

جامعة الإسكندرية
ALEXANDRIA
UNIVERSITY



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والإقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

مستخرج من العدد الأول ٢٠١٨

التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الإسلامي

الدكتور

هشام يسري محمد العربي

أستاذ الفقه المقارن المشارك

بكلية الشريعة وأصول الدين - جامعة نجران

المملكة العربية السعودية

ملخص البحث

التعاقد من الباطن من أنواع التعاقدات التي شاعت بين المسلمين في الآونة الأخيرة.

وتدور فكرته حول قيام شخص ثالث بتنفيذ التزامات المتعاقد الأصلي أو جزء منها، كما في عقود المقاوله مثلا، فالمقاول الذي يتعاقد مع هيئة أو مؤسسة على إنشاء مشروع مبانٍ أو مستشفى مثلا ونحو ذلك قد يتعاقد مع مقاول ثانٍ أو مقاولين على إنشاء المبنى كاملا دون أن يقوم المقاول الأصلي بجزء من العمل، أو يتعاقد المقاول الأصلي مع غيره على إنجاز جزء من العمل، كأن يتعاقد مع مقاول للقيام بأعمال الكهرباء، ومع آخر للقيام بأعمال السباكة، ومع ثالث للقيام بأعمال النجارة ... وهكذا.

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل أن يقوم كل متعاقد بعمل ما التزم به بنفسه، إلا أن هناك أسبابا قد تدفع بعض المتعاقدين إلى أن يتعاقدوا مع آخرين من جانبهم - سواء بإذن الطرف الآخر (صاحب العمل) أو بغير إذنه - لتنفيذ ما تعاقدوا عليه.

ولذا فإن من الواجب تناول هذا الموضوع بالبحث والدرس للوصول إلى الأحكام الفقهية الخاصة به، ومعرفة أسبابه، وأركانه وشروطه، وحكمه العام، وما هي الضوابط التي لا بد منها لجوازه من الناحية الفقهية؟ وهل يدخل التعاقد من الباطن جميع العقود، أم أن هناك عقودا لا يمكن أن يجري فيها؟ وما هي صورته فيما يدخله من عقود؟ وما حكمه في كل عقد من العقود التي يدخلها؟ وما حكم اشتراط قبول المتعاقد الأول للتعاقد من الباطن؟ وعلى من يكون الضمان في هذا التعاقد؟ وغير ذلك من التساؤلات التي تجيب عنها الدراسة التي جاءت في سبعة مباحث، ونتج عنها ست وستون نتيجة، ورجعت لنحو مائة وسبعين مرجعا.

Abstract:

Subcontracting In Islamic jurisprudence

Subcontracting of types of contracts that have been common among Muslims in recent times.

Its truth is that a third person has performed the obligations of the original contractor or part thereof, As in contracting, for example, A contractor who contracts with an organization or institution to construct a building project or a hospital, for example, may contract with a second contractor or contractors to construct the entire building without the original contractor doing part of the work. With a contractor to do electrical work, and another to do plumbing, and with a third to do carpentry work ... and so on.

In Islamic jurisprudence, the principle is that each contractor must do what he has committed himself. However, there are reasons that may lead some contractors to contract with others, either with the permission of the other party (the employer) or without his permission, to carry out what they have contracted for.

Therefore, it is necessary to address this subject research and study to reach the jurisprudence of its own, and knowledge of its causes, and its provisions and conditions, and general governance, and what are the necessary controls for his passport in terms of jurisprudence? Does subcontracting enter into all contracts, or are there contracts that can not be entered? What are the forms of contracts entered into? What is the ruling in each of the contracts that enter it? What is the provision for acceptance of the first contractor for subcontracting? Whom is the guarantee in this contract? And other questions answered by the study, which came in seven investigations, resulting in sixty-six result, and returned to about one hundred and seventy references.

* * *

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد؛ فإن أبواب العقود هي لب المعاملات، وجوهرها، وقد صاغها الفقهاء حديثاً فيما عرف بنظرية العقد، تلك النظرية التي تنتظم الكلام عن العقود من حيث تعريفها وأقسامها وأركانها وشروطها ومبطلاتها وكل ما يتعلق بها من أحكام.

والناظر في الفقه الإسلامي يجد مدرستين في النظر إلى العقود المستحدثة: مدرسة ترى أن للمتعاقدين أن يعقدوا ما شاءوا من العقود، ما داموا لا يخالفون نصاً شرعياً ولا قاعدةً فقهيةً مقررةً. ومدرسة ترى أن هناك عقوداً مسماةً ذكرها فقهاؤنا الأقدمون في كتبهم، ولا بد أن ندور في فلکها وأن لا نخرج عنها.

والتعاقد من الباطن من أنواع التعاقدات التي شاعت بين المسلمين في الآونة الأخيرة. وتدور فكرته حول قيام شخص ثالث بتنفيذ التزامات المتعاقد الأصلي أو جزء منها، كما في عقود المقاوله مثلا، فالمقاول الذي يتعاقد مع هيئة أو مؤسسة على إنشاء مشروع مبانٍ أو مستشفى مثلا ونحو ذلك يحتاج إلى مقاول من الباطن للقيام بأعمال الخراسانات، وآخر للقيام بأعمال البناء، وثالث لأعمال النجارة، ورابع لأعمال الدهانات، وخامس لأعمال الكهرباء، وهكذا.

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل أن يقوم كل متعاقد بعمل ما التزم به بنفسه، إلا أن هناك أسباباً قد تدفع بعض المتعاقدين إلى أن يتعاقدوا

مع آخرين من جانبهم - سواء بإذن الطرف الآخر (صاحب العمل) أو بغير إذنه - لتنفيذ ما تعاقدوا عليه.

ولذا فإن من الواجب تناول هذا الموضوع بالبحث والدرس للوصول إلى الأحكام الفقهية الخاصة به، ومعرفة أسبابه، وأركانه وشروطه، وحكمه العام، وما هي الضوابط التي لا بد منها لجوازه من الناحية الفقهية؟ وهل يدخل التعاقد من الباطن جميع العقود، أم أن هناك عقودًا لا يمكن أن يجري فيها؟ وما هي صورته فيما يدخله من عقود؟ وما حكمه في كل عقد من العقود التي يدخلها؟ وما حكم اشتراط قبول المتعاقد الأول للتعاقد من الباطن؟ وعلى من يكون الضمان في هذا التعاقد؟ وغير ذلك من التساؤلات التي تجيب عنها الدراسة.

الدراسات السابقة:

هناك بعض الدراسات التي تناولت موضوع التعاقد من الباطن، لكنها قليلة، وكثير منها تعرض للتعاقد من الباطن في بعض العقود، وليس بشكل مستوعب. وأهم تلك الدراسات:

- التعاقد من الباطن للباحث/ محمد عبدالعزيز العمرو، وهو بحث مقارنة بين الفقه والقانون، مقدم لمعهد الإدارة العامة، برنامج دراسات الأنظمة سنة ١٤٠٠هـ، ولم يتناول من صور التعاقد من الباطن سوى الإجارة والمقاولة^(١).
- عقد المقاولة من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي للدكتور/ مصطفى عبدالسيد الجارحي، دراسة منشورة بدار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٨٨م.

(١) انظر: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي بن عبدالعزيز الماجد، رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة ١٤٢٩هـ ص (٥-٦).

- عقد المقابلة في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة للباحث/ أحمد عبدالحكيم العناني سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
- الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار في كل من القانون الأردني والمصري والعراقي دراسة مقارنة، للباحث/ مضر مزهر أحمد المطلق، رسالة ماجستير بكلية الحقوق بالجامعة الأردنية سنة ١٩٩٣م.
- عقد المقابلة من الباطن في الفقه والنظام للباحث/ محمد بن عبدالعزيز ناصر الماجد، بحث تكميلي للمجستير بالمعهد العالي للقضاء سنة ١٤١٦هـ.
- التأجير من الباطن دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر للباحث/ إبراهيم حسن بكير يوسف، ولم أقف على تاريخها.
- عقد المقابلة للدكتور/ عبدالرحمن بن عايد العايد، وهو رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية نوقشت سنة ١٤٢١هـ، وطبعتها الجامعة الطبعة الأولى سنة ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، وعقد مؤلفها فصلاً فيها للمقابلة من الباطن.
- عقد المقابلة حقيقته، تكييفه، صورته: مجموعة بحوث قدمت للدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقدة في الدوحة في ذي القعدة ١٤٢٣هـ / يناير ٢٠٠٣م للأساتذة الدكاترة: عجيل النشمي، وجاسم الشامسي، وجبر الألفي، وقطب سانو، ووهبة الزحيلي. وكلهم تعرض للمقابلة من الباطن في مبحث أو مطلب ضمن بحثه عن عقد المقابلة.

- عقد المقابلة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية بنابلس- فلسطين، للباحث/ زياد شفيق حسن قرارية سنة ٢٠٠٤م.
- عقد الإجارة من الباطن دراسة مقارنة للباحث/ فهد بن سواد مطلق المطيري، بحث تكميلي للماجستير بالمعهد العالي للقضاء سنة ١٤٢٢هـ.
- آثار التعاقد من الباطن في العقود الإدارية دراسة مقارنة، للباحث/ سلطان بن حسن سلطان آل يحيى، رسالة جامعية بكلية الاقتصاد والإدارة بجامعة الملك عبدالعزيز سنة ١٤٢٨هـ.
- التعاقد من الباطن وتطبيقاته في بعض العقود المدنية، رسالة ماجستير بكلية القانون بالجامعة المستنصرية بالعراق سنة ٢٠٠٨م، للباحث/ قيس جبار مصطفى.
- العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي بن عبدالعزيز الماجد، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة ١٤٢٩هـ. وهي من أكثر الدراسات استيعابًا للموضوع، ولم يمكنني مطالعتها، اللهم إلا المقدمة والفهرس وملخص الرسالة.
- ضوابط التأجير من الباطن للخدمات المعينة في المصارف الإسلامية، بحث للدكتورة/ أسماء فتحي عبدالعزيز، مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، المنعقد بدبي سنة ٢٠٠٩م.
- المقابلة الفرعية، رسالة ماجستير بكلية الحقوق بجامعة الجزائر سنة ٢٠٠٩م، للباحثة/ بارجم صليحة.
- المقابلة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، للدكتور/ غازي خالد أبو عرابي، دراسة منشورة

سنة ٢٠٠٩م. وهي دراسة قانونية في المقام الأول لعقد المقاولة من الباطن.

• عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٦) العدد الثاني سنة ٢٠١٠م للباحث/ إبراهيم شاشو، وتعرض فيه للمقاولة من الباطن في صفحة واحدة من بحثه.

• العقود المضافة إلى مثلها، رسالة ماجستير بالمعهد العالي للقضاء للباحث/ عبدالله بن عمر بن حسين بن طاهر، مطبوعة سنة ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.

• أحكام عقدي المقاولة والصيانة من الباطن في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، رسالة ماجستير للباحث/ سلطان مبارك معطش الرشيد، بكلية دار العلوم جامعة المنيا، نوقشت سنة ١٤٣٥هـ/ ٢٠١٤م.

تلك هي الدراسات التي وقفتُ عليها مما تناول موضوع التعاقد من الباطن، ولم أطلع على سائرها، وكثير منها تناول التعاقد من الباطن في بعض العقود، ولم يستوعبها كلها بالدراسة، ولم ينظر لقضية التعاقد من الباطن ويستوعب جوانبها.

ولذلك كانت هذه الدراسة التي كنتُ أترقبُ تفرغي لها من عدة سنوات، والتي أرجو أن تسهم في بيان أحكام التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي، وتقدم تصوراً وافياً عنه بما يسهم في تكوين نظرية عامة له.

خطة البحث:

قسّمتُ البحثُ إلى مقدمة وسبعة مباحث، ثم خاتمة بالنتائج، وثبّتُ بمراجع البحث يليه فهرس الموضوعات، وذلك على النحو التالي:

المقدمة، بينتُ فيها أهمية الموضوع والهدف من دراسته، وذكرتُ التساؤلات البحثية التي تمثل إشكالية البحث، والدراسات السابقة، وخطة البحث، ومنهجه.

المبحث الأول: المقصود بالتعاقد من الباطن والتفرقة بينه وبين ما يشبهه.

المبحث الثاني: أسباب التعاقد من الباطن.

المبحث الثالث: أركان التعاقد من الباطن وشروطه.

المبحث الرابع: حكم التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي.

المبحث الخامس: ضوابط التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي.

المبحث السادس: العقود التي يجري فيها التعاقد من الباطن.

المبحث السابع: أحكام التعاقد من الباطن فيما يجري فيه من عقود.

ويشمل تسعة مطالب:

المطلب الأول: عقد الإجارة من الباطن.

المطلب الثاني: عقد الاستصناع من الباطن.

المطلب الثالث: عقد المقاولة من الباطن.

المطلب الرابع: عقد التوريد من الباطن.

المطلب الخامس: عقد الصيانة من الباطن.

المطلب السادس: عقد الإعارة من الباطن.

المطلب السابع: عقد الوديعة (الإيداع) من الباطن.

المطلب الثامن: عقد المضاربة من الباطن.

المطلب التاسع: عقد الوكالة من الباطن.

وتناولتُ كل عقد من تلك العقود من خلال عدة فروع أبين فيها تعريفه، ومشروعيته وتكليفه الفقهي، وصورته، وحكمه، وحكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للتعاقد من الباطن في هذا العقد، وعلى من يكون الضمان فيه؟ الخاتمة، وفيها نتائج البحث وما توصل إليه.

مراجع البحث مرتبة حسب الحروف الهجائية، وأخيراً فهرس موضوعات البحث.

منهج البحث:

اعتمدتُ في بحثي على عدة مناهج للوصول إلى النتائج المرجوة، من أهمها المنهج الاستقرائي، والمنهج الاستنباطي، والمنهج الوصفي، والمنهج التحليلي.

وحاولتُ الرجوع للمصادر الأصيلة في الأعم الأغلب مكتفياً بالمذاهب الأربعة السنية، غير مغفلٍ الدراسات المعاصرة مما استطعتُ الوقوف عليه، مع التزامي بعزو النقول لمصادرها، ونسبة الأقوال لقائلها، وعزو الآيات القرآنية إلى سورها ومواضعها، وتخريج الأحاديث النبوية من مظانها، مع نقل أقوال أهل الحديث فيها تصحيحاً وتضعيفاً إذا كانت في غير الصحيحين ما أمكن، مبيناً ما أراه راجحاً في كل خلاف أعرض له.

وبعد، فهذا البحث محاولةٌ لاستجلاء موضوع التعاقد من الباطن والوقوف على أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي في كل ما يدخله من عقود؛ فإن حَقَّ أهدافه فبتوفيق الله سبحانه، وإن أخفق في شيء من ذلك فحسبي شرف المحاولة والاجتهاد، واللهُ المسئولُ أن ينفع به؛ إنه ولي ذلك والقادر عليه. والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

* * *

المبحث الأول: المقصود بالتعاقد من الباطن

والترفة بينه وبين ما يشبهه

ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: المقصود بالتعاقد من الباطن.

المطلب الثاني: التفرقة بين التعاقد من الباطن وما يشبهه.

المطلب الأول: المقصود بالتعاقد من الباطن:

التعاقد: تفاعل من العقد، والتفاعل يقتضي المشاركة بين أكثر من شخص، كالتقابل والتصادم. والعقد لغةً يطلق على عدة معانٍ، منها: الربط والشد والتوثيق والإحكام والجمع بين شيئين، ومنه: عقد طرفي الحبل، وعقد العهد، وعقد اليمين، وعقد العزم. وجمعه عقود^(١).

قال الزبيدي: «والذي صرح به أئمة الاشتقاق أن أصل العقد نقيض الحل، عقده يعقده عقداً وتعقداً، وعقده، وقد انعقد وتعقد، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها»^(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء: له إطلاقان: الأول: عام، وهو قريب من المعنى اللغوي، ويفيد معنى الالتزام، سواء نشأ الالتزام عن اتفاق بين طرفين، أو عن إرادة منفردة، ويجمع العقد بهذا المعنى ما يعزم المرء على إيقاعه بإرادته أو بالاتفاق عليه مع غيره، وطبقاً لهذا المعنى العام فإن ما يطلق عليه العقد هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء كان صادراً من طرف واحد كالنذر والطلاق والصدقة، أم صادراً من طرفين متقابلين كالبيع والإجارة.

(١) راجع: تاج العروس للزبيدي (٨/ ٣٩٤ وما بعدها) مادة (عقد)، ولسان العرب لابن منظور (٣/ ٢٩٦) مادة (عقد)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي (١/ ٣١٢-٣١٣) مادة (باب الدال، فصل العين)، والمصباح المنير للفيومي ص (٤٢١) مادة (عقد).

(٢) تاج العروس (٨/ ٣٩٤).

أما الإطلاق الثاني: وهو المعنى الخاص للعقد، وهو يقتصر على الالتزام الناشئ عن اتفاق بين طرفين، وهذا المعنى هو المتداول والمتبادر من إطلاقات الفقهاء^(١).

وبهذا الإطلاق جاءت تعريفات الفقهاء للعقد؛ فقد جاء في فتح القدير: «هو المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما»^(٢)، وعرفه الدسوقي بأنه «ما يتوقف على إيجاب وقبول»^(٣)، وجاء في مجلة الأحكام العدلية أن «العقد التزام المتعاقدين أمرًا وتعهدهما به، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول»^(٤)، وأن «الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما»^(٥)، وقريب منه ما جاء في مرشد الحيران: أن «العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»^(٦).

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد لا يوجد ولا يُصور إلا إذا وُجدَ عاقدان وصيغة (إيجاب وقبول) ومحلُّ يردُّ العقد عليه (معقود عليه). وقد أطلق الجمهور على تلك الثلاثة أركان العقد^(٧)، بينما حصر الحنفية أركان العقد في الصيغة وحدها، واعتبروا العاقدين والمعقود عليه مما يستلزمه وجود

(١) انظر: نظرية العقد للدكتور/ محمد سراج ص(١٢-١٣)، وراجع: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ/ محمد أبي زهرة ص(١٩٩-٢٠١)، والأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد يوسف موسى ص(٢٢٩-٢٣٠).

(٢) فتح القدير للكمال بن الهمام (٨٠/٨).

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥).

(٤) مجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام لعلي حيدر (١/١٠٥) مادة رقم (١٠٣).

(٥) مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام (١/١٠٥) مادة رقم (١٠٤).

(٦) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قنري باشا مادة رقم (١٦٨) ص(٢٧).

(٧) الركن هو: ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءًا داخلاً في ماهيته. انظر: المدخل الفقهي العام للزرقي (١/٣٠٠، فقرة ١٣٨)، وراجع: المصباح المنير ص(٢٣٧) مادة (ركن)، والتعريفات للجرجاني ص(١٤٩)، وأصول الفقه للدكتور/ أبي النور زهير (١/١٦٠).

الصيغة؛ على اعتبار أنهما ليسا جزءاً من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليهما^(١).

والباطن: خلاف الظاهر، ويجمع على بواطن، وهو داخل كل شيء، والباطن من كل شيء جوفه، والباطن من أسماء الله تعالى، كما جاء في قوله سبحانه: ﴿هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ وَالظَّاهِرُ وَالْبَاطِنُ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(٢)، وهناك أقوال عديدة في تأويل معناها في حقه تعالى ليس هذا محل سردها. وكل معاني الباطن تدور حول المخفي والغامض والداخل وكل ما هو خلاف الظاهر^(٣).

والتعاقد من الباطن: يقصد به عقد يتم إبرامه بين متعاقد في عقد سابق مع متعاقد جديد (ثالث) لإتمام الأعمال التي تم التعاقد عليها في العقد الأول أو بعضها، مع سريان العقد الأول.

وعرفه بعض الباحثين بقوله: «عقد بين طرفين ناشئ عن عقد سابق مترتب عليه، يكون أحد طرفيه هو نفسه أحد طرفي العقد السابق، مقتضاه انتقال ما لزم هذا الطرف بموجب العقد الأول من مسؤوليات بعضها أو كلها، أو ما له من حق ومنفعة إلى طرف آخر ليس طرفاً في العقد السابق، مع بقاء مسؤولية الطرف الأول في ذلك العقد»^(٤).

فهو مرتبط بالعقد الأول (الأصلي) وجوداً وعمداً، ومضاف إليه، ومشارك معه في محل العقد. فلا يتصور عقد من الباطن بدون عقد أصلي

(١) انظر: نظرية العقد للدكتور/ سراج ص(٣٩)، ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبدالفتاح إدريس ص(٥٢-٥٣). وراجع: المدخل الفقهي العام (١/٣١٨، فقرة ١٥٠)، والأموال ونظرية العقد ص(٢٣٣)، وراجع كذلك: فتح القدير (٦/٢٤٨)، وحاشية ابن عابدين (٤/٥٠٤)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢)، ومغني المحتاج للشربيني (٢/٣٢٣)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/٥٠-٦).

(٢) سورة الحديد: آية رقم (٣).

(٣) راجع: تاج العروس (٣٤/٢٦٠-٢٧١) مادة (بطن)، ولسان العرب (١٣/٥٤-٥٥) مادة (بطن)، والقاموس المحيط (٤/١٩٨-١٩٩) مادة (باب النون، فصل الباء).

(٤) العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي الماجد ص(٣٤).

يصلح لأن يُنتجَه، كما لا يُتصورُ عقد من الباطن بدون متعاقد مشترك بين العَقدَين.

ولذلك فإن العقد من الباطن يدخل فيما يطلق عليه العقود التبعية، في مقابلة العقود الأصلية، والعقد الأصلي - كما يعرفه الدكتور السنهوري - «ما كان مستقلاً في وجوده غير تابع لعقد آخر»، أما العقد التبعي فيعرفه بقوله: «ما كان تابعاً لعقد أصلي وجد قبله»^(١).

ويوضح الدكتور السنهوري الفرق بينهما بأن العقد الأصلي له وجود مستقل، أما العقد التبعي فيتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند إليه؛ فيكون صحيحاً أو باطلاً، ويبقى أو ينقضي تبعاً للعقد الأصلي^(٢).

(١) نظرية العقد للدكتور/ عبدالرزاق السنهوري ص(١٤٣).
(٢) انظر: المرجع السابق. وقد مثل للعقد الأصلي بعقد البيع والإجارة باعتبار كل منهما قائماً بذاته، وللعقد التبعي بعقد الكفالة والرهن باعتبارهما من عقود التوثيقَات لضمان حقوق الغير الناتجة عن عقد بيع أو إجارة ونحوهما.

المطلب الثاني: التفرقة بين التعاقد من الباطن وما يشبهه:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: التفرقة بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد.

الفرع الثاني: التفرقة بين التعاقد من الباطن والعقد المشترك.

الفرع الأول: التفرقة بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد:

يختلف التعاقد من الباطن بالمعنى الذي بينته عن التنازل عن العقد؛ فالتنازل عن العقد هو «اتفاق يراد به نقل حقوق أحد المتعاقدين والتزاماته الناشئة عن عقد ما إلى طرف ثالث يسمى المتنازل له»^(١).

فالتنازل عن العقد ينتهي به العقد الأول، وتتحول حقوق أحد طرفيه والتزاماته إلى شخص آخر (المتنازل له) حيث يحل محله. وهذا هو الفرق الجوهرى بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد؛ فالتعاقد من الباطن لا ينتهي به العقد الأول، بل يظل سارياً وتنشأ بجواره علاقة تعاقدية أخرى بين أحد طرفيه وطرف جديد للقيام بالتزامات الطرف المشترك أو بعضها، ولا تكون هناك علاقة مباشرة بين الطرف الجديد والمتعاقد الأصلي الأول (الدائن أو صاحب المنفعة). أما التنازل عن العقد فيخرج فيه أحد طرفي العقد الأول من العلاقة التعاقدية ليحل طرف جديد محله؛ ومن ثم لا يكون هناك إلا عقد واحد. كما أن المتنازل له تكون علاقته بالطرف الباقي (المتنازل لديه) علاقة مباشرة، بخلاف التعاقد من الباطن.

وإن كانا يتفقان في أن كلا منهما لا يمكن تصوّره إلا مع وجود عقد سابق ينبنيان عليه. وأنها يسمحان بإحلال الغير محل أحد طرفي العقد في تنفيذ المتعاقد عليه، وأنها يجب أن يتمّان في خلال مدة العقد الأول وحال

(١) انظر: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي الماجد ص(٤١). وراجع أيضاً: عقد المقاول من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي للدكتور/ مصطفى عبدالسيد الجارحي ص(٢٥)، والمقاول من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٢٧).

استمراره. وكذلك يتفقان في أن كلا منهما يمكن أن يرد على جزء من العقد الأول، وليس بالضرورة أن يرد عليه كلّه^(١).

الفرع الثاني: التفرقة بين التعاقد من الباطن والعقد المشترك:

العقد المشترك هو اتفاق بين شخص من جهة و عدة أشخاص من جهة أخرى لتنفيذ أعمال معينة؛ حيث يتم التعاقد مع كل واحد منهم بصفة مستقلة. فيكون كل متعاقد منهم مرتبطاً بالطرف الأول بواسطة رابطة عقدية (أصلية) تسمح لأي منهما بالرجوع على صاحبه مباشرة.

وقد يكون العقد المشترك اتفاقاً بين الشخص الأول من جهة والأشخاص الآخرين من جهة أخرى، ولكن بصورة تضامنية بينهم في مواجهة الطرف الأول.

وقد يكونون جميعاً في عقد واحد، لكن باعتبار أن كلا منهم مسئولٌ بصفة شخصية عما أسند إليه من أعمال.

هذا هو العقد المشترك. ومثاله عقود التأمين التي تجريها شركات التأمين مع عدد كبير من الأشخاص (المستأمنين)؛ حيث يقوم كل شخص على حدة بالتعاقد مع شركة التأمين (المؤمن) بعقد مستقل. كما توجد صور له في عقود المقاوله فيما إذا تعاقد صاحب العمل مع عدد من المقاولين لإنجاز عمل معين يشترك فيه جميع المقاولين^(٢).

والعقد المشترك بهذا المعنى الذي بينته يختلف اختلافاً واضحاً عن التعاقد من الباطن كما أوضحته من قبل؛ ففي المقاوله من الباطن مثلاً يقوم صاحب العمل بالتعاقد مع مقاول واحد على العمل كله، ثم يقوم هذا المقاول بدوره بالتعاقد مع مقاولين آخرين من الباطن لتنفيذ ما اتفق عليه مع صاحب العمل.

(١) راجع: المقاوله الفرعية للباحثة/ بروج صليحة، رسالة ماجستير بكلية الحقوق جامعة الجزائر سنة ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ م ص (٢٤). وراجع أيضاً: المقاوله من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص (٣٠-٣٢)، وعقد المقاوله للدكتور/ عبدالرحمن العايد ص (٢٥١-٢٥٣).

(٢) راجع: المقاوله الفرعية ص (٢٦-٢٧).

فلا تكون هناك علاقة تعاقدية مباشرة بين الطرفين وبين أولئك المقاولين، بخلاف العقد المشترك الذي يقوم الطرف الأول بنفسه بالتعاقد معهم واحدًا واحدًا، ويكون له حق الرجوع عليهم بشكل مباشر، وتتعلق حقوقهم به، وليس بشخص آخر.

كما أن المتعاقدين في العقد المشترك لا يتأثر أحدهم بموقف بقية الشركاء، إلا إذا كانوا متضامين، أو كان الالتزام لا يقبل الانقسام^(١). بخلاف التعاقد من الباطن الذي يرتبط فيه العقد الثاني (من الباطن) بالعقد الأصلي الأول وجودًا وعدمًا.

لكن قد يلتقي ويتداخل كلٌّ من العقد المشترك والعقد من الباطن فيما إذا تعاقد صاحب عمل مثلاً مع مقاول كبير لإنجاز عمل ضخ كبناء مجمع سكني، ثم يقوم هذا المقاول بالتعاقد من الباطن مع عدد من المقاولين الصغار للقيام بمختلف الأعمال من خلال عقد مشترك بينه من جهة وبين كل واحد منهم من جهة أخرى؛ فيكون قد عقد معهم عقودًا من الباطن وهي في الوقت نفسه عقد مشترك. فهي في مواجهة المقاول الكبير عقود مشتركة، وفي مواجهة الطرف الأول (صاحب العمل) عقود من الباطن^(٢).

فالتكييف يختلف بحسب الجهة الملاحظة، لكن يبقى الفرق بين طبيعة كلا العقدين.

* * *

المبحث الثاني: أسباب التعاقد من الباطن

لم يكن التعاقد من الباطن باعتباره صورة من صور التعاقد معروفًا قديمًا لعدم الداعي إليه؛ فقد كانت الحياة بسيطة وغير معقدة، وإنما ظهر في العصر

(١) راجع: المقابلة الفرعية ص(٢٧).

(٢) راجع: المرجع السابق.

الحديث؛ نتيجة التطور والتعقد في المعاملات المالية، مع ما تتطلبه من سرعة في الأداء والإنجاز.

وإن كان الفقهاء عرفوا صوراً منه، وتكلموا عنها أثناء بيانهم لأحكام العقود التي ظهر فيها، مثل دفع المضارب مال المضاربة لآخر ليضارب به، وكذلك إجارة المستأجر العين المستأجرة لآخر، وأيضاً توكيل الوكيل غيره فيما وكّل فيه. وتلك الصور الثلاثة ما هي إلا تعاقد من الباطن، كما سيأتي في موضعه إن شاء الله.

لكن ظهور مصطلح التعاقد من الباطن باعتباره صورة من صور التعاقد كان أولاً في الغرب، ولعله كان في فرنسا تحديداً حيث نشأت القوانين بمعناها الحديث، وأسبقها القانون الفرنسي، ثم انتقل المصطلح بعد ذلك إلى القوانين العربية^(١).

ويمكن إجمال الأسباب التي تؤدي إلى التعاقد من الباطن فيما يلي:

١- أن يتحمل المتعاقد الأول (المشترك) في العقد الأول تبعات ومسئوليات لا يمكنه القيام بها وحده؛ فيضطر إلى الاستعانة بآخرين من خلال التعاقد معهم من الباطن للقيام ببعض ما تعاقد عليه. وهذا يظهر في عقود المقاولات والاستصناع والوكالة التي تكون على أعمال كبيرة ومتعددة.

٢- دخول بعض شركات المقاولات والتوريد والاستصناع في عقود ليست مؤهلة للقيام بأعمالها؛ ومن ثم تلجأ لمقاولين وموردين من الباطن للقيام بها.

٣- رغبة المتعاقد الأول (المشترك) في التخفف من بعض الأعمال المتعاقد عليها في العقد الأول؛ فيقوم بالتعاقد عليها مع أشخاص من الباطن. كما يحدث في عقود الوكالة.

(١) انظر: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي الماجد ص(٣٦-٣٧).

٤- خشية المتعاقد الأول (المشترك) في فوات بعض الأعمال المتعاقد عليها في العقد الأول؛ فيلجأ إلى التعاقد من الباطن مع آخرين لإنجازها وعدم فواتها أو حلول الآجال المتفق عليها وتعرضه لشروط جزائية ونحو ذلك. كما يحدث في عقود المقاولات والاستصناع ونحوهما.

٥- أن يجد المتعاقد الأول (المشترك) من هو أقدر وأحذق منه فيما تعاقد عليه في العقد الأول؛ فيلجأ إلى التعاقد معه من الباطن طلباً في القيام بالعمل بشكل أفضل إما لربح أزيد أو غير ذلك. كما يحدث في المضاربة من الباطن في بعض صورها.

٦- أن يطمع بعض المقاولين ونحوهم في الظفر بشيء من العقود التي يعقدها غيرهم فيطلبوا الدخول في تلك العقود من الباطن، كما يحدث كثيراً في أعمال المقاولات والتوريدات أو الصيانة، خاصة إذا كان المتعاقد من الباطن أقل شهرة، أو لا تنطبق عليه شروط الدخول في المناقصات الكبرى.

٧- أن يكون المتعاقد من الباطن (الطرف الثالث) غير مرضي عنه عند رب المال لأي سبب من الأسباب؛ فيجعل بينه وبين رب المال وسيطاً (المتعاقد المشترك) يتستر به، في مقابلة جزء من المال، ويقوم هو بالعمل، من غير علم الطرف الأول. كما يحدث في بعض عقود المقاوله، أو الإجارة من الباطن^(١).

وقد يكون هناك أسباب أخرى لا تبعد كثيراً عما ذكرته.

* * *

(١) انظر: العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي الماجد ص(٥٠-٥٢).

المبحث الثالث: أركان التعاقد من الباطن وشروطه

ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: أركان التعاقد من الباطن.

المطلب الثاني: شروط التعاقد من الباطن.

المطلب الأول: أركان التعاقد من الباطن:

التعاقد من الباطن شأنه شأن أي تعاقد لابد له من أركان؛ لكي يكون عقدًا صحيحًا ينتج آثارًا.

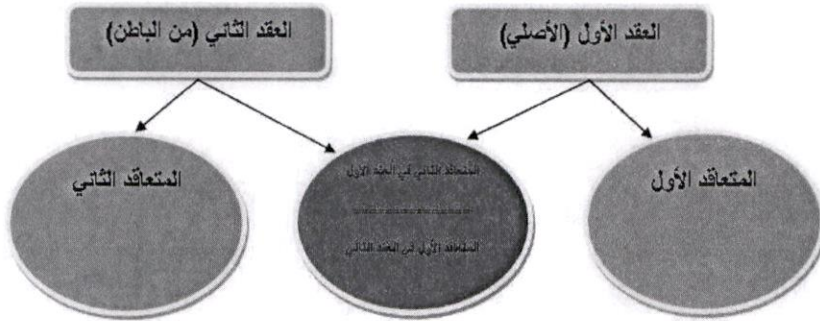
وأركان العقد - كما سبقت الإشارة: العاقدان، والصيغة (الإيجاب والقبول)، والمعقود عليه. وهذا على مذهب الجمهور من غير الحنفية.

والحنفية يحصرونها - كما سبق - في الصيغة وحدها، ويعتبرون العاقدَيْن والمعقود عليه مما يستلزمه وجود الصيغة.

وفي التعاقد من الباطن يوجد العاقدان: أحدهما العاقد المشترك بين هذا العقد الثاني (من الباطن) والعقد الأول الذي هو الأساس للتعاقد من الباطن، والثاني هو الطرف الجديد (المتعاقد من الباطن).

ويلاحظ أن المتعاقد الثاني (الطرف الجديد) لا علاقة له بالمتعاقد الآخر في العقد الأول، إنما علاقته بالمتعاقد المشترك فقط.

ولعل الشكل التالي يوضح تلك العلاقة:



وتوجد الصيغة التي يتفق عليها المتعاقدان، ويتم بها التعاقد، والتي تتضمن الإيجاب والقبول أيًا كانت صورتها لفظية أو كتابية أو غير ذلك مما يدل على تلاقى إرادة كل من العاقدين على إنشاء العقد^(١).

ويوجد المعقود عليه، وهو العمل أيًا كان نوعه مقاوله أو توريدًا أو استصناعًا أو مضاربة أو غير ذلك - كما سألين عند الحديث عن العقود التي يجري فيها التعاقد من الباطن - والمقابل المادي له.

