المبحث الأول:

تعريف عقد المقاولة.

عقد المقاولة مصطلح مركب من كلمتين: عقد، و مقاولة.

وقد سبق تعريف العقد لغة واصطلاحاً[1] وبقي تعريف المقاولة.

المقاولة لغة:مفاعلة من القول، وتطلق في اللغة على معنيين:

١- **المجادلة**؛ يقال: قاوله في الأمر، أي: جادله.

٢- **المفاوضة**؛ يقال: قاولته في أمره، وتقاولنا، أي: تفاوضنا[2].

والمعنيان متقاربان في دلالتهما على تبادل القول بين اثنين.

المقاولة اصطلاحاً[3]:

لم يكن عقد المقاولة معروفاً بهذا المصطلح من قبل، لكن اصطلح أصحاب القانون على تسميته بهذا الاسم، واختلفت عباراتهم اختلافاً يسيراً؛ ومن هذه التعريفات:

١- ((عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر))[4].

---

(١) سبق ص: ٢٥، ٢٦ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: مادة (قول) في: الصحاح ٥/ ١٨٠٧، مختار الصحاح ص: ٥٥٦، المصباح المنير ٢/ ٥٢٠، لسان العرب ١١/ ٥٧٧، المعجم الوسيط ٢/٧٦٧.

(٣) مع أني أبحث عقد المقاولة من ناحية شرعية إلا أنني سأورد ما لابد منه عن هذا العقد من الناحية القانونية؛ حتى يتسنى لي معرفة هذا العقد بصورته الدارجة.

(٤) مادة رقم ٦٤٦ من القانون المصري، وتطابقها المادة رقم ٦١٢ من القانون المدني السوري، والمادة رقم ٦٤٥من القانون المدني الليبي، وتوافقها المادة رقم٨٦٤ من القانون المدني العراقي.
انظر: الوسيط ٧/٥، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ٣/٣، عقد المقاولة ص: ٧.

٢- ((عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل))[١].

٣- ((عقد على اصطناع شيئ معين بالوصف المنضبط في مقابلة أجر معين أيضاً))[٢].

٤- ((عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته))[٣].

وعند النظر إلى التعاريف السابقة يمكن إدراك أنها متقاربة جداً؛ إلا أن التعريف الأخير يزيد ضابطاً على هذه التعاريف، وهو استقلال المقاول عن الخضوع لرب العمل؛ وهذه من خصائص عقد المقاولة فلا يلزم دخوله في التعريف.

والتعريف الأول أشملها، وقد سار عليه كثير من المؤلفين[٤].

---

(١) المادة رقم ٦٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني. انظر: الوسيط ٦/٧، عقد المقاولة ص: ٧.

(٢) المادة رقم ٨٢٨ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. انظر: عقد المقاولة ص: ٧.

(٣) شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١١.

(٤) انظر: الوسيط ٥/٧، التعليق على نصوص القانون المعدل ٣/٣، عقد المقاولة ص:٧، أحكام عقد المقاولة ص: ١٧.

المطلب الأول: صيغة إبرام عقد المقاولة

المقاولة من التصرفات التي لا تتم إلا بتوافق إرادتين، وهذا التوافق أمر خفي لا يعرف وجوده إلا بصدور ما يدل عليه من الألفاظ؛ وهي ما يعرف عند الفقهاء بصيغة العقد، وتتكون من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما.

وعقد المقاولة يمكن إبرامه ـ كغيره من العقود المالية ـ بالصيغة اللفظية، كما يمكن إبرامه عن طريق المناقصة، أو عن طريق المسابقة؛ وهذا ما أتكلم عنه في هذا المطلب في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حصول الإيجاب والقبول باللفظ.

المسألة الثانية: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المناقصة

المسألة الثالثة: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المسابقة

المسألة الأولى: حصول الإيجاب والقبول باللفظ.

اللفظ أظهر الدلالات على ما في النفس من رضا بالعقد واختيار له، فالشارع لم يرتب الأحكام على ما في النفوس من غير دلالة قول أو فعل عليها، فلابد من اجتماع قصد العقد مع الدلالة على هذا القصد من قول أو فعل [(١)].

وعقد المقاولة ـ كغيره من العقود ـ ينعقد باللفظ، فيمكن لرب العمل أن يتعاقد مع مقاول بأن يختار شخصاً ليعهد إليه بتنفيذ العمل المطلوب؛ فيتراضيان ـ لفظاً ـ على العمل المطلوب تأديته وشروطه، وعلى الأجر المقابل لهذا العمل وما يتعلق به .

ولا يشترط في الإيجاب والقبول لفظ معين ـ كقاولتك ـ بل تنعقد المقاولة بكل لفظ يدل عرفاً عليها[(٢)]؛ لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٣/١٠٥.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٧/١٢، بدائع الصنائع ٥/ ١٣٣، تبيين الحقائق ٤/ ٤، مواهب الجليل ٤/٢٢٨، ٢٢٩، شرح الخرشي على خليل ٥/٥، المجموع ٩/ ١٦٢، أسنى المطالب ٢/٣، المغني ٦/٩ ، كشاف القناع ٣/١٤٦.

٣- **اتصال القبول بالإيجاب**: وذلك بأن يكونا في مجلس واحد، وألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن إبرام العقد، وألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول العاقد الآخر، وألا يخرج الموجب عن أهليته قبل قبول العاقد الآخر[١].

المسألة الثانية: حصول الإيجاب والقبول عن طريق المناقصة

تبين فيما سبق انعقاد المقاولة بالصيغة اللفظية [٢] ، إلا أن هذه الطريقة ليست هي الطريقة الوحيدة لإبرام عقد المقاولة، بل إنه يمكن أن يبرم بطريقة أخرى: وهي طريقة المناقصة.

والكلام عن انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة سيكون في فرعين اثنين:

الفرع الأول: معنى المناقصة، وكيفيتها.

الفرع الثاني: انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة.

الفرع الأول: معنى المناقصة، وكيفيتها

المناقصة لغة: مفاعلة من النقص، والنون والقاف والصاد: كلمة واحدة تدل على خلاف الزيادة، وانتقص واستنقص الثمن: استحطه[٣].

المناقصة اصطلاحاً: طريقة يقصد بها الوصول إلى المتعاقد الذي يتقدم بأقل عرض[٤].

---

(١) انظر: المراجع السابقة، وما ذكرته على سبيل الإجمال، فالتفصيل ليس محله هنا.

(٢) انظر: ص: ٥٣ من هذه الرسالة.

(٣) انظر مادة (نقص) في: أساس البلاغة ص:٤٧٠، مقاييس اللغة ٥/٤٧٠، مختار الصحاح ص: ٦٧٦، القاموس المحيط ص: ٨١٧.

(٤) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية ص:٢٣٩، شرح قانون المناقصات والمزايدات ص: ١٩ والعرض، ويسمى: العطاء هو: ما يقدمه المقاول إلى رب العمل مضمناً فيه السعر والشروط والمواصفات التي يريد أن يتم التعاقد على أساسها. انظر: شرح قانون المناقصات والمزايدات ص: ٥٥

كيفية المناقصة في النظام:

تقوم المناقصة على مبدأ المساواة بين المتنافسين، وتمر بالمراحل التالية:[١]

١- يعد رب العمل أومن ينيبه المواصفات والشروط المطلوبة في العمل المطلوب[٢].

٢- الدعوة إلى المناقصة عن طريق الإعلان، ويحدد في الإعلان: العمل المطلوب، وقيمة دفتر الشروط، وآخر موعد لتقديم العروض، وموعد فتح المظاريف، ونحو ذلك[٣].

وهذه المناقصة العامة، وهناك مناقصات محدودة: توجه الدعوة فيها لعدد معين من المقاولين بخطابات رسمية؛ليتقدموا بعطاءاتهم[٤]؛ وقد لا تكون المناقصة سرية، بل تكون علنية.

٣- تقدم العروض مختومة بالشمع الأحمر، ويقدم مع العروض الضمان الابتدائي[٥].

٤- تشكل لجنة لفتح المظاريف، تتكون من أربعة أشخاص[٦]؛

---

(١) انظر:الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ٢١٨، المناقصات العامة ص:٣٥، ٥٨، ٨٨، ١٠٥، ١٢١، ١٢٤، ١٣٩، ١٥٥، لائحة مناقصات البنك الدولي٢٣، ٤٦ – ٥٩

(٢) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية ص: ٢٤٨.

(٣) م٢/ا، ج من نظام مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ١٣، ١٤، دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ١٣، ١٤، القواعد القانونية لعقود المقاولات ص: ٩٣، ٩٥.

(٤) م٢/ ا من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ١٣، دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ١٣.

(٥) م٢/د من تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ١٤.
والضمان الابتدائي: تعهد مقيد بزمن يصدر من البنك – بناءً على طلب العميل – يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ – يقدر بـ ١٠٪. من قيمة المشروع الذي سيتقدم إليه – لأمر جهة مستفيدة من هذا العميل؛ يدل على جدية المتقدم للعطاء والاستمرار فيه
انظر: من مبادئ الاقتصاد الإسلامي ص: ١٤٤، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٢٥٢.

(٦) م٢/ هـ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ١٥، القواعد القانونية لعقود المقاولات ص: ١٠٢.

وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف وإعلان اسم صاحب كل عرض وسعره على الحضور.

٥- تشكل لجنة لفحص العروض، فتقوم بفحصها، ومن ثم تحيل الصالح منها إلى لجنة البت [١].

٦- تشكل لجنة للبت في العروض، وتقوم بالمفاضلة بين العروض واختيار العرض الأقل سعراً، وتعد محضراً تبين فيه توصيتها بقبول هذا العرض وأسباب هذه التوصية [٢].

