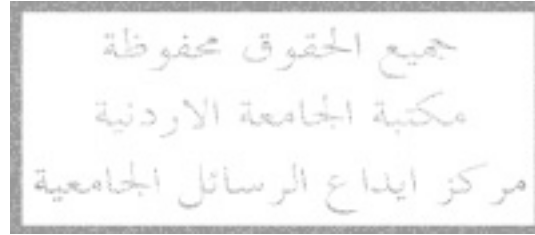
وهناك استثناء لهذه القاعدة العامة نصت عليه بعض القوانين المدنية، كالقانون المصري في المادة ( ٦٦٢ ) (١) ونصها كما يلي " يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبلاً كل من المقاول الأصلي ورب العمل " .

(٢) حيدر ، علي درر الحكام شرح مجلة الأحكام ( ٥٦١/١-٥٦٢ )

(٣) وهذا بصريح الفقرة الثانية من المادة ( ٨١٠ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني في المادة ( ٧٩٨ ) .

(١) د. السنهوري : الوسيط ( ٢٢٥/٧ ) وتطابقها الفقرة الأولى من المادة (٨١١) من مشروع القانون المدني الفلسطيني ، وتوافقها في الحكم المادة ( ٨٨٣ ) من القانون المدني العراقي ، انظر: د. الفضلي: الوجيز في العقود المدنية ( ص ٤٣٥ )

وكل ما تقدم بيانه لا يخالف أي شرط أو قاعدة من الشروط والقواعد التي تحكم العقود والمعاملات المالية في الفقه الاسلامي ، ويندرج هذا الأمر ضمن الصلاحيات العامة التي تُعطى للمقاوّل الأصلي .



### المطلب الثالث : عقد المقاولة الموازي<sup>(١)</sup>:

فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية قادر على استيعاب المستجدات في مجال المبادلات والاتفاقيات المالية المعاصرة ، ومنها هذه الصورة الحديثة لعقد المقاولة .

ويلاحظ أن عقد المقاولة أصبح وسيلة هامة من وسائل التمويل الاسلامي في عصرنا ، بعد أن أفرزت الحياة الاقتصادية أنشطة استثمارية غير مباشرة ، كأن يطلب صاحب العمل تمويلًا من المؤسسة المالية ، كالمصرف الاسلامي أو غيره؛ ليتمكن من إقامة مجموعة من

---

(١) انظر : د. الزحيلي ، وهبة : عقد المقاولة ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . العدد الرابع عشر ٢٠٣٣ م ، ود. سانو ، قطب مصطفى : عقد المقاولة ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . العدد الرابع عشر ٢٠٠٣ .

البيوت على أرض يملكها ، ولا يسد حاجته بما يقدمه له المصرف من مواد البناء ويدفع ثمنها أقساطاً مؤجلة ، ويدخل مع المصرف بعقد مقاولة ، ويلتزم المصرف بأن يسلمه البيوت جاهزة بمفاتيحها وبحسب الشروط والمواصفات التي يرغبها صاحب الأرض ، مقابل بدل يلتزم به هذا الأخير يُدفع بعد إنجاز العمل على أقساط محددة ميسرة ، ومن ثم يقوم المصرف بطرح المشروع مناقصة لشركات البناء والمقاولات ، ويتعاقد مع الشركة التي يرسو عليها العطاء بعقد مقاولة آخر يكون فيه هو صاحب العمل ، بنفس الشروط والمواصفات التي نص عليها في العقد الأول ، ويقابل التزام الشركة بالتعهد بالعمل بدلاً يدفعه المصرف " صاحب العمل " معجلاً أو بتأخير جزء منه حسب الاتفاق .

ويشترط المصرف على شركة البناء بضمان المبنى له أو لمن يحدده ، بعد أن يكون قد اشترط على صاحب الأرض أن يقبل الضمان منه أو من أي طرف آخر يحدده المصرف .

وهذا يحقق للمصرف ولشركة البناء ربحاً معقولاً ، ويحل مشكلة صاحب الأرض ، وهذه الصورة مقبولة شرعاً على أساس عقد المقاولات من الباطن ، وتمثل هذه الصورة ، صورة أخرى في عقد الاستصناع وهو ما يعرف بالاستصناع الموازي ، فهو عقد جديد مستقل عن عقد الاستصناع الأول ، يبرمه المصرف الإسلامي مع شركة صناعية (٢) .

## المبحث الثالث

### أدلة مشروعية عقد المقاولات

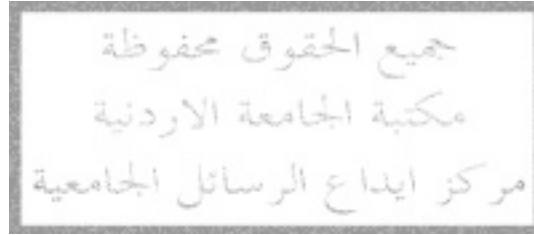
(٢) د. السالوس ، علي : عقد الاستصناع ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . العدد السابع ( ٢٩٥/٢ ) . ١٩٩٢ م .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : القرآن الكريم

المطلب الثاني : السنة النبوية الشريفة

المطلب الثالث : المعقول



المبحث الثالث : أدلة مشروعية عقد المقاوله

لما كان عقد المقاوله من العقود المستجدة في الوقت الحاضر، انطبقت عليه الشروط العامة الواجب توافرها بالعقود ، ونهض في أحكامه على مجموعة عقود في الفقه الاسلامي كعقد البيع والإجارة الواردة على العمل والسلم والجعالة وعقد الاستصناع .

وتستند مشروعية عقد المقاوله إلى أدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والمعقول وفيما يلي بيان ذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول : من القرآن الكريم :

١- قال تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ " (١)

وجه الاستدلال بالآية الكريمة : أنها أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاماً وبإطلاق ، دون تعيين لنوع العقد ، فشملت العقود التي عقدها الله علينا وألزمنا بها ، والعقود التي تقع بين الناس بعضهم مع بعض ، كالبيع والإجارة والزواج وغيرها ، وبكل عقد يتعارفه الناس ، ويحقق مصالحهم ، ما دام لا يتعارض مع قواعد الشريعة وأصولها ، وعقد المقابلة يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام (٢).

وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود كقوله تعالى : " وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا " (٣)

٢- عموم الآيات الكريمت الدالة على حل جميع أنواع البيوع ، إلا ما حرمه الله تبارك وتعالى ورسوله - صلى الله عليه وسلم - كقوله تعالى : " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا " (٤) ، ويشمل ذلك عقد المقابلة ، لأنها نوع من أنواع البيوع المشروعة لما فيها من تبادل المنافع بين المتعاقدين .

وعلى هذا الأساس صرح الإمام الشافعي - رحمه الله - في كتابه ( الأم ) : " فأصلُ البيوع كُلُّهَا مُبَاحٌ إِذَا كَانَتْ بَرْضَى الْمُتَبَايِعِينَ الْجَائِزِي الْأَمْرَ فِيمَا تَبَايَعَا إِلَّا مَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْهَا وَمَا كَانَ فِي مَعْنَى مَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُحَرَّمٌ إِذْ أَنَّهُ دَاخِلٌ فِي الْمَعْنَى الْمَنْهِي عَنْهُ ، وَمَا فَارَقَ ذَلِكَ أَبْحَنَاهُ بِمَا وَصَفْنَا مِنْ إِبَاحَةِ الْبَيْعِ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . (١)

٣- قال تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ " (٢)

(١) سورة المائدة : الآية (١) .

(٢) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن . ( ص ٥/٦ )

(٣) سورة الإسراء : الآية ( ٣٤ ) .

(٤) سورة البقرة : الآية ( ٢٧٥ ) .

( ١ ) الشافعي ، محمد بن إدريس : الأم . ط ٢ . بيروت : دار المعرفة . ١٩٧٣ م ( ٣/٢ ) .

( ٢ ) سورة النساء : الآية ( ٢٩ )

وجه الاستدلال بالآية الكريمة : أنها تدل بعبارتها صراحة على أن الأصل في ثبوت الحق في مال الغير هو رضا صاحب هذا المال ، إذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة ، وهذا أصل تشريعي عام ، فالتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التي تنشئ التزامات<sup>(٣)</sup> ، ومن ضمنها عقد المقاوله الذي يكون عن تراض بين المقاول وصاحب العمل ، ويبغي كل واحد منهما التكسب والربح ، وهذا المعنى ثبت بنص الآية الكريمة .

## المطلب الثاني : من السنة النبوية الشريفة :

### ١ - من الأحاديث الشريفة التي تدل على جواز عقد الاستصناع :

- عن نافع أن عبد الله بن عمر حدثه أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً من ذهب ، وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه ، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب ، فرقي المنبر ، فحمد الله وأثنى عليه فقال:إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه فنبذه ، فنبد الناس " (٤).
- وعن أنس رضي الله عنه قال : صنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً قال : إنا اتخذنا خاتماً ونقشنا فيه نقشاً فلا ينقش عليه أحد . قال : فإني لأرى بريقه في خنصره" (١)

\* قال البخاري -رحمه الله - :حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم قال : " أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر فقال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة - امرأة قد سماها سهل - أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس . فأمرته بعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها ، فأرسلت إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم - بها، فأمر بها فوضعت ، فجلس عليها " (٢)

## وجه الاستدلال بالأحاديث الشريفة :

- (٣) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ( ١٣٤/٥ ) .
- (٤) أخرجه البخاري ، كتاب اللباس ، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه ، برقم ( ٥٨٧٦ ) ، انظر ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ( ٣٩٩ /١٠ ) .
- (١) أخرجه البخاري ، كتاب اللباس ، باب الخاتم في الخنصر برقم ( ٥٨٧٤ ) انظر : ابن حجر : فتح الباري (٣٩٨/١٠) .
- (٢) أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب النجار برقم ( ٢٠٩٤ ) انظر ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ( ٤٠٠/٤ )



توضح الأحاديث الشريفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز استصناع الخاتم والمنبر ، ولقد عنون البخاري\_ رحمه الله\_ في صحيحه باباً قال فيه : " باب الاستعانة بالنجار والصنّاع في أعواد المنبر والمسجد " وقال ابن حجر في الفتح: " فقله أعواد المنبر يتعلق بالنجار وقوله والمسجد يتعلق بالصنّاع ، أي والاستعانة بالصنّاع في المسجد أي في فناء المسجد ، ومنه تؤخذ مشروعية الاستعانة بغيره من الصنّاع لعدم الفرق " (٤) والاستصناع عقد وارد على العمل مع الالتزام بتقديم المواد اللازمة للصناعة ، وهي في القوانين المدنية الإسلامية وغيرها تسمى عقد المقاوله ، فصاحب العمل أو المستصنع يقدم البديل مقابل أن يقوم المقاول أو الصانع بتقديم العمل والمادة من عنده لإتمام المطلوب منه بإدارته مستقلاً عن صاحب العمل ، وهذا هو جوهر عقد المقاوله ، ولهذا تكون تلك الأحاديث نصاً في مشروعية عقد المقاوله .

٢- الأحاديث الشريفة التي تدل على جواز الإجارة الواردة على عمل الإنسان " الأجير المشترك "

\* عن أبي هريرة -رضي الله عنه عن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال : " ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم، فقال أصحابه: وأنت ؟ فقال : نعم، كنت أروعاها على قراريط لأهل مكة " (١) .

\* عن ابن عباس -رضي الله عنهما - قال : " احتجم النبي -صلى الله عليه وسلم- وأعطى الحجّام أجره " (٢) .

\* عن عائشة- رضي الله عنها- قالت : " واستأجر النبي- صلى الله عليه وسلم- وأبو بكر رجلاً من بني الدليل ثم من بني عبد بن عدي هادياً خريئاً<sup>(٣)</sup>، قد غمس يمين حلف في آل العاص بن وائل ، وهو على دين كفار قريش ، فأمنناه ، فدفعنا إليه راحلتيهما ، وواعدها

(٣) العسقلاني ، ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري برقم ( ٧١٥/١ ) .

(١) أخرجه البخاري ، كتاب الإجارة ،باب رعي الغنم على قراريط برقم ( ٢٢٦٢ ) ،العسقلاني:فتح الباري (٤/٥٥٦)

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب الإجارة ، باب خراج الحجّام برقم ( ٢٢٧٨ ) ، المرجع السابق ( ٤/٥٧٨ ) .

(٣) الخريت : الماهر بالدلالة ، كأنه ينظر في خرت الإبرة وإنما سمي خريئاً ، لشقه المفازة . انظر ابن منظور : لسان

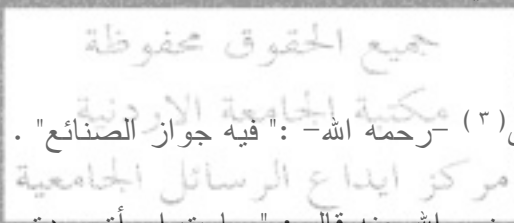
العرب ٢/ ٣٠ .

غار ثور بعد ثلاث ليال ، فأتاها براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا ، وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الديلي فأخذ بهم أسفل مكة وهو طريق الساحل " (٤) .

\* قال أنس بن مالك - رضي الله عنه - : " إن خياطاً دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه ، قال أنس بن مالك: فذهبت مع الرسول - صلى الله عليه وسلم - إلى ذلك الطعام ، فقرّب إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خبزاً ومرقاً فيه دُبَاءٌ وقديدٌ ،

فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم يتتبع الدُبَاء من حوالي القصعة ، قال فلم أزل أحب الدباء من يومئذ " (١) .

\* عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " كان زكريا نجاراً " (٢) .



قال الإمام النووي (٣) - رحمه الله - : " فيه جواز الصنائع " .

\* عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال : " جاءت امرأة ببيردة ، قال : أتدرون ما البيردة ؟ فقيل له : نعم هي الشملة منسوجة في حاشيتها - قالت : يا رسول الله ، إنني نسجت هذي بيدي أكسوكها ، فأخذها النبي صلى الله عليه وسلم وهو محتاج إليها ، فخرج إلينا وإنها إزاره ، فقال رجل من القوم : يا رسول الله ، اكسنيها ، فقال : نعم ، فجلس النبي صلى الله عليه وسلم في المجلس ، ثم رجَعَ فطواها ثُمَّ أرسل بها إليه ، فقال له القوم : ما

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الإجارة ، باب استئجار المشركين عند الضرورة ، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام . برقم ( ٢٢٦٣ ) ، انظر : ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري . ( ٥٥٧ / ٤ ) .

(١) أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب الخياط برقم ( ٢٠٩٢ ) ، وأخرجه مسلم أيضاً في كتاب الأطعمة ، باب جواز أكل المرق ، واستحباب أكل اليقطين برقم ( ٥٢٩٣ ) ، انظر النووي ، يحيى بن شرف : صحيح مسلم بشرح الإمام النووي ، ط ٢ . بيروت : دار المعرفة ١٩٩٥ م . ( ٢٢١ / ٧ ) .

(٢) أخرجه مسلم : كتاب الفضائل ، باب فضائل زكريا عليه السلام برقم ( ٦١١٢ ) ، انظر : النووي : صحيح مسلم بشرح النووي ( ١٣٣ / ٨ ) .

(٣) النووي ، يحيى بن شرف بن مري الحوراني الشافعي ، أبو زكريا ، محي الدين ، ولد سنة ٦٣١ هـ بنوى ( من قرى حوران ) بسوريا واليه نسبته " ختم حفظ القرآن ولم يناهز اللحم ، ثم قدم دمشق ، وأخذ العلم من فقهاءها ومحدثيها ، من كتبه تعذيب الأسماء واللغات ، ومنهاج الطالبين ورياض الصالحين و " روضة الطالبين " ، توفي في نوى سنة ٦٧٠ هـ . انظر ابن عماد الحنبلي : شذرات الذهب . ( ٣ / ٣٥٤-٣٥٦ ) والسوكي ، عبد الوهاب : طبقات الشافعية الكبرى ، تحقيق مصطفى عبد القادر . ط ١ . بيروت . دار الكتب العلمية ١٩٩٩ م . ( ٤ / ٤٧١ - ٤٧٣ ) .

أحسننت ، سألتها إياه ، لقد عرفت أنه لا يردّ سائلاً ، فقال الرجل : والله ما سألتها إلا لتكون كفني يوم أموت . قال سهل : فكانت كفته " (٤) .

### وجه الاستدلال بالأحاديث :

الأعمال الواردة في القسم الأول من الأحاديث يلتزم بها الصانع - أو المقاول - بتقديم العمل والمادة معاً وهي عقود استصناع ، أما الأعمال التي ذكرت في القسم الثاني من الأحاديث الشريفة فيلتزم العامل بتقديم عمله فقط وهي من قبيل الأجير المشترك ، كرعي الأغنام ، والحجامة والهداية إلى الطريق ، والتجارة والخياطة والنسيج ، ويقاس عليها

بقية المهن والصنائع ، وهذه عقود مقاوله ، فمقومات عقد المقاوله متوفرة في هذه التصرفات ، فهي عقود واردة على العمل ، ويقوم بها العامل بإدارته الخاصة مقابل بدل متفق عليه .

جميع الحقوق محفوظة

قد أخذت هذه الأعمال اليوم شكلاً أوسع مما كانت عليه بكثير ، لتلبي حاجات الناس ومستجداتهم التي يهدف الإسلام إلى مراعاتها وتحقيقها ، فأقيمت المصانع الضخمة والشركات كبرى والمستشفيات المتطورة ، وأبرمت عقود التوريد والتعهدات لتسويق ما تنتجه تلك المصانع الضخمة والشركات لمن يطلبها بشكل دائم ودوري .

وتعد الحجامة أصلاً لإباحة التأمين مع المستشفيات والمراكز العلاجية ، والهداية إلى الطريق أصلاً لإباحة العقود التي تبرمها الدول مع الشركات المتخصصة للتتقيب عن النفط والمعادن والماء وغيرها .

### ٣- الأحاديث الشريفة التي تبيح عقد السلم : ومنها :

\* عن ابن عباس -رضي الله عنهما - قال : " قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة والناس يسلفون في الثمر العام و العامين ، أو قال عامين أو ثلاثة ، شكّ إسماعيل فقال : من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم . (١) "

### وجه الاستدلال بالحديث الشريف :

(٤) أخرجه البخاري : كتاب البيوع ، باب النساج ، برقم ( ٢٠٩٣ ) ، انظر ابن حجر : فتح الباري . ( ٤ / ٣٩٩ - ٤٠٠ ) .  
(١) أخرجه مسلم ، كتاب السلم ، باب السلم في كيل معلوم ، انظر : النووي : صحيح مسلم بشرح النووي . ( ٤ / ٥٣٨ ) .

