جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي وصوره المعاصرة

- دراسة فقهية اقتصادية -

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في العلوم الإسلامية – تخصص: معاملات مالية معاصرة.

الطالبة:

وفاء معمري

المشرف:

أ.د. محمد رشيد بوغزالة

لجنة المناقشة

الاسموواللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
فوزي محيريق	أستاذ مساعد متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
محمد رشيد بوغزالة	أستاذ محاضر- أ -	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
نور الدين مناني	أستاذ مساعد - ب -	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	عضوا

السنة الجامعية: 1436– 1437هـ/ 2015– 2016م

بسم الله الرحمن الرحيم

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَٱصۡنَعِ ٱلۡفُلۡكَ بِأَعۡيُنِنَا وَوَحۡيِنَا وَلَا تُخَٰطِبۡنِي فِي ٱلَّذِينَ ظَلَمُوٓاْۚ إِنَّهُم مُّغۡرَقُونَ ٣٧ ﴾

[هود: 37]

إهداء

إلى روح أبي الغالي – رحمه الله – الذي فارقني منذ أيام قليلة.....

ولا أقول إلاّ ما يُرضي ربنا ربّ العالمين " إنّا لله وإنّا إليه راجعون "

وأسأل الله أن يُنزل على قبره الضياء والنور والسرور...

وأن يجازه بالإحسان إحساناً وبالسيئات مغفرة ورضواناً....

وأسألك يا أرحم الراحمين أن تأخذه من ضيق اللحود إلى جنات الخلود، وأن ترحمه وتغفر له وموتى المسلمين ياربّ العالمين.

إلى التي يرتعش قلبي لذكرها....

إلى التي سهرت وتعبت لراحتنا أطال ربي عمرها...

أمي الغالية أسأل الله أن لا يحرمني رضاها وأن يرفع قدرها وشانها.

إلى من زرعوا التفاؤل في دربي، وقدموا لي المساعدات والتسهيلات والأفكار، ربما دون أن يشعروا بدورهم بذلك: إخوتي زين الدين وفوزي، وزوج أختي سفيان.

إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة: أخواتي وأبنائهم كل واحد باسمه.

إلى الشموع التي تضيء بيتنا بعالم البراءة: يمينه ومحمد علي وحيدر.

إلى القلوب الطاهرة والنفوس البريئة...أعمامي وعمّاتي، أخوالي وخالاتي.

إلى رمز الصدق والمحبة والوفاء: ابنة عمي هناء، وأخواتي في الله مريم زغوان وفاطمة الزهراء مجوري.

إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات وسأفتقدهم وأتمنى أن يفتقدونني...

إلى من جعلتهم إخوتي في الله وأحببتهم فيه...طلاّب قسم ثانية ماستر معاملات مالية معاصرة.

أهدي هذا البحث.

*** وفاء معمري ***

شكر وتقدير

الحمد لله موفّق من شاء إلى سبيل الخيرات، والصلاة والسلام على المبعوث إلى العالمين بالرحمات، أشكر الله الذي منّ علينا بالإسلام وألهمنا محبة العلم وأهله، وأرسل إلينا أفضل رسله معلّم الناس وقائدهم إلى الهدى والفلاح.

أتوجه بالشكر الجزيل إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة....

ومهّدوا لنا طريق العلم والمعرفة....

إلى من وقفوا على المنابر وأعطوا من حصيلة فكرهم ليُنيروا دربنا...

إلى الأساتذة الكرام في معهد العلوم الإسلامية، وأخصّ بالذكر الأستاذ الدكتور بوغزالة محمد رشيد الذي تفضّل بإشرافه على هذا البحث فجزاه الله عني كل خير، وله مني كل التقدير والاحترام.

وإقراراً مني بالفضل والجميل أتوجه بالشكر الخالص إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد على إتمام هذا البحث وقدّم لي يد العون والمساعدة، وزوّدني بالمعلومات اللازمة لإتمام هذا البحث وأخصّ بالذكر الأستاذ علي زواري أحمد.

فجزا الله الجميع خير الجزاء راجية من الله أن يجمعنا جميعاً في جنة الخلد.

الملخـــــــــص

يهدف هذا البحث إلى دراسة "**عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي وصوره المعاصرة**"؛ وهو من صيغ التمويل الإسلامية وله أهمية كبيرة في تنمية عدد من القطاعات الاقتصادية، وقد تناول البحث هذا العقد كما قرره علماء السلف، وما تمّ من إجراءات عليه في مجلة الأحكام العدلية، وما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي من آراء راجحة بعد الخلافات بين الفقهاء في المسائل التي تخصّ تكييفه الفقهي والأحكام الطارئة عليه، كما تناول البحث أيضاً استعراض إمكانية تطبيق صوره المعاصرة.وقد توزعت هذه الدراسة على مقدمة وفصلين وخاتمة، يحتوي الفصل الأول على مبحثين وكل منها مقسّم إلى أربعة مطالب وفروع للحديث عن مفهوم الاستصناع وتكييفه الفقهي والأحكام الطارئة عليه، بينما الفصل الثاني فيتضمن مبحثين أيضاً تناول فيه عرض لأهم صوره المعاصرة بالحديث عن عقد الاستصناع في العقود المعاصرة والاستصناع الموازي في المصارف.

وتوصل في الأخير إلى خاتمة تضمنت جملة من النتائج والتوصيات.

Le Résumé.

Cette recherche vise à l'étude dans " La Istisna'a Tenue Dans La Jurisprudence Islamique et De L'image Contemporaine ". L'un des mode de financement islamiques. Cette étude a touché sur ce contret. Tel que décidé par les scientifiques précédents. Et les mesures prises dans le journal des sentences judiciaires. Et les mesures prépondérants par le comité de la Jurisprudence Islamique International. Sur les avis prédominants après des désaccords entre les savants islamique dans les questions relatives à adapter par rapport à la jurisprudence Islamique et les décisions prises. Aussi cette étude a porté sur les possibilités d'application sur les différentes contemporaines.

Cette étude a été divisé en une introduction et deux chapitres et une conclusion. Le premier chapitre contient deux sections dont chacune est divisée en quatre branches de la demande et définir les concepts de " L'Istisna'a " et l'adapter à la jurisprudence Islamique. Ainsi que les décisions également deux sections traitées avec la présentation des manifestations contemporaines les plus importantes qui parlent de tenue " Istisna'a " dans le contrat contemporaines et l'application de " L'Istisna'a " dans les Banques.

En Conclusion on est arrivé finalement à plusieurs résultats et recommandations.

مقدمـــة

مقدمـــــــــــة:

الحمد لله معزّ من أطاعه واتقاه، ومذل من خالف أمره وعصاه، أحمده على حلو عطائه ومر بلائه، وأشهد أن لا إله إلا الله، ولا رب سواه ولا نعبد إلا إياه.

وأشهد أن محمدا عبده ورسوله الذي أطاع ربه، وبلّغ الرسالة، واهتدى بهديه صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

ترتكز صيغ التمويل الإسلامية على مبدأ أساسي وهو " الغُنْمُ بالغُرْمِ "؛ لأنّ المعاملات المالية الشرعية تقوم على أسس متينة وقواعد راسخة ثابتة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ الأصل في المعاملات الحلّ، إلاّ إذا اشتملت على ربا أو ظلم أو غرر ونحوها من المخالفات التي تمتنع في التعاقدات، فجاء الإسلام ومنع كثيراً من المعاملات التي تحوي شيئاً من تلك المخالفات. وفي مقابل ذلك أعطى بدائل كثيرة تراعي مصالح الناس وتكرس مبدأ العدل في العقود التي يبرمها المتعاقدون.

ولعلّ من بين هاته الصيغ صيغة " الاستصناع "؛ حيث تقوم صيغة هذا العقد على طرفين أحدهما الصانع الذي يتولى القيام بصنع المطلوب بشروط ومواصفات يحددها الطرف الثاني وهو المستصنع.

ونظراً للأهمية الإسلامية والاقتصادية لهذا العقد، إذ يُعتبر أحد الطريق الشرعية والاقتصادية المناسبة لسد حاجيات المجتمع الإسلامي التي تتطلّب تصنيعاً حسب الطلب والحاجة؛ ولأنّ الشريعة الإسلامية وضعت الأحكام الخاصة للتعامل مع الصناعات وضبطت التزامات الطالب والمصنّع على حدّ سواء، ونظراً إلى أنّ الحوادث تستجدّ بتطور الزمان وتغير المكان؛ ظهرت نوازل جديدة في عقود الاستصناع بحثها المعاصرون وأسهموا في بيان أحكامها. من هنا عزمت أن أبحث في موضوع الاستصناع ببحث موسومٍ ب: " **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي وصوره المعاصرة** ".

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع في عدة جوانب منها:

1-تبصير المسلمين بأن عقد الاستصناع هو أحد الصيغ التي قدمتها الشريعة الإسلامية؛ حيث يقوم على رأس المال من جهة، وعلى المجهود الشخصي من جهة أخرى، ومحاولة توضيح مكانة

الاستصناع التجارية المحلية والإقليمية من خلال عرض صوره التطبيقية المعاصرة، وتوضيح آليات تطبيقها ومعرفة آراء الفقهاء فيها.

2- موضوع الاستصناع أصبح موضوعاً هامّاً يجب العناية به تنظيماً وتكييفاً، خاصة بعد تطور الحياة ونمو الحضارة وشمول النهضة الصناعية جميع الدول كبيرها وصغيرها، حتى يؤدى دوره في خدمة الإنسانية.

3- جمع المادة العلمية المتعلقة بموضوع البحث من مواضعها المتفرقة، ومحاولة عرضها مرتبة في صورة كلية تعكس موقف الإسلام من التمويل والتنمية من خلال عقد الاستصناع.

إشكالية البحث:

أسعى من خلال هذا البحث إلى دراسة عقد الاستصناع في فقهنا الإسلامي وصوره المعاصرة، من خلال الإجابة على الإشكالية الرئيسية التالية:

ما المقصود بعقد الاستصناع في الفقه الإسلامي وما موقف العلماء من آليات تطبيق صوره المعاصرة؟.

وللإجابة على هذا الإشكال وضعت عدة تساؤلات فرعية، من شأنها الإلمام بالجوانب المختلفة لهذا الموضوع وهي كالتالي:

ما هو عقد الاستصناع؟ هل طبيعة الاستصناع تقتضي أن يكون عقداً أم مجرد وعد بين الصانع والمستصنع؟ وهل هو لازم أم غير لازم؟ إذا كان الاستصناع عقداً فما هي أحكامه؟ وهل المعقود عليه العين أم العمل؟ إذا طرأت عليه أحكام طارئة فما موقف الشريعة من ذلك؟ ما أهمّ صور الاستصناع المعاصرة؟

أسباب اختيار الموضوع:

وممّا حداني إلى اختيار هذا الموضوع جملة أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

الأسباب الذاتية:

1- رغبتي في الاطلاع على هذا الموضوع لما يتميز به من قيمة علمية وعملية.

2- تعلّقي بتخصص المعاملات المالية دفعني إلى البحث في الموضوعات الفقهية ذات الطابع الاقتصادي، لما تشتمل عليه من تجديد وفائدة علمية وعملية، والاطلاع على المراجع المتنوعة والاستفادة منها.

3- محاولة جمع ما قيل في هذا الموضوع من الناحية الفقهية والاقتصادية، ومحاولة اقتناء الفائدة العلمية التي يمكن تحقيقها في بحث هذا الموضوع.

الأسباب الموضوعية:

1- قلة الأبحاث والدراسات التي تناولت بصورة وافية عقد الاستصناع في إطاره الاقتصادي.

2- ما يراه آخرون من المسلمين أنّ الإسلام دين شامل وكامل، لكن لا تزال وسائله وأدواته في تنمية الأموال واستثمارها قديمة لا يمكن تطبيقها في عصرنا.

3- ما يشاهد في العالم الإسلامي من وجود كثير من الأموال المنقولة وغير المنقولة، ولكنها معطلة عن الاستثمار والتنمية الفردية والجماعية، بسبب عدم معرفة أصحابها ولا سماعهم بصيغ التمويل الإسلامية ومنها " الاستصناع "، وبسبب إحجامهم على استثمارها في البنوك الربوية، وذلك تنزّهاً عن المال الحرام والكسب الخبيث.

أهداف الموضوع:

يمكن تلخيص أهداف هذا البحث في النقاط التالية:

1- تحديد مفهوم عقد الاستصناع، وبيان أحكامه، وعرض بعض صوره المعاصرة وإبراز أهميتها الاقتصادية.

2-بيان أنّ الاستصناع من أهمّ الصيغ الإسلامية التي تمارسها المصارف الإسلامية المعاصرة.

3- وجود خلاف فقهي متعلّق بهذا الموضوع يحتاج إلى البحث والترجيح، فجاء هذا البحث لدراسة ما بدأه السابقون، ويلقي الضوء على بعض صورة التطبيقية المعاصرة لمعرفة موقف الشريعة السمحاء من تشريعها لهذه الصيغ ومنها الاستصناع.

الدراسات السابقة:

لقد اطّلعت على جملة من الدراسات السابقة من خلال عناوين أو كتب تناولت موضوع الاستصناع من جوانب فقهية واقتصادية، فمن هذا الدراسات ما يلي:

1-عقد الاستصناع أو " عقد المقاولة " في الفقه الإسلامي، وهي رسالة ماجستير تقدم بها الدكتور كاسب البدران إلى كلية التربية، جامعة الملك فيصل، وهي مؤرخة لسنة (1404هـ-1984م). وقد قسّم الدكتور رسالته إلى ستة أبواب: أمّا الباب الأول فقد تطرق لمفهوم الاستصناع. والباب الثاني تكلّم فيه عن حكمه عند الحنفية والمذاهب الفقهية الأخرى. أمّا

الباب الثالث فقد بحث فيه عن التكييف الفقهي للاستصناع أولاً، ثم في النظام الوضعي ثانياً. وقد خصّص الباب الرابع في دراسة المقوّمات والشروط للعقود بصورة عامة وللاستصناع خاصة. وجعل الكلام في الباب الخامس عن صفة عقد الاستصناع من حيث اللزوم وعدمه. ليصل أخيراً إلى آخر باب وفيه أشار إلى أمور تتعلق بهذا العقد.

2- عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة " دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية "، وهي رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي، تقدم بها الدكتور أحمد بلخير، جامعة باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم الشريعة، فرع الاقتصاد الإسلامي، وهي مؤرخة لسنة (1429هـ- 2008م). وقد قسّم الباحث رسالته إلى أربعة فصول: أمّا الفصل الأول فقد جعله كمدخل للتعريف بعقد الاستصناع. والفصل الثاني تناول فيه توضيح الوظيفة التمويلية لعقد الاستصناع. وعنون الفصل الثالث بالوظيفة الاستثمارية لعقد الاستصناع ودوره في التنمية الاقتصادية. وخصّص الفصل الرابع في تجربة البنك الإسلامي للتنمية في التمويل بالاستصناع.

-هذه بعض الدراسات التي اطلعت عليها في موضوع الاستصناع، وقد عملت في بحثي هذا على أن أستكمل جهود من سبقني من الباحثين في دراسة هذا الموضوع، مع التركيز بصورة أكبر على بعض صوره المعاصرة وجوانبها الاقتصادية.

منهج البحث:

لقد اعتمدت في هذا البحث على المناهج التالية:

المنهج الوصفي التحليلي: وذلك ببيان حقيقة الاستصناع وأحكامه وتوضيح صوره وتطبيقاته المعاصرة.

المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء وتتبّع ما وضع من آيات قرآنية وأحاديث نبوية وأحكام تشير إلى مشروعية الاستصناع.

المنهج المقارن: من خلال مقارنة آراء الفقهاء بعضها ببعض، واختيار الراجح منها مما يتوافق مع الأدلة الأقوى ويحقق مصالح الناس واحتياجهم، وربط ذلك بما هو معمول به في المصارف الإسلامية في مجال الاستصناع.

المنهج التاريخي: وذلك حين أتعرض إلى ترجمة بعض الفقهاء والأعلام.

وقد حاولت عند كتابتي لهذا البحث مراعاة الأمور الآتية:

1- عزوت الآيات القرآنية إلى سورها في المتن مع ذكر رقم الآية في المتن، . وقد اعتمدت في كتابة الآيات على رواية حفص عن عاصم، طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

2- تخريج الأحاديث النبوية الواردة في المتن، فإذا كان الحديث في الصحيحين أكتفي بذلك، وإن كان في غيرهما أقوم بتخريجه من كتب السنة الأخرى، وقد يتعذّر عليا أحياناً دون بيان درجته، ويكون تخريجه في الهامش على النحو التالي: ذكر المصنف، صاحب المصنف، الكتاب، الباب، رقم الجزء والطبعة، رقم الحديث، والصفحة.

3- ترجمة لبعض الأعلام المذكورين في متن البحث، وقد كانت هذه الترجمة مختصرة لئلاّ تثقل البحث. كما اكتفيت في توثيق البيانات عند الترجمة بذكر اسم المؤلف والعنوان الجزء ورقم الصفحة.

4-توثيق جميع البيانات للمرجع عند ذكره في البحث، ثم بعد ذلك أكتفي بذكر المؤلف والكتاب، ورقم الجزء والطبعة، ومكان ودار النشر، وسنة النشر، ورقم الصفحة.

5- شرح بعض المصطلحات أو الألفاظ الغريبة في هامش الصفحة.

6- اعتمدت في دراسة المسائل المختلف فيها بين الفقهاء بمحاولة توضيح محلّ الخلاف في المسألة، ثم ذكر الأقوال الواردة في المسألة وأدلتها مع محاولة مناقشتها إن كانت تحتاج إلى مناقشة، ثم بيان القول الراجح اعتماداً على أقوال وآراء العلماء.

7- أمّا في الفصل الثاني فقد كانت طريقة عملي بذكر بعض الصور المعاصرة لعقد الاستصناع؛ حيث خصصت لكل صورة مطلب، وتطرقت فيه إلى تعريفها وذكر أنواعها وتقسيماتها، ثم حاولت قدر المستطاع أن أوضّح صورة عقد الاستصناع فيها من خلال ذكر مثال من واقعنا المعاصر، لأنتقل بعدها إلى دراسة هذه الصورة كمسألة مختلف فيها بين الفقهاء ثم بيان الرأي الراجح في حكمها الشرعي وتكييفها الفقهي.

8- قدمت أهمّ النتائج التي توصلت إليها، وبعض التوصيات في خاتمة لهذا البحث.

9- ختمت رسالتي بفهارس عامّة مرتبة على النحو الآتي:

أ- فهرس الآيات القرآنية استناداً إلى ترتيبها في المصحف الشريف.

ب- فهرس الأحاديث النبوية.

ت-فهرس الأعلام المترجم لهم.

ث-فهرس المصادر والمراجع.

ج-فهرس الموضوعات.

الخطة المتبعة:

سرت في إعداد هذا البحث على الخطة التالية: قسّمت البحث إلى مقدمة وفصلين وخاتمة.

أمّا المقدمة: فتحدثت فيها عن أهمية الموضوع، وأهدافه، وأسباب اختياري له، والدراسات السابقة حوله، ثم ذكرت الإشكالية المطروحة للبحث، والمنهج المتّبع مع ذكر طريقة العمل التي سرت عليها ضمنه، ثم توضيح لخطة البحث.

بالنسبة للفصل الأول: فقد عنونته بمفهوم عقد الاستصناع وتكييفه الفقهي، حيث يمثل هذا الفصل الدراسة النظرية للبحث وقد تضمن مدخل تمهيدي مبحثين يحتوي كل مبحث على أربعة مطالب وفروع:

المبحث الأول عرّفت فيه عقد الاستصناع، حكمه، أركانه وشروطه، آثاره وانتهاءه. أمّا المبحث الثاني فتطرّقت فيه إلى التكييف الفقهي له من خلال عرض أهم المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، وجعلته أيضاً في أربعة مطالب. وقد عنونت المطلب الأخير في هذا المبحث في بيان الأحكام الطارئة على عقد الاستصناع والمتمثلة في الشرط الجزائي والظروف القاهرة.

بالنسبة للفصل الثاني: فقد عنونته بآليات تطبيق صور عقد الاستصناع المعاصرة وآراء الفقهاء فيها. وهو بمثابة دراسة تطبيقية لهذا البحث، وتضمن أيضاً مدخل تمهيدي ومبحثين:

المبحث الأول فقد قمت بجمع أهمّ المجالات لتطبيق عقد الاستصناع في شكل صور معاصرة، وحاولت توضيح آليات تطبيقها بإبراز صورة عقد الاستصناع فيها، وقد جعلت هذه الصور في ثلاث مطالب. أمّا المبحث الثاني فقد كان في ثلاث مطالب أيضاً تطرّقت فيها إلى شرح صيغة معاصرة لعقد الاستصناع غالباً ما يكون تطبيقها في البنوك وهي صيغة الاستصناع الموازي. وأخيراً أنهيت البحث بخاتمة سجّلت فيها أهمّ النتائج والتوصيات.

الصعوبات:

واجهتني صعوبات في إعدادي لهذا البحث، لكنها عوائق لابدّ منها لكلّ باحث في طريق بحثه، ولعلّ أبرزها أذكر:

1- توسّع موضوع الاستصناع وتشعبه وصعوبة حصر مسائله خاصة منها المختلف فيها بين الفقهاء وذلك لتداخله مع العديد من العقود الأخرى.

2- أحياناً تعترضني صعوبة الترجيح في بعض المسائل، لقوة الأدلة المذكورة في المسألة لدى كل فريق.

الفصل الأول:

مفهوم عقد الاستصناع وتكييفه الفقهي.

ويشتمل على مدخل تمهيدي ومبحثين:

المبحث الأول: مفهوم عقد الاستصناع

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع.

مدخل تمهيدي:

تاريخ الصناعة والاستصناع.

منذ أن خلق الله تعالى الكون وسخّر ما فيه لعباده، والصناعة ترافق البشرية مرافقة الظلّ، قال تعالى: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا مِّنۡهُۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ١٣ ﴾[الجاثية: 13]. وفي وقت كانت العرب – وغيرهم من الأمم – تقلّل من شأن الصناعة والحرف؛ أولى الإسلام بها عناية كبرى، كما اهتمّ بالاستصناع وبيّن أهميتها في حياة الإنسان، حتى قرَن الله تعالى الحديد مع القرآن الكريم في الإنزال[1]، فقال في محكم تنزيله: ﴿ لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَا رُسُلَنَا بِٱلۡبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلۡنَا مَعَهُمُ ٱلۡكِتَٰبَ وَٱلۡمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَأَنزَلۡنَا ٱلۡحَدِيدَ فِيهِ بَأۡسٞ شَدِيدٞ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ ﴾[الحديد: 25].

ومن دلائل اهتمام الإسلام بالصناعة والاستصناع؛ امتنانه ﷻ بنعم عظيمة على أنبيائه، فقد نُقل عن كثيرٍ منهم أنهم كانوا صنّاعًا وأولهم أبو البشرية آدم عليه السلام علّمه الله تعالى صنعة الحراثة، وعلّم نوح عليه السلام النجارة: ﴿ وَٱصۡنَعِ ٱلۡفُلۡكَ بِأَعۡيُنِنَا وَوَحۡيِنَا ﴾[هود:37]، وداود عليه السلام علّمه صنعة اللباس الحديدي (الدرع): ﴿ وَعَلَّمۡنَٰهُ صَنۡعَةَ لَبُوسٖ لَّكُمۡ لِتُحۡصِنَكُم مِّنۢ بَأۡسِكُمۡۖ فَهَلۡ أَنتُمۡ شَٰكِرُونَ ٨٠ ﴾ [الأنبياء: 80].