٧- يعتمد توصية لجنة البت، ويتخذ قرار الترسية من السلطة المختصة[٣].

٨- يتم اخطار من رست عليه المناقصة، ويطلب حضوره؛ لتوقيع العقد وتقديم الضمان النهائي [٤].

٩- لا يلزم رب العمل بترسية المشروع على المتقدمين؛ وإنما له إلغاء المناقصة بأكملها والإعراض عن المشروع[٥]؛ إلا أنه إذا أراد ترسية المشروع فليس له أن يرسيه إلا على صاحب العطاء الأفضل، ما لم يكن قد اشترط لنفسه غير ذلك[٦].

---

(١) م٥/ ١ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٢٧، القواعد القانونية لعقود المقاولات ص: ١٠٤.

(١) م٥/١، ج من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص:٢٧، ٣٠.

(٣) م٦ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٣١.

(٤) انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص : ٢٢.

والضمان النهائي: تعهد مقيد بزمن يصدر من البنك – بناءً على طلب العميل – يلتزم فيه البنك بدفع مبلغ – يقدر بـ ٠٥٪ من قيمة المشروع الذي سيتقدم إليه – لأمر جهة مستفيدة من هذا العميل؛ يقصد منه ضمان قيام الشخص بتنفيذ العمل وفق المواصفات المتفق عليها.

انظر: من مبادئ الاقتصاد الإسلامي ص: ١٤٤، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٢٥٢.

(٥) م٥/ هـ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص:٢٩.

(٦) انظر: مصادر الحق ٢/ ٦٢.

وهذا عند من يرى أن المناقصة تنعقد بها المقاولة.

الفرع الثاني: انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة

إبرام عقد المقاولة عن طريق المناقصة أكثر الطرق شيوعاً لانعقاد هذا العقد في هذا العصر، بل إن هذه الطريقة هي الطريقة الرئيسة المعتمدة في تعاقد الجهات الحكومية مع المقاولين؛ حيث إن الجهات الحكومية مقيدة بوجوب اتباع هذه الطريقة في تعاقدها، وإن كان يجوز اتباع طرق أخرى في حالات استثنائية[1].

وقبل أن أبين شرعية انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة لابد من معرفة: هل المناقصة إجراء تمهيدي ومجرد مفاوضات ومن ثم يأتي إبرام العقد بين رب العمل ومن رست عليه المناقصة؟.

عند النظر إلى كيفية إبرام عقد المقاولة عن طريق المناقصة بصورته الدارجة، يتضح أن هناك اتجاهين:

الاتجاه الأول: المناقصات وما يتبعها من ترسية لا تعد تعاقداً مع من رست عليه المناقصة، ولا يعتبر من رست عليه المناقصة متعاقداً معه إلا من تاريخ توقيع العقد؛ وقد أخذ بهذا الاتجاه: القانون الكويتي، والقطري، والإماراتي[2].

وهذا الاتجاه يبين بوضوح أن الإيجاب والقبول لا يحصل عن طريق المناقصة، وإنما يحصلان بالصيغة اللفظية مع من رست عليه المناقصة.

وبمعنى آخر أن رسو المناقصة على شخص تؤهله لأن يُتعاقد معه.

فيمكن حينئذٍ أن يقال: إن عقد المقاولة لا ينعقد بالمناقصة.

الاتجاه الثاني: المناقصات وما يتبعها من ترسية تعد تعاقداً مع من رست عليه المناقصة؛ وقد أخذ بهذا الاتجاه: النظام السعودي[3].

---

(١) م١ من نظام تأمين مشتروات الحكومة، انظر: دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص:٦، ١٠.

(٢) م٥٦ من الكويتي، وم٤٣ من القطري، وم٦٢ من الإماراتي، انظر: اختيار المتعاقد ص: ١٥٥، ١٥٦.

(٣) انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ٢٢، ومعه نموذج عقد الأشغال العامة ص: ٤٩.

وهذا الاتجاه يبين بوضوح أن الإيجاب والقبول يحصلان عن طريق المناقصة، فالإيجاب تقديم العطاء، والقبول ترسية العقد على صاحب العطاء المختار.

وهذا الاتجاه يعد تحرير العقد بعد ذلك أمراً شكلياً؛ وبمعنى آخر لمجرد التوثيق فقط [١].

ومادام أن المناقصة ـ على هذا الاتجاه ـ ليست إجراءً تمهيدياً، وإنما يبرم العقد عن طريقها فما صحة هذا الإبرام؟.

للإجابة على هذا السؤال لابد من بيان ما يلي:

١- هل ينعقد العقد بالكتابة؟؛ حيث إن المناقصة تقدم مكتوبة.

٢- أين الإيجاب والقبول في المناقصة؟.

٣- هل يصح تقدم القبول على الإيجاب عند من يرى أن الإيجاب ما صدر عن المملّك؟.

للإجابة على هذه الأسئلة؛ أقول:

أولاً: انعقاد العقد [٢] بالكتابة:

اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بالكتابة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: انعقاد العقد بالكتابة؛ وهذا قول الحنفية، والمالكية، ووجه عند الشافعية [٣].

واستدلوا:

بأن الكتاب يدل على الرضا كالخطاب، فيصح به الإيجاب والقبول؛ لأنهما إنما يرادان للدلالة على الرضا، فإذا حصل بالكتاب انعقد به العقد [٤].

---

(١) انظر: دليل المقاول إلى فهم العقود الحكومية ص: ٢٢.

(٢) المقصود عقود المعاوضات المالية؛ لأن المقاولة كذلك، فلا يدخل ما سوى ذلك كالنكاح.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥، فتح القدير ٤٦١/٥، رد المحتار ٤/ ٥١٢، حاشية العدوي على الخرشي ٥/٥، الشرح الكبير للدردير ٣/٣، الفواكه الدواني ١١٠/٢.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

المسابقة اصطلاحاً: طريقة يقصد بها رب العمل الحصول على أفضل عمل من بين مجموعة متنافسين[1].

كيفية المسابقة في النظام: قد يحدث أن يعمد رب العمل إلى إبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة؛ وذلك بأن يدعو ـ عن طريق الإعلان ـ كل من يريد الاشتراك في وضع تصميم لمشروعٍ ما، ويعين في الإعلان العمل المطلوب بتفاصيله وشروطه، ويعين لجنة للتحكيم؛ لاختيار الفائز في هذه المسابقة، وقد يحدد رب العمل جائزة للفائز، أو يشترط أنه غير ملزم بإبرام عقد مقاولة مع الفائز، وحينئذٍ ليس للفائز سوى الجائزة المعينة؛ فإن لم يحدد له جائزة فإن جائزته تكون بالتعاقد معه لإنجاز هذا المشروع.

ويكون الإعلان عن المسابقة دعوة إلى التعاقد، وتقدم المتسابق بعمله يعد إيجاباً، ثم على رب العمل أن يقبل هذا الإيجاب؛ وهو ملزم بهذا القبول، فإذا قبل انعقد عقد المقاولة بينهما[2].

الفرع الثاني: انعقاد المقاولة عن طريق المسابقة

المسابقة لا تختلف كثيراً عن المناقصة[3]، فما قيل في انعقاد المقاولة عن طريق المناقصة يقال هنا، إلا أن المناقصة تتميز بانعقاد المقاولة بها مباشرة، بينما المسابقة مؤهِّلة لانعقاد المقاولة؛ وذلك بإلزام رب العمل بقبول إيجاب المتسابق الفائز، وحينئذٍ ينعقد العقد بينهما.

ولكن هل يلزم رب العمل ـ من الناحية الشرعية ـ بالقبول؟.

---

(١) انظر: الوسيط ٧/٤٠، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٤.

(٢) انظر: الوسيط ٧/٤٠، ٤١، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٤، ٧٥، عقد المقاولة ص: ٦٦، ٦٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٨٥.

(٣) انظر: الوسيط ٧/٤٠، ٤١، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٧٤، ٧٥، عقد المقاولة ص: ٦٦، ٦٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٨٥.

المبحث الأول:

الموازنة بين عقد المقاولة والعقود المشابهة

قد يشبه عقد المقاولة عقوداً أخرى في بعض الخصائص ويفترق عنها في أخرى؛ ولكي تتضح أوجه الشبه والاختلاف بين المقاولة وغيرها من العقود، لابد من ذكر صور عقد المقاولة.

صور عقد المقاولة:

عند التتبع لصور عقد المقاولة الدارجة، يتبين أنها لا تخرج عن إحدى الصور التالية:[1]

١- أن يقدم المقاول مجرد العمل فقط؛ وهذا العمل: إما أن يتصل بشيئ معين أو لا:

فمثال ما إذا اتصل بشيئ معين: عقد مقاولة البناء عندما يقدم رب العمل الأدوات، وعقد الصيانة عندما يتكفل رب العمل بإحضار قطع الغيار.

ومثال ما إذا لم يتصل بشيئ معين: عقد النشر.

٢- أن يقدم المقاول العمل والأدوات، وهذا مثل: مقاولة البناء عندما يقدم المقاول العمل والأدوات.

٣- أن يطلب رب العمل من المقاول العمل مع توكيله بإحضار الأدوات اللازمة، ومثال ذلك: ما لو تعاقد رب العمل مع مقاول البناء على تسليم المفتاح.

وهذه الصورة في حقيقتها تندرج تحت الصورة الأولى؛ لأن المقاول قدم العمل فقط، أما الأدوات فقدمها رب العمل، وإنما المقاول نائب عنه في إحضارها.

ومن معرفة هذه الصور يمكن الموازنة بين عقد المقاولة والعقود المشابهة، وهو ما أتكلم عنه في هذا المبحث في أربعة مطالب:

---

(١) انظر: الوسيط ٣١/٧، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٢٢، عقد المقاولة ص: ٣، ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ٧٨.