وبهذا يكون التعاقد من الباطن تعاقدًا مستوفي الأركان.

المطلب الثاني: شروط التعاقد من الباطن:

التعاقد من الباطن - كما سبقت الإشارة - عقد مبني على عقد سابق (العقد الأصلي)، ومرتبطة به وجودًا وعدمًا، ومشارك معه في محل العقد أو جزء منه.

ولذلك يمكن أن أجمل شروط التعاقد من الباطن في شرطين:

الشرط الأول: أن يتبع العقد من الباطن عقدًا أصليًا سابقًا له:

وذلك لأن العقد الأصلي - كما سبق - هو أصل العقد من الباطن، وسبب وجوده.

ولذلك فإنه يشترط وجود عقد سابق ابتداءً صالح لأن يُنتج عقدًا من الباطن، بمعنى أن يوجد عقد سابق صحيح مستكمل الأركان والشروط العامة للعقود؛ لكي يُتصور وجود عقد آخر تابع له.

وهذه التبعية إنما جاءت بسبب وحدة المعقود عليه، واشتراك أحد العاقدين في كلا العقدين.

(١) راجع في طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد: بحثي «التعاقد عن طريق الإنترنت من وجهة الفقه الإسلامي» بحث محكم ومنشور بمجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة، العدد الثامن والأربعين رجب ١٤٣٥هـ / مايو ٢٠١٤م ص(٣٢٤-٣٣٣).

ولا يشترط أن يرد العقد من الباطن على كل المعقود عليه في العقد الأصلي، وإنما يصح أن يكون على جزء منه، فإذا تعاقدت شركة على بناء خمسة أبراج سكنية مثلا مع جهة معينة؛ ثم تعاقدت هذه الشركة مع مقاول من الباطن ليبنى ثلاثة منها مثلا صح العقد من الباطن، وكان تابعا للعقد الأصلي.

وهذه التبعية أيضا تقتضي اتحاد العقدين مبدئيا في طبيعة العقد، بمعنى أن العقد الأصلي إذا كان عقد مقاوله مثلا؛ فإن العقد من الباطن الناتج عنه يكون عقد مقاوله كذلك، وإذا كان العقد الأول إجازة كان الثاني إجازة كذلك، وهكذا.

ومن مقتضيات التبعية أيضا اتحاد العقدين في الالتزامات والحقوق بشكل عام، فالترام المتعاقد المشترك في العقد الأول بشيء ينتج عنه الالتزام نفسه في حق المتعاقد الثاني (من الباطن).

وكذلك من الطبيعي ألا يكون للمتعاقد الثاني (من الباطن) حق أكثر من حق المتعاقد الأول (المشترك) نفسه؛ فمثلا في الإجازة من الباطن لا يحق للمتعاقد الفرعي (من الباطن) أن يغير الغرض الذي أعدت له العين المستأجرة عما اتفق عليه المتعاقد الأصلي (المشترك)، ولا أن يستأجرها مدة أكثر مما استأجرها الأول، ونحو ذلك.

وأخيرا فإن هذه التبعية تقتضي أن العقد الأصلي متى انقضى بانتهاء مدته أو فسخه أو بأي سبب من أسباب انقضاء العقود؛ فإن ذلك يؤدي حتماً إلى انقضاء العقد الفرعي (من الباطن)؛ لأنه لا وجود له بدون العقد الأصلي، ويرتبط به وجوداً وهدماً - كما قررت أنفاً^(١).

(١) راجع: عقد المقاوله من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(٣-١٠)، والمقاوله الفرعية ص(١٨-١٩)، والمقاوله من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٢٣).

الشرط الثاني: قبول المتعاقد الأصلي الأول بالتعاقد من الباطن عند

الاعتبار الشخصي:

فمجرد وجود عقد أصلي سابق للعقد من الباطن ليس كافيًا وحده دائمًا وفي كل الحالات لكي يَنْتُجَ عنه تعاقدٌ من الباطن.

ففي بعض العقود من الباطن لا يرضى المتعاقد الأصلي الأول بغير مَنْ تعاقد معه للقيام بالالتزام محل التعاقد، وهو ما يعرف بالاعتبار الشخصي.

فالعقود القائمة على الاعتبار الشخصي هي العقود التي يعتد فيها بشخصية أحد المتعاقدين أو صفة من صفاته؛ فتكون شخصيته أو صفته عنصرًا جوهريًا في التعاقد ومحل اعتبار؛ بحيث يعتبر إسناده التنفيذ لغيره إخلالًا بالمتعاقد عليه.

ولذلك لا يجوز التعاقد من الباطن في مثل تلك العقود إلا بإذن صريح من المتعاقد الأصلي الأول (الدائن)، كما لا يجوز التنازل عنها أيضًا^(١).

ويمكن التمثيل لذلك بعقد الوكالة إذا اختار الموكل وكيلًا بعينه ذا صفات خاصة واسم وخبرة في مجاله؛ فليس لهذا الوكيل أن يوكل غيره فيما وُكِّلَ فيه، إلا بإذن الموكل - على ما سيأتي تفصيله في موضعه.

لكن قابلية العقود للتعاقد من الباطن دون قبول المتعاقد الأصلي الأول تختلف من عقد إلى عقد، بل تختلف في العقد الواحد من حالة إلى حالة أخرى بحسب ما أُشِرْتُ إليه من الاعتبار الشخصي.

وأحيانًا يكون المنع من التعاقد من الباطن في بعض العقود أو الحالات مصدره النصوص القانونية التي لا تسمح به ابتداءً؛ ومن ثَمَّ فلا بد من النص على استثنائه في العقد الأول بشكل صريح^(٢).

(١) راجع: المقالة الفرعية ص(٢٠).

(٢) راجع: المرجع السابق ص(٢٠ - ٢١).

ولذلك سيأتي تفصيل هذا الشرط عند بيان أحكام التعاقد من الباطن فيما يدخله من عقود في كل عقد على حدة بحسب طبيعته.

* * *

المبحث الرابع: حكم التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي

من المقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل أن يقوم كلُّ متعاقد بتنفيذ ما التزم به بنفسه، إلا أنه يشرع إنابة الغير في ذلك التنفيذ. والتعاقد من الباطن يرجع أساسه إلى مبدأ إنابة الغير في القيام بما وجب على الشخص نفسه.

ومبدأ النيابة مشروع في الجملة، وقد استدل عليه الفقهاء بالعديد من النصوص، منها قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾^(١)، وقوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾^(٢)، وغيرها من الآيات والأحاديث العديدة التي تدل على مشروعية النيابة بوجه عام^(٣).

ولذلك فإن التعاقد من الباطن طالما استوفى أركانه وشروطه التي بينتها فيما سبق فهو تعاقد صحيح، تترتب عليه آثاره.

وهو أيضاً يستند إلى مبدأ حرية التعاقد، وأن الأصل في العقود الجواز والصحة، ما دامت لا تصادم نصاً ولا قاعدة شرعية مقررّة؛ أخذاً من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٥)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم:

(١) سورة الكهف: آية رقم (١٩).
(٢) سورة التوبة: آية رقم (٦٠).
(٣) راجع: المدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مذكور ص(٦٢٥)، والوكالة في الشريعة والقانون للدكتور/ محمد رضا عبدالجبار العاني ص(٤٩ - ٥٤).
(٤) سورة المائدة: آية رقم (١).
(٥) سورة الإسراء: آية رقم (٣٤).

«المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرمّ حلالاً أو أحلّ حراماً»^(١)، وهو المتفق مع روح الدين ومراعاته لمصلحة الناس ما دامت لا تخالف نصّاً وتتفق ومقاصد الشريعة^(٢).

ويمكن تخريجه أيضاً على مسألة جواز أن يكون الوفاء من غير المدين، وليس للدائن حينئذ الاعتراض على ذلك، إلا إذا استوجبت طبيعة الدين أو نص الاتفاق على ضرورة أن ينفذ المدين التزامه بنفسه. والتعاقد من الباطن ليس إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام.

كذلك فإن مبدأ الاستعانة بالبدلاء كالمقاول من الباطن وغيره لا يختلف من وجهة نظر الدائن عن الاستعانة بعمال أو مساعدين، بغض النظر عن طبيعة العلاقة بينهم وبين المدين (التعاقد المشترك)؛ إذ يبقى المدين في جميع الحالات هو المسئول أمام الدائن عن تنفيذ العقد.

كما أن التعاقد من الباطن من قبيل الحقوق الشخصية التي يجوز التصرف فيها بنقلها أو استغلالها إذا كانت قابلة لذلك؛ فهي أموال وينطبق عليها مبدأ حرية التداول^(٣).

ويضاف إلى ذلك أيضاً أن أصل التعاقد من الباطن مشروع، ونص الفقهاء على صور منه، كما في إجارة المستأجر العين المستأجرة لآخر، ودفع المضارب مال المضاربة لآخر ليضارب به، وتوكيل الوكيل غيره فيما وكّل فيه - على ما سيأتي بيانه عند الحديث عن تلك العقود.

وهناك مجموعة من الضوابط التي لا بد منها لجواز التعاقد من الباطن، وهو ما أبينه في المبحث التالي.

(١) رواه البخاري تعليقا في كتاب الإجارة من صحيحه، باب أجر السمسة، ورواه أبو داود موصولا في الأفضية، باب في الصلح، رقم (٣٥٩٤)، والترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، رقم (١٣٥٢)، وقال: حديث حسن صحيح.
(٢) راجع: كتابي «التيسير في المعاملات المالية دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الفقه الحنفي والفقه الحنبلي» وهو رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة ص(٢٨١)، وما بعدها.
(٣) انظر: عقد المقاول من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١٤).

المبحث الخامس: ضوابط التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي

هناك عدة ضوابط لابد منها لصحة التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي، وهذه الضوابط يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: أن يكون المتعاقد من الباطن (الطرف الجديد) مؤهلاً للقيام بالعمل المعقود عليه. فإذا كان غير مؤهل لذلك لم تجز إنابته والتعاقد معه من المتعاقد الأصلي؛ لأنه سيخل لا محالة بتنفيذ الالتزام؛ ومن ثم يتضرر صاحب العمل الأصلي، والقاعدة الفقهية تقضي بأنه «لا ضرر ولا ضرار».

ثانياً: أن يلتزم المتعاقد من الباطن (الطرف الجديد) بتنفيذ العمل المعقود عليه بالكيفية المتفق عليها في العقد الأصلي (الأول).

ثالثاً: أن يلتزم المتعاقد من الباطن (الطرف الجديد) بتنفيذ العمل المعقود عليه في المدة المحددة والمتفق عليها في العقد الأصلي (الأول).

رابعاً: ألا يكون العقد من الباطن متعارضاً مع غاية العقد الأصلي^(١)؛ وإلا صار باطلاً.

خامساً: ألا يكون صاحب العمل في العقد الأصلي (الأول) قد اشترط على المتعاقد معه أن يقوم باستيفاء المنفعة أو تنفيذ العمل المتعاقد عليه بنفسه^(٢).

لأن الشرط هنا يكون ملزماً؛ لأنه شرط صحيح وفيه مصلحة لمشترطه^(٣)، وذلك

(١) راجع: عقد المقاوله من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١٦).

(٢) راجع: المرجع السابق، وأيضاً: المقاوله الفرعية ص(٢٠).

(٣) وهذا حسب ما رجحته في دراستي عن «التيسير في المعاملات المالية» حينما تعرضت لقضية مدى سلطان الإرادة العقدية لدى الفقهاء، وتوصلت إلى أن أشد المذاهب تضييقاً لحرية التعاقد والاشتراط هم الظاهرية، يليهم الشافعية، وأن أكثرهم توسعاً في هذا الباب هم الحنابلة، يليهم المالكية فالحنفية. فالحنابلة يعتبرون أن الأصل في الشروط الصحة، فيجوز للعاقِد أن يشترط ما يشاء من الشروط التي هي من مقتضى العقد أو مصلحته، وأنه يجب الوفاء بكل ما تراضى عليه المتعاقدان والتزماً به ما دام لا يصادم نصاً ولا قاعدة مقررّة؛ وإلا منع بخصوصه استثناء من القاعدة الأصلية. وأن الشارع الحكيم فوّض المتعاقدين في تحديد مقتضيات العقود وشروطها ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة ولا ينقض أصلاً من أصولها. وهم يقررون أن ما كان من مصلحة العاقِد المشروعة فهو من مصلحة العقد. وإنما يبطل الشرط إذا كان منافياً ومناقضاً لمقصود العقد؛ لأنه حينئذ يكون جامعاً بين متناقضين:

عملاً بحديث «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلاً حراماً»^(١).

سادساً: ألا يكون هناك قانون يمنع من التعاقد من الباطن في ذلك النوع من العقود^(٢).

وذلك لأن ما يقرره ولي الأمر من قوانين ملزم لرعيته؛ بما أوجبه الله عز وجل عليهم من طاعته في نحو قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٣)، ما لم يكن ذلك مخالفاً لقطعيات الشريعة. بل إن لولي الأمر أن يقيد المباح وأن يرفع الخلاف إذا رأى في ذلك مصلحة - على ما رجحته من قولي الفقهاء في ذلك بضوابطه^(٤).

وما نحن بصدد من التعاقد من الباطن لا ضرر أبداً في منعه؛ فيجب الامتنال لما ورد بشأنه من قوانين.

سابعاً: ألا يكون العقد الأصلي قائماً على الاعتبار الشخصي، إلا أن يقبل صاحب العمل في العقد الأصلي بالتعاقد من الباطن. وصحيح أن الاعتبار الشخصي لا يكاد يخلو منه عقد ولو بصورة ما؛ إلا أن المقصود هو أن يكون الاعتبار الشخصي أمراً جوهرياً في العقد، وهذا يعتمد على العرف

إثبات المقصود ونفيه؛ فلا يحصل شيء. ولا شك أن هذه الحرية في سلطان الإرادة هي التي تتفق وروح الدين؛ فالدين شرع لمصلحة الناس وتنظيم حياتهم، ومن مصلحتهم إطلاق الحرية لهم في عقد واشترط ما شاءوا، ما داموا لا يخلون حراماً ولا يحرمون حلالاً. ومن الحق أن أقول إن اعتبار الحنفية للعرف العام والخاص قد اقترب بهم كثيراً من نظرية حرية التعاقد والاشترط التي يأخذ بها الحنابلة، وكذلك المالكية بسبب اعتبارهم الشديد للمصالح. راجع ذلك مفصلاً في الدراسة المشار إليها ص (٢٦١-٢٩٦).

(١) رواه البخاري تعليقاً، ووصله أبو داود والترمذي. وسبق تخريجه.

(٢) راجع: عقد المفاوضة من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص (١٤-١٥).

(٣) سورة النساء: آية رقم (٥٩).

(٤) راجع: بحثي «تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين دراسة تأصيلية» بمجلة روح القوانين الصادرة عن كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد السابع والستين، يوليو ٢٠١٤م، الجزء الثاني، ص (٨٤٤-٨٦١).

بشكل كبير، ويختلف من تعاقد لآخر؛ ولذلك يجب أن تبحث كل حالة على حدة بشكل خاص^(١).

تلك هي ضوابط مشروعية التعاقد من الباطن، التي إن توفرت مع ما سبق من أركان وشروط كان التعاقد من الباطن مشروعاً وجائزاً؛ وإلا لم يجز.

المبحث السادس: العقود التي يجري فيها التعاقد من الباطن

العقود في الفقه الإسلامي - بل المعاملات كلها - شرعت لقضاء مصالح الناس وسد حاجاتهم ورفع الحرج عنهم^(٢)، ولكل عقد من العقود غرض وغاية يحققها، وقد قسم الفقهاء المعاصرون العقود المسماة (المعروفة في الفقه الإسلامي) بحسب الغاية والغرض المقصود من كل عقد إلى ست مجموعات على النحو التالي^(٣):

أولاً: عقود التملكيات، التي غرضها تملك عين أو منفعة. والبعض يقسمها إلى معاوضات (مبادلات) وتبرعات بالنظر إلى وجود عوض وعدمه. وأولها: البيوع بأنواعها، والإجارة، والجعالة، والصلح، والشفعة، والمسابقة، وقسمة المنافع، والهبة، والقرض، والعارية.

ثانياً: عقود التوثيقات أو الضمانات، التي يكون الغرض منها ضمان الحقوق لأصحابها. وهي الرهن، والحوالة، والضمان، والكفالة.

(١) راجع: عقد المقابلة من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١٥).
(٢) راجع: التيسير في المعاملات المالية ص(٥٥-٥٦).
(٣) راجع: الانتزاعات في الشرع الإسلامي للشيخ/ أحمد إبراهيم بك ص(٤٨-٥١)، والمدخل الفقهي العام (٥٦٧/١)، وما بعدها، فقرة (٥٨٣)، والمدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مذکور ص(٥٩٦-٦٠١)، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبدالكريم زيدان ص(٣١٢-٣١٣)، والشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود للدكتور/ بدران أبو العينين ص(٤٨٩-٤٩٢)، وبحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور/ عبدالستار أبي غدة ص(١٥٠-١٥٥)، ودراسات في المعاملات الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ إبراهيم عبدالرحيم ص(٨٢-٨٣)، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي: القسم الثاني النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمود بلال مهران ص(٣٥٣-٣٥٦)، والتيسير في المعاملات المالية ص(٦٧-٧٠).

ثالثاً: عقود الحفظ أو الاستحفاظ، التي غرضها حفظ المال. وهي الوديعة (أو الإيداع).

رابعاً: عقود المشاركات، التي يكون غرضها الاشتراك في تنمية المال، أو ما يخرج عن العمل. وتشمل الشركات بأنواعها كالمضاربة وشركات الأموال وشركات الأعمال والوجوه^(١)، والعقود الواردة على الزراعة كالمساقاة والمغارسة والمزارعة.

خامساً: عقود الإطلاقات، التي غرضها تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف. وهي الوكالة.

سادساً: عقود التقييدات، التي يكون الغرض منها منع أو تقييد شخص من تصرف كان مباحاً له من قبل. وهي الحجر.

وطبيعة التعاقد من الباطن التي تتطلب وجود عقد سابق (أصلي) ينبني عليه عقد آخر (فرعي) يقوم فيه المتعاقد من الباطن (الطرف الجديد) بالقيام بالتزامات المتعاقد المشترك التي تعاقد عليها في العقد الأصلي مع الطرف الأول - أقول: هذه الطبيعة تقتضي ألا يجري التعاقد من الباطن في جميع العقود، وإنما في بعضها دون البعض الآخر.

وهذه العقود التي يُتصور جريان التعاقد من الباطن فيها لا بد أن تكون مما يولّد حقوقاً والتزاماتٍ تقبل إنابة الغير في ممارستها أو تنفيذها، وتكون هذه الممارسة أو ذلك التنفيذ مما يتطلب فترة من الزمن للقيام به؛ بحيث يتسنى للطرف المشترك أن يسند القيام بتنفيذ الالتزامات إلى الغير^(٢)، وهو التعاقد من الباطن كما أوضحته من قبل.

(١) شركة الوجوه هي: الشركة التي تقوم على أساس الثقة المالية بالشركاء من قبل تجار الجملة، فيشتركون في التجارة ويقسمون الأرباح فيما بينهم حسب الاتفاق. انظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد عثمان شبيب ص(٣٣٣).

(٢) راجع: عقد المقاولة من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١٠)، والمقاولة الفرعية ص(١٦)، والعقد من الباطن في الفقه الإسلامي للماجد ص(٦٣).

أخلص من هذا إلى أن لدينا ضابطين لجريان التعاقد من الباطن في العقود:

أولهما: أن يكون العقد مما ينتج عنه حقوق والتزامات تقبل الإنابة في القيام بها.

وثانيهما: أن يكون هذا القيام مما يتطلب فترة من الزمن. وعلى ذلك إذا عرضنا العقود بالتقسيم الذي ذكرته آنفاً على هذين المعيارين نجد أن عقود التملكيات لا يدخل منها سوى الإجارة، والعارية. فالبيع لا يدخل؛ لأنه لا يتطلب فترة من الزمن للقيام به، وإنما هو نقل ملكية عين أو منفعة من شخص لآخر مقابل عوض، وينعقد بمجرد تلاقي القبول مع الإيجاب، ومثله الهبة وإن خلت عن العوض. وكذلك القرض لا يتطلب فترة من الزمن. والجمالة لا تحتاج إليه؛ لعدم اشتراط تعيين العامل فيها؛ فالقيام بالعمل فيها يقوم مقام القبول^(١). والصلح والشفعة يشترعان لأطراف معينين، وهم أصحاب المصلحة في كل منهما. ومثلها قسمة المنافع.

والمسابقة قد تكون كالجمالة، وقد يحدد فيها المتسابق؛ ومن ثم فلا ترد فيها الإنابة.

كذلك فإن بعض صور إجارة الأعمال كعقد العمل لا يدخلها التعاقد من الباطن؛ إذ يراعى فيه الاعتبار الشخصي للمتعاقد بصفاته ومؤهلاته وخبراته، كما أنه يخضع لإشراف ورقابة المتعاقد الآخر (صاحب العمل)^(٢).

(١) راجع: شرح الخرشي على خليل (٦٣ / ٧)، وأسنى المطالب لذكريا الأنصاري وحاشية الرملي الكبير عليه (٤٤٠ / ٢)، والروض المربع للبهوتي (١٧٢ - ١٧٣)، وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ/ علي الخفيف ص(٤٥٦ - ٤٥٧).

(٢) راجع: عقد المقاوله من الباطن للدكتور/ مصطفى الجارحي ص(١١)، والمقاوله الفرعية ص(١٧).

لكن عقد الاستصناع يجري فيه التعاقد من الباطن، والاستصناع فيه شبه من البيع ومن الإجارة، على الخلاف الوارد في تكيفه- كما سيأتي في موضعه- وهو عقد يتطلب فترة من الزمن للقيام بالالتزام فيه.

أما عقود التوثيق فلا يمكن أن يجري فيها التعاقد من الباطن؛ فالرهن يكون من المدين ليستوثق الدائن من دينه، والحوالة نقل للحق من ذمة إلى ذمة أخرى، ويبرأ بها المحيل، ولا يمكن للمحال أن يرجع على المحيل بعد عقد الحوالة^(١). وكل من الضمان والكفالة متعلق بشخص الضامن أو الكفيل؛ فلا يتصور فيهما التعاقد من الباطن.

وأما عقود الحفظ وهي الوديعة فيجري فيها التعاقد من الباطن؛ حيث يتصور فيها أن يستودع الوديع الوديعة عند غيره- كما سيأتي في الحديث عنها.

وعقود المشاركات يدخل التعاقد من الباطن بعض أنواعها، وبخاصة عقد المضاربة فيما إذا قام المضارب بإعطاء مال المضاربة لآخر يضارب به، وهذه الصورة ذكرها الفقهاء قديماً. كما يتصور دخوله عقود المزارعة والمساقاة والمغارسة. وإن كان كثير من أنواع من الشركات لا يتصور فيها التعاقد من الباطن للاعتبار الشخصي كشركات الأموال والأعمال والوجوه، وكذا الشركات التجارية المعاصرة كالتضامن، والتوصية البسيطة، والمحاصة، والمساهمة، وذات المسؤولية المحدودة، والتوصية بالأسهم^(٢).

فإذا انتقلنا لعقود الإطلاقات وهي الوكالة وجدنا أن التعاقد من الباطن يجري فيها، وقد تكلم الفقهاء فيما إذا وكل الوكيل غيره فيما وكل فيه.

(١) راجع: بدائع الصنائع للكاساني (١٧/٦)، والعناية شرح الهداية للبايرتي (٧/٢٤١)، وشرح الخرشبي على مختصر خليل (٦/١٩)، والشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي (٣/٤٢٧)، وأسنى المطالب (٢/٢٣٢)، وشرح المحلي على المنهاج (٢/٤٠١)، والروض المربع (٢/٨٥-٨٦)، ومطالب أولي النهى للرحبياني (٣/٣٢٨).

(٢) راجع في تعريف هذه الشركات: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور/ عبدالعزيز الخياط (٢/٧١-٨٦)، وشركة الأعمال وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقوانين الوضعية للدكتور/ عماد عبدالحفيظ الزيادات ص(٥٧-٦٠).

أما عقود التقييدات كالحجر بأنواعه فلا يدخلها التعاقد من الباطن، ولا يتصور فيها لتعلقها بالأشخاص المعنيين بها.

أخلص من ذلك إلى أن التعاقد من الباطن يجري في العقود التالية:

- عقد الإجارة.
 - عقد الاستصناع.
 - عقد العارية.
 - عقد الوديعة.
 - عقد المضاربة.
 - عقود المزارعة والمساقاة والمغارسة.
 - عقد الوكالة.
- ويضاف إليها من العقود الحديثة: عقود المقاوله، والتوريد، والصيانة، على ما سيأتي بعدُ من تكييفها وبيان حقيقتها.

* * *

المبحث السابع: أحكام التعاقد من الباطن فيما يجري فيه من عقود
وأتناول ذلك من خلال تسعة مطالب تشمل العقود التي يجري فيها التعاقد من الباطن على النحو التالي:

- المطلب الأول: عقد الإجارة من الباطن.
- المطلب الثاني: عقد الاستصناع من الباطن.
- المطلب الثالث: عقد المقاوله من الباطن.
- المطلب الرابع: عقد التوريد من الباطن.
- المطلب الخامس: عقد الصيانة من الباطن.
- المطلب السادس: عقد الإعارة من الباطن.
- المطلب السابع: عقد الوديعة (الإيداع) من الباطن.

المطلب الثامن: عقد المضاربة من الباطن^(١).

المطلب التاسع: عقد الوكالة من الباطن.

المطلب الأول: عقد الإجارة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف الإجارة.

الفرع الثاني: مشروعية الإجارة.

الفرع الثالث: صورة الإجارة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الإجارة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المؤجر للإجارة من الباطن.

الفرع السادس: التأجير من الباطن بمثل الأجرة أو بأقل أو أكثر منها.

الفرع السابع: على من يكون الضمان في الإجارة من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف الإجارة:

الإجارة في اللغة: اسم من أَجَرَ يَأْجُرُ، وهي ما أعطيت من أجر في عمل، ويقال فيها: الأجارة بالضم أيضاً، وحكي الأجارة بالفتح. والأجر هو الجزاء على العمل، والأجر هو الثواب، والأجير: المستأجر (اسم مفعول)، والمؤجر: هو من استأجر غيره (اسم فاعل).

وفي القرآن: ﴿عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّاجٍ﴾^(٢)، أي: تكون أجيراً تعمل على غنمي ثمانية أعوام^(٣).

وفي اصطلاح الفقهاء: وردت عدة تعريفات لها، وكلها متقاربة؛ فعرفها الحنفية بأنها «بيع منفعة معلومة بأجر معلوم»^(٤).

(١) سأكتفي ببيان أحكام المضاربة من الباطن دون أحكام بقية الشركات التي يجري فيها التعاقد من الباطن كالمزارعة والمساقاة والمغارة؛ لأهميته، ولأن كثيراً مما ينطبق عليه لا يختلف كثيراً عن الشركات الأخرى.

(٢) سورة القصص: آية رقم (٢٧).

(٣) انظر: لسان العرب (٤/ ١٠-١١) مادة (أجر).

(٤) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٥/ ١٠٥).

وعرّفها المالكية بأنها «تمليك منافع شيءٍ مباحةً مدةً معلومةً بعوض»^(١).
وقال الشافعية: هي «عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة
بعوض معلوم»^(٢).

وعرّفها الحنابلة بأنها «عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من
عين معينة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم»^(٣).
فتلك التعريفات تدور كلها حول كون الإجارة بيع منفعة معلومة مباحة
لمدة معلومة بعوض معلوم. وهي إما إجارة أعيان (ويسمىها البعض إجارة
منافع)، وإما إجارة أعمال. فإجارة الأعيان كإجارة الدور والعقارات
والأراضي والسيارات ونحوها، وإجارة الأعمال كاستئجار أصحاب الحرف
والصناعات والموظفين ونحوهم^(٤).
الفرع الثاني: مشروعية الإجارة:

الإجارة مشروعية بالكتاب والسنة والإجماع^(٥). فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿
فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(٦)، ومن السنة حديث أبي هريرة رضي
الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ثَلَاثَةٌ أَنَا
خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ،
وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ»^(٧)، وثبت عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه استأجر هو وأبو بكر رجلا هاديًا خريئًا ليكون دليلًا
لهما في الهجرة إلى المدينة^(٨).

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢ / ٤).
(٢) انظر: مغني المحتاج (٢ / ٣٣٢).
(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢ / ٢٤١).
(٤) انظر: التيسير في المعاملات المالية ص (٤٤٨ - ٤٤٩).
(٥) راجع: بدائع الصنائع (٤ / ١٧٣ - ١٧٤)، وشرح الخرشبي (٧ / ٢)، ومغني المحتاج (٢ / ٣٣٢)،
والمغني لابن قدامة (٨ / ٥ - ٦)، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (٣ / ٥٤٦).
(٦) سورة الطلاق: آية رقم (٦).
(٧) رواه البخاري في الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير، رقم (٢٢٧٠).
(٨) رواه البخاري في الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام،
رقم (٢٢٦٣).

والحاجة تدعو إليها؛ إذ تلبى حاجات الناس وتحقق مصالحهم، وفيها رفع للحرص عنهم؛ فليس كل أحد يملك بيتاً يسكنه، ولا سيارة يركبها، وليس كل أحد يقدر على جميع احتياجاته من خياطة ثوب أو إصلاح ثالف أو حمل شيء، ونحو ذلك.

الفرع الثالث: صورة الإجارة من الباطن:

أكثر ما يدخل التعاقد من الباطن عقد الإجارة يكون في إجارة الأعيان، كأن يستأجر شخص من آخر داراً لمدة معلومة وبأجرة معلومة، ثم يعمد المستأجر إلى شخص ثالث (مستأجر جديد) فيؤجر له العين المستأجرة لمدة معلومة وبأجرة معلومة تأجيراً من الباطن.

وعادة ما تكون مدة الإجارة من الباطن مقيدة بمدة الإجارة الأصلية؛ حيث إنه من أهم التزامات المستأجر تسليم العين المستأجرة عند انتهاء المدة المتفق عليها مع المؤجر.

ويمكن أن يدخل التعاقد من الباطن إجارة الأعمال في مثل الأجير المشترك كالخياط والميكانيكي والكهربائي ونحوهم من أصحاب الحرف بأن يدفع أحدهم ما تعاقد عليه من عمل إلى غيره للقيام به، على أن يظل هو المتعاقد مع المستأجر (طالب العمل).

الفرع الرابع: حكم الإجارة من الباطن:

لما كانت الإجارة بيعاً لمنفعة العين وتملياً لها؛ فإن المستأجر - وهو مالك المنفعة في إجارة الأعيان - يملكها في المدة المتفق عليها؛ ومن ثمّ قلّه أن يستوفي منفعته بنفسه أو بغيره.

ولذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة للغير^(١).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٦)، والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ص(٣٧٠)، وشرح الخرخشي (٧/ ١٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٧)، وحاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج

وخالف في ذلك الزركشي من الشافعية؛ حيث ذهب إلى أن المستأجر ليس له أن يؤجر العين المستأجرة لآخر إلا بإذن المالك، أو جريان العرف بذلك^(١).

وهذا الذي ذهب إليه الزركشي من اشتراط الإذن من المالك أو جريان العرف بذلك يُجاب عليه بأن هذا حق للمستأجر؛ لما سبق من كونه مالكاً للمنفعة؛ فله أن يستوفيها بنفسه أو بغيره.

وإذا كان تصرف المستأجر فيما يملكه وهو المنفعة في المدة المحددة؛ فلا يتوقف على شيء آخر.

كما أن عقد الإجارة ليس من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي غالباً؛ حيث إن لجوء المتعاقد الأصلي في مثل إجارة الأعمال إلى غيره لتنفيذ ما تعاقد عليه لا يعتبر عند طالب العمل إخلالاً بما تم التعاقد عليه.

كما أنه لا يخرج من دائرة التعاقد، ويبقى ملتزماً تجاه صاحب العمل^(٢).

ولكن من الحق أن أقول: إن الرجوع إلى المالك هنا يقطع مادة النزاع فيما بعد، ولربما كره المؤجر استيفاء منفعة عينه من شخص بعينه، فيعمد هذا الشخص إلى توسيط ثالث وهو المستأجر الأصلي ليتوصل بذلك إلى ما لا سبيل له إليه مباشرة من المؤجر.

وكذلك فإن جريان العرف بشيء يقطع النزاع فيه.

والشريعة تتشوف إلى قطع مادة النزاع وتقليله ما أمكن.

وفي جميع الأحوال فإنه يجب على المستأجر الأصلي إذا أراد تأجير العين المستأجرة لآخر من الباطن أن يلتزم بالقيود التي تم الاتفاق عليها مع المؤجر، فمثلاً إذا كان مستأجراً لدار للسكنى؛ فلا يجوز له أن يؤجرها

(١٣٢ / ٦)، وشرح الزركشي على مختصر الخري (٤ / ٢٣٤ - ٢٣٥)، وكشاف القناع (٣ / ٥٦٥).

(١) راجع: نهاية المحتاج (٥ / ٢٧٠ - ٢٧١).

(٢) راجع: المقالة الفرعية ص (١٩).

لأعمال تجارية، وإذا كانت السكنى لعائلة؛ فلا يؤجرها لعزاب، وإذا كانت محلا مستأجراً لنشاط تجاري معين؛ فلا يصرفه إلى غيره، وهكذا^(١).

بل إن الحنفية منعوا من بعض صور تأجير العين المستأجرة لآخر، وذلك في مثل من استأجر دابة ليركبها، أو استأجر ثوباً ليلبسه. قالوا: لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس.

فليس له أن يركب غيره أو يلبسه لا عن طريق الإجارة ولا عن طريق الإعارة، وإذا فعل كان ضامناً^(٢)؛ لما في ذلك من الاعتبار الشخصي.

ولذلك ذكر بعض الباحثين مجموعة من الضوابط يجب التقيد بها عند التأجير من الباطن، وهي^(٣):

- ١- أن تكون الإجارة من الباطن خلال مدة الإجارة الأصلية؛ فلا يؤجر المستأجر الأصلي لغيره أكثر من المدة التي أجرها هو من المالك.
- ٢- أن يكون المستأجر من الباطن مثل المستأجر الأصلي في استعماله للعين المستأجرة، وألا يضر بها لئلا يؤدي إلى ضرر المالك الأصلي.
- ٣- أن يلتزم المستأجر من الباطن بإعادة العين المستأجرة كما أخذها، وأن يستخدمها في الغرض الذي أجرها من أجله المستأجر الأول.
- ٤- أن يتحمل المستأجر الأصلي أية أضرار قد تنشأ عن المستأجر من الباطن.

وهذا فضلاً عما سبق ذكره في ضوابط التعاقد من الباطن من عدم وجود قانون يمنع من ذلك؛ وإلا وجب التقيد به ولم تجز مخالفته.

(١) راجع في هذا المعنى: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٦)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب (٥/ ٤١٧)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقى (٤/ ٢٣٤).

(٢) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٧).