يعدّ عقد السّلم في وقتنا الحاضر صورة من صور عقد التوريد ، الذي يتعهد به أحد طرفيه بتوريد سلعة أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن يدفع معجلاً أو على أقساط بحسب الاتفاق ، فنتوافر في عقد التوريد مقومات عقد المقاولة السالفة الذكر ، وبهذا يعد نوعاً من أنواع المقاولات ، و تكون أحاديث السّلم أدلة على مشروعية عقد المقاولة (١).

### المطلب الثالث : المعقول :

بعد الحديث عن أهمية عقد المقاولة ، وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية في المبحث الأول من هذا الفصل ، والذي يعد دليلاً واضحاً على معقولية عقد المقاولة ، تشتد حاجة الأفراد والمجتمعات إليه ، الأمر الذي يستدعي الرجوع إليه ، ومن المهم هنا أن أنقل بعض ما جاء في قرارات المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي ، الذي بحث عقد المقاولة في دورته الرابعة عشرة في دولة قطر لأزيد الأمر إيضاحاً ، ومما جاء فيه (٢).

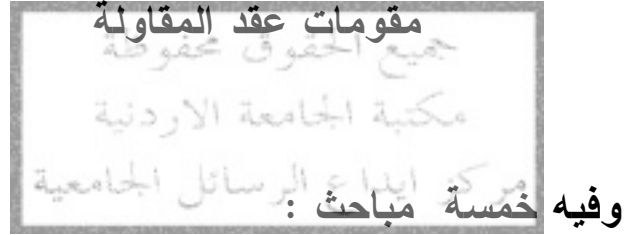
" وبعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة والتعمير : حقيقته ، وتكييفه ، وصوره ، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ومراعاة أدلة الشرع وقواعده ومقاصده ، ورعاية المصالح العامة في العقود والتصرفات، ونظراً لأهمية عقد المقاولة ودوره الكبير في تنشيط الصناعة وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي :

عقد المقاولة - عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر - وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة - وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع - أو قدم المقاول العمل، وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة الواردة على العمل " .

(١) أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني ( ص ٦٦ ) .

(٢) مجلة مجمع الفقه الاسلامي . بجدة ، الدورة الرابعة عشر ٢٠٠٣م .

## الفصل الثالث



المبحث الأول : صيغة العقد وشروطها

المبحث الثاني : العاقدان ( طرفا العقد )

المبحث الثالث : المحل

المبحث الرابع : البذل

المبحث الخامس : الباعث

الفصل الثالث

## مقومات عقد المقاولة

لا بد لكل تصرف من التصرفات الشرعية أو القانونية ، من مقومات يتوقف وجوده عليها ، وتحدد بها طبيعته وتميزه عن غيره ، وتكون مناطاً للحكم على وجوده وصحته ، أو على انعدامه وبطلانه ، وتسمى هذه العناصر الأساسية أركاناً<sup>(١)</sup>.

وقد درج كثير من الفقهاء على حصر أركان العقد في الصيغة والعاقدين والمحل<sup>(٢)</sup>،

وجرى علماء القانون على اعتبار الباعث الذي يطلقون عليه " السبب " ركناً في العقد<sup>(٣)</sup>، ويلاحظ أنهم يخلطون فيما يبدو بين الباعث وشرائط المحل ، ويعدّون العقد باطلاً إذا كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الأدب ، كأن يتفق طرفان على سرقة أو جريمة قتل ، وهذا ليس من معنى الباعث في شيء ، بل هو من قبيل شروط محل العقد ، بأن يكون محله مشروعاً ، والجرائم ليست محلاً للالتزام التعاقدية أصلاً .

وأما الباعث فيقصد به الدافع أو العنصر النفسي الذي يحمل المتعاقد أو كليهما على تحقيق غرض غير مباشر ، فضلاً عن الغرض الأصلي للتصرف<sup>(٤)</sup> ، وذلك باتخاذ التصرف المشروع في ذاته ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع ، مع كون العقد في ذاته صحيحاً مستكماً لشرائط الانعقاد والصحة .

والباعث بهذا المعنى ليس ركناً في العقد ، بل هو شرط انعقاد أو شرط صحة ، فيؤثر انتفاؤه على قيام العقد وانعقاده فيكون باطلاً ، أو فاسداً .

ويستلزم عقد المقاولة عدة أركان، وهي ذات الأركان التي يجب توافرها في سائر

---

(١) اطلاق مقومات العقد على تلك العناصر التي يتوقف وجوده عليها بدلاً من أركان العقد وذلك تلافياً للخلاف بين المذاهب الفقهية ، فالحنفية يطلقون الركن على ما كان جزءاً من ماهية بحيث لا تتحقق إلا به ، والعقد لا ركن له بهذا المعنى إلا التراضي أو " صيغة العقد " وما عدا ذلك فلوازم للعقد لا يتصور قيامه إلا بتوفرها وهي خارجة عن ماهية العقد ، أما جمهور الفقهاء فيطلقون الركن على ما هو أعم من الجزء الداخل في ماهية الشيء ، بحيث لا تتحقق ذاتيته إلا به ، مما هو خارج عن ماهيته . انظر : الشربيني : مغني المحتاج ( ٣٢٣ / ٢ ) والخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦١ ) ، وابن عابدين : رد المحتار ( ١٤ / ٧ ) و البهوتي : كشاف القناع ( ١٤٦ / ٧ ) ، ود. الدريني : النظريات الفقهية ( ص ٢٨٩ )

(٢) المراجع السابقة ، وابن جزّي: القوانين الفقهية . ( ص ١٦٣ ) .

(٣) الشهاوي ، قدرني : عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن . ( ص ٧٩ ) ود. السنهوري : الوسيط . ( ٧ / ٣٦ ) .

(٤) الدريني : النظريات الفقهية . ( ص ٢٩٠-٢٩٢ ) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ( ٤ / ٣٢-٣٣ )

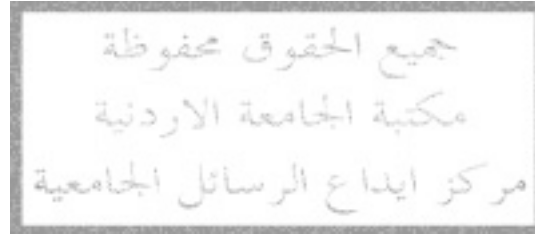
العقود ،وفيما يلي دراسة لهذه الأركان في المباحث الآتية وهي :

أولاً: الصيغة

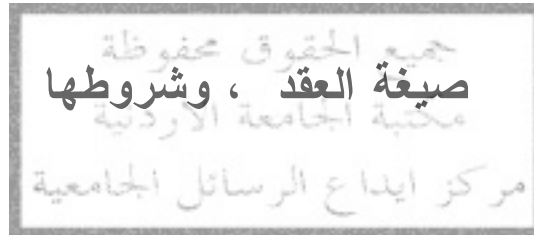
ثانياً : العاقدان

ثالثاً : المعقود عليه ويشمل المحل والبدل

رابعاً : الباعث أو " السبب "



## المبحث الأول



## المبحث الأول

### صيغة العقد ، وشروطها

كان للفقهاء الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ الرضا في العقود قبل أن تعرفه أوروبا بقرون ، ويقضي هذا المبدأ بان يتم العقد وينتج آثاره بمجرد التراضي بين الطرفين دون توقف على شيء من الإجراءات والمراسيم الشكلية ، ولقد ثبت ذلك بالكتاب الكريم والسنة النبوية ، فقال تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ



تَكُونُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ " (١) ويؤكد هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم : " إنما البيع عن تراضٍ " (٢)

وجه الاستدلال : هذان النصان يدلان على أن الأصل في ثبوت الحق في مال الغير هو رضا صاحب المال ، إذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة ، ويشمل ذلك سائر العقود والمعاملات (٣) ، غير أن الرضا أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه، فأناط الشارع حكم العقد بما يقوم مقام هذا العنصر الخفي وهو " الصيغة " لكونها أمراً مادياً محسوساً، يمكن إثباته أمام القضاء عند النزاع ، فالصيغة هي ما يصدر عن العاقدين من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الكتابة أو الإشارة أو المبادلة الفعلية ، فهي علامة نشوء العقد وقيامه (٤) ، مع ضرورة مراعاة شرائط الانعقاد اللازمة لصحة العقد كالأهلية للمتعاقدين وغيرها . ويؤخذ على القوانين المدنية الوضعية بما فيها مشروع القانون المدني الفلسطيني التي عبرت عن التراضي بالعقد بأنه مجرد تبادل طرفي التعبير عن ارادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاده (٥).

والصحيح ليس تطابق الإرادتين ، وإنما تطابق الإيجاب والقبول \_ كقاعدة عامة \_ عن الإرادة الباطنة

### شروط الصيغة :

لهذه الصيغة شروط لا ينعقد العقد إلا بتوافرها ؛ لأنها شروط انعقاد أو عناصر تكوين وهذه الشروط هي :

(١) سورة النساء ، الآية ( ٢٩ ) .

(٢) ابن ماجة ، محمد بن يزيد القزويني : سنن ابن ماجة ، كتاب التجارات ، باب بيع الخيار برقم ( ٢١٨٦ ) ط١ . بيروت : دار الجيل ١٩٩٨م ( ٥٣٨ / ٣ )

(٣) انظر : القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ( ٣ / ١٣٢-١٣٣ ) .

(٤) الزرقاء ، مصطفى : المدخل الفقهي العام . ( ١ / ٣١٨-٣١٩ ) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . ( ٤ / ١٠٥ ) ، ود. الدريني ، فتحي : النظريات الفقهية . ( ص ٢٩٣ ) .

(٥) مشروع القانون المدني الفلسطيني : وزارة العدل . ( ص ١١ ) المادة ( ٧٧ ) .

## أولاً : جلاء المعنى في صيغة العقد : (١)

أي أن تكون مادة اللفظ المستعمل في الإيجاب والقبول تدل بوضوح على نوع العقد المقصود للعاقدين لغة أو عرفاً ، فالإرادة الباطنة خفية ، والعقود تختلف في مواضعها بعضها عن بعض .

ويصح التعبير للدلالة على العقد المقصود بدلالة اللفظ الحقيقية أو المجازية ، وفي ألفاظ الكنايات لا بد من قرينة ترجح المعنى المقصود ، فينعتد البيع بلفظ الهبة المقرونة بالثمن (٢).

ولا يشترط في عقد المقاولة في صيغة الإيجاب والقبول لفظ معين ، ولكنهما يصحان بلفظ المقاولة والإجارة والاستصناع ، وبكل ما في معناه من الألفاظ الأخرى للقاعدة الفقهية التي تقول " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني " (٣)

ثانياً : توافق الإيجاب والقبول :  
وهو أن يأتي القبول موافقاً للإيجاب في كل جزئياته ، كمحل العقد ، وفي مقدار ثمنه ،

وفي الأجل إن وجد (٤) ، فيجب في عقد المقاولة تطابق الإيجاب والقبول بين المقاول

وصاحب العمل على ماهية العمل فلو أراد أحد الطرفين أن يبرم عقد مقاولة ، بينما اتجهت نية الطرف الآخر إلى إبرام عقد وكالة مثلاً ، فإنه لا يوجد في هذه الحالة عقد مقاولة ، ولا عقد وكالة ، ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته من المقاول تجاه صاحب العمل ، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل للمقاول (١) ، وإذا لم يعين البدل في

(١) الزرقاء: المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٩ ، ٣٢٠) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ( ٤ / ١٠٤ ، ١٠٥ )

(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٨ / ٤٨٨ ) البهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٤٦ ) .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ٢٣ ) ، د. الكردي ، أحمد الحجي : فقه المعاملات ( ص ١٨٥ ) ، ود. أبو البصل ، علي : عقد المقاولة والتوريد ( ص ٨١ ) .

(٤) الشريبي : مغني المحتاج ( ٢ / ٣٣١ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ١٥ ) ، والبهوتي : كشف القناع

( ٣ / ١٤٦ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٥٩ ) ، والميداني : اللباب في شرح الكتاب ( ٢ / ٤ )

(١) انظر : د. السنهوري : الوسيط ( ٧ / ٣٧ ) ، وعنبر ، عبد الرحيم : الوجيز في عقد المقاولة ( ص ٦١ - ٦٣ ) ، وقررة ،

فتيحة : أحكام عقد المقاولة ( ص ٨٢ - ٨٣ ) ، ود. شنب ، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة ( ص ٥٨ - ٦٣ ) ، ود.

السرطان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني ( ص ١٩ - ٢٠ ) ود. الشهاوي ، قدرى : عقد المقاولة . ( ص ٥٠ )

العقد ، استحق المقاول بدل المثل، ولم تكن المفاوضة باطلة ، بحسب ما جاء في مواد التشريعات المدنية الوضعية (٢) ، وهذا يخالف أحكام الفقه الإسلامي ، حيث يشترط تعيين البديل في العقد ، وفي حالة الجهالة يفسد العقد ويثبت أجر المثل (٣) .

ويجوز أن يتم التعبير عن التراخي ضمناً (٤) ، كأن يقول صاحب العمل للمقاول : قاولتك ببناء الجدار مقابل مئة دينار ، فيقول المقاول : قبلت بخمسين ديناراً ، لأن هذا يتضمن القبول بالخمسين من باب أولى ، فينعد العقد بخمسين و لا تجب الزيادة إلا إذا قبلها الموجب .

وقد ينص القانون على وجوب التعبير الصريح أحياناً ، أو يتفق الطرفان على أن يكون الإيجاب والقبول صريحاً (٥) .

والإيجاب ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، والقبول ما يذكر ثانياً، هذا عند الحنفية (٦) خلافاً للجمهور (٧) الذين قالوا إن الإيجاب ما يصدر من البائع ، وهذا ما قرره المادة ( ١/٩١ ) من القانون المدني الأردني (٨) ، والمادة ( ٧٨ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على : " أن الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول " (٩) .

**ثالثاً : أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم والقطع :**

(٢) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، المادة ( ٧٩٦ ) ( ٥٨٥ / ٢ ) ، ود. السنهوري : الوسيط، المادة ( ٦٥٩ ) ( ٣٨ / ٧ ) ومشروع القانون المدني الفلسطيني : وزارة العدل . المادة ( ٨٨ ) ( ص ١٢٥ ) .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ١٥ / ٧ ) ، وابن جزبي : القوانين الفقهية ( ص ١٦٣ ) ، والكاساني : البدائع ( ٥ / ١٣٧ ) .

(٤) الشريبي : مغني المحتاج ( ٣٣٢ / ٢ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ١٥ / ٧ ) .

(٥) د. الزحيلي ، محمد : العقود المسماة ، المادة ( ٩٣ ) من القانون المدني السوري ( ص ٧٣ ) ، مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة ( ٢/٧٩ ) ( ص ١١ ) .

(٦) الميداني : اللباب ( ٣ / ٢ ) ، وابن عابدين : رد المحتار ( ١٧ / ٧ ) .

(٧) البهوتي : كشف القناع ( ١٤٦ / ٣ ) ، والشريبي : مغني المحتاج ( ٣٢٣ / ٢ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦٢ ) .

(٨) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ٩٧ / ١ ) .

(٩) مشروع القانون المدني الفلسطيني ( ص ١١ ) .

لتعذر ظهور الإرادة الباطنة ألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها ، وهو الإيجاب والقبول، ولضمان صحة اعتبار الإيجاب والقبول مظنة لوجود الإرادة الباطنة لعقد المقاولة، اشترط الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم والقطع<sup>(٢)</sup> ، ليدلا بوضوح على الرغبة الحقيقية لإبرام عقد المقاولة .

ويرجح الفقهاء في الإيجاب والقبول صيغة الفعل الماضي<sup>(٣)</sup> ، لأنها أدل على الإرادة الجازمة في إنشاء العقد ، حال التكلم ، فينعقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة كأن يقول صاحب العمل : قاولتك ، فيقول المقاول : قبلت .

على أن صيغة الماضي ليست بشرط ، فلو عبّر المتعاقدان بصيغة المضارع ، وتوافرت النية أو قامت القرينة على إرادة إنشاء العقد في الحال ، انعقد العقد بها أيضاً ، لأن لفظ المضارع يحتمل الحاضر ويحتمل المستقبل ، ففيه احتمال الوعد والمساومة ، فكان لا بد من النية لتعيين المراد بالحال ، كأن يقول صاحب العمل : أقول لك هذا العمل ، فيقول المقاول : قبلت ، فإنه ينعقد إذا نويًا عقد المقاولة .

ومن القرائن الملازمة ، التي تدل على ترجيح إرادة الإنشاء في الحال ، كقول صاحب العمل للمقاول : أقاولك الآن ، أو كانا في وضع يدل على المقاولة ، كأن يكونا في موقع عمل ، أو متقابضين بالأيدي ، أما إذا اقترن بصيغة المضارع ما يدل على الاستقبال ، كحرف السين وسوف ، فإنه لا يصح العقد به ولو مع النية ، لأنه يدل على عدم إرادة الحال ، مثل : سأقاولك ، أو سأعمل لك ، أو سوف أقاولك .

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر الذي يعبر به عن المستقبل كأن يقول المقاول : قاولني هذا العمل بألف ، فيقول صاحب العمل : قبلت ، فلا ينعقد العقد عند الحنفية<sup>(١)</sup> ؛ لأن صيغة الأمر تحتل الدلالة على إرادة المساومة أو الوعد .

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية<sup>(٢)</sup> : إن لفظ الأمر يصح به العقد ؛ لأن العرف جرى على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع ، فينعقد بها العقد .

(٢) انظر : ابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٢٤ / ٧ ) ، والشربيني : مغني المحتاج ( ٣٢٨ / ٢ ) ، والميداني : اللباب ( ٣ / ٢ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٢٦٣ / ٥ ، ٢٦٤ ) ، والبهوتي : كشف القناع ( ١٤٧ / ٣ ) .  
(٣) نفس المراجع السابقة ، وابن رشد : بداية المجتهد ( ١٧٠ / ٢ ) ، والكاساني : البدائع ( ١٣٢ / ٥ ) .  
(١) الكاساني : البدائع ( ١٣٢ / ٥ ) ، وابن عابدين : رد المحتار ( ٢٤ / ٧ ) .

وإذا صدر من الموجب الأول ما يدل على رضاه بالعقد بعد قبول القابل ، فإنه يصح العقد بالاتفاق (٣) ، ومثاله أن يقول صاحب العمل للمقاول اعمل لي بيتاً بألف ، فيقول المقاول قبلت ، فيقول صاحب العمل: قاولتك ، فيكون القبول الأول من المقاول إيجاباً، والرضا الأخير قبولاً .

والنطق بالإيجاب والقبول إنما يختص بالقادر على الكلام ، أما العاجز عنه كالأخرس فأشارته أو كتابته تحل محل عبارته ضرورة تصحيح تصرفاته، ويشترط أن تكون الإشارة مفهومة معلومة لدى المتعاقدين ، وهذا باتفاق الفقهاء (٤) ، إلا أن المالكية (٥) والحنابلة (٦) لا يشترطون أن تكون الإشارة من الأخرس ، بل ينعقد العقد عندهم بأي شيء يدل على الرضا عرفاً من قول أو فعل أو إشارة .