٤- المراد الحصول على منفعته في عقد المقاولة آدمي[١]، بينما في عقد إجارة الأشياء يكون غير آدمي كالعقار والحيوان والمنقول[٢].

٥- إذا وقع التعاقد في المقاولة على شيئ فإنما يراد إيجاده؛ ولذا يكون المعقود عليه عيناً[٣]، بينما في إجارة الأشياء إذا وقع التعاقد على شيئ فإنما تراد منفعته فيكون المعقود عليه المنفعة.

الفرع الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة والأجير الخاص[٤]

يتفق عقد المقاولة مع عقد إجارة الأجير الخاص في بعض النواحي، ويختلف عنه في أخرى؛ فمما يتفق معه فيه ما يأتي:

١- كل من العقدين عقد معاوضة؛ يقصد به كل من المقاول والأجير الخاص الحصول على عوض عمله[٥].

٢- كل من العقدين عقد لازم؛ لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه دون سبب من أسباب الفسخ[٦].

---

(١) انظر: عقد المقاولة ص: ١١١، أحكام عقد المقاولة ص: ١٩٥.

(٢) اختلف الفقهاء في المراد بالعقار والمنقول على قولين:

القول الأول: العقار لا يشمل إلا الأرضين فقط، وما عدا ذلك فهو منقول؛ وهذا رأي جمهور الفقهاء من: الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: العقار يشمل الأرضين وكل ما اتصل بها اتصال قرار كالبناء والغراس ونحوهما؛ وهذا قول المالكية.

انظر: الهداية للمرغيناني ٤١٩/١٠، حاشية الدسوقي ٤٧٩/٣، روضة الطالبين ٤/ ١٥٥، ١٥٦، المغني ٤٣٩/٧.

(٣) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٤) **الأجير الخاص**: من أجر نفسه مدة معينة لعمل يختص فيها المستأجر بمنافعه.

انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨ أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٣/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٦/٢.

(٥) انظر: المبسوط ١٥/ ٨٠، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، أسنى المطالب ٤٢٥/٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٣/٣.

وانظر في المقاولة: الوسيط ٦/٧، عقد المقاولة ص: ٧

(٦) انظر: المبسوط ٢/١٦، بدائع الصنائع ٢٠١/٤، المدونة ٥٢٠/٤، بداية المجتهد ٢٢٩/٢، الأم ٤/ ٣٠، المهذب ٤٠٧/١، المغني ٤٤/٨، الإنصاف ٥٨/٦. وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣ أحكام عقد المقاولة ص: ١٩.

٣- كل من العقدين يحتاج إلى مدة لإنجازه؛ بمعنى أنه عقد تستمر العلاقة فيه بين العاقدين مدة العقد [١].

٤- كل من العقدين عقد مؤقت؛ لا يقتضي التأبيد، بل يؤقت بمدة، سواء كان التأقيت بزمن، أو كان بمدة إنجاز العمل [٢].

٥- المعقود عليه في عقد إجارة الأجير الخاص منفعة الأجير الخاص[٣]، وكذلك هي في إحدى صور المقاولة [٤].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد إجارة الأجير الخاص في ما يأتي:

١- الأجير الخاص تصير منافعه مملوكة للمستأجر خلال المدة التي حددها العقد، بخلاف المقاول؛ فليست منافعه مملوكة لرب العمل[٥].

٢- المستأجر للأجير الخاص مسؤول عما يحدثه الأجير الخاص من أضرار، بخلاف رب العمل في المقاولة [٦].

٣- في الأجير الخاص وقع التعاقد على عمله؛ ولذا ينفسخ العقد بموته، بينما في المقاولة لا يلزم أن يقع التعاقد على ذات المقاول؛ ولذا فيمكن استمرار العقد مع وفاة المقاول إذا لم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد [٧].

---

(١) انظر: حاشية الشلبي ٥/١٠٥، الشرح الكبير للدردير ٤/٢، مغني المحتاج ٢/٢٣٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٥٠.
وانظر في المقاولة: عقد المقاولة ص: ١١١، أحكام عقد المقاولة ص: ١٠٧

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٢٣، الكافي لابن عبد البر ٢/٧٤٥، مغني المحتاج ٢/٣٣٢، المغني ٨/٨ .وانظر في المقاولة:عقد المقاولة ص:١١١، أحكام عقد المقاولة ص:١٠٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٤، ١٧٥، الشرح الصغير ٣/ ١١٨، فتح العزيز ١٢/١٨٢، المبدع ٤/٦٢.

(٤) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٥) انظر: المبسوط ١٥/٨٠، تبيين الحقائق ٥/١٣٣، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، شرح الخرشي على خليل ٧/٢٨ أسنى المطالب ٢/ ٤٢٥ شرح المحلي على المنهاج ٣/٨١، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٢٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٦.
وانظر في المقاولة:شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ١٩٥.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١١، مجمع الضمانات ص: ٢٨، المقدمات الممهدات ٢/ ٢٤٥، التاج والإكليل ٥/٤٣٠، المهذب ١/ ٤٠٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٥١، الروايتين والوجهين ١/٤٢٩، غاية المنتهى ٢/ ٢٠٩.
وانظر في المقاولة: الوسيط ٧/٨، عقد المقاولة ص:٢٢

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٢٢، البهجة شرح التحفة ٢/١٧٨، نهاية المحتاج ٥/٣١٧، كشاف القناع ٤/٣١.

٤- المعقود عليه في عقد إجارة الأجير الخاص هو منفعة الأجير الخاص فقط[١]، بينما في عقد المقاولة يمكن أن يكون عيناً ويمكن أن يكون منفعة موصوفة في الذمة[٢].

الفرع الثالث: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد إجارة الأجير المشترك[٣]

عند التتبع لعقد المقاولة بصوره الدارجة، وجدت أن من الصور ما يكون التعاقد فيها بين المقاول ورب العمل على أن يقدم المقاول 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 المقاول في جميع مدة العقد[٤].

وعند التأمل لهذه الصورة وجدت أنها هي عقد إجارة الأجير المشترك[٥]؛ ولذا فيمكن القول بأن عقد المقاولة: يكون في بعض صوره عقد إجارة الأجير المشترك.

إلا أنه لا يمكن القول بأن عقد المقاولة بجميع صوره: عقد إجارة الأجير المشترك؛ وذلك لأن محل العقد في عقد إجارة الأجير المشترك هي: منفعة الأجير فقط، بينما محل العقد في عقد المقاولة يتنوع بتنوع صورها؛ إذ يمكن أن يكون عيناً لا منفعة؛ وذلك كما لو وقع التعاقد على صنع شيئ ما، على أن يقدم المقاول الأدوات

=وانظر في المقاولة: الوسيط ١٦/٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٣٠.

(١) انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨ أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٢٣/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٦/٢.

(٥) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٣) **الأجير المشترك**: هو الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها.
انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨ أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣٠/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٨/٢.

(٤) انظر: الوسيط ٣١/٧، شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٢٢، عقد المقاولة ص: ٣، ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ٧٨.

(٥) انظر: المبسوط ٨٠/١٥، تبيين الحقائق ١٣٣/٥، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، شرح الخرشي على خليل ٧ /٢٨ أسنى المطالب ٤٢٥/٢، شرح المحلي على المنهاج ٨١/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣٠/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٧٨/٢.

اللازمة لذلك [1]، فهذه الصورة محل العقد فيها العين المراد صنعها، فتسمى عقد مقاولة، ولا تسمى عقد إجارة الأجير المشترك.

ومما سبق من الموازنة بين عقد المقاولة وعقد الإجارة يتبين أن: أحد أقسام عقد الإجارة ـ الذي هو عقد إجارة الأجير المشترك ـ هو إحدى صور عقد المقاولة، بينما بقية أقسام عقد الإجارة لا تدخل في صور عقد المقاولة.

(١) انظر: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

المطلب الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد السلم [1]

يكون السلم في الصناعات وغيرها، فإذا كان في الصناعات أطلق عليه الاستصناع، ويحتفظ باسم السلم إذا كان في غير الصناعات؛ ولذا سيكون الكلام في هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد السلم.

الفرع الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد الاستصناع [2]

الفرع الأول: الموازنة بين عقد المقاولة وعقد السلم

يشبه عقد المقاولة عقد السلم في بعض الأمور، ويختلف عنه في أخرى، فمن **أوجه الشبه** بينهما:

١- كل منهما عقد على موصوف في الذمة؛ ليس موجوداً وقت التعاقد [3].

٢- كل منهما عقد لازم؛ ليس لأحد العاقدين فسخه بدون سبب من أسباب الفسخ [4].

٣- كل منهما عقد معاوضة؛ يقصد المسلم إليه عوض ما أسلم فيه، ويقصد المقاول عوض عمله [5].

---

(١) السلم **لغة**: الإعطاء والترك والتسليف.
انظر: مادة:(سلم) في: مختار الصحاح ص: ٣٠٩، ٣١١، لسان العرب ١٢/ ٢٨٩، القاموس المحيط ص: ١٤٤٨.
اصطلاحاً: بيع موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً.
انظر: رد المحتار ٥/٢٠٩، الشرح الكبير للدردير ٣/١٩٥، فتح العزيز ٩/٢٠٧، المغني ٦ / ٣٨٤.

(٢) يرى الجمهور أن الاستصناع هو عقد سلم؛ فلا فرق بينهما؛ وإنما أفردته في فرع مستقل تمشياً مع مذهب الحنفية.
انظر: بدائع الصنائع ٥/٢، ٣، فتح القدير ٦/٢٤٢، المدونة ٤/١٨، ١٩، مواهب الجليل ٤/٥٤٠، الأم ٣/١٣١، روضة الطالبين ٣/٢٦٨، الفروع ٤/٢٤، الإنصاف ٥/٨٧.