(٣) انظر: ضوابط التأجير من الباطن للدكتورة/ أسماء فتحي عبدالعزيز ص (٢٦) بحث مقدم لمؤتمر «المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول» المنعقد بدبي في الفترة (٣١ مايو- ٣ يونيو ٢٠٠٩م).

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المؤجر للإجارة من الباطن:

إذا اشترط المالك على المستأجر ألا يؤجر العين المستأجرة لآخر، وأن يستوفي المنفعة بنفسه، فقد نص الحنفية على أن هذا الشرط لا يلزم المستأجر إلا فيما يختلف باختلاف المستعمل كركوب الدابة ولبس الثوب^(١). وذكر الحطّاب من المالكية أن رب الدابة لو شرط على المكتري ألا يكرهها لغيره أن هذا الشرط باطل، وله أن يكرهها لمثله أو أخف؛ لأن ما يستوفى به لا يتعين ولو عيّن^(٢).

وبطلان الشرط هو مذهب الشافعية أيضاً، قياساً على ما لو باعه عيناً وشرط عليه ألا يبيعهها^(٣).

ونص عليه الحنابلة كذلك، فقالوا: للمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله؛ لأنه ملك المنفعة بالعقد، فكان له التسلط على استيفائها بنفسه ونائبه، ولو شرط عليه استيفاءها بنفسه فسد الشرط ولم يلزم الوفاء به؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد؛ إذ مقتضاه الملك، ومن ملك شيئاً استوفاه بنفسه وبنائبه^(٤).

إلا أنني أرى أن هذا الشرط شرط صحيح، وإذا قبله المستأجر صار ملزماً له، ولا يجوز له أن يؤجر العين المستأجرة لغيره.

وذلك لأن هذا الشرط ليس منافياً لمقتضى العقد - كما يقول الحنابلة - لأن مقتضى العقد استيفاء المنفعة، والأصل في الاستيفاء أن يكون بالنفس، وليس بالغير.

فهذا الشرط لا يمنع المستأجر من استيفاء منفعته التي ملكها بالعقد لمدة محددة، وإنما يمنعه من تصرف زائد على الانتفاع وهو التصرف في هذه المنفعة للغير.

(١) راجع: حاشية ابن عابدين (٢٨ / ٦).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٤١٧ / ٥).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤٧٤ / ٣).

(٤) انظر: كشاف القناع (١٥ / ٤)، وأيضاً: مطالب أولي النهى (٣ / ٦٤٤).

يدل على ذلك منع الفقهاء التأجير من الباطن فيما إذا كانت العين المستأجرة مما يتفاوت استعمالها باختلاف المستعمل، كما نص الحنفية وغيرهم في استئجار الدابة والثوب- وسيأتي في مسألة الضمان مزيد بيان لتأكيد الفقهاء على ذلك، ولم يقل أحدٌ إن هذا ينافي مقتضى العقد وحرية المستأجر في استيفاء المنفعة التي ملكها بنفسه وبغيره!

وقياسه على ما لو باعه عيناً وشرط عليه ألا يبيعها- كما يقول الشافعية- قياس مع الفارق؛ لأن مقتضى البيع تملك العين؛ ومن ثمَّ حرية التصرف فيها بشتى أنواع التصرف، بخلاف تملك المنفعة دون العين، وهو أيضاً تملك مؤقت ومحدد بمدة معينة، ففارق البيع.

ولأن في هذا الشرط مصلحةً للمؤجر، وما كان من مصلحة العاقد فهو من مصلحة العقد.

وقد يكون للمؤجر غرض في التأجير لشخص بعينه، وعدم التأجير لغيره، وهذه منفعة معتبرة لا يسوغ إلغاؤها.

وهذا الذي أراه هو المنفق مع مبدأ حرية العقود والشروط الذي أخذ به الحنابلة- كما سبقت الإشارة إليه- وإن خالفوا في هذا الشرط! وقد لاحظ هذا ابن تيمية، فقال: «قياس المذهب فيما أراه أنها شروط صحيحة»^(١).

وقد ألمحتُ إلى أن الشارع الحكيم فوّض المتعاقدين في تحديد مقتضيات العقود وشروطها ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة ولا ينقض أصلاً من أصولها. وأنه لا يبطل من الشروط إلا ما كان منافياً ومناقضاً لمقصود العقد؛ لأنه حينئذ يكون جامعاً بين متناقضين، وهذا ليس متحققاً فيما نحن فيه.

(١) الفتاوى الكبرى (٥/ ٤٠٨).

وأن هذه الحرية في سلطان الإرادة هي التي تتفق وروح الدين الذي اعتبر مصالح الناس واحترام إرادتهم في اشتراط ما يشاءون، ما داموا لا يحلون حراماً ولا يحرمون حلالاً^(١).

وهو أيضاً المتفق مع قول النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢).

الفرع السادس: التاجير من الباطن بمثل الأجرة أو بأقل أو أكثر منها:

إذا كان للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لآخر من الباطن؛ فهل يؤجرها بمثل الأجرة التي أجرها بها، أو بأقل أو بأكثر منها؟

أولاً: لا خلاف بين الفقهاء في جواز أن يؤجر المستأجر العين المستأجرة لآخر (من الباطن) بمثل الأجرة التي أجرها بها، أو بأقل طالما أنه رضي بذلك؛ لأنه ملك المنفعة، ولا يحجر على الشخص في التصرف في ملكه بالعوض الذي يراه^(٣).

ثانياً: أما التاجير بأكثر مما أجرها به؛ فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

يرى الحنفية أنه لا يجوز التاجير من الباطن بأكثر من الأجرة الأولى، إلا أن يكون المستأجر الأصلي قد أحدث في العين المستأجرة زيادة تقابل مقدار التفاوت، أو إذا كان جنس الأجرة مختلفاً.

وإن أجرها بأكثر دون زيادة فيها أو بجنس الأجرة الأولى صح العقد وتصدق بالفضل.

(١) راجع: التيسير في المعاملات المالية ص(٢٩٤ - ٢٩٦).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: ضوابط التاجير من الباطن ص(٢٤). وراجع: المبسوط للسرخسي (١٣٠ / ١٥)، وبدائع الصنائع (٢٠٦ / ٤)، ومواهب الجليل (٤١٧ / ٥)، والحاوي الكبير للماوردي (٢٢٨ / ٩)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي للعراني (٣٥٤ / ٧)، وكشاف القناع (٥٦٦ / ٣)، ومطالب أولي النهى (٦١٧ / ٣).

وعللوا ذلك بأن المنافع لم تدخل في ضمان المستأجر الأصلي حتى مع قبضه لها؛ لأنها لو كانت داراً فانهدمت لم تلزمه الأجرة؛ فتكون الزيادة في الأجرة ربحاً حصل لا على ضمانه، وهو داخل في نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن^(١).

وقياساً على المستعير فإنه ليس له أن يؤجر العين المستعارة وإن كان مالكاً لمنافعها.

أما عند اختلاف جنس الأجرة؛ فلأن الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر إلا بالتقوّم، والعقد لا يوجب ذلك^(٢).

والتقييد بعدم التأجير بأزيد من الأجرة الأولى رواية عن أحمد. وكذا عنه رواية أخرى بما إذا زاد في العين المستأجرة أو عمل فيها شيئاً. وفي رواية ثالثة إن أذن له المؤجر^(٣).

ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في المذهب أن المستأجر الأصلي له أن يؤجر العين المستأجرة بالأجرة التي يراها وإن زادت؛ لأنه ملك المنفعة بالعقد فله أن يتصرف فيها كما شاء^(٤).

ولأن «من ملك الإجارة في حق نفسه لم تتقدر عليه الأجرة كالمالك، ولأن كل قدر صح أن يؤجر به المؤجر صح أن يؤجر به المستأجر كالمثل، ولأن كل حال جاز له العقد فيها بقدر جاز له الزيادة عليه، كما لو أحدث عمارة،

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٤)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٤)، والنسائي في كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، رقم (٤٦٣٠)، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، رقم (٢١٨٨)، وأحمد في مسنده (١٧٤/٢، ١٧٨، ٢٠٥) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(٢) راجع: المبسوط (١٣٠-١٣١)، وبدائع الصنائع (٢٠٦/٤)، والدر المختار (٢٩/٦).

(٣) راجع: شرح الزركشي (٢٣٥-٢٣٦)، والإنصاف للمرداوي (٣٤/٦).

(٤) راجع: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (١٤/٤)، والتاج والإكليل لمختصر خليل للمواق (٧/٥٢٢)، ومواهب الجليل (٤١٧/٥)، والحاوي الكبير (٢٢٨/٩-٢٢٩)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٣٥٤-٣٥٥)، وشرح الزركشي (٢٣٥/٤)، والإنصاف (٣٤/٦)، وكشاف القناع (٥٦٦/٣)، ومطالب أولي النهي (٦١٧/٣).

ولأنها منفعة ملكها بعوض؛ فصح أن يزيل ملكه بأكثر من ذلك العوض، كالزوج يجوز أن يخالع بأكثر من الصداق، ولأنها معاوضة على ملك نفسه فيما لا تراعى فيه المماثلة؛ فوجب أن يكون تقدير العوض إليه كالبيع»^(١).

والراجح عندي مذهب الجمهور بجواز أن يؤجر المستأجر العين المستأجرة بالأجرة التي يرضى بها، سواء كانت مثل الأجرة الأولى أو أقل منها أو أكثر منها؛ لأن المعاوضات المالية، بل المعاملات كلها مبناه على التراضي، وطالما أنه جاز له تأجيرها لأنه يملك منفعتها؛ فيجوز له تأجيرها بما يراه من أجرة.

وما ذهب إليه الحنفية من التعليل بأن الزيادة داخلة في ربح ما لم يضمن غير مسلم؛ فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه؛ فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه^(٢).

وتجوزهم تأجيرها بأكثر إذا زاد في العين المستأجرة يناقض قولهم بالمنع استناداً إلى كونه داخلاً في ربح ما لم يضمن؛ لأن المستأجر الأصلي إذا زاد شيئاً في العين المستأجرة فإنها لا تكون داخلةً في ضمانه كذلك.

وهم مختلفون فيما يعد من الزيادة المعتبرة في العين المستأجرة، وهذا باب لا ينضب.

وإذا جاز بالزيادة جاز بغيرها.

وما ذكره الحنفية من القياس على المستعير وأنه لا يجوز له أن يؤجر العين المستعارة وإن كان مالكاً لمنافعها؛ فهو قياس مع الفارق؛ لأن المستعير إنما لا يؤجر ما استعاره لما فيه من إلحاق الضرر بالغير من حيث إن المعير مستحق لعينه في كل وقت، والإعارة عقد غير لازم فله المطالبة بها مطلقاً، بخلاف الإجارة^(٣).

(١) الحاروي الكبير (٩/ ٢٢٨ - ٢٢٩).

(٢) انظر: المغني (٨/ ٥٦).

(٣) راجع: المبسوط (٧/ ٢٥).

كذلك فإن التقييد بإذن المؤجر، أو زيادة شيء في العين المستأجرة، أو كون الأجرة من جنس مختلف تقييد بغير مقيد، وينافي حرية المستأجر في استيفاء ما ملكه من منفعة بالشكل الذي يرتضيه.

بل إن الفقهاء ذهبوا إلى أكثر من ذلك؛ فأجازوا أن يأخذ المستأجر الأصلي بدل خلو من المستأجر الآخر؛ لكي يؤجر له العين المستأجرة، وذلك فيما إذا كانت العين المستأجرة محلاً مثلاً، وحقق له المستأجر الأصلي سمعة وشهرة، فيأخذ مقابلها فيما يدخل في الحقوق المعنوية، أو يكون المستأجر الأصلي قد دفع بدل خلو للمالك (المؤجر) ولا زالت مدة إجارته سارية، فيستعويض عن بقيتها بمبلغ من المال قل أو كثر، أو يكون بدل الخلو مقابل التنازل عن جزء من المنفعة كبقية مدة العقد، ونحو ذلك من الصور التي يجوز فيها بدل الخلو^(١)، حسب ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة، المنعقدة في جدة سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م^(٢).

الفرع السابع: على من يكون الضمان في الإجارة من الباطن؟

الأصل في المستأجر أن يده على العين المستأجرة يد أمانة؛ فلا يضمن تلفها إلا بالتعدي أو التصغير^(٣).

هذا هو الأصل؛ وعليه فيدُّ المستأجر الأول (الأصلي) يدُ أمانة في مقابلة المؤجر، ويدُّ المستأجر الثاني يدُ أمانة أيضاً في مقابلة مؤجره الذي هو المستأجر الأول.

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد عثمان شبير ص(٧٥-٧٧)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث بدل الخلو للدكتور/ محمد سليمان الأشقر (١/ ٦٠-٦١).

(٢) راجع: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي- جدة للدورات (١ - ١٠) القرارات (١ - ٩٧): قرار رقم (٣١ - ٦ / ٤) بشأن بدل الخلو ص(٧٢-٧٣).

(٣) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، ومواهب الجليل (٥/ ٤٢٧)، وأسنى المطالب (٢/ ٤٢٤-٤٢٥)، والمغني (٨/ ١١٣-١١٤)، وكشاف القناع (٤/ ٣٧).

والأصل كذلك أن يستوفي المستأجر الأصلي منفعته بنفسه. لكن هل إذا استوفى منفعته بغيره بأن أجر العين المستأجرة لآخر - بغض النظر عن كون تأجيرها من الباطن بمثل الأجرة الأولى أو بأقل منها أو بأكثر - تتغير صفة يده على العين المستأجرة؟

بعد البحث وجدت أن كلام الفقهاء ينطلق من كون العين المستأجرة مما يتفاوت الناس في استعمالها أو لا، فإذا كانت مما يتفاوت الناس في استعمالها، وقام المستأجر بتأجيرها من الباطن فإن يده تتحول من يد أمانة إلى يد ضمان.

وعلى هذا وردت نصوص الحنفية حيث نصوا على أن من استأجر دابةً ليركبها، أو استأجر ثوباً ليلبسه؛ فإنه يُمنع أن يُركبها غيره أو يلبسه غيره. قالوا: لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس، فليس له أن يُركب غيره أو يلبسه، وإذا فعل كان ضامناً^(١).

ومثل ذلك ورد عند المالكية في الثوب^(٢).

ونص الشافعية على أنه يشترط في كراء البهائم تعيين الراكب بالمشاهدة دون الصفة، فإن وُصف الراكب دون تعيين ولا مشاهدة لم تجز الإجارة؛ لاختلاف حال الراكب في بدنه وحركاته التي لا تُضبط بالصفة.

ثم قالوا: فإن أراد الراكب بعد تعيينه في العقد أن يبدل غيره بنفسه ليركب؛ فإن كان مثله في الثقل والحركة أو أخف منه جاز، وإلا لم يجز^(٣).

ومقتضى ذلك أنه لا يجوز التأجير من الباطن فيما يُركب ويتأثر بالراكب إذا كان المستأجر الثاني أزيد وزناً ونحوه من المستأجر الأول.

(١) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٧)، ومجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص(١٣).
(٢) راجع: التاج والإكليل (٧/ ٥٢١)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (٧/ ١٩)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦٥ - ٦٦).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٢٣٣).

وهو مفهوم كلام الحنابلة أيضاً؛ حيث نصوا على أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لمن هو أكثر ضرراً منه؛ لأنه لا يستحقه، ولا إيجارها لمن يخالف ضرره ضررَ المستأجر الأول^(١).

بل صرحوا بذلك حينما نصوا على أنه تعتبر مماثلة راكب لمأجور في طول وقصر، وفي خفة وتقل، فلا يركبها أطول ولا أثقل منه، معللين ذلك بأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه^(٢).

وعلى ذلك يمكنني القول بأنه إذا كانت العين المستأجرة مما يُركب أو يُلبس، ومثلها كل ما يتأثر بحسب الاستعمال ويتفاوت من شخص لآخر؛ فإنه لا يجوز تأجيره من الباطن إلا لشخص مساوٍ أو دون المستأجر الأصلي، وإن حدث التأجير من الباطن هنا فيكون المستأجر الأصلي ضامناً للعين المستأجرة بعدما كان أميناً.

وعليه فإذا تلفت العين المستأجرة هنا ولو بغير تقريط أو تعدٍ فإنه يضمنها لمالكها (المؤجر)؛ لأنه استعملها بواسطة الغير على غير الصفة التي أجرها عليها.

أما إذا كانت العين المستأجرة مما لا يتأثر عادة بحسب الاستعمال، ولا يتفاوت المستعملون لها كسكنى الدار، أو استعمال جهاز من الأجهزة الكهربائية أو الإلكترونية مثلاً فلا يضمن المستأجر الأصلي إلا في حالة التعدي أو التقصير.

وإذا كان التعدي أو التقصير من المستأجر الثاني فإنه يضمنها في مواجهة المستأجر الأول، ويضمنها المستأجر الأول بدوره في مواجهة المؤجر.

وإذا كانت العين المستأجرة سيارة مثلاً فإن ذلك يخضع في الغالب لقوانين المرور، التي تمنع أن يقود السيارة شخص غير المصرح له بذلك في عقد

(١) راجع: كشاف القناع (٣/ ٥٦٥ - ٥٦٦).

(٢) انظر: مطالب أولي النهى (٣/ ٦٤٤).

الإجارة. ولذلك يكون ضامناً في مثل هذه الحال؛ لمخالفته مقتضى عقد الإجارة المتفق عليه بحسب ما يسمح به القانون، غير ما قد يتعرض له من عقوبة تعزيرية بحسب القانون.

المطلب الثاني: عقد الاستصناع من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الاستصناع.

الفرع الثالث: صورة الاستصناع من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الاستصناع من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المستصنع الأصلي للاستصناع من

الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الاستصناع من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع:

الاستصناع لغة: طلب الصنعة. واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه.

والصناعة حرفة الصانع، وعمله الصنعة^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء نجد أنه لم يُفرد عقد الاستصناع بتعريف مستقل

سوى الحنفية؛ حيث إن الجمهور اعتبروه صورة من صور السلم؛ ولذلك لم

يضعوا له تعريفاً خاصاً^(٢).

وعرفه بعض الحنفية بأنه «عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل»^(٣).

وعرفه ابن عابدين بقوله: «طلب العمل منه في شيء خاص على وجه

مخصوص»^(٤). وبمثله عرفه صاحب مرشد الحيران، غير أنه زاد «مادته

(١) انظر: لسان العرب (٢٠٩ / ٨) مادة (صنع)، والمعجم الوسيط ص(٥٢٥ - ٥٢٦) مادة (صنع).

(٢) راجع: مواهب الجليل (٤ / ٥٣٩ - ٥٤٠)، وحاشية قليوبي على شرح المحلي (٢ / ٣١٦ - ٣١٧)، والإنصاف (٤ / ٢٩٩ - ٣٠٠).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥ / ٢).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٥ / ٢٢٣).

من الصانع»^(١). وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه «عقد مقاوله مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً»^(٢).

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا من المعاصرين بقوله: «عقد يشتري به في حال شيء مما يصنع صنغاً يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد»^(٣).

وأرى أن أولى التعريفات أن نقول: «عقد على مبيع في الذمة، يشترط فيه العمل على وجه مخصوص، وأن تكون مادته من الصانع».

وهذا التعريف قريب مما اختاره بعض المعاصرين^(٤)، مع زيادة «أن تكون مادته من الصانع»؛ لأن هذا أمر جوهري فيه؛ إذ لو كانت المادة من المشتري فإنه يكون إجارة أعمال، وليس استصناعاً.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الاستصناع:

يوجد اتجاهان في الفقه الإسلامي في تكيف عقد الاستصناع:

الاتجاه الأول: وهو رأي الحنفية، وهم يعتبرون أن الاستصناع عقد مستقل^(٥).

وهو مستثنى عندهم من بيع المعدوم المنهي عنه، كالسلم؛ وذلك للحاجة إليه والمصلحة العامة استحساناً^(٦).

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً نقش عليه «محمد رسول الله» ليختم به رسائله^(٧).

(١) انظر: مرشد الحيران مادة رقم (٤٦٢) ص (٧٤).
(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية مع درر الحكام (١١٤/١) مادة رقم (١٢٤).
(٣) انظر: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة ص (١٧).
(٤) انظر: عقد الاستصناع أو عقد المقاوله في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور/ كاسب البدران ص (٥٩-٦٠)، وعقد الاستصناع للدكتور/ ناصر النشوي ص (١٤٩).
(٥) راجع: بدائع الصنائع (٢/٥)، وأيضاً: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ علي محيي الدين القره داغي ص (١٣٠)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ سعد الخثلان ص (١٣٥)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي ص (٢٣٠).
(٦) انظر: عقد الاستصناع للزرقا ص (٢٢)، وعقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف ص (١١٨-١١٩).

وقد فسروه بأنه أوصى بصنعه فصنع له^(٢).

كما استدلت الحنفية على مشروعيتها بالإجماع العملي^(٣)، وهو تعارف الناس وتعاملهم به دون نكير، وقد رُوِيَ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»^(٤).

الاتجاه الثاني: وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، ويعتبرون أن الاستصناع من قبيل السلم^(٥).

وبما أنهم اعتبروا الاستصناع صورة من صور السلم؛ فقد اشترطوا له ما يشترط للسلم من شروط، ومن أهمها تعجيل الثمن، وانضباط صفاته وإمكانية تحديدها بالمقادير.

ولذلك فهم يصرحون بعدم جواز الاستصناع إذا فقد شرطاً من شروط السلم^(٦).

(١) رواه البخاري في كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، رقم (٥٨٧٦)، وكتاب الأيمان والنذور، باب من حلف على الشيء وإن لم يحلف، رقم (٦٦٥١)، ومسلم في كتاب اللباس والزينة، باب لبس النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً من ورق نقشه محمد رسول الله وليس الخلفاء له من بعده، رقم (٢٠٩١).

(٢) راجع: تبیین الحقائق (٤/ ١٢٣)، وأيضاً: عقد الاستصناع للزرقا ص (٢٢).

(٣) راجع: بدائع الصنائع (٥/ ٢-٣)، وتبیین الحقائق (٤/ ١٢٣)، وأيضاً: عقد الاستصناع للزرقا ص (٢٢-٢٣)، وعقد الاستصناع للنشوي ص (٢٥٥-٢٦١).

(٤) رواه أحمد (١/ ٣٧٩)، والطبراني في الأوسط (٤/ ٥٨) رقم (٣٦٠٢) عن ابن مسعود موقفاً بلفظ: «إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد صلى الله عليه وسلم فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون على دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه سيئاً فهو عند الله سيئ». وإسناده حسن، ولم يثبت مرفوعاً. انظر: نصب الراية للزبيدي (٥/ ٢٨٨-٢٨٩)، والدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني (٢/ ١٨٧).

(٥) راجع: المقدمات الممهدة لابن رشد (٢/ ٣٢)، ومواهب الجليل (٤/ ٥٣٩-٥٤٠)، وشرح الخرشبي (٥/ ٢٢٣-٢٢٤)، وحاشية قليوبي على شرح المحلي (٢/ ٣١٦-٣١٧)، والإنصاف (٤/ ٢٩٩-٣٠٠، ٥/ ٨٧)، وكشاف القناع (٣/ ٢٩٧). وأيضاً: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ القره داغي ص (١٢٠)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ محمد الأشقر (١/ ٢٢٥)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ سعد الخثلان ص (١٣٥)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي ص (٢٢٩-٢٣٠).

(٦) راجع: تكملة المجموع للشيخ محمد نجيب المطيعي (١٢/ ٢٠٧-٢٠٨)، والفروع (٤/ ٢٤)، والإنصاف (٤/ ٣٠٠)، وكشاف القناع (٣/ ١٦٥). وأيضاً: عقد الاستصناع للزرقا ص (١٧).

فهو سلم في الصناعات، وهو جائز على مقتضى مذهب الجمهور، لكن بشرط معلومية الخامات الداخلة في المنتج؛ إذ لا بد أن تكون منضبطة يمكن وصفها وتحديدها تحديداً دقيقاً.

والفقهاء حينما منعوا بعض السلع من جواز السلم فيها فإنما كان ذلك بناء على عدم قدرتهم على ضبط صفاتها، وتكلموا عن السلم في المختلط، ومنعوا منه.

لكن الآن أي سلعة يمكن الوقوف على محتوياتها وبأدق النسب، حتى أن جميع السلع يُدَوَّن عليها مكوناتها بمنتهى الدقة؛ ومن ثمَّ يجوز السلم فيها لانضباط صفاتها وإمكانية تحديدها بشكل دقيق.

كذلك فإن طريقة الإنتاج نفسها وبعد وجود المصانع ودخول التكنولوجيا في الصناعات بشكل كبير ودقيق يوفر إمكانية تحديد المنتج بمقاييس محددة تجعلنا نجيز السلم في الصناعات بلا إشكال^(١).

وهناك أقوال أخرى في اعتبار الاستصناع بيعاً، أو إجارةً، أو إجارةً ابتداءً وبيعاً انتهاءً، أو جعالةً، أو مواعدةً وليس عقداً^(٢).

وما أرجحه هو مذهب الحنفية في اعتبار الاستصناع عقداً مستقلاً، مع التأكيد على أن الاستصناع عقد على العين والعمل معاً من الصانع - كما مرَّ في تعريفه - وبذلك يفارق البيع الذي محله العين، والإجارة التي محلها العمل، والسلم الذي محله الذمة أو العين الموصوفة في الذمة^(٣).

(١) راجع: التطبيق المعاصر لعقد السلم للأستاذ/ محمد عبدالعزيز حسن زيد ص(٥٠ - ٥٢). وراجع أيضاً: تكملة المجموع للشيخ المطيعي (٢١٧/١٢)، والعرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة ص(١٣٢ - ١٣٣).

(٢) راجع: فتح القدير للكمال بن الهمام (١١٥ - ١١٧)، وعقد الاستصناع للدكتور/ كاسب البدران ص(١٢٧ - ١٣٤)، وبحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ القره داغي ص(١٢٤ - ١٣٤)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ محمد الأشقر (١/ ٢٢٥ - ٢٢٦)، وعقود المعاوضات المالية ص(١٢١)، وعقد الاستصناع للنشوي ص(٣٠٦ وما بعدها).

(٣) راجع: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ القره داغي ص(١٣٦ - ١٣٧).

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة المنعقدة في
جدة سنة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م^(١).

الفرع الثالث: صورة الاستصناع من الباطن:

لا شك أن لعقد الاستصناع أركاناً كسائر العقود، وهي: الصيغة،
والعاقدان: المستصنع والصانع، والمعقود عليه، وهو المستصنع، والثلث.

وبناءً على ما رجحته من كون الاستصناع عقدًا مستقلًا لا يخضع لشروط
السلم فإنه يجوز تأجيل الثمن كله أو بعضه، وهو ما قرره مجمع الفقه
الإسلامي الدولي في دورته المشار إليها آنفاً.

كما أن الاستصناع عقد على العين والعمل معاً - كما أشرت قبل - وإن
كان هناك خلاف بين فقهاء الحنفية في ذلك^(٢).

وقد اعتبر بعض المعاصرين أن القول بأن محل العقد هو العين دون
العمل يفتح الباب لاستثمار عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية، على
اعتبار أن الصانع هنا يمكنه دفع العمل لغيره، طالما أن المعقود عليه هو
العين الموصوفة، وليس الصنعة نفسها والعمل الذي يقدمه الصانع، والذي قد
يكون هو أساس اختياره^(٣).

والحق أن ذلك لا تأثير له غالباً؛ إذ العمل يكون موصوفاً وصفاً دقيقاً نافيًا
للجهالة، وخاصة مع التقدم والتطور التكنولوجي في مجال الصناعات؛ حيث
تم أغلبها آلياً فلا يكون هناك تفاوت يذكر بحسب الصانع نفسه، وقد أصبحت
للمصانع شخصية معنوية اعتبارية مستمرة ما استمر المصنع، وأن
الأشخاص بذواتهم ليس لهم تأثير في شخصية المصنع^(٤).

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة
للدورات (١ - ١٠) القرارات (١ - ٩٧): قرار رقم (٦٥ - ٧/٣) بشأن عقد الاستصناع
ص (١٤٤ - ١٤٥).

(٢) راجع: المبسوط (١٢ / ١٣٩)، وفتح القدير (٧ / ١١٥ - ١١٧)، وأيضاً: عقد الاستصناع للزرقا
ص (٣٠ - ٣١)، وعقد الاستصناع للدكتور/ كاسب البدران ص (١٥٦ - ١٦٠).

(٣) راجع: عقد الاستصناع للزرقا ص (٣١ - ٣٢).

(٤) راجع: بحث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ القره داغي ص (١٤٥).

اللهم إلا في بعض الصناعات القليلة، مثل تلك التي تعتمد على شخص الصانع نفسه، وهي الصناعات اليدوية، كالتعاقد مع خطاط مثلاً أو رسام ونحوهما.

وفي كلتا الحالتين فإن للمستصنع خيار الرؤية بعد تمام العمل، وله كذلك خيار الوصف وخيار العيب، فيمكنه عند حلول أجل التسليم ومعاينة المعقود عليه ألا يقبله إذا وجده مختلفاً عما تم الاتفاق عليه، أو وجد به عيباً أو خللاً. وعلى أية حال فإن الصانع إذا دفع العين المعقود عليها وما يرتبط بها من عمل وصنعة مطلوبة إلى غيره من الصناعات للقيام بالعمل المطلوب حسب المواصفات المحددة بينه وبين المستصنع فإن هذا يعتبر استصناعاً من الباطن.

وهو ما يعرف عند فقهاء المعاملات المالية والاقتصاديين الإسلاميين بالاستصناع الموازي، أو المتوازي - كما يعبر عنه البعض^(١).

وهو صيغة من صيغ الاستثمار والتمويل تلجأ إليها المصارف الإسلامية، وفيه يقوم البنك بالتعاقد مع مستصنع وهو المحتاج للسلع الصناعية، سواء أكان مستهلكاً أو تاجراً، باعتبار البنك هنا صانعاً، وذلك لصناعة سلع معينة بأوصاف محددة. ثم يقوم البنك بتعاقد آخر يكون فيه هو المستصنع (من الباطن) فيتعاقد مع صانع آخر أو مجموعة من الصانعين يتولون إنجاز السلع المطلوبة منه بنفس المواصفات التي اتفق عليها مع المستصنع الأول (المستهلك أو التاجر)، دون أن يكون هناك ارتباط بين العقدین، فلا توجد علاقة حقوقية أو مالية بين طالب السلعة الأول وبين الصانع الفعلي لها.

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(٣٠٤-٣٠٥)، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ الأشقر (١/ ٢٤٠-٢٤١)، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: معيار رقم (١١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ص(١٥٠).

ومن هنا كانت تسميته بالاستصناع الموازي؛ لدخول البنك في علاقة استصناع أخرى موازية للعلاقة الأولى ونتيجة عنها. وبعد استلام البنك للسلع من الصناع الفعليين بمقتضى التعاقد الثاني يقوم بتسليمها للمستصنع الأول بمقتضى التعاقد الأول. ويربح البنك هنا عن طريق تعجيل الثمن أو بعضه في التعاقد الأول، وتأجيله كله أو بعضه في التعاقد الثاني؛ فتكون مدة التمويل مضاعفة بالنسبة له.

كما أنه يضيف ما يراه لنفسه من ربح ينتج له من فارق الربح بين المعاملتين بعد حساب التكلفة. وهذا إذا أحسن استغلاله يكون باباً مهماً من أبواب الاستثمار للمصارف الإسلامية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: حكم الاستصناع من الباطن:

ينبغي ونحن بصدد بيان حكم الاستصناع من الباطن (أو ما يعرف بالاستصناع الموازي) أن نميز بين نوعين من أنواع الصناعة: النوع الأول: الصناعة الآلية. والنوع الثاني: الصناعة اليدوية.

أما الصناعة الآلية، وهي الغالبة على كثير من الصناعات اليوم، وتتم من خلال الآلات الصناعية والأجهزة والماكينات المتطورة، والتي يتلشى معها أي أثر لشخص الصانع ومؤهلاته الشخصية، بحيث يستوي فيها قيام صانع معين بمتابعة الصنع أو قيام غيره من الصناع- فهذه لا إشكال فيها؛ إذ المطلوب تسليم سلعة صناعية بمواصفات محددة. وهذه المواصفات لا تتأثر بشخص الصانع. ومن ثمَّ يكون تعيين صانع معين نوعاً من العبث.

(1) راجع: المراجع السابقة.

وهذا ما يحدث فيما تقوم به المصارف الإسلامية من الاستثمار عن طريق الاستصناع الموازي - كما سبق بيانه.

لكن ينبغي الحذر عند تطبيق الاستصناع الموازي من الربط بين العقدین، أو توكيل المستصنع الأول بالتعاقد على استصناعها أو قبضها أو الإشراف على صناعتها أو القيام بأي دور من شأنه أن يقلص دور البنك في عملية الاستصناع^(١).

لأن هذا قد يؤدي بالعملية إلى الصورية؛ ومن ثمَّ تتحول إلى مجرد إقراض بفائدة في صورة استصناع - كما يحدث للأسف في العديد من صيغ التمويل الإسلامية في النواحي التطبيقية في العديد من المصارف الإسلامية. ولذلك يجب أن يأخذ البنك بزمام المبادرة، فيكون لديه دائرة خاصة بالعمليات الاستصناعية، يأتي إليها طالبو السلع الصناعية (المستصنعون) لنحو بناء مبانٍ أو صيانتها أو تعبيد طرق أو مد سلك حديدية أو إنشاء مطارات ونحو ذلك، ويكون لتلك الدائرة الخاصة بالاستصناع علاقات مع الصناعيين والمقاولين ممن يستطيع تنفيذ مثل تلك الأعمال والصناعات، فيساومهم البنك عليها ويغدد معهم باعتباره مستصنعاً (من الباطن) وعلى مسؤوليته الشخصية^(٢).

وأما الصناعة اليدوية التي تكون فيها المؤهلات الشخصية للصانع موضع اعتبار، كأن يكون مثلاً خطاطاً معروفاً بمهارته وإتقانه، أو فناناً يقصد لذاته، ويختلف ثمن صناعته عن ثمن صناعة غيره ممن يشاركه في الصناعة نفسها؛ فهنا لا يجوز الاستصناع من الباطن^(٣).

(١) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ الأشقر (١/ ٢٤١)، والمعايير الشرعية: معيار رقم (١١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ص (١٥٠) معيار فرعي (٣/٧، ٤/٧).

(٢) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ الأشقر (١/ ٢٤١).

(٣) راجع: المرجع السابق (١/ ٢٣٤).

لأنه ستكون هناك اختلافات لا محالة بين الصانع المتعاقد معه وبين غيره، وبعض الصانع في بعض الحرف والصناعات يكون لوضع اسمه على العمل قيمة في ذاته، ولعل هذا مشاهد في مشاهير الخطاطين والرسامين ونحوهم.

أما لو كانت الصناعة اليدوية لا تتفاوت من صانع وآخر، أو لا يقصد الصانع فيها لذاته ومهاراته الشخصية الخاصة فيجوز التعاقد فيها من الباطن مع صانع آخر يقوم بها؛ إذ العبرة ستكون هنا للمواصفات المطلوبة، وليس لشخص الصانع^(١).

