

التكييف الفقهي لعقد المقاولة

أ. شيخ نسيمة

المركز الجامعي عين تموشنت - الجزائر

مقدمة :

لا يوجد في الفقه الإسلامي تعريف محدد للمقاولة نظراً إلى عدم وجود هذا المصطلح في الزمن الماضي¹، ولكن عرّف أصل هذا العقد وهو عقد الاستصناع.

وقد ورد ذكره عند المتأخرين من الفقهاء والمعاصرين منهم مستنديين في ذلك إلى العقود المطابقة لأوصافه كعقد الاستصناع والإجارة.²

و بناء عليه وردت تعريفات فقهية عديدة للمقاولة، أكتفي بسرد بعضها.

يعرّفها البعض بأنها: " عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"³

و يعرفها البعض الآخر بأنها: " اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقّد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقّد للآخر"⁴، كما يعرفها آخرون بأنها: " العقد الذي يكلف بمقتضاه أحد الأشخاص المفاوض بأن يصنع له شيئاً أو أن يؤدي عملاً في استقلال كامل ودون أن يخضع لرقابته أو إشرافه وذلك في مقابل أجر"⁵.

و يرى البعض أنّ المقاولة: " عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معيّن لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته"⁶.

هذا وانه بعد التأمل في جميع هذه التعريفات، يتضح لنا أنّها وإن اختلفت في العبارة والأسلوب إلا أنّها تتفق في مجملها على أنّ المقاولة تتمتع بخاصية أساسية تكمن في أنّ المفاوض يقوم بالعمل الذي عهد إليه في استقلال كامل دون تبعية لصاحب العمل، إذ أنّ

الالتزام الرئيسي في عقد المقاولة هو الالتزام بعمل وتحقيق نتيجة، فالمقاولة عقد وارد على العمل محلّه هو القيام بعمل مقابل أجر.

و عليه نرى في هذا الصدد أنه يمكن تعريف المقاولة كآليّ: " اتفاق بين طرفين، يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يصنع للطرف الآخر شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر وذلك بكل استقلالية (ما يميزه عن عقد العمل) وبدون أيّ سلطة تمثيل (ما يميزه عن الوكالة)"، ذلك أنّ تعريفها بهذا المعنى جامع مانع.

و ترتيبا على ما تقدّم يتمتع عقد المقاولة بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره، وهذه الخصائص هي:

- **أولاً:** المقاولة عقد رضائي: أي أنه لا يشترط لانعقاده شكل معيّن، بل ينعقد بمجرد اتفاق الأطراف (المقاول وصاحب العمل) على مضمونه بتمام الإيجاب والقبول وتطابقهما⁷.
- **ثانياً:** المقاولة عقد معاوضة: لأنّ كلا الطرفين فيها يأخذ مقابلا لما يعطي، فالمقاول يلتزم بالعمل وقد يقدّم المواد اللازمة لهذا العمل مقابل أجر يلتزم به ربّ العمل.
- **ثالثاً:** المقاولة عقد ملزم للجانبين: أي أنه يرتب التزامات تبادلية بين أطرافه منذ إبرامه، بحيث يلتزم المقاول بإنجاز العمل وتسليمه، ويلتزم ربّ العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه ويدفع البدل المستحق عن هذا العمل.
- **رابعاً:** المقاولة عقد وارد على العمل: فالعمل يعدّ عنصراً جوهرياً في عقد المقاولة⁸، والمقاول هو الذي يقوم بالعمل المكلف به باستقلال تام بحيث لا يخضع لأيّ نوع من أنواع التبعية أو الإشراف من جانب ربّ العمل.
- **خامساً:** المقاولة عقد محدّد: أي يستطيع كلّ طرف أن يحدّد عند التعاقد قيمة ما يأخذه وقيمة ما يعطي دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقد الغرر⁹.

- **سادساً:** المقاولة عقد زمني¹⁰: أي أنّ الزمن عنصر جوهري فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدّر به العمل، وعليه تكون الالتزامات فيه متقابلة في الوجود وفي التنفيذ. و الملاحظ أنّ العقود الزمنية تمتد تنفيذها ويتراخى إلى أجل يحدّد ضمن العقد كعقد الإجارة.

نخلص إذن مما سبق بيانه أنه متى توافرت الخصائص المذكورة أعلاه في عقدٍ من العقود كان مقاولاً، أيّا كانت طبيعة العمل المطلوب القيام به.

غير أنه نظراً لتوسع نطاق عقد المقاولة ومجاليه، فقد يكتف على غير طبيعته، وقد تصعب عملية التمييز بينه وبين بعض العقود مما يجعل البعض يدّعي بأنه بصدد عقد آخر حتى يفلت من التزاماته الناتجة عن عقد المقاولة ليخضع لقواعد أخرى يعتبرها أفضل له وتخدم مصالحه، لذلك لا بدّ من البحث عن المعايير التي تمكّننا من التفرقة بين عقد المقاولة والعقود التي تشبهه.