(٣) انظر: رد المحتار ٥/٢٠٩، الشرح الكبير للدردير ٣/١٩٥، فتح العزيز ٩/٢٠٧، المغني ٦/٣٨٤.
وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص:٦٠، عقد المقاولة ص٩٠، ٩١

(٤) انظر: فتح القدير ٦/٢٠٤، ٢٢٧، البهجة شرح التحفة ٢/١٥٥، فتح العزيز ٩/٢٠٧، المغني ٦/٤١٧
وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣، أحكام عقد المقاولة ص: ١٩.

(٥) انظر: رد المحتار ٥/٢٠٩، الشرح الكبير للدردير ٣/١٩٥، فتح العزيز ٩/ ٢٠٧، المغني ٦/٣٨٤.وانظر في المقاولة ص: الوسيط ٧/٦، عقد المقاولة ص: ٧.

٤- المعقود عليه في السلم يكون عيناً، ويصح كونه منفعة، وهو كذلك في عقد المقاولة [١].

٥- سلم المنافع - عند المالكية والشافعية - يتفق مع إجارة الذمة التي هي إحدى صور عقد المقاولة [٢].

ويختلف عقد المقاولة عن عقد السلم في ما يأتي:

١- يشترط في عقد السلم تقديم رأس المال، بينما في عقد المقاولة لا يشترط ذلك، بل إن المصلحة في عقد المقاولة عدم اشتراط ذلك [٣].

٢- يشترط في عقد السلم ضرب الأجل لتسليم المسلم فيه، بينما لا يشترط في عقد المقاولة؛ إذ يمكن أن يقع الاتفاق في المقاولة على إنجاز عملٍ ما ولو لم يعلم وقت إنجازه [٤].

٣- لا يصح السلم في ما يجمع أخلاطاً مقصودة غير متميزة؛ لعدم انضباطه، بينما لا يشترط ذلك في عقد المقاولة، بل لو اشترط ذلك لأدى إلى بطلان

---

(١) في جواز كون المعقود عليه في السلم منفعة خلاف بين العلماء: حيث يرى الجمهور جواز ذلك، و لم أجد للحنفية تصريحاً بخلاف ذلك، إلا أنه يمكن القول بأنهم يرون عدم جواز ذلك؛ بناءً على رأيهم في أن المنافع ليست أموالاً.
انظر: شرح الخرشي على خليل ٥ / ٢٠٣، ٧/ ٣، ٤، فتح العزيز ٩/ ٢١٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٦٠؛ وانظر رأي الحنفية ـــ في عدم عد المنفعة مالاً ـــ في المبسوط ٧٩/١١
وانظر في المقاولة: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٢) نظر: شرح الخرشي على خليل ٧/ ٣، ٤، الشرح الكبير للدردير ٣/٤، ٤ المهذب ١/ ٣٩٩، ٤٠٠ نهاية المحتاج ٥ /٢٦٤.وانظر في المقاولة: ص: ٨١ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: المبسوط ١٢/ ١٢٧، بدائع الصنائع ٢٠٢/٥، المقدمات الممهدات ٢٦/٢، شرح الخرشي على خليل ٢٠٢/٥، المهذب ٣٠٠/١، الوجيز ١٥٤/١، الكافي لابن قدامة ١١٥/٢، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٤.وانظر في المقاولة: الوسيط ٥٩/٧، التعليق على القانون المدني المعدل ٣ /٧٣.

(٤) انظر: المبسوط ١٢/ ١٢٤، ١٢٥، تبيين الحقائق ٤/ ١١٤، ١١٥، بداية المجتهد ٢٠٢/٢، ٢٠٣، شرح الزرقاني على خليل ٢١٣/٥، فتح العزيز ٩/ ٢٣١، شرح المحلي على المنهاج ٢٤٧/٢، المقنع ص: ١١٣ شرح منتهى الإرادات ٢ /٢١٨.
وانظر في المقاولة شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٨٨، ٩٣، أحكام عقد المقاولة ص: ١٠٧.

كثير من صور عقد المقاولة؛ إذ إن مقاولة المباني مثلاً تشتمل على أخلاط كثيرة كالحديد والأسمنت وغيرهما [١].

ومما سبق يتبين أن عقد المقاولة ليس عقد سلم؛ إذ بينهما فروق رئيسة تمنع من تكييف المقاولة على أنها عقد سلم.

الفرع الثاني: الموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع [٢]

يرى بعض من كتب عن المقاولة أن عقد المقاولة في حقيقته عقد استصناع [٣].

ولكن عند النظر إلى صور عقد المقاولة، يتبين أن عقد الاستصناع يمثل صورة من صور عقد المقاولة؛ وهي: فيما إذا قدم المقاول العمل والأدوات معاً؛ على أنه يوجد بين هذه الصورة وعقد الاستصناع بعض الفروق.

ويمكن إجمال الفرق بين عقد المقاولة والاستصناع في ما يأتي:

١- هناك صورة من صور عقد المقاولة ليست عقد استصناع، وهي فيما إذا قدم المقاول العمل فقط، وكانت الأدوات من رب العمل.

وعلى هذا فعقد المقاولة أعم من الاستصناع.

٢- صورة عقد المقاولة التي يقدم فيها المقاول العمل والأدوات معاً يوجد بينها - على أنها عقد المقاولة - وبين الاستصناع بعض الاختلافات، هي:

أولاً: المقاولة عقد، بينما يرى بعض الحنفية أن الاستصناع وعد لا عقد [٤].

---

(١) انظر: شرح الخرشي على خليل ٥/٢٢٤، المهذب ١/٢٩٨ ، المغني ٦/ ٣٨٧.
وانظر في المقاولة: الوسيط ٧/ ٦٥، عقد المقاولة ص: ٨٨.

(٢) الاستصناع **لغة**: طلب الصنع، والصاد والنون والعين: أصل واحد، وهو: عمل الشيئ صنعاً.
انظر: مادة: (صنع) في: مقاييس اللغة ٣/٣١٣، لسان العرب ٨/٢٠٨.
اصطلاحاً: طلب العمل من الصانع في شيئ خاص على وجه مخصوص.
انظر: بدائع الصنائع ٥/٢، رد المحتار ٥/٢٢٣.
والموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع على مذهب الجمهور هي الموازنة بين عقد المقاولة والسلم نفسها؛ لأنهم يرون أن الاستصناع داخل تحت عقد السلم؛ ولذا فهذا الفرع سيكون للموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع على مذهب الحنفية.

(٣) انظر: عقد المقاولة ص: ٨، أحكام عقد المقاولة ص: ١٦.

(٤) انظر:المبسوط ١٥/٨٥، بدائع الصنائع ٥/٢، تبيين الحقائق ٤/١٢٣.
وانظر في المقاولة شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١١، التعليق على القانون المدني المعدل ٣/

وأما على قول جمهور الحنفية - وهو الراجح عندهم - أن الاستصناع عقد فلا فرق بين المقاولة - بالصورة المذكورة - حينئذٍ وبين الاستصناع من حيث أن كلاً منهما عقد.

ثانياً: قد يتم في عقد المقاولة تحديد المدة بزمنٍ، بينما في عقد الاستصناع إن اشترطت المدة فيما لا تعامل فيه بين الناس صار سلماً باتفاق أئمة الحنفية، فإن كان فيما فيه تعامل الناس فهو: سلم عند أبي حنيفة، استصناع عند الصاحبين.

وعلى هذا فيختلف عقد المقاولة عن عقد الاستصناع عند أبي حنيفة من ناحية ضرب المدة، بينما لا يختلف من هذه الناحية عند الصاحبين فيما إذا كان الاستصناع مما يجري تعامل الناس فيه [١].

ثالثاً: عقد المقاولة عقد لازم، بينما عقد الاستصناع عقد جائز قبل أن يحضر المصنوع إلى المستصنع [٢]؛ أما بعد إحضار المصنوع فجمهور الحنفية يرون أن العقد لازم للصانع، غير لازم للمستصنع؛ وعندهم رأي آخر بأن العقد غير لازم للطرفين، ورأي ثالث لأبي يوسف: أن العقد لازم للطرفين [٣].

وبذلك يتبين أن عقد الاستصناع يخالف عقد المقاولة من ناحية لزوم العقد إلا في حالة واحدة، وهي: فيما إذا أحضر المصنوع وعلى رأي أبي يوسف فقط.

وهناك من العلماء المعاصرين من يرى أن عقد الاستصناع عقد لازم في جميع مراحله [٤].

وعلى هذا الرأي فلا اختلاف بين المقاولة والاستصناع من هذه الناحية

رابعاً: يتصور وجود الشرط الجزائي [٥] في عقد المقاولة [٦]، بينما لا يتصور وجوده في الاستصناع عند الحنفية؛ لعدم لزومه عندهم.

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣٦٣/٢، بدائع الصنائع ٣/٥، الاختيار لتعليل المختار ٣٨/٢، تبيين الحقائق ١٢٤/٤.
وانظر في المقاولة: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٨٨، ٩٣، الوسيط ٧/ ٧٧.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٣٦٣/٢، بدائع الصنائع ٣/٥، تبيين الحقائق ٤/ ١٢٤.
وانظر في المقاولة شرح أحكام عقد المقاولة ص: ١٣، عقد المقاولة ص: ١٩.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣٦٣/٢، بدائع الصنائع ٣/٥، تبيين الحقائق ٤/ ١٢٤.

(٤) انظر: مجلة الأحكام، مادة رقم (٣٩٢) مع: درر الحكام ٣٦١/١، وقد أخذ بهذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٧٧٧/٢.