ويصح التعاقد بالكتابة ؛ لأنها كالشفاهة والنطق في الحكم ، من حيث كونهما مظهرًا للإرادة ، فتصح بين ناطقين أو عاجزين عن النطق ، حاضرين في مجلس واحد أو غائبين ، وعليه نصت القاعدة الفقهية : ( الكتاب كالخطاب ) (١) وهذا رأي الحنفية (٢) والمالكية (٣) ، وقيد الشافعية (٤) والحنابلة (٥) صحة التعاقد بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين ويصح عند الجمهور (٦) ، ما عدا الشافعية (٧) ، بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي

---

(٢) الشربيني : مغني المحتاج ( ٣٢٨ / ٢ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦٣ ) ، والبهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٤٧ ) وابن رشد : بداية المجتهد ( ٢ / ١٧٠ ) .

(٣) الشربيني : مغني المحتاج . ( ٢ / ٣٢٨ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦٣ ) ، والبهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٤٧ ) و الزرقاء : المدخل الفقهي العام ( ١ / ٣٢٤-٣٢٥ ) ، ود . الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته ( ٥ / ٣٣٣ ) ، ود . الكردي : أحمد الحجي : فقه المعاضات ( ص ١٨٤ - ١٨٥ ) .

(٤) البهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٤٨ ) ، و الشربيني : مغني المحتاج ( ٢ / ٣٢٦-٣٣٢ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ٢٦-٢٧ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦٤ ) ، والكاساني : البدائع ( ٥ / ١٣٥ ) .

(٥) الخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦٤ )

(٦) البهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٤٨ )

(١) حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، والمادة ( ٦٩ ) ، ( ١ / ٦١ )

(٢) ابن عابدين : رد المحتار ( ٧ / ٢٧ ) ، والكاساني : البدائع ( ٦ / ٥٤٠ )

(٣) الخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦٤ ) .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج ( ٢ / ٣٣٢ ) .

(٥) البهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٤٨ )

(٦) نفس المراجع السابقة ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦١ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ٢٧ ) .

(٧) الشربيني : مغني المحتاج ( ٢ / ٣٢٥ )

في القليل والكثير ، وهو ما ذهب إليه كل من القانون المدني الأردني في المادة ( ٩٣ )<sup>(٨)</sup> وتمائلها المادة ( ١ / ٧٩ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني<sup>(٩)</sup> وغيرها من التشريعات المدنية<sup>(١٠)</sup> . وتنص المادة ( ١ / ٧٩ ) من القانون المدني الفلسطيني على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفاً ، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة مقصودة " .

#### رابعاً : اتصال القبول بالإيجاب :

والمقصود بالاتصال أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، إن كان الطرفان حاضرين معاً ، أو في مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن كانا غائبين ، ويكون كل منهما مشتغلاً بالتعاقد<sup>(١١)</sup> .

فلو أوجب صاحب العمل ثم استدار الحديث عن المقابلة إلى غيره ، أو قام بفعل يفيد الإعراض ، كالمشي الدال على الإعراض ، أو الاشتغال بالأكل ، أو الصلاة ، ثم قبل المقاول لم يصح وإن قصر الزمن ، فإذا استمر الحديث عن المقابلة طويلاً ، ثم قبل في النهاية صح ، مهما طال الزمن ، ليتسنى له أن يتروى بالأمر ويوازن بين ما يعطي وما يأخذ .

ولصاحب العمل هنا أن يرجع عن إيجابه قبل قبول المقاول ، فإن قبل المقاول انعقد عقد المقابلة ، فالمقاول مخير ما لم يقبل أو يرجع صاحب العمل عن إيجابه ، فإن قبل انعقد العقد ولزم ، وهذا عند الحنفية<sup>(١)</sup> والمالكية<sup>(٢)</sup> ؛ لأن المقابلة عقد معاوضة ، يلزم بمجرد تمام لفظ المقابلة أو ما يدل عليها ، ولا يحتاج إلى خيار مجلس ، والقول بخيار المجلس

(٨) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ١٠٠ ) .

(٩) مشروع القانون المدني الفلسطيني ( ص ١١ )

(١٠) القانون المدني السوري المادة ( ٩٣ ) انظر : د. الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته ( ٤ / ٢٩٣٨ ) .

(١١) الشريبي: مغني المحتاج ( ٢ / ٣٢٩ - ٣٣٠ ) ، والبهوتي : كشاف القناع ( ٣ / ١٤٧ - ١٤٩ ) ، وابن جزّي :

القوانين الفقهية ( ص ١٨٠ ) وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ٢٦ - ٢٨ ) ود. الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة (

ص ١٦ - ١٧ ) ود. الدريني : النظريات الفقهية ( ص ٣٢٥ - ٣٢٦ ) ود. الكردي : فقه المعاملات ( ص ١٨٧ ) .

(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ٢٦ - ٢٨ ) ، والميداني : اللباب ( ٢ / ٤ ) ، والكاساني : البدائع ( ٦ / ٥٣٠ )

(٣) ابن جزّي : القوانين الفقهية ( ص ١٨٠ ) و ابن رشد : بداية المجتهد ( ٢ / ١٧٠ ) .

يضعف القوة الملزمة للعقد ، وحديث " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" (٣) المقصود فيه التفرق بالأقوال .

أما الشافعية (٤) والحنابلة (٥) فقالوا: إنه إذا اتصل بالإيجاب بالقبول في مجلس العقد ، وكان القبول عقب الإيجاب مباشرة ، صح العقد ولكنه غير لازم ، ويكون لصاحب العمل أو المفاوض فسخ العقد أو إمضاؤه ما دام مجتمعين لم يتفرقا عن مقامهما الذي تفاوضا فيه ، وهذا هو خيار المجلس الثابت بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" (٦) والمراد به التفرق بالأبدان .

### التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة : (١)

هذا إذا كانت المقابلة بين حاضرين ، فإذا كانت بين غائبين ، فإن التعاقد لا يتم إلا بواسطة ما ، فقد تكون عن طريق المكاتب أو إرسال رسول ، أو البرقية ، أو الهاتف أو التلكس أو الفاكس وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة ، فمجلس العقد بالنسبة إليهما هو مجلس " العلم " بما تتضمنه البرقية أو الرسالة أو بما يبلغه الرسول ، أو المكالمة الهاتفية من إيجاب ، فإن صدر القبول انعقد العقد ، وإن أعرض من وجّه إليه الإيجاب صراحة أو دلالة لم يصح العقد ، ولا ينعقد أيضاً برجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول .

ويشترط لصحة العقد بقاء الإيجاب قائماً حتى صدور القبول ، فإذا مات أحد العاقدين أو زالت أهليته بجنون ونحوه قبل القبول بطل الإيجاب ، فإذا صدر من الطرف الآخر قبول بعد ذلك فلا ينعقد العقد (٢).

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا برقم ( ٢١١٠ ) ، انظر : ابن حجر : فتح الباري ( ٤ / ٤١٢ ) . أخرجه مسلم ، كتاب باب البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للبائعين ، برقم ( ٣٨٣١ ) . انظر : النووي : صحيح مسلم بشرح النووي ( ١٠ / ٤١٣ ) .

(٥) الشربيني : مغني المحتاج . ( ٢ / ٣٢٩ - ٣٣٠ ) .

(٦) البهوتي : كشاف القناع . ( ٣ / ١٤٧ - ١٤٩ ) ، وابن النجار : منتهى الإرادات ( ١ / ٣٥٦ ) .

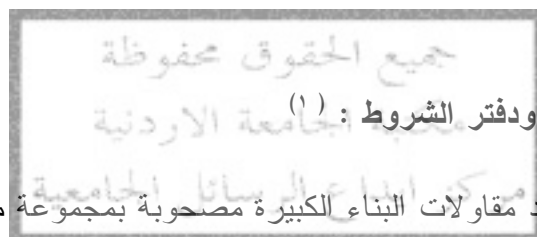
(١) سبق تخريجه ( ص ٩٥ ) .

(١) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ٢٦ ) ، والكاساني : البدائع ( ٥ / ١٣٧ ) ، والزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته ( ٤ / ٢٩٥ ) ، والدريني : النظريات الفقهية ( ص ٣٣٠ - ٣٣١ ) .

(٢) الكاساني : البدائع ( ٦ / ٥٢٣ ) ، والشربيني : مغني المحتاج ( ٢ / ٣٣٢ ) ، ود. الدريني : النظريات الفقهية

و قد أخذ القانون المدني الأردني برأي الحنفية والمالكية بخصوص التعاقد بين الحاضرين ، فقد نصت المادة ( ٩٦ ) (٣) على ما يلي : " المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس ، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب ، وقبل القبول ، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك ."

وتنص المادة ( ٩٧ ) من القانون المدني السوري (٤) وتطابقها المادة ( ٩٠ / ١ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني (٥) والمادة ( ١٠١ ) من القانون المدني الأردني (٦) بخصوص التعاقد بين الغائبين على يلي : " يعد التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول".



غالباً ما تكون عقود مقاولات البناء الكبيرة مصحوبة بمجموعة من الوثائق التي يحددها الطرفان ، أو يوافقان عليها ، وهي كما يأتي :

- ١- التصميم : الذي يجري العمل بمقتضاه.
- ٢- المقايسة : وهي بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها ، والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال ، والأجرة الواجب دفعها عن كل عمل ، وأسعار المواد التي تستخدم .

---

( ص ٣٣٣-٣٣٤ )

(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ١٠٤ ) .

(٤) د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ( ٤ / ٢٩٤٥ )

(٥) مشروع القانون المدني الفلسطيني . ( ص ١٣ ) .

(٦) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ١٠٩ ) .

(٥) انظر : د. السنهوري : الوسيط ( ٧ / ٣٨ - ٤٢ ) ، و قررة ، فتية : أحكام عقد المقولة ( ص ٨٣ - ٨٦ ) ، ود. شنب : شرح أحكام عقد المقولة ( ص ٧٤ - ٧٦ ) ، ود. الشهاوي ، قدرتي : عقد المقولة في التشريع المصري المقارن ( ص ٥٨ - ٦١ ) ، ود. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية ( ص ٣٧٧ ) ، ود. السرحان : شرح القانون المدني الأردني ( ص ٢٠ - ٢١ ) .



٣- دفتر الشروط : و يشتمل على شروط عقد المقاولة بالتفصيل ، وكيفية التنفيذ،  
والمواعيد التي تتم فيها الأعمال المختلفة ، وغير ذلك من الشروط التي وضعها  
صاحب العمل ووافق عليه المقاول بإبرامه عقد المقاولة .

وكثيراً ما يقوم صاحب العمل بإبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة ، ولا سيما في  
الأعمال الضخمة ، بأن يدعو عبر الصحف ووسائل الإعلام كل من يريد الدخول في  
المسابقة لوضع تصميم للعمل ، أو وضع أجور للأعمال المفصلة في عقد المقاولة عن  
طريق المناقصة .

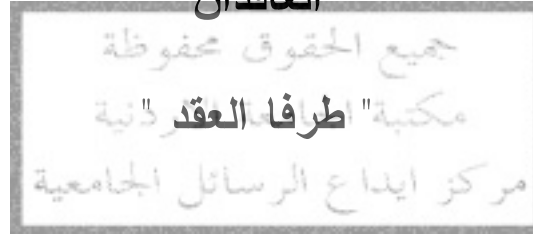
ويعدّ إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعدّ إيجاباً ، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى  
المسابقة ، وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها ، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً ،

ووجب أن يتصل به قبول رب العمل ، وإلا عوضه عما أصابه من ضرر بسبب عدم  
التعاقد معه ، والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعدّ إيجاباً ، وإرساء المناقصة على من قدم  
أنسب عطاء يعدّ هو القبول .

ولا يوجد ما يمنع شرعاً من جواز هذه الإجراءات الفنية التي تتطلبها الحاجة إلى تنفيذ  
المشاريع الضخمة ، كبناء السدود وتعبيد الطرق والمسكن الكبيرة ، ولا ندرجها تحت  
تحقيق مصالح الناس ، وعدم معارضتها للقواعد العامة الواجب توافرها في العقود .

## المبحث الثاني

### العاقدان



### المبحث الثاني :

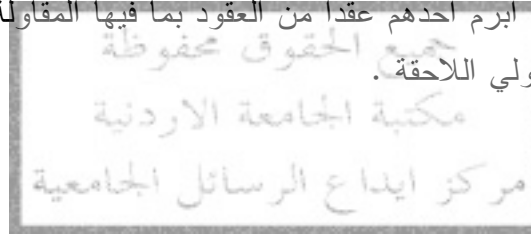
#### العاقدان : " طرفا العقد "

لا يتصور وجود الإيجاب والقبول اللذين يكونان ركن العقد من غير عاقد ، فالعاقد من مقومات العقد الأساسية ، وليس كل متعاقد صالحا لإبرام العقود ، فبعض الناس لا يصح لهم أن يبرموا أي عقد ، وبعضهم يصح منه إبرام بعض العقود ، ومنهم من يصلح لكل عقد ، وكل ذلك يرجع إلى مدى تحقق الأهلية عند المتعاقدين .

الشروط الواجبة في طرفي عقد المفاوضة هي :

أولاً : الأهلية : يشترط في عقد المقاولة أن يكون كل من المقاول وصاحب العمل متمتعاً بالأهلية الكافية لإبرام العقد ، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء ، وهي صلاحية الإنسان للقيام بالتصرفات القانونية أو الشرعية على وجه يعتد به ، والسبب في اعتبار أهلية الأداء كممارسة عقد المقاولة ؛ لأنه من العقود الدائرة بين النفع والضرر ، فهو من عقود المعاوضات الذي يرتب التزامات على كلا الطرفين ، فصاحب العمل يلزم بدفع البديل ، والمقاول يلزم بتقديم العمل والمواد التي يستخدمها ، أو عمله فقط ، فكل منهما معرض للربح والخسارة <sup>(١)</sup> ، فيشترط في كل من المقاول وصاحب العمل الأهلية الكاملة ، أو الإذن لصاحب أهلية الأداء الناقصة <sup>(٢)</sup> ،

وبذلك قال الحنفية <sup>(١)</sup> والمالكية <sup>(٢)</sup> والحنابلة <sup>(٣)</sup> ، فلا ينعقد تصرف الصبي غير المميز ، وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره ، ولا الإنسان الذي يكون في حالة جنون أو إغماء أو نوم ، وإذا أبرم أحدهم عقداً من العقود بما فيها المقاولة ، يقع باطلاً ولا يصح ولا تؤثر فيه إجازة الولي اللاحقة .



- (١) انظر : د. الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته ( ٣٣١٧ - ٣٣١٨ ) ، ود. الكردي: فقه المعاوضات ( ص ١٨٢ - ١٨٣ ) ، ود. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة ( ص ٨٠ وما بعدها ) ، ود. السنهوري : الوسيط ( ٧ / ٤٨ - ٤٩ ) ، ود. الزحيلي، محمد : العقود المسماة ( ٨١ / ٧٨ ) ، و قره ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة . ( ص ٨٩ / ٨٨ ) .
- (٢) تمر أهلية الأداء في ثلاث مراحل ، وهي مراحل تطور عقل الإنسان ، الأولى : حالة فقدان الأهلية ، وتكون تصرفات الإنسان في هذه الحالة باطلة وعباراته لاغية وهما الصبي غير المميز الذي لم يبلغ السابعة من عمره ، والمجنون ، والثانية : حالة نقصان أهلية الأداء ، كالصبي المميز الذي يبلغ سبع سنوات ، والسفيه والمغل والمعتوه ، فتجوز تصرفات هؤلاء في حدود ما ثبت لهم من أهلية ، وتكون تصرفاتهم موقوفة على إجازة الولي في سائر المعاوضات ، والثالثة : حالة اكتمال الأهلية ، وتتحقق شرعاً بالبلوغ الذي يتم غالباً في الرابعة عشرة من العمر ، وتكتمل الأهلية في القانون المدني الأردني ببلوغ سن الرشد وهو ثماني عشرة سنة شمسية كاملة ونصت على ذلك المادة ( ٤٣ ) .
- انظر : د. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني ، النظرية العامة للعقد . ( ص ٨٩ - ٩٥ ) ، د. الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته . ( ٤ / ٢٩٦٤ - ٢٩٦٥ ) ، والزرقاء: المدخل الفقهي العام ( ٢ / ٨٠٠ ) ، وحيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ( المواد من ٩٤٣ - ٩٤٧ ) ( والمواد من ٩٧٨ - ٩٨٨ ) ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ٦٣ وما بعدها )
- (١) ابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ١٤ / ٧ ) ، والكاساني : البدائع ( ٥٣٣ / ٦ ) .
- (٢) الخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦٦ ) ، وابن رشد : بداية المجتهد ( ٢ / ١٧٢ ) ، وابن جزير : القوانين الفقهية ( ص ١٦٣ ) .
- (٣) اليهودي : كشف القناع ( ٣ / ١٥١ ) ، وابن النجار : منتهى الإرادات ( ١ / ٣٣٩ ) .

أما الصبي المميز ، والسفيه<sup>(٤)</sup> ، والمغفل<sup>(٥)</sup> ، والمعتوه<sup>(٦)</sup> الذين يعرفون عقد المقاوله وما يترتب عليه من أثر ، ويدركون مقاصد العقلاء من الكلام ويحسنون الإجابة عنها ، فيصح منهم إبرام عقد المقاوله وينعقد ، ولكنه لا ينفذ إلا بإجازة الولي اللاحقة .

يقول الخرشي<sup>(٧)</sup> من المالكية : " إن شرط صحة عاقد البيع وهو البائع والمشتري التمييز وهو إذا كَلَّمَ بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه ، فلا ينعقد من غير مميز لصبا أو جنون أو إغماء منهما أو من أحدهما " <sup>(٨)</sup>.

وقال الشافعية : لا ينعقد عقد الصبي المميز ، فهو باطل ولا يقبل الإجازة اللاحقة من الولي ، لاشتراطهم البلوغ لانعقاد العقد .

ويقول الخطيب الشربيني : " ( وشرط العاقد ) بائعاً أو مشترياً ( الرشد ) وهو أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله ، فلا يصح من صبي وإن قصد اختياره ، ولا من مجنون ، ولا من محجور عليه لسفه " <sup>(٩)</sup>.

وقد أخذ القانون المدني الأردني<sup>(١)</sup> ، والقانون المدني الإماراتي<sup>(٢)</sup> ، ومشروع القانون المدني الفلسطيني<sup>(٣)</sup> ، وغيرها من التشريعات المدنية<sup>(٤)</sup> بما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة .

وجاء في المادة ( ٤٤ ) من القانون المدني الأردني ما يلي :<sup>(٥)</sup>

- 
- (٤) السفیه الذي يبذر أمواله وينفقها في غير موضعها ، وإذا عرض كلامه على العقلاء حكموا عليه بعدم الاتزان .
- (٥) المغفل : وهو الذي لا يهتدي إلى خيره إذا تصرف ، فلا يعرف التصرف الربح من الخاسر .
- (٦) العته : ضعف في العقل ينشأ عن ضعف في الإدراك والوعي ، انظر : المواد ( ٩٤٥ - ٩٤٦ ) حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ( ٥٨٦/٢ ) ، ود. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني ( ص ٩٠ - ٩١ ) .
- (٧) الخرشي ، محمد بن عبد الله الخرشي : شيخ المالكية أخذ عن والده والبرهان اللقاني وأخذ عنه علي النووي ، له تصانيف منها ، " الدرر المسنة على حل ألفاظ الأجرمية " ، وشرح مختصر خليل . انظر : ابن قاسم مخلوف : شجرة النور الزكية .
- (٨) الخرشي : حاشية الخرشي ( ٥ / ٢٦٦ ) .
- (٩) الشربيني : مغني المحتاج ( ٢ / ٣٣٢ ) .
- (١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ٦٣/١ وما بعدها ) .
- (٢) د. الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ( ص ١٨ ) .
- (٣) مشروع القانون المدني الفلسطيني ( ص ١٥ ) المواد من ( ١٠٤ - ١٠٧ ) .
- (٤) د. الزحيلي ، محمد : القانون المدني السوري المقارن بالفقه الإسلامي ( ص ٧٨-٨١ ) المواد من ( ٤٦ - ٥٠ ) .
- (٥) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ٦٣ / ١ ) .

١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

وتماثلها المادة ( ١٠٥ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني ، ونصت على أنه " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة " (٦)

وجاء في المادة ( ٤٥ ) من القانون المدني الأردني ما نصه (٧):

" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون "

وتنص المادة ( ١٠٦ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني (٨) ، والتي تطابقها في الحكم المادة ( ١١٨ ) من القانون المدني الأردني (٩) والمادة ( ١٥٩ ) من القانون المدني الإماراتي (١٠) على أن : مكتبة الجامعة الأردنية

١- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

٢- تصرفات المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويؤول حق التمسك بالإبطال بإجازة الولي أو الوصي أو القيم، أو بإجازتها من المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد ، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون " وهي مطابقة للمواد ( ٩٦٦ ، ٩٦٧ ، ٩٧٨ ، ٩٧٩ ، ٩٨٥ ) من مجلة الأحكام العدلية (١).

ثانياً : أن يكون العاقد متعدداً (٢):

- 
- (٦) مشروع القانون المدني الفلسطيني ( ص ١٥ ) .  
(٧) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ٦٣ ) .  
(٨) مشروع القانون المدني الفلسطيني . ( ص ١٥ ) .  
(٩) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ١٣٥ ) .  
(١٠) د. الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ( ص ١٨ ) .  
(١) حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ( ٢ / ٦٠٥-٦٣٢ )  
(٢) المرجع السابق ( ص ١٩ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ١٤ ) ، والكاساني : البدائع ( ٦ / ٥٣٦ ) ،

والمراد به أن يكون المقاول غير صاحب العمل ، فلو كان المقاول هو صاحب العمل لم ينعقد العقد ووقع باطلاً ، ولا ينعقد عقد المقاولة بوكيل عن جانبيين ، أو رسول من طرفين ، وسواء في ذلك أكان العاقد أصيلاً عن نفسه في تقديم العمل والمادة أم العمل فقط ووكيلاً عن صاحب العمل ، فيكون كالوكيل يشتري مال نفسه لموكله ، أم كان وكيلاً عن غيره في تقديم المادة والعمل أو العمل فقط أصيلاً عن صاحب العمل ، كالوكيل بالبيع يبيع مال موكله لنفسه ، لأن للمقاولة حقوقاً متضادة مثل التسليم والتسلم ، ولا يعقل كون الشخص الواحد في زمان واحد مُتسماً ومُتسماً ، وطالباً ومُطالباً ، وهذا لا يجوز لما يضيعه من حقوق .

هذه هي الشرائط العامّة لكل عقود المعاوضات ، بما فيها المقاولة ، ولم تذكر القوانين المدنية المعمول بها حالياً شروطاً أخرى خاصة للعاقدين ، فعقود المقاولات مختلفة في أشكالها وطبيعتها عملها ، فقد يضع صاحب العمل ، فرداً كان أو شركة أو مؤسسة أو حتى الدولة ، شروطاً يراها من مصلحته ، كضمان لحسن الأداء والتنفيذ ، وفي ضوئها يتعاقد مع المقاول الذي تحققت فيه تلك الشروط ، ومنها خبرة المقاول وكفاءته ، وبيان للمشاريع التي نفذها ، وأن يملك معدات ووسائل تمكنه من القيام بالعمل الذي يتعهد به .

### المبحث الثالث

---

ود. الكردي: فقه المعاوضات ( ص ١٨٢ ، ١٨٣ ) ، ود. أبو البصل : علي : عقد المقاولة والتوريد ( ص ٨٧ - ٨٨ ) .

## المحل

وفيه أربعة مطالب لبيان شروطه :

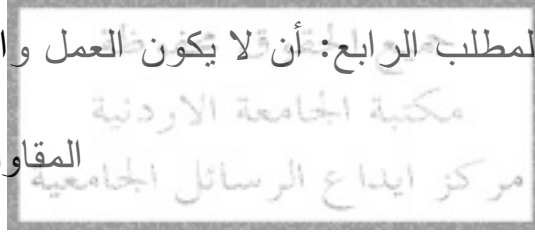
المطلب الأول : أن يكون العمل ممكناً

المطلب الثاني : أن يكون العمل مشروعاً

المطلب الثالث : أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين

المطلب الرابع : أن لا يكون العمل واجباً على العامل أو

المقاول قبل العقد



## المبحث الثالث

### المحل

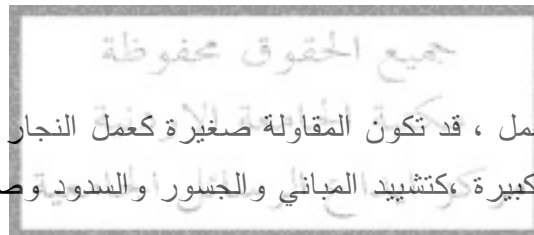
محل العقد هو ما وقع عليه التعاقد ، ويظهر أثر العقد فيه ، وهذا ظاهر في تعريف الفقهاء للعقد، من أنه " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع، يظهر أثره في محله " (١)، فلا بد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو أثره فيه ، والمقصود من العقود آثارها .

وتختلف طبيعة المحل بحسب أنواع العقود ، ففي عقد البيع والرهن والهبة يكون محل العقد عيناً مالية (٢) ، وفي عقدي الإجارة والإعارة محلها المنفعة ، وفي عقد المزرعة والاستصناع محلها العمل .

(١) الزرقاء : المدخل الفقهي العام . (١ / ٢٩١)

وذكرت التشريعات المدنية الوضعية ما يمكن أن يكون محلاً للعقد، ونصّ بعضها على أنه : " يجوز أن يكون المحل عيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر ، أو عملاً أو امتناعاً عن عمل " (٣) ، كالاتناع عن سكنى المنزل الذي اشتراه مدة ثلاث سنوات من تاريخ العقد ، بشرط مقترن بالعقد لصالح البائع (٤) .

وعقد المقاولة من العقود الواردة على العمل ، فإما أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً، والعمل الذي يؤديه المقاول يتنوع من مقاولة إلى أخرى تنوعاً كبيراً ، فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل غير متصل بشيء، بل هو مجرد عمل، كالنقل و الطبع والنشر ، وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين غير موجود ، والغرض من المقاولة إيجاد مادة من عند المقاول أو صاحب العمل ، وقد يكون العمل متصلاً بشيء موجود ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه .



ومن ناحية حجم العمل ، قد تكون المقاولة صغيرة كعمل النجار والحائك وأعمال المهن الحرة ، وقد تكون كبيرة ، كتشبيد المباني والجسور والسدود وصناعة الطائرات والسفن والأسلحة وغيرها .

ومن ناحية جنس العمل ، هناك مقاولات البناء ، والتزام المرافق العامة ، وعقد التوريد وعقد الإعلان (١) ، بحيث ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها (٢) .

والمهم في كل هذه الأعمال أن تتوفر فيها شروط معينة حتى يصبح العقد مقاولة ، وهذه الشروط لم تذكر مفصلة في القانون الوضعي ، بل ذكر جانب منها ، كما جاء في المادة ( ٧٨٢ ) من القانون المدني الأردني (٣) ، ونقلها بالنص مشروع القانون المدني

(٢) قد يكون محل عقد البيع من قبيل المنافع ، كحق التأليف ، والعلامات التجارية ، وبراءة الاختراع .

(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الفقرة الثانية من المادة ( ١٥٨ ) ( ١٥٣/١ ) ، ومشروع القانون

المدني الفلسطيني المادة ( ١٣٨ ) ( ص ١٩ ) .

(٤) د. الدريني : النظريات الفقهية ( ص ٣٥٣ ) .

(١) عقد يتعهد بموجبه الناشر أمر معين جائز شرعاً في وسيلة معينة لقاء بدل يتعهد به صاحب الاعلان وخلال مدة

معينة . انظر : أبو البصل : عقد المقاولة ( ص ١١١ ) .

(٢) د. السنهوري : الوسيط ( ٥٨-٥٩ ) ، د. السرحان : شرح القانون المدني ( ص ١٩ ) ، ود. الشهاري ، قنري :

عقد المقاولة في التشريع المصري ( ص ٧٤ ) ، وقررة ، فتحة : أحكام عقد المقاولة ( ص ٩٦ ) .

(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ٥٨٢ / ٢ ) .



الفلسطيني في المادة ( ٧٩١ ) (٤): " يجب في تحقيق عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل " .

و لتوضيح الشروط الواجب توافرها في محل عقد المقاولة وهو العمل وجب الرجوع إلى القواعد العامة في نظرية العقد في الفقه والقانون. وقد جعلتها في أربعة مطالب :

### المطلب الأول : أن يكون العمل ممكناً :

يجب أن يكون محل المقاولة مما يمكن القيام به ، وفي مقدور المقاول ، وإذا تعهد بعمل ليس باستطاعته كان ذلك عبثاً و إضراراً بالآخرين .

وما نصت عليه المادة ( ١٤١ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني (٥) والمادة ( ١٥٩ ) من القانون المدني الأردني (٦) يتوافق تماماً مع أحكام الفقه الاسلامي ، حيث جاء فيها : " إذا كان العمل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً " .

فاستحالة التسليم تجعل العقد باطلاً باتفاق الفقهاء (١) ، وفي جميع العقود بما فيها الواردة على العمل كالاتصناع والعمل والمقاولة ، يقول الكاساني : " ومنها - أي شرائط الانعقاد - أن يكون مقدور التسليم عند العقد فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد ، وان كان مملوكاً كبيع الأبق، في جواب ظاهر الروايات حتى ولو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول " (٢)

والاستحالة التي تجعل عقد المقاولة عقداً باطلاً هي الاستحالة المطلقة ، وليست الاستحالة النسبية ، والاستحالة المطلقة تعني عدم إمكان أي شخص القيام بالعمل أي أنه مستحيل في ذاته .

(٤) مشروع القانون المدني الفلسطيني (ص ١٢٣).

(٥) المرجع السابق : (ص ٢٠) .

(٦) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ١٥٤ ) .

(١) الكاساني : بدائع الصنائع : ( ٦ / ٥٦٨ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار . ( ٧ / ١٥ ) ، والشربيني : مغني

المحتاج . ( ٣ / ٤٤٤ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي . ( ٥ / ٢٨١ ) ، والبهوتي : كشف القناع . ( ٣ / ١٦٢ ، ٥٦٤ ) ،

وابن النجار : منتهى الارادات ( ١ / ٣٤٢ ) .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع . ( ٦ / ٥٦٩ )

وقد تكون الاستحالة المطلقة طبيعية ، كما لو تم الاتفاق مع أحد الأشخاص على قيامه بإيجاد دواء قادر على شفاء جميع الأمراض المعروفة في هذا العصر ، فيكون العقد باطلاً؛ لأنه يستحيل من الوجهة العلمية والعقلية إيجاد هذا الدواء .

وقد تكون الاستحالة قانونية ، كمن يتعهد بالطعن في حكم قضائي قد انقضت مواعيد الطعن فيه، فلم يعد بإمكان أحد إعادة النظر فيه ، ولذا لا ينعقد عقد المقاولة .

وقد تكون الاستحالة شرعية ، كأن يكون المقاول عاجزاً عن تسليم المنفعة حساً أو شرعاً<sup>(٣)</sup> كإجارة الحائض لكنس المسجد ، ويقول البهوتي : " - ولا يصح إجارة كافر لعمل في الحرم ، لأن المنع الشرعي كالحسي ، ولا إجارة لقلع سن سليمة أو قطع يد سليمة ، وكذا سائر الأعضاء - ولا الحائض والنفساء على كنس المسجد في حالة لا تأمن فيها تلويثه . (١) "

أما الاستحالة النسبية : فتعني أن العمل مستحيل بالنسبة لبعض الأشخاص دون الآخرين ، كأن يتعهد المقاول بإجراء عملية جراحية لمريض وهو ليس طبيباً ، فهذا العمل مستحيل تنفيذه ولكن في مقدور غيره من ذوي الاختصاص والخبرة ذلك ، وهذه الاستحالة لا تمنع من انعقاد المقاولة ، ويكون المقاول مسؤولاً عن التعويض<sup>(٢)</sup>

## المطلب الثاني : أن يكون العمل مشروعاً

(٣) أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص ١٦٦ - ١٦٧) ، ود. السنهوري : الوسيط (٧ / ٥٥-٥٦) ، ود. الشهاوي ، قدرتي : عقد المقاولة في التشريع المصري (ص ٧٤) ود. السرحان : شرح القانون المدني (٢٦ ، ٢٧) ، ود. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية (ص ٣٧٤) ، و قره ، فتحة : أحكام عقد المقاولة (ص ٩٦ ، ٩٧) .

(١) البهوتي : كشاف القناع (٣ / ٥٦٥) ، والشريبي : مغني المحتاج (٣ / ٤٤٨) .

(٢) د. السنهوري : الوسيط (٧ / ٥٨) ، د. الفضلي : الوجيز (ص ٣٨٠) ، د. السرحان : شرح القانون المدني (٢٧) ، أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص ١٦٧) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (٩ / ٧٥) .

يجب في عقد المقاولة أن يكون العمل الذي تعهد به المقاول مما أباحه الشارع ، أما إذا كان العمل المتفق عليه مخالفاً لأحكام الشريعة ، ومنافياً للنظام العام والآداب ، كان عقد المقاولة باطلاً ، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة (٣) ورجال القانون (٤) .

فلا تجوز المقاولة على فعل المعاصي وارتكاب الجرائم كالقتل والسرقه والزنا وتعليم السحر ، وتشبيد بيوت الدعارة والقمار ، وتهريب المخدرات والمواد الضارة ، وبيع الأفلام والصور المنافية للأخلاق ، فلا يكون المعقود عليه مقذور الاستيفاء شرعاً ، قال الميداني (٥) " لا يجوز الاستئجار على المعاصي ، مثل الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي

، لأنه استئجار على المعصية ، والمعصية لا تستحق بالعقد . (١) "

وقال البهوتي : " - فلا تصح الإجارة على الزنا والزمر والغناء والنياحة لأنها غير مباحة ، ولا إجارة كاتب يكتب ذلك - أي الغناء والنوح وكذا كتابة شعر محرم أو بدعة أو كلام محرم ، لأنه انتفاع محرم " (٢) ، وهذا ما نصت عليه القوانين المدنية (٣) : " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً " .

غير أن النظام العام والآداب في الشريعة الإسلامية يختلف مع الفكرة نفسها في النظم الوضعية فما يكون من تصرفات مخالفة للآداب والنظام في بلد ما قد يسمح بها في بلاد أخرى ، وتتغير نظرة القانون لها من زمان إلى زمان ، فهناك علاقات تعد محرمة في بلاد

(٣) الكاساني : البدائع (٦ / ٢١) ، والشريبي : مغني المحتاج (٣ / ٤٤٥) ، والخرشي : حاشية الخرشي (٧ / ٢٢٣) ، وابن النجار : منتهى الإرادات (ص ١ / ٤٧٩ - ٤٨٠) ، وابن جزري : القوانين الفقهية (ص ١٨١) ، والبهوتي : كشف القناع (٣ / ٥٥٩) ، وابن رشد : بداية المجتهد (٢ / ٢٢٠) ، والشيرازي ، إبراهيم بن علي : المهذب . بيروت : دار الفكر (١ / ٣٩٤) ، ود. الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته (٥ / ٣٨١٧) .

(٤) د. السنهوري : الوسيط (٧ / ٥٧-٥٨) ، ود. الشهاوي : عقد المقاولة (٧٢) ، ود. السرحان : شرح القانون المدني (ص ٢٨) ، ود. الفضلي : الوجيز في العقود المدنية (ص ٣٨١) و عنبر : الوجيز في عقد المقاولة (٨٧ - ٨٩) .

(٥) هو عبد الغني بن طالب الغنيمي الحنفي الشهير بالميداني ، ولد في حي الميدان بدمشق سنة ١٢٢٢ هـ ، قرأ على الشيخ عمر المجتهد ومحمد أمين عابدين ، وأخذ عنه الشيخ طاهر الجزائري ، له مؤلفات عديدة منها " اللباب في شرح الكتاب " و " شرح العقيدة الطحاوية " ، توفي سنة ١٢٩٨ هـ ، محمد مطيع ونزار أباطة : علماء دمشق وأعيانها . (٢ / ٧٦٨) والزركلي : الأعلام . (٤ / ٣٣) .

(١) الميداني ، عبد الغني : اللباب (٢ / ١٠٠) .

(٢) البهوتي : كشف القناع (٣ / ٥٥٩) .

(٣) مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة (١٤٠) (ص ٢٠) ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني في المادة (١٦٣) (١ / ١٥٨) ، والقانون المدني العراقي في المادة (١٣٠) انظر عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاولة (ص ٩٠) .

كالبلاد العربية والإسلامية ، يجوز التعامل بها في بلادٍ أخرى ، أمّا الشريعة الإسلامية ففكرة الأخلاق والآداب فيها منبعا العقيدة والإيمان فلا تتغير بتغير الزمان ، فهي مبادئ راسخة لثبوتها بنصوص قاطعة (٤) .

### المطلب الثالث :

#### أن يكون العمل معينا أو قابلاً للتعين

ومن شروط المحل في عقد المقاوله أيضاً أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين وقت العقد تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع غالباً ، وتحقيقاً للرضى الحقيقي الكامل . وباستعراض النصوص في مصادر الفقه الاسلامي يمكن القول باتفاق الفقهاء (١) أن العمل يكون معيناً إذا تولى الطرفان بيان نوعه ، وأوصافه ، وقدره ، وطريقة أدائه ، وكل ما يمكن به إزالة كل جهالة فاحشة يمكن أن تكون سبباً للنزاع .