التكييف الفقهي لعقد المقاولة

يعتبر التكييف الفقهي لعقد المقاولة من أهمّ الأمور التي يقوم بها القاضي، ذلك أنّ أهمية تحديد طبيعة عقد المقاولة تكمن في تحديد الجهة القضائية المختصة لحلّ النزاع، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، وكذا طرق الإثبات التي يلجأ إليها الأطراف.

هذا ولقد تعدّدت آراء الفقهاء حول مسألة التكييف الشرعي لعقد المقاولة وانقسموا إلى عدّة اتجاهات، فمنهم من كوّنه على أساس أنه عقد إجارة، ومنهم من اعتبره عقد استصناع أو سلم، ومنهم من قال أنه عقد جعالة، ورأى آخرون أنه عقد وكالة.

و سأحاول فيما يلي أن أتعرض لمسألة التكييف الشرعي لعقد المقاولة وذلك من أجل معرفة نظامه الشرعي وتمييزه عمّا يلتبس به من العقود الأخرى.

أولاً: تمييز عقد المقاولة عما يشابهه من العقود

إنّ عقد المقاولة يشبه بعض العقود في أوجه عديدة وهذا ما يجعلنا نقع في الالتباس بينه وبين هذه العقود، وحتى يزول هذا اللبس سأحاول أن أبين فيما يلي أوجه الشبه والاختلاف بينها، وأعرض لهذه المسائل في أربعة أجزاء تباعاً.

غير أنه حتى يتسنى لنا التمييز على نحو دقيق، فانه يلزم بداءة الوقوف على صور عقد المقاولة.

- صور عقد المقاولة

تعددت أشكال المقاولة وتنوّعت صورها في العصر الحاضر، وكثر الإقبال عليها سواء على الصعيد الحكومي بإنشاء العديد من المرافق الحكومية كالمصانع والمستشفيات والمدارس، أو على الصعيد الشخصي في الإنشاء والتعمير مما كان له الأثر الواضح في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في هذا القطاع، غير أنه عند التمعن في صور عقد المقاولة المشهورة يتبين لنا أنها لا تخرج - باعتبارها اتفاقاً بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحدهما بأن يصنع للطرف الآخر شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر - عن إحدى الصور الثلاثة التالية:

- 1- أن يقدم المقاول (الصانع) العمل فقط¹¹، سواء اتصل هذا العمل بشيء معين كعقد مقاولة البناء الذي يقدم فيه ربّ العمل (المستصنع) الأدوات وعقد الصيانة الذي يتكفل فيه ربّ العمل بإحضار قطع الغيار، أو لم يتصل بشيء معين كعقد النشر.
- 2- أن يقدم المقاول (الصانع) العمل والأدوات معاً¹² كعقد مقاولة البناء.
- 3- أن يطلب ربّ العمل من المقاول العمل فضلاً عن توكيله بإحضار الأدوات اللازمة لذلك، كما لو تعاقد ربّ العمل مع مقاول البناء على تسليم المفتاح، وهذه الصورة في حقيقتها تدرج تحت الصورة الأولى لأنّ المقاول قدّم العمل فقط أما الأدوات فقدمها ربّ العمل كون المقاول نائب عنه في إحضارها فقط.

و بالنظر إلى الصور المختلفة التي قد ترد فيها المقاولة، نرى أنّ المقاولة قد تتفق مع الإجارة والسلم أو الاستصناع والجمالة والوكالة في بعض النواحي، لكنها تختلف عنها في نواحي عديدة. فما هي أوجه الشبه وأوجه الاختلاف الموجودة بين هذه العقود؟

01- تمييز عقد المقاولة عن الإجارة¹³

الإجارة نوعان فهي إما إجارة أشياء¹⁴ أو إجارة أشخاص¹⁵، وإجارة الأشخاص بدورها إما أن يكون الأجير فيها مشتركا أو خاصا. وحتى تتحدد لنا أوجه الشبه والاختلاف بين عقد المقاولة والإجارة لا بدّ من التمييز بين عقد المقاولة وكلّ قسم من هذه الأقسام على حدى.

أ- التمييز بين عقد المقاولة وإجارة الأشياء

يتفق عقد المقاولة مع عقد إجارة الأشياء في أنّ كلا منهما عقد معاوضة يأخذ فيه المتعاقدان مقابل ما أعطاه، بحيث يقصد المؤجر الحصول على عوض منفعة ما أجّره ويقصد المأقول الحصول على عوض عمله، وأنّ كلاهما عقد ملزم للجانبين بحيث ينشئ التزامات متقابلة بين عاقلديه فلا يجوز لأحدهما فسخه دون سبب، وأنّ كلا منهما عقد زمني - غير فوري كالبيع مثلا- تستمر فيه العلاقة بين العاقلين مدّة العقد، وأنهما من العقود المؤقتة التي لا تقتضي التأييد بل تؤقت بمدة العقد سواء كان التأقيت بزمن أم كان بمدة انجاز العمل، بالإضافة إلى أنّ محل العقد في إجارة الأشياء ينصب على المنفعة¹⁶ التي تعتبر إحدى صور عقد المقاولة.