(٥) الشرط الجزائي هو: اتفاق بين العاقدين يتعهد فيه أحدهما بتعويض الآخر عما يلحقه من ضرر إذا لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه.
انظر: المدخل الفقهي العام ٤٩٥/١، الفقه الإسلامي وأدلته ٢١١/٤، الشرط الجزائي لهيئة كبار العلماء في مجلة البحوث الإسلامية ١ /٥٠٤.

(٦) نظر: شرح أحكام عقد المقاولة ص: ٢٩٣، ٢٩٤، القواعد القانونية ص: ٢٩.

أما من يرى أن عقد الاستصناع لازم في جميع مراحله فيجيز وجود الشرط الجزائي فيه [1].

وعلى هذا الرأي فلا اختلاف بين عقد المقاولة والاستصناع من هذه الناحية.

ومما سبق يتبين: أنه إذا أخذنا بقول جمهور الحنفية، وبقول الصاحبين في جواز الأجل في الاستصناع، وأخذنا بالقول بلزوم الاستصناع في جميع مراحلة؛ فإنه لا فرق بين عقد الاستصناع وبين عقد المقاولة في صورة من صوره، وهي فيما إذا قدم المقاول العمل والأدوات.

(١) هذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢/٧٧٧.

المبحث الثاني:
استقلالية عقد المقاولة

مما سبق من ذكر صور عقد المقاولة[1]، ومن الموازنة بينها وبين العقود المشابهة، تبين أن عقد الاستصناع ليس هو كل عقد المقاولة، وكذلك عقد إجارة الأجير المشترك ليس هو كل عقد المقاولة، بل عقد المقاولة أوسع من الاستصناع ، كما أنه أوسع من إجارة الأجير المشترك.

إذ إن عقد المقاولة يشتمل على صورتين رئيستين:

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

الصورة الثانية: أن يقدم المقاول العمل والأدوات أيضاً، وهذه الصورة في حقيقتها عقد استصناع، بشرط مراعاة ما سبق ذكره عند الموازنة بين عقد المقاولة والاستصناع[2].

وعلى هذا فعقد المقاولة عقد يندرج تحته عقدان من العقود المسماة هما: عقد إجارة الأجير المشترك ، وعقد الاستصناع فيأخذ أحكامهما.

---

(١) انظر: ص: ١٠١ من هذه الرسالة.

(٢) من الأخذ بالقول إن الاستصناع عقد، وبقول الصاحبين في جواز الأجل، وبالقول بلزوم الاستصناع في جميع مراحله. انظر: ص ١١١ – ١١٣ من هذه الرسالة.

ولا يعني هذا أن المقاولة مزيج من العقدين أو أنه لابد من توفرهما جميعاً لكي يكون العقد مقاولة، بل عقد المقاولة قد يكون أحياناً عقد إجارة الأجير المشترك فيأخذ أحكامه، وقد يكون أحياناً عقد استصناع فيأخذ أحكامه.

وأما العقود التي يمكن أن تدخل في عقد المقاولة مثل: عقد الوكالة، فهذه لا تؤثر في تكييف العقد؛ وذلك لاستقلالها عنه استقلالاً تاماً؛ إذ قد يكون رب العمل عَقَد مع المقاول عقد المقاولة، كما أنه عَقَد معه عقد وكالة أيضاً، فهنا عقد الوكالة مع أنه ما عُقد بينهما إلا لوجود عقد المقاولة بينهما، إلا أن لكلٍ من العقدين استقلاله التام عن الآخر.

المطلب الأول: الشرط الجزائي

الشرط الجزائي: هو اتفاق بين المتعاقدين يتعهد فيه أحدهما بتعويض الآخر عما يلحقه من ضرر إذا لم ينفذ التزامه أو تأخر في تنفيذه [(١)]؛ وذلك كما لو اتفق رب العمل مع المقاول على أنه إذا تأخر المقاول عن تنفيذ العمل، فإنه يلزمه أن يدفع مبلغاً من المال عن كل يوم، أو عن كل شهر، أو عن أي مدة يتفقون عليها يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل.

والشرط الجزائي جائز شرعاً؛ وذلك لما يأتي:

١- الأصل في الشروط الصحة، والْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم [(٢)]، فلا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً.

٢- إنه شرط من مصلحة العقد، فيصح؛ قياساً على اشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به[(٣)].

٣- إنه في مقابلة الإخلال بالالتزام، حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع.

٤- في القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق العباد.

٥- إنه سبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود، المأمور بها بقول الله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ١/٤٩٥، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢١١، الشرط الجزائي لهيئة كبار العلماء في مجلة البحوث الإسلامية ١/٥٠٤.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٤ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: المبسوط ١٣/١٩، بدائع الصنائع ٥/١٧١، مواهب الجليل ٤/٣٧٥، ٣٧٦، شرح الخرشي على خليل ٥/٨٠، المهذب ١/٢٦٨، مغني المحتاج ٢/٣٢، المغني ٦/٣٢٣، المحرر ١/٣١٣.

ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾[1].

ويستأنس بما ورد عن ابن سيرين[2]: قَالَ رَجُلٌ لِكَرِيِّهِ أَرْحِلْ رِكَابَكَ فَإِنْ لَمْ أَرْحَلْ مَعَكَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا فَلَكَ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَلَمْ يَخْرُجْ فَقَالَ شُرَيْحٌ مَنْ شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ طَائِعاً غَيْرَ مُكْرَهٍ فَهُوَ عَلَيْهِ.

وعَنِ ابْنِ سِيرِينَ أيضاً: أَنَّ رَجُلاً بَاعَ طَعَاماً وَقَالَ إِنْ لَمْ آتِكَ الأَرْبِعَاءَ فَلَيْسَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ بَيْعٌ فَلَمْ يَجِئْ فَقَالَ شُرَيْحٌ لِلْمُشْتَرِي أَنْتَ أَخْلَفْتَ فَقَضَى عَلَيْهِ [3]

وهل يدخل الشرط الجزائي في عقد المقاولة؟.

عقد المقاولة إما أن يكون على صورة إجارة الأجير المشترك، أو أن يكون على صورة استصناع، ومعرفة دخول الشرط الجزائي في هذين العقدين يتوقف على معرفة لزومهما، لأن العقود غير اللازمة ـ كالوديعة والوكالة ـ لا يتصور دخول الشرط الجزائي فيها؛ وذلك لأن في جواز فسخها من قبل العاقدين من غير عذر ما يغني عن اشتراط مثل هذا الشرط.

وقد اختلف الفقهاء في لزوم عقد الإجارة على قولين:

القول الأول: عقد الإجارة ـ ومنه إجارة الأجير المشترك ـ لازم؛ وهذا قول جماهير العلماء من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة [4].

---

(١) سورة، المائدة، الآية رقم (١).

(٢) محمد بن سيرين البصري أبو بكر، كان أبوه مولى أنس بن مالك؛ ولد لسنتين بقيتا من خلافة عثمان، من علماء التابعين وكبار المعبرين؛ سمع ابن عمر، وأبا هريرة؛ وروى عنه: قتادة، وأيوب السختياني؛ مات بالبصرة: سنة ١١٠هـ عمره ٧٧ سنة.
انظر : وفيات الأعيان ١٨١/٤، شذرات الذهب ١٣٨/١.

(٣) رواه البخاري في صحيحه كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم ٢٨٥/٢.

(٤) انظر: المبسوط ٧٩/١٥، بدائع الصنائع ٢٠١/٤، المدونة ٥٢٠/٤، المعونة ١٠٩١/٢، الأم ٤/ ٣٠، المهذب ٤٠٧/١، المغني ٨/ ٢٢، الانصاف ٦/ ٥٨. وقد سبق ذكر دليلهم ص: ١٢٥ من هذه الرسالة فلا حاجة لإعادته.

القول الثاني: عقد الإجارة ـ ومنه إجارة الأجير المشترك ـ غير لازم؛وهذا قول شريح وابن أبى ليلى [١].

وقد سبق ترجيح أن عقد الإجارة ـ ومنه إجارة الأجير المشترك ـ لازم [٢].

وبناء على ذلك فيمكن دخول الشرط الجزائي في عقد إجارة الأجير المشترك؛ وعليه فيمكن دخوله في عقد المقاولة.

وقد تكون المقاولة على صورة استصناع [٣]، وقد سبق ذكر الخلاف في لزوم الاستصناع بمرحلتيه [٤]، وسبق ترجيح لزوم عقد الاستصناع [٥].

وبناء على ذلك فيمكن دخول الشرط الجزائي في الاستصناع؛ وعليه فيمكن **دخوله في عقد المقاولة.**

وإذا قيل بدخول الشرط الجزائي في عقد المقاولة، فإنه يمكن ألا يعمل بمقتضاه إذا كان سبب التأخير راجعاً لرب العمل، أو لسبب لا دخل لإرادة المقاول فيه [٦].

وإذا كان الشرط الجزائي في المقاولة كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة [٧]، فإذا ثبت عدم تضرر رب العمل من التأخير، فلا حاجة حينئذ لتطبيق الشرط الجزائي.

---

(١) انظر: المبسوط ٧٩/١٥، بدائع الصنائع ٢٠١/٤ تبيين ا لحقائق ١٤٥/٥، حاشية الشلبي ١٤٥/٥، وقد سبق ذكر ما استدلوا به ص ١٢٥، فلا حاجة لإعادته

(٢) انظر: ص ١٢٦ من هذه الرسالة.

(٣) على مذهب الحنفية القائلين باستقلاله عن السلم

(٤) انظر: ص ١٢٧ ـ ١٣١ من هذه الرسالة

(٥) انظر: ص: ١٣١ من هذه الرسالة

(٦) انظر أبحاث هيئه كبار العلماء ٢١٤/١، ودليل المقاول للمشروعات الحكومية ص: ٤١.

(٧) أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٤/١.