أمّا عصر سيدنا سليمان عليه السلام فقد تميز بنهضة صناعية تمثلت في بناء الحصون المنيعة التي يُتّقى بها من العدوّ والمهاجم للمدينة، والقصاع العظيمة التي يجفن فيها الماء لسقي الأشجار والزروع؛ قال ﷻ: ﴿ يَعۡمَلُونَ لَهُۥ مَا يَشَآءُ مِن مَّحَٰرِيبَ وَتَمَٰثِيلَ وَجِفَانٖ كَٱلۡجَوَابِ وَقُدُورٖ رَّاسِيَٰتٍۚ ٱعۡمَلُوٓاْ ءَالَ دَاوُۥدَ شُكۡرٗاۚ وَقَلِيلٞ مِّنۡ عِبَادِيَ ٱلشَّكُورُ ١٣ ﴾[سبأ: 13]. والصّرح الممرّد من قوارير الذي صُنع لسليمان: ﴿ قِيلَ لَهَا ٱدۡخُلِي ٱلصَّرۡحَۖ فَلَمَّا رَأَتۡهُ حَسِبَتۡهُ لُجَّةٗ وَكَشَفَتۡ عَن سَاقَيۡهَاۚ قَالَ إِنَّهُۥ صَرۡحٞ مُّمَرَّدٞ

[1] – علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة. (ط: 1؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1422هـ-2001م)، ص109.

﴿مِّن قَوَارِيرَ ۖ قَالَتْ رَبِّ إِنِّي ظَلَمْتُ نَفْسِي وَأَسْلَمْتُ مَعَ سُلَيْمَانَ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٤٤﴾﴾[النمل: 44]. فتعجّبت ملكة سبأ من الحسن الباهر والإتقان الذي يُميز قصر سليمان عليه السلام.

ولا ننسى وصية خير البرية ﷺ في قوله: « مَا أَكَلَ أَحَدٌ طَعَامًا قَطّ خَيرٌ مِنْ أَنْ يَأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدِه، وَ إِنَّ نَبِيَّ الله داود عليه السلام كَانَ يأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدِه»[1]؛ فرسولنا ﷺ يجعل كل ما تصنعه اليد من أفضل الأعمال. وتمرّ العصور والصناعة تتغير وتتطوّر لأن سنّة الله في خلقه تقتضي أن يكون لكلّ عصر ومصر مقتضيات، ومعها يزداد كسب الإنسان ويخدم البشر بعضهم بعضًا، وهذا ما دفع إلى ازدهار صنوف من الصناعات التي تعكس اتجاهات مختلفة حسب اختلاف المشارب والأذواق، فنتج عن هذا تفاوت بين الصنّاع ولا مبرّر لذلك إلاّ الخبرة والمهارة والإتقان الذي يميز صانعاً عن صانع آخر[2].

ويبدو أنّ حياة العرب المسلمين في الجزيرة العربية في العصر الإسلامي الأول لم يكن فيها انتشار الصناعات باعتبار أنها كانت بعيدة عن الجوانب الحضارية الراقية المرموقة، ولأنّ ما يحتاج إليه الناس من المقومات واللوازم الأساسية مثل الأواني والأقمشة والأحذية وغيرها ربما كانت تُستجلب من البلاد المجاورة، ولكن ذلك لا ينفي وجود صناعات محلية بسيطة كان الناس يتعاطونها فيما بينهم ممّا تمسّ الحاجة إليه، وهناك وقائع يتبين منها حدوث استصناع في أشياء عادية عامّة مثل طلب صناعة خاتم وقلنسوة ومنبر وغيرها، وهي أمثلة كافية لإعطاء التصور المبدئي لهذا العقد في زمن الرسالة، لكن لا يوجد نص صريح يكشف عن ضوابط شرعية للاستصناع مثل العقود المسماة الأخرى، وعندما تغير نمط الحياة نحو الرفاهية وتنوّع الصناعات برزت أهميتها في العصور اللاحقة[3]؛ وهذا ما جعل أئمة الاجتهاد يبسطون فيه الكلام ممّا يتعلّق بأحكامه وما يستجد فيه من النوازل.

---

[1] صحيح البخاري، ، كتاب البيوع، باب كسب الرجل وعمله بيده، ج03 (ط:01؛ الرياض: مكتبة المعارف، 1422هـ – 2002 م)، رقم الحديث: 2072، ص 57.

[2] ينظر: علي أحمد الندوي، عقد الاستصناع بين دراسة شرعية تأصيلية وصيغة تمويلية معاصرة. (لا.ط ؛ لا.م: لا.ن، د.ت)، ص5 -8.

[3]- المرجع السابق، ص08.

المبحث الأول: مفهوم عقد الاستصناع.

المطلب الأول: تعريف عقد الاستصناع.

الفرع الأول: تعريف العقد.

أولا– لغة:

العقد في اللغة هو (الضمان والعهد)[1]، وقيل هو: اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كلّ منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج[2].

ثانيا– اصطلاحا:

عرّفه الجرجاني[3]،بقوله: « هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا »[4].

فالمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له، وتخصيص لما فيه من العموم.

وقد جاء في الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة[5]؛ بأن الرازي[6]، يعرّفه بقوله:

« هو كلّ ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر في المستقبل، سواء أكان ذلك الالتزام بإلزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر»[7].

وفي اصطلاح رجال القانون: « اتفاق شخصين أو أكثر على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه وذلك كالبيع والإجارة والهبة والكفالة والإقالة ونحوها »[1].

---

[1]–مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، (ط:8؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426هـ–2005م)، ص300.

[2]– إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط. تحقيق: مجمع اللغة العربية (ط: 4؛ لا. م: مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ–2004م)، ص 644.

[3] – هو: علي بن محمد بن علي المعروف بأبي الحسن الجرجاني الحنفي، عالم حكيم، مشارك في أنواع العلوم، فريد عصره، ولد في تاكو (قرب استرباد)، ودرس في شيراز وتوفي بها، من تصانيفه: التعريفات، شرح السراجية في الفرائض، توفي سنة 816هـ، (السخاوي، الزركلي، الأعلام،48/04).

[4]– علي بن محمد الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات. (لا. ط ؛ بيروت: مكتبة لبنان، 1985م)، ص 158.

[5]– هو: محمد بن أحمد أبو زهرة ولد سنة 1316هـ، من كبار علماء الشريعة في عصره، اشتغل بالتدريس وعين أستاذا محاضرا للدراسات العليا في الجامعة، من مصنفاته: أصول الفقه "، الجدل في الإسلام "، و " مذكرات في الوقف "، توفي بالقاهرة سنة 1394 هـ، (الزركلي، الأعلام، 06 / 25– 26).

[6]–هو: أحمد بن علي، أبو بكر الرازي المعروف بالجصاص من أهل الري. من فقهاء الحنفية، تفقه على أبي سهل الزجاج وعلى أبي الحسن الكرخي، وتفقه عليه الكثيرون. انتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته، توفي سنة 370هـ. (ابن كثير، البداية والنهاية 256/11، وعبد القادر بن نصر الله القرشي، الجواهر المضية،84/1).

[7]– محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. (لا.ط ؛ لا.م : دار الفكر العربي، 1396هـ– 1976م)، ص 199–200.

أمّا عند فقهائنا: « فهو ارتباط إيجاب بقبول على نحو مشروع يظهر أثره في محله ».

والعقود كلها تصرفات قولية، يُشترط فيها لتكون سبباً للملكية شرائط أهمها: الأهلية والاختيار[2].

الفرع الثاني: تعريف الاستصناع.

أولا– لغة: قال بن فارس[3]: صنع: (الصاد والنون والعين أصل صحيح واحد، وهو عمل الشيء صنعًا)[4]

وقال ابن منظور[5]: « صنع أصله صَنَعَه يصنعه صنعًا، فهو مصنوع وصنيع: عمله، واصطنعه: اتخذه»[6].

(واصطنع خاتما: أمر أن يُصنع له. واستصنع فلان كذا: أي طلب منه أن يصنعه له)[7].

والتصنيع: جعل الأمة صناعية بالوسائل الاقتصادية ونشر الصناعة فيها.

والصانع: من يصنع بيديه ومن يحترف الصناعة)[8].

ثانيا–اصطلاحا:

اتجه الفقهاء في تعريفهم لعقد الاستصناع إلى فريقين:

الفريق الأول: مذهب الجمهور:

---

[1] – مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام. ج01 (ط : 01؛ دمشق: دار القلم، 1418هـ- 1998م)، ص 337.

[2] – المرجع نفسه، ص337.

[3]–هو: أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب الرازي ، أبو الحسين ، كان واسع الأدب ، متبحراً في اللغة ، فقيهاً شافعياً من كتبه : المجمل ، وحلية الفقهاء ، ومعجم مقاييس اللغة ، توفي سنة (390هـ) وقيل 395. (بن خلكان، وفيات الأعيان، 118/1) .

[4]– أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكرياء، مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون ج3 (لا.ط ؛ القاهرة: دار الفكر، 1392هـ- 1972م)، ص 313.

[5] – هو: محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حقه بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري ، جمال الدين ، أبو الفضل ، صاحب لسان العرب ، كان عالماً بالنحو، واللغة، والتاريخ، سمع من ابن المقير ، وروى عنه السبكي، والذهبي، اختصر كثيراً من كتب الأدب كالأغاني ، والعِقْد الفريد ، توفي سنة (711هـ). (جلال الدين السيوطي، بغية الوعاة، 248/1).

[6]– ابن منظور، لسان العرب. تحقيق: عبد الله علي الكبير، ومحمد أحمد حسب الله، وهاشم محمد الشاذلي ج28 (لا.ط ؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت)، ص 2508.

[7]– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 739.

[8]– إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 555.

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى القول بتابعية عقد الاستصناع لعقد السَّلَم، فهم يرون بأنه ليس هناك عقد مستقل يسمى " استصناعًا" وإنما هناك عقد يسمى "بالسَّلَم " وفي ما يأتي تعريفات الجمهور للسلم:

المالكية: « السَّلَم هو بيع شيء موصوف في الذمة بغير جنسه مؤجلا »[1].

الشافعية:« هو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ سَلَم، كأن يقول: أسْلَمْت عليك عشرين جنيها مصرية في عشرين إردبا من القمح الموصوف بكذا، على أن أقبضها بعد شهر مثلا»[2].

الحنابلة:« السَّلَم هو أن يُسْلِم رأس المال في مجلس العقد على أن يعطيه ما يتراضيان عليه معلوما إلى معلوم، ولا يأخذ إلا ما سمّاه أو رأس ماله ولا يتصرف فيه قبل قبضه »[3].

فالجمهور اتفقوا على أن السَّلَم: (عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد، ويصح بألفاظ البيع والسَّلَم)[4].

الفريق الثاني: جمهور الحنفية:

اختلفت تعريفاتهم إلا أنها في الحقيقة تلمّ بجوانب الاستصناع المختلفة، فقال عنه الكاساني[5]: « هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل »[6].

وعرّفه ابن عابدين[1]، بأنه:

---

[1]–هو: أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك ج 02 (ط:02؛ لبنان: دار الفكر، د.ت)، ص 311.

[2] – عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ج02 (ط:02؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ-2003م)، ص 272.

[3] – أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقي، مختصر الخرقي ج01 (لا.ط ؛ لا.م : دار الصحابة للتراث، 1413هـ- 1993م)، ص69.

[4] – موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي، زاد المستنقع في اختصار المنقع. تحقيق: عبد الرحمان بن علي بن محمد العسكر ج01 (لا.ط ؛ الرياض: دار الوطن، د.ت)، ص 111. و وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي المعاصر وأدلته ج05 (ط: 04؛ سوريا: دار الفكر، د.ت)، ص3603.

[5]– هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين، منسوب إلى كاسان، وهي بلدة بالتركستان، من أئمة الحنفية، كان يسمى ملك العلماء، أخذ عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور تحفة الفقهاء، من تصانيفه: البدائع، وهو شرح لتحفة الفقهاء، توفي بحلب عام 785هـ. (عبد القادر بن نصر الله القرشي، الجواهر المضية، 02/ 244، و الزركلي، الأعلام، 46/2).

[6]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج5 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ- 1986م)، ص 02.

« طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص يعلم منه مما يأتي »[2]

وقال السمرقندي[3]: « هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع »[4].

ونجد من المعاصرين الشيخ مصطفى الزرقا يعرّفه بقوله: « هو عقد يشترى به في الحال شيء مما يُصنع صنعا يلزم البائع بتقديمه مصنوعا بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد »[5].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية بأنه: « عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا، فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع »[6].

أمّا التعريف المختار لعقد الاستصناع هو ما اختاره المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورته السابعة بجدة، في قراره رقم: (7 /3 / 65) وهو: « إنّ عقد الاستصناع هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط»[7]. وهو تعريف جامع ومبين لحقيقة الاستصناع.

كما يُعرّف عقد الاستصناع اقتصاديا بأنه: صيغة من صيغ تمويل إنتاج السلع في مرحلة ما قبل التسليم، أو مرحلة الإنتاج؛ أي بمعنى تمويل عملية إنتاج السلع ذاتها.

---

[1]–هو:أحمد بن عبد الغني بن عمر المشهور كأسلافه بابن عابدين: فقيه حنفي، ولد سنة1238 هـ بدمشق، تولى الإفتاء في بعض المدن الصغيرة ثم عين أمينا للفتوى له نحو 20 كتابا ورسالة، منها رسالة في : تبرئة الشيخ الأكبر مما نسب إليه من القول بالحلول والاتحاد، وشرح العقيدة الإسلامية للحمزاوي، توفي سنة 1307هـ. في دمشق.(الزركلي، الأعلام، 1/ 152-153).

[2]– ابن عابدين، رد المحتار على الدرّ المختار. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض ج7 (د،ط ؛ الرياض: دار عالم الكتب، 1423هـ- 2003م)، ص 474.

[3] – هو: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، فقيه، من كبار الحنفية تفقه على أبي المعين ميمون المكحولي،وعلى صدر الإسلام أبي اليسر البزدوي، واشتهر بكتابه: تحفة الفقهاء، وله كتب أخرى منها الأصول، توفي سنة 450هـ. (الزركلي، الأعلام، 05/ 317، وعمر بن رضا بن عبد الغني كحالة، معجم المؤلفين 228/8).

[4]– هو: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ- 1984م)، ص 362.

[5]– مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة. (لا.ط ؛ جدة: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1420)، ص 20.

[6]– لجنة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ج01 (لا.ط ؛ كار خانة: نور محمد، د.ت)، المادة 124:، ص16.

[7]– يوسف إبراهيم يوسف وآخرون، قرارات المجامع الفقهية في المعاملات الاقتصادية ج1 (ط:1؛ الإسكندرية: دار التعليم العالي، 2014)، ص 223.

المطلب الثاني: حكمه وأدلة مشروعيته.

اختلف الجمهور والحنفية في حكم الاستصناع.

الفرع الأول: رأي الجمهور:

يرى مذهب الجمهور وزفر من الحنفية بأنّ الاستصناع متفرّع عن عقد السلم ويجوز فيه ما يجوز في السَّلَم؛ أي أن الجمهور يرون بتابعية الاستصناع لعقد السَّلَم وحكمه الجواز إذا كان على وجه السَّلَم[1].

الأدلة:

1- أنّ النبي ﷺ "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"[2]. أي النسيئة بالنسيئة، لأنّ السلعة في ذمة الصانع والثمن في ذمة المستصنع.

2-عن حكيم بن حزام قال:(قلت يا رسول الله ﷺ: يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه ثم أبتاعه من السوق فقال: لا تبع ما ليس عندك)[3]، فالاستصناع فيه بيع معدوم المنهي عنها.

3-الإجماع: قال الإمام أحمد: إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين[4].

الفرع الثاني: رأي جمهور الحنفية:

يجعلون عقد الاستصناع عقدا مستقلا يختلف في شروطه عن عقد السلم وحكمه لديهم بالجواز استحسانا لأن الحاجة داعية إليه[1].

---

[1] - ينظر: محمد بن أحمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل. ج05 (لا. ط ؛ بيروت: دار الفكر، 1409هـ- 1989م)، 386.

[2]- أخرجه أبو الحسن علي عمر الدارقطني، سنن الدارقطني. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون ج03 (ط: 01؛ بيروت- لبنان: مؤسسة الرسالة، 2004هـ- 1424 م)، رقم: 3060 ، ص40، وقال الشيخ الألباني ضعيف، (ينظر: ضعيف الجامع الصغير وزيادته، لا.ط ؛ لا.م: المكتب الإسلامي، د.ت، ص 873).

[3]- أخرجه أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبو داوود. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب البيوع، باب في بيع الرجل ما ليس عنده ج03 (لا.ط ؛ صيدا- بيروت: المكتبة العصرية، د.ت)، رقم: 3503 ، ص 283، وقال الشيخ الألباني ضعيف، (ينظر: المرجع السابق، ج02، ص1209).

[4]- أسامة محمد الصلابي، اختيارات الحافظ بن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات. (ط:1؛ بيروت: دار بن حزم، 1432هـ- 2011م)، ص343.

الأدلة:

1-من القرآن:

قال الله – عزّ وجلّ-﴿ . **قَالُوا يَاذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾** [الكهف: 94].

وجه الاستدلال:

أي قال القوم لذي القرنين: إن يأجوج ومأجوج – قبيلتان من بني آدم في خلقهم تشويهٌ، منهم مفرطٌ في الطول، ومنهم مفرطٌ في القِصر – قوم مفسدون بالقتل والسلب والنهب وسائر وجوه الشر قال المفسرون: كانوا من آكلة لحوم البشر، يخرجون في الربيع فلا يتركون أخضر إلا أكلوه، ولا يابساً إلا احتملوه {فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً} أي هل نفرض لك جزءاً من أموالنا كضريبة وخراج {على أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدّاً} أي لتجعل سدا يحمينا من شر يأجوج ومأجوج قال في البحر: هذا استدعاءٌ منهم لقبول ما يبذلونه على جهة حسن الأدب[2].

وقوله تعالى ﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ﴾[الأنبياء: 80].

وجه الاستدلال: أنّ الله ﷻ اختصّ داوود عليه السلام بأن علّمه صناعة الدروع بعملها حلقًا متشابكة تسهّل حركة الجسم لتحمي المحاربين من وقع السلاح فيهم[(3)].

2-من السنة:

-ورد عن النبي ﷺ أنه بعث إلى امرأة من الأنصار يقول لها: « مري غلامك النّجار يعمل لي أعوادا – أي منبرا – أجلس عليهنّ إذا كلمتُ الناس »[(4)].

[(1)]- حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، ماجستير في الفقه الإسلامي المقارن، كلية الدراسات الإسلامية، مركز القرضاوي للوسطية الإسلامية والتجديد، ص 11.

[2] - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج02 (ط: 01؛ القاهرة: دار الصابوني، 1417هـ- 1997م)، ص189.

[(3)]- نخبة من أساتذة التفسير، التفسير الميسر ج1 (ط:2؛ السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1430هـ-2009م)، ص 314.

[(4)]صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب الخطبة على المنبر ج1، مرجع سابق، رقم الحديث: 469، ص 278.

-ورويَ عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ اصطنع خاتما من ذهب وكان يلبسه فصه في باطن كفه فصنع الناس خواتيم ثم إنه جلس على المنبر فنزعه فقال: « إني كنت ألبس هذا الخاتم وأجعل فصه من الداخل فرمى به ثم قال: والله لا ألبسه أبدا فنبذ الناس خواتيمهم »[1].

3- من الإجماع العملي، قالوا إنّ الناس يتعاملون بذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير، وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير[2].

4-من المعقول: أنّ حاجة الناس في عموم الأزمان والأمكنة تدعو إلى القول بجواز الاستصناع لأنّ الإنسان يحتاج إلى استصناع بعض الأثاث بأنواع مخصوصة، على مقادير مخصوصة، وصفات مخصوصة، فلو مُنع عقد الاستصناع وحرّم لوقع الناس في ضيق وحرج.

-والراجح – والله أعلم – أن الاستصناع جائز ولا يشترط لجوازه شروط السلم، فهو عقد مستقل؛ لأن الحاجة داعية إلية لرفع الحرج الذي يعتبر أصل مقرر في شريعتنا الغرّاء فينبغي مراعاته. وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

المطلب الثالث: أركان وشروط الاستصناع.

الفرع الأول: أركانه.

تتشابه أركان عقد الاستصناع مع أركان العقود المالية عامة وهي ثلاثة: الصيغة، العاقدان، والمحلّ.

الصيغة: البائع والمشتري "، ومثالها هنا: اصنع لي كذا، ونحو هذه العبارة لفظا وكتابة.

العاقدان: أي المستصنع (المشتري) طالب السلعة، والصانع (البائع) الذي يقدّم هذه السلعة، ويشترط فيهما الأهلية الكاملة والولاية بأن تكون له سلطة تمكّنه من تنفيذ العقد وترتيب آثاره الناتجة عنه.

وأما محل الاستصناع: فقد اختلف فقهاء الحنفية فيه، هل هو العين أم العمل[1]، وسيأتي تفصيل هذا الخلاف في المسألة وبيان الراجح منها في المبحث الثاني.

---

[1]- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسبوري، كتاب اللباس والزينة، باب طرح خاتم الذهب. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ج3 (لا.ط ؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، رقم: 2091، ص 1655.

[2] - أسامة محمد الصلابي، اختيارات الحافظ بن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص345.

الفرع الثاني: شروطـه.

عقد الاستصناع هو من العقود التي ذكرها الفقهاء لسدّ حاجات الناس، ولكنهم اختلفوا في تكييفه وشروطه، فيرى الجمهور وزفر من الحنفية بأنه يشترط فيه ما يشترط في السلم، بينما يرى جمهور الحنفية بأنه عقد مستقل بأركانه وشروطه الخاصة.

أولا: شروط الاستصناع عند الجمهور.

سبق وقد تبين أنّ الجمهور يقولون بجوازه إذا كان على وجه السلم، وقد خصصوا له باباً وأطلقوا عليه باب السَّلَم في الصناعات، وشروط السَّلَم عندهم إجمالاً هي ما يأتي:

1- أن يكون معلوم الجنس والصفة والمقدار.

2- أن يكون مما يجوز بيعه ويثبت دينا في الذمة.

3- تعجيل قبض رأس المال، وأجاز المالكية تأخيره ليومٍ أو يومين إلا للضرورة.

4- أن يكون رأس المال معلوم الجنس والنوع والصفة.

5- وجوب تحديد الأجل.

6- أن لا يحدد الشيء المعمول منه أو الشخص العامل[2].

ثانيا: شروط الاستصناع عند جمهور الحنفية:

1. بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه.

2. أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس[3]؛ لأن الاستصناع جائز استحساناً، فلا يصح فيما لا تعامل فيه، وذلك يختلف بحسب الأعراف السائدة في كل زمان ومكان، فلا يُقاس زمان بزمانٍ ولا مكان بمكانٍ. وأما إذا كان الشيء المطلوب صنعه لم تجر به العادة بصناعته فإنه يمكن التوصل إليه بطريق السَّلَم.

3- أن يكون المصنوع مما تدخله الصناعة، فلا يصح في البقول والحبوب ونحو ذلك.

---

[1] - نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج03 (ط:02؛ الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1404هـ-1983م)، ص329.