ويتضح ذلك بعقدين يقع كل منهما على العمل : عقد الأجير المشترك ، وعقد الاستصناع .

فقال السرخسي (٢) : " وإذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً في داره ، ولم يُسم له موضعاً ولم يصفها فهو فاسد لجهالة المعقود عليه ، فعمل الحفر يختلف باختلاف الموضع في الصلابة والرخاوة والسهولة والصعوبة ، ويختلف باختلاف البئر في العرض والعمق ، ولو

(٤) أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني ( ص ١٧٤ - ١٧٥ ) .

(١) الكاساني : البدائع ( ٥ / ٥٤٩ ) ، والسرخسي : المبسوط ( ١٦ / ٤٧ ) ، والبهوتي : كشف القناع ( ٣ / ٥٤٩ ) ، والشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٥٣ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ، وابن جزّي : القوانين الفقهية ( ص ١٦١ - ١٦٣ ) ، وابن النجار : منتهى الإرادات ( ١ / ٤٧٧ ) ، د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ( ٥ / ٣٨١٢ ) .

(٢) محمد بن أحمد بن سهل ، أبو بكر ، شمس الأئمة ، أحد الفحول الأئمة الكبار ، كان متكلماً ، فقيهاً ، أصولياً ، من أهل سرخس في خراسان ، لزم ابن عبد العزيز الحلواني ، وتفقه عليه محمد بن إبراهيم الحصري ، أملى " المبسوط " وهو في السجن وله " شرح السير الكبير للإمام محمد " و " النكت " ، توفي سنة ٤٨٣ هـ ، ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية ( ٣ / ٧٨-٨١ ) ، والحاجي خليفة ، كشف الظنون ( ١ / ٤٦ ) .

سمّى عشرة أذرع في الأرض ومما يدير هكذا ذراعاً بأجر مُسمّى جاز ؛ لأن العمل صار معلوماً بتسمية الذرعان " (٣) .

وقال الكاساني في كتاب الاستصناع : " وأما شرائط جوازه - منها - بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه " (٤) ، فإذا كان التعاقد على بناء كان تعيينه عادة بوضع تصميمات وخرائط من المهندس المعماري ، ويرافق ذلك دفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها ، والمقاييس التي توضح مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وثمان المواد لكل نوع على حدة ، وجميع الوثائق السابقة تكمل الواحدة منها الأخرى ، وتشكل في مجموعها ما تراضى عليه الطرفان بشأن البناء المطلوب .

ويكون العمل قابلاً للتعيين متى تضمنت الخطوط التي تساعد على تعيينه ، كما لو اتفق الطرفان على قيام المقاول بإنشاء بناء سكني يتألف من خمس غرف إضافة إلى المرافق الأخرى ، فالعقد صحيح لأن محله مما يمكن تعيينه (١) ، وهذا ما نصت عليه القوانين المدنية (٢) ومما جاء فيها :

١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً .

٢- يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره ، وتنص المادة ( ٤٥٥ ) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (٣) " تكون المنفعة معلومة في استئجار أهل الصنعة ببيان العمل ، يعني بتعيين ما يعمل الأجير أو تعيين كيفية عمله " .

(٣) السرخسي : المبسوط ( ٤٧ / ١٦ ) .

(٤) الكاساني : البدائع ( ٨٦ / ٦ ) .

(١) د. شنب : شرح أحكام عقد المقاول ( ص ٦١ ، ٦٢ ) ، ود. السنهوري : الوسيط ( ٥٦ / ٧ ، ٥٧ ) ود. الفضلي : جعفر : الوجيز في العقود المدنية ( ص ٣٨١ ) ، وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاول ( ص ٩٧ ) ، ود. السرحان : شرح القانون المدني الأردني ( ص ٢٧ ) .

(٢) مشروع القانون المدني الفلسطيني ، المادة ( ١٣٩ ) ( ص ٢٠ ) ، التي نقلت عن القانون المدني المصري المادة ( ١٣٣ ) ، عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاول ( ص ٩٢ ) .

(٣) حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ( ص ٤٣٠ ) .

ويلاحظ أن القوانين المدنية نصت على بطلان عقد المقاولة بسبب الجهالة الفاحشة  
المفضية إلى المنازعة ، متبعة رأي جمهور الفقهاء (٤) ، بخلاف مذهب الحنفية الذي  
يقضي بفساد العقد بسبب الجهالة الفاحشة (٥).

ويترتب على ذلك أن يثبت للعامل بعد الشروع بالعمل أجره المثل كاملة ، سواء أكانت  
مساوية للأجرة المسمّاة أم أكثر منها أو أقل عند جمهور الفقهاء (١) ، قال الشربيني : -  
وتستقر في الإجارة الفاسدة ، سواء أقدرت بعمل أم بمدة ، أجره المثل - سواء أكانت أكثر  
من المسمّى أم لا - بما يستقر به في الصحيحة - (٢)

أما الواجب عند الحنفية فهو الأقل من أجر المثل ومن المسمّى إذا كان فساد الإجارة  
بسبب شرط فاسد ، لا باعتبار جهالة المسمى ، ولا باعتبار عدم التسمية ، فإنه في هاتين  
الحالتين يجب الأجر بالغاً ما بلغ (٣).

وقال الميداني الحنفي في اللباب : - والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يتجاوز  
به المسمى لرضاهما به ، وينقص عنه لفساد التسمية ، وهذا هو الفساد بشرط فاسد أو  
شيوخ مع العلم بالمسمّى ، وإن لجهالة المسمّى أو عدم التسمية أصلاً أو كان المسمّى خمرأ  
أو خنزيراً أو جب المثل بالغاً ما بلغ لعدم ما يرجع إليه " . (٤)

## المطلب الرابع : أن لا يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد

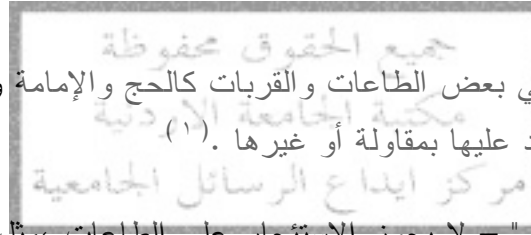
(٤) البهوتي : كشف القناع ( ٣ / ٥٤٩ ) ، وابن النجار : منتهى الإرادات ( ص ٤٧٨ ) ، والشربيني : مغني المحتاج  
( ٣ / ٤٤٤ ) ، وابن جزري : القوانين الفقهية ( ص ١٨٤ ) ، وابن قدامة المقدسي ، عبد الله : الكافي في فقه أحمد بن  
حنبل ، تحقيق زهير الشاويش . ط ٥ . بيروت : المكتب الاسلامي . ١٩٨٨ م . ( ٢ / ٣١٢ ) .  
(٥) الميداني ، عبد الغني : اللباب ( ٢ / ١٠٣ - ١٠٤ ) ، والكاساني : البدائع ( ٥ / ٥٤٢ ) وابن عابدين : حاشية رد  
المحتار ( ٧ / ١٥ ) . وانظر : تفصيل المسألة في حاشية ( ص ٢٧ ) .

- (١) الشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٨٩ ) ، وابن قدامة : الكافي ( ٢ / ٣١٢ ) ، وابن جزري : القوانين الفقهية ( ص ١٨٤ ) .  
(٢) الشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٨٩ ) .  
(٣) د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . ( ٥ / ٣٨٣٧ ) والميداني ، عبد الغني : اللباب ( ٢ / ١٠٣ - ١٠٦ ) .  
(٤) الميداني : اللباب ( ٢ / ١٠٣ - ١٠٤ ) .

نص على هذا الشرط فقهاء المذاهب الأربعة<sup>(٥)</sup>، ولم تتعرض له التشريعات المدنية الحديثة ، فوجب الرجوع إليه والعمل به .

ومن الأعمال الواجبة على العامل أو المقاول الفرائض والواجبات الشرعية ، وما لا يقبل النيابة عنه ، كالصوم والصلاة وصلة الأرحام ، فثواب هذه الأعمال وأجرها تعود على من قام بها وحده ، ولأن القصد منها امتحان المكلف بالامتثال ، وكسر النفس ولا يقوم غيره مقامه هذا ، ولذلك لا يجوز أن يرد عقد المقاولة على هذه الأعمال.

وهناك أعمال واجبة على الأشخاص بما فيهم العامل والمقاول ، وتقبل النيابة ، فقد يؤديها شخص نيابة عن الأصل ، كرد الودائع ، وقضاء الديون ورد المغصوبات ، فالمقصود انتفاع أهلها بها ، ولم تشترط النيات في أكثرها ، فيجوز أن يرد عقد المقاولة على هذه الأعمال .



واختلف الفقهاء في بعض الطاعات والقربات كالحج والإمامة والأذان وتعليم القرآن ، فلم يجز الحنفية التعاقد عليها بمقاولة أو غيرها<sup>(١)</sup>.

وقال الميداني : " - لا يجوز الاستئجار على الطاعات ، مثل الأذان والإقامة والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقهاء ، قال في التصحيح : وهذا جواب المتقدمين وأجازه المتأخرون ، فقال في الهداية : وبعض شيوخنا استحسنا الاستئجار على تعليم القرآن ، وعليه الفتوى<sup>(٢)</sup> " ، بينما أجاز الجمهور أن تكون هذه الأعمال محلاً لعقد المقاولة<sup>(٣)</sup> ، فقال النووي<sup>(٤)</sup> : " لا تصح إجارة مسلم لجهاد ولا عبادة تجب لها نية إلاحج وتفرقة

(٥) ابن رشد : بداية المجتهد ( ٢ / ٢٢١ ) ، وابن جزير : القوانين الفقهية ( ص ١٨١ ) ، والشريبي : مغني المحتاج ( ٣ / ٤ ) ، وابن قدامة : الكافي ( ٢ / ٣٠٤ ) ، والميداني : اللباب ( ٢ / ١٠٠ ) ، والسرخسي : المبسوط ( ١٦ / ٣٧ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٩ / ٧٦ ) .

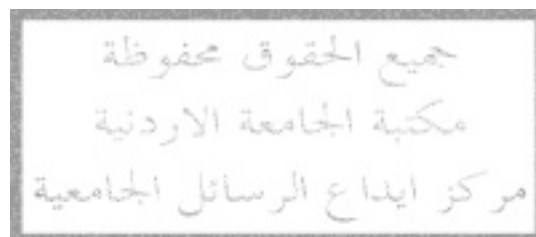
(١) الميداني : اللباب ( ٢ / ١٠٠ ) ، والسرخسي : المبسوط ( ١٦ / ٣٧ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٩ / ٧٦ ) .

(٢) الميداني : اللباب ( ٢ / ١٠٠ ) .

(٣) ابن رشد : بداية المجتهد ( ٢ / ٢٢١ ) ، وابن جزير : القوانين الفقهية ( ص ١٨١ ) ، والشريبي : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٦١ ) ، وابن قدامة : الكافي ( ٢ / ٣٠٤ ) .

(٤) الشريبي : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٦١ ) .

زكاة وتصح لتجهيز ميت ودفنه ، وتعليم القرآن " ، ثم أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ المعلم أجره المثل في زمانه على تعليم القرآن والإمامة والأذان وغيرها (٥).



## المبحث الرابع

### البدل

---

(٥) السرخسي : المبسوط ( ٣٧ / ١٦ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧٦ / ٩ ) .

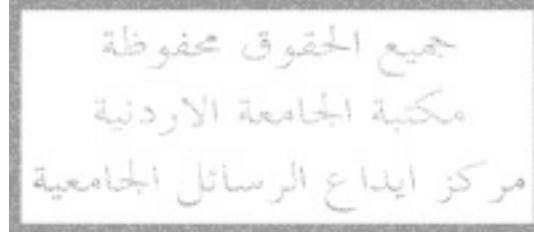


وفيه ثلاثة مطالب لبيان شروطه :

المطلب الأول : أن يكون البديل موجوداً

المطلب الثاني : أن يكون البديل مشروعاً

المطلب الثالث : أن يكون البديل معيناً - معلوماً



## المبحث الرابع

### البديل

البديل هو الوجه الثاني للمحل في عقد المقاولة ، ويقابل الأجرة في الإجارة ، والثلث في البيع ، وهو المال الذي يلتزم به صاحب العمل بإعطائه للمقاول مقابل تنفيذ الأخير ما تعهد به بحسب الشروط التي اتفقا عليها .

والبديل باعتباره محلاً للالتزام صاحب العمل لا بد أن تتوفر فيه الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام وهي في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أن يكون البديل موجوداً في عقد المقاولة :

البديل ركن من أركان عقد المفاوضة ، يجب تحديده والاتفاق عليه وقت العقد ، فالمفاوضة من عقود المعاوضات ، وإذا لم يذكر البديل كان العقد من عقود التبرعات ، قال الشربيني : " وأركان الإجارة أربعة : عاقدان ، وصيغة ، وأجرة ، ومنفعة " (١)

ويتفرع من ذلك أن يكون العوض أو البديل المذكور في العقد حقيقياً ، فلو كان البديل غير حقيقي ، أي صورياً (٢) ، فلا يصح أن يكون عوضاً ، لأنه لا منفعة فيه أو منفعته قليلة لا تقصد (٣) ، فيعَدُّ البديل عندئذ معدوماً ، ويتعذر انعقاد عقد المفاوضة .

و إذا كان البديل تافهاً أو عوضاً يبلغ من الضالة بالنسبة إلى العمل الذي يقوم به المفاوض حداثاً يتعذر معه اعتباره عوضاً حقيقياً ، فيعد هذا العوض التافه في حكم العدم ولا تكفي لانعقاد العقد ، وإذا ذكر بدل ولكن من غير الإمكان أن يوفي به صاحب العمل ، فلا تتعد لمفاوضة ، أي أصبح الالتزام به مستحيلاً ، وبالتالي كان العقد باطلاً (٤) ، وقال البهوتي : " أن يكون المبيع ومثله الثمن - مقدوراً على تسليمه - حال العقد ، لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبهه - فلا يصح بيعه أبق ولا جعله ثمناً " (١) .

وقال الشيرازي (٢) : " ولا تصح الإجارة إلا على أجرة معلومة ؛ لأنه عقد يقصد به العوض ، فلم يصح من غير العوض كالبيع " (٣)

و تتفق التشريعات الوضعية مع ما أقره الفقه الإسلامي (٤) من ضرورة تحديد البديل في عقد المفاوضة ، وتنص على أنه : " يجب في عقد المفاوضة وصف محله ، وبيان نوعه ، وقدره ، وطريقة أدائه ، ومدة إنجازه ، وتحديد ما يقابله من بدل " (٥) .

(١) الشربيني : مغني المحتاج ( ٤٣٩ / ٣ ) .

(٢) تتجلى صور العقود في حالتين : حالة المواضعة أو التلجئة وحالة الهزل ، فقد يتواضع الطرفان على بدل في السر أقل مما يتعاقدان عليه علناً . انظر الزرقاء : المدخل الفقهي العام ( ١ / ٣٧٥ وما بعدها ) .

(٣) الكاساني : البدائع ( ١٨-١٩ / ٦ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٧ / ٢١٦ ) .

(٤) وفا ، محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي والقانون ( ص ٦٣ ) ود . الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية ، وابن عرفة : حاشية الدسوقي ( ٥ / ٣٦٢ ) .

(١) البهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٦٢ ) .

(٢) الشيرازي : هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي ، أبو اسحق ، ولد بفيروز آباد " بفارس " سنة ٣٩٣ هـ ، وانتقل إلى شيراز فقرأ على علمائها ، ثم انتقل إلى البصرة ومنها إلى بغداد ولزم القاضي أبا الطيب ، وانتهت إليه رئاسة المذهب الشافعي ، وله تصانيف كثيرة منها " التنبية " و " المهذب " و " طبقات الفقهاء " ، مات ببغداد سنة ٤٧٦ هـ .

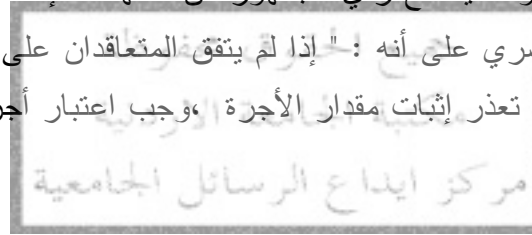
السبكي : طبقات الشافعية ( ٢ / ٤٨٠ - ٥٠٨ ) ، وابن عماد الحنبلي : شذرات الذهب . ( ٢ / ٣٤٩ - ٣٥١ )

(٣) الشيرازي : المهذب ( ١ / ٤٠٦ ) .

والأجير المشترك هو من يعمل للناس جميعاً - كما تقدم - كالخياط والكواء ، فلو دفع شخص ثوباً إلى الخياط ليخيطه ، أو إلى الكواء ليكويه ، أو قام الحلاق بحلق الشعر وتهذيبه ، أو قام السائق بتوصيله إلى المكان المراد ، بلا عقد ولا شرط أو تعريض ، استحق السائق والحلاق والكواء والخياط أجره المثل عند الحنفية<sup>(٦)</sup> ، على الرغم من فساد العقد لعدم تسميته بالبدل ، والحابلة<sup>(٧)</sup> وكثير من الشافعية<sup>(٨)</sup> ، وقال بعضهم : " لا أجره له مطلقاً " <sup>(٩)</sup> .

والراجح ما ذهب إليه الجمهور ؛ لأن العرف يجري بأن الناس لا يقدمون أعمالهم ومنافعهم للآخرين مجاناً ، وإذا لم تذكر الأجرة ، فلا يعني أنهم لا يريدونها ، إلا إذا صرح صاحب المنفعة - المفاوض - بأنه متبرع أو متنازل عنها ، والله اعلم .

وتتفق التشريعات الوضعية مع رأي الجمهور من الفقهاء ، إذ تنص المادة ( ٥٦٢ ) من القانون المدني المصري على أنه : " إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة ، أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجر المثل " <sup>(١)</sup> .



### المطلب الثاني : أن يكون البدل مشروعاً

المباح أو المشروع في الفقه الإسلامي يقابله في القانون أن يكون محل الالتزام مشروعاً أو جائز التعامل فيه ، ويشترط في محل العوض باعتباره محل التزام صاحب العمل أن يكون مشروعاً أو جائز التعامل فيه .