المطلب الثاني:

اشتراط رب العمل ضمان المقاول العين مدة معلومة

قد يشترط رب العمل على المقاول ضمان العين مدة معلومة بعد تسليمه لها، كما في مقاولة المباني: إذ إن رب العمل يشترط على المقاول ضمان العين لمدة عشر سنوات [١]، فإذا حدث هذا هل يلزم المقاول بالضمان؟.

من المعلوم أنه إذا تسلم رب العمل العين بعد الفراغ منها سليمة من العيوب وقبلها، فإن المقاول حينئذ قد أدى التزامه [٢]، وبالتالي خرجت العين من ضمانه، فلو تلفت بعد ذلك لم يضمنها، ولكن إذا اشترط عليه رب العمل ضمانها مدة معلومة، فهل تصير مضمونة بالشرط؟.

اختلف الفقهاء في مسألة ما لا يجب ضمانه هل يصيره الشرط مضموناً، على قولين:

القول الأول: ما ليس مضموناً لا يصيّره الشرط مضموناً؛ وهذا قول جماهير العلماء من: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والمشهور عند الحنابلة [٣].

واستدلوا:

بأن هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد، مفوِّت لموجبه [٤]؛ إذ إن مقتضاه عدم الضمان، واشتراط الضمان مخالف لذلك.

---

(١) مادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة.
انظر دليل المقاول للمشروعات الحكومية ص ٦٥

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤، ٢٠٥، ٥/٣، تبيين الحقائق ٥/١٠٩، شرح الزرقاني على خليل ٧/ ٢٩، شرح الخرشي على خليل ٧/ ٢٨، ٢٩، المهذب ١/ ٤٠٩، شرح المحلي على المنهاج ٣/ ٨١، المغني ٨/ ١١١، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٩، ٣٨٠ .

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٣٥، رد المحتار ٦/٦٥، الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٢/٤٢، بداية المجتهد ٢/ ٣١١، المهذب ١/ ٣٥٩، حاشية الرملي ٣/٧٦، المغني ٨/١١٤، ١١٥ كشاف القناع ٤/١٦٨.

(٤) انظر: شرح الزرقاني على خليل ٦/١١٧، كشاف القناع ٤/١٦٨

القول الثاني: ما ليس مضموناً يصير بالشرط مضموناً، وهو قول العنبري [1] ورواية عند الحنابلة [2].

واستدلوا:

بقول الرسول ﷺ ((وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ)) [3].

وجه الاستدلال:

أن العاقد قد اشترط شرطاً له فيه مصلحة، ووافقه عليه العاقد الآخر، فيكون على شرطه.

ويجاب عنه:

بأن هذا في الشروط الصحيحة، وأما الفاسدة فلا، وهذا الشرط فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد.

والراجح: أن اشتراط ضمان ما ليس مضمونا لا يصح، وذلك لما يأتي:

١- قوة دليل هذا القول، والإجابة عن استدلال القول الآخر.

٢- إن فيه أكلاً للمال بالباطل، وتكليفاً للمقاول بما لا يطيق؛ إذ إن هلاك العين في هذه المدة تكون من ضمانه، مع أنها ربما تهلك بسبب لا إرادة له فيه.

٣- إنه يمكن حفظ حق رب العمل بأن يقال: إن لرب العمل الرد بالعيب، فيما لو تبين أن هلاك العين في هذه المدة يستند إلى سبب قبل قبض العين يرجع

---

(١) هو عبيد الله بن الحسن بن الحصين بن أبي الحر العنبري البصري، من تميم؛ ولد سنة ١٠٥هـ، كان قاضياً للبصرة، وكان ثقة فقيهاً، حكي عنه: أن المجتهدين في الأصول من أهل القبلة جميعهم مصيبون مع اختلافهم؛ من مشايخه: خالد بن الحذاء، وداود بن أبي هند؛ ومن تلاميذه: عبد الرحمن بن مهدي، وخالد بن الحارث؛ مات بالبصرة سنة ١٦٨ هـ.

انظر: ميزان الاعتدال ٥/٣، تهذيب التهذيب ٧/٧ .

(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر ١٤٤/٢، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٤٢/٢، بداية ا لمجتهد ٣١١/٢، المغني ١١٥/٨

(٣) سبق تخريجه ص ٦٤ من هذه الرسالة.

إلى عمل المقاول؛ إذ إنه إذا حدث هذا تبين أن المقاول لم يسلم المعقود عليه سليماً من العيوب [1].

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٨٢، حاشية الدسوقي، ٣/١٢٠، مغني المحتاج ٢/٥٨، المغني ٦/٢٢٩.

المطلب الثالث: اشتراط المقاول لنفسه عدم الضمان

قد يشترط المقاول على رب العمل عدم الضمان.

فإذا قيل بعدم تضمين المقاول فلا فائدة لهذا الشرط؛ لأنه حينئذ يكون بمثابة التأكيد؛ أما إذا قيل بتضمينه في حالة من الحالات فهل ينفعه هذا الاشتراط ويبرأ من الضمان؟.

اختلف العلماء في مسالة: ما يجب ضمانه هل يصيره الشرط غير مضمون، على قولين:

القول الأول: ما وجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه؛ وهذا قول الحنفية، والمشهور عند المالكية، وهو قول الشافعية، والمشهورعند الحنابلة [1].

واستدلوا:

بأن هذا شرط ينافي مقتضى العقد [2].

القول الثاني: ما وجب ضمانه ينتفي ضمانه بشرط نفيه؛ وهذا قول أشهب من المالكية، وقول عند الحنابلة [3].

استدلوا بما يأتي:

١ - قول الرسول ﷺ و الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ [4].

وجه الاستدلال:

أنه اشترط شرطاً له فيه مصلحة، فوجب أن يعمل بشرطه؛ عملاً بهذا الحديث.

---

(١) انظر: روضة القضاة ٦١٧/٢، المقدمات الممهدات ٢٥١/٢، الذخيرة ٥٠٥/٥، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٨، المهذب ٣٥٩/١، حاشية الرملي ٧٦/٣، المغني ١١٥/٨.

(٢) انظر: الذخيرة ٥٠٥/٥، شرح الزرقاني على خليل ٣٠/٧، المغني ١١٤/٨.

(٣) انظر: المقدمات الممهدات ٢٥٢/٢، الذخيرة ٥/ ٥٠٥، المغني ١١٥/٨.

(٤) سبق تخريجه ص ٦٤ من هذه الرسالة.

ويجاب عنه:

بأن هذا في الشروط الصحيحة، وأما الفاسدة فلا، وهذا الشرط فاسد؛ لأنه يخالف مقتضى العقد.

٢ - إنه كان قادراً على عدم الالتزام بالعقد، ومع ذلك التزم به ورضي بالمسمى فيه؛ بناء على إسقاط الضمان عنه [١].

ويجاب عنه:

بأن هذا الشرط لا ينفعه؛ لأنه شرط فاسد لمخالفته مقتضى العقد، فإن كان عالماً بفساده فقد التزم بالعقد وهو على بينة إن شرطه لن يعمل به، وإن كان جاهلاً بفساده، فيمكن أن يقال: إن له الخيار في فسخ العقد للغرر.

والراجح: أن اشتراط المقاول نفي الضمان عنه لا يصح؛ لما يأتي:

١- قوة دليل هذا القول، وللإجابة عما استدل به المخالف.

٢- إن نفي الضمان مع أن الضمان لم يجب، فيه إسقاط لما لم يجب، وما لم يجب لم يوجد حتى يمكن إسقاطه.

---

(١) انظر: الذخيرة ٥/٥٠٥.

المبحث الأول:
تعريف المقاولة من الباطن

الأصل أن يعمل المقاول بنفسه [1]، إلا أن تعدد الأعمال التي تكون تحت المعقود عليه وكثرتها، دفع المقاولين إلى أن يتعاقدوا مع مقاولين من الباطن، فالمقاول الذي يطالب بإنشاء مشروع مبانٍ مثلاً يحتاج إلى مقاول من الباطن للقيام بأعمال السباكة، ولآخر للقيام بأعمال البناء، ولثالث للقيام بأعمال البلاط وهكذا.

ويمكن تعريف المقاولة من الباطن بأنها: اتفاق بين المقاول الأصلي ومقاول آخر، على أن يقوم الثاني بتنفيذ الأعمال المسندة إلى الأول أو جزء منها مقابل أجر [2].

ومن التعريف يتضح أن المقاولة من الباطن عقد بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، وأن هذا العقد لابد أن يسبقه عقد بين رب العمل والمقاول الأصلي، وأنه يمكن الاتفاق على تنفيذ العمل المسند إلى المقاول الأصلي كله أو بعضه [3].

والمقاولة من الباطن جائزة باتفاق الفقهاء؛ أخذاً من اتفاقهم على أن للأجير على عمل موصوف في الذمة أن يعمل العمل بنفسه أو بغيره [4]؛ لأن المقصود هو حصول العمل من الأجير، فله تحصيله بنفسه أو بغيره كإيفاء الدين، فإنه يحصل سواء كان الموفي هو المدين أو متبرع غيره [5].

إلا أنهم اشترطوا لجواز ذلك **شرطين**:

الأول: ألا يشترط رب العمل على الأجير أن يعمل العمل بنفسه.

---

(١) سواء عمل بيده أو بعماله التابعين له.

(٢) انظر: الوسيط ٢٠٨/٧، عقد المقاولة ص: ٢٤٧.

(٣) انظر: عقد المقاولة من الباطن ص: ٣، عقد المقاولة ص: ٢٤٨.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ١١١/٥، ١١٢، نتائج الأفكار ٢١/٨، الذخيرة ٥٠٠/٥، الفواكه الدواني ١٦٦/٢، شرح المحلي على المنهاج ٦٨/٣ أسنى المطالب ٤٠٩/٢، المغني ٣٦/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٢.