غير أنّ عقد المقاولة يختلف عن عقد إجارة الأشياء في عدّة أوجه أبرزها:

- أنّ المحل في عقد المقاولة قد يكون منفعة موصوفة في الذمة وقد يكون عينا، بينما المحل في عقد إجارة الأشياء فينصبّ على منفعة المستأجر فقط¹⁷.
- يلتزم المأقول في عقد المقاولة ببذل منفعته لانجاز العمل الذي كُلف بانجازه¹⁸، بينما لا يلتزم المؤجر في عقد إجارة الأشياء إلا بتمكين المستأجر من حق الانتفاع بالعين المؤجرة.

- لا يتسلم المقاول الأجرة إلا بعد انجازه العمل المطلوب، على خلاف عقد الإجارة الذي يستحق فيه المؤجر بدل الأجرة بمجرد تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة حتى ولو لم يحصل الانتفاع.

- في عقد المقاولة الشخص المراد الحصول على منفعة آدمي وهو المقاول، بينما في عقد إجارة الأشياء يكون غير آدمي كالعقار والمنقول والحيوان¹⁹.

- إذا وقع التعاقد في المقاولة على شيء فإنما يراد إيجاد، لذا يكون المعقود عليه عينا، بينما في إجارة الأشياء إذا وقع التعاقد على شيء فإنما تراد منفعة فيكون المعقود عليه منفعة.

ومنه يتضح لنا جليا أن العقد يكتف بحسب العنصر الأساسي الذي وقع عليه المتعاقد، فإذا انصب على العمل كان مقاولة، وإذا انصب على الانتفاع بالمأجور كان إيجارا.

بـ التمييز بين عقد المقاولة والأجير الخاص²⁰

يتشابه عقد المقاولة مع عقد إجارة الأجير الخاص في أن كلا منهما عقد معاوضة يأخذ فيه المقاول والأجير الخاص عوض عمله، ملزم للجانبين بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه أو إبطاله دون سبب، يحتاج إلى مدة لانجازه بحيث تستمر العلاقة بين عاقيه مدة العقد، وأهما عقد مؤقت لا يقتضي التأييد بل يؤقت بمدة زمنية سواء كان التأقيت بزمان معين أو بمدة انجاز العمل، بالإضافة إلى أن محل العقد في إجارة الأجير الخاص ينصب على المنفعة التي تعتبر إحدى صور عقد المقاولة.

إلا أن عقد المقاولة يختلف عن عقد إجارة الأجير الخاص في عدة جوانب أهمها:

- أن الأجير الخاص تصير منافعه مملوكة للمستأجر خلال المدة التي حددها العقد، بخلاف المقاول الذي لا تعتبر منافعه مملوكة لرب العمل.

- أن المستأجر للأجير الخاص مسؤول عما يحدثه هذا الأخير من أضرار، بخلاف رب العمل في عقد المقاولة.

- يقع التعاقد في الأجير الخاص على عمله ومن ثم يفسخ العقد بموته، بينما لا يلزم في عقد المقاولة أن يقع التعاقد على ذات الماقل، وعليه يمكن استمرار العقد بعد وفاة الماقل إذا لم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد²¹.

- المعقود عليه²² في عقد إجارة الأجير الخاص هو منفعة الأجير الخاص فقط، بينما في عقد المقاولة يمكن أن يكون المعقود عليه عينا أو منفعة موصوفة في الذمة.

جـ التمييز بين عقد المقاولة وعقد إجارة الأجير المشترك²³

رأينا فيما تقدم أن من بين صور المقاولة الدارحة تلك التي يكون التعاقد فيها بين الماقل ورب العمل على أن يقدم الماقل العمل فقط، بينما يقوم رب العمل بتوفير الأدوات، ويكون التعاقد بينهما على إنجاز عمل معين موصوف في الذمة دون أن يكون لرب العمل أحقية امتلاك نفع الماقل في جميع مدة العقد.

و إذا تمنا في هذه الصورة نجدها تمثل عقد إجارة الأجير المشترك عن حق²⁴، وعليه يمكننا القول بأن عقد المقاولة يكون في بعض صوره عقد إجارة الأجير المشترك.

ولا يفوتني أن أشير في هذا الصدد إلى أنه لا يمكن القول بأن عقد المقاولة بجميع صوره عقد إجارة الأجير المشترك، وذلك لأن محل العقد في عقد إجارة الأجير المشترك هو منفعة الأجير فقط، بينما محل العقد في عقد المقاولة يتنوع بتنوع صورها²⁵، إذ يمكن أن يكون عينا لا منفعة، ومثال ذلك أن يقع التعاقد على صنع شيء ما بشرط أن يقدم الماقل الأدوات اللازمة لذلك، فهذه الصورة يكون محل العقد فيها العين المراد صنعها فتسمى عقد مقاولة ولا تسمى عقد إجارة الأجير المشترك.