(٤) البهوتي : كشاف القناع ( ١٦٢ / ٣ ) ، وابن جزى : القوانين الفقهية ( ١٨١ ) ، والشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٣٣٩ - ٤٤٤ ) ، وابن النجار : منتهى الإيرادات ( ١ / ٤٧٧ ) ، والميداني : اللباب ( ٢ / ٨٨ ) ، والخرشي : حاشية الخرشي ( ٧ / ٢١٦ ) ، والكاساني : البدائع ( ٨ / ١٨ ) ، وابن قدامة : الكافي ( ٢ / ٣١١ ) ، والنووي : روضة الطالبين ( ٤ / ٣٤٢ ) .  
(٥) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني المادة ( ٢ / ٥٨٢ ) والسنهوري : الوسيط ( ٧ / ٥٦ ) .  
(٦) الكاساني : البدائع ( ٨ / ٢٨ ) ، والزيلعي : تبين الحقائق ( ٦ / ١١٠ ) .  
(٧) البهوتي : كشاف القناع ( ٣ / ٥٥٥ ) ، وابن قدامة : الكافي ( ٢ / ٣١٢ ) .  
(٨) الشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٤٤ ) ، والنووي : روضة الطالبين ( ٤ / ٣٤٣ ) .  
(٩) المصدر السابق . ( ٣ / ٤٧٨ ) .  
(١) د. وفا : محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة ( ص ٣٤٣ ) ، ود. السنهوري : الوسيط ( ٦ / ١٧٠ ) .

وحتى يكون البديل مشروعاً ومن ثم عقد المقايضة صحيحاً ، لا بد من توافر شرطين فيه ، وهما المالية و التقوم ، فالمال كما ورد في المادة ( ١٢٦ ) من المجلة " ما يميل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول " (٢)

والأصح أنه هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس (٣) ، فما لم يكن له قيمة مادية لا يصح أن يكون بدلاً في عقد المقايضة ، كالميتة ، والدم والإنسان الحر ، وحب القمح ، ويترتب على عدم مالية البديل بطلان المقايضة (٤).

والتقوم يقصد به ما يباح الانتفاع به شرعاً ، ويجوز التعامل به قانوناً ، وله قيمة مادية بين الناس ، فإذا كان البديل ذا قيمة ، ولكن يحرم الانتفاع به كالخمر والخنزير ، أو لا يجوز التعامل به كالمخدرات (١) لا تعد أموالاً منقولة ، فلا تصح أن تكون بدلاً في سائر العقود ، ومنها عقد المقايضة .

و قال الميداني : " - فما صحّ أن يكون ثمناً - أي بدلاً في البيع - صح أن يكون أجرة في الإجارة " (٢) وبفوات شرط التقوم في البديل يُعد العقد فاسداً ؛ لأنه شرط صحة عند الحنفية (٣) ، فأخلل راجع إلى الوصف في العقد الخارج عن حقيقته فهو عقد فاسد عند الحنفية ، ويُعد باطلاً عند غيرهم (٤) .

### المطلب الثالث : أن يكون البديل معيناً - معلوماً -

لئن كان من الواجب أن يكون الثمن والأجرة في عقدي البيع والإجارة معلومين وقت التعاقد ، فكذلك حال البديل في عقد المقايضة ، فكون العوض معلوماً في سائر عقود

(٢) حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ( ١ / ١٠٠ ) .

(٣) الزرقاء : المدخل الفقهي العام . ( ٣ / ١١٨ ) .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٤٥ ) ، وابن عرفه : حاشية الدسوقي ( ٥ / ٣٦٢ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٩ / ٦٢ ) ، والنووي : روضة الطالبين ( ٤ / ٣٤٣ ) .

(١) د . أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني ( ص ١٧٦ ) ، و الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود ( ص ٣٨٣ ) .

(٢) الميداني : اللباب ( ٢ / ٨٨ ) .

(٣) الكاساني : البدائع ( ٦ / ١٩ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٩ / ٦٢ ) .

(٤) النووي : روضة الطالبين ( ٤ / ٣٤٤ ) .

المعاوضات من المسائل المتفق عليها فقهاً<sup>(٥)</sup> وقانوناً<sup>(٦)</sup> ، وكل ذلك من أجل المحافظة على استمرار المعاملات المالية بين الناس ، وقطع دابر المنازعات الناجمة جراء الجهالة بالبدل في عقد المقاولة وغيره بين المتعاقدين ، واتفق الفقهاء<sup>(٧)</sup> على أن كل ما جاز ثمناً في عقد البيع ، جاز أن يكون عوضاً في عقد الإجارة ، وكذلك جاز أن يكون بدلاً في عقد المقاولة ؛ لأن الإجارة والمقاولة من عقود المعاوضات المالية الشبيهة بعقد البيع .

وبناءً على ذلك لا بد من تحديد البدل في عقد المقاولة وتعيينه بجلاء ، سواء أكان البدل مما يثبت في الذمة ، أم عيناً معينة ، أم منفعة معينة ، فما يثبت في الذمة قد يكون نقوداً

- وهو الغالب - فيشترط فيه أن يكون معلوماً قدرًا وصفة ، فالقدر<sup>(١)</sup> مثل مائة ألف ، والصفة مثل الدنانير أو الجنيهات مع نسبتها إلى بلدها ، وأن يذكر في العقد كيفية دفعها ولا سيما في عقود المقاولات الكبيرة ، هل تدفع جملة واحدة ؟ أم على أقساط محددة ؟ وهل تدفع قبل البدء بالعمل ؟ أم عند تمامه ؟ أم فيما بين ذلك ؟ وإن كان ما يثبت في الذمة غير نقود ، كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ، يجب بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته ، ككون جنس المكيل أو الموزون حبوباً ، وكون نوع الحبوب قمحاً ، والقدر ككونه ألفاً ، والصنف كذا ، وإن كان البدل منفعة معينة ، فيشترط فيها ما يشترط في المنفعة الواقع عليها الإجارة ، كأن يسكن محام أو طبيب في مسكن مملوك لأحد زبائنه مقابل الترافع له في قضاياها ، أو معالجة أفراد أسرته ، وتكون المقاولة هنا مقايضة منفعة بمنفعة .

وقد يكون البدل عيناً معينة ، وعندئذ يكفي مشاهدتها للعلم بها ، كأن تكون مقادير من البضائع أو قطعة أرض أو شقة سكنية أو غير ذلك ، يقول الشرييني : " ويشترط كون

(٥) الشرييني : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٤٤ ) ، والكاساني : البدائع ( ٦ / ٢٠ ) والخرشي : حاشية الخرشي ( ٧ / ٢١٦ ) ، وابن قدامة : المغني ( ٧ / ٣٢٢ ) ، والبهوتي : كشاف القناع ( ٣ / ٥٥١ - ٥٥٥ ) ، وابن رشد : بداية المجتهد ( ٢ / ٢٢٠ ) ، والميداني : اللباب ( ٢ / ٨٨ ) .

(٦) د. السنهوري : الوسيط ( ٧ / ٦٠ - ٦١ ) ، ود. السرحان : العقود المسماة ( ص ٣٠ - ٣١ ) ود. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود ( من ٣٨٢ - ٣٨٣ ) .

(٧) البهوتي : كشاف القناع ( ٣ / ٥٥١ ) ، وابن رشد : بداية المجتهد ( ٢ / ٢٢٠ ) ، والميداني : اللباب ( ٢ / ٨٨ ) ، والنووي : روضة الطالبين ( ٤ / ٣٤٤ ) .

(١) الزيلعي : تبين الحقائق ( ٦ / ٧٩ ) ، و. النووي : روضة الطالبين ( ٤ / ٣٤٥ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٩ / ٧ ) ، والكاساني : البدائع ( ٦ / ٢١ ) ، والبهوتي : كشاف القناع ( ٣ / ٥٥١ ) ، وابن قدامة : المغني ( ٧ / ٣٢٢ ) ، وابن عرفة : حاشية الدسوقي ( ٥ / ٣٣٥ ) . .

الأجرة التي في الذمة معلومة جنساً وقدرًا، وصفة، كالثمن في البيع" (٢)، وجاء في اللباب للميداني: "ولا تصح - الإجارة - حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة، وما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة" (٣).

والأصل في هذا كله قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره " (١)

وانتقلت التشريعات المدنية العربية مع الفقه الإسلامي في تعدد جنس البديل واشترط كونه معلوماً نوعاً وقدرًا وصفة .

و جاء في المادة ( ١/٦٦٤ ) من القانون المدني الأردني : " يجوز أن يكون بدل الإيجار عيناً أو ديناً أو منفعة وكل ما صلح ثمناً في البيع " (٢)

ونصت المادة ( ٧٤٨ ) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه : " يشترط أن تكون الأجرة معلومة وذلك بتعيين نوعها ومقدارها إن كانت من النقود ، وبيان نوعها ووصفها وتحديد مقدارها إن كانت من غير النقود " (٣)

وبقي أن يُذكر أن المتعاقدين إذا لم يتفقا على بدل محدد أو نصّاً صراحة على خلو المقابلة من البديل ،كأن يقول صاحب العمل : قاوتك بلا بدل ، فيبطل عقد المقابلة لانعدام أحد أركانها .

(٢) الشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٤٤٤ ) .

(٣) الميداني : اللباب ( ٢ / ٨٨ ) .

(١) أخرجه عبد الرزاق : باب الرجل يقول : بع هذا بكذا فما زاد فلك أو كيف باعه بدين ، برقم ( ١٥٠٢٣ ) ، انظر : عبد الرزاق بن همام : المصنف ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ط٢ . بيروت : المكتب الإسلامي ١٩٨٣م ( ٨ / ٢٣٥ ) وأخرجه النسائي : كتاب المزارعة ، باب الثالث من الشروط فيه المزارعه والوثائق : برقم ( ٣٨٦٢ ) ، انظر : السيوطي ، جلال الدين : سنن النسائي المسمى بالمجتبى بشرح السيوطي : دار الفكر ١٩٩٥ م ( ٧ / ٣٥ ) .

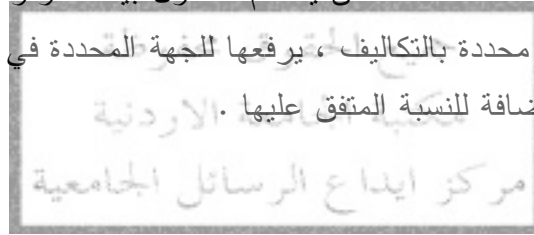
(٢) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ٢ / ٤٨٠ ) .

(٣) د . الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ( ص ٢٢١ ) .

أما إذا لم يتعرض له ، كما مرّ سابقاً ، فيفسد العقد عند الحنفية للجهالة المفضية للمنازعة ، ويجب أجر المثل (٤).

ويتم تحديد البديل في عقد المقاوله بالتراضي المتبادل بين العاقدين ، وأشكال التراضي ثلاثة : (٥)

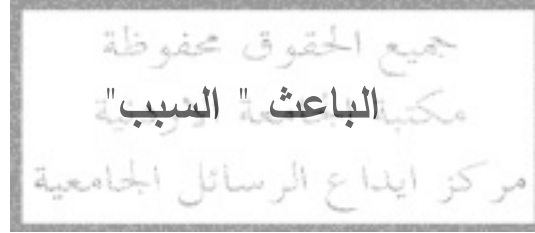
- ١- تحديد البديل بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات ومواصفات المحددة بدقة ، هذه الصورة الغالبة التي تتم بين أصحاب الأعمال والمقاولين .
- ٢- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية ، وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها .
- ٣- الاتفاق على تحديد البديل على أساس سعر التكلفة الحقيقية ، ونسبة ربح مئوية ، ويلزم في هذه الحالة أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة ، وبمواصفات محددة بالتكاليف ، يرفعها للجهة المحددة في العقد ، ويستحق حينئذ التكلفة ، بالإضافة للنسبة المتفق عليها .



---

(٤) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ /٩ ) ، الكاساني: البدائع ( ٢٠ /٦ ) انظر توضيح المسألة ( ٢٧ ) من هذا البحث  
(٥) مجلة مجمع الفقه الاسلامي - جدة - الدورة الرابعة عشرة - غير منشورة - انظر : د. عفانه ، حسام الدين : يسألونك . الجزء الثامن ( ص ١٤٤ - ١٤٥ ) ، ود. السنهوري : الوسيط ( ٧ / ٦١ - ٦٣ ) ، ود. الشهاوي ، قذري عبد الفتاح : عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن ( ص ٧٦ - ٧٨ ) .

## المبحث الخامس



وفيه مطلبان :

المطلب الأول : السبب في القانون المدني

المطلب الثاني : الباعث في الفقه الإسلامي



## المبحث الخامس

### الباعث : السبب "

### المطلب الأول : السبب في القانون الوضعي " الباعث "

يطلق السبب في القوانين الوضعية وعند رجال القانون على معان : (١)

**الأول :** السبب بمعنى مصدر الالتزام : ويُسمى السبب المنشئ ، كمن يلتزم بالتعويض لأنه أتلف مال الآخر، فسبب التزامه هو المسؤولية التقصيرية .

**الثاني :** يطلق السبب على القصد المباشر للتعاقد ، ويسمى السبب القصدي ، ففي عقد البيع يكون السبب القصدي لالتزام البائع ، هو الحصول على التزام المشتري بالثمن ، وكذلك سبب التزام المشتري ، الحصول على التزام البائع بنقل الملكية .

**الثالث :** السبب بمعنى الباعث أو الدافع ، وهو بمعنى المقصد أو الغرض البعيد الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ، ففي عقد المقاول ، يكون الباعث لدى صاحب العمل عندما يعهد للمقاول ببناء منزل ، أن يتخذ مسكناً ، أو محلاً تجارياً ، ويكون الباعث للمقاول عند قبوله بالعقد الحصول على المال ليسد به ديناً ، أو ليشتري به منزلاً ، أو لينفقه على تعليم أو علاج .

---

(١) انظر : سوار ، محمد وحيد الدين : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي . ط ٢ . عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٨٨ ( ص ٤٧٠ ) ، ود. منصور ، أمجد محمد : النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام . ط ١ . عمان : الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ٢٠٠١ م ( ص ١٣٤ - ١٣٥ ) ، ود. السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي . ط ١ . بيروت : دار إحياء التراث العربي . ( ٤ / ١١ ) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ( ٤ / ٣٠٣١-٣٠٣٣ ) ، ود. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني ( ص ١٩٥ - ١٩٨ ) . والزرقاء : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة . ط ٢ . دمشق : دار القلم ١٩٩٩ م ( ص ٦٤ ) ، وسيوفي ، جورج : النظرية العامة للموجبات والعقود . ط ٢ . بيروت : ١٩٩٤ م ( ١ / ١٧٦ - ١٧٨ ) .

والمعنى الثاني للسبب تبنته النظرية التقليدية ، حيث لم يبحثوا في الغرض غير المباشر من وراء التعاقد .

والسبب القسدي يتميز بأنه داخلي يُعرف من العقد نفسه ، وموضوعي أي ليس ذاتياً متعلقاً بالشخص ، وثابت غير متغير يتكرر في كل بيع ، حتى ولو تغير الأشخاص المتعاقدون، وهو يلتقي في بعض خصائصه مع المقصد الأصلي للعقد في الفقه الاسلامي ، أو الغاية النوعية منه.

فالمقصد الأصلي لعقد البيع هو نقل الملكية بعوض ، والسبب القسدي لالتزام كل متعاقد هو التزام الطرف الآخر ، وفي العقود الملزمة لجانب واحد ، كان العقد عيناً كالقرض يكون سبب الالتزام تسليم الشيء محل التعاقد وفي عقود التبرع سبب التزام المتبرع هو نية المتبرع .

وقد اشترطت النظرية التقليدية والقوانين التي تأثرت بها للسبب أن يكون موجوداً ، وصحيحاً ، ومشروعاً ، وردوا على من اعتبر معنى السبب هو الدافع على التعاقد بأنه يصعب ضبطه لما يتميز به من خصائص غير موضوعية ، وقالوا أنه لا تأثير له في وجود العقد ، ويقوم العقد سواء كان الباعث شريفاً أو غير شريف ، وعدوا السبب بهذا المعنى ركناً من أركان العقد ، وبفواته يُعد العقد باطلاً .

وتعرضت هذه النظرية للانتقاد الشديد من خصومها (١) ، لأنها غير منطقية وغير مجدية، ففي العقود الملزمة للجانبين قالوا أنه ليس بصحيح أن سبب التزام المتعاقد هو التزام الآخر وهذا يقتضي أن تنشأ الالتزامات في وقت واحد ، والواقع أن أحدهما يسبق الآخر ، ويمكن الاستغناء عنها ، إذ يمكن أن نصل إلى بطلان الالتزام - باعتبار أن هذا هو هدف النظرية - الذي ليس له سبب من طريق آخر ، وهو عدم مشروعية المحل في العقود الملزمة للجانبين ، فإذا اتفق طرفان على أن يقوم أحدهما بجريمة قتل مقابل عوض ، يعدّ العقد باطلاً لعدم مشروعية المحل .

(١) انظر تفصيل الردود عند د. السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ( ٤ / ١٧ - ١٩ ) ، ود. الدريني : النظريات الفقهية ( ص ٢٩٠ ) ، ود. أبو البصل : عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني ( ص ١٩٧ - ١٩٨ ) ، والزرقاء : المدخل إلى نظرية الالتزام ( ص ٦٥ ) ، وسيوفي ، جورج : النظريات العامة للموجبات والعقود ( ١٨٠ / ١ - ١٨٢ ) .

ويسبب ما وجه للنظرية التقليدية من نقد ، برزت النظرية الحديثة والتي تبنت المعنى الثالث للسبب وهو " الدافع والباعث على التعاقد " أي الغرض غير المباشر من وراء التعاقد ، ويسمى " السبب المصلحي " ، ويتميز السبب بهذا المعنى بأنه خارجي عن العقد ، وأنه ذاتي للمتعاقد ، ومتغير في النوع الواحد من العقود كما يختلف باختلاف الأشخاص<sup>(١)</sup> فالشخص الذي يشتري داراً لاستغلالها في أغراض تخالف النظام العام والآداب يعد عقده باطلاً لأن باعته غير مشروع ، ويشترط لإعمال الباعث شرطان<sup>(٢)</sup> :

١- أن يكون ثمة غرض غير مشروع

٢- أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الغرض .

وهذا الباعث الذاتي الذي دفع العاقد إلى العقد هو المسمى بسبب العقد ، وأخذت به كثير من القوانين المدنية العربية<sup>(٣)</sup> ، وجعلته ركناً لازماً لقيام العقد ، وبعضها ميز بين سبب الالتزام وسبب العقد ، كما هو الحال في القانون المدني اللبناني<sup>(٤)</sup> ، ومشروع القانون المدني الفلسطيني<sup>(٥)</sup> ، والقانون المدني الأردني<sup>(٦)</sup> ، والجامعية

فالمادة ( ١٦٥ ) من القانون الأردني تنص على الآتية :

١- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .

٢- ويجب أن يكون موجوداً وصحياً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب<sup>(٧)</sup> .