(٥) انظر: البناية ٩/ ٢٩٦، شرح المحلي على المنهاج ٦٨/٣، المغني ٣٦/٨.

الثاني: ألا يكون العمل المعقود عليه مما يختلف باختلاف الأجير [١].

فإن وجد أحد هذين الشرطين لم يكن للأجير أن ينيب عنه غيره؛ وذلك لأن لرب العمل غرضاً في اختيار الأجير، فلا يلزمه عمل غيره [٣].

وقياساً على السلم؛ في ما لو أسلم إليه في نوع فسلمه غيره، فلا يلزمه قبوله، والجامع بينهما: أن كلاً منهما عقد على موصوف في الذمة نقل إلى غيره [٢].

ولابد من تطبيق هذين الشرطين على عقد المقاولة، فلا يصح للمقاول الأصلي أن يتعاقد مع المقاول من الباطن إذا شرط عليه رب العمل مباشرته للعمل، كذلك لا يصح له ذلك إذا كان العمل المكلف القيام به يختلف باختلاف الأشخاص.

فإن خالف المقاول الأصلي وأسند العمل إلى مقاول من الباطن، فعليه الضمان [٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٨، النباية٩/٢٩٦، مواهب الجليل ٥/٣٩٥، البهجة شرح التحفة ٢/١٨٢، شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٨ الإنصاف ٦/٤٤، ٤٥، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٨، المغني ٨/٣٦، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٥.

(٣) انظر: المغني ٨/٣٦، شرح منتهى الارادات ٢/٣٧٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٩، البهجة شرح التحفة ٢/١٨٢، حاشية القليوبي ٣/٦٨، الإنصاف ٦/٤٥.

المبحث الثاني:

التمييز بين المقاولة من الباطن والتنازل عن العقد

للتنازل عن عقد المقاولة ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يتنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث دائن له.

الصورة الثانية: أن يتنازل المقاول لطرف ثالث عن جميع عقد المقاولة بجميع حقوقه والتزاماته، ويكون ذلك برضا رب العمل.

الصورة الثالثة: أن يتنازل رب العمل عن عقد المقاولة؛ كأن يبيع الأرض التي قد قاول على بنائها، ويتنازل للمشتري عن عقد المقاولة وما يشتمل عليه من حقوق والتزامات [1]، ويكون ذلك برضا المقاول.

أما الصورة الأولى فهي ما يعرف في الفقه الإسلامي بالحوالة[2]؛ فهي حوالة بالأجرة فهي تنازل عن الأجرة لآخر لا تنازل عن العقد، فالعقد باقٍ على ما هو عليه.

أما الصورة الثانية والثالثة، فإنها إقالة [3].

فإذا تنازل المقاول عن العقد فهذا يعني أن رب العمل أقاله، وإذا تنازل رب العمل عن العقد فهذا يعني أن المقاول أقاله.

---

(١) انظر: الوسيط ٢٠٧/٧، ٢٠٨، عقد المقاولة ص ٢٤٦، ٢٤٧، أحكام عقد المقاولة ص: ٢٣٤.

(٢) الحوالة لغة: اسم من التحويل بمعنى الانتقال.

انظر: مادة:(حول) في: لسان العرب ١٨٤/١١، القاموس المحيط ص:١٢٧٨.

اصطلاحا: نقل الدين من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر؛ وقيل: نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم.

انظر: فتح القدير ٣٤٦/٦، الشرح الكبير للدردير ٣٢٥/٣، نهاية المحتاج ٤٢١/٤، المغني ٥٦/٧.

(٣) الإقالة لغة: الرفع والإزالة.

انظر: مادة:(قيل) في: أساس البلاغة ص: ٣٨٤، مختار الصحاح ص:٥٦٠، لسان العرب ٥٧٩/١١.

اصطلاحا:رفع العقد الواقع بين المتعاقدين على وجه مخصوص.

انظر: البحر الرائق ١١٠/٦، رد المحتار ١١٩/٥، التاج والإكليل ٤٨٤/٤، شرح الزرقاني على خليل ٦/ ١٨٨، أسنى المطالب ٧٤/٢، حاشية الجمل ١٥٦/٣، المغني ١٩٩/٦، كشاف القناع ٢٤٨/٣.

المبحث الأول: التعريف بعقد الصيانة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عقد الصيانة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الصيانة.

المطلب الأول: تعريف عقد الصيانة

الصيانة لغة: الحفظ والوقاية؛ يقال: صان الشيء، يصونه صوناً وصيانة: إذا حفظه، وصان عرضه: وقاه مما يعيبه[(١)].

الصيانة اصطلاحاً:

تكلم الفقهاء، عن الأعمال اللازمة لبقاء العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها، ولم يسموها صيانة، وإنما قد يطلقون عليها المرمة[(٢)]، وقد يطلقون عليها العمارة[(٣)]، وقد يطلقون عليها التجديد والترميم[(٤)].

أما الصيانة بمعناها الحالي فقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: ((مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها))[(٥)].

وعرفت بأنها: ((إصلاح الشيء المعمر كلما طرأ عليه عطل أو أذى من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه))[(٦)].

والتعريفان بمعنى واحد.

وعقد الصيانة من العقود الهامة في هذا العصر؛ وذلك لما يلي:

١- قيام رب العمل بصيانة آلاته قد يكلفه الكثير، بينما لا يكلفه ذلك لو عهد بصيانتها إلى شركة صيانة مثلاً؛ وهذا يرجع إلى ما يأتي:

---

(١) انظر: مادة:(صون) في: مقاييس اللغة ٣/٣٢٤، مختار الصحاح ص:٣٧٤، لسان العرب ١٣/٣٥٠، المعجم الوسيط ١/٥٣٠.

(٢) انظر: شرح الخرشي على خليل ٧/٤٧.

(٣) انظر: رد المحتار ٦/٧٩.

(٤) انظر: الإنصاف ٦/٦٧.

(٥) معجم لغة الفقهاء ص: ٢٧٩.

(٦) عقود الصيانة لقحف ص: ٣.

(أ) إن رب العمل إذا كان هو الذي سيقوم بالصيانة سيوفر فريق عمل متكامل للصيانة فقط، وهؤلاء ربما لا يحتاج إليهم إلا مرات قليلة لا تتناسب مع مقدار ما سيدفع لهم من أجرة؛ لاسيما وأنه قد يكون بعضهم أجرته مرتفعه لكونه مهندساً نادر التخصص مثلاً.

(ب) الصيانة تحتاج إلى آلات وأجهزة دقيقة شراؤها يكلف رب العمل أكثر مما لو تعاقد مع شركة نصبت نفسها لهذا العمل.

٢- زيادة استخدام الآلات والأجهزة لإنجاز الأعمال في هذا العصر؛ حيث دخلت في أغلب المجالات؛ فوسائل النقل من سيارات وطائرات وسفن وقطارات تحتاج إلى صيانة، والمكائن في المصانع تحتاج إلى صيانة؛ والأجهزة الكهربائية بمختلف أنواعها تحتاج إلى صيانة.

٣- تعطل هذه الآلات ـ ولو لمدة قصيرة ـ قد يسبب خسائر كبيرة، مما يحتاج إلى صيانتها؛ لكي يحافظ عليها ويبعدها قدر الإمكان عن الأعطال[١].

والصيانة في الوقت الحاضر: إما أن تكون صيانة وقائية دورية، بمعنى: أن الصائن يكشف على الشيء المصون بشكل دوري؛ ليتأكد من أنه يعمل بصورة صحيحة، ويعمل على اكتشاف ما يمكن أن يؤدي إلى خلل، وضبطه بما يقلل وقوع الخلل، ويخفف تكاليف الإصلاح؛ وهذا مثل: تزويد الآلات بالوقود وتبديل زيتها، وملاحظة أجهزة قياس الحرارة والوقود والماء والزيوت، وربما كان مع ذلك تبديل بعض القطع بشكل دوري لا لتلفها وإنما لانتهاء عمرها الافتراضي فتبدل ولو لم تتلف أو تستهلك[٢].

وقد تكون الصيانة طارئة تتمثل في إصلاح عطل فني غير متوقع، وقد يضاف إليه إبدال القطع التالفة[٣].

---

(١) انظر: أهمية الصيانة في: عقود الصيانة للسلامي ص: ٣، ٦، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٠، ١١.

(٢) انظر: عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٠، عقود الصيانة لقحف ص: ٢٢، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/٧٧١.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الصيانة

الصيانة إما أن تكون عقداً مستقلاً، أو تابعة لعقد آخر[1]: فإن كانت تابعة لعقد آخر كما لو اشترى سيارة والتزم البائع بصيانتها ـ أو ما يسمى ضمانها ـ فهي شرط في عقد، وليست جمعاً بين عقدين؛ وذلك لأنها إذا كانت مقترنة بعقد آخر فإنها تصبح بدون عوض؛ وليس العوض المبذول للعين المبيعة شاملاً لها، والواقع يشهد بذلك؛ وذلك لأن البائع يعطي المشتري ضماناً لصيانة العين المبيعة؛ ولكن لو تنازل المشتري عن هذا الضمان لم يحسمه البائع من قيمة العين؛ مما يدل على أنه ليس له قيمة مستقلة.

وأما إذا كانت الصيانة عقداً مستقلاً، فاختلف المعاصرون في تكييفها على خمسة أقوال:

القول الأول: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة الأجير المشترك[2].

وهؤلاء قالوا بذلك؛ لأنهم رأوا أن عقد الصيانة عقد إجارة واردة على عمل الإنسان، ولا يمكن أن يكون الصائن أجيراً خاصاً؛ لأن رب العمل لا يملك منفعته طول المدة، فكان أجيراً مشتركاً.