يتبين لنا مما تقدم أن عقد المقاولة وإن كان يتشابه مع عقد الإجارة في بعض النقاط سيما إذا كنا بصدد عقد إجارة الأجير المشترك الذي انتهينا إلى أنه يعتبر إحدى صور عقد المقاولة، إلا أنه لا يمكن تكييفه على أساس أنه عقد إجارة وذلك لتباين أحكامهما الشرعية.

02- التمييز بين عقد المقاولة وعقد السلم أو عقد الاستصناع

يكون السلم في الصناعات وغيرها، فإذا كان في الصناعات أطلق عليه مصطلح الاستصناع، أما إذا كان في غير الصناعات فإنه يحتفظ باسم السلم. وستناول فيما يلي أوجه الشبه والاختلاف بين عقد المقاولة والسلم أولاً، ثم بينه وبين عقد الاستصناع ثانياً.

أ- التمييز بين عقد المقاولة وعقد السلم²⁶

يشترك عقد المقاولة مع عقد السلم في أن كلا منهما عقد على موصوف في الذمة ليس موجوداً وقت التعاقد²⁷، وأن كلا منهما عقد لازم²⁸ لا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه بدون سبب، وأنهما من عقود المعاوضة بحيث يقصد المسلم إليه عوض ما أسلم فيه ويقصد المقاول عوض عمله، وأن محل العقد في السلم يصح أن يكون عينا أو منفعة كما هو عليه الحال في عقد المقاولة، فضلاً عن أن سلم المنافع - عند المالكية والشافعية - يتفق مع إجارة الذمة التي تعتبر إحدى صور عقد المقاولة.

غير أن عقد المقاولة يختلف عن عقد السلم فيما يأتي:

- يشترط تقديم رأس المال في عقد السلم، بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة.
- يشترط تحديد الأجل لتسليم المسلم فيه في عقد السلم²⁹، بينما لا يشترط الأجل في عقد المقاولة إذ يمكن أن يقع الاتفاق في المقاولة على إنجاز عمل ما ولو لم يعلم وقت إنجازها.
- لا يصح السلم فيما يجمع أخلاطاً مقصودة غير متميزة لعدم انضباطه، بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة إذ لو اشترط ذلك لأدى إلى بطلان كثير من صور عقد المقاولة، فمقاولة المباني مثلاً تشتمل على أخلاط كثيرة كالحديد والاسمنت وغيرها³⁰.
- نخلص مما تقدم أن عقد المقاولة وإن تشابه مع عقد السلم في عدة نقاط إلا أنه يختلف عنه، ولا يمكن تكييفه على أساس أنه عقد سلم وذلك لتباين النظام الشرعي لهما.

ب- تمييز المقاولة عن الاستصناع³¹

يرى كثير من الفقهاء أنّ عقد المقاولة هو عقد استصناع، ولكن عند التمعّن في صور عقد المقاولة يتضح لنا جلياً أنّ عقد الاستصناع يمثل صورة واحدة فقط من صور عقد المقاولة وهي إذا ما قدّم الماّول العمل والأدوات معاً، إلا أنه يوجد بين هذه الصورة وبين عقد الاستصناع بعض الفروق نتاولها تباعاً.

- إحدى صور عقد المقاولة ليست عقد استصناع، وهي حالة ما إذا قدّم الماّول العمل فقط وكانت الأدوات من ربّ العمل، وعلى هذا فإنّ عقد المقاولة أعمّ من عقد الاستصناع.

- المقاولة عقد، بينما يرى بعض الحنفية أنّ الاستصناع وعد وليس عقداً.

و في هذا الصدد يقول جمهور الحنفية- وهو الراجح عندهم- أنّ الاستصناع عقد فلا فرق بين المقاولة بالصورة المذكورة وبين الاستصناع من حيث أنّ كلا منهما عقد وارد على العمل.

- قد يتمّ في عقد المقاولة تحديد المدة بزمان، بينما في عقد الاستصناع إن اشترطت المدة فيما لا تعامل فيه بين الناس صار سلماً باتفاق أئمة الحنفية³²، فإن كان فيما فيه تعامل الناس فهو سلم عند أبي حنيفة واستصناع عند الصاحبين³³.

و عليه يختلف عقد المقاولة عن عقد الاستصناع عند أبي حنيفة من ناحية فرض المدة، بينما لا يختلف من هذه الناحية عند الصاحبين فيما إذا كان الاستصناع مما يجري تعامل الناس فيه.

- عقد المقاولة عقد لازم بينما عقد الاستصناع عقد جائز قبل أن يحضر الصانع المصنوع على الصفة المشروطة إلى المستصنع، أما بعد إحضار المصنوع فيرى جمهور الحنفية أنّ العقد لازم للصانع غير لازم للمستصنع، ويرى رأي آخر أنّ العقد غير لازم للطرفين، ويرى أبو يوسف أنّ العقد لازم للطرفين، ولعل هذا الرأي هو الأصوب كونه يؤدي إلى

³⁴ استقرار المعاملات والابتعاد عن الغرر في العقد ودرء المضار عن كلا المتعاقدين .
وعليه يتبين لنا أنّ عقد الاستصناع يخالف عقد المقاولة من ناحية لزوم العقد في حالة واحدة قال بها الإمام أبو يوسف فقط وهي فيما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة للمستصنع.