[2] - ينظر: - محمد بن أحمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل. ج05، مصدر سابق، ص 386.

[3]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي،ج05، مصدر سابق، ص03.

4- أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع، فإذا كانت من المستصنع فيكون عقد إجارة لا استصناع.

5-بيان الثمن جنسا وعددا بما يمنع التنازع، فالجنس: كدينار جزائري، والعدد: كالألف.

6-بيان مكان تسليم المبيع إذا احتيج إلى ذلك.

7-ألا يكون فيه أجل وإلا صار سلماً[1]، أما عند الصاحبين أبو يوسف ومحمد بن الحسن فلا مانع من ضرب الأجل[2]. وهذا الشرط فيه خلاف في المذهب الحنفي وسيأتي توضيحه وتحرير محلّ النزاع في المبحث الثاني.

- والراجح في هذا الخلاف القائم بين الجمهور والحنفية في تحديد شروط الاستصناع هو ما يأتي:
  1. بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.
  2. أن يحدد فيه الأجل.

وهذا ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، كما نص على ما يأتي:

أ- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

ب- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة[3].

المطلب الرابع: آثار عقد الاستصناع وانتهاؤه.

الفرع الأول: آثاره.

1- يقصد بآثار العقد ما يترتب على العاقدين بعد العقد، يقول الكاساني: وأمّا حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم[4].

ويشير الكاساني بقوله :" ملكا غير لازم " بما هو مقرر في أصل المذهب الحنفي، بأنّ هذا العقد هو من العقود غير اللازمة. بمعنى أن لكل من الصانع و المستصنع الرجوع عنه قبل إتمام صنع الشيء

---

[1]- أبو زيد، (عقد الاستصناع) ، مرجع سابق، ص 18.

[2]- أسامة محمد الصلابي، اختيارات الحافظ بن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص 349.

[3]- يوسف إبراهيم يوسف وآخرون، قرارات المجامع الفقهية في المعاملات الاقتصادية، مرجع سابق، ص 223.

[4]- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع،ج05، مصدر سابق، ص 03.

المطلوب، أمّا بعد أن يأتي مصنوعا وفقا للمطلوب فيسقط خيار الصانع البائع، ويبقى الخيار للمستصنع باعتبار أنه مشتري ولم يره فيثبت له خيار الرؤية[1]. وهاته المسألة فيها خلاف بين الحنفية وسيأتي تفصيل ذلك في المبحث الثاني في بيان صفة هذا العقد.

2-أن يقوم الصانع (أو مصنعه) بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة.

هذا هو مقتضى عقد الاستصناع (بمعناه الخاص المستقل) ولذلك ليس من حقه أن يذهب إلى السوق ويشتري له شيئا مصنوعا حتى وإن كان موافقا لما طلب منه، لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين. ولكن إذا أرادا غير ذلك فيمكن أن يصاغ العقد على صورة السلم بأن يأتي الصانع بعين موصوفة بصفات كذا خلال أجل محدد وحينئذٍ يشترط فيه شروط السلم.

3ـ خيار الوصف للمستصنع، بحيث إذا أكمل الصانع الشيء المراد صنعه وسلّمه للمستصنع يكون له الخيار إذا كان غير مطابق للمواصفات، وإلا فهو ملزم بأخذه ودفع الثمن المتفق عليه[2].

الفرع الثاني:انتهاء عقد الاستصناع.

لكل بداية نهاية، وفي مجال المعاملات تبدأ العقود برضا العاقدين بالتعاقد لكن تختلف النهايات بحسب طبيعة كل عقد، فينتهي عقد الاستصناع بما يلي:

1-وفاء كل من المتعاقدين بالالتزامات التي أوجبها العقد:

- من جهة الصانع:

– القيام بالصنع المطلوب كما طلبه المستصنع.

– تسليم المطلوب صنعه إلى المستصنع بعد الفراغ من صنعه.

- من جهة المستصنع:

– استلام المطلوب صنعه كما طلبه.

– دفه الثمن كله للصانع.

2-إقالة أحد المتعاقدين للآخر.

[1]- مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص 24.

[2]- علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص144.

3ـ موت أحد المتعاقدين: وقالوا بذلك لشبه الاستصناع بالإجارة، حيث إن الاستصناع إجارة مادام الصانع يعمل في العين، فإذا سلمها فهو بيع، ومسألة صفة عقد الاستصناع بيعا أم إجارة مختلف فيها بين الحنفية وسيأتي تفصيلها لاحقا. لكن الأوجه أنّ الاستصناع لا ينفسخ بموت أحد العاقدين، ويلزم ورثة الصانع بتسليم المبيع، كما يلزم ورثة المستصنع بقبولها هذا إذا سلمنا بأن الاستصناع بيع. وأما القول بانفساخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين فهي أيضا محل خلاف بين العلماء، والراجح هو عدم انفساخها بذلك، والله أعلم[1].

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع.

سأتناول في هذا المبحث أهم المسائل التي كانت محل خلاف بين فقهاء الحنفية بشأن عقد الاستصناع، حيث إن الخلاف ليس محله الحكم بالجواز والتحريم، وإنما هو خلاف سببه التكييف الفقهي لهذا العقد.

المطلب الأول: حقيقة الاستصناع وصفته.

الفرع الأول: حقيقته.

تصوير المسألة:

اختلف فقهاء الأحناف في حقيقة الاستصناع، هل هو عقد؟ أم مجرّد وعد بين الصانع والمستصنع؟ هذا ما تعرّض له علماء الأحناف عند الحديث عن الاستصناع وكان سببًا في اختلافهم إلى قولين:

القول الأول: أنّ الاستصناع وعد وليس عقد.

ذهب لهذا عدد من فقهاء الأحناف، قال السرخسي[2]:« ....وكان الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغًا عنه»[1].

---

[1]- ينظر: أبو زيد، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 21. وسعد السبر، عقد الاستصناع (المقاولات). (لا. ط ؛ لا. م : د. ن ، 1429هـ)،ص 11-12. وعلي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص144.

[2] - هو: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، فقيه ومتكلم، عُدَّ من المجتهدين في الفقه الحنفي،أخذ عن الحلواني وغيره، من مؤلفاته: أصول الفقه وطُبع باسم أصول السرخسي، المبسوط في الفروع، والمحيط في الفروع،توفي سنة 483هـ. (الزركلي، الأعلام، 315/05، وعبد القادر بن نصر الله القرشي، الجواهر المضية 28/2؛).

ومن المعاصرين نجد علي السالوس يقول: « .... والاستصناع ليس كالصرف الذي لا يجوز فيه المواعدة، ولذلك يمكن القول بأنه وعد، وليس عقد بيع مع النظر في ما يترتب على هذا الوعد »[2]. فلكلّ منهما الخيار، فالصانع له أن لا يعمل ولا يجبر عليه، و للمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به، ويرجع عنه[3].

القول الثاني: الاستصناع عقد وليس وعد.

هذا الرأي قال به جمهور الأحناف، ومنهم أبو يوسف والكاساني والسمرقندي، وذهب إليه أكثر المعاصرين ومنهم الشيخ مصطفى الزرقا فقد قال: « إن عقد الاستصناع هو في طبيعته وحقيقته من قبيل البيع، فهو أحد أنواع البيع وليس من قبيل الإجارة، ولا مجرد وعد، ونتيجة كونه كذلك أنه يجب لنشوئه بين طرفين أن يتوافر فيه ركن التعاقد،.....وكذلك جميع شرائط الانعقاد العامة في العقود »[4].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة العقلية منها:

1-للصانع أن لا يعمل، ولو كان عقدا لكان ملزمًا بالعمل، والحال كذلك بالنسبة للمستصنع.

1-لو كان عقدًا لما بطل بموت أحدهما، حيث إن العقود لا يبطلها موت أحد الطرفين.

2-لا يكون الاستصناع عقدًا، فلو كان عقدًا فهو عقد بيع، فكيف يكون عقد بيع والمبيع معدوم[5].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول أيضا بأدلة عقلية:

---

[1]- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط ج12 (لا.ط ؛ بيروت: دار المعرفة، 1414هـ- 1993م)، ص139.

[2]- علي السالوس، " عقد الاستصناع ": مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد: 07، 1412هـ- 1992م، ص280.

[3]- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير ج07 (ط: 01 ؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2003م)، ص115.

[4]- مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص20.

[5]- شوقي دنيا، الجعالة والاستصناع (ط:03 ؛ جدة: مكتبة الملك فهد الوطنية،1424هـ- 2003م)، ص30.

1-أن في هذا القول دفع الضرر عن الصانع في إفساد أمتعته وآلاته، فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة ولو قبل بثبوت الخيار لثبت الضرر.

2-الصانع يملك الدراهم بقبضها ويضمنها، ولو كانت مواعدة لم يملكها.

3-إثبات خيار الرؤية فيه والمواعدة لا تلزم، فلا حاجة لخيار الرؤية فيها.

4-تجويزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه تعامل يؤيد أنه عقد، إذ لو كان وعدًا لجاز في الجميع[1].

5-أنه يجري فيه التقابض، وإنما يتقاضى في الواجب لا الموعود[2].

6-أنه جاز استحسانًا، وإن كان ذلك على خلاف القياس؛ ولا يكون ذلك إلا في العقود لا في العدات[3].

مناقشة أصحاب القول الأول:

نوقش هذا الاتجاه بما يلي:

- قولهم بأن للصانع أن لا يعمل وأن للمستصنع الرد وعدم القبول بعدم التسليم بثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على أنه مواعدة، فإن مثل ذلك البيع بعرض، فإن لهما خيار الرؤية عند رؤية المبيع إذا لم يسبق لهما رؤيته، ومثل ذلك الاستصناع.
- وقولهم أنه لو كان عقدا لما بطل بموت أحد الطرفين، فيجاب: إنما يبطل بموت أحد الطرفين لشبهه بالإجارة وهي تنفسخ بموت أحد الطرفين، والإجارة عقد فكذلك الاستصناع.
- وأما قولهم أن الاستصناع إذا كان عقدا فهو عقد بيع و المبيع معدوم، فيجاب: أن النهي عن بيع المعدوم هو نهي عن الغرر كما في المزابنة[4] والمحاقلة[5]؛ فلا يدري هل ينبت ذلك المكان أم لا.

---

[1]- سعود بن مسعد الثبيتي، " الاستصناع تعريفه- تكييفه- حكمه- شروطه- أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية " : مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ص639.

[2]- الكاساني، بدائع الصنائع،ج05، مصدر سابق، ص02.

[3]- شوقي دنيا، الجعالة والاستصناع، مرجع سابق، ص30.

[4] - المزابنة: هي أن يبيع الرجل التمر في رؤوس النخل .(ينظر: الشافعي أبو عبد الله محمد، الأم ج03، لا.ط ؛ بيروت: دار المعرفة، 1410هـ- 1990م)، ص 63.

[5] المحاقلة: أن يبيع الرجل الزرع بعد اشتداده في سنبله بحب من جنسه مُصفى. المصدر نفسه، 63.

أمّا الاستصناع فإنه يغلب على الظنّ وجوده بصفته في وقت طلبه؛ لتوفر أدواته وآلاته وقدرة الصانع على صناعته[1].

الترجيح:

بعد استعراض أقوال كل من الفريقين وأدلتهم، ومناقشة أدلة القائلين بأن الاستصناع هو وعد وليس بعقد، تبين لي – والله أعلم – رجحان رأي القائلين بأن الاستصناع هو عقد لا وعد، لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض، لأن القول بأنه وعد يترتب عليه كثير من الأضرار على الصانع و المستصنع، فالصانع قد يتلف متاعه وأدواته ولا يجد من يرغبها بتلك المواصفات التي قد طلبها المستصنع، كما أن المستصنع قد يتضرر بسبب تماطل الصانع[2]، فأدلة أصحاب القول الثاني تقتضي أن يكون الاستصناع عقدًا لا وعدًا، والله أعلم.

الفرع الثاني: صفة عقد الاستصناع.

بعدما تبين رجحان القول بأن حقيقة الاستصناع هو عقد، فقد اختلف الأحناف في صفة هذا العقد:

1-هل هو عقد لازم أم غير لازم؟

الفريق الأول: عقد الاستصناع لازم، حيث اتفق أصحاب هذا الاتجاه من الحنفية بأن عقد الاستصناع لازم بعد التعاقد وقبل الصنع، وأيضا بعد التعاقد والفراغ من العمل بشرط أن لا يره المستصنع[3]؛ حيث قال الكاساني: « وأمّا صفة الاستصناع فهو أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعًا بلا خلاف »[4].

وقال السمرقندي في تحفته: « وهو عقد غير لازم ولكل واحد منهما الخيار في الامتناع قبل العمل، وبعد الفراغ من العمل لهما الخيار حتى إن الصانع لو باعه قبل أن يراه المستصنع جاز، لأنه ليس بعقد لازم »[5]. أي أن لكل من الطرفين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه والعدول عنه.

---

[1]أبو زيد، بحث عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص07.

[2]- سعود بن مسعد الثبيتي، " الاستصناع تعريفه- تكييفه- حكمه- شروطه- أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية " : مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ص639.

[3]- علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 146.

[4]- الكاساني، بدائع الصنائع،ج05، مصدر سابق، ص03.

[5]- السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ص363.

لكن اختلفوا في رؤية المستصنع للمصنوع بعد فراغ الصانع من صنعه إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: الخيار للمستصنع لا للصانع، وهو قول جمهور الأحناف. جاء في الحاشية لابن عابدين: « ..وأمّا إذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره، و للمستصنع الخيار»[1]. بمعنى بقاء الخيار للمستصنع فقط لأن الصانع سقط خياره بإحضار الشيء المصنوع، هذا على ظاهر الرواية عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد[2].

القول الثاني: لكل من الصانع و المستصنع الخيار، وهو قول أبي حنيفة[3]. وقد جاء في المبسوط للسرخسي نقلا عن بعض الفقهاء: «.... وكان الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغًا عنه، ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحدٍ منهما »[4].

القول الثالث: لا خيار لهما، وهو قول أبي يوسف[5].

أدلة القول الأول:

علّل جمهور الأحناف على رأيهم بإثبات حق الخيار للمستصنع، بأن المستصنع مشتري ما لم يره، فكان له الخيار[6]؛ إن شاء أخذه وإن شاء تركه، وفسخ العقد عند الإمامين أبي حنيفة ومحمد، لأنه اشترى شيئًا لم يره فكان له خيار الرؤية، بخلاف الصانع فهو بائع فلا خيار له[7].

أدلة القول الثاني:

استدل صاحب هذا القول بأن إثبات الخيار لكل منهما دفع للضرر عنه[8]؛ فتخيير الصانع لكون السلعة تستحق أكثر مما دفع المستصنع، وتخيير المستصنع لأن السلعة قد تكون أقل من القيمة التي دفعها أو لأمر آخر، ففي تخييرهما دفع للضرر عنهما[9]، ودفع الضرر واجب[1].

---

[1]- ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ص 474.

[2]- علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص147.

[3]-علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص147.

[4]- السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج12 ، ص139.

[5]- علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص147.

[6]- الكاساني، بدائع الصنائع،ج05، مصدر سابق، ص03.

[7]- محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، " أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية " ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ص 509.

[8]- الكاساني، بدائع الصنائع، ج05، مصدر سابق، ص04.

[9]- أبو زيد، بحث عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص12.

أدلة القول الثالث:

واستدل أبو يوسف لرأيه بأن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع حق الامتناع عن أخذه لكان فيه إضرار بالصانع[2]؛ فإذا رأى المستصنع العين المصنوعة ولا خيار له إذا جاء موافقًا للطلب والشروط، لأنه مبيع بمنزلة المسلّم فيه، فليس له خيار الرؤية لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقًا لطلب المستصنع، فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة[3].

الفريق الثاني: عقد الاستصناع لازم بمجرد العقد، وهو قول أبو يوسف وإليه ذهب بعض المتأخرين[4].

في رواية عن أبي يوسف قال: « إذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانًا لدفع الضرر عن الصانع في إفساد أديمه وآلاته، فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة، فلدفع الضرر عنه قلنا بأنه لا يثبت له الخيار »[5].

أي ليس لأحدٍ منهما خيار بل يلزم الصانع بتسليمه، ويلزم المستصنع بقبوله[6]. وقد صرّحت مجلة الأحكام العدلية بلزوم عقد الاستصناع بمجرد انعقاده في المادة (392) بما يلي: «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيّرًا »[7].

ويجب أن يضاف للمادة (392) بعد العبارة الأولى: إحضار الصانع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة، فيكون اللزوم حينئذٍ، ويكون هذا موافقاً لرواية عن أبي يوسف[8].

---

[1]- الكاساني، بدائع الصنائع، ج05، مصدر سابق، ص04.

[2]- علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص148.

[3]- محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، " أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية " : مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ص509.

[4]- شوقي دنيا، الجعالة والاستصناع، مرجع سابق، ص34.

[5]- السرخسي، المبسوط، ج12 ، مصدر سابق، ص139.

[6]- مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص24.

[7]- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادة392، ص58.

[8] - علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر. (ط : 07؛ بيروت: مؤسسة الريان، 1429هـ – 2008م)، ص514.

كما أخذ مجمع الفقه الإسلامي الدولي برأي أبي يوسف في قراره (65/ 3 / 7) في مؤتمره السابع بجدة، بأن عقد الاستصناع هو عقد ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط[1].

الأدلة:

استدل هذا الفريق من الكتاب والسنة والمعقول:

1- من الكتاب: قوله تعالى:﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[المائدة:01].

2- من السنة: عن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري أنّ رسول اللهﷺقال: « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَار»[2].

فالقول بعدم لزوم العقد قد يكون فيه ضرر لأحد الطرفين.

3- من المعقول:

1-أن عقد الاستصناع لو لم يكن لازماً ؛ لابتعد الناس عنه ؛ لكونه غير مضمون النتيجة ، فالمستصنع قد يطلب من صانع عملاً ثم يفاجأ أن الصانع قد باع ما طلب منه ، أو العكس فيعمل الصانع عملاً – وربما يكون مكلفاً – ثم يفاجأ بالمستصنع وقد رغب عن العين المصنوعة ، فلا يجد الصانع من يشتريها ، وإن وجد فإنه سيبيعها بأقل من تكلفتها ، فتذهب ثمرة مشروعية الاستصناع ، أو ربما يلجأ الناس إلى اشتراط اللزوم في الاستصناع عن التعاقد ، فيصبح اللزوم شرطاً – لكن من جهة المتعاقدين – .

2-أن في عدم لزوم الاستصناع إثارة للنزاع بين الناس، وذلك لإلغاء أحد الطرفين العقد في أثنائه، وفي ذلك ضرر على الآخر، مما يثير النزاع والمخاصمات بين الطرفين، وهذا مما جاءت الشريعة بنفيه وسد بابه[3].

الترجيح:

---

[1]- يوسف بن إبراهيم يوسف وآخرون، قرارات المجامع الفقهية في المعاملات الاقتصادية، مرجع سابق، ص223.

[2] - أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، ج02 (لا: ط ؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت)، رقم الحديث: 1040، ص 282، و أخرجه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، كتاب: البيوع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ج2 (ط: 1، دار الكتب العلمية بيروت) رقم: 2345، ص66، قال الذهبي هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم و لم يخرجاه.

[3]-أبو زيد، بحث عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 14.

بعد عرض أقوال كل فريق مع أدلتهم تبين لي – والله أعلم- أنّ الأجدر هو الأخذ برأي أبي يوسف وما اتجه إليه بعض المعاصرين، لأنه هو الرأي الأوجه بقوة أدلته، لأن الحاجة أصبحت ماسّة لتوثيق العقود في هذا العصر، فالقول بلزوم عقد الاستصناع فيه مصلحة لكلا الطرفين في الوصول إلى تحقيق الأهداف وقطعًا للأضرار والنزاع[1]؛ كما يتلاءم إلزام العقد مع الأعراف التجارية وأنظمة الشركات المعاصرة، إذ تخضع الصفقات والمقاولات دائمًا لشروطٍ إلزامية، وتضمحلّ بها فكرة العقود غير لازمة، وقد يرد خلاف ذلك بناءً على خيار الشرط بين الطرفين لأجل مسمى منظور فيه إلى مصلحتهما[2]، والله أعلم.

الفرع الثالث: هل عقد الاستصناع من قبيل البيع أم الإجارة؟

هذه المسألة أيضًا كانت محل خلاف بين جمهور فقهاء الأحناف إلى قولين[3]:

القول الأول: عقد الاستصناع من قبيل البيع، وهو قول جمهور الحنفية.

قال السرخسي –رحمه الله- في باب الرجل يستصنع الشيء: « اعلم بأن البيوع أنواع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم، وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع »[4]. أي أن المصنوع هو مبيع عين.

وقال محمد بن الحسن الشيباني في جامعه الصغير: « الاستصناع جائز بإجماع المسلمين، وهو بيع عند عامة المشايخ »[5].

وقال الكاساني في بدائعه نقلاً عن بعض الفقهاء: « وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح »[1].

---

[1]- ينظر: مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية، مرجع سابق، ص26. ومجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص58. ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص942. وعلي محي الدين القره داغي، بحوث فقهية في المعاملات المالية، مرجع سابق، ص151.

[2]- علي أحمد الندوي، عقد الاستصناع بين دراسة شرعية تأصيلية وصيغة تمويلية معاصرة، مرجع سابق، ص794.

[3]- شوقي دنيا، الجعالة والاستصناع، مرجع سابق، ص30.

[4]- السرخسي، المبسوط، ج15، مرجع سابق، ص84.

[5]- أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير.ج01 (ط: 01؛ بيروت: عالم الكتب، 1406هـ)، ص 325.

فيرى أصحاب هذا القول بأن عقد الاستصناع هو عقد بيع إلا أنه من طبيعة خاصة، فكان له وضع خاص مثل السلم، فهو نوع من أنواع البيوع، لكن لكونه ذا طبيعة خاصة استحق تسمية خاصة وأحكامًا مميزة، وسمي استصناعًا لتميزه عن البيع المطلق بأمرين أساسيين هما:

- إثبات خيار الرؤية فيه مطلقًا.
- اشتراط العمل فيه[2]؛ لأن الاستصناع استفعال من الصنع فعرفنا أن العمل مشروطًا فيه[3].

القول الثاني: عقد الاستصناع من قبيل الإجارة، وقال به نفر من الحنفية.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة العقلية منها:

1-أن محمدا – رحمه الله- ذكر في جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون في العدات.

2-أن عقد الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية، وهذا يختص بالبياعات.

3-أنه يجري فيه التقاضي، والتقاضي يكون في الواجب لا الموعود[4].

أدلة القول الثاني:

1-الاستصناع اشتقاق من الصنع وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه، والمادة فيه بمنزلة الآلة للعمل.

2-المعقود عليه هو العمل، والعقد الذي قصد فيه العمل هو الإجارة؛ هذا قياسا على صورة عمل الصباغ، فمن اتفق مع شخص على أن يصبغ له ثوبًا ونحوه فإن هذا العقد هو إجارة حيث محلها العمل وهو الصبغ[5].

مناقشة أصحاب القول الأول:

---

[1]- الكاساني، بدائع الصنائع، ج05، مصدر سابق، ص02.

[2]-شوقي دنيا، الجعالة والاستصناع، مرجع سابق، ص30.

[3]-السرخسي، المبسوط، ج15، مصدر سابق، ص85.

[4]- الكاساني، بدائع الصنائع، ج05، مصدر سابق، ص02.