ويبقى بعد ذلك كله للمستصنع الأول خيار الرؤية حينما يسلمه الصانع المعقود عليه، فإذا رآه مختلفاً عما تم الاتفاق عليه فيحق له عدم قبوله بمقتضى خيار الرؤية، إضافة لخيار العيب في حال ظهور عيب في المعقود عليه.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المستصنع الأصلي للاستصناع من الباطن:

إذا اشترط المستصنع على الصانع أن يصنع الشيء بنفسه، أو حدد صانعاً معيناً فهو شرط صحيح يجب الالتزام به، وبخاصة في الصناعات التي تتفاوت بتفاوت الصانعين، وذلك في الصناعات اليدوية التي يعتبر فيها شخص الصانع ومهاراته الخاصة - كما سبق قريباً^(٢).

ولا شك أن هذا الشرط فيه مصلحة لأحد العاقدين، وقد سبق تقرير أن ما كان من الشروط من مصلحة العاقد فهو من مصلحة العقد، وهو شرط صحيح يجب الوفاء به؛ وإلا يحق للطرف الآخر طلب الفسخ.

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(٣٠٧).
(٢) راجع: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: بحث عقد الاستصناع للدكتور/ الأشقر (١/ ٢٣٤)، وراجع أيضاً: المقالة الفرعية ص(٢٠).

ولأنه شرط لا يصادم نصوص الشريعة ولا ينقض أصلاً من أصولها،
ولا ينافي مقصود العقد ومقتضاه.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الاستصناع من الباطن؟

إذا كان الاستصناع عقدًا على العين والعمل معًا من الصانع - كما قررته
أنفًا - فإن الصانع يكون ضامنًا ومسئولاً عن خطأه فيما تعاقد عليه مع
الطرف الأول (المستصنع)، فإذا خالف الشروط أو المواصفات المتفق عليها،
أو انحرف عن تقاليد الصنعة المتعارف عليها، أو قصر في العمل، أو حدث
أي خلل به أو عيب فإنه يكون ضامنًا له.

وهو ضامن أيضًا لأي خلل يتسبب به الصانع الفعلي الذي استصنعه (من
الباطن) في مواجهة المستصنع الأصلي؛ لأنه يعتبر بديلاً له.
ويتحمل كذلك تبعات تملك العين المستصنعة وقبضها ونفقات صيانتها قبل
تسليمها للمستصنع الأصلي^(١).

ويحق للمستصنع الأصلي خيار الرؤية عند تسلمه العين المستصنعة؛
حيث له عدم قبولها إذا ظهرت بخلاف المتفق عليه.
كما أن الصانع الفعلي (من الباطن) يكون ضامنًا ومسئولاً بدوره عما
تعاقد عليه في مواجهة المستصنع من الباطن، وإن كان ليس مسئولاً ولا
ضامنًا في مواجهة المستصنع الأصلي؛ حيث لا تعاقد ولا علاقة مباشرة
بينهما.

وإذا كان المتسبب هو الصانع (من الباطن)؛ فإن للمستصنع من الباطن أن
يرجع عليه بما تحمله في مواجهة المستصنع الأصلي.

* * *

(١) انظر: العقود المضافة إلى مثلها لعبدالله بن عمر بن حسين بن طاهر ص (١٢٢).

المطلب الثالث: عقد المقاولة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد المقاولة.

الفرع الثالث: صورة المقاولة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم المقاولة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للمقاولة من

الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في المقاولة من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة:

المقاولة لغة: مفاعلة من القول، فتقتضي مشاركة أكثر من شخص،

وتقاولا: أي تفاوضا وتجادلا^(١).

واصطلاحاً: المقاولة مصطلح حديث لم يكن معروفاً قديماً، وقد استعمله

القانونيون، وعرفه القانون المدني المصري: مادة رقم (٦٤٦) بأنه: «عقد

يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر

يتعهد به المتعاقد الآخر»^(٢).

وهناك تعريفات أخرى لا تختلف كثيراً عن هذا التعريف^(٣)، منها ما عرفه

به بعضُ المعاصرين بأنه «عقد على القيام بعمل موصوف وصفاً ناقياً

للجهالة مقابل أجر معلوم»^(٤).

(١) راجع: لسان العرب (١١/ ٥٧٧) مادة (قول)، والمصباح المنير ص(٥٢٠) مادة (قول).

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ عبدالرزاق السنهوري (٥/ ٧).

(٣) راجع: عقد المقاولة للدكتور/ عبدالرحمن العايد ص(٤٩- ٥٠).

(٤) انظر: عقد المقاولة في الشريعة والقانون للدكتور/ أحمد عبدالحكيم العناني، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م ص(٢٨) نقلاً عن: الرشوة في عقود المقاولات العامة في النظام السعودي، رسالة ماجستير بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض سنة ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م للباحث/ عبدالله بن نايف الجبلي المطيري ص(١٣).

والأول أشهر وأشمل، واختاره كثير من المعاصرين^(١).
والارتباط واضح بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي؛ فلا يتم عقد
المقابلة إلا بعد تفاوض حول العمل والأجر^(٢).
الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد المقابلة:
للقوف على التكيف الفقهي لعقد المقابلة لابد أن نذكر صورته أولاً.
وعقد المقابلة له صورتان:

الأولى: أن يقدم المقاول العمل والأدوات، كما في أغلب مقاولات البناء.
والثانية: أن يقدم المقاول العمل فقط دون الأدوات، كما في عقود الصيانة
التي يتكفل فيها صاحب العمل بتقديم قطع الغيار.
ومن هذه الصورة ما إذا قام صاحب العمل بتوكيل المقاول في شراء
الأدوات اللازمة وإحضارها^(٣).

وبالنظر إلى هاتين الصورتين نجد أن أولاهما تتفق مع عقد الاستصناع،
وقد سبق تعريفه بأنه «عقد على مبيع في الذمة، يشترط فيه العمل على وجه
مخصوص، وأن تكون مادته من الصانع».

صحيح هناك بعض الفروق المبنية على بعض الآراء فيما يتعلق
بالاستصناع، ككونه ينقلب سلماً عند أبي حنيفة إذا تم تحديد مدة معينة للتسليم
خلاقاً للصاحبين وما عليه مجلة الأحكام العدلية^(٤)، وككونه غير لازم

(١) راجع: عقد المقابلة للدكتور/ العايد ص(٥٠)، وعقد المقابلة للدكتور/ عجيل النشمي، بحث
بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، الجزء الثاني ص(١٤)، وعقد
المقابلة «الإنشاء والتعمير» حقيقته، تكيفه، صورته للدكتور/ محمد جبر الأنفي، بحث بالمجلة
نفسها والعدد ذاته ص(١٤٤)، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٢٩-١٤/٣)، وعقد
الاستصناع للدكتور/ النشوي ص(٣٧٤).

(٢) راجع: عقد المقابلة للدكتور/ عجيل النشمي ص(١٩-٢٠)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي
ص(٣٧٤).

(٣) انظر: عقد المقابلة للدكتور/ العايد ص(١٠١).

(٤) راجع: بدائع الصنائع (٣/٥)، وتبيين الحقائق (٤/١٢٤)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام
(١/٤٢٤).

للطرفين عند بعضهم خلافاً لأبي يوسف والمجلة كذلك^(١) - إلا أن الراجح في ذلك عندي هو جواز تحديد الأجل منعاً للنزاع، وكذلك القول بلزوم عقد الاستصناع للطرفين دفعا للضرر عن أي منهما^(٢).

وبذلك يكون عقد الاستصناع متفقاً مع هذه الصورة من صور المقاول، والتي يقدم فيها المقاول العمل والأدوات معاً.

أما الصورة الثانية للمقاوله فتتفق مع إحدى نوعي الإجارة، وهي إجارة الأعمال، ومع صورة الأجير المشترك على وجه التحديد؛ حيث يكون محل التعاقد عمل موصوف في الذمة، دون أن يلتزم المقاول بتقديم الأدوات، ودون أن يكون لصاحب العمل الحق في تملك نفع المقاول في جميع مدة العقد. وهذه هي إجارة الأجير المشترك^(٣).

وعلى ذلك فإن عقد المقاوله دائر في تكييفه الفقهي بين الاستصناع وإجارة الأجير المشترك، فإذا قُدّم المقاولُ العملَ والأدواتِ كان استصناعاً، وإذا قُدّم العملَ فقط كان إجارةً أجيرٍ مشترك^(٤).

وقد اعتبر بعضُ الفقهاء أن عقد المقاوله هو نفسه عقدُ الاستصناع^(١).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٥/ ٣ - ٤)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٦/ ١٨٦)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢٤ - ٤٢٥). أيضاً: عقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(١٢٧ - ١٣١).

(٢) وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة المنعقدة في جدة سنة ١٤١٢ هـ/ ١٩٩٢م راجع: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة للدورات (١ - ١٠) القرارات (١ - ٩٧): قرار رقم (٦٥ - ٧/٣) بشأن عقد الاستصناع ص(١٤٤ - ١٤٥). وقررت كذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معاييرها الشرعية: معيار رقم (١١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ص(١٤٦) معيار فرعي (١/٢/٢). وراجع كذلك في ترجيح القول بلزوم عقد الاستصناع: عقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(١٢٧ - ١٣١)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي ص(٤٧٦ - ٤٨٢).

(٣) انظر: عقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(١٠٧، ١١٩).

(٤) انظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور/ الصديق محمد الأمين الضرير ص(٤٦٧ - ٤٦٨)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(١١٩ - ١٢٠)، وعقد المقاوله للدكتور/ وهبة الزحيلي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، الجزء الثاني ص(٢١٥)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشوي ص(٣٨٨)، وعقد المقاوله في الفقه الإسلامي لإبراهيم شاشو، بحث بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٦) العدد الثاني ص(٧٤٧ - ٧٤٨)، وأيضاً: المعايير الشرعية: ملحق المعيار رقم (١١) بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ص(١٥٨).

والحقيقة أنهم نظروا إلى أحد نوعي المقاولة دون الآخر، فعقد المقاولة أعم وأشمل من عقد الاستصناع، فالاستصناع أحد نوعي المقاولة الذي يقدم فيه المقاول العمل والأدوات - كما مر^(٢).

الفرع الثالث: صورة المقاولة من الباطن:

وصورته أن يتعاقد طالب العمل (الطرف الأول) مع مقاول على عمل معين كإنشاء مبنى، فيتعاقد المقاول (الأصلي) مع مقاول ثان أو مقاولين على إنشاء المبنى كاملاً دون أن يقوم المقاول الأصلي بجزء من العمل، أو يتعاقد المقاول الأصلي مع غيره على إنجاز جزء من العمل، كأن يتعاقد مع مقاول للقيام بأعمال الكهرباء، ومع آخر للقيام بأعمال السباكة، ومع ثالث للقيام بأعمال النجارة ... وهكذا.

فقد تكون المقاولة من الباطن كلية أو جزئية^(٣).

ولابد هنا من التفرقة بين المقاولة من الباطن بالصورة التي بينتها، وبين تنفيذ العقد الأصلي من قبيل المقاول الأصلي، ولكن بواسطة مساعدين له.

فالمساعد شخص يتعاون مع المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته، وينطبق هذا على كل التابعين للمقاول الأصلي الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، والمساعد وإن كان قريباً من المقاول من الباطن؛ إلا أن الفرق الجوهرى بينهما يكمن في طبيعة العلاقة التي تربطه بالمقاول الأصلي، فالمساعد أو المستخدَم يرتبط بالمقاول الأصلي بواسطة عقد عمل، مما يجعله خاضعاً لإشرافه ورقابته، ويكون تابعاً له، وهو أشبه بالأجير الخاص. أما المقاول

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة للدكتور/ محمد رواس قلعه جي ص(١٣٨).

(٢) راجع: عقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(١١٩)، وعقد المقاولة للدكتور/ النشمي ص(٤٤)، وعقد الاستصناع للدكتور/ النشمي ص(٣٨٨).

(٣) راجع: المقاولة من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(١٦ - ٢٠)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٢٤٩)، وعقد المقاولة «الإشياء والتعمير» للدكتور/ محمد جبر الألفي ص(١٥٣)، وعقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني لزياد شفيق قرارية ص(٧٥)، والعقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٥).

من الباطن فيعمل مستقلاً، ولا وجود لعلاقة تبعية بينه وبين المفاوض الأصلي، ويعتبر بديلاً عنه، وهو أشبه بالأجير المشترك.

ويد الأجير الخاص كيد المفاوض الأصلي، وليست كذلك يد الأجير المشترك^(١).

وقد استقر التمييز عرفاً بين المساعد والبديل؛ فالأول يشارك في تنفيذ الالتزامات باعتباره جزءاً وتابعاً للمفاوض الأصلي، والثاني يتولى تنفيذ الالتزامات بدلاً من المفاوض الأصلي، ولكن دونما علاقة مباشرة مع صاحب العمل^(٢).

الفرع الرابع: حكم المفاوضة من الباطن:

التعاقد في المفاوضة يكون على إنجاز عمل معين؛ ولذلك يجوز للمفاوض أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن للقيام بالعمل المتفق عليه كله أو بعضه؛ لأنه تعاقدٌ توافرت فيه أركانه وشروطه فجاز كالعقد الأول.

ولأن عقد المفاوضة دائر بين الإجارة والاستصناع، وقد سبق تقرير جواز التعاقد فيهما من الباطن؛ فجاز في المفاوضة كذلك.

إلا إذا كانت شخصية المفاوض ومؤهلاته الشخصية معتبرة بحسب العرف؛ فهنا لا يجوز للمفاوض الأصلي أن يتعاقد من الباطن مع آخرين لإنجاز ما تعاقد عليه مع الطرف الأول^(٣). ولا يلزم صاحب العمل قبوله لتفاوت العمل والصنعة بين المفاوض الأصلي وغيره^(٤).

(١) انظر: عقد المفاوضة للدكتور/ النشمي ص(٧٠).

(٢) انظر: المفاوضة الفرعية ص(١٥).

(٣) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/ ٢٠٨ - ٢٠٩)، وعقد المفاوضة «الإنشاء والتعمير» للدكتور/ محمد جبر الألفي ص(١٥٤)، وعقد المفاوضة في الفقه الإسلامي لإبراهيم شاشو ص(٧٥٠)، والعقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٥ - ١٢٦).

(٤) راجع: الشرح الكبير على المقنع لابن أبي عمر المقدسي (٤٦٢ / ١٤).

ويعرف ذلك بالنظر في إرادة صاحب العمل، فإذا كانت إرادته قد اتجهت إلى أن يتم التنفيذ من المفاوض الأصلي فيتعين احترام هذه الإرادة، ويمتنع هنا عقد المفاوضة من الباطن.

ويتم التحقق من ذلك بالنظر إلى المؤهلات الشخصية للمفاوض، كما لو تعاقد شخص مع رسام لرسم لوحات فنية؛ فإن ذلك يتعين على ذلك الرسام (المفاوض الأصلي)؛ فلا تجوز فيه المفاوضة من الباطن.

أما إذا ظهر أن إرادة صاحب العمل إنما كانت متجهة إلى مجرد تنفيذ العقد دون اعتبار لشخص المنفذ - وهذا هو الغالب على أكثر المقاولات، وبخاصة في مجال البناء والتشييد وما يرتبط بها من أعمال - فإن المنفذ (المفاوض الأصلي) في هذه الحالة يمكن إبداله بالمفاوض من الباطن^(١).

على أن يكون كل من العقدين مستقلاً عن الآخر؛ لئلا يؤول الأمر إلى أن يكون وجود المفاوض الأصلي صورياً فقط؛ فيكون تحايلاً على الربا المحرم^(٢).

وأيضاً إذا لم يكن صاحب العمل قد اشترط على المفاوض الأصلي أن ينفذ العمل بنفسه - على ما سأبينه في الفرع التالي.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للمفاوضة من الباطن:

إذا اشترط الطرف الأول على المفاوض أن يقوم بالعمل المتفق عليه بنفسه فإنه يلزمه ويجب الوفاء بهذا الشرط^(٣). وقد صرح بذلك الحنفية^(١).

(١) انظر: المفاوضة من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٤٢-٤٣).

(٢) انظر: العقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٦).

(٣) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/٢٠٨-٢١١)، وعقد المفاوضة للدكتور/ عجيل النشمي ص(٦٩)، وعقد المفاوضة «الإنشاء والتعمير» للدكتور/ محمد جبر الألفي ص(١٥٤)، وعقد المفاوضة للدكتور/ وهبة الزحيلي ص(٢١٨)، وعقد المفاوضة «الإنشاء والتعمير» حقيقته، تكييفه، صورته للدكتور/ جاسم علي سالم الشامسي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، الجزء الثاني ص(١١٣)، والعقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٥-١٢٦).

ولا شك أن مثل هذا الشرط يهدف إلى حماية مصلحة مشروعة لرب العمل، أو لحماية ثقته بالمقاول الأصلي، خاصة حينما يتم التعاقد معه على أساس مؤهلاته الشخصية من الأمانة والخبرة والكفاءة وغيرها^(٢).

ولعل هذا يتضح فيما إذا تعاقد شخص مع خطاط معين لعمل لوحة إعلانات، أو طبيب معين لإجراء عملية جراحية، أو مهندس حاذق لتصميم بناء معين، ونحو ذلك مما يُقصد المقاول فيه بعينه، وليس مجرد أداء العمل^(٣).

ولزوم هذا الشرط هو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة^(٤)، وأطبقت عليه كلمة المعاصرين^(٥).

الفرع السادس: على من يكون الضمان في المقابلة من الباطن؟

لا شك أن المقاول الأصلي يكون ضامناً ومسئولاً عن خطأه فيما تعاقد عليه مع الطرف الأول (صاحب العمل) مسئولية عقديّة^(٦)، فإذا خالف الشروط أو المواصفات المتفق عليها، أو انحرف عن تقاليد الصناعة المتعارف عليها، أو قصر في العمل، أو حدث أي خلل به أو عيب فإنه يكون ضامناً له^(٧).

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٩ / ٢٨).

(٢) انظر: المقابلة من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٤٠)، وعقد المقابلة للدكتور/ النشمي ص(٦٩).

(٣) انظر: عقد المقابلة للدكتور/ النشمي ص(٦٩).

(٤) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢ / ٢٨٨ - ٢٨٩)، قرار رقم (١٢٩ - ٣ / ١٤).

(٥) راجع: المراجع والبحوث السابقة.

(٦) المقصود بالمسئولية العقدية: مسئولية المدين (المقاول الأصلي) في التزام عقدي عن فعل الأشخاص الذين يحلهم محله في تنفيذ الالتزام، أو الأشخاص الذين يستعين بهم في التنفيذ. فإذا ارتكب شخص منهم أي خطأ يترتب عليه عدم التنفيذ أو خلل فيه لم يكن بوسع الدائن (صاحب العمل) أن يرجع عليهم؛ لأنه غير متعاقد معهم، وإنما يرجع على المدين الذي استعان بهم فهو المتعاقد معهم. وهذه المسئولية تفرض وجود علاقة تعاقدية بين الدائن والمدين. راجع: المقابلة من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(١٣٠ - ١٣١).

(٧) والقول بتضمين المقاول يستند - فيما يستند إليه - إلى مسألة تضمين الصناع، وهي مسألة مشهورة في كتب الفقه، والصانع أجبر مشترك؛ فهو مقاول أيضاً بحسب ما بيناه سابقاً. وقد اختلف الفقهاء في تضمينه على أقوال، فذهب أبو حنيفة وزفر وهو المفتي به عند الحنفية - كما

كذلك فإنه مسئول وضامن لتسليم العمل المتفق عليه للطرف الأول،
والقيام بصيانتة حسب المتفق عليه.

وهو مسئول وضامن أيضاً بموجب مسؤوليته العقدية في مقابلة الطرف
الأول (صاحب العمل) للمقاول من الباطن، وما قد ينتج عن عمله من خلال أو
تقصير؛ لأن المقاول من الباطن يعتبر بديلاً له.

كما أن المقاول من الباطن يكون ضامناً ومسئولاً بدوره عما تعاقد عليه
في مقابلة المقاول الأصلي، وإن كان ليس مسئولاً ولا ضامناً في مواجهة
الطرف الأول (صاحب العمل) حيث لا تعاقد ولا علاقة مباشرة بينهما^(١).

صرح ابن عابدين- وهو مذهب الشافعية في الأظهر ومذهب الحنابلة أنه أمين ولا يضمن هلاك
ما بيده إلا بالتعدي أو التقصير، ونص أبو حنيفة والحنابلة على أنه يضمن ما تلف بعمله ولو
بغير قصد. وذهب الصحاح وهو قول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة إلى القول بتضمينه
ولو بغير تعد ولا تقصير، إلا إذا هلك بما لا يمكن التحرز منه كحريق ونحوه. وذهب المالكية
وهو قول لبعض الحنابلة إلى أنه يضمن حيث كانت تهمة وإن لم يكن بتعد أو تقصير، فإن
انتفت التهمة فلا ضمان عليه إلا أن يثبت تعديه أو تقصيره. وعدد المالكية شروطاً لتضمينه
استناداً إلى مراعاة المصلحة العامة وسد فرائع الفساد. والحق أن الأصل في الصانع أنه أمين
لا يضمن إلا ما تعدى فيه أو قصر؛ لأنه مأنون له في قبض العين المستصنعة، إلا أن هذا
الحكم الأصلي كان صالحاً حينما كانت الاستقامة وتقوى الله هي الغالبة على المجتمع، فلما
تغيرت الأحوال والظروف وغلب على الناس عدم الأمانة وانتشر الإهمال والتقصير تغير
الحكم ليكون ملائماً ومناسباً لما جُد من ظروف- والأحكام تتغير بتغير الأحوال والأزمان
والظروف- فقتضى عمر وعلي رضي الله عنهما بتضمين الصانع صيانة لأموال الناس، وسدًا
للذرائع، وتقديمًا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولما كان مناط تغير الحكم هو تغير
أحوال الناس وعدم الاطمئنان إلى أمانتهم فقد دل ذلك على أن العلة في تضمينهم هي التهمة؛
فحيثما وجدت التهمة حكماً بتضمينهم، وحيثما انتفت التهمة حكماً بأمانتهم وعدم تضمينهم،
وهو ما ذهب إليه المالكية وورد في قول عند الحنابلة. والمتأمل فيما ذهب إليه كثير من الفقهاء
القائلين بالتضمين في الجملة يجد أن اختلافهم كان تبعاً لما يغلب على ظنهم من وجود التهمة أو
انتفانها، وإن لم يصرحوا بذلك. وهذا القول الذي رجحته هو أكثر الأقوال انضباطاً، وما عداه
من أقوال في تضمين الصانع بُيئت على مصاديق مظنونة لقيام التهمة بالصانع، ولا تستند إلى
حجة قوية. راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، وتبيين الحقائق (٥/ ١٣٤)، وحاشية ابن عابدين
(٦١٠-٦١٦)، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفرأوي (٢/ ١١٧)،
وحاشية السوقي (٤/ ٢٨-٢٩)، وكشف القناع عن تضمين الصانع لابن رحال المعداني
المالكي ص(٧٦-٧٩)، وتحفة المحتاج (٦/ ١٨٠)، والمغني (٨/ ١٠٣)، والإنصاف (٦/ ٧٢-
٧٥)، وكشاف القناع (٤/ ٣٣-٣٥). وقد بحثت هذه المسألة بشيء من التوسع في كتابي
«التيسير في المعاملات المالية» ص(٥٢٧-٥٣٥).

(١) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/ ٧٥-٧٦)، وعقد المقاول من الباطن للدكتور/
مصطفى الجارحي ص(٧٦-٧٨، ١١٤-١١٦)، وعقد المقاول للدكتور/ العايد ص(٢٦١-
٢٦٤)، والمقاول من الباطن للدكتور/ غازي أبو عرابي ص(٦٧ وما بعدها، ١٢٤-١٢٩،

وضمنان المقاول الأصلي عند التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط، وكذلك ضمانه للعيوب والأخطاء التي يتسبب فيها، ومسئوليته عن عمل المقاول من الباطن هو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة^(١).

* * *

المطلب الرابع: عقد التوريد من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد التوريد.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد التوريد.

الفرع الثالث: صورة التوريد من الباطن.

الفرع الرابع: حكم التوريد من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للتوريد من

الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في التوريد من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد التوريد:

التوريد لغة: مصدر وَرَدَ يُورِدُ، وَوَرَدَ فُلَانٌ وَرُودًا: حضر، وأورده غيره واستورده: أحضره. ومنه الوِرْد: الماء الذي يُورِد، والإبل الواردة، والوِرَاد الذين يردون الماء. وأصل المادة يدل على معنيين: الموافاة إلى الشيء، ولون من الألوان^(٢). فالتوريد يعني إحضار الشيء.

ومواضع أخرى)، وعقد المقاوله للدكتور/ الزحيلي ص(٢١٨-٢١٩)، والعقود المضافة إلى مثلها ص(١٢٦)، وأيضا: عقد المقاوله للدكتور/ النشمي ص(٧٠، ٧٣).

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر (٢/ ٢٨٨-٢٨٩)، قرار رقم (١٢٩-٣/ ١٤).

(٢) راجع: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٦/ ١٠٥) مادة (ورد)، ولسان العرب (٣/ ٤٥٦-٤٥٩) مادة (ورد).

واصطلاحاً: عقد التوريد من العقود المستحدثة؛ ولذلك لا نجد له تعريفاً لدى الفقهاء القدامى. وقد عرفه المعاصرون بعدد من التعريفات، من أهمها: ما عرفته به القوانين الحديثة بأنه «عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يسلم بضائع أو خدمات معينة بصفة دورية أو منتظمة خلال فترة معينة لشخص آخر نظير مبلغ معين»^(١).

وأخذ عليه أنه قيده بأن يكون بصفة دورية أو منتظمة، وهذا يخرج بعض صور التوريد.

ولعل هذا هو ما يؤخذ كذلك على تعريف مجمع الفقه الإسلامي الدولي أيضاً؛ حيث عرفه بأنه «عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومةً مؤجلةً، بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه»^(٢).

وعرفه الدكتور/ عبدالله المطلق بأنه «عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين تسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين»^(٣).

ورجحه بعض من كتب في عقد التوريد^(٤)؛ لشموله جميع صور التوريد. وإن كان يؤخذ عليه أنه غير مانع؛ فقد يدخل فيه ما ليس منه.

ولذلك جاء تعريف الدكتور/ رفيق المصري جامعاً مانعاً؛ حيث عرفه بأنه «اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورّد إلى الآخر سلعاً موصوفة، على دفعة

(١) انظر: عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ رفيق المصري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، الجزء الثاني ص(٤٧٧) نقلاً عن القانون التجاري السعودي لمحمد حسن الجبر ص(٦٧).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية عشرة، الجزء الثاني ص(٥٧١) قرار رقم (١٠٧-١/١٢).

(٣) انظر: عقد التوريد دراسة شرعية، بحث بمجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر ١٤١٤هـ/١٩٩٣ ص(٢٥).

(٤) انظر: عقد التوريد والمقابلة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة «رؤية شرعية» للدكتور/ أحمد ذياب شويح، وعاطف أبو هرييد ص(٤).

واحدة أو عدة دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالبًا ما يكون مقسطاً على أقساط بحيث يدفع قسطاً من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع»^(١). وهو أفضل تعريف لعقد التوريد من وجهة نظري؛ لاستيفائه أركان التعريف الجيد.

وأياً ما كان الأمر فإن هذه التعريفات تفيد تحديد التزامات المورد بتقديم السلع أو الخدمات، وكذلك التزامات المورد إليه بدفع البذل (الثمن)، وترك تحديد زمن دفع البذل إلى الاتفاق أو العرف، وإن كان غالب الأحوال يكون دفع الثمن عند قبض المبيع^(٢).

وسمّي التوريد توريداً لأن العنصر الجوهرى فيه هو قيام المورد بإحضار السلعة إلى المورد إليه^(٣).

وعقد التوريد يشمل عقود التوريد الموحدة التي يمكن أن نسميها عقود الإذعان، كعقود توريد خدمات المياه والكهرباء والغاز والهواتف الثابتة ونحوها، وعقود التوريد الحرة التي يكون لكلا الطرفين فيها حرية إنشاء العقد وتحديد مضمونه وشروطه.

كما يشمل أيضاً عقود التوريد الإدارية التي يكون أحد الطرفين فيها شخصية معنوية، وعقود التوريد الخاصة التي يكون الطرفان فيها أفراداً أو مؤسسات خاصة^(٤).

ويشمل كذلك عقود التوريد الدولية التي يكون المورد فيها من خارج حدود الدولة، وعقود التوريد المحلية التي يكون فيها كل من المورد والمستورد من داخل الدولة^(٥).

(١) عقود التوريد والمناقصات ص (٤٧٧).

(٢) انظر: عقد التوريد في الفقه الإسلامى دراسة مقارنة لمر صالح دراغمة ص (٩).

(٣) انظر: المرجع السابق ص (٧).

(٤) انظر: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص (٣١ - ٣٢)، وعقد التوريد والمقولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص (٤ - ٥).

(٥) انظر: عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ المصرى ص (٤٧٧).

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد التوريد:

صورة عقد التوريد أن يتعاقد شخص (المورّد) مع آخر (المستورد) أو (المورّد له) على أن يقوم بتوريد سلع معينة وفق مواصفات محددة، في تاريخ محدد. وعادة لا يكون المورّد مالكا لتلك السلع قبل التعاقد مع المستورد، فإذا تعاقد معه عليها فإنه يكون قد باع ما لا يملك. كما أن كلا العوضين مؤجلان فيدخل في بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه^(١)(٢).

ولذلك عند محاولة التكيف الفقهي لعقد التوريد نجد أن المعقود عليه في عقد التوريد لا يخلو إما أن يكون سلعةً تتطلب صناعة، أو لا، فإن كانت تتطلب صناعةً؛ فلا بأس أن يتم التعاقد بينهما؛ لأنه يكون على سبيل الاستصناع^(٣). وقد سبق بيان جوازه وأنه لا يشترط فيه تعجيل الثمن.

أما إذا لم يكن محل عقد التوريد سلعةً تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة، ويلتزم المورد بتسليمها في الأجل المحدد؛ فإن ذلك يكون من قبيل السلم. ولا بد فيه من تعجيل الثمن كاملا في مجلس العقد^(٤).

وهذا ما قال به بعض المعاصرين^(١)، وقرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة^(٢).

(١) بيع الكالئ بالكالئ صورة من صور بيع الدين بالدين، والكالئ: هو الشيء المؤخر الذي لم يُقبض، كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر، فُشغِل فيهِ الذمّتان بغير فائدة. انظر: إعلام الموقعين (١/ ٢٩٣ - ٢٩٤).

وقد ورد النهي عنه في حديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي رواه عبدالرزاق في مصنفه (٨/ ٩٠)، والحاكم في المستدرک (٢/ ٦٥، ٦٦)، والدارقطني في سننه (٣/ ٧١، ٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٩٠)، وضعف إسناده أحمد والنووي وابن حجر وغيرهم، وإن كان معظم الفقهاء يستدلون به. راجع: المجموع (٩/ ٥٠٠)، ونصب الرأية (٤/ ٥١٣)، والتلخيص الحبير (٣/ ٦٢)، وسبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني (٢/ ٦٢).

(٢) انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة للخلّان ص(١٤٠ - ١٤١)، وأيضا: عقود التوريد والمناقصة لمحمد تقي العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، الجزء الثاني ص(٢١٣)، وهو منشور كذلك ضمن كتابه «بحوث في قضايا فقهية معاصرة» (٢/ ١٠٥).

(٣) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني (٢/ ١٠٥ - ١٠٦)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للخلّان ص(١٤٠)، وعقد المقاولة للدكتور العايد ص(٣٥٣).

(٤) انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة للخلّان ص(١٤١).

وإن كان الواقع أن أكثر الناس لا يعجلون للمورد الثمن كاملاً عند العقد وقبل توريد البضاعة^(٣).

ولذلك قالوا: يمكن أن يتم ذلك عن طريق الوعد غير الملزم؛ حيث يبدي المستورد رغبته للمورد في شراء سلعة معينة، ويعدده وعداً غير ملزم بشرائها إذا ما قام المورد بتوفيرها^(٤). وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته المشار إليها آنفاً^(٥).

وهذا يمكن تخريجه على بيع المرابحة للأمر بالشراء، وهو جائز إذا كان الوعد غير ملزم، وبشرط تملك المورد للسلعة تملكاً حقيقياً^(٦).

ويرى البعض أنه لا إشكال في ابتداء عقد التوريد على المواعدة الملزمة من الطرفين؛ فإن المواعدة ليست عقدًا باتاً، إنما هي موافقة الطرفين على إنجاز العقد في تاريخ لاحق، وهو يحتاج في ذلك التاريخ اللاحق إلى استكمال أركان العقد وشروطه، وأولها تلاقي الإيجاب والقبول؛ ومن ثم فلا تترتب على المواعدة ولو كانت ملزمة أية آثار للعقد إلا بعد انعقاده.

غاية الأمر أن للقاضي أن يجبر كلا الطرفين على الوفاء بوعده؛ وإلا كان مخالفاً، ويحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر فعليٍّ جرّاء خُلف الوعد.

ولا شك أن ورود الأعدار الحقيقية لأيٍّ من الطرفين وارد هنا ومانع من مطالبته بالتعويض^(٧).

(١) انظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية للدكتور/ محمد عثمان شبيب ص (١٣٥)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للختلان ص (١٤٠-١٤٢).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر (٢ / ٥٧١-٥٧٢)، قرار رقم (١٠٧-١ / ١٢).

(٣) انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة للختلان ص (١٤١).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر (٢ / ٥٧٢)، قرار رقم (١٠٧-١ / ١٢).

(٦) انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة للختلان ص (١٤١).

(٧) راجع: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني (٢ / ١١٠-١١١).

وقد التمس بعض الفقهاء المعاصرين ما يشبه عقد التوريد من المعاملات التي عرفها الفقهاء قديماً، وذكروا من ذلك ما يعرف ببيع الاستجرار، أو الشراء المستمر^(١).

كأن يتفق مع خباز على أن يشتري منه كل يوم عددًا معينًا من الأرغفة لمدة معينة، وهذا أجازته المالكية واعتبروه بيعًا؛ فلم يشترطوا تعجيل الثمن، وسموه بيعة أهل المدينة لاشتهاره بينهم، لكنهم يشترطون أن يكون البائع دائم العمل؛ وإلا صار سلمًا^(٢).

وأجازته كذلك الحنابلة، لكنهم اعتبروه سلمًا، واشترطوا تعجيل الثمن^(٣). وأيًا ما كان التكليف الفقهي لعقد التوريد فإن إشكاليته تكمن أولاً في أن المعقود عليه فيه لا يكون موجودًا وقت التعاقد، بل يُعتمد فيه على الصفة، وبذلك يكون داخلًا في بيع المعلوم الذي يؤدي إلى الغرر؛ ومن ثمّ التنازع^(٤).

والحقيقة أن عقد التوريد في جوهره عقد من عقود المعاوضات ينتهي بتمليك السلعة للمشتري، وتمليك الثمن للبائع. وهو من قبيل البيع بالصفة؛ إذ الوصف المحدد أو الأنموذج أو الرؤية السابقة غالبًا تكون هي وسيلة التعريف بالمبيع، وليس الرؤية التي تتم بعد تسليم المبيع^(٥).