هذا ويرى بعض العلماء المعاصرين أنّ عقد الاستصناع عقد لازم في جميع مراحلها، ومن ثم لا يوجد اختلاف بين المقاولة والاستصناع من هذه الناحية.

- يجوز وضع الشرط الجزائي في عقد المقاولة بينما لا يتصور ذلك في عقد الاستصناع -
عند الحنفية- لعدم لزومه عندهم، أما من يرى أنّ عقد الاستصناع لازم في جميع مراحلها فيجوز وضع الشرط الجزائي فيه، وعلى هذا الرأي فلا اختلاف بين عقد المقاولة والاستصناع من هذه الناحية.

و مما سبق بيانه، إذا أخذنا بقول جمهور الحنفية وبقول الصاحبين في جواز الأجل في الاستصناع وأخذنا بالقول بلزوم الاستصناع في جميع مراحلها، فإنه لا فرق بين عقد الاستصناع وبين عقد المقاولة في الصورة الثانية من صورها، أي عندما يقدم المقاول العمل والأدوات معا.

نخلص أخيراً أنّ عقد الاستصناع بدوره في غير الصورة الثانية لعقد المقاولة لا يمكن تكييفه على أساس أنه عقد مقاولة للاختلافات المبينة أعلاه.

03- التمييز بين عقد المقاولة والجعالة³⁵

يشبه عقد المقاولة عقد الجعالة في أنّ كلا منهما عقد معاوضة، بحيث يتسلم المجهول له عوض عمله ويتسلم المقاول أجره نظير ما أنجزه، وأنّ المعقود عليه في الجعالة هو العمل وهو إحدى صور عقد المقاولة مثلما سبق بيانه، وأنّ المنفعة المرادة فيه هي منفعة آدمي، بالإضافة إلى أنّ المجهول له لا يستحق الجعل إلا بانجاز عمله كالمقاول الذي لا يستحق الأجرة كاملة إلا بعد انجاز عمله.

- غير أنّ عقد المقاولة يختلف عن عقد الجعالة في عدّة جوانب نذكر أهمّها:
- أنه يجب تعيين الماّول في عقد المقاولة وإلاّ كان العقد باطلاً، بينما لا يشترط ذلك في عقد الجعالة، إذ يجوز أن يكون العامل غير معيّن في عقد الجعالة.
 - أنه يجب أن يكون المعقود عليه في عقد المقاولة معلوماً مضبوطاً بالصفة، أمّا في عقد الجعالة فيجوز كونه مجهولاً.
 - المقاولة عقد لازم، بينما عقد الجعالة غير لازم قبل الشروع في العمل، وهو كذلك بعد الشروع في العمل عند الشافعية والحنابلة.
 - يشترط صدور القبول عن الماّول حتّى ينعقد عقد المقاولة صحيحاً، بينما لا يشترط قبول المجمعول له في عقد الجعالة لأنّه يمكن أن يكون مجهولاً، فالجعالة التزام بإرادة واحدة لا تتحقّق إلاّ بصيغة من الجاعل تدلّ على إذن بالعمل بطلب صريح، وعمل العامل يقوم مقام القبول أحياناً.
 - يجب تحديد الأجل في عقد المقاولة، بينما لا يشترط ذلك في عقد الجعالة.
- ترتيباً على ما تقدّم يختلف عقد المقاولة عن عقد الجعالة، ومن ثمّ لا يمكن تكييفه على أساس أنّه عقد جعالة وإن كان يعتبر توطئة لعقد المقاولة في حالة ما إذا نشر صاحب العمل إعلاناً يطلب فيه تخطيطاً هندسياً لمشروعه وجعل الجائزة (الجعل) التعاقد مع صاحب التخطيط الفائز.

04- تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة³⁶

تتفق الوكالة مع عقد المقاولة في أنّ المعقود عليه في عقد الوكالة هو العمل³⁷ وهو كذلك في إحدى صور عقد المقاولة، وأنّ عقد الوكالة يردّ على منفعة آدمي وكذلك في إحدى صور عقد المقاولة، وأنّ الوكيل يعمل لمصلحة موكله وكذلك الماّول يؤدّي عملاً لصالح ربّ العمل.