[5]- سعود بن مسعد الثبيتي، " الاستصناع تعريفه- تكييفه- حكمه- شروطه- أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية " : مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ص641.

1-الاستصناع بيع معدوم فلا يصح أن يكون بيعًا. وأجيب: بأن النهي هو عن بيع الإنسان ما لا يملك، فإذا كان البيع حالاً معينًا كما في حديث حكيم بن حزام مرفوعًا: « **لاتبع ما ليس عندك** » حيث كان يبيع الناس السلعة ثم يدخل السوق فيشتريها لهم، فنهاه النبي ﷺ ؛ لوجود الغرر وإفضاءه إلى النزاع إذا علم البائع الأول أنه باعها بأعلى – بعد شرائها مباشرة -، أما الاستصناع فليس كذلك إذ هو بيع آجل موصوف في الذمة ويغلب على الظن إمكان إيجاده وقت طلبه، ففرق فيما بينهما[1].

ولو سلمنا بالنهي عن بيع المعدوم؛ فإن إلحاق الاستصناع بالسلم أقيس من إلحاقه ببيع المعدوم؛ إذ أن الاستصناع كالسلم في كونه بيع آجل موصوف في الذمة يغلب على الظن وجوده وقت التسليم، فإلحاقه به أولى[2].

2-لو كان الاستصناع من قبيل البيع لما بطل بموت صاحبه، لكن يبطل بموت أحدهما، فهو شبيه بالإجارة. وأجيب: الاستصناع فيه شبه بالإجارة من جهة طلب العمل، وفيه شبه بالبيع من جهة كون المقصود هو المستصنع لا العمل، فلشبهه بالإجارة يبطل بموت أحد المتعاقدين، ولشبهه بالبيع لم يجب تعجيل الثمن في مجلس العقد، وأثبت فيه الخيار[3].

مناقشة أصحاب القول الثاني:

نوقش قولهم بأن تسمية العقد دليل على أنه هو المعقود عليه، بأنه لو انعقد الاستصناع إجارة لأجبر الصانع على العمل و المستصنع على إعطاء المسمى[4].

وأمّا قياسهم على صورة عمل الصباغ، فقد ردّ الجمهور على ذلك بأنه قياس مع الفارق[5]؛ لأن الأصل في الصباغ العمل، وإذا كان عمله يستلزم وضع الصبغ من عنده – لأنه أعرف بالمواد- فهو تبع للعمل، كما أن المستصنع يأتي إلى الصانع صفر اليدين، بينما صاحب الثوب يأتي إلى الصباغ

---

[1]- ينظر: أبو زيد، بحث عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 07-08.

[2]-ينظر: كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي (ط: 02؛ لا.م: جامعة الملك فيصل، 1404هـ- 1984م)، ص 84.

[3]- ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ص 475. وينظر: أبو زيد، بحث عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص12.

[4]- سعود بن مسعد الثبيتي، " الاستصناع تعريفه- تكييفه- حكمه- شروطه- أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية " : مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ص641.

[5]- شوقي دنيا، الجعالة والاستصناع، مرجع سابق، ص31.

بثوبه ليصبغه، فيتضح الفرق في ذلك، فالاستصناع وارد على العين والعمل، بينما الإجارة واردة على العمل فقط[1].

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشة كل قول تبين لي – والله أعلم– أن عقد الاستصناع من قبيل البيع، له أركانه وشروطه ومواصفاته الخاصة التي تميزه عن غيره من البيوع، كما يبدو لي أن سبب الخلاف بين الفقهاء في حقيقة عقد الاستصناع وصفته هو شبهه ببعض العقود كالبيع والإجارة والسلم. فهو يختلف عن البيع المطلق في نواحٍ عدة: ففيه إثبات الرؤية مطلقًا، وفيه شرط العمل، وفيه عدم وجوب تعجيل الثمن. فاستقل باسم خاص وباب خاص، كما استقل السلم والإجارة، فحقيقته أنه بيعٌ من البيوع[2]، والله أعلم.

المطلب الثاني: محل عقد الاستصناع.

المحل في عقد الاستصناع هو ما يسميه فقهاؤنا بالمعقود عليه، ويقصد به العين والعمل. هذه المسألة كانت من بين أهم المسائل المختلف فيها بين فقهاء الحنفية[3].

القول الأول: قال بعض الحنفية بأن المعقود عليه في الاستصناع هو عمل الصانع في العين المطلوبة، أي صنعها بنفسه.

القول الثاني: وبه قال جمهور الحنفية بأن المحل في عقد الاستصناع هو العين الموصوفة المطلوبة وليس عمل الصانع البائع[4].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة عقلية وهي:

1- الاستصناع مأخوذ من الصنع وهو العمل؛ فتسمية العقد به دليل على أنه المعقود عليه.

---

[1]- علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص131.

[2]- شوقي دنيا، الجعالة والاستصناع، مرجع سابق، ص31. ومصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص20.

[3]- مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص 27.

[4]- المرجع نفسه، ص31.

2- الاستصناع فيه شبه بالإجارة، لذلك يبطل بموت أحد المتعاقدين، والمعقود عليه في الإجارة هو العمل، فكذلك الاستصناع.

3-أنّ المستصنع إنما اختار هذا الصانع من بين الصناع لجودة عمله وإتقانه، فيُشترط أن يكون من عمله.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول أيضا بأدلة عقلية:

1- أن خيار الرؤية يكون في بيع العين ويثبت للمستصنع، فدل على أن البيع هو العين وليس العمل.

2- إذا استصنع رجل آخر شيئًا، فجاء به من صنع شخص آخر وفق ما طلب المستصنع، فإنّ العقد يصح، فدلّ على أنّ المعقود عليه هو العين؛ فلو كان العمل لما صحّ.

3- أنّ غرض المستصنع هو العين المصنوعة بالأوصاف التي يريدها، فإذا أتته كما يريد فقد تحقق ما يريد، وأمّا الصانع فهو شيء ثانوي بالنسبة إليه[1].

المناقشة:

نوقش أصحاب القول الأول بما يلي:

1- نوقش قولهم أن الاستصناع مأخوذ من الصنع وهو العمل بأن المعقود عليه المستصنع فيه، وذكر الصنعة لبيان الوصف، ولو جاء به من صنعة غيره فقبله صح ذلك.

2- أمّا قولهم بشبهة الاستصناع بالإجارة، فيُرد عليهم بأنه كما في الاستصناع شبه بالإجارة ففيه شبه بالبيع من جهة أنه يثبت فيه خيار الرؤية ونحو ذلك، بل إنّ الراجح في عقد الاستصناع أنه من قبيل البيع، والمعقود عليه في البيع هو العين وليس العمل.

3-وأمّا قولهم باختيار المستصنع لصانع لجودة عمله وإتقانه، فيجاب: بعدم التسليم بهذا، لأنّ غرض المشتري هو توفير الصنعة كما يريد، وأمّا الصانع فقد يكون اختاره لقربه منه أو لثقته فيه، أو لرغبته في نفعه أو غير ذلك[2].

الترجيح:

---

[1]- السرخسي، المبسوط، ج12، مرجع سابق، ص139. وينظر: أبو زيد، عقد الاستصناع، ص17.

[2]- أبو زيد، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص17.

من خلال ما سبق،وبعد عرض الأدلة ومناقشة الرأي الذي يحتاج إلى مناقشة، يظهر لي – والله أعلم – أنّ ما تبناه المعاصرون هو الراجح في هذه المسألة، وهو أنّ محلّ عقد الاستصناع العين والعمل معًا؛ أمّا العين فلأنها مقصودة أولاً من عقد الاستصناع، ولولا الحاجة لها لما أقدم المستصنع على هذا العقد، فالغاية من العقد وجودها والعمل أداة لتحقيقها. وأمّا العمل فلأنّ المستصنع ما رضيَ إلاّ يد الصانع ذاته وخبرته ومهارته في العمل والناس يتفاوتون في مقدار إتقانهم للأعمال، وهذا ما جرى عليه العرف أن يأخذ صانع أكثر من صانع آخر المهارة والإتقان في صناعة ذات العين[1]، وبذلك يمتاز الاستصناع عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي محله الذمة أو العين الموصوفة في الذمة، والله تعالى أعلم[2].

المطلب الثالث: اشتراط الأجل في عقد الاستصناع.

ضرب الأجل معناه ضرب المدة، ويقسم الحنفية الأجل إلى قسمين:

1- أجل للاستعجال: ويقصدون به ضرب المدة القصيرة التي لا يُقصد بها التأخير، وإنما يُقصد بها الفراغ من عمل الشيء بأقرب فرصة يراها، ويكون من قِبل المستصنع.

2- أجل للاستمهال: يكون من قِبل الصانع، وهو الأجل المقصود به الإطلاق[3].

تصوير المسألة:

اتفق الحنفية على صحة عقد الاستصناع مطلقًا غير محدد بمدة معينة، كما اتفقوا على أنّ الأجل المضروب إذا كان أقلّ من شهر، أي: لم يبلغ المدة التي يصح بها السلم عندهم هو عقد استصناع بلا خلاف[4]؛ لأن ذكر الأجل هنا للاستعجال لا للاستمهال؛ واختلفوا في الأجل المضروب إذا كان شهرًا أو أكثر، هل يصبح سلمًا؟ أم يبقى استصناعًا، على قولين:

---

[1] – وائل محمد عربيات، " نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع. (لا. ط ؛ عمّان: لا.ن، 2007م)،ص572.

[2]– علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص136-137. وينظر: أحمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة – دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية – (رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاقتصادية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429هـ- 2008م، ص28.

[3]– كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو " عقد المقاولة "، مرجع سابق، ص 234.

[4]– أقل مدة في السلم هي شهر، وذلك لأن المدة المحددة بزمن معين هي مدة قاطعة لأي نزاع في الأجل، سواء بالنسبة لتسليم المسلم فيه أو بالنسبة لأي شيء آخر. والمدة المقررة بشهر هي مدة في غاية الاعتدال لا إجحاف فيها على البائع أو على المشتري. ينظر: كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو " عقد المقاولة "، مرجع سابق، ص 238.

القول الأول: ألّا يكون في الاستصناع أجل وهذا شرط لصحته، لأنه إذا ضُرب له أجلاً أصبح سلمًا، ونسب هذا القول لأبي حنيفة.

القول الثاني: أنّ عدم ضرب الأجل ليس بشرط في عقد الاستصناع، أي: أنّ عقد الاستصناع صحيح سواء ضُرب فيه الأجل أم لا.وقد قال بهذا الرأي أبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني[1].

أدلة القول الأول:

1-أن التأجيل يختص بالديون ؛ لأنه وضع لتأخير المطالبة ، وتأخير المطالبة لا يكون إلا في عقد لازم ، واللزوم في السلم لا في الاستصناع ؛ إذ لا دين في الاستصناع

2-أن السلم عقد على مبيع مؤجل في الذمة ، فإذا ضرب الأجل في الاستصناع كان سلماً ؛ إذ العبرة في العقود بالأحكام والمعاني لا بالألفاظ والمباني[2] .

أدلة القول الثاني:

1-أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع ، والاستصناع إنما جاز للتعامل .

2-أن القصد من الأجل في الاستصناع تعجيل العمل لا تأخير المطالبة من المستصنع فلا يخرج العقد عن كونه استصناعاً ، بينما القصد من السلم تأخير المطالبة .

3-أن الاستصناع بدون ذكر الأجل عقد جائز غير لازم ، فلا يصير لازماً بذكر الأجل فيه[3].

الترجيح:

بعد عرض آراء كل فريق وأدلتهم ظهر لي – والله أعلم – أن القول الراجح في هذه المسألة هو رأي الصاحبين لقوة أدلتهم، فضرب الأجل في عقد الاستصناع ليس بشرط لصحته، سواء ضرب فيه الأجل أم لا؛ لكن مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة بجدة قرر اشتراط الأجل[4]، وجاء هذا الترجيح للأسباب التالية:

- أنّ هذا يراعي حال المستصنع وحقوق الصانع معًا.

---

[1]- السرخسي، المبسوط، ج12، مصدر سابق، ص139. والكاساني، بدائع الصنائع،ج05، مصدر سابق، ص03.

[2]- كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو " عقد المقاولة " ، مرجع سابق، ص 240. والموسوعة الفقهية الكويتية، ج03، مرجع سابق، ص329.

[3]- كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو " عقد المقاولة "، مرجع سابق، ص244.

[4]- يوسف بن إبراهيم وآخرون، قرارات المجامع الفقهية في المعاملات المالية الاقتصادية، مرجع سابق، ص223.

– ضعف ما استندت إليه الأقوال المرجوحة وعدم سلامتها من الاعتراض.

وما قرره المجمع الفقهي هو الأوجه قطعًا للنزاعات والخلافات بين طرفي العقد وهذا من مقاصد الشريعة السمحاء، والله أعلم.

المطلب الرابع: الأحكام الطارئة على عقد الاستصناع.

إنّ فكرة الشرط الجزائي تقوم على مبدأ التعويض المتفق عليه بين طرفي العقد، وهو من أهمّ الأمور المعاصرة في مجال المعاملات؛ الذي أصبح يجري التعامل به في كثير من شؤون الناس لخطورة شأنها، من بينها الشرط الجزائي في عقد الاستصناع.

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي.

مصطلح الشرط الجزائي يتكون من لفظين الشرط، والجزاء لذا لابد من تعريف كل لفظ على حدى حتى يتضح معنى الشرط الجزائي باعتباره مركبا إضافيًّا.

أولاً: تعريف الشرط الجزائي

1–تعريف الشرط.

لغة: جمع شروط وشرائط، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[1].

وقد شرط عليه كذا من باب ضَرَب ونصر واشترط أيضا. والشَرَط بفتحتين العلامة[2].

اصطلاحا: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[3].

2– تعريف الجزائي.

لغة: الجيم والزاء والياء، قيام الشيء مقام غيره ومكافأته إياه. يقال جزيت فلانًا أجزيه جزاءً وجازيته مجازاة[4].

---

[1]– محمد بن محمد الزبيدي، تاج العروس، تحقيق: مجموعة من المحققين ج19 (لا.ط ؛ لا.م : دار الهداية، د.ت)، ص 404. وينظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص479.

[2]– زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد ج01 (ط: 05؛ بيروت: المكتبة العصرية، 1420هـ- 1999م)، ص163.

[3]– مساعد بن سليمان الطيار، شرح مقدمة التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزي، تحقيق: ناصر بن صالح الجبر. (ط: 01؛ لا:م : دار بن الجوزي، د:ت)، ص143.

[4]– أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، ج01، مصدر سابق، ص1399-1979.

اصطلاحا: هو كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله ﷻ من مكافأة (الثواب) مقابل عمله الاختياري الحسن شرعًا في الدنيا والآخرة، أو من عقاب على عمله السيئ شرعًا في الدنيا والآخرة[1].

والمراد بالجزاء هنا: العقاب لا الثواب، والشرط الجزائي يعني الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط، والمكافأة على الإخلال بالشرط لا تكون ثوابًا[2].

الشرط الجزائي باعتباره لقبًا: هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه[3].

ومعناه –عند من قال به من الفقهاء المعاصرين– بأنه: التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يُستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط[4].

شرح التعريف:

- **التزام:** وهذه طبيعته، كشرط ملزم.
- **زائد:** أي عن أصل العقد، وهذه من خصائص الشروط المقيدة المقترنة بالعقد.
- **التعويض الشرعي:** احتراز من الشرط الجزائي الفاسد كالمؤدي إلى الربا، أو المجحف بالزيادة عن الضرر الواقع، أو النقصان المجحف بالمتضرر، فإذا ظهر إجحاف في تقدير التعويض حين وقوع الضرر فإنه يعدل ليتناسب مع الضرر.
- **المضرّ:** احتراز من حالة عدم الضرر، والتي تؤدي إلى عدم استحقاقه[5].

---

[1]– محمد إبراهيم الشافعي، المسؤولية والجزاء في القرآن الكريم (ط: 01؛ لا.م : لا.د ، 1402هـ–1982م)، ص380.

[2] – علي أحمد السالوس، " الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة "، بحث منشور على شبكة الإنترنت بصيغة PDF(http://iefpedia.com/arab/wp.content/uploads/2010/04/%D8%A7%D9%8)، تاريخ التصفح: 2016/03/21. الساعة:17:25.

[3]– مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة : منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد: 12، 1421هـ – 2000م، ص305.. وينظر: محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج 02 (ط:01؛ بيروت: دار النفائس، 1418هـ- 1998م)، ص855.

[4] – محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة. (رسالة دكتوراه في تخصص الفقه وأصوله)، جامعة الملك سعود، 1425هـ–1426هـ، ص66.

[5] – المرجع نفسه، ص 66.

ثانيا: أنواعه في عقد الاستصناع.

للشرط الجزائي صور متعددة، وقد قسمها المعاصرون إلى نوعين:

1-: ما هو مقرر لعدم تنفيذ الأعمال:

من صوره الشرط الجزائي المقترن بعقد الاستصناع، والذي يتعلق بالصانع الذي أخلّ بالتزامه أو تأخر في تنفيذه.

2-: ما هو مقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات المالية:

ومن صوره الشرط الجزائي المتعلق بالمستصنع إذا تأخر في سداد ما عليه من مستحقات للصانع[1].

ثالثا: حكمه.

ينقسم الحكم حسب الأنواع إلى حكمين:

1-الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الأعمال:

إذا لم ينفذ الصانع أو تأخر، فجمهور العلماء أجمعوا على جوازه.

وقد ورد في صحيح البخاري عن ابن سيرين[2]، أن رجلاً قال لكريه: « أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح[3]: من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه»[4]

-الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات المالية:

---

[1]- حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية. (رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي المقارن)، كلية الدراسات الإسلامية، قطر، د.ت، ص 31.

[2]- الامام، شيخ الإسلام، أبو بكر الأنصاري، الأنسي البصري، سمع أبا هريرة، وعمران بن حصين، روى عنه: قتادة، وأيوب، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عثمانقال مؤرق العجلي : ما رأيت رجلا أفقه في ورعه ، وأورع في فقهه منه . وقد كان عالما بالقضاء وتعبير الرؤيا، توفي سنة 110. (ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب 374/1، والذهبي، سير أعلام النبلاء، 606/4).

[3]- هو الفقيه، أبو أمية، شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، قاضي الكوفة، وهو ممن أسلم في حياة النبي ﷺ.حدث عن: عمر، وعلي، حدث عنه: قيس بن أبي حازم، ومرة الطيب،له باع في الشعر والأدب، توفي سنة 78. (ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب 4/ ،326 والذهبي، سير أعلام النبلاء، 100/4).

[4]-صحيح البخاري، كتاب: الشروط، باب:ما يجوز من الاشتراط و الثنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم، وإذا قال: مائة إلا واحدة أو اثنتين، ج 3، ص 198.

إذا تأخر في أداء ما عليه فهو فاسد مفسد للعقد، لأن الالتزام دين والشرط الجزائي في الديون ربا صريح[1].

الفرع الثاني: الظروف القاهرة.

إنّ من بين الأمور التي تقترن بعقد الاستصناع وتمسّ الحاجة إلى معرفتها هي الظروف القاهرة، أو ما يُعرف بنظرية العذر عند الحنفية. فما هو مفهومها؟ وما حكم الشريعة في ذلك؟.

أولاً: تعريفها.

هي حالة عامّة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة لم تكن في اعتقاد المتعاقدين وقت إبرام العقد، ويترتب عليها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي يكون مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن تمّ يصبح مستحيلاً[2].

كما تعرف عند الحنفية – **بنظرية العذر** – وهي:

حالة تطرأ على العقد تجعل الاستمرار في موجبه أي تنفيذ شروطه وتحقيق آثاره وأحكامه أمرًا مرهقًا لأحد المتعاقدين، وتوقعه بضرر بالغ لم ينشأ عن العقد ذاته، بمعنى أنّ هذا الضرر لم يحصل نتيجة الالتزام المتبادل بين الأطراف بل لأمرٍ خارجي وقع ليس لأحد الأطراف دخل فيه[3].

موقف الشريعة منها:

إذا طرأت بعد انعقاد عقد الاستصناع ظروف قاهرة تحول دون تنفيذه فإنها على القول بلزومه تكون مقبولة، وهذه الظروف قد تكون مكتسبة من الغير وقد تكون سماوية، وعلى كل حال فهي تعطي العذر للصانع، وتجعل المستصنع مخيّر بين الانتظار، أو فسخ العقد؛ يقول ﷻ: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة:281]. ذلك لأنّ هذه الشريعة تقوم تكاليفها التشريعية على القدرة والاستطاعة[4]: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾. [البقرة: 186]. ولقوله ﷺ«**لاَ ضَرَرَ وَ لاَ ضِرَار**».

---

[1]– المرجع السابق، ص31.

[2]– سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية. (لا.ط ؛ الإسكندرية – مصر : دار الكتاب الحديث، 2006م)، ص39.

[3]– وائل محمد عربيات، نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع، (لا.ط ؛ عمّان: لا. ن، 2007)، ص565.

[4]– علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص155.

ثانيا:: نموذج واقعي للظروف القاهرة في عقد الاستصناع.

إنّ الظروف الطارئة – إذا وقعت – ؛ فستُحدث اختلالاً في التوازن التعاقدي على نحوٍ يُلحق إرهاقًا بيّنًا بأحد طرفي العقد، فلا بدّ من ردّ الالتزام إلى الحدّ المعقول، رفعًا للضرر وتحقيقًا للعدالة، وذلك بثلاثة طرق وهي كالآتي:

1. وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتيًّا يُقدّر له الزوال في وقت قصير، كارتفاع الأسعار ارتفاعًا فاحشًا.
2. زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وذلك ليقلل خسارة المدين.
3. إنقاص الالتزام المرهق[1].

وفي ما يلي نموذج واقعي للظروف القاهرة:

عام 2001، أُعلن في إحدى الصحف الرسمية للبلاد عن دعوة إلى الاشتراك في مناقصة لبناء قصر للعدالة في إحدى ولايات الوطن، وهذا الإعلان بطبيعته يختص بالمقاولين الذين هم من أهل الخبرة ولديهم سابقة جيدة للإقبال على هذه المعاملات الضخمة. كان من بينهم المقاول (ع.م)؛ عزم على تقديم الملف الذي يتضمن تخطيطًا هندسيا للقصر مع توضيح لكافة التكاليف والتجهيزات المقدرة ب (12 مليار سنتيم)، والمدة الزمنية القياسية الكافية لإنهاء بناء المشروع – هذه الشروط التي يتضمنها الملف – ، ورست المعاملة لصالح هذا المقاول باعتباره الأفضل للتعاقد معه؛ وحصل القبول وتم العقد. شرع (ع.م) في بناء قصر العدالة، متحمّلاً كافة التكاليف المادية للبناء باعتباره صانعًا في عقد استصناع. وقد أخذ بعين الاعتبار المدة المتفق عليها في العقد لتسليم المشروع..... وبلغت تكاليف البناء إلى (08 مليار سنتيم). اقترب المشروع على الانتهاء ودنت المدة المحددة، لكن العجيب في الأمر أنه لم يتلقى أي اتصال من الجهة المعنية. فتوقف المشروع لمدة شهر بحيث تجاوز المدة المتفق عليها مع الطرف الآخر، لكن المقاول لم يستسلم للأمر لأن التكاليف المادية كانت ضخمة (8 مليار) مع طبيعة العقد فهو التزام في مبدئه. وبعد اتصاله واستفساره مع المسؤولين، اكتشف أن الجهة المعنية كانت على اتصال معه بواسطة برقيات تخبره بموافقتها على المواصلة في البناء، لكن هذه البرقيات كان تقع في أيدي ثلاث إداريين تعمدوا هذا النوع من الجرم لصالح مقاولين آخرين

[1]– محمود فهد مهيدات، القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية " نظرية الظروف الطارئة ". (لا.ط ؛ الأردن: دائرة الإفتاء العام، د.ت)، ص18.