(١) انظر: عقد التوريد للدكتور/ عبدالله المطلق ص(٣٥-٣٦)، وقضايا فقهية معاصرة للدكتور/ عبدالفتاح إدريس ص(١٧٠).

(٢) راجع: مواهب الجليل (٤/٥٣٨-٥٣٩)، والشرح الصغير (٣/٢٨٦)، ومنح الجليل لعليش (٥/٣٨٤-٣٨٥).

(٣) راجع: المبدع لبرهان الدين بن مفلح (٤/١٨٢)، وكشاف القناع (٣/٣٠٠).

(٤) راجع: عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية للدكتور/ عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، الجزء الثاني ص(٣٤٠).

(٥) راجع: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص(٣٤٩-٣٥٠).

وما عليه الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة وخلاف الأظهر عند الشافعية هو جواز بيع الغائب على الصفة إن ذُكرت أوصافه بما يدفع الغرر ويمنع التنازع^(١).

وعليه فلا يكون عقد التوريد داخلا في بيع المعدوم المنهي عنه، وهو الذي لا يُدرى يحصل أو لا؛ فهذا هو المنهي عنه لما يتضمنه من الغرر الذي لا يغتفر^(٢)؛ فإن المورد لا يبرم عقد التوريد إلا وهو واثق بحصوله على المبيع وفق الالتزامات الواردة في العقد^(٣).

والمستورد بالخيار على كل حال عند رؤيته - كما نص الحنفية والمالكية^(٤).

ومن قبيل المساواة ألا يلزم بدفع الثمن قبل استلام المبيع ولزوم البيع^(٥). وفي هذا يقول ابن القيم بحق: «ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كلام أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة؛ فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجودًا أو معدومًا»^(٦).

(١) راجع: البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ٨٣-٨٤)، والاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/ ٥)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٩٦)، وشرح الزرقاني على خليل (٥/ ٦٧-٦٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥٧)، وكشاف القناع (٣/ ١٦٣). وراجع أيضًا: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص (٣٥٧-٣٩١) ففيه استقصاء جيد، وكذلك: قضايا فقهية معاصرة للدكتور/ عبدالفتاح إدريس ص (١٧٧)، وعقد التوريد والمقولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص (١١-١٢).

(٢) راجع في ذلك: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص (٤٠٤-٤٠٧)، وعقد التوريد والمقولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص (١٤-١٥).

(٣) انظر: عقد التوريد والمقولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص (١٥).

(٤) راجع: المبسوط (١٣/ ٦٩-٧١)، والعناية (٦/ ٣٣٥)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٩٦).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٧).

(٦) إعلام الموقعين (٢/ ٧).

والإشكالية الأخرى في عقد التوريد هي غياب كلا العوضين عن مجلس العقد^(١)؛ مما يجعله يدخل في بيع الكالئ بالكالئ- كما سبق.

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى أن عقد التوريد وإن كان داخلا في بيع الكالئ بالكالئ الممنوع منه في قول سائر أهل العلم؛ إلا أنه يستثنى من ذلك المنع ما إذا كانت هناك حاجة عامة أو خاصة؛ إذ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، كما هو مقرر في القاعدة الفقهية^(٢)، وأن الغرر هنا يغتفر، ويعتبر سائغا في النظر الفقهي^(٣).

ونازع البعض في دخول عقد التوريد في بيع الكالئ بالكالئ، منطلقاً من تفسير بيع الكالئ بالكالئ كما ذكره الفقهاء، وهو أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به، فيقول: بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء، فيبيعه ولا يجري بينهما تقابض، أو أن يبيع الرجل ديناً على رجل بدين له على رجل آخر^(٤).

وهذا لا ينطبق على عقد التوريد، ولا يدل عليه منطوقاً ولا مفهوماً^(٥). وفي الحقيقة فإن إشكالية بيع الكالئ بالكالئ التي هي شغل كلتا الذمتين بلا فائدة غير متحققة في عقد التوريد؛ ذلك أن المستورد يفيد من عقد التوريد ضمان وصول البضائع التي يريدتها في الوقت المطلوب، بدلا من أن ينتظر إلى وقت وجودها فعلياً فترتفع أسعارها، وفي الوقت نفسه لا يرهق بدفع ثمنها مقدماً. وكذلك المورد يضمن توزيع بضائعه وتصريفها بمجرد

(١) راجع: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص(٣٥٢-٣٥٣).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص(٨٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر للحموي (١/٢٩٣)، ومجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام (١/٤٢) مادة رقم (٣٢)، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص(٢٠٩).
(٣) انظر: بحث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني (٢/١٠٦)، والتكليف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية ص(١٣٥-١٣٦)، وأيضا: عقد التوريد والمقاول في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة ص(١٢).

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباقي (٥/٣٣)، وسبل السلام (٢/٦٢).

(٥) انظر: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص(٤٠٣).

حصولها عنده. ومع سرعة الحركة التجارية والصناعية وما تشهده من منافسة شديدة يصبح التعامل بعقود التوريد من ضروريات الحياة. فهنا لا يسوغ أن نقول إن الذمتين قد شغلنا بلا فائدة؛ بل شغلنا بفائدة، وهي فائدة معتبرة، ونجد نظائر لها في بعض العقود المسماة، كعقد الإجارة الذي يعقد مثلا على الأعمال، أو على المنافع التي توجد شيئا فشيئا، فكأن المنفعة فيه مؤجلة، وكذا الأجرة التي قد تؤجل، وكذا عقد الجعالة^(١).

يقول الدكتور/ الصديق الضيرير: «ودعوى عدم الفائدة في ابتداء الدين بالدين غير مسلمة؛ فإن المشتري يصبح بالعقد مالكا للمبيع، والبائع يصبح مالكا للثمن، وكون التسليم يتأخر إلى أمد لا يذهب بفائدة العقد، ثم إن العاقل لا يقدم على عقد لا مصلحة له فيه، فلو لم يكن للعاقدين غرض صحيح في ابتداء الدين بالدين لما أقدموا عليه، والغرض الصحيح في هذا العقد متصور، فقد يعمد التجار لهذا النوع من البيع لضمان تصريف بضائعهم»^(٢).

ومع اشتداد الحاجة، بل الضرورة إلى عقود التوريد وقيام أغلب الصناعات والزراعات عليها، مع انتفاء الموانع من تعذر التسليم والجهل والخطر^(٣)، مع عدم المخالفة للنصوص - حسب ما انتهت إليه وانتهى إليه الكثيرون - وأن عقد التوريد يحقق منفعة لكلا الطرفين، ولا يتضمن غررا ولا غشا ولا ربا - فإن القول بمشروعيته هو الراجح كما قرره جميع المعاصرين، وإن تباينت تكييفاتهم الفقهية وطرقهم لإثبات تلك المشروعية.

الفرع الثالث: صورة التوريد من الباطن:

التوريد من الباطن: هو اتفاق بين المورد الأصلي ومورد آخر على أن يقوم الثاني بتنفيذ الأعمال المسندة إلى الأول أو جزء منها بعوض.

(١) راجع: عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ المصري ص(٤٨٤ - ٤٨٥).

(٢) الغرر وأثره في العقود ص(٣٣٤).

(٣) راجع: عقد التوريد للدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان ص(٣٩٣ - ٤٠٠).

والمورد من الباطن: هو من يتقبل من المورد الأصلي تنفيذ عقد التوريد أو بعضه بعقد يبرمه معه، ويعمل مستقلاً عن المورد الأصلي، ثم يسلم العمل بعد إنجازه^(١).

الفرع الرابع: حكم التوريد من الباطن:

الأصل أن يقوم المورد بتنفيذ العمل الذي تعهد به مع المستورد، وبالطريقة التي اتفق معه عليها في العقد، وطبقاً للشروط الواردة فيه^(٢).

فإذا كان عقد التوريد من قبيل الاستصناع، وهو عقد على العين والعمل معاً - كما سبق - فقد قررت سابقاً أنه إذا كانت الصناعة آلية - وهي الغالبة على كثير من الصناعات اليوم - فإنه لا إشكال فيها؛ إذ المطلوب تسليم سلعة صناعية بمواصفات محددة.

وهذه تتم من خلال الآلات الصناعية والأجهزة والماكينات المتطورة، والتي يتلشى معها أي أثر لشخص الصانع ومؤهلاته الشخصية. وهذا هو الغالب على عقود التوريد التي محل العقد فيها سلعة تتطلب صناعة.

أما إذا كانت الصناعة يدوية مما تكون فيها المؤهلات الشخصية للصانع موضع اعتبار؛ فهذه لا يجوز فيها الاستصناع من الباطن؛ وبالتالي لا يجوز فيها التوريد من الباطن.

لأنه ستكون هناك اختلافات لا محالة بين الصانع المتعاقد معه وبين غيره، وبعض الصانع في بعض الحرف والصناعات يكون لوضع اسمه على العمل قيمة في ذاته.

إلا إذا كانت الصناعة اليدوية لا تتفاوت من صانع وآخر، أو لا يقصد الصانع فيها لذاته ومهاراته الشخصية الخاصة؛ فيجوز التعاقد فيها من الباطن

(١) انظر: عقد التوريد للدكتور/ عبدالله المطلق ص(٥١).

(٢) انظر: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص(٥١).

مع صانع آخر يقوم بها؛ إذ العبرة ستكون هنا للمواصفات المطلوبة، وليس لشخص الصانع^(١).

أما إذا كان عقد التوريد من قبيل السلم، أو الوعد غير الملزم، أو الملزم على ما بينت سابقاً؛ فإن التعاقد هنا يكون على توريد سلع موصوفة في الذمة؛ ومن ثم فمحل التعاقد هنا تسليم تلك السلع، وهذا يعني أن شخص المورد ليس مراداً أصالةً في التعاقد؛ ولذلك فإنه إذا تعاقد مع مورد آخر من الباطن لتوريد السلع المطلوبة وفق المواصفات المحددة، وفي الوقت المحدد فلا بأس بذلك؛ بناءً على ما قررتُه في المطالب السابقة.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للتوريد من الباطن:

إذا اشترط المستورد على المورد الأصلي أن يقوم بالتوريد بنفسه فهو شرط صحيح، وبخاصة إذا كان التوريد من قبيل الاستصناع، وبصورة أخص في الصناعات التي تتفاوت بتفاوت الصانعين. فهذا شرط صحيح معتبر؛ لما فيه من مصلحة لأحد العاقدين، وقد سبق تقرير أن ما كان من مصلحة العاقدين فهو من مصلحة العقد، ويجب الوفاء به.

وهو شرط لا يصادم نصوص الشريعة ولا ينقض أصلاً من أصولها، ولا ينافي مقصود العقد ومقتضاه؛ فكان شرطاً صحيحاً - كما سبق تقريره. أما إذا لم تكن السلع المطلوب توريدها مستنعة، وإنما كانت سلعة موصوفة بمواصفات محددة؛ فإن هذا الشرط لا يكون مؤثراً حينئذ؛ إذ يكون وجوده كعدمه؛ لأن المورد هنا ملتزم أولاً وأخيراً بتوريد السلع المتفق عليها وحسب المواصفات إلى المستورد في الأجل المحدد، فسواء حصلها بنفسه أو

(١) راجع: المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(٣٠٧)، وأيضاً: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص(٥١-٥٢).

بغيره فلن يؤثر ذلك على المستورد في شيء، طالما أن المورد الأصلي هو من وردّها له بحسب الاتفاق؛ إذ الغالب أن العقد لا ينعقد إلا عند التوريد الفعلي، حيث يقوم المورد بتسليم المبيع ويقوم المستورد بتسليم الثمن. ومن ثمّ فلا أثر هنا لاشتراط قبول المستورد للتوريد من الباطن؛ لأنه لا علاقة مباشرة بين كلٍّ من المستورد والمورد من الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في التوريد من الباطن؟

لا شك أن المورد يكون ملتزماً تجاه المستورد بتنفيذ العمل الذي تعهد به، وتسليمه بعد إنجازه في الوقت المحدد، وكذلك ضمانه بعد تسليمه^(١). ويكون ضمانه في حالتي التعدي والتقصير فيما تم التعاقد عليه، فإذا سلم السلعة المتعاقد عليها مخالفةً للمواصفات المحددة ضمنها، ولا يلزم المستورد قبولها.

وقد سبق بيان أنه يحق للمستورد خيار الرؤية في هذه الحال. وكذلك يكون المورد ضامناً للعيوب التي تنقص بها قيمة السلعة عرفاً^(٢). وفي حال دفع المورد الأصلي المتعاقد عليه لمورد من الباطن يظل المورد الأصلي ضامناً لما سبق في مواجهة المستورد؛ لأن المورد من الباطن أجنبيٌّ عن المستورد، ولا علاقة مباشرة بينهما - كما هو مقرر. وفي الوقت نفسه يكون المورد من الباطن ضامناً في مواجهة المورد الأصلي، على اعتبار أن المورد الأصلي يكون بمثابة المستورد بالنسبة للمورد من الباطن.

* * *

المطلب الخامس: عقد الصيانة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

(١) انظر: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص(٥٠)، وراجع أيضاً: عقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٥٥-٣٦١).

(٢) انظر: عقد التوريد للدكتور/ المطلق ص(٥٣).

الفرع الأول: تعريف عقد الصيانة.
الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الصيانة.
الفرع الثالث: صورة الصيانة من الباطن.
الفرع الرابع: حكم الصيانة من الباطن.
الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للصيانة من الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الصيانة من الباطن؟
الفرع الأول: تعريف عقد الصيانة:

الصيانة لغة: الحفظ والوقاية، يقال: صَانَ الشيءَ يَصُونُهُ صَوْنًا وَصِيَانَةً وَصِيَانًا، إِذَا حَفَظَهُ، وَصَانَ الرَّجُلُ عَرَضَهُ: أَي وَقَاهُ مِمَّا يَعْيبُهُ^(١).
وإصطلاحًا: لا نجد تعريفًا للصيانة لدى الفقهاء القدامى، إنما تكلموا عن بعض صورها، وذلك كبيانهم للأعمال اللازمة لبقاء العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها. وأطلقوا عليها العِمَارَةَ، والمَرْمَمةَ، والتجديد والترميم، والإصلاح^(٢).

أما في الفقه المعاصر فالصيانة: مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها^(٣).

(١) راجع: معجم مقاييس اللغة (٣/ ٣٢٤) مادة (صون)، ولسان العرب (١٣/ ٢٥٠) مادة (صون)، والمعجم الوسيط ص(٥٣٠) مادة (صان).

(٢) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف للدكتور/ محمد عثمان شبير، بحث ضمن كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة» (٢/ ٧٤١-٧٤٢)، وعقد الصيانة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقانون للأستاذ/ محمد يونس البيرقدار ص(٤٠-٤١)، وراجع: حاشية ابن عابدين (٦/ ٤٣)، ومواضع أخرى، وشرح الخرشي على خليل (٧/ ٤٧)، والإنصاف (٦/ ٦٧).

(٣) انظر: معجم لغة الفقهاء للدكتور/ محمد رواس قلعه جي وآخرين ص(٢٥٠)، وصيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف (٢/ ٧٤١)، وعقد المقالة للدكتور/ العايد ص(٣٣١).

وعقد الصيانة عُرِّفَ بأنه: «عقد يلتزم فيه الخبير الفني بالقيام على الآلات والأجهزة في مدة محددة قيماً يحقق أداؤها لوظائفها بكفاءة، ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه إن لم تكن ملتزمةً من البائع»^(١).

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه «عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر، من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة، في مقابل عوض معلوم»^(٢).

ومن أفضل تعريفاته تعريف المرحوم الأستاذ/ محمد يونس البيرقدار، حيث عرفه بأنه «اتفاق على الأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها مقابل عوض»^(٣).

ولا شك أن عقود الصيانة صارت الآن ضروريةً ولا غنى عنها، خاصة مع تعدد سبل الحياة ومعطياتها، ومع ما أفرزه التقدم التكنولوجي من آلات ومعدات وأجهزة متنوعة ودقيقة، بحيث صار كل منها تخصصاً قائماً بذاته، وله المختصون به.

ومع ما تتطلبه الحياة المعاصرة من سرعة؛ فإن تعطل تلك الآلات أو المعدات ونحوها قد يسبب خسائر كبيرة؛ ولذلك فإن عقود الصيانة تعتبر في غاية الأهمية في عصرنا الحاضر^(٤).

وهي تشمل الصيانة الطارئة، والصيانة الوقائية أو الدورية^(٥).

(١) انظر: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ محمد المختار السلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، الجزء الثاني ص(١٣-١٤).

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة رقم (٩٤-٦/١١) بالجزء الثاني ص(٢٧٩).

(٣) عقد الصيانة في الفقه الإسلامي ص(٤٤).

(٤) راجع: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ المختار السلامي ص(١٢-١٥)، وعقد المعاوضة للدكتور/ العايد ص(٣٣١-٣٣٢).

(٥) انظر: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ محمد أنس الزرقا والدكتور/ سامي السويلم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، الجزء الثاني ص(١٩٣)، وعقد المعاوضة للدكتور/ العايد ص(٣٣٢).

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد الصيانة:

عقد الصيانة إما أن يكون تابعًا لعقد آخر، وإما أن يكون عقدًا مستقلًا: فإن كان تابعًا لعقد آخر، كما هو معروف الآن من وجود فترة ضمان تلتزم الشركة المنتجة للسلعة أو البائع بأعمال الصيانة خلالها؛ فهذا من قبيل الشرط في العقد^(١)، وهو جائز على مذهب الحنابلة، وكذا المالكية، وعلى مقتضى مذهب الحنفية أيضًا لجريان العرف به^(٢).

وإن كان عقد الصيانة مستقلًا فهناك عدة أقوال في تكيفه: **القول الأول:** أنه من قبيل إجارة الأعمال، والصائن بمثابة الأجير المشترك؛ لأن صاحب العمل لا يملك منفعة طويلة مدة العقد^(٣). واعتبره البعض من قبيل الأجير الخاص؛ لأنه يستحق أجره بمجرد مضي المدة ولو لم يعمل^(٤).

القول الثاني: أنه من قبيل الجعالة؛ وذلك لجهالة المعقود عليه في بعض صور الصيانة؛ حيث لا يمكن تحديد العمل المطلوب بشكل دقيق^(٥). **القول الثالث:** أنه من قبيل التأمين التجاري على الأشياء^(١).

(١) راجع: عقود الصيانة وتكيفها الشرعي للدكتور/ الصديق محمد الأمين الضرير، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، الجزء الثاني ص(١١٥-١١٧)، وعقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، الجزء الثاني ص(١٦١)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٣٣).

(٢) راجع: حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٧-٨٨)، ومواهب الجليل (٤/ ٢٨١، ٥/ ٣٩٦-٣٩٧)، والعقود لابن تيمية ص(٢٢٦)، وكشاف القناع (٥/ ٩١)، والممدخل الفقهي العام للزرقا (١/ ٤٨٠-٤٨١)، وأيضًا: عقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف ص(١٧٣-١٧٤)، وراجع بتوسع الكلام عن الشروط في العقد في كتابي «التيسير في المعاملات المالية» ص(٢٦٥-٢٩٤).

(٣) راجع: عقود الصيانة وتكيفها الشرعي للدكتور/ الصديق الضرير ص(١١١-١١٢)، وعقود الصيانة وتكيفها الشرعي للشيخ المختار السلامي ص(٢٣-٢٤)، وعقد الصيانة في الفقه الإسلامي للبيرقدار ص(٧٢)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٣٤).

(٤) راجع: عقود الصيانة وتكيفها الشرعي للدكتور/ الضرير ص(١١٢)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٣٤).

(٥) راجع: عقود الصيانة وتكيفها الشرعي للدكتور/ الضرير ص(١١٨-١٢١)، وعقود الصيانة وتكيفها الشرعي للشيخ السلامي ص(٢١)، وعقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف ص(١٥٠-١٥٢، ١٧٨-١٨١)، وعقد الصيانة في الفقه الإسلامي للبيرقدار ص(٦٢-٦٣)، وعقد المقاوله للدكتور/ العايد ص(٣٣٤).

وحاول القائلون بهذا القول إيجاد أوجه الشبه بين عقد الصيانة وعقد التأمين؛ حيث إن التأمين «عقد يلتزم فيه المؤمن 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 حال وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن»^(٢).

فقالوا: إن الصائن يلتزم بإصلاح الأعطال وتبديل الأجزاء التالفة حيثما لزم ذلك مقابل مبلغ مالي يدفعه طالب الصيانة، وهذا يشبه التأمين حيث يدفع طالب التأمين مبلغاً مالياً مقابل التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر أو الخطر في حال وقوعه للمستأمين^(٣).

وذهب البعض إلى أن عقد الصيانة قد يكون إجارة أعمال، وقد يكون جعالة بحسب صورته ومدى العلم بالمعقود عليه بشكل دقيق^(٤).

وقد اعتبر بعض الفقهاء المعاصرين أن الأولى أن يُكَيَّف عقد الصيانة على أنه عقد مستقل، من صنف إجارة الأعمال، مع تمييزه ببعض الخصائص، وفي مقدمتها جهالة العمل بشكل دقيق في بعض الصور، والتي تشبه جهالة العمل في الجعالة^(٥).

(١) راجع: عقود الصيانة وتكليفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(١٩٧-١٩٨)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٥).

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني (٧/ ١٠٨٤)، وعقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن للدكتور/ عباس حسني ص(٩-١١)، وحكم الشريعة الإسلامية في عقد التأمين للدكتور/ حسين حامد حسان، بحث منشور ص(٤٢١)، والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد عثمان شبير ص(٨٩)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور/ نزيه حماد ص(١٢٤-١٢٥).

(٣) راجع: عقود الصيانة وتكليفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(١٩٧-١٩٨)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٥-٣٣٦).

(٤) راجع: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف (٢/ ٧٤٤).

(٥) انظر: عقود الصيانة وتكليفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(٢٠٠).

والذي يبدو لي أن عقد الصيانة من قبيل إجارة الأعمال، وأن الصائن فيه بمثابة الأجير المشترك^(١)؛ لأنه لا يمكن أن يكون من قبيل الأجير الخاص لعدم ملكية طالب الصيانة لمنفعة الصائن طيلة مدة العقد.

ويمكن أن يستشهد لذلك بقول الله تعالى: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَاقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾^(٢)؛ حيث قال موسى عليه السلام للخضر: لو شئت لاتخذت على بناء الجدار المنهدم أجرًا. وهذا يدل على أن الصيانة من قبيل الإجارة^(٣).

ولا يشكل عليه ما يوجد في بعض الصور من حصول الصائن على أجرته ولو لم يعمل؛ لأنها تكون حينئذ مقابل الصيانة الدورية وهي معلومة مسبقًا، وقد يقتصر العمل فيها على مجرد الكشف عن حالة الآلة أو الجهاز، ثم إذا وجدت أعطال أو قطع تحتاج لاستبدال فإن ذلك يكون بحسابه بعد ذلك^(٤).

وإذا تضمنت أعمال الصيانة إبدال بعض الأجزاء أو القطع؛ فإن هذا يكون إما من قبيل الوكالة؛ حيث وكل طالب الصيانة الصائن في شراء ما يحتاج إليه، ويراعى فيه سعر السوق، أو إن كانت تلك القطع موجودة أصلاً عند الصائن فتكون من قبيل البيع، وهو عقد مستقل عن عقد الصيانة، ولا إشكال في ذلك.

أما القول بتكليف عقد الصيانة على أنه جعالة فلا يمكن قبوله؛ لما بينهما من فروق واضحة، أهمها عدم لزوم الجعالة بخلاف الصيانة، وعدم استحقاق

(١) والقانونيون يعتبرون عقد الصيانة صورة من صور عقد المقاولة، وقد مر بنا أن عقد المقاولة إما أن يكون استصناعًا أو إجارة أجير مشترك. راجع: عقود الصيانة وتكليفها الشرعي للدكتور/ الصديق الضرير ص(١٠٦-١٠٩).

(٢) سورة الكهف: آية رقم (٧٧).

(٣) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف (٢/ ٧٤٥).

(٤) راجع: عقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٤، ٣٣٧).

الجعل إلا بتمام العمل، وليس كذلك الصيانة في أغلب صورها، كذلك عدم اشتراط تحديد الأجل في الجعالة خلافاً للصيانة^(١).

وليست الجهالة التي قد ترد في بعض صور الصيانة مما تخرجها عن حد الإجارة، وإنما المعقود عليه يمكن تقديره في كل حال.

كذلك فإن القول بتكليف عقد الصيانة على أنه عقد تأمين تجاري لا يمكن قبوله؛ لأنه ربما لا ينطبق ذلك إلا في حال الصيانة الطارئة^(٢). ومع وجود فروق أيضاً؛ فإن موضوع عقد التأمين التعويض المالي عما يطرأ من ضرر أو تلف، أما موضوع عقد الصيانة فهو إصلاح ما يطرأ من عطل أو خلل^(٣). كما أن التأمين التجاري غير جائز عند جمهور المعاصرين؛ لما فيه من غرر فاحش^(٤)، وهو ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي^(٥).

وأياً ما كان الأمر فإن عقد الصيانة عقد جائز، وهو لا يخرج في مجموعه وفي صورته كلها عن العقود المسماة التي لا خلاف في جوازها في الجملة،

(١) راجع: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ الضيرير ص(١٢١-١٢٢)، وعقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ السلامي ص(٢١-٢٣)، وعقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(١٩٦-١٩٧)، وعقد الصيانة في الفقه الإسلامي للبيرقدار ص(٦٦-٧٠)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٤-٣٣٥).

(٢) انظر: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(١٩٨)، وعقد المقاولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٦).

(٣) انظر: عقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف ص(١٥٤). وراجع أيضاً: عقد الصيانة في الفقه الإسلامي للبيرقدار ص(١٣٣-١٣٥).

(٤) راجع: الغرر وأثره في العقود ص(٦٤٣-٦٥٨)، وعقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ص(٦٨-٧٢)، وحكم الشريعة الإسلامية في عقد التأمين ص(٤٤٦)، وما بعدها، وعقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي «دراسة مستوعبة لكافة وجهات النظر في عقدي التأمين التجاري والتعاوني» لأستاذنا المرحوم الدكتور/ محمد بلتاجي ص(٤٢-٤٣، ٥٣)، والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص(٩٨-١٠٤، ١١٠)، وفقه المعاملات المالية المعاصرة للختلان ص(١٦٩).

(٥) انظر: القرار الخامس الصادر عن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الأولى سنة ١٣٩٨ هـ بشأن التأمين بشتى صورته وأشكاله بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الرابعة، العدد السادس ص(٣٦٩-٣٧٧)، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية، المنعقدة بجدة سنة ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٥ م، قرار رقم (٢/٩).

ويُغتفر فيه بعض المخالفات لمقتضى تلك العقود، وخاصة إجازة الأجير المشترك في بعض الصور - كما سبق - وذلك لجريان العادة به، ولأن الحاجة داعية إليه بحسب مستجدات العصر، ولا يتضمن مخالفةً لنص من النصوص ولا قاعدة من القواعد المقررة، ولا يشتمل على غرر فاحش أو جهالة مفضية إلى النزاع^(١).

الفرع الثالث: صورة الصيانة من الباطن:

الصيانة من الباطن واردة وبكثرة في مثل أن يتفق طالب الصيانة مع الصائن الأصلي، سواء في حال كون عقد الصيانة تابعًا لعقد آخر، أو في حال كونه عقدًا مستقلًا على أعمال الصيانة، ثم يقوم الصائن الأصلي بالتعاقد من الباطن مع صائن آخر ليقوم بالتزامه كله أو بعضه تجاه طالب الصيانة، وقد يكون ذلك لصيانة دورية واحدة، أو لصيانة طارئة لمرة واحدة أو عدد من المرات، كأن يتعذر قيام الصائن الأصلي أو يشق عليه القيام بها بنفسه. وسبق ترجيح كون عقد الصيانة من قبيل إجازة الأعمال، وقد قررت أنفاً دخول التعاقد من الباطن في عقود الإجازة بنوعها إجازة الأعيان وإجازة الأعمال.

الفرع الرابع: حكم الصيانة من الباطن:

إذا كان عقد الصيانة - كما قررت - من قبيل إجازة الأعمال؛ فإن حكم الصيانة من الباطن يكون هو نفسه حكم الإجازة من الباطن، وقد سبق تقرير جوازها في الإجازة بنوعها.

كما أن عقد الإجازة ليس من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي غالباً، وأن لجوء الأجير إلى غيره لتنفيذ ما تعاقد عليه لا يعتبر عند طالب

(١) راجع: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ أنس الزرقا والدكتور/ السويلم ص(٢٠٧-٢٠٨)، وأيضاً تعقيب الشيخ محمد تقي العثماني ص(٢٤٥).

العمل إخلالاً؛ لأن الملاحظ هنا والمعتبر إنما هو العمل، وليس شخص المتعاقد (الصائن).

فقط يجب أن يكون الصائن من الباطن مؤهلاً للقيام بالعمل كالصائن الأصلي.

وعادةً أعمال الصيانة لا سيما للألات والأجهزة ونحوها تكون محددة الإجراءات واضحة الكيفية بما لا يجعلها غالباً تتفاوت بحسب الصائن.

كما أن الصائن الأصلي يحرص على التعاقد مع صائن آخر (من الباطن) في نفس مستواه وخبرته ومهارته؛ حفاظاً على اسمه وسمعته ومصداقيته لدى العملاء؛ وإلا خسرهم واحداً واحداً.

فإن كانت أعمال الصيانة مما يتفاوت أو كان الصائن من الباطن دون الصائن الأصلي في الخبرة والمهارة لم تجز الصيانة من الباطن هنا؛ لأنها حينئذ تكون إخلالاً بما تم الاتفاق عليه مع طالب الصيانة.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للصيانة من الباطن:

إذا اشترط طالب الصيانة على الصائن في عقد الصيانة أن يقوم بأعمال الصيانة بنفسه (ويدخل في ذلك كما سبق التنويه أن يقوم بالعمل بتابعيه من الموظفين والعمال ونحوهم) فلا يسعه أن يتعاقد من الباطن مع صائن آخر؛ لأن هذا شرط صحيح، ولا منافاة فيه لمقتضى العقد، بل إن فيه مصلحة معتبرة لطالب الصيانة، وقد سبق تقرير أن ما كان من مصلحة العاقد فهو من مصلحة العقد، وهو المتفق مع ما قررتُه آنفاً من اعتبار سلطان الإرادة وأنها تتفق مع مقاصد الشريعة، ومع النصوص والقواعد التي جاءت باحترام إرادة العاقدَيْن ووجوب الوفاء بشروط كل منهما^(١).

(١) راجع: فرع حكم اشتراط قبول المؤجر للإجارة من الباطن، وأيضاً: التيسير في المعاملات المالية ص(٢٩٤-٢٩٦).

لا سيما إذا كنا نتحدث عن مراكز متخصصة ولها سمعتها في مجال الصيانة، كمراكز صيانة السيارات بأنواعها، أو بعض الأجهزة الكهربائية كالغسالات والثلاجات ونحوها؛ فإن من يتعامل معها يدرك أن هناك فرقاً واضحاً بينها وبين سواها ممن ليس لهم نفس درجة التخصص.

وإن كان الواقع يشهد بأن قيام مثل تلك المراكز المتخصصة في الصيانة بالتعاقد من الباطن مع غيرها يكاد يكون غير موجود؛ فإن هذا مجال واسع للمنافسات وكسب السمعة والمصداقية لدى العملاء.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الصيانة من الباطن؟

لا شك أن الصائن يجب عليه إصلاح الخلل والأعطال، وإبدال المتفاسات، إضافة إلى التفتد الدوري لاكتشاف أية مشكلات^(١).

فإذا لم ينبه طالب الصيانة إلى الخلل المتوقع؛ فإنه ضامنٌ لما يترتب على تقصيره في أداء ما التزم به؛ لأنه لم يتعاقد مع طالب الصيانة إلا ليساعده على دوام قيام الأجهزة والآلات بوظائفها بشكل سليم، فإذا أخلَّ بواجبه فلم يحسن التأمل في جميع التجهيزات، أو لم يكن جاداً في تفقده الدوري، أو اطلع على خلل ولم ينبه عليه؛ فإنه يكون مقصراً ومخلاً بالتزاماته؛ ولذلك يكون ضامناً^(٢).

وبناءً على ذلك فإن الصائن إذا عهد بالصيانة لصائن من الباطن يباشر عمله بدلا منه فإنه يتحمل كل ما يتحمله الصائن الأصلي. وهذا يكون في مواجهة الصائن الأصلي.

أما طالب الصيانة فإنه يطالب من تعاقد معه وهو الصائن الأصلي؛ إذ لا علاقة مباشرة بين كل من طالب الصيانة والصائن من الباطن - كما سبق تقريره في أكثر من موضع.

(١) راجع: عقد المقولة للدكتور/ العايد ص(٣٣٩، وما بعدها).
(٢) انظر: عقود الصيانة وتكليفها الشرعي للشيخ السلامي ص(٣٣).

المطلب السادس: عقد الإعارة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد الإعارة.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الإعارة.

الفرع الثالث: صورة الإعارة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الإعارة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للإعارة من

الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الإعارة من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد الإعارة:

الإعارة لغة: مصدر أعار يعير، مأخوذ من التعاور وهو التداول، يقال: تعاورته الأيدي وتداولته، أي: أخذته هذه مرة، وهذه مرة. والمعير: من أعار غيره، والمستعير: من طلب الإعارة من غيره، والشيء المستعار: ما يُعار، ويسمى عارية، بتخفيف الياء وتشديدها، وعارة. كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب^(١).

واصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها «تمليك المنفعة بغير عوض»^(٢). وقريب

منهم تعريف المالكية؛ حيث قالوا: «تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض»^(٣).

وعرفها الشافعية بأنها «إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء

عينه»^(٤).

(١) راجع: لسان العرب (٤/ ٦١٨ - ٦٢٠) مادة (عور)، والمصباح المنير ص(٤٣٧) مادة (عور)، والمعجم الوسيط ص(٦٣٦) مادة (عار).

(٢) انظر: الهداية مع العناية (٣/ ٩)، وتبيين الحقائق (٥/ ٨٣).

(٣) انظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاص ص(٣٤٥)، والفواكه الدواني (٢/ ١٦٨)، والشرح الصغير (٣/ ٥٦٩).

(٤) انظر: أسنى المطالب (٢/ ٣٢٤)، وتحفة المحتاج (٥/ ٤٠٩).

وقال الحنابلة: الإعارة «إباحة نفع عين بغير عوض»^(١).

وأرى أن اتجاه كلٍّ من الشافعية والحنابلة في التعبير بالإباحة هو الأولى؛ فثمة فرق بين تملك المنفعة وإباحتها؛ فتمليك المنفعة تصرف يفيد ملك المنفعة، والملك حق يخول صاحبه الانتفاع به والتصرف فيه إلا لمانع، ويمنع غيره من الانتفاع به والتصرف فيه إلا لمسوّغ، وملك المنفعة يثبت إما تبعاً لملك العين، وإما لوجود سبب من الأسباب التي تقيد ملك المنفعة دون عينها.