غير أنهما يختلفان في عدة جوانب أهمها:

- أنَّ المعقود عليه في إحدى صور المقاولة هو العين، بينما المعقود عليه في عقد الوكالة هو المنفعة.
- أنَّ المقاولة عقد لازم، بينما الوكالة عقد غير لازم إذ يجوز للموكل أن يقوم بعزل الوكيل في أي وقت يشاء، كما أنَّ للوكيل أن يتنازل عن الوكالة متى أعلم موكله بذلك في وقت ملائم.
- أنَّ المقاولة من عقود المعاوضات التي يُقصد منها الحصول على العوض³⁸، بينما عقد الوكالة من عقود التبرعات التي لا يشترط فيها العوض في الأصل.
- أنَّ المقاول طرف أساسي في عقد المقاولة وهو ليس نائبا عن رب العمل بل يعمل مستقلا بإرادته وإشرافه، بينما الوكيل نائب عن موكله في القيام بالتصرف.
- لا ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول أو رب العمل إلا إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار كالرسم أو الفنان وغيره، على خلاف الوكالة التي تنتهي بموت الموكل أو بموت الوكيل بالاتفاق.
- لا يفوتنا أن نشير بهذا الصدد أنه لو وكلَّ رب العمل المقاول لشراء الأدوات اللازمة للبناء في مقالة المباني مثلا، وذلك بأن يعطيه قيمة هذه الأدوات ليقوم المقاول بشرائها، فهنا تم بين رب العمل والمقاول عقد وكالة بشراء الأدوات اللازمة للبناء فقط، ومن ثم لا تؤثر هذه الوكالة على عقد المقاولة المبرم بينهما ولا يدخل فيه.

ثانيا: استقلالية عقد المقاولة

بعد أن تطرقنا إلى أوجه الشبه والاختلاف بين عقد المقاولة وبعض العقود المشابهة له، سنتطرق فيما يلي إلى الطبيعة الشرعية لعقد المقاولة.

رأينا مما سبق شرحه أعلاه أنَّ عقد المقاولة ليس هو عقد الإجارة ولا الاستصناع ولا عقد الجعالة ولا الوكالة، وعليه نخلص إلى أنَّ عقد المقاولة أوسع من هذه العقود جميعها،

ذلك أن عقد المقاولة يشتمل على صورتين رئيسيتين:

- **الصورة الأولى:** أن يقدم المفاوض العمل فقط ويقدم رب العمل الأدوات وهذه الصورة هي في حقيقتها عقد إجارة الأجير المشترك وذلك لأنه يتم التعاقد بين المفاوض ورب العمل على إنجاز عمل موصوف في الذمة دون أن يكون لرب العمل أحقية امتلاك نفع المفاوض في جميع مدة العقد وهذا ما ينطبق على الأجير المشترك.

- **الصورة الثانية:** أن يقدم المفاوض العمل والأدوات أيضا، وهذه الصورة في حقيقتها عقد استصناع بشرط مراعاة ما سبق ذكره عند الموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع.

و على هذا فعقد المقاولة في الفقه الإسلامي عقد يندرج تحته نوعان من العقود المسماة هما: عقد إجارة الأجير المشترك وعقد الاستصناع فيأخذ أحكامهما، ولا يعني هذا أن المقاولة مزيج من هذين العقدتين أو أنه لا بد من توافر أحكامهما جميعا حتى يكون العقد مقاولاً، بل عقد المقاولة قد يكون أحيانا عقد إجارة الأجير المشترك فيأخذ أحكامه، وقد يكون أحيانا أخرى عقد استصناع فيأخذ أحكامه.

و أما العقود التي يمكن أن تدخل في عقد المقاولة مثل عقد الوكالة فهذه لا تؤثر في تكييف العقد وذلك لاستقلالها عنه استقلالاً تاماً، إذ قد يبرم رب العمل مع المفاوض عقد مقاوله وعقد وكالة أيضاً، فهنا على الرغم من أن عقد الوكالة أبرم بينهما بسبب عقد المقاولة الموجود بينهما إلا أن لكل من العقدتين استقلاله التام عن الآخر.

كل هذه الاختلافات تدلّ بوضوح على أنه وإن تشابه عقد المقاولة ببعض العقود، إلا أنه ليس هو ذلك العقد، وإنما هو عقد مستقل كما فصلنا ذلك آنفاً.

خلاصة:

المقاولة باعتبارها عقداً يرد على العمل - والعمل عنصر جوهري فيه- شمل بأحكامه مجموعة من العقود المشروعة والمشهورة في الفقه الإسلامي، الأمر الذي جعلها تتشابه مع غيرها من العقود بخصائص كثيرة، إلا أننا نرى أن عقد المقاولة يظلّ عقداً مستقلاً قائماً

بذاته، ولا يستمد مشروعيته بما له شبه فيها فحسب، وإنما لتوافر الأركان والشروط الواجب توافرها في العقود، شأنه في ذلك شأن عقد الاستصناع والإجارة والسلم والاستصناع وغيرها من العقود التي لا تعارض نصا ولا تتنافى مع المبادئ والقواعد العامة التي تحكم العقود في الشريعة الإسلامية.