كانوا قد اشتركوا معه في هذه المناقصة ولم تكن لصالحهم، فأخذتهم الغيرة في الانتقام منه، وبعدما عرف المسؤولون بجرمهم هذا تمّ تطبيق العقوبات القانونية عليهم، وواصل السيد (ع. م) في إتمام المشروع مع التعويض[1].

-فالظرف القاهر في ما سبق هو عامل بشري محض، لكن يمكن أن يكون السبب طبيعيًا في حالات مشابهة، كأن يشبّ حريق في مصنع فيأتي على كلّ ما فيه، أو فيضانًا أو زلزالاً يمنع الصانع من الاحتفاظ بالمادة الخام المتوفرة لديه، وغيرها من الظروف القاهرة التي قد تحول بالصانع وترهقه لإتمام عقد الاستصناع في أجله المحدد في العقد.

ملخــص الفصل

في نهاية هذا الفصل نخلص إلى ما يلي:

1.الاستصناع: هو طلب من مستصنع لصانع بأن يصنع له عينًا طبق مواصفات محددة، بمواد من عند الصانع. وإذا تمّ الإيجاب والقبول أصبح عقد وارد على العين والعمل ملزم للطرفين.

2.أركان عقد الاستصناع تتشابه مع باقي العقود المالية المكونة من:

العاقدان _ الصيغة _ المحلّ.

3. شروط عقد الاستصناع هي محددة بقرار من مجمع الفقه الإسلامي وهي:

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

[1]- حساني عبد الكريم، مقابلة مع مقاول، الجمعة 11مارس2016،على الساعة العاشرة صباحا.

ب- أن يحدد فيه الأجل.

4.عقد الاستصناع جائز استحسانًا لأنّ فيه تيسير كبير على المسلمين؛ حيث يجوز فيه تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه بشرط أن تكون الأقساط معلومة لآجال محددة.

5. الخلاف بين الفقهاء حول عقد الاستصناع بسبب الاختلاف في التكييف الفقهي لحقيقة هذا العقد، لأنّ له شبه كبير ببعض العقود أهمها: السلم ــ الإجارة ــ البيع الآجل. لكن في حقيقته هو عقد مستقلّ بشروطه الخاصة وكيانه الخاص.

6. الشرط الجزائي في عقد الاستصناع جائز إذا تعلق بالصانع إن أخلّ بالتزامه أو تأخر في تنفيذ عمله. لكن إذا تعلّق بالمستصنع فلا يجوز لأنه ربا صريح، وهذا يتنافى مع أهم مقصد من مقاصد الشريعة وهو حفظ المال.

7. الظروف القاهرة إمّا أن تكون سماوية وإما مكتسبة من الغير، وفي كلاهما شريعتنا التي تقوم على مقصد التيسير ورفع الحرج؛ تعطي العذر للصانع، والخيار للمستصنع بين الانتظار والفسخ.

الفصل الثاني:

آليات تطبيق صور الاستصناع المعاصرة وآراء الفقهاء فيها.

ويشتمل على مدخل تمهيدي ومبحثين:

المبحث الأول: عقد الاستصناع في العقود المعاصرة

المبحث الثاني: الاستصناع الموازي.

مدخل تمهيدي

الاستصناع والحاجة إليه.

إنّ عقد الاستصناع قديم بين الناس، وتزايد العمل به مع ازدياد تقدّم الصناعة وتنوّع الحرف وتنوّع الآلة، وكان استعماله قليلا في العصور الأولى، فبدأ بخاتم استصنعه النبي ﷺ ومنبراً ثم اشتدت الحاجة إليه في النطاق الشخصي وشاع بين الناس وانتشر تعاملهم به من غير إنكار، قد أجازه الفقهاء استحساناً وضبطوا له أحكاماً لأنّ الحاجة داعية إليه.

(فظهر في هذا العصر المتطوّر حاجات إلى أنواع من التعامل كانت الحاجة إليها ضئيلة محدودة النطاق الشخصي، ولكنها اليوم في عصر المشاريع والصناعة والتمويلات الكبرى والائتمانات الضخمة، نرى فيها قابلية لأن تلبّي مطالب اقتصادية مهمّة، وتحلّ بعض المشكلات في التعامل لمن يحرصون على التزام قواعد الشريعة الإسلامية وفقهها في معاملاتهم؛ كبيع السلم وشركة المضاربة. ولعلّ أهمّ ما ينطبق عليه ذلك في هذا المجال عقد الاستصناع)[1].

كما بدأ الاستصناع يحتلّ دوراً رئيسياً في استثمارات المصارف الإسلامية من خلال تطبيق هذا العقد بصيغة معاصرة وهي الاستصناع الموازي؛ وذلك بقيام هذه البنوك بتمويل المباني السكنية والاستثمارية بتوفير المواد الخام للمستصنع مع قيامها بالعمل نفسه ،إضافةً إلى صناعات أخرى بنظام الاستصناع، لتساهم بذلك في حلّ العديد من المشكلات المعاصرة.

[1]- مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص10.

المبحث الأول: عقد الاستصناع في العقود المعاصرة.

المطلب الأول: الاستصناع في الذهب.

يُعدّ الذهب مظهراً من مظاهر الغنى والفخامة والأناقة، ويُعدّ من أكثر المعادن خطفاً للأنظار نظراً للمعانه المذهل ودرجة نقائه، وأنه من أقلّ المعادن تعرّضاً للتآكل بالإضافة إلى قيمته المادية، ولقد برع الإنسان منذ القدم في صناعة الذهب والمشغولات الذهبية الرائعة وتطويرها حسب الفترة الزمنية، بالإضافة إلى المشغولات المصنوعة باليد والتي أصبحت من المصنوعات الذهبية الأكثر طلباً على نطاق واسع.

والذهب هو أحد أهمّ وأكثر المعادن النفيسة انتشاراً، فهو يحتلّ مكانة خاصة لدى الأفراد والجماعة وكذلك الدول، لذلك يعتبر اقتناءه رغبة دائمة لديهم نظراً للقيمة المادية والمعنوية التي يتمتع بها. وقد استخدم الذهب قديماً كوحدة نقدية لتبادل السلع ، والبيع والشراء لدى العديد من الدول والبلدان والشعوب، ويُستخدم على ممرّ العصور في صناعة الحليّ والجواهر.

تعريفه:

لغة: الذال والهاء والباء أُصيْل يدل على حسن ونظارة، من ذلك الذهب معروف، وقد يؤنّث فيقال ذهبة، ويُجمع على الأذهاب. ويُقال رجل ذَهِب، إذا رأى معدن الذهب فدُهش.

وكميتٌ مذهبٌ، إذا علته حمرة إلى اصفرار[1].

وفي قولهم: فرس مُذهب إذا علت حمرته صفرة[2].

اصطلاحا: الذهب في حقيقته فِلِز[3]،أصفر اللون، كما أنه يوصف بالحمرة أيضا بسبب ما

---

[1]- أبو الحسين أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج 02 ، ص 298-299.

[2]- ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 17، ص1523.

[3]- ج فلزّات: عنصر كيميائي يتميز بالبريق المعدني والقابلية للسحب والطرق وتوصيل الحرارة والكهرباء والصلابة، وتوجد الفلزّات بصورتها الطبيعية في الصخور والجبال.ينظر:أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج03 (ط:01؛ د.م: عالم الكتب، 1429هـ-2008م)، ص1739.

يخالطه من النحاس[1]، وهو أعدل الأجساد في طبعه لا يبليه الثرى ولا يُصديه، ولا تأكله النار، ولا يتغير ريحه على المكث وإذا برد وخلط في الأدوية نفع من ضعف القلب[2].

أمّا بالنسبة لأحكامه شرعاً، فالذهب بأنواعه الأصفر والأبيض وغيره تكون له أحكام الذهب المعتادة في جميع أبوابه ومسائله: سواء بسواء؛ أي مثلاً بمثل يداً بيد ، وتجب فيه الزكاة، ويحرم فيه الربا، ويحرم لبسه على الرجال وغير ذلك من الأحكام[3].

صورة الاستصناع في الذهب:

تكون ببيع الذهب بالقيمة إذا كان مشغولا أي فيه صنعة وصياغة؛ فقد يباع الذهب بالذهب، وقد يباع بنقد آخر من فضة أو ورق نقدي أو فلوس. ويكون الثمن أكثر وزناً من وزن الذهب الحلي وتكون الزيادة في الوزن في مقابل الصياغة والعمل. أو بمعنى آخر؛ استصناع حليّ من ذهب مع إضافة أجرة التصنيع للصانع. فما رأي الفقهاء في هذه الصورة ؟.

تصوير المسألة:

1- اتفق العلماء على ثبوت الربا في الذهب والفضة والأعيان الأربعة التي نصّ عليها حديث عبادة بن الصامت[4]، الذي نص عليه قول النبي ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ وَالبُرُّ بِالبُرِّ وَالشَّعِيْرُ بِالشَّعِيْرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ؛ مِثْلًا مِثْلٍ؛ سَوَاءً بِسَوَاءٍ؛ يَدًا بِيَدٍ،

---

[1]- عبد الرحمان بن فهد الودعان الدوسري، الذهب الأبيض حقيقته وأحكامه (لا. ط ؛ السعودية: د. ن ، 1425 هـ)، ص 04.

[2]- نشوان بن سعيد الحميري اليمني، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: د. حسين بن عبد الله العمري وآخرون ، ج 04 (ط: 01؛ بيروت: دار الفكر المعاصر، 1420 هـ- 1999 م)، ص 2303.

[3]- عبد الرحمان بن فهد الودعان الدوسري، الذهب الأبيض حقيقته وأحكامه، مرجع سابق، ص 24.

[4] - عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجى، أبو الوليد:ولد في 38 ق هـ صحابي، من الموصوفين بالورع. شهد العقبة، وكان أحد النقباء، وبدرا وسائر المشاهد، أول من ولي القضاء بفلسطين، روى 181 حديثا اتفق البخاري ومسلم على ستة منها. وكان من سادات الصحابة، توفي سنة 34هـ . (ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، 268/2، و ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، 111/5).

فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيْعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ »[1]. واختلف القائلون بالتعليل فيما عداها لاختلافهم في تحديد العلة فيها.

2- اتفق المعلّلون على أنّ علة الذهب والفضة واحدة وعلة الأعيان الأربعة واحدة، ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما. وسأخصّ في بحثي هنا بدراسة اختلافهم في الذهب والفضة دون غيرهم، وقد اختلفوا إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: الربا في كل ما هو موزون، فهو في الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والصوف والقطن والكتان وغيرها،وهو المشهور عند أحمد والحنفية وهو قول النخعي والزهري والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي.

القول الثاني: علة الربا في غلبة الثمنية، وهو قول الإمامين مالك والشافعي.

القول الثالث: علة الربا في مطلق الثمنية، قال به مالك وأبي حنيفة وأحمد وذهب إليه ابن تيمية[2] وابن القيم[3].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بأدلة من الكتاب في قوله تعالى:

1-﴿ وَيَٰقَوۡمِ أَوۡفُواْ ٱلۡمِكۡيَالَ وَٱلۡمِيزَانَ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَلَا تَبۡخَسُواْ ٱلنَّاسَ أَشۡيَآءَهُمۡ وَلَا تَعۡثَوۡاْ فِي ٱلۡأَرۡضِ مُفۡسِدِينَ ٨٥ ﴾[هود: 85].

أي أعطوهما لأصحابهما وافيين غير منقوصين، ولَا تنقصوهم حقوقهم فإن نقص الحقوق ظلم في ذاته، وهنا انتقال من الخاص إلى العام، فالنهي عن نقص المكيال والميزان نهي عن نقص في الكيل والوزن، أما النهي عن بخس الناس أشياءهم نهي عن كل معاملة فيها أكل مال الغير بالباطل، كالربا

---

[1]- أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب: المساقاة ، باب: باب الصرف وبيعا لذهب بالورق نقدا، المصدر السابق، ج3، الرياض: مكتبة الرشد، 1409هـ)، رقم الحديث: 2249، ص 1211.

[2] – هو: الإمام تقي الدين أبو العباس أحمد بن المفتي شهاب الدين، شيخ الإسلام الحراني الحنبلي الدمشقي المعروف بابن تيمية، ولد سنة 661 هـ، كان عالماً بالفقه والأصول والحديث، من أبرز علماء الحنابلة ومجتهديهم، من مؤلفاته: مجموع الفتاوى، أصول التفسير، توفي سنة 728هـ (ابن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة 144/1؛ وابن كثير، البداية والنهاية 135/14).

[3] –هو: الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، الفقه الحنبلي، المفسر الأصولي الشهير بابن القيم الجوزي، ولد سنة 691هـ ، صاحب ابن تيمية وأخذ منه العلم، من مؤلفاته: إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، زاد المعاد، توفي 751هـ (الزركلي، الأعلام، 06/ 56 ، و ابن حجر العسقلاني، الدار الكامنة 400/3).

والغش والتدليس والخيانة والرشوة والسرقة والاغتصاب وغير ذلك من نقص لأموال الناس وأكل لها بالباطل[1].

2- ﴿ أَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ وَلَا تَكُونُواْ مِنَ ٱلۡمُخۡسِرِينَ ١٨١ وَزِنُواْ بِٱلۡقِسۡطَاسِ ٱلۡمُسۡتَقِيمِ ١٨٢ ﴾[الشعراء: 181- 182].

فأما تطفيف الكيل والميزان فظلم وأكل مال بالباطل، ولما كان تجارهم قد تمالؤوا عليه اضطر الناس إلى التبايع بالتطفيف، وأوفوا أمر بالإيفاء، أي جعل الشيء وافيا، أي تاما، أي اجعلوا الكيل غير ناقص. والمخسر: فاعل الخسارة لغيره، أي المنقص، فمعنى ولا تكونوا من المخسرين لا تكونوا من المطففين. وصوغ من المخسرين أبلغ من: لا تكونوا مخسرين. لأنه يدل على الأمر بالتبرؤ من أهل هذا الصنيع.

والقسطاس: بضم القاف وبكسرها من أسماء العدل، ومن أسماء الميزان حمل على المعنيين هنا كما هنالك وإن كان الوصف ب المستقيم يرجح أن المقصود به الميزان.

وبخس أشياء الناس: غبن منافعها وذمها بغير ما فيها ليضطروهم إلى بيعها بغبن،وأما الفساد فيقع على جميع المعاملات الضارة، ومن بخس الأشياء أن يقولوا للذي يعرض سلعة سليمة للبيع: إن سلعتك رديئة، ليصرف عنها الراغبين فيشتريها برخص[2].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة عقلية بقولهم: أن العلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً، فيختصّ بالذهب والفضة؛ لما روى مَعْمَر بن عبد الله[3]، «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ». ولأن الطعم وصف شرف، إذ به قوام الأبدان، والثمنية وصف شرف، إذ بها قوام

[1]- محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة، زهرة التفاسير، ج 07 (لا.ط ؛ لا. م : دار الفكر العربي، د. ت)، ص 3739.

[2]- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج 19 (لا. ط ؛ تونس: دار سحنون، 1997)، ص 184- 185.

[3] - وهو معمر بن عبد الله بن نضله بن حرثان بن عوف بن عبيد بن عويج بن عدي بن كعب ، وأمه أشعرية ، وكان من مهاجرة الحبشة ممن قدم على النبي صلى الله عليه وسلم في السفينتين. (ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، 148/06)

الأموال، فيقتضي التعليل بهما، ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما في الموزونات؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء[1].

أدلة القول الثالث:

واستدل أصحاب هذا القول أيضا بأدلة عقلية:

1- أنّ الذهب والفضة سلعة يجوز فيهما ما يجوز في اختلاف الجنس؛ قال ابن القيم – رحمه الله –: «.... فإنهم أجمعوا على جواز إسلامهما في الموزونات من النحاس والحديد ونحوهما؛ فلو كان النحاس والحديد ربويّين لم يجز بيعهما إلى أجل بدراهم نقداً. فإنّ ما يجري فيه الرد إذا اختلف جنسه جاز التفاضل فيه دون النَّسَاء. والعلة إذا انتقضت من غير فرق مؤثر دلّ على بطلانها. وأيضاً فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة فهو طرد محض....»[2].

1- أنّ التعليل بمطلق الثمنية هو الذي يتفق مع الحكمة في جريان الربا في الذهب والفضة، والحكمة في تحريم الربا فيهما هي استقرار العملة وثباتها بأن تكون معياراً للتعامل به، ويكون مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض، وتقوم به الأشياء ولا يقوم بها ومتى اتخذت العملة سلعة تعدّ للربح عمّ الضرر وحصلت الفوضى بسبب ارتفاعها حيناً وانخفاضها حيناً آخر[3].

مناقشة وترجيح:

نوقشت أدلة القائلين بأن علة الربا في كل ما هو موزون ومكيل وفي غلبة الثمنية،بأدلة كثيرة[4]، و تبين أن مناقشة الدليل الأول هي: أن الاستدلال بالآيتين ليست على سبيل الحصر. أما مناقشة الدليل الثاني:أن التعليل بالثمنية يفهم منه التعميم على كل ما هو موزون ومكيل وهذا لا يمكن.

فمن خلال ما ذكر من أدلة وأقوال ومآخذ يظهر لي – والله أعلم – أنّ ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم – رحمهما الله – هو الراجح في هذه المسألة، وهو القول بأن علة الربا في

---

[1]- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 04 (لا. ط ؛ لا. م : مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م)، ص 05- 06.

[2]- محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم. ج 02 (ط : 01 ؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م)، ص 105.

[3]- عبد الله بن مبارك آل سيف، " علة ربا الفضل في النقدين " ، بحث منشور على شبكة الإنترنت (www.aloukah.net)2016/03/31.

[4] -ابن قدامى، المغني ،ج04،مصدر سابق،ص 06.

مطلق الثمنية؛ لقوة أدلتهم، ولأن الحكم لم يعلق بالذهب والفضة لذواتهما، وإنما لكونهما معياراً للسلع. فالتعليل فيهما بالوزن لا قيمة له، وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي (بجواز التعامل بهذه الصورة وهي أن يكون الثمن أكثر وزنا من وزن الذهب، على أن تكون الزيادة في الوزن في مقابل الصياغة والعمل بشرط الحلول و التقابض في مجلس العقد)[1].

لكن من خلال ما سبق في دراستي لعقد الاستصناع، تبين لي أن ضرب الأجل شرط فيه؛ لأن طبيعة هذا العقد تقتضي إنهاء الصانع أو الحرفي للصنعة بعد أجل معين ومحدد من مجلس العقد، وبالتالي يظهر لي – والله أعلم – أن الاستصناع في الذهب غير جائز لغياب الشرط الأساسي في التعامل بالذهب وهو التقابض يداً بيد، والله أعلم.

المطلب الثاني: الاستصناع في عقود المقاولات.

لقد أصبحت الحكومات تولي اهتماماً كبيراً لقطاع المقاولة بأنواعه، لأنه يساهم في تحفيز اليد العاملة، وهو لاعب أساسي لتحريك التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات.

الفرع الأول: تعريفه:

لغة:المقاولة أصلها اشتقاق للفعل: قال يقول قولاً، ومقالاً ومقالةً، والجمع المقاول. وقاولته في أمره وتقاولنا: أي تفاوضنا[2].

اصطلاحا:إن المعنى الاصطلاحي للمقاولة ليس ببعيد عن المعنى اللغوي، وهو من المصطلحات القانونية الحديثة. فتعريفه القانوني:« هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر »[3].

شرعاً: بما أن المقاولة مصطلح قانوني معاصر، فلا يوجد في الفقه الإسلامي هذا المصطلح لعدم وجوده في الزمن الماضي؛ لذا فقد عرفه الفقهاء المعاصرين تعريفاً فقهياً استناداً إلى عقود مطابقة له من ناحية الأوصاف والخصائص.

---

[1]– مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، العدد: 09، ص 108.

[2]– أبو نصر إسماعيل الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. ج 05 (ط : 04؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1407هـ – 1987 م)، ص 1806– 1807.

[3]– القانون المدني الجزائري، مادة (549)، سنة: 2007، ص90.

فنجد مجلة الأحكام العدلية تصرّح بأنّ: « عقد الاستصناع هو مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً »[1].

انطلاقاً من التعريف القانوني والفقهي فعقد المقاولة : « هو اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر »[2].

فالمقاولة أعمّ من الاستصناع في الفقه؛ إذ أنها تشمل الاستصناع والإجارة في القانون.

الفرع الثاني: خصائص عقد المقاولة.

من خلال ما سبق يتبين أن لعقد المقاولة خصائص وهي كما يلي:

أ- أنه من عقود المعاوضات؛ لأنه عقد رضائي ملزم للطرفين، فلا يشترط في انعقاده شكل معين.

ب- أن التراضي في هذا العقد يقع على المطلوب صنعه أو العمل المطلوب إنجازه من طرف المقاول، والأجر الذي يتعهد به ربّ العمل[3].

ت- عقد ملزم للطرفين: فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل وتسليمه، وصاحب العمل يلتزم باستلام العمل بعد إنجازه ويدفع البدل.

ث- عقد زمني: أي أن الزمن عنصر جوهري فيه، فهو المقياس الذي يقدر به العمل مقابل الالتزام التام بالتنفيذ؛ أي إذا تم الالتزام في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر.

ج- عقد محدد: بحيث يحدد كل من الطرفين قيمة ما يأخذه بمقتضاه وقيمة ما يعطي دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع. كما في عقد الغرر الذي لا يستطيع فيه المتعاقدين عند العقد تحديد قيمة غنمه وغرمه بمقتضى العقد، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر مجهول[4].

---

[1]- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادة (124)، ص 16.

[2]- رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا. (ط : 01؛ دمشق : دار القلم، 1422هـ – 1991م)، ص 374.

[3]- عجيل جاسم النشمي، " عقد المقاولة " : مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، العدد: 14، ص15.

[4]- إبراهيم شاشو، " عقد المقاولة في الفقه الإسلامي " ، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق: كلية الشريعة، العدد: 02، مج 26، 2010م، ص746.

الفرع الثالث: الفروق بين عقد المقاولة وأهم العقود المشابهة له.

يتميز عقد المقاولة عن أنواع أخرى من العقود وينفصل عنها، وهي الإجارة والعمل والوكالة والوديعة في مايلي:

الفرق بين عقد المقاولة وعقد الإجارة:

عقد المقاولة يرد على العمل، بينما عقد الإيجار يرد على منفعة الشيء.

الفرق بين عقد المقاولة وعقد العمل:

- عقد المقاولة يرد على العمل باعتبار نتيجته، بينما عقد العمل يرد على العمل في ذاته. والفارق بينهما في القواعد؛ حيث إنّ القواعد التي يخضع لها عقد المقاولة تختلف عن التي يخضع لها عقد العمل خاصة في تحمل التعبة والأثر؛ فيتحملها المقاول دول العامل.
- بالنسبة للخضوع لتشريعات العمل المختلفة منها: الإجازات والأجر، وساعات العمل والضمانات والإصابات فهي تسري على العامل دون المقاول.
- عقد المقاولة يتميز عن عقد العمل بالاستقلالية؛ لأن المقاول يعمل بمقتضى الشروط المتفق عليها في العقد، فهو لا يخضع لإدارة ربّ العمل وإشرافه ولا يكون هذا الأخير مسئولا عنه. بينما عقد العمل يتميز بالتبعية لأن العامل يتلقى التعليمات والأوامر من ربّ العمل ومجبر على تنفيذها طبقاً للعقد المبرم بينهما وفي حدوده، ويكون ربّ العمل مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن التابع.