أما إباحة المنفعة فتحول صاحبها حق الانتفاع بها فقط، دون التصرف فيها.

فتمليك المنفعة إذن أقوى من إباحتها، فمن يملكها يملك حق الانتفاع والتصرف كإعارة العارية لآخر، بينما لا يُملك بالإباحة سوى حق الانتفاع فقط، فالمستعير ليس له الحق إلا في مجرد الانتفاع بالعارية بنفسه فقط^(٢).

وهذا سينبني عليه حكم الإعارة من الباطن - كما سيأتي.

وقد زاد بعض المعاصرين قيلاً حسناً في التعريف، وهو «حال حياة المملّك»^(٣)؛ لإخراج الوصية بالمنافع؛ فإنها تكون بعد الموت، والوقف؛ إذ الأصل فيه التأبيد والدوام^(٤).

ومن ثمّ يمكن تعريف الإعارة بأنها «إباحة منفعة عين بغير عوض حال حياة المملّك».

(١) انظر: كشاف القناع (٤/ ٦٢)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٧٢٢).
(٢) انظر: عقد العارية في الفقه الإسلامي لعبدالله بن صالح العلي ص (٦٢-٦٣). وفيه بسط لأدلة الفريقين في كون العارية تملكاً للمنفعة أو إباحة لها ص (٧٧-٨٤).
(٣) انظر: المعاملات الشرعية المالية للأستاذ الشيخ/ أحمد إبراهيم بك ص (٢٣٢)، لكنه يرى كالحنفية أن العارية تملك للمنفعة، وتبعه عليه الأستاذ الشيخ/ علي الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية ص (٤٦١)، وانظر كذلك: عقد العارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي في البلاد العربية للدكتور/ عبد الحميد البعلبي ص (٢٧).
(٤) انظر: عقد العارية للدكتور/ عبد الحميد البعلبي ص (٣٦).

الفرع الثاني: مشروعية عقد الإعارة:

الإعارة مشروعية ومدنوب إليها لعموم قول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(١)، وقوله عز وجل: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٢)(٣).
وقوله سبحانه: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾^(٤)، حيث فسرها كثير من السلف بأنها ما يتعاوره الناس بينهم من الدلو والقدر والفأس ونحو ذلك^(٥).

واستعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعاً من صفوان بن أمية يوم حُنين، فقال: أغضب يا محمد؟ قال عليه الصلاة والسلام: «بل عارية مضمونة»^(٦).
وهناك نصوص أخرى^(٧). وهو إجماع العلماء^(٨).

الفرع الثالث: صورة الإعارة من الباطن:

صورة الإعارة من الباطن واضحة، وتعرض لها الفقهاء قديماً عند حديثهم عن إعارة المستعير العارية لآخر، حيث يقوم المستعير هنا بدور المعير مع عدم ملكيته للعارية.

الفرع الرابع: حكم الإعارة من الباطن:

اختلف الفقهاء في حكم الإعارة من الباطن على قولين:
القول الأول: أن المستعير له أن يعير العارية إذا كانت استعارته مطلقة؛ لأن العارية تملك للمنفعة فلما لكها أن يستوفيه بنفسه أو بغيره ما لم يكن

(١) سورة المائدة: آية رقم (٢).

(٢) سورة الحج: آية رقم (٧٧).

(٣) راجع: شرح الخرشي على خليل (١٢١ / ٦)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني (١٥٥ / ٣)، وكشاف القناع (٦٢ / ٤).

(٤) سورة الماعون: آية رقم (٧).

(٥) تفسير الطبري «جامع البيان عن تأويل أي القرآن» (٦٧٠ - ٦٧٧).

(٦) رواه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العور، رقم (٣٥٦٢)، وأحمد (٤٠٠ / ٣)، (٤٦٥ / ٦)،
والحاكم (٥٤ / ٢)، (٥١ / ٣) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وانظر: نصب الرأية (٢٢٢ / ٤)،
٢٤٥ - ٢٤٧.

(٧) راجع: عقد العارية للدكتور/ البعلبي ص (٢٨ - ٣٠).

(٨) راجع: المغني (٣٤٠ / ٧)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (١٥٤ / ٣)، ونيل الأوطار للشوكاني (٣٥٤ / ٥).

هناك تفاوت في الاستعمال. أما إذا كانت مقيدة، أو كانت مما يختلف باختلاف المستعمل لها كركوب الدابة وليس الثوب؛ فليس له ذلك. وهو مذهب الحنفية والمالكية^(١).

القول الثاني: أن المستعير لا يملك إعارة العارية إلا بإذن صاحبها، دون تفرقة بين أن تكون العارية مما يختلف باختلاف المستعملين أو لا؛ لأن عقد الإعارة عقد يقصد منه إياحة المنفعة فقط، وليس تمليكها، والمالك إنما أباح للمستعير الانتفاع؛ فلا يملك المستعير أن يبيع ذلك لغيره. وهذا قول الشافعية في الصحيح والحنابلة^(٢).

وعليه لو أعارها المستعير لغيره (من الباطن) يكون متصرفاً فيما ليس له حق التصرف فيه، ومخالفاً لمقتضى العقد.

ولصاحب العارية في كل حال أن يطالب بها من شاء منهما، أي المستعير الأصلي والمستعير من الباطن؛ لأنه ملكه وله المطالبة به متى شاء وممن شاء.

وما أراه راجحاً هو مذهب الشافعية والحنابلة؛ لما سبق من كون العارية إياحةً للانتفاع، وليس تملياً للمنفعة، كما أن الاعتبار الشخصي مراعى فيها بشكل ظاهر، فقد يعير الإنسان لشخص بعينه لاعتبارات شخصية ولتقته به، ولا يرضى أن يعير غيره.

كما أن الناس يتفاوتون في الاستعمال. كذلك فإن حق المعير في العارية لا ينقطع؛ إذ هي ملكه، وله المطالبة بها في كل وقت^(٣).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢١٥ - ٢١٦)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٧٩ - ٦٨٠)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٤٣٣ - ٤٣٤)، ومنح الجليل (٧/ ٥٠).
(٢) راجع: الحاوي الكبير (٨/ ٤٠٦)، والبيان (٦/ ٥١٧ - ٥١٨)، وحاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب (٢/ ٣٣٠)، وحاشية قليوبي على شرح المحلي (٣/ ١٩)، والفروع مع تصحيح الفروع (٤/ ٤٧٤ - ٤٧٦)، وكشاف القناع (٤/ ٧٢)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٧٣٩).
(٣) راجع: العقود المضافة إلى مثلها ص (١٩٣ - ١٩٤).

ويمكن الاستدلال كذلك بحديث «لا يحل مالُ امرئٍ مسلمٍ إلا بطيبِ نفسٍ منه»^(١)، والمال يشمل الأعيان والمنافع، والمعير هنا لم تطب نفسه بإعارة ماله للغير بغير إذنه^(٢).

وقياسها على الإجارة غير مسلم؛ لأن المستأجر يملك المنفعة من كل وجه فله أن يملكها غيره، بخلاف المستعير فلا يملك المعار من كل وجه، وإنما من الوجه المأذون له فيه فقط^(٣).

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المتعاقد الأصلي الأول للإعارة من الباطن:

إذا اشترط المعير على المستعير ألا يعير العارية لغيره إلا بإذنه فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمستعير هنا أن يعيرها للغير دون إذن المعير، وأنه يجب عليه أن ينتفع بها بنفسه دون غيره؛ فليس هناك اعتبار للدلالة في مقابلة التصريح^(٤).

واشترط المعير هنا اشتراط صحيح وملزم، حتى عند الحنفية والمالكية الذين أجازوا الإعارة من الباطن - كما سبق.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الإعارة من الباطن؟

اختلف الفقهاء في صفة يد المستعير على ما بيده من العارية على ثلاثة أقوال:

(١) رواه أحمد في مسنده (٥ / ٧٢)، والدارقطني في سننه (٣ / ٢٦)، والبيهقي (٦ / ١٠٠، ٨ / ١٨٢)، ورواه أيضًا ابن حبان والحاكم، وبعض أسانيدهم جيدة. انظر: نصب الرأية (٥ / ٤٠٥ - ٤٠٦)، والتلخيص الحبير (٣ / ١٠١).

(٢) راجع: العقود المضافة إلى مثلها ص (١٩٣ - ١٩٤).

(٣) راجع: عقد المقالة للدكتور العابد ص (٢٥٨)، والعقود المضافة إلى مثلها ص (١٩٣).

(٤) راجع: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٢ / ٣٦٧)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣ / ٤٣٣ - ٤٣٤)، والبيان (٦ / ٥١٧ - ٥١٨)، وكشاف القناع (٤ / ٧٢). وراجع أيضًا: العقود المضافة إلى مثلها ص (١٩١).

القول الأول: أن العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلا إذا تعدى أو قصر في حفظها. وهو مذهب الحنفية^(١).

قالوا: لأنه لم يوجد من المستعير سبب لوجوب الضمان؛ فلا يجب عليه، كالوديعة والإجارة.

ولأنه ورد في بعض روايات حديث صفوان بن أمية قوله: «عارية مؤداة»^(٢).

القول الثاني: أن العارية مضمونة على كل حال، وهو مذهب الشافعية والحنابلة^(٣).

واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة»^(٤)، وبحديث سمرة بن جندب مرفوعاً: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٥).

ولأن المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الإلتلاف؛ فكان مضموناً كالغصب، والمقبوض على سوم الشراء^(٦).

واستثنى الشافعية حالة الاستعمال المأذون فيه؛ لحدوث التلف عن سبب مأذون فيه فلا يضمن. ومثلوا لذلك بما إذا تعسرت دابة من ثقل حمل مأذون فهلكت بسببه^(٧).

(١) راجع: بدائع الصنائع (٦/٢١٧)، والعناية شرح الهداية (٩/٧-٨).

(٢) سبق تخريجه، وانظر: نصب الراية (٤/٢٢٢، ٥/٢٤٥-٢٤٧).

(٣) راجع: نهاية المحتاج وحاشية الرشيدي عليه (٥/١٢٦-١٢٧)، ومعني المحتاج (٣/٣١٩-٣٢٠)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٩٣)، وكشاف القناع (٤/٧٠).

(٤) سبق تخريجه قريباً.

(٥) رواه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العور، رقم (٣٥٦١)، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم (١٢٦٦)، وابن ماجه في الأحكام، باب العارية، رقم (٢٤٠٠)، وأحمد (٥/٨، ١٢، ١٣) من حديث سمرة بن جندب مرفوعاً، ورواه الحاكم (٢/٥٥) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

(٦) انظر: المغني (٧/٣٤٢)، وكشاف القناع (٤/٧٠).

(٧) راجع: حاشية الرشيدي على نهاية المحتاج (٥/١٢٦-١٢٧).

القول الثالث: وهو التفريق بين ما يغاب عليه (أي يمكن إخفاؤه وتغييبه) وما لا يغاب عليه؛ فإن كان المقبوض مما لا يغاب عليه كالعقار والدابة لا يضمه، وإن كان مما يغاب عليه كالعروض ونحوها فيضمنها، إلا أن تقوم بينة على أن التلف ليس بتعد منه ولا تقصير. وهذا مذهب المالكية^(١).

وقد حاولوا الجمع بين النصوص، وهي حديث صفوان السابق، وما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «ليس على المستعير غير المغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان»^(٢).

ولأن المستعير متهم في العواري التي يمكن إخفاؤها؛ فالضمان فيها عندهم ضمان تهمة، ينقي بإقامة البينة على أن الهلاك كان بلا تعد منه أو تقصير^(٣).

وما أراه راجحاً هو مذهب الحنابلة القائل بإطلاق كون العارية مضمونة؛ إذ هو المتفق مع طبيعة العارية وكونها تبرعاً على وجه إباحة المنفعة للمستعير^(٤).

كما أن القول بعدم التضمنين يفتح الباب للتلاعب من قبل المستعير، خاصة مع فساد الزمان وتدهور الأخلاق وقلة الديانة.

ويجاب عن حديث عمرو بن شعيب «ليس على المستعير...» بأنه حديث ضعيف مرفوعاً، وإنما صح من قول شريح؛ فهو يعبر عن رأيه

(١) راجع: شرح الخرشي على خليل (٦/ ١٢٣ - ١٢٤)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٣٦).

(٢) رواه الدارقطني (٣/ ٤١)، والبيهقي (٦/ ٩١)، وفي إسناده ضعيفان كما قال الدارقطني، ورواه عبدالرزاق في مصنفه (٨/ ١٧٨) والبيهقي (٦/ ٩١) مقطوعاً من قول شريح. قال البيهقي: هذا هو المحفوظ عن شريح القاضي من قوله. وراجع: نصب الراية (٥/ ٢٣٨ - ٢٣٩)، والدرية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر (٢/ ١٨١).

(٣) انظر: عقد العارية في الفقه الإسلامي لعبدالله العلي ص (٤٤٠).

(٤) انظر: عقد العارية للدكتور/ البعلبي ص (٩٣).

الفقهي، وعلى فرض صحته مرفوعاً فيحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء^(١).

كذلك ما ورد في بعض الروايات من أنها عارية مؤداة ليس صريحاً في كونها أمانة، وقد استدل به كذلك من ضمنّ المستعير، كما فعل صاحب المغني^(٢).

وقياس العارية على الوديعة والإجارة قياس مع الفارق؛ فإن الوديعة من وسائل الحفظ لمصلحة المودع فكانت أمانة بيد الوديع، بخلاف العارية فإنها تكون لنفع المستعير منفرداً، والإجارة تملك للمنفعة من كل وجه مقابل عوض، وليس كذلك العارية - كما سبق.

فإذا كانت العارية مضمونةً على المستعير الأصلي؛ فإن المستعير من الباطن الذي أعار ما لا يملك بالمخالفة لمقتضى العقد - حسب ما رجحته - يكون ضامناً بلا شك، بغض النظر عن كونه قصر أو اعتدى أو لا.

ولو كان المستعير مأذوناً له في إعارة العارية للغير (من الباطن) فإن كليهما يكون ضامناً لها في مواجهة صاحبيها، ولصاحبها أن يضمّن من شاء منهما. ولو ضمّن الأول؛ فله أن يرجع على الثاني بما ضمنه إن تلفت عنده.

المطلب السابع: عقد الوديعة (الإيداع) من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف الوديعة.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوديعة.

الفرع الثالث: صورة الوديعة (الإيداع) من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الوديعة (الإيداع) من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المودع الأصلي للإيداع من الباطن:

(١) انظر: المغني (٧/ ٣٤٢).

(٢) انظر: (٧/ ٣٤٠).

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الوديعة (الإيداع) من الباطن؟
الفرع الأول: تعريف الوديعة:

الوديعة لغة: على وزن فعيلة، من ودَعَ الشيءُ يَدَعُ إذا استقر مكانه وسكن؛ لأنها تكون مستقرة وساكنة عند الوديع.

وتعني كذلك: الدعة والخفض، ومنه: توديع المسافر أهله إذا أراد سفرًا، أي: تخليفه إياهم خافضين وادعين وهم يودعونهم إذا سافر تفاقولا بالدعة التي يصير إليها إذا قفل. فكأن الوديعة تكون في دعة وراحة عند الوديع.

وقيل: الوديعة فعيلة بمعنى مفعولة، من الودع وهو الترك، فهي متروكة عند الوديع لحفظها، ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لِيُنْتَهَيْنَ أَقْوَامٌ عَنِ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ أَوْ لِيُخْتَمَنَّ اللَّهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ ثُمَّ لِيَكُونَنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ»^(١). وجمعها: ودائع. واستودعه مالا: دفعه إليه ليكون عنده وديعة. وأودعه: قبل منه الوديعة. وقيل: أودعه مالا واستودعه مالا، والمستودع: مكان الوديعة^(٢).

أما اصطلاحًا:

فعرفها الحنفية بقولهم: «تسليط الغير على حفظ ماله»^(٣). وعرفها بعضهم بأنها «ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف في الحفظ مع بقائها على حكم ملك المالك»^(٤).

وعرفها المالكية بأنها «توكيل بحفظ مال»^(٥).

(١) رواه مسلم في الجمعة، باب التغليظ في ترك الجمعة، رقم (٨٦٥).
(٢) راجع: لسان العرب (٣/ ٣٨٠-٣٨٧) مادة (ودع)، والمصباح المنير (٢/ ٦٥٣)، والمعجم الوسيط ص (١٠٢١) مادة (ودع).
(٣) راجع: العناية شرح الهداية (٨/ ٤٨٤)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٢٧٣)، والدر المختار (٥/ ١٦٢).
(٤) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي (١/ ٣٤٦).
(٥) انظر: مختصر خليل مع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/ ٤١٩)، ومنح الجليل (٧/ ٣).

وعند الشافعية الوديعة: «توكيل في حفظ مملوكٍ أو محترمٍ مختصاً على وجهٍ مخصوصٍ»^(١). أو هي: «العقد المقتضي للاستحفاظ أو العين المستحفظة»^(٢).

أما الحنابلة فقالوا: «المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض»^(٣). وقال بعضهم: «ويتجه ولو بعوض»^(٤).

وهذه التعريفات بعضها للوديعة وبعضها للإيداع، وكلها يدور حول توكيل الغير في حفظ مالٍ وتسليطه عليه، على سبيل الأمانة والتبرع، مع الخلاف في حكم أخذ العوض عليه^(٥).

ومن أفضل التعريفات تعريف الشيخ علي الخفيف؛ حيث قال: «عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عينٍ من ماله»^(٦).

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوديعة:

عقد الوديعة أو الإيداع مشروع بلا خلاف.

يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٧)، وقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلَیُوَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾^(٨)، والوديعة من جملة الأمانات المأمور بأدائها.

وفي هذا المعنى أيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خاتك»^(٩).

(١) انظر: مغني المحتاج (٤/ ١٢٥).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٦/ ١١٠)، وتحفة المحتاج (٧/ ٩٨)، وحاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ٢٩٠).

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥٢).

(٤) انظر: مطالب أولي النهى (٤/ ١٤٧).

(٥) راجع: قواعد التبعية وأثرها في فقه المعاملات المالية للدكتور/ محمد علي محمد بني طه ص (٢٨٨ - ٢٨٩).

(٦) أحكام المعاملات الشرعية ص (٤٦٥).

(٧) سورة النساء: آية رقم (٥٨).

(٨) سورة البقرة: آية رقم (٢٨٣).

(٩) رواه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم (٣٥٣٤، ٣٥٣٥)، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخمر، رقم (١٢٦٤)،

كذلك ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر عليًا أن يردها إلى أهلها^(١). كما دل الإجماع على مشروعيتها بلا خلاف^(٢).

الفرع الثالث: صورة الوديعة (الإيداع) من الباطن:

تحدث الفقهاء عن الوديعة (الإيداع) من الباطن عند حديثهم عن حفظ الوديع للوديعة، والأشخاص الذين يجوز للوديع أن يحفظ الوديعة عندهم، وحكم إيداعه إياها عند أجنبي.

الفرع الرابع: حكم الوديعة (الإيداع) من الباطن:

يختلف حكم الإيداع من الباطن تبعًا لصورته؛ ولذلك أتاول حكم كل صورة على حدة، مع بيان اختلاف الفقهاء فيه كما يلي:
أولاً: إيداع الوديع الوديعة عند مَنْ يحفظ ماله عادة:

يرى الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة أنه يجوز للوديع أن يحفظ الوديعة عند من يحفظ عنده ماله عادة ممن يمونه ويسكن معه كزوجته وأبنائه وخدمه، ومن يحفظ عنده مال نفسه عادة كشريكه، وأن ذلك بمثابة حفظه بنفسه^(٣). واعتبر الحنابلة من ذلك أيضًا حفظها بوكيله^(٤).

وذلك لأن الملتزم بالعقد هو الحفظ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه، وإنه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيد هؤلاء

وأحمد (٣/ ٤١٤)، والحاكم (٢/ ٥٣)، وغيرهم، من طرق لم تسلم من الضعف، حتى قال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت. وقال ابن الجوزي: لا يصح من جميع طرقه. انظر: التلخيص الحبير (٣/ ٢٠٩ - ٢١٠).

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٢٨٩)، والمغني (٩/ ٢٥٦)، والتلخيص الحبير (٣/ ٢١١).

(٢) انظر: المغني (٩/ ٢٥٦).

(٣) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، والتاج والإكليل (٧/ ٢٧٩ - ٢٨٠)، وشرح الخرشي (٦/ ١١٢)، والمغني (٩/ ٢٦٠)، وكشاف القناع (٤/ ١٦٨).

(٤) راجع: كشاف القناع (٤/ ١٦٨).

أخرى؛ فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً، فكان الحفظ بأيديهم داخلاً تحت العقد دلالة^(١).

وخالف الشافعية في ذلك فاعتبروا أن حفظ الوديع للوديعة عند زوجته أو أحد أبنائه كحفظها عند غيرهما، وأن ذلك يعتبر تقصيراً يضمن به^(٢).

لأن المودع لم يرض بأمانة غيره ولا يده^(٣)، ولأن العقد تناوله دون غيره؛ فلا يملك الإيداع عند غيره، كما لا يملك الإيداع عند أجنبي^(٤).

وفي الحقيقة رأي الجمهور هو الأولى لجريان العرف بذلك، ولأن حفظ الوديعة عادةً يكون في بيت الوديع وتحت يد من يسكن معه من زوجته وأولاده؛ فكان الحفظ بأيديهم في معنى الحفظ بيده.

والضابط في ذلك أن يحفظ الوديع مال غيره بما يحفظ به مال نفسه، فإذا فعل ذلك لم يكن مقصراً.

وعلى ذلك فهذه الصورة لا تعتبر من الإيداع من الباطن، بل هي صورة من صور حفظ الوديع للوديعة.

ثانياً: إيداع الوديع الوديعة عند أجنبي (من الباطن):

وهذا قد يكون لعذر، أو لا، فإن كان لعذر فذهب الحنفية إلى جوازه وأنه لا يضمن؛ لأن إيداع الوديعة لدى آخر هنا تعين طريقاً للحفظ؛ فيعتبر كأنه بإذن المالك دلالة، وذلك كأن يقع في داره حريق، أو كان في سفينة مثلاً فخشي الغرق، ونحو ذلك، وليس منه السفر؛ فالسفر ليس بعذر^(٥).

وقريب منهم ما ذهب إليه المالكية؛ حيث رأوا أنه جائز ولا يضمن به الوديع، ولكن بشرط أن يحدث ذلك بعد الإيداع، وليس قبله، ويكون إيداعه عند ثقة.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٠٨).

(٢) راجع: مغني المحتاج (٤/١٢٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/١٢٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٠٨).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٦/٢٠٨).

كما أنهم اعتبروا السفر عند العجز عن رد الوديعة لصاحبها عذراً يسوغ للوديع أن يودع الوديعة عند آخر^(١).

وذهب الشافعية إلى أنه إذا أودعها لعذر كمرض أو سفر فإنه لا يضمن، بشرط أن يكون ثقة. وقالوا: إذا أراد سفرًا وجب عليه ردها لصاحبها أو وكيله، فإن تعذر فللقاضي، فإن فقده فلأمين، ويشهد^(٢).

ويتفق الحنابلة في الجملة مع الحنفية والمالكية؛ حيث نصوا على أنه إن دفعها لأجنبي أو حاكم لعذر لم يضمن، ومثّلوا بمن حضره الموت، أو أراد سفرًا وخاف على الوديعة^(٣).

وأرى أن ما ذهب إليه المالكية والحنابلة ووافقهم في بعضه الحنفية والشافعية هو الراجح؛ فإن إيداع الوديع الوديعة لدى الغير (من الباطن) قد يكون هو الطريق الأوحى لحفظ الوديعة لنشوب حريق في داره، أو خشية غاصب أو سارق، أو لسفر طراً يخشى معه على الوديعة. بل إن الوديع إذا لم يودعها عند غيره عند الخطر لعدّ مقصراً؛ لأن العبرة بالقصود والمعاني، لا بالألفاظ والمباني^(٤).

لكن يجب أن يقيّد ذلك - كما صرحوا - بأن يكون الوديع من الباطن ثقة مأموناً.

وإن لم يكن الإيداع من الباطن لعذر فقد ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يضمن لمخالفته لمقتضى عقد الوديعة؛

(١) راجع: التاج والإكليل (٧/ ٢٨٠)، وشرح الخرشي (١١٢/١).

(٢) راجع: مغني المحتاج (٤/ ١٢٩ - ١٣٠).

(٣) راجع: كشاف القناع (٤/ ١٧٣).

(٤) انظر: العقود المضافة إلى مثلها ص (٢٠١)، وراجع في هذه القاعدة: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي ص (١٤٧)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو (٢/ ٢٠٧)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٢١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص (٥٥) القاعدة الثانية.

لأن المالك ما رضي بيده، ولو كان قاضياً - كما نص عليه الشافعية والحنابلة^(١).

وفي قول عند الشافعية أنه يجوز دفعها للقاضي الأمين؛ لأن أمانة القاضي أظهر من أمانة الوديع^(٢).

ويدخل في الإيداع من الباطن بلا عذر عند المالكية إذا كان لخوف عورة منزله أو جار سوء إذا كان ذلك قبل الإيداع؛ لأنه ليس عذراً؛ فكان عليه عدم قبولها ابتداءً^(٣).

أخلص من هذا إلى أن الوديع إذا أودع الوديعة من الباطن عند أجنبي لم تجر العادة بحفظ ماله عنده، وكان ذلك بلا عذر فإنه يكون مخالفاً لمقتضى الحفظ؛ لأن المالك لم يرض بغير يده؛ وعليه فإن ذلك لا يجوز، ويؤدي إلى تحول يد الوديع من الأمانة إلى الضمان.

أما إذا كان ذلك لعذر مما سبق فإنه يكون من قبيل حفظ الوديعة، وإن أخذ صورة الإيداع من الباطن، وهو جائز بلا إشكال، والفقهاء بين موسع ومضيق فيما يعد عذراً وما لا يعد، شريطة أن يودعها عند ثقة مأمون. كما انتهت أنفاً من اعتبار إيداع الوديع الوديعة عند من جرت العادة بحفظ ماله عنده كزوجته وعياله ونحوهم أن ذلك ليس من قبيل الإيداع من الباطن، وإنما هو صورة من صور حفظ الوديعة.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول المودع الأصلي للإيداع من الباطن:

إذا كنت قد قررت - فيما سبق - عدم جواز الإيداع من الباطن، وهو إيداع الوديعة عند أجنبي لم تجر العادة بحفظ الوديع ماله عنده، إلا لعذر، وهذا بغير شرط؛ فلا شك أن المنع بالشرط أولى.

(١) راجع: بدائع الصنائع (١/٢٠٨)، والتاج والإكليل (٧/٢٧٨)، ومغني المحتاج (٤/١٢٩)، وكشاف القناع (٤/١٧٣).

(٢) راجع: مغني المحتاج (٤/١٢٩ - ١٣٠).

(٣) راجع: التاج والإكليل (٧/٢٨٠).

ولا خلاف في لزوم هذا الشرط حينئذ.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الوديعة (الإيداع) من الباطن؟
أجمع الفقهاء على أن الوديعة أمانة في يد الوديع؛ فلا يضمنها إلا إذا
تعدى أو قصر في حفظها.

واستدلوا بحديث «ليس على المستعير غير المغلِّ ضمان، ولا على
المستودع غير المغلِّ ضمان»^(١).

وحديث «من أودع وديعةً فلا ضمان عليه»^(٢).

ولأن الوديع قبضها بإذن صاحبها، وليحفظها له؛ فهي من قبيل الإحسان
منه، فلا ينقلب عليه إحسانه، ما دام لم يتعد أو يفرط؛ وإلا لتعطلت مصالح
الناس^(٣).

وعلى الوديع أن يحفظ الوديعة بما يناسبها، وفي حرز مثلها بحسب
العرف والعادة^(٤).

وقد سبق تقرير أن إيداع الوديع الوديعة من الباطن عند أجنبي بغير عذر
لا يجوز؛ لمخالفته لمقتضى الحفظ، ويؤدي إلى تحول يد الوديع من يد الأمانة
إلى يد الضمان؛ لأن ذلك من التفريط، فيضمن كل ما أصاب الوديعة، سواء
أكان بسبب منه أو لا.

أما الوديع من الباطن فعقده مفسوخ أبدأ؛ لأنه قبض الوديعة بغير إذن
مالكها، فلا قرار لها عنده، وليس له صفة عليها، بل ينقلب غاصباً ويخرج
عن كونه أميناً^(١).

(١) سبق تخريجه عند الكلام عن عقد الإعارة.

(٢) رواه ابن ماجه في الأحكام، باب الوديعة، رقم (٢٤٠١) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده، وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي. انظر:
التلخيص الحبير (٣/ ٢١١)، ونيل الأوطار (٥/ ٣٥٥).

(٣) راجع: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٥/ ٧٦-٧٧)، والتاج والإكليل (٧/ ٢٦٨)، وأسنى
المطالب (٣/ ٧٦)، والمغني (٩/ ٢٥٧-٢٥٨)، وكشاف القناع (٤/ ١٧٨)، وراجع كذلك:
ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٠٨).

(٤) راجع: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص (٢١٤-٢١٥).

وقد قرر الفقهاء هنا أن لمالك الوديعة أن يضمّن أيّهما شاء، الوديعة الأصلي أو الوديعة من الباطن، حتى وإن كان الثاني (الوديعة من الباطن) جاهلاً بالحال، بأن لم يعلم أنها وديعة، وفي هذه الحال له أن يرجع على الأول (الوديعة الأصلي) إذا ضمّنه المالك.

أما إن كان الوديعة من الباطن عالماً بأنها وديعة؛ فلا عذر له في قبولها من غير مالكتها، فإذا ضمّنه المالك ابتداءً لم يرجع على الوديعة الأصلي إن كان التلف منه.

وإلا يكن عالماً بأنها وديعة لا عذر في إيداعها فلا يستقر عليه الضمان، فإن ضمّن المالك الوديعة الأصلي ابتداءً لم يرجع عليه، وإن ضمّنه رجوع على الوديعة الأصلي؛ لأنه غرّه^(٢).

* * *

المطلب الثامن: عقد المضاربة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد المضاربة.

الفرع الثاني: مشروعية عقد المضاربة.

الفرع الثالث: صورة المضاربة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم المضاربة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول صاحب المال للمضاربة من الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في المضاربة من الباطن؟

(١) راجع: مغني المحتاج (٤/ ١٢٩)، وكشاف القناع (٤/ ١٧٤)، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى (٣/ ٣٤٢-٣٤٣).

(٢) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٧٧-٢٧٨)، ومغني المحتاج (٤/ ١٢٩)، وكشاف القناع (٤/ ١٧٣-١٧٤).

الفرع الأول: تعريف عقد المضاربة:

المضاربة لغة: مشتقة من الفعل ضرب، الذي يستخدم في معان عديدة، من أكثرها شيوعاً السير في الأرض بغرض التجارة وطلب الرزق، ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامشُوا فِي مَتَابِعِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ﴾^(١).

وسمي هذا العقد مضاربة؛ لأن المضارب يسير في الأرض ويسعى فيها لابتغاء الفضل والرزق. وهي بوزن مُفَاعَلَةٌ؛ لأنها تكون بين اثنين صاحب المال، والعامل أو المضارب- كما سيوضح من التعريف الاصطلاحي. ويطلق على المضاربة أيضاً القراض أو المقارضة، من القرض وهو القطع؛ حيث يقطع صاحب المال جزءاً من ماله لدفعه للعامل للمضاربة والاتجار به. والمضاربة لغة أهل العراق، وهو استعمال الحنفية والحنابلة، والقراض لغة أهل الحجاز، وهو استعمال المالكية والشافعية. والبعض يطلق عليها كذلك المعاملة^(٢). وهي إحدى أنواع الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي. واصطلاحاً: شركة بين اثنين بمال من أحدهما وعمل من الآخر، على أن يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه^(٣).

(١) سورة الملك: آية رقم (١٥).
(٢) راجع: لسان العرب (١/ ٥٤٣-٥٤٥) مادة (ضرب)، وأيضاً: تبين الحقائق (٥/ ٥٢)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٨٠)، والمغني (٧/ ١٣٢-١٣٣).
(٣) راجع: الهداية مع العناية (٨/ ٤٤٦-٤٤٧)، ومجمع الضمانات ص(٣٠٣)، والشرح الكبير للدردير (٣/ ٥١٧)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٨٠)، والمغني (٧/ ١٣٢-١٣٣)، وأيضاً: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور/ عبدالعزيز الخياط (٢/ ٥٠)، وأصول المضاربة الإسلامية للدكتور/ الهادي السعيد عرفة ص(١٨-٢١)، والمضاربة في الشريعة الإسلامية لعبدالله بن حمد الخويطر ص(٢٤-٢٩)، والمعايير الشرعية: معيار رقم (١٣) بشأن المضاربة ص(١٨٤) معيار فرعي (٢).

فحقيقتها اتفاق بين شخصين لاستثمار المال، يقدم أحدهما بموجبه هذا المال، ويقوم الآخر بالعمل به مستغلا خبرته ومهارته في تنمية وتحقيق الربح، الذي يشتركان فيه حسبما يتفقان عليه^(١).

الفرع الثاني: مشروعية عقد المضاربة:

المضاربة مشروعّة بالإجماع. واستدل لها الفقهاء بقول الله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٢).

كما أنها تدخل في عموم أدلة مشروعية الشركات، كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْتَغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾^(٣)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «يقول الله عز وجل: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانته خرجت من بينهما»^(٤). وقد تعامل بها الصحابة والناس في كل عصرٍ ومصرٍ، دون إنكار^(٥). ولا تتم مصالح الناس إلا بها؛ فليس كل من يملك مالا يحسن التجارة، ولا كل من يحسنها له مال^(٦).

الفرع الثالث: صورة المضاربة من الباطن:

المضاربة من الباطن معروفة عند الفقهاء، وتناولوها في مسألة إعطاء المضارب مال المضاربة لآخر، وبينوا صورها وما يتعلق بها من أحكام- كما سيأتي.

(١) انظر: نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية للدكتور/ محمد عبدالمنعم أبو زيد ص(١٠).

(٢) سورة المزمل: آية رقم (٢٠).

(٣) سورة ص: آية رقم (٢٤).

(٤) رواه أبو داود في البيوع، باب في الشركة، رقم (٣٣٨٣)، والدارقطني في سننه (٣/ ٣٥)، والبيهقي (٦/ ٧٨)، والحاكم في المستدرک (٢/ ٦٠) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وانظر: التلخيص الحبير (٣/ ١٠٩).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٧٩).

(٦) انظر: كشاف القناع (٣/ ٥٠٧).

وصورتها: أن يدفع صاحب مالٍ ماله إلى مضارب ليعمل به، على أن يكون الربح بينهما، ثم يقوم المضارب بدفع هذا المال إلى مضارب آخر للعمل به، فيكون المضارب الأول في المضاربة الثانية (من الباطن) في مقام صاحب المال، والمضارب الثاني هو من يقوم بالعمل.