الهوامش:

- 1 هذه التسمية حديثة نسبية، إذ لم يعرف الفقه الإسلامي المقاولة اسما بقدر ما عرّفها معنى وعملا، وإن لم يستعمل تعبير المقاولة ذاته، والمعلوم أنّ الأسماء تتغير وتتبدل أما المعاني فتأبى راسخة، ولهذا كانت القاعدة أنّ الأمور بمقاصدها لا بمسمياتها.
- 2 لم يذكر الفقهاء المسلمون عقد المقاولة بهذا الاسم في مدوناتهم، بحيث عُرِفَت المقاولة في الفقه الإسلامي عموما تحت مسمى الاستصناع والأجير المشترك، وهاتان هما صورتان العمليتان لعقد المقاولة في المفهوم الحديث.
- 3 جاء بهذا التعريف الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه المعنون بـ: العقود المسماة، ص 276.
- 4 هو تعريف الدكتور رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، ص 380.
- 5 أبو قرين أحمد عبد العال، الأحكام العامة لعقد المقاولة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002-2003، ص 1.
- 6 د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص 15.
- 7 يقع التراضي في عقد المقاولة على شيئين هما: الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول، والبذل الذي يلتزم به صاحب العمل.
- 8 الملاحظ هنا أنّ الأداء الرئيسي في عقد المقاولة مطلوب من المقاول وهو القيام بعمل معين على الرغم من أنّ هذا العمل يتمّ في مقابل أجر يدفعه له صاحب العمل، وهذا الأجر قد يكون عبارة عن نقل ملكية شيء مثلي أو قيمي إلى المقاول، ومن ثم يكون الاعتداد في وصف هذا العقد بالأداء الرئيسي لا بالمقابل.
- 9 عقد الغرر هو العقد الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يحدّد عند العقد مقدار غنمه وغرمه بمقتضى العقد، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعا لأمر مجهول أو غير محقق الحصول كعقد الجعالة الذي يعرف بأنه: " التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله"، يراجع ما سيتم شرحه في صفحة 11 من هذا البحث.
- 10 نشير في هذا الصدد أنّ العقد الزمني يتميّز عن العقود الفورية كقد البيع مثلا بأمرين: أولهما أنه لا ينسحب أثر الفسخ في العقد الزمني على الماضي لأنّ ما نفذ منه لا يمكن إعادته، ومن ثم لا يسري حكم الفسخ إلا

- بالنسبة إلى ما يأتي من الزمن بعد الفسخ، وثانيهما أن العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة بخلاف العقود الفورية التي لا يمكن أن تنطبق أحكام هذه النظرية عليها إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً.
- 11 فيكون المَقُول هنا أجيراً مشتركاً ولقد بيّن الفقه الإسلامي أحكامه وشروطه.
- 12 وهنا يسمى العقد بعقد الاستصناع الذي عرفه الفقه الإسلامي وبيّن أحكامه أيضاً.
- 13 الإجارة لغة: مأخوذة من الأجر وهو العوض والجزاء على العمل.
- واصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: " عقد على المنافع بعوض، وتحليل نفع بعوض"، وعرّفها الشافعية بأنها: " عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم"، وعرّفها المالكية بأنها: " تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض"، كما عرّفها الحنابلة بأنها: " عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً".
- 14 ترد على منفعة عين من الأعيان كإيجار الدور والأراضي ووسائل النقل والدواب وغيرها.
- 15 ترد على منافع عمل الإنسان كبناء بيت وخياطة ثوب وأرباب الحرف.
- 16 فلا يرد عقد الإجارة إلا على الأشياء التي ينتفع بها مع بقاء عينها، وتهلك بمجرد الاستعمال.
- 17 عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، عقد المقاولة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الإدارة العامة للثقافة والنشر، 2004، ص 81.
- 18 د.محمد ليبب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص111.
- د.عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1987، ص182.
- 19 عبد الرحمان بن عايد بن خالد العايد، المرجع السابق، ص105.
- 20 الأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص معين بذاته أو أشخاص معينين بذواتهم، ويستحق أجره متى وضع نفسه تحت تصرف صاحب العمل ولو لم يعمل، ويكون خاضعاً في عمله لسلطة ربّ العمل وتوجيهه وإشرافه.
- 21 عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، المرجع السابق، ص 106.
- 22 المعقود عليه هو محلّ العقد، وهو ما وقع عليه التعاقد، وفيه تظهر أحكام العقد وآثاره.
- 23 الأجير المشترك هو ذلك الشخص الذي يعرض خدماته لعامة الجمهور من الناس وليس لشخص معين بذاته أو أشخاص معينين بذواتهم، ويستحق الأجرة في مقابل ما يؤديه من عمل مع توافر عنصر الاستقلال له في أدائه لعمله، وعليه يعتبر أجيراً مشتركاً في وقتنا الحاضر كلّ أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي والمهندس والفنان والمقاول، والحرفيين كالنجار والبناء والخياط والصباغ والحفار، الذين يقدمون أعمالهم كل حسب تخصصه لعامة الجمهور.
- 24 يراجع ما سبق شرحه في صفحة 4 من هذه الدراسة.
- 25 قد يتمّ عقد المقاولة بأن يطلب رب العمل من المقاول القيام بعمل ما دون النظر إلى الأدوات كما لو تعاقد رب العمل مع المقاول على إنشاء مبنى بحيث تكون الأدوات على رب العمل، فهنا يكون محل العقد هو منفعة المقاول، أو يتم عقد المقاولة بأن يطلب رب العمل من المقاول القيام بصنع شيء ما على أن يقدم المقاول الأدوات اللازمة لذلك، فهنا محل العقد هو الشيء المطلوب صنعه.