الفرق بين عقد المقاولة وعقد الوكالة:

- العمل في عقد المقاولة هو عمل مادي، أمّا في عقد الوكالة فهو تصرّف قانوني؛ فالمقاول يؤدي العمل لمصلحة صاحبه لا ينوب عنه، وإنما يعمل باستقلالية تامة عنه. أمّا الوكيل فيقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله نيابة عنه، فينصرف أثر هذا التصرف إلى موكله.
- المقاولة تكون دائماً مأجورة، أمّا الوكالة فقد تكون مأجورة وقد لا تكون.
- المقاول يكون مستقلّ عن ربّ العمل في عمله، بينما الوكيل يكون تابعاً في كثير من الأحيان للموكّل.
- المقاولة عقد لازم، أمّا الوكالة فهي في الأصل عقد غير لازم ويجوز للموكّل عزله في أي وقت.

- المقاولة لا تنتهي بموت صاحبها أو بموت المقاول، وتنتهي الوكالة بموت الموكّل أو بموت الوكيل[1].

المقاولة والوديعة:

- تتفق الوديعة مع المقاولة في المحلّ وهو القيام بالعمل.
- وتختلف عنه في طبيعتها فهي من عقود التبرعات؛ لأنّ الأصل فيها أن تكون بدون أجر، فالمودع لا يبتغي من حفظ مال الوديعة التكسب والربح، وحتى لو اتفق مع صاحب الوديعة على أجر فهو أجر زهيد، لذا فهي عقد غير لازم.
- أمّا المقاولة فهي من عقود المعاوضات والمقاول لا يبتغي من وراء عمله سوى الربح ،والأجر يكون باهضاً نظراً للجهد الكبير وتكلفة المواد الضخمة التي يقدمها المقاول لأنه عقد لازم[2].

الفرع الرابع: أنواع المقاولات.

نظراً للتطور الكبير في النشاطات الاقتصادية، أدّى ذلك إلى تنوع المقاولات نتيجة أعمال المقاول والتزاماته بتنفيذها، لذا فأنواع المقاولات تتعدد باعتبار تنوع أعمال المقاول إلى عدة اعتبارات:

1-**باعتبار حجم العمل:**تنقسم إلى قسمين:

مقاولات صغيرة: وهي التي تتعلق بأعمال المهن الحرة، كالنجارة والحدادة وغيرها.

مقاولات كبيرة: وهي التي تتعلق بتشييد المباني والجسور والسدود وغيرها.

2-**باعتبار جنس العمل:**تنقسم أيضاً إلى قسمين:

مقاولات مادية: وتتناول الأعمال المادية كإنشاء المباني والجسور والسدود....

مقاولات عقلية: وهي الأعمال التي محلها المجهود العقلي وليس المادي، كالأعمال القانونية منها المحاماة، والأعمال الفنية كتصميم المهندس المعماري.

3- باعتبار متعلق العمل:

مقاولات عامة: وهي الأعمال التي تكون الحكومة أو المؤسسات العمومية طرفاً فيها، ومحلها الأعمال التي تتعلق بالمرافق العامة والأشغال العمومية والنقل وغيرها...

---

[1]- عجيل جاسم النشمي، " عقد المقاولة " : مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص15- 16.

[2]- زياد شفيق حسن قراريه، " عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني " . (رسالة ماجستير في الفقه والتشريع)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس: فلسطين، 2004م، ص65.

مقاولات خاصة: هي التي لا تكون الحكومة والمؤسسات العامة طرفاً فيها، فهي تتعلق بالمرافق والمصالح الخاصة بالأفراد والشركات.

4-**باعتبار طبيعة العمل:** تنقسم إلى قسمين:

مقاولات إجارة: هي المقاولة التي يلتزم فيها المقاول بتقديم العمل فقط.

مقاولات استصناع: وهذا النوع يتضمن صورة عقد الاستصناع فيه ؛ وذلك بأن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً[1]. وهذا النوع سأفصل الكلام عنه فيما يلي، من خلال إعطاء صورة له وتوضيح تطبيقها المعاصر، ثم بيان التكييف الفقهي والحكم الشرعي لها.

مثال:

مقاول في مجال البناء يريد توقيع عقد مع شخص يريد بناء بيت، مقابل سعر معين للمتر، بحيث يكون هذا السعر شاملاً لمواد البناء وكل ما يلزم لبناء البيت حتى ينتهي ويأتي صاحبه ويستلم. والمقاول عند شرائه لوازم البناء سيقوم بسداد ثمنها من عنده؛ مثلا عند شراء الحديد يذهب هذا المقاول بنفسه إلى التاجر ويطلب منه الحديد ويدفع ثمنه، سواء نقداً أم شيكات وهكذا لكل ما يلزم.

فما هو التكييف الشرعي لهذه الصورة ؟ مع أن المقاول في بداية العقد اتفق مع صاحب البيت بإعطاء سعر محدد ، مثلاً (3500 د.ج) للمتر السطحي يشمل كل شيء، وهذا يشمل الربح في المواد أيضاً.

تصوير المسألة:

إنّ صورة تقديم المقاول للعمل والمادة معاً هي إحدى الصور المعاصرة للمقاولة، فقد يرد وأن يتعهد المقاول بتقديم العمل فقط، لكن قد يقدم مع العمل المادة أيضاً. هذه المسألة كانت محلّ خلاف وجدل كبير بين الفقهاء المعاصرين وفقهاء القانون، وتعددت الأقوال واختلفت الآراء بينهم في التكييف الشرعي لهاته الصورة.

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين:

اختلفت أقوالهم إلى مايلي:

---

[1]- سعد السبر، الاستصناع (المقاولات)، مرجع سابق، ص04 وما بعدها. و أحمد ذياب شويدح، و عاطف أبو هربيد، " عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة " ، بحث مقدّم إلى مؤتمر (الإسلام والتحديات المعاصرة)، كلية أصول الدين، الجامعة الإسلامية، أفريل 2007، ص1254 وما بعدها.

القول الأول:

أنه من قبيل الاستصناع الذي تحدث عنه الفقهاء قديماً. يقول الدكتور محمد رواس قلعجي: «... ما يعرف اليوم بعقد المقاولة، هو نفسه الذي كان يعرف في القديم عند الفقهاء بعقد الاستصناع...»[1].

وفيما سبق تبين أن عقد الاستصناع من قبيل البيوع، يقول السرخسي – رحمه الله – في أنواع البيوع: « ....اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثمن وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع.... »[2].

فعقد المقاولة وفق هذه الصورة يعدّ استصناعاً، يجري عليه أحكامه في الفقه الإسلامي، وليس ثمة اختلاف بين الاستصناع والمقاولة سوى الاسم، فالأول قديم عند الفقهاء والثاني معاصر في اصطلاح القانونيين.

القول الثاني:

المقاولة جمع بين الإجارة والبيع. وهو قول الحنفية؛ أي أن العقد بين الآمر والعامل على أن يقوم الأجير بالعمل في العين ، والعقد على العمل إجارةفتنطبق عليه أحكام الإجارة , فإذا قام بالعمل وسلم العين إلى الآمر كان التسليم على أنه مبيع بالثمن[3].وقد جوّز مالك[4] – رحمه الله – ذلك (في الرجل يستأجر البنّاء على بنيان داره وعلى البنّاء الآجر والجِصّ قلت: أرأيت إن استأجرت رجلا يبني لي داري على أن الآجر والجِصّ من عند الأجير؟ قال: لا بأس بذلك).وقد جوّزه لأنه معروف عند الناس[1].

---

[1]– قطب مصطفى سانو، " عقد المقاولة حقيقته، تكييفه، صوره " ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص185.

[2]– السرخسي، المبسوط، ج15، مصدر سابق، ص84.

[3]– ينظر: جاسم علي الشامسي، " عقد المقاولة الإنشاء والتعمير حقيقته، تكييفه، صورته " ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص101.

[4] – هو: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني، ولد بالمدينة سنة 93هـ ، أحد أئمة المذاهب الفقهية، أخذ العلم عن ربيعة الرأي، ونافع مولى ابن عمر، من آثاره: الموطأ، المدونة الكبرى، توفي سنة 179هـ ، (ابن فرحون، الديباج المذهب ص 11 – 28، ومحمد بن محمد بن سالم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، 52/01- 54).

وقد ذكر ابن رشد أنّ للمالكية أربعة أقسام للسلم في الصناعات، من بينها صورتين يجتمع فيهما البيع والإجارة على العمل وهي:

أ- أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه.

ب- ألاّ يشترط عمله ويعين ما يعمل منه[2].

ثانيا: آراء فقهاء القانون:

القول الأول:

العقد بهذه الصورة هو مقاولة دائماً، والمادة ليست إلا تابعة للعمل، وفي هذه الحالة الصانع يكون ملزماً بصنع الشيء المطلوب، فتقع المقاولة على العمل وعلى الشيء المصنوع، فتنقل ملكيته لربّ العمل، ومع ذلك لا تخرج عن نطاق المقاولة؛ لأن تملّك صاحب العمل للعين المصنوعة من طرف المقاول هو نتيجة حتمية لازمة، لأن المقاول يقوم بالعمل لصالح صاحبه. فالمقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع[3].

وقد أجاز المقنن المصري بأن يتعهد المقاول بصنع شيء ويكون العمل والمادة من عنده، ونصت المادة بأنه: (يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً)[4].

كما نص على ذلك أيضاً قانون المعاملات المدنية الإماراتي واشترط ما يلي بنصه: (إذا اشترط صاحب العمل أن يقدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها؛ أن يكون مسئولا عن جودتها طبقاً لشروط العقد إذا وجدت، وإلا تطبيقاً للعرف الجاري)[5].

وبهذا يكون للمقاول دورين:بائعاً حين يقدم المادة، ثم مقاولاً حين يقدم العمل[6].

القول الثاني:

---

[1]- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج03 (ط : 01؛ لا.م : دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م)، 424.

[2]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، تحقيق: محمد حجي. ج02 (ط : 01 ؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ- 1988)، ص 32.

[3]- ينظر: د. عجيل النشمي، عقد المقاولة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص29.

[4]- القانون المدني المصري، المادة (647)، القانون رقم: 131، سنة 1948، ص 52.

[5]- قانون المعاملات المدني الإماراتي، المادة (875)، (ط:04، أبو ظبي: دائرة القضاء، 2014)، ص287.

[6]- ينظر: عجيل النشمي، عقد المقاولة،مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص30.

العقد بهذه الصورة هو بيع شيء مستقبل؛ لأن المقاول قام بالفعل وربّ العمل قبل ذلك منه، فملكية الشيء المصنوع تنتقل بموجب عقد جديد يكيّف على أنه بيع لشيء حاضر[1].

القول الثالث:

وإليه ذهب السنهوري، حيث يرى بأن هذه الصورة تكيف بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل؛ أي يقتضي أن نقارن بين قيمة عمل المقاول وقيمة المادة المستخدمة لصنع الشيء المطلوب، فإذا كانت قيمة العمل أكثر من قيمة المواد الخام فالعقد هنا عقد مقاولة ويخضع لأحكامها. أمّا إذا كانت قيمة المواد أكبر من قيمة العمل فالعقد عقد بيع ويخضع لأحكامه[2].

الترجيح لهذه المسألة:

بعد عرض التكييف الشرعي والقانوني لصورة تقديم المقاول العمل والمادة، تبين لي – والله أعلم – أن آراء الفقهاء المعاصرين وفقهاء القانون تخلص إلى أن تقديم المقاول للعمل والمادة معاً تكون بصدد عقد مقاولة وعقد بيع ولكلّ عقد حكمه.

كما يظهر لي أن الرأي الراجح في هذه المسألة أن عقد المقاولة بهذه الصورة يكون من قبيل الاستصناع؛ لأن هذا العقد له شبه كبير جداً بعقد المقاولة، وبالأخص صورة تقديم المادة والعمل من طرف المقاول. وبالتالي فالحكم الشرعي لهذه الصورة هو أن ينطبق عليها أحكام عقد الاستصناع، وهذا ما تضمنه قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الرابعة عشر بالدوحة في قراره رقم 129 (03 / 14) بشأن عقد المقاولة والتعمير[3].

المطلب الثالث: الاستصناع في عقود التوريد.

إنّ الشريعة الإسلامية تقوم على مقاصد تعمل على رعايتها وحفظها، وفي ظلّ التقدّم العلمي والصناعي الذي يشهده عالمنا المعاصر؛ تواجه كثير من الدول خاصة دول العالم الثالث عجزاً في صنع وإنتاج ما هي بأمسّ الحاجة إليه، ممّا يدفعها إلى الاستيراد من الدول المتقدمة والمنتجة المصدرة عن طريق عقود تسمى بعقود التوريد، التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمقاصد الشرعية.

الفرع الأول: تعريف التوريد.

---

[1]- المرجع نفسه، ص30.

[2]- المرجع السابق، ص31، وينظر: جاسم علي سالم الشامسي، " عقد المقاولة الإنشاء والتعمير " ، مرجع سابق، ص103.

[3]- ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد المقاولة، مرجع سابق، ص287.

لغة: الواو والراء والدال: أصلان، أحدهما الموافاة إلى الشيء، والثاني لون من الألوان[1].

وفي اللغة: وَرَدَ بلد كذا وماء كذا إذا أشرف عليه، دخله أو لم يدخله. والوِرد: الورّاد وهم الذين يردون الماء. يقال: وَرَدْت الماء أرِدُه وروداً إذا أحضرته لتشرب[2].

والإيراد خلاف الإصدار[3]. واستورده: أحضره[4].

فالتوريد في اللغة مشتق من الوِرد والتورّد والاستيراد: وهو عمل المورّد على إحضار سلعة أو خدمة إلى المورّد إليه إشرافه عليها.

اصطلاحا: عقد التوريد أيضاً هو من العقود المعاصرة، لذلك لم يتعرّض الفقهاء الأقدمين إلى تعريفه، وإنما تكلم عنه العلماء المعاصرون في بحوثهم القانونية والفقهية:

يُصنف عقد التوريد في القانون من بين العقود الإدارية، فيعرّف بأنه: (اتفاق بين شخصين معنويين من أشخاص القانون العام، وبين فرد وشركة يَعِدُ بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين)[5].

قال السنهوري: « هو عقد يلزم به أحد المتعاقدين أن يورّد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً، يتكرّر مدة من الزمن»[6].

- أمّا الفقهاء المعاصرين فقد عرّفوه بأنه: « عقد على عين موصوفة في الذمة بثمن مؤجل معلوم، إلى أجل معلوم في مكان معلوم »[7].

---

[1]- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج06، ص105.

[2]- ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج51، ص4810.

[3]- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج02 (لا .ط ؛ بيروت: المكتبة العلمية، د. ت)، ص655.

[4]- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ج01، ص336.

[5]- نمر صالح محمود درا غمة، " عقد التوريد في الفقه الإسلامي " ، (رسالة ماجستير في الفقه والتشريع)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس: فلسطين، 1425هـ – 2004م، ص17.

[6]-عقد التوريد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص17.

[7]- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، " عقد التوريد " ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، العدد: 12، ج02، ص338.و سعد بن تركي الخثلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة. (ط : 01؛ الرياض: دار الصميعي، 1433هـ)، ص140.

كما يمكن أن يُعرّف من خلال الواقع والممارسة بأنه: « عقد على موصوف في الذمة، يُدفع جملة أو مقسطاً، في زمن ومكان معين، بثمن معلوم مؤجل جملة أو أقساطاً »[1].

وعرّفة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم 107 (01 /12) بأنه: « عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومة مؤجلة، بصفة دورية، خلال فترة معينة، لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه »[2].

من خلال التعريفات القانونية والفقهية لعقد التوريد يتبين لي أنّ خصائص هذا العقد هي كما يأتي:

1-أنه عقد من عقود المعاوضات.

2-أنه عقد ملزم للطرفين: بحيث يلتزم المورّد بإحضار العين الموصوفة، وبالمقابل يلتزم المورّد إليه بدفع الثمن مقسطاً أو مؤجلاً، بحسب الاتفاق الوارد في العقد.

3-يكون عقد التوريد بصفة دورية في تواريخ معينة وليست مرة واحدة.

4- محلّ عقد التوريد يكون على أشياء منقولة لا عقارية، معلومة ومحددة الأوصاف والثمن أيضاً.

الفرع الثاني: تقسيمات عقود التوريد.

يمكن تقسيم عقود التوريد انطلاقا من اعتبارات متعددة، وذلك على النحو التالي:

أولا: باعتبار مدى حرية المتعاقدين في قبول العقد أو رفضه:

1-عقود التوريد الموحدة:

[1]- محمود عبد الكريم أحمد إرشيْد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية. (ط : 02؛ الأردن: دار النفائس، 1427هـ – 2007م)، ص133.

[2]- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، العدد: 12، ص571.

وهي العقود التي تُعقد لأجل توريد خدمات الماء والكهرباء والغاز والهاتف، ويُلاحظ في هذه العقود أن أحد طرفي العقد وهي الجهة المقدمة للخدمات تقف موقف القوي المستغني، بينما يقف الطرف الآخر موقف المذعن المحتاج الذي تُملى عليه الشروط

2-عقود التوريد الحرة:

وهي تلك العقود التي يتمتع فيها كل من طرفي العقد بحريته التامة في إنشاء العقد وتحديد شروطه، وغالبية عقود التوريد تندرج تحت هذا النوع.

ثانيا: باعتبار طبيعة العقد:

1- عقود التوريد الإدارية :

وهي ما يكون فيها أحد الطرفين شخصا معنويا، وتتضمن مصلحة لمرفق عام، وأمثلتها كثيرة، مثل توريد الملابس للعسكريين والرياضيين، وتوريد المفروشات والأدوات المكتبية للدوائر الحكومية وغير ذلك.

2- عقود التوريد الخاصة :

وهي ما يكون الطرفان فيها أفرادًا أو شركات خاصة، وأمثلتها كثيرة أيضا، مثل اتفاق بين شركة مطاعم مع شركة مواش أو دواجن على توريد لحوم معينة ومقدرة، لحاجة شركة المطاعم ونحو ذلك.

ثالثا: باعتبار موضوع العقد:

1- عقود التوريد العادية:

وهي العقود التي موضوعها عبارة عن منقولات تم الاتفاق على مواصفاتها، ويكون المورد حراً في اختيار المصدر الذي يحصل من خلاله على هذه المنقولات، وقد تكون هذه العقود خاصة أو إدارية.

2- **عقود التوريد الصناعية:**وهي العقود التي تشتمل على صورة عقد استصناع؛ ويكون موضوعها عبارة عن تسليم منقولات يصنعها المورد، ومنها ما يكون خاصاً، ومنها ما يكون إدارياً تملك الإدارة حرية كبيرة في التدخل أثناء تصنيع وإعداد هذه المنقولات، وعقود التوريد الصناعية يتردد تصنيفها بين عقود توريد أو مقاولات استصناع[1].

[1]- عبد الرحمان بن سليمان الربيش، " عقد التوريد"، مجلة البحوث الإسلامية، المملكة العربية السعودية: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، العدد: 91، من رجب إلى شوال 1431هـ، ص221-222. و أحمد دياب شويدح، وعاطف أبو هربيد، " عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة "، مرجع سابق، ص1241-1242.

الفرع الثالث: نموذج لصورة الاستصناع في عقود التوريد:

صاحب معرض سيارات يتفق مع شركة أجنبية لتصنيع سيارات وفق مواصفات معينة، ليتمكن من استيرادها بعدما تتم عملية التصنيع، فإذا تمّ الاتفاق فإن المورّد في هذه الصورة هو صانع،والمستورد بمثابة المستصنع. فما هو التكييف الفقهي لهذه الصورة ؟ وما هو حكمها؟.

تصوير المسألة:

هاته الصورة هي من قبيل العقد على المبيع الغائب على الصفة. وقد بحث فيها الفقهاء المتقدمون، واتفقوا على أنّ بيع الإنسان ما لا يملك هو من البيوع المنهيّ عنها شرعاً، لما ورد عن النبي ﷺ« لا تبع ما ليس عندك »، إلاّ أنهم اختلفوا في حكمها؛ لاختلافهم في تفسير مضمون النهي وصوره التي تندرج تحته، ومن بينها صورة العقد على المبيع الغائب على الصفة التي تكون في عقود التوريد.

القول الأول: مذهب الحنفية.

يرون بجواز العقد على المبيع الغائب على الصفة، قال ابن الهمّام[1]: « أمّا النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقاً لا ما ليس في حضرتك، ونحن شَرَطْنا في هذا البيع كون المبيع مملوكاً للبائع »[2].

ونجد صاحب الهداية أيضاً يقول: « أجمع الصحابة – رضوان الله عليهم – على جواز بيع الغائب المقدور على تسليمه، وأنّ لمشتريه خيار الرؤية إذا رآه »[3].

وفي الاختيار يقول النخعي: «ولا بد من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة قطعا للمنازعة، فإن كان حاضرا فيكتفي بالمباشرة، لأنها موجبة للتعريف قاطعة للمنازعة. وإن كان غائبا، فإن كان مما يعرف بالأنموذج كالكيلي والوزني والعددي المتقارب فرؤية الأنموذج كرؤية الجميع، إلا أن يختلف فيكون له

---

[1] – هو: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم الإسكندرية، كمال الدين، المعروف بابن الهمام، إمام، من علماء الحنفية، كان معظماً عند الملوك وأرباب الدولة، من كتبه: فتح القدير في شرح الهداية، التحرير في أصول الفقه، توفي بالقاهرة سنة 861هـ. (عبد القادر بن نصر الله القرشي، الجواهر المضية، 86/2، و الزركلي، الأعلام، 06 /252).

[2]– كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج 06، ص336.

[3]– أبو محمد محمود الغيتابى الحنفي، البناية شرح الهداية، ج08 (ط : 01؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ-2000م)، ص83.

خيار العيب، فإن كان ما لا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعا للمنازعة ويكون له خيار الرؤية »[1].

– يتبين ممّا سبق أنّ رأي الحنفية بجواز المبيع الغائب على الصفة مبنيّ على شرطين حتى يصحّ العقد:

1- ملكية البائع للمبيع، وقدرته على التسليم في الأجل المحدد في العقد.

2- أن يكون المبيع موصوفاً وصفاً نافياً للجهالة قطعاً للمنازعة.

وقد استندوا إلى أدلة نقلية:

من الكتاب:

قوله تعال: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[البقرة: 275].

من السنة:

عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم ، عن مكحول ، رفع الحديث إلى النبيﷺ قال: « مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً فَلَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالخَيَارِ إِذَا رَآهُ إن شاء أخذه وإن شاء تركه »[2].

القول الثاني: مذهب المالكية.