والمضاربة من الباطن قد تكون بإذن صاحب المال، وقد لا تكون بإذنه، كما أن الإذن قد يكون صريحاً أو لا كأن يفوضه مثلاً بنحو قوله: اعمل برأيك، أو بما تراه ...

ويترتب على ذلك مسألة توزيع الربح بين صاحب المال والمضارب الأول والمضارب الثاني (من الباطن)، وهل تُقسَّم حصة العامل بين المضارب الأول والمضارب الثاني، أو يستأثر بها المضارب الثاني دون الأول، أو لا يستحق كلاهما شيئاً من الربح ويرجع المضارب الثاني على الأول بأجرة مثله؟

وهذا ما أبينه في الفرع التالي.

الفرع الرابع: حكم المضاربة من الباطن:

اتفق الفقهاء على أن رب المال إذا لم يأذن للمضارب أن يدفع مال المضاربة مضاربةً إلى آخر أنه لا يجوز ذلك للمضارب؛ لأنه يعتبر مخالفة لمقتضى العقد الذي رضي فيه رب المال بعمل المضارب لا بعمل غيره، ولأن المضاربة مثل المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله، كما أنه لا يجوز إيجاب حق في مال إنسان دون إذنه وموافقته^(١).

وهذه المخالفة تقتضي تضمين المضارب؛ لأن ضمانه إنما هو بالتعدي أو التفريط، وفعله ما لم يؤذن له فيه تعدٍ يوجب الضمان، بل يصيره غاصباً.

(١) راجع: المبسوط (٢٢/٩٨)، وبدائع الصنائع (٦/٩٥-٩٦)، والتاج والإكليل (٧/٤٥٥)، وأسنن المطالب (٢/٣٨٦)، والمغني (٧/١٥٦)، ومطالب أولي النهى (٣/٥١٩).

ويكون رب المال بالخيار إن شاء ضمن المضارب الأول، وإن شاء ضمن المضارب الآخر؛ لأنه قبض ماله بغير إذنه وتصرف فيه، ثم يرجع المضارب الآخر بما ضمن من ذلك على المضارب الأول؛ لأنه مغرور من جهته، فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان، ولأنه كان عاملاً للمضارب الأول فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة، ثم الربح بين المضاربين على ما اشترطا عند الحنفية^(١).

وقال المالكية: إن الربح يقسم بين صاحب المال والمضارب الثاني، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأن القراض جعل فلا يصح إلا بالعمل^(٢).
وذهب الشافعية إلى أن الربح يكون كله لرب المال، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه تصرف كالغاصب، وللمضارب الثاني أجر المثل على رب المال؛ لأنه لم يعمل مجاناً، وإذا كان تصرف المضارب الأول بالشراء في الذمة فإن البيع يقع له ويملك جميع الربح^(٣).

وقال الحنابلة: الربح كله لصاحب المال، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل، ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منهما، والمضارب الثاني (من الباطن) عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره؛ كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربة. وله على المضارب الأول أجر مثله؛ لأنه غره واستعمله بعوض لم يحصل له، فوجب أجره عليه إن جهل الحال؛ لأنه قبض المال على وجه الأمانة، وإن علم فلا أجر له؛ لقبضه مال غيره على سبيل العدوان^(٤).

(١) انظر: المبسوط (٩٨ / ٢٢).

(٢) راجع: التاج والإكليل (٤٥٥ / ٧)، وشرح الخرشي (٢١٤ / ٦).

(٣) راجع: أسنى المطالب (٣٨٦ / ٢).

(٤) انظر: مطالب أولي النهى (٥١٩ / ٣ - ٥٢٠).

والأولى مذهب الحنفية في توزيع الربح بين المضاربين على ما اشترط؛ لأن فعل المضارب الثاني واقع للمضارب الأول وإن لم يعمله بنفسه. كما أن المضارب الأول باشر العقد، فكان كما لو أْبضع^(١) المال مع غيره. وهو أشبه بدور «المنظم» عند الاقتصاديين الآن^(٢).

وهذا يدخل في فكرة الوساطة المالية التي تعتمد عليها المؤسسات المالية ونظام العمل المصرفي الإسلامي؛ حيث يكون المصرف وسيطاً بين أصحاب الأموال من جهة والمستثمرين من جهة أخرى، فيقوم بتلقي الأموال من المدخرين وتوجيهها إلى المستثمرين طالبي التمويل من المصرف، ويستحق جزءاً من الربح باعتبار دوره الوسيط^(٣).

ولا شك أن دخول المصرف في مثل ذلك له أهمية كبرى؛ لما له من ثقة لدى كلا الطرفين، إضافة إلى دوره الإشرافي الذي يستمر حتى تصفية المضاربة عند انتهائها^(٤).

أما ما ذهب إليه البعض من اعتبار المضارب الأول كالغاصب فغير مسلم؛ لأن المضارب مدفوع إليه المال من صاحبه لتقليبه؛ فلا يشبه الغاصب. وقد اتضح أن له دوراً مهماً في الوساطة بين صاحب رأس المال والمضارب الفعلي (المستثمر)، ولولاه ما التقيا.

أما إذا أذن رب المال للمضارب بالمضاربة برأس ماله (من الباطن) بشكل صريح فقد أجاز ذلك جمهور الفقهاء^(٥).

(١) الإْبضاع: أن يعطي إنساناً مالا ليشتري له بضاعة، دون عوض أو مقابل للعامل (المُستْبَضِع)، فيكون الربح كله لصاحب المال (المُْبضِع)، ويكون العامل متبرعاً بعمله. انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور/ نزيه حماد ص(١٥) مادة (إْبضاع)، والمعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(٤٤٢).

(٢) انظر: المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة للدكتور/ حسن الأمين ص(٥٠).

(٣) انظر: نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية للدكتور/ محمد أبو زيد ص(١٥٤).

(٤) راجع: نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية ص(١٥٦-١٥٧).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٩٥/٦)، والبحر الرائق (٢٦٦/٧)، والتاج والإكليل (٤٥٥/٧)، ومطالب أولي النهى (٥١٨/٣).

وخالف في ذلك الشافعية؛ حيث رأوا أنه لا يصح؛ لأن المضاربة جُوزت على خلاف القياس؛ فلا يجوز أن تكون بين عاملين، إلا إذا صار المضارب الأول وكيلا لرب المال^(١).

ومذهب الجمهور أرجح؛ فإن الحق دائر بين رب المال والمضارب، وقد أذن رب المال في حقه، والمضاربة جائزة^(٢).

والكلام في أن المضاربة جُوزت على خلاف القياس فيه نظر؛ فإنها من جنس المشاركات، وليس المعاوضات وإن شابها شيء منها^(٣).

وإن فوض ربُّ المال المضاربَ بنحو قوله له: اعمل برأيك، أو بما أراك الله، ونحو ذلك فقد اختلف الفقهاء، فذهب الحنفية والحنابلة إلى الجواز^(٤)، على اعتبار أن صاحب المال رضي بما يراه المضارب وفوضه في التصرف بالوجه الذي يراه محققاً للمصلحة.

ومنه الشافعية من باب أولى؛ حيث منعوا المضاربة من الباطن ولو بإذن صريح من رب المال - كما سبق^(٥).

والمنع هو مقتضى كلام المالكية، وإن لم يصرحوا به؛ حيث نصوا على ضرورة إذن رب المال، وإلا لم يجز^(٦).

ولا أرى مانعاً من الجواز؛ فإن رب المال فوضَّ عامله ورضي بتصرفه بما يراه أنسب وأصلح لتحقيق الربح المرجو، وقد يرى المضارب أن غيره أحذق منه في شئون التجارة وأنه لو دفع المال إليه لتحقق قدر أكبر من الربح، فتكون المصلحة في أن يفعل ذلك^(٧).

(١) راجع: أسنى المطالب (٢/ ٣٨٦).
(٢) انظر: العقود المضافة إلى مثلها ص(٨٨-٨٩).
(٣) انظر: العقود المضافة إلى مثلها ص(٨٩)، وراجع في مسألة تجويز شيء على خلاف القياس كلام ابن القيم في إعلام الموقعين (١/ ٢٨٩، وما بعدها).
(٤) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٩٥-٩٧)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٥١٨).
(٥) راجع: أسنى المطالب (٢/ ٣٨٦).
(٦) راجع: التاج والإكليل (٧/ ٤٥٥)، ومنح الجليل (٧/ ٣٤٨-٣٤٩).
(٧) انظر: نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية ص(١٥٣).

وإن كان الأوكلى طلب الإذن صريحاً منعاً لمادة النزاع وخروجاً من الخلاف، ويتأكد هذا فيما إذا كان المصرف هو المضارب الأول، فينبغي له أن ينص على ذلك في عقود مضارباته.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول صاحب المال للمضاربة من الباطن: بينتُ سابقاً أنه لا يجوز للمضارب أن يدفع مال المضاربة إلى مضارب آخر من الباطن إلا بإذن صاحب المال بشكل صريح، أو بتفويض كما رجحته مع تقرير أن طلب الإذن الصريح أولى دفعاً لمادة النزاع وخروجاً من الخلاف.

ولذلك فإن صاحب المال إذا اشترط على المضارب أن يعمل بنفسه وألا يدفع مال المضاربة إلى آخر إلا بإذنه فإن هذا الشرط يكون شرطاً صحيحاً وملزماً للمضارب، ولا تجوز له مخالفته؛ وإلا عدَّ مخالفاً لمقتضى العقد ومتعدياً بما يوجب الضمان عليه بعدما كان أميناً، بل إنه يصير بذلك غاصباً. وقد ذكرتُ فيما سبق أن الفقهاء متفقون على عدم جواز المضاربة من الباطن إذا لم يأذن صاحب المال للمضارب بذلك، وهذا يقتضي من باب أولى أنه إذا اشترط عليه عدم فعل ذلك إلا بإذنه أن ذلك يلزمه ويصير أكد في عدم التجاوز والمخالفة.

ولا شك أن عقد المضاربة من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي؛ حيث تعتبر شخصية المضارب الذي يسلمه رب المال ماله للتجار به واستثماره ومؤهلاته وخبراته عنصراً جوهرياً في العقد، لا يمكن تجاهله^(١)، لا سيما والمضارب أمين على ما في يده من مال المضاربة، لا يضمنه إلا في حالتي التعدي والتقصير - كما سيأتي.

(١) راجع: المقالة الفرعية ص(٢٠-٢١).

الفرع السادس: على من يكون الضمان في المضاربة من الباطن؟

اتفق الفقهاء على أن المضارب أمين على مال المضاربة؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه، لا على وجه البذل والوثيقة، ولا يختص بنفسه؛ فكان أميناً كالوكيل^(١).

فلا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر، ومن التعدّي مخالفة شروط رب المال، وكل ما يفسد المضاربة^(٢)، ومنه - كما سبقت الإشارة - المضاربة من الباطن دون إذن رب المال.

فإذا دفع المضارب مال المضاربة إلى آخر دون إذن رب المال فإن رب المال يكون بالخيار إن شاء ضمنّ المضارب الأول، وإن شاء ضمنّ المضارب الآخر؛ لأنه قبض ماله بغير إذنه وتصرف فيه، ثم يرجع المضارب الآخر بما ضمن من ذلك على المضارب الأول؛ لأنه مغرور من جهته، فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان، ولأنه كان عاملاً للمضارب الأول فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة. هذا في حال عدم علمه بأن المضارب الأول ليس هو صاحب المال الحقيقي.

أما إن كان يعلم فليس له الرجوع عليه حينئذ؛ لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان، وتلف في يده، فيستقر الضمان عليه^(٣).

أما إذا كانت المضاربة من الباطن بإذن رب المال؛ فإن المضارب الأول هنا ليس متعدداً ولا مخالفاً لشروط صاحب رأس المال؛ ومن ثم فلا تنتقل يده عن الأمانة. ويكون بمثابة صاحب المال في مقابلة المضارب الثاني (من الباطن) الذي يكون أميناً هو الآخر، ولا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.

(١) راجع: تبيين الحقائق (٥/ ٥٣)، والفواكه الدواني (٢/ ١٢٣)، والبيان للعمرائي (٧/ ٢١٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٦)، وراجع أيضاً: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٦٩).
(٢) انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٦٩)، والمعايير الشرعية: معيار رقم (١٣) بشأن المضاربة ص (١٨٤) معيار فرعي (٤/٤).
(٣) راجع: المغني (٧/ ١٥٦ - ١٥٧).

فإذا تعدَّى المضارب الثاني أو فرط ضمن في مواجهة المضارب الأول،
وصار المضارب الأول ضامناً في مواجهة صاحب المال الأصلي.

المطلب التاسع: عقد الوكالة من الباطن:

وأتناوله من خلال عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة.

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوكالة.

الفرع الثالث: صورة الوكالة من الباطن.

الفرع الرابع: حكم الوكالة من الباطن.

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول الموكل للوكالة من الباطن.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الوكالة من الباطن؟

الفرع الأول: تعريف عقد الوكالة:

الوكالة لغة: تعني التفويض والتسليم والاكتفاء. يقال: وَكَّلَ يَكِلُ وَكَيْلاً
وَوَكُوَلاً، يعني فوَّضَ، وَوَكَّلَ إِلَيْهِ الأَمْرَ: فَوَّضَهُ إِلَيْهِ وَاكْتَفَى بِهِ، وَتَوَكَّلَ
بِالأَمْرِ: قَبِلَ الوَكَالَةَ، وَضَمَّنَ القِيَامَ بِهِ، وَتَوَكَّلَ عَلَى الله وَاتَّكَلَّ عَلَيْهِ: اسْتَسَلِمَ
إِلَيْهِ. وَالتَّكْلَانُ بِمعْنَى التَّوَكُّلِ. وَالوَكِيلُ: مِنْ أَسْمَاءِ الله تَعَالَى، وَيَعْنِي الكَفِيلَ
بِأَرْزَاقِ عِبَادِهِ، وَيَعْنِي أَيْضاً: الحَافِظَ وَالكَفِيلَ، وَيَطْلُقُ عَلَى الذَّكَرِ وَالأُنْثَى،
وَالجَمْعُ: وَكَلَاءٌ. وَوَكَّلَ فُلَانٌ فُلَاناً: فَوَّضَهُ فِي الأَمْرِ. وَالوَكَالَةُ بِالفَتْحِ وَالكَسْرِ:
أَنْ يَعْهَدَ إِلَى غَيْرِهِ أَنْ يَعْملَ لَهُ عَمَلاً. وَوَكِيلُ الرَّجُلِ: مَنْ يَقومُ بِأَمْرِهِ، سَمِيَ
وَكَيلاً؛ لِأَنَّ مُوَكَّلَهُ قَدْ وَكَّلَ إِلَيْهِ القِيَامَ بِأَمْرِهِ، فَهُوَ مُوَكَّلٌ إِلَيْهِ الأَمْرُ، فَهُوَ فَعِيلٌ
بِمَعْنَى مَفْعُولٍ^(١).

واصطلاحاً: الوكالة من عقود الإطلاقات والتفويض.

وعرفها الفقهاء بعدة تعريفات:

(١) راجع: لسان العرب (١١/ ٧٣٤-٧٣٦) مادة (وكل)، والمعجم الوسيط ص(١٠٥٤-١٠٥٥) مادة (وكل).

فقال الحنفية: هي «إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم»^(١).
وعرفها المالكية بأنها «نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه
غير مشروط بموته»^(٢).

وعرفها الشافعية بأنها «تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه في حياته مما
يقبل النيابة شرعاً»^(٣).

وقال الحنابلة: هي «استتابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة»^(٤)،
وزاد صاحب غاية المنتهى «في الحياة»؛ لإخراج الوصية^(٥).

وفي الحقيقة كل هذه التعريفات وغيرها^(٦) متفقة في الجملة، وإن كان بينها
تفاوت يفسره اختلاف الفقهاء في بعض أحكامها^(٧)، وأرى أن أولها هو
تعريف الحنابلة بزيادة صاحب الغاية.

والوكالة تنقسم باعتبار محل التصرف الموكَّل به إلى وكالة عامة ووكالة
خاصة، فالوكالة العامة هي الإنابة العامة والتفويض بالتصرف في كل
الأمر والحقوق من غير استثناء، كما إذا قال الشخص لمن يوكله: أنت
وكيلي في كل شيء، أو: وكلتك في كل قليل وكثير. وهي بهذا تشمل
التصرف في جميع الأملاك والأموال حتى بالتبرع والإسقاط كالهبة والطلاق
والعتاق ونحو ذلك.

(١) انظر: تبين الحقائق (٤/ ٢٥٣)، والدر المختار (٥/ ٥١٠)، ومرشد الحيران مادة (٧٩٩) ص (١٣١).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٥/ ١٨١)، وشرح الخرخشي (٦/ ٦٨)، والفواكه الدواني (٢/ ٢٢٩).

(٣) انظر: تحفة المحتاج (٥/ ٢٩٤)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٥).

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٨٤)، وكشاف القناع (٣/ ٤٦١).

(٥) انظر: مطالب أولي النهى (٣/ ٤٢٨).

(٦) راجع لمزيد من التعريفات: الوكالة في الشريعة والقانون للدكتور/ محمد رضا العاني ص (٣٢-٤٥).

(٧) راجع: عقد الوكالة في الفقه الإسلامي للباحث/ سيد محمد صادق الأنصاري ص (٢٢-٢٣)،
وشروط الوكالة في الفقه الإسلامي للدكتور/ زيد بن عبد الكريم الزيد ص (١٧-١٨).

أما الوكالة الخاصة- وهي الأصل في الوكالة- فهي أن ينيب الشخصُ غيره في تصرف معين، كبيع أو شراء أو إجارة، أو يوكله في الدفاع عنه في قضية أو خصومة معينة، وما شابه ذلك^(١).

الفرع الثاني: مشروعية عقد الوكالة:

الوكالة مشروعية بالكتاب والسنة والإجماع، فمن ذلك قول الله تعالى: ﴿فَابْتَغُوا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿فَابْتَغُوا أَحَدَكُمْ بَوَارِقَكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾^(٣).

وما رواه جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قال: أردتُ الخروجَ إلى خيبر، فأُتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمتُ عليه وقلتُ له: إنني أردتُ الخروجَ إلى خيبر، فقال: «إذا أُتيتَ وكيلي فخذْ منه خمسةَ عشرَ وسقًا، فإن ابْتَغى منك آيةً فضع يدك على تَرَاقُوتِهِ»^(٤).

وهو إجماع الفقهاء، حكاه غير واحد، ولدعاء الحاجة إليها^(٥).

الفرع الثالث: صورة الوكالة من الباطن:

الوكالة من الباطن هي أن يقوم الوكيل بتوكيل غيره فيما وكّل فيه كُله أو بعضه، وهي مسألة معروفة تُحدث عنها الفقهاء قديمًا، وعرضت لها القوانين الوضعية^(٦).

(١) راجع: الوكالة في الشريعة والقانون ص(١٥٩-١٦٢)، ومسئولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي للدكتور/ إسماعيل عبدالنبي شاهين ص(٦٦-٦٧)، وشروط الوكالة في الفقه الإسلامي ص(٣٠).

(٢) سورة النساء: آية رقم (٣٥).

(٣) سورة الكهف: آية رقم (١٩).

(٤) رواه أبو داود في الأفضية، باب في الوكالة، رقم (٣٦٣٢)، والدارقطني في سننه (٤/ ١٥٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٨٠). وإسناده حسن كما قال ابن حجر. انظر: التلخيص الحبير (٣/ ١١٢)، ونيل الأوطار (٥/ ٣٢٢).

(٥) راجع: المغني (٧/ ١٩٦، ١٩٧)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٣١).

(٦) راجع: الوكالة في الشريعة والقانون ص(٢٢٦-٢٢٨)، ومسئولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ص(١٥١-١٥٥).

الفرع الرابع: حكم الوكالة من الباطن:

الوكالة من الباطن قد تكون بإذن الموكل، وقد تكون بغير إذنه، وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على النحو التالي:

أولاً: حكم الوكالة من الباطن إذا كانت بإذن الموكل:

إذا أذن الموكل لوكيله إذناً صريحاً بأن يوكل غيره فلا خلاف في جواز توكيله لغيره^(١).

وذلك لأن الإذن بالتوكيل كالإذن بالتصرف، فهو تصرف من جملة التصرفات.

أما إذا لم يكن الإذن صريحاً وكان إذناً عاماً، كنحو قوله: وكلتك في بيع سيارتي فاصنع ما شئت، فذهب الجمهور إلى الجواز^(٢)، استناداً إلى أدلة ابتناء المعاملات على التراضي، نحو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٣)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»^(٤)، وقياساً على الإذن الصريح؛ فإن كلا منهما دليل على الرضا بتصرف الوكيل^(٥).

وخالف الشافعية في الوجه المنصوص وقالوا بعدم الجواز إلا أن يكون الإذن صريحاً^(٦).

(١) راجع: العناية شرح الهداية (١٥٩ / ٨)، ومنح الجليل (٦ / ٣٩١ - ٣٩٢)، ومغني المحتاج (٣ / ٢٤٧ - ٢٤٨)، وتكملة المجموع (١٤ / ٢١٤)، والمغني (٧ / ٢٠٨)، وكشاف القناع (٣ / ٤٦٦، ٤٦٧).

(٢) راجع: المبسوط (١٩ / ١٥٩)، والعناية شرح الهداية (٨ / ٩٩ - ١٠٠)، ومواهب الجليل (٥ / ٢٠١)، ومنح الجليل (٦ / ٣٩٠ - ٣٩١)، والمغني (٧ / ٢٠٨)، وكشاف القناع (٣ / ٤٦٦).

(٣) سورة النساء: آية رقم (٢٩).

(٤) رواه أحمد والدارقطني والبيهقي، وسبق تخريجه عند الحديث عن الإعارة من الباطن.

(٥) راجع: العقود المضافة إلى مثلها ص (١٧٧).

(٦) راجع: الحاوي الكبير (٨ / ٢١٢)، والبيان (٦ / ٤١٢ - ٤١٣).

لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه الوكيل بنفسه، والإذن العام نحو قوله: اصنع ما شئت ينصرف إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرف بالنفس، ولا يشمل توكيل غيره^(١)، اللهم إلا فيما يعجز عنه الوكيل لكثرتة، أو يكون مما لا يليق بمثله عادة، أو كان لا يحسنه^(٢) - كما سيأتي بتفصيل أكثر.

والحق مع الجمهور؛ لشمول الإذن العام لكل تصرف، ومنه توكيل الغير، ولأن الأصل الجواز والصحة إلا لمانع، ولا مانع هنا.

ثانياً: حكم الوكالة من الباطن إذا كانت بغير إذن الموكل:

إذا لم يأذن الموكل لوكيله بتوكيل غيره، ولم ينهه عن ذلك، وإنما أطلق الوكالة بنحو قوله: وكلتك في بيع سيارتي، ونحو ذلك؛ فقد اختلف الفقهاء في حكم توكيل الوكيل غيره (من الباطن)، ويمكن إرجاع أقوالهم إلى قولين: القول الأول: عدم جواز الوكالة من الباطن هنا؛ وذلك لأنه مأذون في التصرف بنفسه لا بوكيله، والموكل رضي برأيه وخبرته وتصرفه، ولم يرض برأي غيره ولا خبرته ولا تصرفه، والناس متفاوتون في ذلك.

ولا يستثنى من ذلك إلا الوكيل بقبض الدين؛ فله أن يوكل من في عياله لقبض الدين، وكذا إذا وكل آخر وقدر له الثمن؛ لأن الرأي يحتاج إليه في خصوص تقدير الثمن وهو حاصل، وكذلك إذا وكله في دفع زكاة فدفعها. وهذا مذهب الحنفية^(٣).

والقول الثاني: وفيه تفصيل؛ حيث يرى القائلون به أن الوكيل لا يجوز له توكيل غيره من الباطن فيما يمكن أن يتولاه بنفسه بحسب العادة والإمكان؛ لأن الموكل ما رضي إلا بتصرفه.

(١) راجع: الحاروي الكبير (٨ / ٢١٢)، والمغني (٧ / ٢٠٨).
(٢) راجع: مغني المحتاج (٣ / ٢٤٧ - ٢٤٨)، ونهاية المحتاج (٥ / ٣٨ - ٣٩).
(٣) راجع: العناية شرح الهداية (٨ / ٩٩ - ١٠٠)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥ / ٥٢٧ - ٥٢٨). وأيضاً: الوكالة في الشريعة والقانون ص (٢٢٠ - ٢٢١).

أما ما يعجز عنه لكثرتة، أو يكون مما لا يليق بمثله اجتماعيًا بحسب العادة والعرف، كالأعمال الدنيئة مثلا في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها عادة؛ فهذه يجوز أن يوكل غيره فيها.

لأن التوكيل فيها ينصرف إلى ما جرت به العادة، وتفويض مثل ذلك إليه القصد منه الاستنابة دون التعيين.

وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(١).

ونص المالكية على أن من يكثر الموكل فيه عليه له أن يوكل من يعينه فيه ولا يستقل به، ويكون له النظر عليه. كما اشترطوا علم الموكل بأن الوكيل لا يليق به ما وكل فيه، أو يكون ذلك مشهوراً عنه معروفاً بين الناس^(٢).

كما ألحق الشافعية بجواز التوكيل فيما لا يليق بالوكيل التوكيل فيما لا يحسنه، ككونه لا يدخل في اختصاصه مثلا أو يحتاج إلى دراية ومهارة مثلا. ونصوا على أنه في حالة العجز عن الموكل فيه لكثرتة يجوز التوكيل فيما زاد عن الممكن فقط؛ لأن الضرورة دعت إليه فيما لا يمكن، بخلاف الممكن.

وقالوا فيما إن كان العجز عنه لمرض أو سفر: إن صدر التوكيل من الموكل في حال علمه بالمرض أو السفر جاز للوكيل أن يوكل غيره، وإن طرأ العجز فلا يجوز، وكذا إن جهل^(٣).

وأعتقد أن القول بالتفصيل هو الأولى؛ فإن الوكيل قد يعجز عن الموكل فيه لكثرتة أو مشقته عليه، ويكون توكيله لغيره من الباطن خيرا من الإخلال

(١) راجع: مواهب الجليل (٥/ ٢٠١-٢٠٢)، وشرح الخرشبي (٦/ ٧٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٤٧-٢٤٨)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٨-٣٩)، وكشاف القناع (٣/ ٤٦٦)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٤٤٧-٤٤٨). وأيضا: الوكالة في الشريعة والقانون ص (٢١٩-٢٢٠).

(٢) راجع: مواهب الجليل (٥/ ٢٠١-٢٠٢)، وشرح الخرشبي (٦/ ٧٨). وأيضا: الوكالة في الشريعة والقانون ص (٢١٩-٢٢٠).

(٣) راجع: مغني المحتاج (٣/ ٢٤٧-٢٤٨)، ونهاية المحتاج (٥/ ٣٨-٣٩).

بالعمل الموكل فيه. وكذلك فإن الشريعة تراعي عادات الناس وأعرافهم فيما يتعلق بتعاطي بعض الأعمال لبعض الفئات من الناس.

وما نص عليه المالكية والشافعية من عدم استئصال الوكيل بالباطن بالتصرف عند كثرة العمل على الوكيل الأصلي حسن ودقيق؛ لأنه يبقى أن الموكل ما رضي إلا بتصرف وكيله الأصلي، وإذا كان اللجوء لوكيل آخر للضرورة التي ألجأت إليها كثرة العمل؛ فإن الضرورة تقدر بقدرها- كما هو مقرر عند الفقهاء جميعاً.

وأرى أن يلحق العجز لطارئ كالمرض أو السفر أو غير ذلك بالعجز لكثرة العمل، بجامع العجز فيهما، دون التقييد بعلم الموكل كما نص الشافعية؛ فهذا أيضاً من قبيل الضرورة.

وفي جميع الأحوال فإن الوكيل الأصلي لا يوكل بالباطن إلا أميناً، كما هو منصوص جميع الفقهاء؛ لأن تصرف الوكيل- ومنه توكيل الغير- منوط بالمصلحة، ولا مصلحة في توكيل غير أمين^(١).

الفرع الخامس: حكم اشتراط قبول الموكل للوكالة من الباطن:

سبق تقرير أن الوكالة من الباطن لا تجوز إلا بإذن الموكل الصريح أو العام، أو في حالات محددة يجمعها عدم تمكن الوكيل الأصلي من القيام بالعمل الموكل فيه إما لعدم مناسبته له، أو لأنه لا يحسنه، أو يعجز عنه. ولذلك فإن الأصل في الوكيل أنه يقوم بما وُكِّل فيه بنفسه، ولا يوكل غيره من الباطن إلا بمسوغ من إذن أو عجز عن الفعل- وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

ولذلك فإن الموكل إذا اشترط على وكيله ألا يوكل غيره من الباطن إلا بموافقة؛ فإن ذلك يلزمه، ويجب الالتزام به؛ لأن هذا حق للموكل، وله مطلق الحرية في تحديد نطاقه ومن يقوم به ... إلى آخر تفصيلاته.

(١) راجع: الوكالة في الشريعة والقانون ص(٢٢٢-٢٢٣).

لا سيما أن الوكالة من العقود التي تقوم غالبًا على الاعتبار الشخصي^(١). كما أن ذلك قبل كل شيء شرط صحيح، فيه مصلحة لأحد العاقدين؛ فيكون ملزمًا للطرف الآخر، ولا تجوز مخالفته - كما سبق بيانه في أكثر من موضع - وإلا عدُّ تعديًا من الوكيل.

الفرع السادس: على من يكون الضمان في الوكالة من الباطن؟
أطبقت كلمة الفقهاء على أن الوكيل أمين على ما بيده من مال الموكل، ولا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر^(٢)؛ وذلك لأن الموكل أقامه مقام نفسه، كما أن الوكالة في أصلها عقد إرفاق ومعونة، حتى وإن كانت بأجر^(٣).
فإذا خالف الوكيل شيئًا من شروط الوكالة، أو تعدى في تصرف من تصرفاتها صار ضامنًا.

وعلى ذلك فإن الوكيل إذا وكلَّ غيره من الباطن فإن كانت الوكالة بإذن الموكل الصريح أو العام، أو في حالة من الحالات التي قررت أنه يجوز فيها أن يوكل غيره بلا إذن الموكل، والتي يجمعها عدم تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكل فيه إما لعدم مناسبته له، أو لأنه لا يحسنه، أو يعجز عنه - فإن الوكيل لا يعد مخالفًا هنا، وعليه فلا ضمان عليه؛ حيث قد تصرف بمقتضى التفويض الممنوح له من الموكل. ويكون الوكيل من الباطن أمينًا هو الآخر فلا يضمن إلا في حالتي التعدي والتقصير؛ لأنه قد توكَّل وكالة صحيحة.
فإذا حصل منه تعدٍ أو تقصير ضمن. وللموكل مطالبة أي من الوكيل الأصلي والوكيل من الباطن، فإذا طالب الوكيل الأصلي، فإنه يرجع على

(١) راجع: المقالة الفرعية ص(٢١-٢٢).
(٢) راجع: المبسوط (٥٩/١٩)، ومواهب الجليل (٢١٠/٥)، والحاوي الكبير (١٩٢/٨)، ومطالب أولي النهى (٤٨٠/٣). وأيضًا: الوكالة في الشريعة والقانون ص(١٨٥-١٨٦)، ومسئولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ص(٨٠-٨١).
(٣) راجع: الحاوي الكبير (١٩٢/٨)، وأيضًا: الوكالة في الشريعة والقانون ص(١٨٥-١٨٦).

وكيله من الباطن. وإذا طالب الوكيل من الباطن لم يرجع على الوكيل الأصلي؛ لأنه المتسبب.

أما إذا قام الوكيل الأصلي بتوكيل غيره من الباطن دون إذن الموكل؛ فإنه يكون بذلك مخالفاً ومتعدياً، وتتحول يده من الأمانة إلى الضمان بكل حال، فيضمن تصرفاته وتصرفات وكيله من الباطن كما لو كانت صادرة منه.

* * *

خاتمة البحث:

انتهى البحث إلى عدد من النتائج أجمالها فيما يلي:
أولاً: أن التعاقد من الباطن يقصد به عقد يتم إبرامه بين متعاقد في عقد سابق مع متعاقد جديد (ثالث) لإتمام الأعمال التي تم التعاقد عليها في العقد الأول أو بعضها، مع سريان العقد الأول. وهو من العقود التبعية.
ثانياً: أن التعاقد من الباطن يختلف عن التنازل عن العقد، وعن العقد المشترك، وإن كان بينه وبين كل منهما أوجه تشابه.
ثالثاً: أن الفقهاء قديماً عرفوا صوراً من التعاقد من الباطن وإن لم يسموه كذلك.

رابعاً: أن هناك أسباباً للتعاقد من الباطن نتجت عن التطور الحديث وتعقد أساليب الحياة وسرعتها.
خامساً: للتعاقد من الباطن أركان كسائر العقود، لكن أحد عاقيه مشترك بينه وبين العقد الأصلي.
سادساً: يشترط للتعاقد من الباطن أن يتبع عقداً أصلياً سابقاً له، وأن يقبل المتعاقد الأصلي الأول به عند الاعتبار الشخصي.
سابعاً: تختلف قابلية العقود للتعاقد من الباطن دون قبول المتعاقد الأصلي الأول من عقد إلى عقد.
ثامناً: قد يكون المنع من التعاقد من الباطن في بعض العقود أو الحالات مصدره النصوص القانونية التي لا تسمح به ابتداءً.
تاسعاً: إذا استوفى التعاقد من الباطن أركانه وشروطه وانتفت موانعه فهو تعاقد صحيح، تترتب عليه آثاره.
عاشراً: هناك مجموعة من الضوابط لابد منها لصحة التعاقد من الباطن في الفقه الإسلامي كأهلية المتعاقد من الباطن للقيام بالعمل، والتزامه بتنفيذه

في مدته المحددة بالعقد الأصلي، وألا يتعارض مع العقد الأصلي، وعدم وجود شرط مانع، أو قانون يمنعه، وألا يكون قائماً على الاعتبار الشخصي. **حادي عشر:** ليست كل العقود يجري فيها التعاقد من الباطن، بل لابد أن يكون العقد مما ينتج عنه حقوق والتزامات تقبل الإنابة في القيام بها، وأن يكون هذا القيام مما يتطلب فترة من الزمن.

ثاني عشر: التعاقد من الباطن يجري في عقود الإجارة والاستصناع والعارية والوديعة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والمغارسة والوكالة، إضافة إلى عقود المقاوله والتوريد والصيانة.

ثالث عشر: الإجارة بيع منفعة معلومة مباحة لمدة معلومة بعوض معلوم، وهي مشروعة بنوعيتها إجارة الأعيان وإجارة الأعمال.

رابع عشر: الإجارة من الباطن جائزة بمجموعة من الضوابط.

خامس عشر: إذا اشترط المالك على المستأجر ألا يؤجر العين للمستأجرة لآخر، وأن يستوفي المنفعة بنفسه فهو شرط صحيح وملزم.

سادس عشر: يجوز للمستأجر أن يؤجر العين للمستأجرة لآخر بالأجرة التي يرضى بها، سواء كانت مثل الأجرة الأولى أو أقل منها أو أكثر منها.

سابع عشر: يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة؛ فلا يضمن تلفها إلا بالتعدي أو التقصير.