وتنص المادة ( ١٦٦ ) من نفس القانون على الآتي :

(١) د. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني ( ١٩٧ - ١٩٨ ) ، د. الدريني : النظريات الفقهية ( ص ٢٩٩ ) ود. سوار : التعبير عن الإرادة ( ص ٤٧٠ ) .  
(٢) د. السنهوري : مصادر الحق ( ٢٢ / ٤ ) ، الزرقاء : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ( ٦٥ ) ، ود. سوار : المرجع السابق ( ص ٤٠٥ - ٤٧٦ ) ، ود. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون ( ص ١٩٨ ) .  
(٣) د. السنهوري : المرجع السابق ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته ( ٣٠٣٢ / ٤ ) ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ١٦٣ ) ، القانون المدني الفلسطيني ( ٢٠ ، ٢١ ) .  
(٤) د. سيوفي : النظرية العامة للموجبات والعقود ( ١٩٥ ) ( ٢ / ١٨٨ - ١٨٩ ) .  
(٥) مشروع القانون المدني الفلسطيني ( ص ٢٠ - ٢١ ) .  
(٦) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ١٦٣ ) .  
(٧) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ( ١ / ١٦٣ ) وتماتها المادة ( ١٤٦ - ١٤٧ ) من مشروع القانون المدني الفلسطيني ( ص ٢٠ - ٢١ ) .

- ١- لا يصح العقد إذا لم يكن فيه منفعة مشروعة لعاقدين .  
٢- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك .

ويلاحظ أنه أخذ في المادة الأولى بالنظرية التقليدية في معنى السبب ، وهو الغرض المباشر للعقد ، وبالمادة الثانية أخذ بالسبب الدافع إلى التعاقد كما عرفته النظرية الحديثة ومعتمداً على ما جاء في الفقه الإسلامي .

### المطلب الثاني : الباعث " القصد " في الفقه الإسلامي :

يتم التعاقد في الفقه الإسلامي بمجرد تحقق " الصيغة " وهي وتوافق الإيجاب والقبول، لأنهما يعبران عن الإرادة الباطنة ، دون أن يتوقف ذلك على شكل أو مراسيم معينة .

وهذه الإرادة قد يحركها باعث لإنشاء تصرف هو في ظاهره مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية ، غير أن قصده من هذا التصرف تحقيق أغراض غير مباشرة ، يخرق فيها الأخلاق والقيم والآداب التي أمر بها الإسلام الحنيف ، ويناقض مقاصد التشريع .

ولهذا أرست الشريعة الإسلامية فكرة الباعث كقيد يرد على حرية تصرف الإرادة (١)

ويعرف الدكتور فتحي الدريني الباعث بقوله : " الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض مباشر " (٢) . والمقصود بغير مباشر أي غرض غير مشروع.

كأن يقوم مقاول بتوريد كميات من العنب لمصنع يعلم بأنه يُصنع من عصيره الخمر، فالدافع الذي حمل صاحب المصنع على شراء العنب إنما ليتخذه خمراً ، وهو دافع غير مشروع ، لأنه يهدف إلى تحقيق غرض يحرمه الشارع الحكيم .

وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشرع الذي أشار إليه الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله : " تقديم عمل ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي ، وتحويله في

(١) د. سوار : التعبير عن الإرادة ( ص ٤٨٣ - ٤٨٤ ) ، د. السنهوري : مصادر الحق ( ٣٦ / ٤ ) . ود. الدريني :

النظريات الفقهية ( ص ٢٢٨ ) .

(٢) د. الدريني : المرجع السابق . ( ص ٢٢٨ ) .

الظاهر إلى حكم آخر " فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة ، كمن يهب ماله عند الحول فراراً من دفع الزكاة (١) .

و إذا صرح بالبائع غير المشروع في صلب العقد اتفق الفقهاء (٢) على بطلان العقد لاقتترانه بشرط محظور محرم ، أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء ، وبالامكان دمج أقوالهما في رأيين أساسيين وهما :

### الرأي الأول : مذهب الحنفية والشافعية :

الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود ، لا بالإرادة الباطنة ، فلا يعتدون بالبائع غير المشروع ما لم يتضمنه التعبير ، أو لم يستخلص من طبيعة محل العقد ضمناً (٣) .

قال الكاساني : " ولا تجوز إجارة الإماء للزنا ، لأنها إجارة على معصية " (٤) ، وقال الزيلعي (٥) : " ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهي ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد " (٦) . فصيغة العقد تضمنت صراحة البائع على الإجارة وهو سبب غير مشروع ومن ثم كان عقد الإجارة باطلاً .

ومن الأمثلة على استخلاص البائع من طبيعة المحل ما ذكره الكاساني أيضاً : (٧) "

(١) الشاطبي : الموافقات (٤ / ٢٠١) .

(٢) انظر : البهوتي : كشف القناع (٣ / ١٥٣ ، ١٨١) ، وابن رشد : بداية المجتهد (٢ / ١٤٠) ، وابن جزري : القوانين الفقهية (ص ١٨١) ، والشاطبي : الموافقات (٤ / ٢٠٠) ، والكاساني : البدائع (٦ / ٤ ، ٥٥٧) ، والشربيني : مغني المحتاج (٢ / ٣٤٣) .

(٣) انظر د. الدريني : النظريات الفقهية (ص ٢٣٣ - ٢٣٧) ود. السنهوري : مصادر الحق (٤ / ٣٨ - ٤٢) ، د.

الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته (٤ / ٣٠٣٣ - ٣٠٣٥) ، والشربيني : مغني المحتاج (٢ / ٣٤٣) .

(٤) الكاساني : البدائع (٦ / ٣) .

(٥) الزيلعي : هو عثمان بن علي بن محجن الملقب فخر الدين أبو محمد الزيلعي ، نسبته إلى " زيلع " وهي قرية على ساحل البحر من ناحية الحبش ، فقيه حنفي ، كان عالماً بالنحو والفرائض ، وله " تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق " و " بركة الكلام على أحاديث الأحكام " ، توفي بقرافة مصر سنة ٧٤٣ هـ ، ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية (٢ / ٩٢٥)

، بحاجي خليفة : كشف الظنون (١ / ٥٦٩)

(٦) الزيلعي : تبيين الحقائق (٦ / ١١٨) .

(٧) الكاساني : البدائع (٦ / ٥٥٧) .

وأما القرد - أي شراء القرد - فعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان: وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعاً فلا يكون مالاً كالخنزير ، ووجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ، والصحيح هو الأول ، لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة، بل للهو به ، وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام للحرام و أنه لا يجوز . "

فالباعث استخلص من التعاقد على طبيعة المحل ، لأن القرد لا يُشترى للانتفاع بجلده بل للهو به .

وما دام العقد صحيحاً ومستكماً لشرائطه وأركانه ، لا يلتفت إلى البواعث النفسية الخفية في العقود والتصرفات ، لأن البواعث والنوايا لا يعلمها إلا الله ، سبحانه ، ولا يؤخذ بالقرائن الخارجية وملابس الأحوال ، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم (١) .

يقول الإمام الشافعي - رحمه الله - : " أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به " (٢) .

وبناءً عليه قال الحنفية (٣) والشافعية (٤) بصحة بيع العينة ، وبيع العنب لعاصر الخمر ، وبيع السلاح في الفتنة الداخلية ، وزواج المحلل مع الكراهة التحريمية ، والحرمة عند الحنفية أو الكراهة عند الشافعية ، يقول الشربيني : " ويصح بيع جارية الغناء ، وكبش النطاح ، وديك الهراش ولو زاد لذلك مقصداً أولاً لأن المقصود أصلاً الحيوان " (٥) .

## الرأي الثاني : مذهب الحنابلة والمالكية :

(١) د. السنهوري : مصادر الحق ( ٤ / ٣٨ - ٤٢ ) ، ود. الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته ( ٤ / ٣٠٣٣ - ٣٠٣٥ ) .

(٢) الشافعي : الأم ( ٣ / ٦٥ ) .

(٣) الكاساني : البدائع ( ٤ / ٢٨٠ ) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ( ٧ / ٥٤١ ) .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٣٩٢ ) ، والنووي : روضة الطالبين ( ٣ / ١١٨ ) .

(٥) الشربيني : مغني المحتاج ( ٣ / ٣٩٢ ) .

يأخذ الحنابلة<sup>(١)</sup> والمالكية<sup>(٢)</sup> بالنزعة الذاتية ، وبإعمال الباعث غير المشروع في العقود ، كما هو الحال عند أصحاب النظرية الحديثة ، وفي القوانين المدنية ، غير أنهم لا يعدونه ركناً في العقد ؛ لأنه خارج عن ماهية العقد ، بخلاف القوانين الوضعية ، فيبطل عندهم التصرفات والعقود المشتملة على باعث غير مشروع ، سواء ذكر في العقد أم لم يذكر ، أو كان بالإمكان أن يعلم بالظروف والقرائن الخارجية وكثرة الوقائع ، بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان<sup>(٣)</sup> .

وقال البهوتي<sup>(٤)</sup> : " ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كالعنب وكعصير لمتخذهما خمرًا وكذا زبيب ونحوه ، ولو كان بيع ذلك لذي يتخذه خمرًا ، ولا بيع سلاح ونحوه ، في فتنة أو لأهل حرب أو لقطاع طريق إذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن ، لقوله تعالى : **"وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ"**<sup>(٥)</sup> ويصح بيع السلاح لأهل العدل لقتال البغاة ، وقتل قطاع الطريق ؛ لأن ذلك معونة على البر والتقوى . "

وجاء في إعلام الموقعين<sup>(٦)</sup> : **"فالنية روح العمل ولبه وقوامه ، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها والنبي - صلى الله عليه وسلم - قد قال كلمتين كفتنا وشفقتنا - وتحتهما كنوز العلم - وهما قوله : "إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل أمرٍ ما نوى"**<sup>(٧)</sup> فبين في الجملة الأولى ، أن العمل لا يقع إلا بالنية ، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية ، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه ، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والندور وسائر العقود والأفعال ، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا ، حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً ، ولا يخرج منه ذلك صورة عقد النكاح ؛ لأنه نوى ذلك ، وإنما لكل

(١) البهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٨١ ) ، وابن القيم : إعلام الموقعين ( ٣ / ١١١ ) ، وابن قدامة : المغني ( ٥ / ٣٠٣ ) .  
(٢) ابن رشد : بداية المجتهد ( ٢ / ١٤٠ ) ، والحطاب ، محمد بن عبد الرحمن : مواهب الجليل . ط ٢ . بيروت : دار الفكر ١٩٧٧م ( ٤ / ٢٦٣ ، ٤٠٤ ) ، وابن جزى : القوانين الفقهية ( ١٧٨ - ١٧٩ ) ، والشاطبي : الموافقات ( ٢ / ٣٢٣ ) .  
(٣) انظر تفصيلاً أكثر حول الأدلة والأمثلة عند د. سوار : التعبير عن الإرادة ( ص ٥٣٠ - ٥٤٣ ) ، ود. السنهوري : مصادر الحق ( ٤ / ٥١ - ٥٦ ) ، ود. الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته ( ٤ / ٣٠٣٥ ) ، ود. الدريني : النظريات الفقهية ( ص ٣٣٨ - ٣٤٥ ) .  
(٤) البهوتي : كشف القناع ( ٣ / ١٨١ ) .  
(٥) سورة المائدة ، الآية ( ٢ )  
(٦) ابن القيم : إعلام الموقعين ( ٣ / ١١١ ) .  
(٧) أخرجه البخاري ، كتاب الإيمان والندور ، باب النية في الإيمان ، برقم ( ٦٦٨٩ ) العسقلاني : فتح الباري ( ١١ / ٧٠٠ )

امرىء ما نوى ، فالمقدمة الأولى معلومة بالوجدان ، والثانية معلومة بالنص ، وعلى هذا فإذا نوى بالعصر حصول الخمر ، كان له ما نواه ، لذلك استحق اللعنة ، وإذا نوى بالفعل التحيل على ما حرمه الله ورسوله كان له ما نواه ، فإنه قصد المحرم وفعل مقدوره في تحصيله ، ولا فرق في التحايل على المحرم بين الفعل الموضوع له ، و الفعل الموضوع لغيره إذا جعل ذريعة له لا في عقل ولا في شرع "

يقول الشاطبي : " إنما الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعبادات (١) .

وبناءً عليه قال الفقهاء ببطلان ببيع الأجال ومن ضمنها بيع العينة ، وزواج المحلل ، وبيع أرض بقصد بناء كنيسة ، أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً أو استئجار كراريس (٢) فيها عبارة النوح . (٣)

وكل ما ذكر من أمثلة يكون فيها الباعث غير مشروع ينطبق تماماً على عقد المقاوله سواء قدم المقاول العمل فقط ، أم العمل والمادة معاً ، فإذا صرح أحد المتعاقدين بباعث غير مشروع في صلب العقد ، وعلم به الآخر ، يبطل العقد في الشريعة والقانون ، كأن يقول صاحب العمل للمقاول : قاولتك على بناء صالة لبيع الخمر ولعب القمار فيها .

أو كأن يتفق مقاول مع صاحب منجرة على أن يورد له أخشاباً بأنواع محددة ، والمقاول يعلم أن النجار يصنعها على شكل صليب أو تماثيل تتخذ أصناماً .

وقد يكون الباعث غير المشروع في عقود التبرعات فيبطلها ، كما يقوم به كثير من المقاولين في أيامنا هذه ، عندما يقدمون الهدايا والعطايا للمسؤولين والموظفين في البلديات ووزارة الأشغال ، أو في الشركات الذين يشرفون على العطاءات والمناقصات ، وتحديد من يرسو عليه العطاء ، ويكون دافع من قدم هذه الهدايا والهبات استمالة المختص بهذا الشأن نحوه ، وإعطائه المشروع وتقديمه على غيره فهذه رشوة محرمة يستحق معطيها

(١) الشاطبي : الموافقات ( ٣٢٣ / ٢ ) .

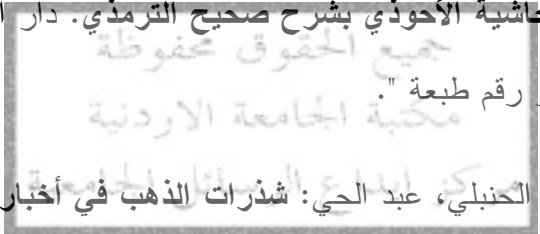
(٢) كراريس : جمع كراس ، كرس الرجل إذا ازدحم علمه على قلبه ، والكُرْاسة: من الكتب سميت بذلك لتكرسها . ابن منظور : لسان العرب ( ١٩٣ / ٦ )

(٣) ابن جزى : القوانين الفقهية (ص ١٧٨) ، والبهوتي : كشاف القناع ( ١٨١ / ٣ ) ، وابن القيم : إعلام الموقعين ( ٣ / ١١١ ) ، والخطاب : مواهب الجليل ( ٤ / ٤٠٤ ، ٢٦٣ ) ، وابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله : الكافي . ط ١ . بيروت : دار الكتب العلمية ١٩٨٦ م ( ١ / ٣٢٤ ) ، وابن قدامة المقدسي : الكافي في فقه ابن حنبل ( ٢٥ / ٢ ) .



وأخذها لعنة الله ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وأميل إلى رأي المالكية والحنابلة ،  
لوضوح أدلتهم وأمثلتهم ، ولا سيما في هذا الزمان الذي كثر فيه الاحتيال والخداع ،  
ولاتفاقه مع مقاصد الشريعة الإسلامية . والله أعلم .

### مسرد المصادر والمراجع

١. أبحاث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية. الرياض. ١٩٨٨م.
٢. ابن أبي الوفاء، عبد القادر بن محمد: الجواهر المضية في طبقات الحنفية. ط٢. الرياض: دار إحياء الكتب العربية. ١٩٩٣م.
٣. ابن العربي: حاشية الأحمدي بشرح صحيح الترمذي. دار الكتب العلمية. بيروت. "دون تاريخ أو رقم طبعة".  

٤. ابن العماد الحنبلي، عبد الحي: شذرات الذهب في أخبار من ذهب. بيروت: دار الفكر ط ١٩٨٨م.
٥. ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب: أعلام الموقعين. تحقيق طه عبد الرؤوف. بيروت: دار الجيل. ١٩٧٣م.
٦. ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحى: منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات. تحقيق عبد الغني عبد الخالق. عالم الكتب. "دون تاريخ أو رقم طبعة".
٧. ابن تغري بردى، يوسف: النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة. القاهرة: المؤسسة المصرية العامة للتأليف ١٩٦٣م.
٨. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم: الفتاوى الكبرى. ط١. بيروت: دار المعرفة. ١٩٨٨م.

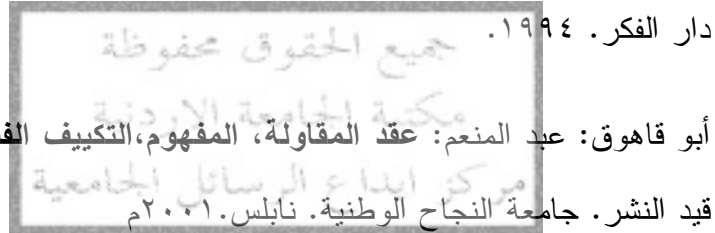
٩. ابن جزّي، محمد بن أحمد: **القوانين الفقهية**. ط١. بيروت: دار القلم . ١٩٧٧م.
١٠. ابن رشد، محمد القرطبي: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. ط٦.
١١. ابن عابدين، محمد أمين: **حاشية رد المحتار على الدر المختار**. دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٤م.
١٢. ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله: **الكافي**. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٨٦م.
١٣. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا: **معجم مقاييس اللغة**. تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون. ط٢. بيروت. دار الجيل. ١٩٦٨م.
١٤. ابن قاسم مخلوف، محمد بن محمد: **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية ٢٠٠٣م.
١٥. ابن قدامة المقدسي، عبدالله: **الكافي في فقه أحمد بن حنبل**. تحقيق زهير الشاويش. ط٥. بيروت: المكتب الإسلامي ١٩٨٨م.
١٦. ابن قدامة، عبدالله بن أحمد: **المغني**. تحقيق محمد شرف الدين خطاب، والسيد محمد السيد، وإبراهيم صادق. ط١. القاهرة: دار الحديث. ١٩٩٦م.
١٧. ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني: **سنن ابن ماجة**. ط١. بيروت: دار الجيل. ١٩٩٨م.
١٨. ابن منظور، محمد بن مكرم: **لسان العرب**. بيروت: دار صادر. ١٩٩٧م.

١٩. ابن نجيم زين الدين بن عابدين: البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية.  
ط١. دار الكتب العلمية. ١٩٩٧م.

٢٠. أبو البصل، عبد الناصر موسى: دراسات في الفقه القانون المدني، النظرية العامة  
للعقد. ط١. عمان. دار النفائس. ١٩٩٩م.

٢١. أبو البصل، علي عبد الأحمد: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقانون  
المدني الأردني - رسالة دكتوراة - الجامعة الأردنية - عمان. ١٩٩٥م.