يقسم المالكية المبيعات إلى ثلاثة أنواع:

السلم في الذمة، وعين حاضرة مرئية، وعين غائبة عن المتعاقدين. وهاته الأخيرة قالوا بجواز بيعها بالصفة، قال القاضي عبد الوهاب: «يجوز بيعها بالصفة ويجب أن تحصر بالصفات المقصودة التي تختلف الأثمان باختلافها وتقل الرغبة وتكثر لأجلها ولا يكتفي بذكر الجنس والنوع فقط ولا يجوز بيعها بغير صفة إلا أن يكون على رؤية متقدمة من وقت لا تتغير في مثله إلى وقت العقد ولا خيار للمبتاع إذا جاءت على الصفة أو على ما يعرف من الرؤية إلا أن يشترطه وله الخيار إن جاءت على دون الصفة وضمانها من البائع إلا أن يشترطه على المشتري في ظاهر المذهب... »[3]. فيجب أن

---

[1]– عبد الله بن محمود مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج02 (لا. ط ؛ القاهرة : مطبعة الحلبي، 1356هـ- 1937م)، ص05.

[2]– أخرجه الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، المصدر السابق، ج3، ص 382، قال هذا حديث مرسل وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف.

[3]– أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، التلقين في الفقة المالكي، أبي أويس محمد بو خبزه الحسني التطواني. ج02 (ط : 01؛ لا. م : دار الكتب العلمية، 1425هـ-2004م)، 142.

تحدّد العين بصفات مخصوصة تنفي الجهالة وتمنع النزاع بين البائع والمشتري، فهو يوضّح معيار الصفة المطلوبة في بيع الغائب بالصفة.

ونجد من المالكية من يجيز بيع الغائب ولو بلا وصف بشرط: أن يكون للمشتري خيار الرؤية، لكن إذا تمّ عقد البيع على الإلزام، أو سكت المتبايعان عن شرط الخيار فالبيع فاسد[1].

فالمالكية يجيزون العقد على المبيع الغائب على الصفة، ويقولون بصحته حتى بلا وصف إذا اشترط المشتري خيار الرؤية. وبالتالي ليس له حق الخيار إذا كان المبيع موافقاً للمواصفات المشروطة؛ لأن البائع يكون قد التزم بالمطلوب منه، فحينئذٍ يكون العقد لازماً ولا يحق للمشتري فسخه.

وقد استندوا على رأيهم بأدلة نقلية وعقلية:

من الكتاب:

قوله ﷻ: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [البقرة: 275].

من السنة:

روى محمد بن سيرين أن النبي ﷺ قال: « لاَ تَبِيعُوا الحَبَّ فِي سُنْبُلِهِ حَتَّى يَبْيَضَّ فِي أَكْمَامِهِ»[2].

جاء في المقدمات لابن رشد[3]: (فإذا جاز بيع الحب في أكمامه وهو غير مرئي على صفة ما فرك منه إن كان حاضرا، جاز أن يشتري منه إذا كان غائبا على صفة، إذ لا فرق إذا غاب المبيع بين أن يبيعه على الصفة أو على مثال يريه إياه، وهذا الحديث أيضا حجة في بيع الجزر والفجل وما أشبه مما هو مغيب تحت الأرض...)[4].

من المعقول:

---

[1]- شمس الدين أبو عبد الله بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج04 (ط :03؛ لا. م : دار الفكر، 1412هـ - 1992م)، ص296.

[2]- مالك ابن أنس، موطّأ الإمام مالك، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، كتاب البيوع، باب جامع بيع الطعام، ج02 (لا. ط ؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1406هـ- 1985م)، رقم الحديث: 54، ص 648.

[3] - هو محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد، قاضي الجماعة بقرطبة، ولد سنة 450 هـ، من أعيان المالكية وهو جد بن رشد الفيلسوف، له تآليف منها: البيان والتحصيل، وشرح معاني الآثار للطحاوي، واختصار المبسوطة، وتوفي سنة 520 هـ بقرطبة. (الزركلي، الأعلام، 05/ 316- 317، وابن بشكوال، الصلة ص 518).

[4]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، تحقيق: د. الدكتور محمد حجي. ج02 (ط : 01؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408 هـ - 1988 م)، ص78.

- أنه مبيع معلوم للمتبايعان، ويغلب عليه القدرة على التسليم كالمرئي، لذا فيصحّ فيه البيع.
- إذا تعذّرت رؤية المبيع حاضراً فالصفة تقوم مقام الرؤية إذا كان غائباً كالسلم.
- إذا كانت العين الحاضرة يصحّ بيعها بالرؤية، فالعين الغائبة يصحّ بيعها بالصفة[1].

وللمالكية أيضاً شروط لصحة هذا العقد، يقول الدردير: «ولو بلا وصفه غير بائعه أي بأن وصفه بائعه وشرط ما بيع غائبا على اللزوم بوصف أمران أشار إلى الأول بقوله: (إن لم يبعد) جدا بحيث يعلم أو يظن أن المبيع يدرك على ما وصف فإن بعد جدا (كخراسان من إفريقية) من كل ما يظن فيه التغير قبل إدراكه لم يجز ويجري هذا الشرط أيضا فيما بيع على رؤية سابقة ومفهوم قولنا على اللزوم أن ما بيع على الخيار لا يشترط فيه ذلك وهو كذلك وإلى الثاني بقوله: (ولم تمكن رؤيته بلا مشقة) بأن أمكنت بمشقة فإن أمكنت بدونها بأن كان على أقل من يوم فلا يجوز بالوصف لان العدول عن الرؤية إلى الوصف غرر ومخاطرة فهو شرط في الغائب المبيع على الصفة باللزوم فقط.. ».

إذاً فالمالكية وضعوا شرطين لصحة العقد على المبيع الغائب على الصفة، إضافة إلى اشتراكهم مع الحنفية في شرط تحديد الوصف للمبيع وضبطه وهي:

1- أن لا تتغير صفات المبيع ويُهلك بسبب البعد المكاني.

2-أن يكون لرؤيته جهد كبير ومشقة شديدة.

القول الثالث: مذهب الحنابلة.

لا يختلف الحنابلة مع الحنفية والمالكية في القول بجواز العقد على المبيع الغائب بصفة تضبط السلم فيه؛ لأنها تقوا مقام الرؤية في تمييزه، ويقسم الحنابلة البيع بالصفة إلى نوعين:

قال البهوتي[2]: « البيع بالصفة (نوعان أحدهما بيع عين معينة سواء كانت العين) المعينة (غائبة مثل أن يقول بعتك عبدي التركي ويذكر صفاته) أي تضبط وتأتي في السلم (أو) كانت العين المبيعة بالصفة (حاضرة مستورة كجارية منتقبة وأمتعة في ظروفها أو نحو ذلك...

---

[1]- أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحقّ. ج01 (لا. ط ؛ مكة المكرمة : المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، د. ت)، ص978.

[2] – هو: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، نسبته إلى بهوت، له عدة مصنفات أشهرها: كشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي، توفي سنة 1051 هـ.(محمد أمين بن فضل الله الدمشقي، خلاصة الأثر 426/4، الزركلي، الأعلام، 307/07).

النوع (الثاني) من نوعي البيع بالصفة (بيع موصوف غير معين ويصفه بصفة تكفي في السلم إن صح السلم فيه) بأن انضبطت صفاته (مثل أن يقول بعتك عبدا تركيا)»[1].

فيتضح من تقسيمات السادة الحنابلة للبيع: أنّ النوع الأول هو مبيع معين موجود، لكنه غائب عن مجلس العقد، سواء كان غيابه قريباً أو بعيداً. أمّا النوع الثاني فهو مبيع غير معين، لكن البائع يصفه بصفاته التي تميزه كالجنس والنوع والجودة، وهذا النوع يعدّه الحنابلة من قبيل السلم.

إضافة إلى شرط ضبط صفات المبيع الذي اشترك فيه الحنفية والمالكية، يشترط الحنابلة ما يلي:

1-أن لا يكون بلفظ سلم أو سلف: أي أن ينعقد العقد على المبيع الغائب بصفة على أنه بيع وليس سلماً أو سلف.

2-أن يحصل العلم للمشتري بمعرفة المبيع برؤية متقدمة على العقد[2]: لأنّ طبيعة السلع تختلف من نوع لآخر، لذا يجب أن لا يكون الزمن وبعد المسافة علة في تغير صفة المبيع بين رؤية المشتري (المستورد) المتقدمة ووقت حلول الأجل المتفق عليه في العقد مع البائع (المستورد)[3].

القول الرابع: مذهب الشافعية.

للمذهب الشافعي قولان في هذه المسألة إذا وصفت وصفاً يرفع عنها الجهالة مبيناً جنسها، أحدهما: في القديم يصحّ مع ثبوت خيار الرؤية للمشتري. وثانيهما: في الجديد لا يصحّ.

لذلك نجد الإمام الشافعي[4]، يقسم البيع إلى نوعين لا ثالث لهما:

1- بيع صفة مضمونة على بائعها: إذا جاء المبيع مطابقاً للأوصاف، فلا خيار للمشتري.

2- بيع عين مضمونة على بائعها بعينها: يسلمها البائع للمشتري وإذا تلفت لم يضمن سوى العين التي باع[5].

---

[1]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال. ج03 (لا. ط ؛ بيروت: دار الفكر، 1402هـ)، ص163- 164.

[2]- المرجع السابق، ص164.

[3]- المرجع نفسه، ص165.

[4] - هو محمد بن إدريس بن العباس بن شافع المطلبي القرشي، ينسب إليه المذهب الشافعي ، ولد في غزة سنة 150 هـ وأول من ألف في علم أصول الفقه ، تتلمذ عن الإمام مالك وغيره، من مؤلفاته : الرسالة ، والأم ، واختلاف الحديث ، توفي سنة 204 هـ . (ابن خلكان، وفيات الأعيان ، 1 / 565 - 568 . والإمام الذهبي، تذكرة الحفاظ،1 / 329)

[5]- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج03، ص03.

وقد استدل للقول الأول:(ما روي ابن أبي مليكة أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فقال عثمان بعتك ما لم أره فقال طلحة: إنما النظر لأني ابتعت مغيباً وأنت قد رأيت ما ابتعت فتحاكما إلى جبير بن مطعم فقضي على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً ولأنه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح)[1].

أمّا القول الثاني فقد استدل: (بحديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفي هذا البيع غرر ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم)[2].

- والأصل عند الشافعية هو عدم صحة عقد المبيع على العين الغائبة على الصفة وهو الأظهر، وعليه المذهب.

قال الماوردي[3]: « بل أراد الشافعي بقوله : ومن بيوع الغرر عندنا بيع ما ليس عندك ، بيع العين الغائبة على خيار الرؤية ، فإن أصح القولين من مذهبه بطلان أصل البيع فيها :

لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، وبيع العين الغائبة غرر»[4].

مناقشة وترجيح:

يناقش مذهب الشافعية من خلال أدلتهم بما يأتي: أن الصفة الدقيقة تقوم مقام الرؤية، وكثير ما يكون الوصف الدقيق أصدق من الرؤية العابرة، كما أن النص القرآني في قوله تعالى:﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [البقرة: 275]. هو نص شامل وعام لكل أنواع البيع، فدعوى التخصيص بالنهي عن بيع الغرر لا تستقيم كما سلف.

---

[1]- أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج02 (لا. ط ؛ لا. م : دار الكتب العلمية، د. ت)، ص15.

[2]- المرجع نفسه.

[3] - هو: الامام العلامة، أقضى القضاة، أبو الحسن، علي بن محمد بن حبيب البصري، الماوردي، الشافعي، صاحب التصانيف. وولي القضاء ببلدان شتى، ثم سكن بغداد، تفقه على أبي القاسم الصيمري بالبصرة، له مصنفات كثيرة في الفقه والتفسير، وأصول الفقه والأدب، توفي في بغداد سنة 450هـ. (أبو بكر بن أحمد الدمشقي، طبقات الشافعية 303/3 – 314، والذهبي، سير أعلام النبلاء، 18/ 64,65).

[4]- أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي، الشهير الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي. ج05 (ط : 01؛ لا.م : دار الكتب العلمية، 1414هـ- 1994م)، ص 325.

فبعد عرض أقوال الأئمة الأربعة في مسألة العقد على المبيع الغائب على الصفة، وبعد بيان أدلتهم وشروطهم، ومناقشة ما يحتاج الى مناقشة تبين لي – والله أعلم – أنّ الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الجمهور في قولهم بالجواز؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض، فقط بالنسبة لشروط السادة المالكية في رأيي أنها تناسب هذا العقد في الزمن الماضي، زمن السفر على الدوابّ الذي يستغرق أياماً عديدة بل وأشهر للحصول على المبيع، وهذا يجعل من البعد المكاني والزماني سبباً لاحتمال تغير صفات المبيع وتعرضه للهلاك. وتتناقض هذه الشروط وواقعنا المعاصر؛ فقد اخترعت وسائل النقل السريعة والمتنوعة التي تحفظ المبيع وتأمنه من الفساد، وتضمن وصوله إلى مستورده بسلام دون أن يتغير وصفه المطلوب. فيجب مراعاة السادة المالكية في شروطهم هذه لصحة هذا العقد؛ لأن البعد المكاني والزماني هي أسباب كافية ومبررات معقولة في ذلك الزمان، وهذا لا يمنع اعتبارها والأخذ بها في عصرنا ليكون العقد ملزم للطرفين، ولإثبات خيار الرؤية للمستورد في حال عدم حصوله على المبيع على غير صفاته التي حددها للمورّد.

كما أنّ الحاجة إلى عقد التوريد بهذه الصورة أصبحت ماسّة خاصة بكل الدول؛ لأنه يحقق مصالح لكلّ من المورّد والمستورد والاقتصاد ككلّ، وهذا المقصد يتوافق مع الشريعة الإسلامية وخصائصها، فهي صالحة لكلّ زمان ومكان، هذا فيما يخصّ الحكم الشرعي لهذه الصورة.

أمّا بالنسبة لتكييفها الفقهي باعتبار الصفة والمحلّ، فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشر بالرياض مايلي:

– (إذا كان محلّ عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه)[1]. والله تعالى أجلّ وأعلم.

[1]– مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، قرار رقم: 107 (1 / 12)، ص571.

المبحث الثاني: الاستصناع الموازي.

- **تمهيد:**

يعتبر الاستصناع للمصارف خطوة رائدة لتنشيط الحركة الاقتصادية في البلد، وذلك إمّا بكون المصرف صانعاً، أو بكونه مستصنعاً[1]؛ فيكون الصانع أو العامل في عقد الاستصناع بأن تطلب منه بعض الشركات والمؤسسات أو الحكومات منتجات صناعية معينة، فيقوم هو ومن خلال ما يمتلكه أو من يتعاقد معه من شركات ومصانع بإنتاج تلك المصنوعات، فيمارس عملية التمويل بتوظيف ما لديه من أموال. وقد يكون مستصنعاً، أي طالباً لمنتجات صناعية ذات مواصفات خاصة. وقد يمارس المصرف هذه المهمة ممولاً لها من ماله الخاص، أو من أموال المودعين الاستثماريين، أو يكون وكيلاً لجهة أخرى من خلال عمولة معينة، وقد تصبح هذه المصنعات ملكاً للبنك يتصرف فيها بالصيغ المتاحة له من بيع أو تأجير أو مشاركة[2]....إلخ.

وهناك صورة أخرى تعتبر من أهم العمليات المعاصرة التي تقوم بها المصارف الإسلامية في مجال الاستصناع؛ وهي أن يكون المصرف صانعاً ومستصنعاً في آنٍ واحد، وهو الاستصناع الموازي.

المطلب الأول: تعريفه وصورته.

الفرع الأول: تعريفه.

[1]-إبراهيم عمّاري،آليات الاستثمار الشرعي،الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد12,2014،ص12.

[2]- حسام الدين خليل،عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، مرجع سابق،ص37.

الاستصناع الموازي عبارة عن عقدين منفصلين، يكون البنك صانعاً في أحدهما ومستصنعاً في الآخر[1].

الفرع الثاني: صورته.

يقوم المصرف بإبرام عقد استصناع بصفته صانعاً مع عميل يريد صنعة معينة، فيُجرى العقد على ذلك، ثم يتعاقد المصرف مع عميل آخر باعتباره مستصنعاً، فيطلب منه صناعة المطلوب بالأوصاف نفسها التي طلبها العميل الأول[2]، وتكون الشروط متماثلة في العقدين إلا الثمن وذلك لتحقيق هامش من الربح للمصرف، وزمن التسليم لتمكين البنك من التسلّم ثم التسليم[3]. إذا فالمصرف صانع في العقد الأول مع العميل، ومستصنع في العقد الثاني مع المقاول أو الصانع الفعلي.

المطلب الثاني: خصائصه وشروطه.

الفرع الأول: خصائصه.

يتميز الاستصناع الموازي بعدة خصائص إضافةً إلى خصائص الاستصناع:

1- لا يلزم عقد الاستصناع المصرفي البنك بمباشرة الصنع بنفسه، فيجوز للبنك التعاقد مع طرف ثالث لصناعة الأصل الذي يطلبه العميل، بحيث يكون فيه البنك مستصنعاً والطرف الثالث صانعاً، على أن ينشئ هذا التعاقد اللاحق أية التزامات تعاقدية بين عميل البنك وذلك الطرف الثالث، لكن يلزمه بتسليم المصنوع طبقاً للمواصفات المتفق عليها.

2- لا مانع إذا كان البنك مستصنعاً من توكيل الصانع ببيع المصنوع بربح إلى طرف ثالث نيابة عن المستصنع.

3- لا مانع أن يُشرف العميل – طالب الصنعة – على عمل الصانع النهائي الذي يتعاقد معه المصرف لتنفيذ المصنوع، وذلك للتأكد من التزام الصانع بالمواصفات المتفق عليها بين المصرف والعميل، بشرط أن لا ينشأ عن ذلك علاقة تعاقدية مباشرة بين العميل والصانع النهائي ذات صلة بالمصنوع.

---

[1]- المرجع نفسه، ص45.

[2]- إبراهيم عمّاري، آليات الاستثمار الشرعي، مرجع سابق،ص12.

[3]- حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، مرجع سابق،ص45.

4- إذا حصل المصرف من الصانع النهائي على ضمان للعيوب الخفية أو حسن التنفيذ، أو التزام بالصيانة لفترة بعد التسليم، جاز له تحويل ذلك لصالح العميل.

5- لا يجوز للمصرف الصانع توكيل العميل المستصنع بمباشرة الصناعة وتنفيذ المصنوع نيابة عنه[1].

الفرع الثاني: شروطه.

سبق وقد تبين لنا شروط عقد الاستصناع – إضافة إلى ذلك – ؛ فقد اشترط أهل العلم شروطاً خاصة بالاستصناع الموازي درءاً للوقوع في الربا، وتتمثل هذه الشروط في ما يأتي:

1- أن يكون عقد المصرف مع المستصنع منفصلاً عن عقده مع الصانع.

2- أن يمتلك المصرف السلعة امتلاكاً حقيقياً، ويقبضها قبل بيعها على المستصنع.

3- أن لا يتحمل المصرف نتيجة إبرامه عقد الاستصناع بصفته صانعاً كل تبعات المالك، ولا يحق له أن يحولها إلى العميل الأخير في الاستصناع الموازي[2].

المطلب الثالث: حكمه والمحاذير الشرعية لصيغته.

الفرع الأول حكمه:

إذا اشتمل الاستصناع الموازي على عقدين منفصلين فهو جائز. كما أن الصانع الفعلي الذي تعاقد معه المصرف في العقد الثاني لو أتى بالصنعة نفسها من صانع آخر فإن ذلك يصحّ بشرط أن تكون من عمل الصانع، أو أن تقوم قرينة باشتراط ذلك، والغالب في الاستصناع الموازي أن العميل يعلم أن المصرف لا يصنع ذلك الشيء، بل يستصنعه عند جهة أخرى، وحينئذٍ يكون الاستصناع بهذه الصيغة جائز شرعاً[3].

الفرع الثاني:المحاذير الشرعية لصيغة الاستصناع الموازي:

يمكن أن يتحول الاستصناع الموازي إلى قرض بفائدة فيجب التنبيه والخوف من الوقوع في هذه المعاملة المحرمة شرعا؛ وصورته: بأن يأتي شخصان قد تم الاتفاق بينهما أحدهما صانع والآخر

- عبد الكريم الشيباني، "عقد الاستصناع "،بحث منشور على شبكة الانترنت،(http//www.kantakaji.com)،تاريخ التصفح2016/04/22.

[2]- إبراهيم عمّاري، آليات الاستثمار الشرعي، مرجع سابق، ص12-13.

[3]- سعد السبر،(المقاولات)، مرجع سابق،ص13.

مستصنع يريد تمويلا ليدفع للصانع مقدما، فيدخل المصرف بينهما ممتطيا ظهر الاستصناع الموازي وفي حقيقة الأمر هو قرض بالفائدة. فيجب على المصرف أن تكون له دائرات خاصة بالعمليات الاستصناعية وتكون لهذه الدائرة علاقات مع الصناعيين والمقاولين فيعقد معهم على مسؤوليته الخاصة[1].

المطلب الرابع: تطبيقاته المعاصرة .

في المجال العقاري: يمكن تطبيق الاستصناع في التمويل العقاري في عدة تطبيقات مختلفة ، كبناء المساكن والعمائر وغيرها، وذلك ببيان موقعها والصفات المطلوبة فيها، كما يمكن أن يكون الاستصناع في تخطيط الأراضي وإنارتها وشق الطرق فيها وتعبيدها، وغير ذلك من المجالات العقارية والتي يمكن الاستفادة من الاستصناع فيها [2].

في المجال الصناعي: يمكن الاستفادة من عقد الاستصناع بتطبيقه في المجال الصناعي باختلاف أشكاله وأنواعه، كصناعة الطائرات والمركبات السفن – مما يمكن ضبطه بالمقاييس والصفات –، وكذلك: صناعة الآلات المختلفة، بل وحتى القطع الصغيرة في الآلات، وذلك بدلاً من استيرادها من البلاد الأجنبية بقيم باهظة مع مشقة النقل وتكلفته العالية، خاصة وأن في الاستصناع الداخلي تحريكاً للنشاط الاقتصادي، وإبقاء للسيولة المالية بين أبناء المجتمع، والاستفادة من الطاقات المختلفة وتوظيفها في مجالها المناسب[3].

---

[1]–أسامة محمد الصلابي، عقد الاستصناع وتطبيقاته في المجال المصرفي، قسم الدراسات الإسلامية، كلية الآداب، جامعة قاريونس، ص19.

[2]–سعد السبر (المقاولات)، مرجع سابق، ص14.

[3]– المرجع نفسه، ص14.

ملخص الفصل.

1- عقود التوريد والمقاولات هي عقود معاصرة، تشتمل في أنواعها على صورة عقد الاستصناع فيها، والإشكال في صورها مع الاستصناع هو غياب العوضين، وهذا سبب الخلاف بين الفقهاء المعاصرين.

2- عقود التوريد في حقيقتها مستقلة، لكن من جهة تتشابه مع عقد الاستصناع في ما يلي:

- أنّ كلاًّ منهما عقد على أمرين يفترض فيه أن يكون معدوماً في مجلس العقد.
- الثمن في الاستصناع لا يجب تعجيله، فيمكن أن يدفع مؤجلاً أو على أقساط، ويشترط أن يكون معلوماً نوعاً وقدراً. كذلك الحال في عقود التوريد.

3- يتفق عقد المبيع الغائب على الصفة مع عقد الاستصناع في غياب البدلين عند التعاقد. ويختلفان في الصفة، حيث إنّ عقد الاستصناع خاص بما فيه صناعة، أمّا عقد المبيع الغائب فهو عام.

4- علاقة المقاولة بالاستصناع أنّ المقاولة أعمّ من الاستصناع؛ فيجتمعان فيما إذا كانت المادة والعمل من المقاول وهو الصانع، فيكون مقاولة في القانون والعرف، واستصناعاً في الفقه.