وهذا وجه دخول عقد الصيانة في المقاولة، ويكون الصائن هو المقاول والمصون له هو رب العمل.

ويشكل على هذا القول: أن الصائن يوقع عقداً مع صاحب العمل فيستحق أجرة ولو لم يعمل، والأجير المشترك لا يستحق أجرة إلا بإنجاز العمل[3].

---

(١) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص: ٦-١٠، عقود الصيانة للضرير ص: ٧-١٣، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١١- ١٦، ٢٤،٢٥، عقود الصيانة لقحف ص: ٢٤،٢٥.

(٢) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص: ٢٦، عقود الصيانة للضرير ص: ٧، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٢، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/٧٤٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٤، تبيين الحقائق ٥/١٠٧، المدونة ٤/٤٥١، الشرح الكبير للدردير ٤/٤، فتح العزيز ١٢/١٩٧، نهاية المحتاج ٥/٢٦٥، شرح الزركشي ٤/٢٢٣، المبدع ٥/١١٦.

القول الثاني: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة الأجير الخاص[1].

وهؤلاء قالوا بذلك؛ لأنهم رأوا أن عقد الصيانة في حقيقته عقد إجارة واردة على عمل الإنسان، ولأن الصائن يستحق أجره بمجرد مضي الوقت ولو لم يعمل؛ لذلك لا يصلح أن يكون أجيراً مشتركاً وإنما يكون أجيراً خاصاً.

ويشكل على هذا القول: أن الأجير الخاص هو من أجَّر نفسه مدة معينة لعمل يختص فيها المستأجر بمنافعه[2]، وفي الصيانة الغالب أن من يقوم بالصيانة يقوم بالعمل مع آخرين ولا يختص صاحب العمل بمنفعته طول مدة العقد.

القول الثالث: تكييف الصيانة على أنها جعالة[3].

وهؤلاء قالوا بذلك؛ لجهالة المعقود عليه في بعض صور الصيانة؛ إذ قد لا يمكن تحديد مقدار العمل المطلوب بشكل دقيق، كما لا يمكن معرفة الأدوات التي ينبغي أن تستبدل؛ وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح هذا العقد إلا على أنه جعالة.

ويشكل على هذا القول: أن هناك فروقاً بين الجعالة والصيانة تمنع من تكييف الصيانة على أنها جعالة؛ ومن ذلك ما يأتي:

١- عقد الجعالة غير لازم[4]، بينما عقد الصيانة لازم بين المتعاقدين؛ إذ لو لم يقل بلزومه لتضرر كل من العاقدين[5].

---

(١) انظر: عقود الصيانة للضرير ص:٧، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/٧٤٥.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/٨٠، تبيين الحقائق ٥/١٣٣، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، شرح الخرشي على خليل ٧/٢٨، أسنى المطالب ٢/٤٢٥، شرح المحلي على المنهاج ٣/٨١، الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٣٢٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٧٦.

(٣) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص:١١، عقود الصيانة للضرير ص: ١٤، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٢ ؛ بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/٧٤٦.

(٤) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٥، منح الجليل ٨/٦٩، روضة الطالبين ٤/٣٤٠، نهاية المحتاج ٥/٤٧٦، المغني ٨/ ٣٢٣، كشاف القناع ٤/٢٠٣، ٢٠٦.

(٥) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص:١٢، عقود الصيانة للضرير ص:١٦، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٣.

٢- عقد الجعالة لا يستحق العوض فيه إلا بتمام العمل[١]، أما في عقد الصيانة فيمكن أن يدفع العوض مقدماً أو أثناء العمل أو بعد العمل حسب اتفاق العاقدين[٢].

٣- لا يشترط ضرب الأجل في عقد الجعالة[٣]، أما في عقد الصيانة فلا بد من ضرب الأجل[٤].

ومما سبق يتبين أنه لا يمكن تكييف الصيانة على أنها جعالة.

القول الرابع: تكييف الصيانة على أنه عقد تأمين تجاري[٥] على الأشياء[٦].

وقد قالوا بذلك؛ لأن الصائن يلتزم بإصلاح العطل وتبديل القطع التالفة، حيثما لزم ذلك مقابل مبلغ مالي يدفعه رب العمل (طالب الصيانة).

وفي التأمين يلتزم المستأمن (طالب التأمين) بدفع مبلغ معين مقابل التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر الذي لحق بالمستأمن إذا وقع الخطر المؤمن ضده.

فوجه الشبه بين العقدين هو أن كلا منهما غرضه المحافظة على الآلة (المصونة أو المؤمن عليها) مقابل مبلغ يدفع من قبل صاحب الآلة، إلا أنه في عقد الصيانة يدفع مبلغاً معيناً للمحافظة على الآلة ذاتها وذلك بإصلاحها؛ بينما في التأمين يدفع

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٥، القوانين الفقهية ص:١٨٢، المهذب ١/٤١١، روضة الطالبين ٤/٣٤١، المغني ٨/٣٢٥، كشاف القناع ٤/٢٠٣.

(٢) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص: ١٢، عقود الصيانة للضرير ص: ١٦، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٣.

(٣) انظر: الذخيرة ٦/٨، شرح الخرشي على خليل ٧/٦٢، مغي المحتاج ٢/٤٢٩، المغني ٨/٣٢٤، كشاف القناع ٤/٢٠٣.

(٤) انظر: عقود الصيانة للسلامي ص:١٢، عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٣.

(٥) **التأمين التجاري**: عقد يلتزم فيه المؤمِّن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ؛ وذلك نظير قسط أوأية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمِّن، ويتحمل بمقتضاه المؤمن تبعة مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء.
انظر: المعاملات المالية المعاصرة ص:٩٨.

(٦) انظر: عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص:١٤، عقود الصيانة لقحف ص: ٨، ١٤.

مبلغاً معيناً ليحصل على تعويض عن الضرر الذي لحق بها، والصائن والمؤمن يحصلان على مبلغ ثابت معلوم مقابل تحملهما ما يطرأ على الآلة[١].

ويشكل على هذا القول: أن مثل هذا لا يصلح إلا في الصيانة الطارئة فقط، أما في الصيانة الدورية فلا[٢]؛ وذلك لأن الصيانة الدورية تهدف إلى تقليل احتمال الحاجة إلى الصيانة الطارئة، وتقليل تكاليف ذلك، بينما التأمين يشترط فيه ألا يمكن وقوع الحادث الضار بإرادة المؤمن ولا المستأمن[٣]

بالإضافة إلى أن جمهور العلماء المعاصرين يرون تحريم التأمين التجاري لما فيه من الغرر المفسد للعقد؛ وذلك لأن مبلغ التأمين الذي وقع العقد عليه قد يحصل عليه المستأمن وقد لا يحصل عليه؛ لأن حصوله يتوقف على حصول الخطر المؤمن منه، وهو قد يقع وقد لا يقع، وهذا غرر، والغرر مفسد لعقود المعاوضات[٤].

ومما سبق يتبين أنه لا يمكن تكييف الصيانة على أنها عقد تأمين على الأشياء.

القول الخامس: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد مستقل تماماً يمتاز بخصائص مستقلة[٥].

وقد قالوا بذلك؛ لأنهم رأوا أن الصيانة لا تشبه - تماماً - أياً من العقود المشابهة لها، فيصعب تبعاً لذلك تطبيق أحكام هذه العقود على الصيانة[٦].

---

(١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢) انظر: عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٤، ١٥.

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) وبهذا أخذ مجلس هيئة كبار العلماء بقراره رقم ٥٥ عام ١٣٩٧هـ، وبه أخذ مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عام ١٤٠٦هـ.
انظر: توضيح الأحكام ٣/٤٤٥، المعاملات المالية المعاصرة ص: ١١٨.

(٥) انظر: عقود الصيانة للزرقاء والسويلم ص: ١٦.

(٦) انظر: المرجع السابق.

ويشكل على هذا القول أن العقد عقد معاوضة، فلابد من معرفة كل من العوضين؛ لأن عدم معرفة العوضين أو أحدهما يؤدي إلى النزاع[1]، ولا يمكن استحداث عقد يسمح فيه بجهالة أحد العوضين مع أنه عقد معاوضة؛ إذ إن ذلك مخالف لقواعد الشريعة في منع الغرر في عقود المعاوضات[2].

والذي يظهر لي: أن هؤلاء حاولوا تكييف عقد الصيانة بحسب واقعه الحالي، دون أن يبحثوا عن حل لبعض الإشكالات فيه، بمعنى أنهم أخذوه على علاته، وأرادوا أن يقارنوه بالعقود المعروفة، مما حداهم أن يجعلوه عقداً مستقلاً ويضعوا له صفات جديدة.

والراجح: أن عقد الصيانة يكيف على أنه إجارة واردة على عمل الإنسان؛ فإن تعاقدا على أن رب العمل يملك منفعة الصائن طول مدة العقد، فالصيانة حينئذ إجارة الأجير الخاص، وإن تعاقدا على أنه لا يملك ذلك فهي إجارة الأجير المشترك، وكون الصائن يحصل على أجرة ولو لم يعمل يمكن حلها بأن يقال: إن الأجرة حينئذ تكون على الصيانة الدورية وهي معلومة مسبقاً، وما طرأ من خلل يخصص له أجرة خاصة تحسب فيها قيمة القطع المستبدلة وساعات العمل، ولا تكون هذه الأجرة داخلة في الأجرة المتفق عليها مسبقاً.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩٣/٤، الهداية للميرغناني ٢٧٤/٩، التفريع ١٨٥/٢، بداية المجتهد ٢٢٦/٢، فتح العزيز ٢٠٠/١٢، روضة الطالبين ٢٤٩/٤، المغني ١٤/٨، المبدع ٣٤/٤.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ١٨٠/٤.