٢٢. أبو داود، سليمان بن الأشعث: سنن أبي داود. تحقيق صدقي محمد جميل. بيروت:



٢٣. أبو قاهوق: عبد المنعم: عقد المقاولة، المفهوم، التكيف الفقهي، الخصائص. بحث  
قيد النشر. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. ٢٠٠١م.

٢٤. أبو قرين، أحمد عبد العال: الأحكام العامة لعقد المقاولة. ط١. القاهرة. ٢٠٠٣م.

٢٥. إدريس، عبد الفتاح محمود: قيس من فقه المعاملات. ط١. ١٩٩٧م.

٢٦. الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول. تحقيق.

د. محمد حسن هيتو. ط١. بيروت: مؤسسة الرسالة ١٩٨١م.

٢٧. الألفي، محمد جبر: عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير، مجمع الفقه الإسلامي - جدة -  
الدورة عشرة ٢٠٠٣م

٢٨. الأنصاري، زكريا بن محمد: الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية. ط١.  
بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٩٧م.

٢٩. البابر تي، محمد بن محمد: شرح العناية، مع فتح القدير. بيروت: دار الفكر.
٣٠. البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد: كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أحصر المختصرات في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل. من منشورات السعيدية بالرياض - دون تاريخ أو رقم طبعة -
٣١. البُغاء، مصطفى: فقه المعاوضات. ط٥. منشورات جامعة دمشق. ١٩٩٢م.
٣٢. البغدادي، أحمد بن علي: تاريخ بغداد. بيروت: دار الكتب العلمية.
٣٣. البهوتي، منصور بن يونس: كشف القناع عن متن الإقناع. بيروت: دار الفكر ١٩٨٢م.
٣٤. البوطي، محمد توفيق رمضان: البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها. ط١. دمشق: دار الفكر ١٩٩٨م.
- بيروت: دار الكتب العالمية. ١٩٩٣م.
- بيروت: دار المعرفة. ١٩٨٢م.
٣٥. التارزي، مصطفى كمال: الإستصناع والمقاولات في العصر الحاضر. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. العدد السابع ١٩٩٢م.
- تحقيق أحمد غزو. ط. بيروت: دار الكتب العلمية ٢٠٠٠م.
٣٦. التتوحي: صديق بن حسن: أبجد العلوم. تحقيق عبد الجبار زكار. بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٧٨م.

٣٧. الثبتي، سعود بن مسعد: الإستصناع. مجلة مجمع الفقهي الإسلامي - جدة - العدد السابع. ١٩٩٢م. جدة: دار الشروق ١٩٨٠م

٣٨. الجرجاني، علي: التعريفات. تحقيق. إبراهيم الإبياري: بيروت دار الكتاب العربي ١٩٨٥م.

٣٩. جعفر، محمد علي: تاريخ القوانين. ط١. بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر ١٩٨٨م.

٤٠. جعيط، كمال الدين: عقد الإستصناع. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة - العدد السابع ١٩٩٢م.

٤١. الجميلي، خالد رشيد: الجعالة وأحكامها في الشريعة والقانون. ط١. بيروت: مكتبة النهضة العربية ١٩٨٦م.

٤٢. حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون. بيروت: دار الفكر. ١٩٨٢م.

٤٣. الحافظ، محمد مطيع وأباظة، نزار: علماء دمشق وأعيانها في القرن الثالث عشر الهجري. ط١. دمشق: دار الفكر المعاصر. ١٩٩١م.

٤٤. الحطاب، محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل. ط٢. بيروت: دار الفكر ١٩٧٧م.

٤٥. حماد، نزيه: عقد السلم في الشريعة الإسلامية. ط١. دمشق: دار القلم. ١٩٩٣م.

٤٦. حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية. تعريب فهمي الحسيني. بيروت: دار الكتب العلمية - دون تاريخ أو طبعة-

٤٧. الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي: حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل. ط ١ . دار الكتب العلمية. ١٩٩٧م.

٤٨. الخفيف: علي: الضمان في الفقه الإسلامي. مطبعة الجبلاوي. ١٩٧٦م

٤٩. الخن، مصطفى: فقه المعاملات. منشورات جامعة دمشق. ١٩٩٤م. دار الفكر . ١٩٩٥ م.

٥٠. الدريني، فتحي: النظريات الفقهية. ط ٣. دمشق: منشورات جامعة دمشق. ١٩٩٢م.

٥١. الدسوقي، محمد بن أحمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. ط ١

بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٦م. دمشق: دار القلم. ١٩٩٩م. دمشق: دار المكتبي ٢٠٠٠م.

٥٢. الدمياطي، عثمان بن محمد: حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين. ضبطه وصححه محمد سالم هاشم. ط ١. بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٩٥م.

٥٣. رسلان، نبيلة: عقد المفاولة. كلية الحقوق، جامعة طنطا. دون تاريخ أو رقم.

٥٤. الرملي، محمد بن أبي العباس: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج.

٥٥. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس من جواهر القاموس. ط ٣. تحقيق علي شيري: بيروت: دار الفكر. ١٩٩٤م.

٥٦. الزحيلي، محمد: أصول الفقه الإسلامي. ط ٥. دمشق: مطبعة جامعة دمشق. ١٩٨٧

٠م

٥٧. الزحيلي، محمد: العقود المسماة - البيع - المقايضة-الإيجار - ط٤. منشورات جامعة دمشق ١٩٩٤م.

٥٨. الزحيلي، وهبة: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني. ط١. دمشق: دار الفكر. ١٩٨٧م.

٥٩. الزحيلي، وهبة: عقد المقاوله. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة- الدورة الرابعة عشرة. ٢٠٠٣م.

٦٠. الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته. ط١. دمشق: دار الفكر. ١٩٨٤م.

٦١. الزحيلي، وهبة: نظرية الضرورة الشرعية. ط٢. بيروت: مؤسسة الرسالة. ١٩٧٩م.

٦٢. الزرقاء، مصطفى: الإستصناع ومدى أهميته في الإستثمارات الإسلامية المعاصرة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة - العدد السابع ١٩٩٢م.

٦٣. الزرقاء، مصطفى: المدخل الفقهي العام. ط٩. دمشق: دار الفكر. ١٩٦٧م.

٦٤. الزرقاء، مصطفى: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة. ط١.

٦٥. الزركلي، خير الدين الأعلام. ط١٣. بيروت: دار العلم للملايين. ١٩٩٨م.

٦٦. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق.

٦٧. السالوس، علي: عقد الإستصناع. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. العدد السابع. ١٩٩٢م.

م

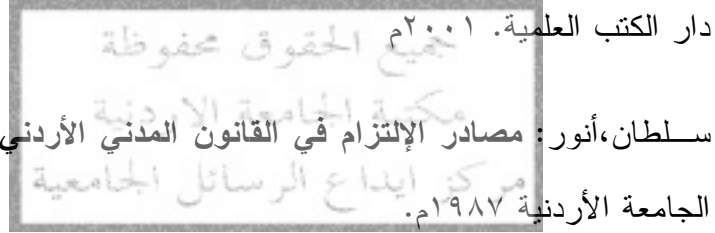
٦٨. سانو، قطب مصطفى: عقد المقاوله. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة- الدورة الرابعة عشرة ٢٠٠٣م.

٦٩. السبكي، عبد الوهاب بن علي: طبقات الشافعية الكبرى. تحقيق مصطفى عبد القادر. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٩م.

٧٠. السبكي، عبد الله بن علي بن حميد: الدر المنضد في أسماء كتب مذهب الإمام أحمد. تحقيق محب الدين عمر بن غرامة العمروي. بيروت: دار الفكر. ١٩٩٥م.

٧١. السرحان، عدنان: شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة في المقابلة - الوكالة - الكفالة. ط١. دار الثقافة. عمان - دون تاريخ للطبعة -

٧٢. السرخسي، محمد بن أحمد: المبسوط. تحقيق محمد حسن الشافعي. ط١. بيروت:



٧٣. سلطان، أنور: مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني. ط١. عمان: منشورات الجامعة الأردنية ١٩٨٧م.

٧٤. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني. ط٣. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية ١٩٩٨م.

٧٥. السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي. بيروت: دار إحياء التراث العربي دون تاريخ

٧٦. سوار، محمد وحيد الدين: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي. ط٢. عمان: مكتبة دار الثقافة ١٩٨٨م.

٧٧. سوار، وحيد الدين: النظرية العامة للإلتزامات. ط٢. دمشق: المطبعة الجديدة ١٩٨٧م.



٧٨. السيواسي: كمال الدين بن الهمام: شرح فتح القدير على الهداية. وبهامشه شرح العناية للبابرتي، محمد بن محمد. بيروت: دار الفكر "دون تاريخ أو رقم طبعة".
٧٩. السيوطي: جلال الدين: سنن النسائي المسمى بالمجتبى بشرح السيوطي.
٨٠. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٨٣م.
٨١. سيوفي، جورج: النظرية العامة للموجبات والعقود. ط٢. بيروت ١٩٩٤م.
٨٢. الشاطبي، إبراهيم بن موسى: الموافقات في أصول الشريعة. تحقيق عبد الله دراز. بيروت: دار المعرفة. "دون تاريخ أو رقم طبعة".
٨٣. الشافعي، محمد بن ادريس: الأم. ط٢. بيروت: دار المعرفة ١٩٧٣م.
٨٤. الشامسي، جاسم علي: عقد المقاوله. مجلة الفقه الإسلامي. - جدة- الدورة الرابعة عشرة. ٢٠٠٣م.
٨٥. شبير، محمد عثمان: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. ط١. عمان: دار النفائس. ١٩٩٦م.
٨٦. الشربيني، محمد بن محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي معوض. ط١ بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٢م.
٨٧. الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للإلتزام. دار النهضة العربية ١٩٩٥م.
٨٨. الشريف، شرف بن علي: الإجارة الواردة على عمل الإنسان. ط١.

٨٩. شنب، محمد لبيب: شرح أحكام عقد المقاولة. القاهرة: دار النهضة. ١٩٩٢م.
٩٠. الشهاوي، قدرى عبد الفتاح: عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن. ط٢. القاهرة. منشأة المعارف حذى وشركاه. ٢٠٠٢م.
٩١. الشيرازى، إبراهيم بن علي: المهذب. بيروت: دار الفكر" دون تاريخ أو رقم طبعة
٩٢. الصاوي، أحمد بن محمد: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير. الطبعة الأخيرة. مطبعة البابى الحلبي. ١٩٥٢م.
٩٣. الضرير، الصديق محمد الأمين: الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى. ط٢. بيروت: دار الجيل. ١٩٩٠م.
٩٤. طه، مصطفى كمال: القانون التجارى. الدار الجامعية. ١٩٨٨م.
٩٥. عبد الرزاق، بن همام: المصنف. تحقيق حبيب الأعظمى. ط. بيروت: المكتب الإسلامى ١٩٨٣م.
٩٦. عبيدات، نوري يوسف: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري فى القانون المدنى الأردنى- دراسة مقارنة - رسالة ماجستير غير منشورة - الجامعة الأردنية. عمان. ١٩٨٧م.
٩٧. العسقلانى، أحمد بن حجر: فتح البارى بشرح صحيح البخارى. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٨٩م.
٩٨. عفانة: حسام الدين: يسألونك: الجزء الثامن. ط١. ٢٠٠٣م.

٩٩. علي، محمد بن أبي الفتح: **المطلع**، تحقيق محمد بشير الأدلبي. بيروت: المكتب الإسلامي ١٩٨١م.

١٠٠. عنبر، محمد عبد الرحيم: **عقد المقاولة والتوكيلات التجارية**. ط٢. القاهرة ١٩٨٧م.

١٠١. الغزالي: محمد بن محمد: **المستصفي**. تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، ط١. بيروت: دار الكتب العلمية. ١٩٩٢ م.

١٠٢. الفرفور، محمد عبد اللطيف: **أثر الإستصناع في تنشيط الحركة الصناعية**. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة - العدد السابع. ١٩٩٢م.

١٠٣. الفضل، منذر: **تاريخ القانون**. ط٢. عمان: مكتبة دار الثقافة. ١٩٩٦ م.

١٠٤. الفضلي، جعفر: **الوجيز في العقود المدنية - البيع - الإيجار - المقاولة** - ط٢. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ١٩٩٧م.

١٠٥. الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب: **القاموس المحيط**. ضبط وتوثيق يوسف البقاعي. بيروت: دار الفكر. ١٩٩٥م.

١٠٦. قدري باشا، محمد: **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**. عمان: الدار العربية. - دون تاريخ أو رقم طبعة-

١٠٧. **القرآن الكريم**

١٠٨. القرّة داغي، علي محيي الدين: **عقد الإستصناع مجلة مجمع الفقه الإسلامي**. العدد السابع. ١٩٩٢م.
١٠٩. قرّة، فتيحة: **أحكام عقد المقاولة**. ط١. الإسكندرية: منشأة المعارف جلال حزي وشركاه. ١٩٩٢ م.
١١٠. القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري: **الجامع لأحكام القرآن**. بيروت. دار إحياء التراث العربي. ١٩٦٦م.
١١١. الكاساني، علاء الدين "أبو بكر" بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. تحقيق عادل أحمد و علي معوض .ط١. بيروت: دار الكتب العلمية ١٩٩٧م.
١١٢. الكردي، أحمد الحجّي: **فقه المعاوضات**. ط٢. منشورات جامعة دمشق. ١٩٨٩م.
١١٣. الفتاوي، صاحب و منذر الفضل، **شرح القانون المدني الأردني. العقود المسماة - البيع والإيجار - ط٣. عمان مكتبة دار الثقافة ١٩٩٦م.**
١١٤. مالك بن أنس: **الموطأ**. علق عليه وصححه محمد فؤاد عبد الباقي. القاهرة: دار إحياء الكتب العلمي. "دون تاريخ أو رقم طبعة".
١١٥. مجمع اللغة العربية: **معجم الوسيط**. ط٢. القاهرة: ١٩٧٢م.
١١٦. المصري، رفيق يونس: **الجامع في أصول الربا**. ط٢. دمشق: دار القلم. ٢٠٠١م.
١١٧. المصري، رفيق يونس: **بحوث في فقه المعاملات المالية**. ط١.
١١٨. منصور، أمجد محمد: **النظرية العامة للإلتزامات**. ط١. عمان: الدار العلمية الولية للنشر والتوزيع ٢٠٠١م.

١١٩. الميداني، الشيخ عبد الغني الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب. حققه محمود أمين النواوي. بيروت: دار الكتاب العربي. "دون تاريخ أو رقم طبعة"

١٢٠. النشمي، عجيل جاسم: عقد المقابلة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة - الدورة الرابعة عشرة. ٢٠٠٣م.

١٢١. نقابة المحامين: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ط٢. عمان. مطبعة التوفيق. ١٩٨٥م.

١٢٢. النواوي، يحيى بن شرف: روضة الطالبين ومعه منقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع لجلال الدين السيوطي. تحقيق عادل أحمد وعلي محمد معوض. بيروت: الكتب العلمية ١٩٩٢م.

١٢٣. النواوي، يحيى بن شرف: صحيح مسلم بشرح النووي. ط٢. بيروت: دار المعرفة. ١٩٩٥م.

١٢٤. هاشم، هشام رفعت: شرح قانون العمل الأردني. ط٢. عمان. مكتب المحتسب. ١٩٩٠م.

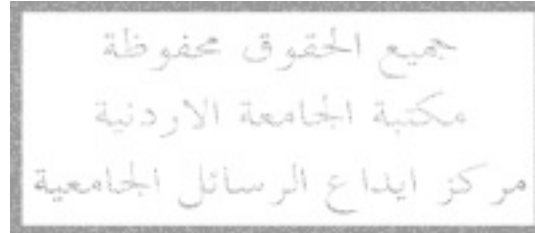
١٢٥. وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع: مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، مشروع القانون المدني الفلسطيني .

١٢٦. وفاق، محمد عبد الرحمن: عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية العربية. القاهرة: دار الفكر العربي. ١٩٩٦م.

١٢٧. وفاق، محمد: أثر صور البيوع الفاسدة - بيوع الربا والغرر والبيع المقترن بشرط فاسد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. القاهرة: مطبعة السعادة ١٩٨٤م.

**An-Najah National University**

**Faculty of Graduate Studies**



# Contract Agreement in the Islamic Fiqeh

**Prepared By**  
**Ziad Shafiq Hasan Qrarya**

**Supervised by**  
**Dr. Hasan Sa'ad Awad Khader**

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Fiqh wa Tashree, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.

٢٠٠٤

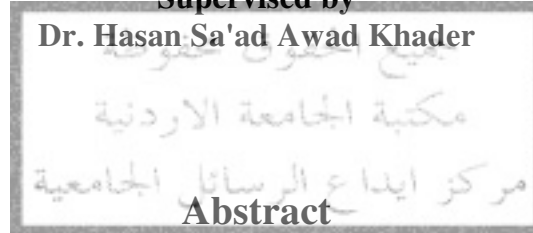
**Contract Agreement in the Islamic Fiqh**

**Prepared by**

**Ziad Shafiq Hasan Qrarya**

**Supervised by**

**Dr. Hasan Sa'ad Awad Khader**



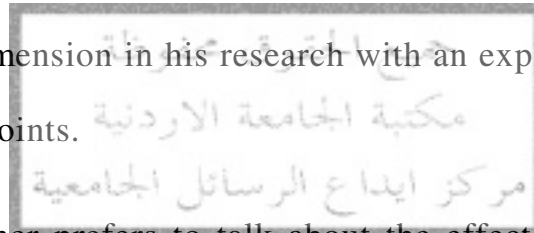
In this study, the researcher deals with rules of contract agreement in the Islamic Fiqeh, and a comparative study with what has been stated in the civil law especially with those laws depending on the Islamic Fiqeh as it is the case of the Jordanian Civil Law.

This study includes an introduction, five chapters and a conclusion.

The study clarifies the facts and the reality of contract agreement in the Islamic Fiqeh and law. And so as to be plainly defined, the researcher pointed out its distinctiveness, compared it with similar

contract agreements and clarified its chief characteristics which make it appears as an independent contract agreement.

This study clarifies the importance of contract agreement and its effect in activating the economic cycle, its conditions and implications with their religious evidence from the Kuran, Al-Sunnah and logic. Then the researcher started to explore the elements of the contract agreement which are: the statement, both contractors, and the thing that contracted upon. The researcher also mentioned the reasons in order to cover the legal dimension in his research with an explanation for each element of these points.



The researcher prefers to talk about the effects of the contract agreement through indication to the contractor and employer commitment.

And in the last chapter, the researcher handles the causes of abolishing the contract agreement in both Al-Sharee'ah rules and law.

An index of the Kuranic verses, prophetic traditions, biographies of the famous figures, references and sources is added at the end of this study.



جميع الحقوق محفوظة  
مكتبة الجامعة الاردنية  
مركز ايداع الرسائل الجامعية