وعليه لا يمكن القول أنّ المحل في عقد المقاولة بشئ صورها هو المنفعة فقط، أو العين فقط، وإنما يقال أنه يمكن أن يكون محل العقد في عقد المقاولة إما منفعة المفاوض (العمل)، أو العين وذلك تبعاً لاختلاف نوع المقاولة.

و لا يعني هذا أنّ المحل في عقد المقاولة هو المنفعة والعين معا وإنما يكون العين في صورة من صور المقاولة، ويكون المنفعة في صورة أخرى منها.

26 السلم لغة: السلف ويقصد به تسليم رأس المال في المجلس.

و اصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: " بيع أجل وهو المسلم فيه بعاجل وهو رأس المال"، وعرفه المالكية بأنه: " بيع شيء موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه"، وهو نفس التعريف الذي قال به الشريبي من الشافعية، وعرفه البهوتي من الحنابلة بقوله: " عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد".

– لتفاصيل أكثر حول مشروعية السلم وشروطه وأوصافه، يراجع: زياد شفيق حسن قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004، ص 41-46.

27 الملاحظ أن المسلم 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.

28 فرب السلم يلتزم بتسليم الثمن للمسلم إليه في مجلس العقد ويثبت الملك له، والمسلم إليه يلتزم بتسليم المسلم فيه عند الأجل.

29 فالزمن عنصر جوهري فيه، لذا يشترط أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، وفي هذا يقول الشريبي: " فإن اسم السلم يقتضي الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان"، يراجع في هذا الصدد: الشريبي: مغني المحتاج (3-7) .

30 عبد الرحمان بن عايد بن خالد العايد، المرجع السابق، ص 110-111.

31 الاستصناع لغة: طلب الصنعة، أو طلب العمل.

و اصطلاحاً: هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، كأن يقول إنسان لصانع: اعمل لي قميصاً من صوف بثمن كذا، أو يقول: اصنع لي أنية من نحاس بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره ووصفه، فيقول الصانع: نعم.

و تجدر الملاحظة هنا أننا سنعرض الاستصناع وفقاً للمذهب الحنفي باعتباره أكثر المذاهب تفصيلاً فيه مع الإشارة إلى ما جاء عنه في المذاهب الأخرى كون هذه الأخيرة منعت هذا العقد واعتبرته من بيع المعدوم وألحقته بالسلم في الصناعات.

– لتفاصيل أكثر يراجع: عادل عبد العزيز عبد الحميد سمارة، نفس المرجع السابق، ص 9، عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 33 وما يليها.

32 عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 36.

33 عند صاحبين لا يُخرج الأجلُ الاستصناعَ عن حقيقته إذا ضرب فيما فيه تعامل بالاستصناع فيبقى استصناعاً، ويحمل الأجل على الاستعجال. أما إذا ضرب فيما لا تعامل فيه كان استصناعاً فاسداً وحمل على السلم الصحيح.

34 عبد الرزاق حسين يس، نفس المرجع السابق، ص 38-39.

35 الجعالة لغة: تطلق على من يجعل للإنسان مقابل عمل.

اصطلاحاً: عرفها الشافعية بأنها: " التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله"، وعرّفها المالكية بأنها: " الإجارة على منفعة مظنون حصولها"، وعرّفها الحنابلة بأنها: " أن يجعل جعلاً لمن يعمل له عملاً من رد أبق أو ضالة أو بناء أو خياطة وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال فيجوز ذلك"، أما الحنفية فلم يقولوا بعقد الجعالة لما فيها من غرر أي جهالة العمل.

36 الوكالة لغة: التفويض، يقال وكلّه أي فوض إليه.

واصطلاحاً عرفه الكاساني من الحنفية بأنه: " تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل أو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"، وعرّفه الشافعية بأنه: " تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته"، وعرّفه المالكية بأنه: " نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه، غير مشروطة بموته"، وعرّفه الحنابلة بأنه: " استتابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة". أما رجال القانون فعرّفوا الوكالة بأنها: " عقد يفوض بمقتضاه شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

37 العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني أما في مقاولة البناء فهو عمل مادي، فالوكيل يقوم بأعمال قانونية لمصلحة موكله، إلا أنه في التطبيق قد يقوم المقاول ببعض الأعمال الإدارية أو القانونية الخاصة بالبناء.

38 تكون المقاولة دائماً مأجورة، فمن التزامات رب العمل دفع الأجر للمقاول مقابل التزام هذا الأخير بتسليم العين وإلا اعتبر العمل تبرعاً، بمعنى أن المقاول معرض للمكسب والخسارة.

المحور الثالث

الاقتصاد

الإسلامي