ثامن عشر: إذا كانت العين المستأجرة مما يتأثر بحسب الاستعمال وينفاوت من شخص لآخر؛ فإنه لا يجوز تأجيره من الباطن إلا لشخص مساوٍ أو دون المستأجر الأصلي، وإن حدث التأجير من الباطن هنا فيكون المستأجر الأصلي ضامناً للعين المستأجرة.

تاسع عشر: الاستصناع عقد على مبيع في الذمة، يشترط فيه العمل على وجه مخصوص، وأن تكون مادته من الصانع.

عشرون: الاستصناع عقد مستقل، وارد على العين والعمل معاً من الصانع.

واحد وعشرون: لا إشكال في الاستصناع من الباطن في الصناعات الآلية التي يتلاشى معها أي أثر لشخص الصانع ومؤهلاته الشخصية.

ثان وعشرون: الاستصناع من الباطن (الاستصناع الموازي) من أهم صيغ التمويل والاستثمار لدى المصارف الإسلامية، وله أهمية كبرى.

ثالث وعشرون: لا يجوز الاستصناع من الباطن في الصناعات اليدوية التي تكون فيها المؤهلات الشخصية للصانع موضع اعتبار، إلا إذا كانت الصناعة اليدوية لا تتفاوت من صانع وآخر، أو لا يقصد الصانع فيها لذاته ومهاراته الشخصية الخاصة.

رابع وعشرون: اشتراط المستصنع على الصانع أن يصنع الشيء بنفسه شرط صحيح يجب الالتزام به، وبخاصة في الصناعات التي تتفاوت بتفاوت الصانعين.

خامس وعشرون: الصانع ضامن ومسئول عن خطأه فيما تعاقده عليه مع المستصنع، وكذلك الصانع في الاستصناع من الباطن يكون ضامناً ومسئولاً بدوره عما تعاقده عليه في مواجهة المستصنع من الباطن.

سادس وعشرون: عقد المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

سابع وعشرون: عقد المقاولة دائر في تكييفه الفقهي بين الاستصناع وإجارة الأجير المشترك، فإذا قَدِّمَ المقاولُ العملَ والأدواتِ كان استصناعاً، وإذا قَدِّمَ العملَ فقط كان إجارةً أجيرٍ مشترك.

ثامن وعشرون: يجوز للمقاول أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن للقيام بالعمل المتفق عليه كله أو بعضه، إلا إذا كانت شخصية المقاول ومؤهلاته الشخصية معتبرةً بحسب العرف.

تاسع وعشرون: إذا اشترط الطرف الأول على المقاول أن يقوم بالعمل المتفق عليه بنفسه فإنه يلزمه ويجب الوفاء بهذا الشرط.

ثلاثون: المقاول الأصلي ضامن ومسئول عن خطأه فيما تعاقد عليه مع صاحب العمل، كما أن المقاول من الباطن ضامن ومسئول بدوره عما تعاقد عليه في مقابلة المقاول الأصلي.

واحد وثلاثون: عقد التوريد اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورد إلى الآخر سلعة موصوفة، على دفعة واحدة أو عدة دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالبًا ما يكون مقسطًا على أقساط بحيث يدفع قسطًا من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع.

ثان وثلاثون: عقد التوريد في جوهره عقد من عقود المعاوضات، وهو من قبيل البيع بالصفة.

ثالث وثلاثون: عقد التوريد به بعض الإشكاليات في تكييفه الفقهي، لكنه مشروع عند جميع المعاصرين لاشتداد الحاجة والضرورة إليه، وقيام أغلب الصناعات والزراعات عليها، مع انتفاء الموانع من تعذر التسليم والجهل والخطر، وعدم تضمينه غررًا ولا غشًا ولا ربًا.

رابع وثلاثون: إذا كان عقد التوريد من قبيل الاستصناع في الصناعات الآلية كما هو الغالب على عقود التوريد التي محل العقد فيها سلعة تتطلب صناعة فلا إشكال في عقده من الباطن. أما إذا كان في صناعة يدوية مما تكون فيها المؤهلات الشخصية للصانع موضع اعتبار؛ فلا يجوز فيها التوريد من الباطن، إلا إذا كانت الصناعة اليدوية لا تتفاوت من صانع وآخر، أو لا يقصد الصانع فيها لذاته ومهاراته الشخصية الخاصة فيجوز.

خامس وثلاثون: إذا كان عقد التوريد من قبيل السلم، أو الوعد غير الملزم، أو الملزم؛ فإن التعاقد هنا يكون على توريد سلع موصوفة في الذمة، ومحل التعاقد تسليم تلك السلع؛ فلا مانع من التوريد من الباطن فيها.

سادس وثلاثون: إذا اشترط المستورد على المورد الأصلي أن يقوم بالتوريد بنفسه فهو شرط صحيح، وبخاصة إذا كان التوريد من قبيل الاستصناع، وبصورة أخص في الصناعات التي تتفاوت بتفاوت الصانعين، أما إذا لم تكن السلع المطلوب توريدها مصنعة، وإنما كانت سلعاً موصوفةً بمواصفات محددة؛ فلا يكون لهذا الشرط أثر هنا، ويكون وجوده كعدمه.

سابع وثلاثون: المورد ضامن لتنفيذ العمل تجاه المستورد ولأي عيب أو نقص به، حتى وإن دفعه لمورد من الباطن، ويكون المورد من الباطن ضامناً في مواجهة المورد الأصلي.

ثامن وثلاثون: عقد الصيانة اتفاق على الأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها مقابل عوض، وهو عقد مهم وضروري خاصة مع تعقد سبل الحياة ومعطياتها.

تاسع وثلاثون: إذا كان عقد الصيانة تابعاً لعقد آخر فهو من قبيل الشرط في العقد، وهو جائز.

أربعون: إذا كان عقد الصيانة مستقلاً فهو من قبيل إجارة الأعمال، والصائن فيه بمثابة الأجير المشترك، وهو عقد جائز، وتغفر فيه بعض المخالفات لجريان العرف به، ولدعاء الحاجة إليه، وعدم تضمنه مخالفةً لنص من النصوص ولا قاعدة من القواعد المقررة، وعدم اشتماله على غرر فاحش أو جهالة مفضية إلى النزاع.

واحد وأربعون: تجوز الصيانة من الباطن بشرط أن يكون الصائن من الباطن مؤهلاً للقيام بالعمل كالصائن الأصلي.

ثان وأربعون: اشترط طالب الصيانة على الصائن في عقد الصيانة أن يقوم بأعمال الصيانة بنفسه شرط صحيح يجب الوفاء به.

ثالث وأربعون: الصائن ضامن لما يترتب على تقصيره فيما يجب عليه من إصلاح الخلل والأعطال، وإبدال المتلفات، إضافة إلى التفقد الدوري لاكتشاف أية مشكلات، حتى وإن عهد بالصيانة لصائن من الباطن. رابع وأربعون: الإعارة إباحة منفعة عين بغير عوض حال حياة المملك، وليست تملكاً للمنفعة، وهي مشروعة بلا خلاف.

خامس وأربعون: لا تجوز الإعارة من الباطن لأنها إباحة للانتفاع، وليس تملكاً للمنفعة، ولأن الاعتبار الشخصي مراعى فيها بشكل ظاهر. سادس وأربعون: اشتراط المعير على المستعير ألا يعير العارية لغيره إلا بإذنه اشتراط صحيح وملزم.

سابع وأربعون: العارية مضمونة على المستعير بكل حال، ولو أعارها لغيره يكون مخالفاً، ولو كان مأذوناً له في إعارتها للغير فإن كليهما يكون ضامناً لها في مواجهة صاحبها، ولصاحبها أن يضمّن من شاء منهما. ثامن وأربعون: الإيداع عقد يفيد تسليط المالك غيره على حفظ عين من ماله، وهو مشروع.

تاسع وأربعون: إيداع الوديعة عند من جرت العادة بحفظ ماله عنده كزوجته وعياله ونحوهم ليس من قبيل الإيداع من الباطن، وإنما هو صورة من صور حفظ الوديعة.

خمسون: إذا أودع الوديعة من الباطن عند أجنبي لم تجر العادة بحفظ ماله عنده فإنه يكون مخالفاً لمقتضى الحفظ، وتتحوّل يده من الأمانة إلى الضمان، إلا إذا كان ذلك لعذر وأودعها عند ثقة مأمون. واحد وخمسون: اشتراط المودع على الوديعة ألا يودع الوديعة عند غيره اشتراط صحيح ويجب الوفاء به من باب أولى.

ثان وخمسون: الوديعة أمانة في يد الوديع، وإيداعها عند الغير من الباطن بلا عذر مخالف لمقتضى الحفظ، ويؤدي إلى تحول يد الوديع من الأمانة إلى الضمان، أما الوديع من الباطن فعقده مفسوخ أبدأ، وهو بمثابة الغاصب.

ثالث وخمسون: المضاربة شركة بين اثنين بمال من أحدهما وعمل من الآخر، على أن يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، وهي مشروعة بلا خلاف.

رابع وخمسون: إذا لم يأذن رب المال للمضارب أن يدفع مال المضاربة مضاربةً إلى آخر فلا يجوز ذلك للمضارب، وإذا فعله يكون ضامناً.

خامس وخمسون: الربح في المضاربة من الباطن يكون بين المضاربين على ما اشترطوا، وهذا يؤصل لفكرة الوساطة المالية التي تعتمد عليها المؤسسات المالية الإسلامية.

سادس وخمسون: إذا أذن رب المال للمضارب بالمضاربة برأس ماله من الباطن بشكل صريح جازت المضاربة من الباطن، وكذلك إذا فوّضه، وإن كان التصريح أولى.

سابع وخمسون: اشتراط رب المال على المضارب أن يعمل بنفسه وألا يدفع مال المضاربة إلى آخر إلا بإذنه اشتراط صحيح وملزم للمضارب، ولا تجوز له مخالفته.

ثامن وخمسون: المضارب أمين على مال المضاربة، ودفعه مال المضاربة إلى آخر دون إذن رب المال يعتبر تعدياً يوجب الضمان عليه.

تاسع وخمسون: إذا دفع المضارب مال المضاربة إلى آخر دون إذن رب المال فإن رب المال يكون بالخيار إن شاء ضمّن المضارب الأول، وإن شاء ضمّن المضارب الآخر، وإذا كان ذلك بإذن رب المال فإن المضارب يظل أميناً، ويكون بمثابة صاحب المال في مقابلة المضارب من الباطن الذي يكون أميناً هو الآخر، ولا يضمن أحدهما إلا بالتعدي أو التفريط.

ستون: الوكالة استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة في الحياة، وهي مشروعة.

واحد وستون: إذا أذن الموكل لوكيله إذنًا صريحًا بأن يوكل غيره فلا خلاف في جواز توكيله لغيره، وكذلك على الراجح إذا كان الإذن عامًا.

ثان وستون: إذا لم يأذن الموكل لوكيله بتوكيل غيره، ولم ينهه عن ذلك، وإنما أطلق الوكالة فلا يجوز له توكيل غيره من الباطن فيما يمكن أن يتولاه بنفسه بحسب العادة والإمكان، أما ما لا يتمكن الوكيل الأصلي من القيام به إما لعدم مناسبته له، أو لأنه لا يحسنه، أو يعجز عنه؛ فيجوز أن يوكل فيه أمينًا.

ثالث وستون: اشتراط الموكل على وكيله ألا يوكل غيره من الباطن إلا بموافقته اشتراط صحيح وملزم.

رابع وستون: الوكيل أمين على ما بيده من مال الموكل.

خامس وستون: إذا وكل الوكيل غيره من الباطن بإذن الموكل الصريح أو العام، أو عند عدم تمكنه من القيام بالعمل الموكل فيه فإنه لا يعد مخالفًا، ولا ضمان عليه، ويكون الوكيل من الباطن أمينًا هو الآخر.

سادس وستون: إذا قام الوكيل الأصلي بتوكيل غيره من الباطن دون إذن الموكل؛ فإنه يكون بذلك مخالفًا ومتعديًا، وتتحول يده من الأمانة إلى الضمان بكل حال، فيضمن تصرفاته وتصرفات وكيله من الباطن كما لو كانت صادرة منه.

* * *

مراجع البحث

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، سنة ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م.
- ٣- الاختيار لتعليل المختار للموصلي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بدون تاريخ.
- ٤- أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زكريا الأنصاري، ومعه حاشية الرملي الكبير، ط. دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.
- ٥- الأشباه والنظائر للسيوطي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩٠م.
- ٦- الأشباه والنظائر لابن نجيم، مطبوع مع شرحه غمز عيون البصائر للحموي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
- ٧- أصول الفقه للدكتور/ محمد أبي النور زهير، ط. دار البصائر بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
- ٨- أصول المضاربة الإسلامية للدكتور/ الهادي السعيد عرفة، ط. مكتبة الجلاء بالمنصورة، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.
- ٩- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
- ١٠- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني، مع حاشية الجبرمي المسماة «تحفة الحبيب على شرح الخطيب»، ط. دار الفكر، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
- ١١- الالتزامات في الشرع الإسلامي للشيخ أحمد إبراهيم بك، ط. دار الأنصار بالقاهرة، بدون تاريخ.

- ١٢- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد يوسف موسى، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة سنة ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م.
- ١٣- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين المرداوي، بتحقيق محمد حامد الفقي، ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ.
- ١٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ط. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- ١٥- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة للدكاترة/ محمد سليمان الأشقر، وماجد أبو رخية، ومحمد عثمان شبير، وعمر سليمان الأشقر، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.
- ١٦- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ علي محيي الدين القره داغي، ط. دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- ١٧- بحوث في قضايا فقهية معاصرة لمحمد تقي العثماني، ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر، ودار القلم بدمشق، سنة ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م.
- ١٨- بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية للدكتور/ عبدالستار أبي غدة، ط. بيت التمويل الكويتي سنة ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
- ١٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- ٢٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ط. دار الحديث بالقاهرة، سنة ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.
- ٢١- البناية شرح الهداية لبدر الدين العيني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.

- ٢٢- البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمرائي، بعناية قاسم النوري، ط. دار المنهاج- لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
- ٢٣- تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي، بتحقيق عبدالستار أحمد فراج، ط. الكويت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
- ٢٤- التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بدون تاريخ.
- ٢٥- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، وبهامشه حاشية الشلبي، ط. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- ٢٦- تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي، وحاشية ابن قاسم العبادي، وحاشية الشرواني، ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ.
- ٢٧- التطبيق المعاصر لعقد السلم في المصارف الإسلامية للأستاذ/ محمد عبدالعزيز حسن زيد، ط. المعهد العالمي للفكر الإسلامي بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
- ٢٨- التعاقد عن طريق الإنترنت من وجهة الفقه الإسلامي للدكتور/ هشام يسري العربي، بحث محكم ومنشور بمجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة، العدد الثامن والأربعين رجب ١٤٣٥هـ/ مايو ٢٠١٤م.
- ٢٩- التعريفات للجرجاني، بتحقيق إبراهيم الإبياري، ط. دار الريان للتراث بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٣٠- تفسير الطبري «جامع البيان عن تأويل آي القرآن»، بتحقيق الدكتور/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر بالقاهرة، ط. هجر- القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

- ٣١- تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين «دراسة تأصيلية»
للدكتور/ هشام يسري العربي، بحث محكم ومنشور بمجلة روح القوانين
الصادرة عن كلية الحقوق جامعة طنطا، العدد السابع والستين، يوليو
٢٠١٤م، الجزء الثاني.
- ٣٢- التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية للدكتور/ محمد
عثمان شبير، ط. دار القلم بدمشق، الطبعة الثانية ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.
- ٣٣- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر
العسقلاني، ط. مؤسسة قرطبة بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٣٤- التيسير في المعاملات المالية «دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين
الفقه الحنفي والفقه الحنبلي» للدكتور/ هشام يسري العربي، رسالة دكتوراه
بجامعة القاهرة، ط. دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ/
٢٠١٢م.
- ٣٥- الجوهرة النيرة للعبادي، ط. المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٢هـ.
- ٣٦- حاشية البجيرمي على المنهج (التجريد لرفع العيب) لسليمان
البجيرمي، ط. دار الفكر العربي سنة ١٣٦٩هـ / ١٩٥٠م.
- ٣٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ط. دار إحياء الكتب
العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٣٨- حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ط. دار الكتب العلمية-
بيروت ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.
- ٣٩- الحاوي الكبير للماوردي، ط. دار الفكر- بيروت، سنة ١٤٢٤هـ/
٢٠٠٣م.
- ٤٠- حكم الشريعة الإسلامية في عقد التأمين للدكتور/ حسين حامد
حسان، بحث منشور بإحدى المجلات (لم أهدأ إلى اسم المجلة، ورقم العدد!)،
وله نشرة أخرى بدار الاعتصام بالقاهرة سنة ١٩٧٦م.

- ٤١- دراسات في المعاملات الإسلامية لأستاذنا الدكتور/ إبراهيم عبدالرحيم، ط. دار الثقافة العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٤٢- الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني، بتحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني، ط. دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ.
- ٤٣- درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو، ط. دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٤٤- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، ط. دار الجيل- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
- ٤٥- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي، مع حاشية ابن عابدين، ط. دار الكتب العلمية- بيروت ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
- ٤٦- الرشوة في عقود المقاولات العامة في النظام السعودي للباحث/ عبدالله بن نايف الجبلي المطيري، رسالة ماجستير بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض سنة ١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م.
- ٤٧- الروض المربع للبهوتي، ط. أضواء السلف بالرياض، ومعه حاشية عبدالله أبي بطين، بدون تاريخ.
- ٤٨- سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني، ط. دار الحديث بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ٤٩- سنن أبي داود، بتحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، ط. دار الفكر، بدون تاريخ.
- ٥٠- سنن الترمذي، بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، ط. المكتبة الثقافية- بيروت، بدون تاريخ.
- ٥١- سنن الدارقطني، بتحقيق السيد عبدالله هاشم يماني، ط. دار المعرفة- بيروت ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م.

- ٥٢- السنن الكبرى للبيهقي، بتحقيق محمد عبدالقادر عطاء، ط. مكتبة دار
الباز بمكة المكرمة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ٥٣- سنن ابن ماجه، بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، ط. دار إحياء الكتب
العربية- القاهرة ١٣٧٣هـ / ١٩٥٤م.
- ٥٤- سنن النسائي، بتحقيق الشيخ عبدالفتاح أبي غدة، ط. مكتب
المطبوعات الإسلامية- حلب، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- ٥٥- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني، بتحقيق
محمود إبراهيم زايد، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، بدون
تاريخ.
- ٥٦- شرح حدود ابن عرفة لمحمد بن قاسم الرصاع، ط. المكتبة
العلمية، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٠هـ.
- ٥٧- شرح الزرقاني على مختصر خليل، بتصحيح عبدالسلام محمد
أمين، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م.
- ٥٨- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، بتحقيق عبدالله بن
عبدالرحمن الجبرين، ط. مكتبة العبيكان بالرياض، الطبعة الأولى
١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.
- ٥٩- الشرح الصغير على مختصر خليل للدردير، مع حاشية الصاوي،
ط. دار المعارف، بدون تاريخ.
- ٦٠- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا، بتعليق وتقديم وتذييل
الأستاذ مصطفى الزرقا، ومراجعة الدكتور/ عبدالستار أبي غدة، ط. دار القلم
بدمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
- ٦١- الشرح الكبير على المقنع لابن أبي عمر المقدسي، بتحقيق الدكتور/
عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط. دار هجر بالقاهرة، الطبعة الأولى
١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.

- ٦٢- شرح المحلي على المنهاج لجلال الدين المحلي، مع حاشيتي قلوبوي وعميرة، ط. دار الفكر- بيروت، سنة ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
- ٦٣- شرح مختصر خليل للخرشي، وحاشية العدوي عليه، ط. دار صادر- بيروت، بدون تاريخ.
- ٦٤- شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ط. عالم الكتب- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
- ٦٥- الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور/ عبدالعزيز الخياط، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
- ٦٦- شركة الأعمال وأحكامها في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة بالقوانين الوضعية للدكتور/ عماد عبدالحفيظ الزيادات، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٨م.
- ٦٧- شروط الوكالة في الفقه الإسلامي للدكتور/ زيد بن عبدالكريم الزيد، ط. دار إمام الدعوة بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م.
- ٦٨- الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود للدكتور/ بدران أبو العينين بدران، ط. مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية، بدون تاريخ.
- ٦٩- صحيح البخاري، ط. دار طوق النجاة- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.
- ٧٠- صحيح مسلم، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٤م.
- ٧١- صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف للدكتور/ محمد عثمان شبير، بحث ضمن كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة»، الجزء الثاني، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

- ٧٢- ضمان العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد نجدات المحمد، ط. دار المكتبي بدمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٧م.
- ٧٣- ضوابط التأجير من الباطن للدكتورة/ أسماء فتحي عبدالعزيز، بحث مقدم لمؤتمر «المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول» المنعقد بدبي في الفترة (٣١ مايو - ٣ يونيو ٢٠٠٩م).
- ٧٤- العرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة، ط. مطبعة الأزهر سنة ١٩٤٧م.
- ٧٥- عقد الاستصناع «التكليف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به- دراسة فقهية تأصيلية مقارنة» للدكتور/ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، ط. دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.
- ٧٦- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة للأستاذ/ مصطفى الزرقا، ط. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة سنة ١٤٢٠هـ.
- ٧٧- عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن للدكتور/ عباس حسني، ط. مكتبة وهبة بالقاهرة سنة ١٩٧٨م.
- ٧٨- عقد التوريد «دراسة شرعية» للدكتور/ عبدالله المطلق، بحث بمجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر، جمادى الآخرة ١٤١٤هـ / ديسمبر ١٩٩٣م.
- ٧٩- عقد التوريد «دراسة فقهية تحليلية» للدكتور/ عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، المنعقدة بالرياض سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، الجزء الثاني.
- ٨٠- عقد التوريد في الفقه الإسلامي «دراسة مقارنة» لمر صالح محمود دراغمة، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية سنة ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م.

- ٨١- عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة
«رؤية شرعية» للدكتور/ أحمد نيا ب شوي دح، وعاطف أبو هري ب، بحث مقدم
إلى مؤتمر «الإسلام والتحديات المعاصرة» المنعقد بكلية أصول الدين في
الجامعة الإسلامية بغزة، في الفترة (٢- ٣ / ٤ / ٢٠٠٧م).
- ٨٢- عقد الصيانة في الفقه الإسلامي «دراسة فقهية مقارنة بالقانون»
للأستاذ/ محمد يونس عمر البيرقدار، رسالة ماجستير بجامعة الكويت سنة
٢٠٠٢م، ط. شركة شوري للاستشارات الشرعية بالكويت.
- ٨٣- عقد العارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون
الوضعي في البلاد العربية للدكتور/ عبد الجيميد محمود البعلي، مطبوعات
الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، بدون تاريخ.
- ٨٤- عقد العارية في الفقه الإسلامي لعبدالله بن صالح بن حسين العلي،
رسالة ماجستير بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة سنة
١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م بإشراف الدكتور/ محمد شعبان حسين.
- ٨٥- عقد المقاولة «الإنشاء والتعمير» حقيقته، تكييفه، صورته للدكتور/
جاسم علي سالم الشامسي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في
دورته الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة سنة ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م، الجزء
الثاني.
- ٨٦- عقد المقاولة «الإنشاء والتعمير» حقيقته، تكييفه، صورته للدكتور/
محمد جبر الألفي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته
الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة سنة ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م، الجزء الثاني.
- ٨٧- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور/ كاسب
عبدالكريم البدران، ط. دار صالح للنشر والتوزيع بالدمام، الطبعة الثانية
١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.

- ٨٨- عقد المقالة في الفقه الإسلامي لإبراهيم شاشو، بحث بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٦) العدد الثاني، سنة ٢٠١٠م.
- ٨٩- عقد المقالة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني لزياد شفيق حسن قرارية، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية سنة ٢٠٠٤م.
- ٩٠- عقد المقالة للدكتور/ عبدالرحمن بن عايد العايد، رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مطبوعة بالجامعة سنة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
- ٩١- عقد المقالة للدكتور/ عجبل جاسم النشمي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة سنة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م، الجزء الثاني.
- ٩٢- عقد المقالة للدكتور/ وهبة الزحيلي، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة سنة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م، الجزء الثاني.
- ٩٣- عقد المقالة من الباطن دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي للدكتور/ مصطفى عبدالسيد الجارحي، ط. دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م.
- ٩٤- العقد من الباطن في الفقه الإسلامي للدكتور/ سامي بن عبدالعزيز الماجد، رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة ١٤٢٩هـ.
- ٩٥- عقد الوكالة في الفقه الإسلامي للباحث/ سيد محمد صادق الأنصاري، رسالة ماجستير بجامعة الملك عبدالعزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة بإشراف الدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان، سنة ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

- ٩٦- عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي «دراسة مستوعبة لكافة وجهات النظر في عقدي التأمين التجاري والتعاوني» لأستاذنا المرحوم الدكتور/ محمد بلتاجي حسن، ط. دار السلام بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م.
- ٩٧- عقود التوريد والمناقصات للدكتور/ رفيق المصري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، المنعقدة بالرياض سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، الجزء الثاني.
- ٩٨- عقود التوريد والمناقصة لمحمد تقي العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة، المنعقدة بالرياض سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، الجزء الثاني.
- ٩٩- عقود الصيانة للدكتور/ منذر قحف، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بالمنامة- البحرين سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، الجزء الثاني.
- ١٠٠- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ الصديق محمد الأمين الضير، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بالمنامة- البحرين سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، الجزء الثاني.
- ١٠١- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور/ محمد أنس الزرقا والدكتور/ سامي السويلم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بالمنامة- البحرين سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، الجزء الثاني.
- ١٠٢- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ محمد المختار السلامي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بالمنامة- البحرين سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، الجزء الثاني.

- ١٠٣- العقود لابن تيمية، بتحقيق محمد حامد الفقهي، ط. مكتبة السنة
المحمدية بالقاهرة، بدون تاريخ.
- ١٠٤- العقود المضافة إلى مثلها لعبدالله بن عمر بن حسين بن طاهر،
رسالة ماجستير بالمعهد العالي للقضاء بالرياض، مطبوعة بدار كنوز إشبيليا
بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م.
- ١٠٥- عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية
لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف سليمان، ط. دار الهاني للطباعة والنشر
بالقاهرة سنة ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.
- ١٠٦- العناية للبابرتي على الهداية للمرغيناني، ط. دار الفكر- بيروت،
بدون تاريخ.
- ١٠٧- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور/ الصديق محمد
الأمين الضرير، الطبعة الثانية ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م.
- ١٠٨- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة
الأولى ١٤٠٨هـ / ١٩٨٧م.
- ١٠٩- فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام، ط. دار الفكر- بيروت،
بدون تاريخ.
- ١١٠- الفروع لابن مفلح، بمراجعة عبدالستار أحمد فراج، ط. عالم
الكتب- بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
- ١١١- فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور/ سعد بن تركي الخثلان،
ط. دار الصميعي بالرياض، الطبعة الثانية ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م.
- ١١٢- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي، ط.
دار الفكر- بيروت ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.

- ١١٣- القاموس المحيط للفيروزآبادي، ط. الهيئة المصرية العامة للكتاب بالقاهرة سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م (مصورة عن الطبعة الثالثة للطبعة الأميرية سنة ١٣٠١هـ).
- ١١٤- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي- جدة للدورات (١ - ١٠) القرارات (١ - ٩٧)، ط. دار القلم بدمشق، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.
- ١١٥- قضايا فقهية معاصرة للدكتور/ عبدالفتاح إدريس، طبع المؤلف، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
- ١١٦- قواعد التبويض وأثرها في فقه المعاملات المالية (رسالة دكتوراه) للدكتور/ محمد علي محمد بني طه، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ / ٢٠١٠م.
- ١١٧- الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبدالبر النمري، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م.
- ١١٨- كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، ط. عالم الكتب سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.
- ١١٩- كشف القناع عن تضمين الصناعات لابن رحال المعداني المالكي، بتحقيق ودراسة الدكتور/ محمد أبو الأجنان، ط. دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
- ١٢٠- لسان العرب لابن منظور، ط. دار صادر- بيروت، الطبعة الأولى.
- ١٢١- المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح، بتحقيق محمد حسن إسماعيل، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

- ١٢٢- المبسوط للسرخسي، ط. دار المعرفة- بيروت سنة ١٤٠٩هـ /
١٩٨٩م.
- ١٢٣- مجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام لعلي حيدر، ط. دار
الجيل- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
- ١٢٤- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، السنة
الرابعة، العدد السادس، الطبعة الثانية ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.
- ١٢٥- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي
(المؤتمر الإسلامي سابقاً)، الدورة الثانية عشرة، المنعقدة بالرياض سنة
١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، الجزء الثاني، والدورة الرابعة عشرة، المنعقدة بالدوحة
سنة ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م، الجزء الثاني، ط. المجمع.
- ١٢٦- مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي، ط. دار الكتاب الإسلامي،
الطبعة الأولى ١٣٠٨هـ.
- ١٢٧- المجموع شرح المذهب للنووي وتكملته لمحمد نجيب المطيعي، ط.
مكتبة الإرشاد بجدة، بدون تاريخ.
- ١٢٨- المدخل الفقهي العام للأستاذ/ مصطفى أحمد الزرقا، ط. دار الفكر-
دمشق، الطبعة التاسعة سنة ١٩٦٧- ١٩٦٨م.
- ١٢٩- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبدالكريم زيدان، ط.
مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة السادسة عشرة سنة ١٩٩٩م.
- ١٣٠- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي: القسم الثاني النظريات العامة في
الفقه الإسلامي للدكتور/ محمود بلال مهران، ط. دار الثقافة العربية بالقاهرة
سنة ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- ١٣١- المدخل للفقه الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)
للدكتور/ محمد سلام مذكور، ط. دار الكتاب الحديث- الكويت سنة ١٤٢٥هـ /
٢٠٠٥م.

- ١٣٢- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا، ط. المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة الثانية ١٣٠٨هـ / ١٨٩١م.
- ١٣٣- المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم، بتحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩٠م.
- ١٣٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط. مؤسسة قرطبة- القاهرة، بدون تاريخ.
- ١٣٥- مسئولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي للدكتور/ إسماعيل عبدالنبي شاهين، ط. مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
- ١٣٦- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، ط. دار الفكر- بيروت، بدون تاريخ.
- ١٣٧- المصنف لعبدالرزاق بن همام الصنعاني، بتحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط. المكتب الإسلامي- بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.
- ١٣٨- المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة للدكتور/ حسن الأمين، ط. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بجدة، الطبعة الثالثة سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
- ١٣٩- المضاربة في الشريعة الإسلامية لعبدالله بن حمد الخويطر، ط. دار المسير بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
- ١٤٠- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى الرحيباني، ط. المكتب الإسلامي بدمشق، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
- ١٤١- المعاملات الشرعية المالية، ويليها: ملحق وجيز في المهر وبدل الخلع وتصرفات المريض والهبة والوصية والميراث والوقف (ضمن

- الأعمال الكاملة) للأستاذ الشيخ/ أحمد إبراهيم بك، ط. دار الأنصار بالقاهرة
سنة ١٣٥٥هـ / ١٩٣٦م.
- ١٤٢- المعاملات المالية المعاصرة (بحوث وفتاوى وحلول) للدكتور/
وهبه الزحيلي، ط. دار الفكر - دمشق، الطبعة الثامنة ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م.
- ١٤٣- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة للدكتور/
محمد رواس قلعه جي، ط. دار النفائس - بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٢٨هـ /
٢٠٠٧م.
- ١٤٤- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد
عثمان شبير، ط. دار النفائس - الأردن، الطبعة السادسة سنة ١٤٢٧هـ /
٢٠٠٧م.
- ١٤٥- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية
الإسلامية، طبعة سنة ١٤٣١هـ / ٢٠١٠م.
- ١٤٦- المعجم الأوسط للطبراني، بتحقيق طارق عوض الله وعبدالمحسن
إبراهيم الحسيني، ط. دار الحرمين بالقاهرة سنة ١٤١٥هـ.
- ١٤٧- معجم لغة الفقهاء للدكتور/ محمد رواس قلعه جي، والدكتور/ حامد
صادق قنبيي، وقطب مصطفى سانو، ط. دار النفائس - بيروت، الطبعة
الأولى ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.
- ١٤٨- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور/
نزيه حماد، ط. دار القلم - دمشق، الطبعة الثانية ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.
- ١٤٩- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، بتحقيق الأستاذ/ عبدالسلام هارون،
ط. دار الفكر - بيروت ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.
- ١٥٠- المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الرابعة سنة
١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م، ط. مكتبة الشروق الدولية بالقاهرة.

- ١٥١- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي، ط. دار الفكر، بدون تاريخ.
- ١٥٢- المغني شرح مختصر الخرقى لموفق الدين بن قدامة، بتحقيق د/ عبدالله التركي، ود/ عبدالفتاح الحلو، ط. دار عالم الكتب بالرياض، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
- ١٥٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
- ١٥٤- المقالة الفرعية للباحثة/ برجم صليحة، رسالة ماجستير بكلية الحقوق جامعة الجزائر سنة ٢٠٠٨/ ٢٠٠٩م.
- ١٥٥- المقالة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي للدكتور/ غازي خالد أبو عرابي، ط. دار وائل للنشر بالأردن، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.
- ١٥٦- المقدمات الممهديات لابن رشد، بتحقيق الدكتور/ محمد حجي، وسعيد أحمد أعراب، ط. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
- ١٥٧- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبي زهرة، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة سنة ١٩٩٦م.
- ١٥٨- المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي، ط. دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
- ١٥٩- منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عيش، ط. دار الفكر- بيروت ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.
- ١٦٠- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، ط. دار الفكر- بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

- ١٦١- نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية للدكتور/
محمد عبدالمنعم أبو زيد- رحمه الله، ط. المعهد العالمي للفكر الإسلامي،
الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.
- ١٦٢- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزليعي، ط. دار الحديث
بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
- ١٦٣- نظرية العقد للدكتور/ عبدالرزاق السنهوري، ط. مطبعة دار الكتب
المصرية سنة ١٣٥٣هـ/ ١٩٣٦م.
- ١٦٤- نظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبدالفتاح إدريس، ط.
المؤلف، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.
- ١٦٥- نظرية العقد والتسلف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي
لأستاذنا الدكتور/ محمد أحمد سراج، ط. دار المطبوعات الجامعية
بالإسكندرية سنة ١٩٩٨م.
- ١٦٦- نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج لمحمد بن شهاب الدين
الرملي، وحاشية الرشيدي عليه، ط. دار الفكر، الطبعة الأخيرة سنة
١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.
- ١٦٧- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني، ط. دار الحديث
بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.
- ١٦٨- الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور/ عبدالرزاق السنهوري،
ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت سنة ١٩٦٤م.
- ١٦٩- الوكالة في الشريعة والقانون للدكتور/ محمد رضا عبدالجبار
العاني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.