وتنفرد المقاولة فيما إذا كانت المادة من المستصنع والعمل من المقاول، فهي مقاولة في القانون والعرف، وإجارة على عمل عند الفقهاء.

الخاتمــة

وتشمل على:

نتائج

وتوصيات

الخـــاتمـــة:

الحمد لله الذي وفّقني لإتمام وإنجاز هذا البحث، وقد خلصت فيه إلى النتائج الآتية:

1-الاستصناع هو طلب من مستصنع لصانع بأن يصنع له عيناً طبق مواصفات محددة، بمواد من عند الصانع، وإذا تم الإيجاب والقبول أصبح عقد وارد على العين والعمل ملزم للطرفين، إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

2-أركان عقد الاستصناع تتشابه مع باقي العقود المالية المكونة من: العاقدان، الصيغة، المحلّ.

3-شروط عقد الاستصناع هي محدد بقرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي وهي:

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب-أن يحدد فيه الأجل.

4-عقد الاستصناع مشروع في الإسلام، لكن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية يقولون بمشروعيته على أساس عقد السلم، وعدّوه أحد أنواعه واشترطوا فيه شروط السلم وطبّقوا عليه أحكامه. أمّا جمهور الحنفية فقالوا باستقلاليته ومشروعيته استحساناً؛ لأنّ فيه تيسير كبير على المسلمين، حيث يجوز فيه تأجيل الثمن كلُّه أو تقسيطُه، بشرط أن تكون الأقساط معلومة لآجال محددة.

5-الخلاف بين الفقهاء حول عقد الاستصناع بسبب الاختلاف في التكييف الفقهي لحقيقة هذا العقد؛ لأنّ له شبه كبير ببعض العقود أهمّها: السلم والإجارة والبيع الآجل.

6-الشرط الجزائي في عقد الاستصناع جائز إذا تعلّق بالصانع إن أخلّ بالتزامه أو تأخر في تنفيذ عمله. لكن إذا تعلّق الشرط بالمستصنع فلا يجوز؛ لأنه ربا صريح وهذا يتنافى مع أهم مقصد من مقاصد الشريعة وهو حفظ المال.

7-الظروف القاهرة إمّا أن تكون سماوية أو مكتسبة من الغير، وفي كلا الحالتين شريعتنا تعطي العذر للصانع، والخيار للمستصنع بين الانتظار والفسخ؛ لأن الشريعة الإسلامية تقوم على مبدأ التيسير ورفع الحرج.

8-العلاقة بين المقاولة والاستصناع أنهما يجتمعان فيما إذا كانت المادة والعمل من المقاول وهو الصانع، فيكون مقاولة في القانون والعرف، واستصناعاً في الفقه. وتنفرد المقاولة فيما إذا كانت

المادة من المستصنع والعمل من المقاول، فهي مقاولة في القانون والعرف، وإجارة على عمل عند الفقهاء.

9-عقود التوريد في حقيقتها مستقلة، لكن من جهة تتشابه مع عقد الاستصناع فيما يلي:

-أنّ كلاً منهما عقد على عين يفترض أن تكون معدومة في مجلس العقد.

-الثمن في الاستصناع لا يجب تعجيله، فيمكن أن يدفع مؤجلا أو على أقساط، ويشترط أن يكون معلوماً نوعاً وقدراً، كذلك الحال في عقود التوريد.

10-يتفق عقد المبيع الغائب على الصفة مع الاستصناع في غياب البدلين عند التعاقد، ويختلفان في الصفة؛ حيث إنّ عقد الاستصناع خاص بما فيه صناعة، أمّا العقد على المبيع الغائب فهو عام.

11-عقود التوريد والمقاولات هي عقود معاصرة، تشتمل في أنواعها على صورة الاستصناع فيها، والإشكال في صورها مع الاستصناع هو غياب العوضين، وهذا سبب الخلاف بين الفقهاء المعاصرين.

12-الاستصناع الموازي هو عقد غير مباشر متعدد الأطراف، وفي الغالب يختص بتطبيقه المصارف، حيث يكون المصرف وسيطاً بين المستصنع والصانع، وحكمه الجواز إذا اشتملت صيغته على عقدين منفصلين؛ فيكون المصرف صانعاً في العقد الأول، ومستصنعاً في العقد الثاني.

13-يتميز عقد الاستصناع الموازي بالمرونة في التعامل مع أطراف العملية الصناعية، بحيث يدخل عالم الصناعة على أساس عقد الاستصناع، فعندما يكون صانعاً يلبّي حاجة المستصنعين، وعندما يصبح مستصنعاً يمكّن الصناعيين من شراء منتجاتهم الصناعية، ويساعدهم في توظيف خبراتهم العملية.

14-من المحذورات الشرعية في صيغة الاستصناع الموازي الحرص على ألا تتحول صيغته الى قرض بفائدة وذلك عند تقليص دور المصرف في هذه العملية.

التوصيات:

ومن جملة التوصيات التي أوصي بها من خلال هذه الدراسة:

أولا: استكمال الجهد من طلبة المعاملات المالية المعاصرة بالبحث في صيغ التمويل الإسلامية والتعرّف على تطبيقاتها المعاصرة والتعريف بها؛ حتى يتحقق تعميم تطبيق الاقتصاد الإسلامي في واقعنا المعاصر بين الأفراد والمؤسسات المالية.

ثانيا: عدم الاستعجال في تطبيق صيغ التمويل الإسلامية في الواقع العملي، بل علينا أن نخشى الوقوع في الأهوال والسقوط في الهاوية؛ وذلك بالتحلي بالاستمهال من خلال إقامة دورات وملتقيات فقهية تهدف إلى التعريف بالعقود الشرعية مع شرح صيغها الإسلامية، والتأكيد على أهميتها البالغة بالنسبة للمؤسسات المالية، ودورها البارز في تنمية المشروعات والمجتمعات الإسلامية.

ثالثا: مراعاة الضوابط الشرعية التي تسير عليها المصارف الإسلامية في عقد الاستصناع الموازي، لما له من أهمية اقتصادية واجتماعية كبيرة، خاصة فيما يتعلق بتوفير التمويل اللازم لعملية الاستصناع.

رابعا: توعية العاملين في مجال المصارف بحقيقة رسالتهم وبالدور الهام الذي يناط بهم بمحاولة إدراكهم، وتصحيح نظرتهم العملية بأن تكون نظرة شرعية تهتم ببناء الفرد المسلم، وتسعى إلى تطبيق الاقتصاد الإسلامي.

–وفي الختام لا يسعني إلا أن أقول أنّ هذا العمل لا يخلو من كونه عمل بشري، فما كان من صواب فمن الله وحده، وما كان من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان، وحسبي أني لم أقصر واجتهدت قدر المستطاع.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأحمده أن وفقني لإتمام هذا البحث، وأسأله التوفيق والسداد دائما، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

الفهـــارس

1. فهرس الآيات القرآنيــة.
2. فهـــرس الأحاديث النبوية.
3. فهرس الأعـــــلام
4. فهرس المصادر والمراجع.
5. فهرس الموضـــوعات

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	الرقم	الصفحة
﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	البقرة	275	62
﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾		281	**67-63-62**
﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾.		286	**39**
﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	هود	195	**28**
﴿وَاصْنَعِ الْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا وَوَحْيِنَا﴾		32	**09**
وَيَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ ﴾		58	**47**
﴿ وَاصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي﴾	طه	93	**16**
﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ﴾	الأنبياء	176	**16**
﴿ أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ﴾	الشعراء	181-182	**48**
﴿ قِيلَ لَهَا ادْخُلِي الصَّرْحَ فَلَمَّا رَأَتْهُ حَسِبَتْهُ لُجَّةً وَكَشَفَتْ عَنْ ﴾	النمل	203	**10**
يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِيبَ وَتَمَاثِيلَ وَجِفَانٍ كَالْجَوَابِ ... الشَّكُورُ﴾	سبأ	15	**09**
﴿ وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾	التوبة	128	**09**
﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَاب﴾	إبراهيم	07	**09**

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
01	« الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةُبِالفِضَّةِ وَالبُرُّ بِالبُرِّ... »	46
02	« إني كنت ألبس هذا الخاتم وأجعل فصه ...»	17
03	« مَا أَكَل أَحَدٌ طَعَمًا قَطّ خَيرٌ مِنْ أَنْ يَأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدِه.. »	10
04	« مري غلامك النّجار يعمل لي أعوادا... »	17
05	«أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ...»	48
06	« أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا ...»	38
07	« لا تبع ما ليس عندك»	16
08	« لاَ تَبِيعُوا الحَبَّ فِي سُنْبُلِهِ حَتَى يَبْيَضَّ فِي أَكْمَامِهِ...»	63
09	«نهى عن بيع الكالئ بالكالئ...»	8
10	« مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً فَلَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالخَيَارِ إِذَا رَآهُ...»	62
11	« لاً ضَرَرَ وَ لاَ ضِرَار»	9

فهرس الأعـــــــلام.

الرقم	اسم العلم	الصفحة
01	علي بن محمد بن علي المعروف بأبي الحسن الجرجاني الحنفي.	11
02	محمد بن أحمد أبو زهرة.	11
03	أحمد بن علي، أبوبكر الرازي المعروف بالجصاص.	11
04	أحمد بن فارس بنز كريا بن محمد بن حبيب الرازي.	12
05	محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن منظور.	12
06	أبوبكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين الكاساني.	14
07	أحمدبنعبدالغنيبنعمرالمشهوركأسلافهبابنعابدين.	14
08	محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبوبكر علاء الدين السمرقندي.	14
09	أبوبكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي.	22
10	الامام، شيخ الإسلام، أبوبكر الأنصاري، المعروف بابن سيرين.	38
11	أبو أمية،شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي.	38
12	عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجى.	46
13	تقي الدين أبو العباس أحمد الدين المعروف بابن تيمية.	47
14	شمس الدين أبوعبدالله محمد الدمشقي الشهير بابن القيم	47
16	أبوعبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي	55
17	محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام	61
18	محمد بن أحمد بن رشد	63
19	منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي	65
20	محمد بن إدريس بن العباس المعروف بالإمام الشافعي	66
21	أبو الحسن، علي بن محمد بن حبيب البصري، الماوردي	67

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم، طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

ثانيا: كتب السنة:

1. الألباني، محمد ناصر الدين، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، (لا.ط ؛ لا.م: المكتب الإسلامي، د.ت، 873).
2. البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب كسب الرجل وعمله بيده، ج03 (ط:01؛ الرياض: مكتبة المعارف، 1422هـ – 2002 م).
3. الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، كتاب: البيوع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ج2 (ط: 1، دار الكتب العلمية بيروت).
4. الدار قطني، أبو الحسن علي عمر، سنن الدارقطني. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون ج03 (ط: 01؛ بيروت- لبنان: مؤسسة الرسالة، 2004هـ- 1424 م).
5. السجستاني، أبو داوود سليمان بن الأشعث، سنن أبو داوود. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب البيوع، باب في بيع الرجل ما ليس عنده ج03 (لا.ط ؛ صيدا- بيروت: المكتبة العصرية، د.ت).
6. العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، ج02 (لا: ط ؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت).
7. مالك ابن أنس، موطّأ الإمام مالك، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، كتاب البيوع، باب جامع بيع الطعام، ج02 (لا. ط ؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1406هـ- 1985م).
8. النيسبوري، مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، ،كتاب اللباس والزينة، باب طرح خاتم الذهب. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ج3 (لا.ط ؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت).

ثالثا: كتب اللغة والمعاجم.

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط. تحقيق: مجمع اللغة العربية (ط: 4؛ لا. م: مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ-2004م).
2. ابن فارس، أبو الحسن أحمد بن زكرياء، مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون ج3 (لا.ط ؛ القاهرة: دار الفكر، 1392هـ- 1972م).
3. ابن منظور، لسان العرب. تحقيق: عبد الله علي الكبير، ومحمد أحمد حسب الله، وهاشم محمد الشاذلي ج28 (لا.ط ؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت).
4. أبو نصر إسماعيل الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. ج 05 (ط : 04؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1407هـ – 1987 م).
5. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج 03 (ط: 01 ؛ د. م : عالم الكتب، 1429 هـ – 2008 م).
6. الجرجاني، علي بن محمد الشريف، كتاب التعريفات. (لا. ط ؛ بيروت: مكتبة لبنان، 1985م).
7. الرازي، زين الدين أبو عبد الله، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد ج01 (ط: 05؛ بيروت: المكتبة العصرية، 1420هـ- 1999م).
8. الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس، تحقيق: مجموعة من المحققين ج9 (لا.ط ؛ لا.م : دار الهداية، د.ت).
9. الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، (ط:8؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1426هـ-2005م).
10. الفيومي أحمد بن محمد بن علي ثم الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج02 (لا .ط ؛ بيروت: المكتبة العلمية، د. ت).
11. نشوان بن سعيد الحميري اليمني، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري وآخرون ، ج 04 (ط: 01؛ بيروت: دار الفكر المعاصر، 1420 هـ- 1999 م).

رابعا: كتب التراجم.

1. الزركلي، خير الدين بن محمد بن فارس، الأعلام، (لا.ط ؛ لا.م : دار العلم للملايين، 2002م).
2. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل القرشي، البداية والنهاية. (ط:01؛ لا.م: دار الهجر، 1418هـ-1997م).
3. القرشي، عبد القادر بن نصر الله، الجواهر المضية في طبقات الحنفية.(لا.ط ؛ لا.م: مير كتب خانة، د.ت).
4. ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين، وفيات الأعيان.(لا.ط ؛ بيروت: دار صادر، 1994م).
5. السيوطي، عبد الرحمان بن أبي بكر، جلال الدين، بغية الوعاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم.(لا.ط ؛ لبنان: المكتبة العصرية، د.ت).
6. كحالة، عمر بن رضا بن عبد الغني، معجم المؤلفين.(لا.ط ؛ بيروت: مكتبة المثنى، د.ت).
7. العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن حجر، تهذيب التهذيب. (ط:01؛ الهند: دائرة المعارف النظامية، 1326هـ).
8. العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض. (ط:01؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ).
9. العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن حجر، الدرر الكامنة، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان. (لا.ط ؛ الهند: صيدر أباد، 1392هـ-1972م).
10. الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين. (ط:03؛ لا.م: مؤسسة الرسالة، 1405هـ-1985م).
11. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، الديباج المذهب، تحقيق: محمد الأحمدي. (لا.ط ؛ القاهرة: دار التراث، د.ت).
12. محمد بن محمد بن سالم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد المجيد خيالي. (ط:01؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2003م).

13. الدمشقي، محمد أمين بن فضل الله الحموي، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر. (لا.ط؛ بيروت: دار صادر، د.ت).
14. الدمشقي، أبو بكر بن أحمد الشهبي، طبقات الشافعية، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان. (ط:01؛ بيروت: دار عالم الكتب، 1407هـ).
15. الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، تذكرة الحفاظ، تحقيق: زكريا عميرات. (ط:01؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ- 1998م).

خامسا: كتب الفقه.

1. ابن عابدين، رد المحتار على الدرّ المختار. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض ج7 (د،ط ؛ الرياض: دار عالم الكتب، 1423هـ- 2003م).
2. ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير، ج 19 (لا. ط ؛ تونس: دار سحنون، 1997).
3. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم. ج 02 (ط : 01 ؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م).
4. أبو الفضل، عبد الله بن محمود مجد الدين الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج02 (لا. ط ؛ القاهرة : مطبعة الحلبي، 1356هـ- 1937م).
5. أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. (لا.ط ؛ لا.م : دار الفكر العربي، 1396هـ- 1976م).
6. أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحقّ. ج01 (لا. ط ؛ مكة المكرمة : المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، د. ت).
7. إرشيْد، محمود عبد الكريم أحمد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية. (ط : 02؛ الأردن: دار النفائس، 1427هـ – 2007م).

8. الأشقر محمد سليمان وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج 02 (ط:01؛ بيروت: دار النفائس، 1418هـ- 1998م).
9. بن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج 04 (لا. ط ؛ لا. م : مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م).
10. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال. ج03 (لا. ط ؛ بيروت: دار الفكر، 1402هـ).
11. الجزيري، عبد الرحمان بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة ج02 (ط:02؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2003م).
12. الحجاوي، موسى بن أحمد المقدسي، زاد المستنقع في اختصار المنقع. تحقيق: عبد الرحمان بن علي بن محمد العسكر ج01 (لا.ط ؛ الرياض: دار الوطن، د.ت).
13. الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. (ط :03؛ لا. م : دار الفكر، 1412هـ - 1992م).
14. الخرقي، أبو القاسم عمر بن الحسين، مختصر الخرقي ج01 (لا.ط ؛ لا.م : دار الصحابة للتراث، 1413هـ- 1993م).
15. الدوسري، عبد الرحمان بن فهد الودعان، الذهب الأبيض حقيقته وأحكامه. (لا. ط ؛ السعودية: د. ن ، 1425 هـ).
16. رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا. (ط : 01؛ دمشق : دار القلم، 1422هـ – 1991م).
17. الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي المعاصر وأدلته ج05 (ط: 04؛ سوريا: دار الفكر، د.ت).
18. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام. ج01 (ط : 01؛ دمشق: دار القلم، 1418هـ- 1998م).
19. الزرقا، مصطفى أحمد، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة. (لا.ط ؛ جدة: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1420).

20. السالوس، علي أحمد، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر. (ط : 07؛ بيروت: مؤسسة الريان، 1429هـ – 2008م).
21. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج12 (لا.ط ؛ بيروت: دار المعرفة، 1414هـ- 1993م).
22. سعد السبر، عقد الاستصناع (المقاولات). (لا. ط ؛ لا. م : د. ن ، 1429هـ).
23. سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية. (لا.ط ؛ الإسكندرية – مصر : دار الكتاب الحديث، 2006م).
24. السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء ج2 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ- 1984م).
25. السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير ج07 (ط: 01 ؛ بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2003م).
26. الشافعي محمد إبراهيم، المسؤولية والجزاء في القرآن الكريم (ط: 01؛ لا.م : لا.ن ، 1402هـ-1982م).
27. الشافعي، أبو عبد الله محمد، الأم ج03 (لا.ط ؛ بيروت: دار المعرفة، 1410هـ- 1990م).
28. شوقي دنيا، الجعالة والاستصناع (ط:03 ؛ جدة: مكتبة الملك فهد الوطنية،1424هـ- 2003م).
29. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج02 (لا. ط ؛ لا. م : دار الكتب العلمية، د. ت).
30. الصلابي، أسامة محمد، اختيارات الحافظ بن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات. (ط:1؛ بيروت: دار بن حزم، 1432هـ- 2011م).
31. الطيار، مساعد بن سليمان، شرح مقدمة التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزي، تحقيق: ناصر بن صالح الجبر. (ط: 01؛ لا:م : دار بن الجوزي، د:ت).

32. عبد الوهاب، بن علي أبو محمد البغدادي المالكي، التلقين في الفقة المالكي، تحقيق: أبو أويس محمد بو خبزه الحسني التطواني. ج02 (ط : 01؛ لا. م : دار الكتب العلمية، 1425هـ-2004م).

33. عربيات وائل محمد، " نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع. (لا. ط ؛ عمّان: لا.ن، 2007م).

34. العياشي فداد، البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة. (ط : 01؛ جدة : مكتبة الملك فهد الوطنية، 1421هـ- 2000م).

35. الغيتابى، أبو محمد محمود الحنفي، البناية شرح الهداية، ج08 (ط : 01؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ- 2000م).

36. القرطبي،أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات الممهدات، تحقيق: د. محمد حجي. ج02 (ط : 01 ؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ- 1988).

37. القره داغي، علي محي الدين، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة. (ط: 1؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1422هـ- 2001م).

38. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج5 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ- 1986م).

39. الكشناوي،أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك ج 02 (ط:02؛ لبنان: دار الفكر، د.ت).

40. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج03 (ط : 01؛ لا.م : دار الكتب العلمية، 1415هـ -1994م).

41. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي، الحاوي في فقه الشافعي. ج05 (ط : 01؛ لا.م : دار الكتب العلمية، 1414هـ- 1994م).

42. مهيدات، محمود فهد، القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية " نظرية الظروف الطارئة ". (لا.ط ؛ الأردن: دائرة الإفتاء العام، د.ت).

43. نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج03 (ط:02؛ الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1404هـ-1983م).

44. الندوي، علي أحمد، عقد الاستصناع بين دراسة شرعية تأصيلية وصيغة تمويلية معاصرة. (لا.ط ؛ لا.م: لا.ن، د.ت).
45. يوسف إبراهيم يوسف وآخرون، قرارات المجامع الفقهية في المعاملات الاقتصادية ج1 (ط:1؛ الإسكندرية: دار التعليم العالي، 2014).

سادسا: النصوص القانونية.

1. القانون المدني الجزائري، مادة (549)، سنة: 2007، ص90.
2. القانون المدني المصري، المادة (647)، القانون رقم: 131، سنة 1948، ص 52.
3. قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة (875). (ط:04؛ أبو ظبي: دائرة القضاء، 2014م)، ص287.

سابعا: المجلات.

1. عماري إبراهيم، آليات الاستثمار الشرعي،الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد: 12، 2014 م.
2. لجنة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ج01 (لا.ط ؛ كار خانة: نور محمد، د.ت)، المادة :124.
3. مجلة البحوث الإسلامية، المملكة العربية السعودية: الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، العدد: 91، من رجب إلى شوال 1431هـ.
4. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة : منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد: 12، 1421هـ – 2000م.

ثامنا: البحوث والرسائل الجامعية والمقابلات.

1. بلخير أحمد، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة – دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية – (رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاقتصادية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429هـ- 2008م).

2. حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية. (رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي المقارن)، كلية الدراسات الإسلامية، قطر.
3. حساني عبد الكريم، الوادي، مقابلة مع مقاول، الجمعة: 11 مارس 2016، الساعة: العاشرة صباحا.
4. درا غمة، نمر صالح محمود، " عقد التوريد في الفقه الإسلامي " ، (رسالة ماجستير في الفقه والتشريع)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس: فلسطين، 1425هـ – 2004م.
5. شاشو إبراهيم، " عقد المقاولة في الفقه الإسلامي " ، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق: كلية الشريعة، العدد: 02، مج 26، 2010م.
6. شويدح أحمد ذياب، و عاطف أبو هربيد، " عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة " ، بحث مقدّم إلى مؤتمر (الإسلام والتحديات المعاصرة)، كلية أصول الدين، الجامعة الإسلامية، أفريل 2007.
7. قراريه زياد شفيق حسن، " عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني " . (رسالة ماجستير في الفقه والتشريع)، كلية الدراسات، فلسطين، 2004م.
8. كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي (ط: 02؛ لا.م: جامعة الملك فيصل، 1404هـ- 1984م).

تاسعا: المراجع الإلكترونية.

1. آل سيف عبد الله بن مبارك، " علة ربا الفضل في النقدين " ، بحث منشور على شبكة الإنترنت (www.aloukah.net)، 2016/03/31.
2. السالوس علي أحمد، " الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة "، بحث منشور على شبكة الإنترنتت:
http://iefpedia.com/arab/wp.content/uploads/2010/04/%D8%A7%D9%، تاريخ التصفح: 2016/03/21.
3. الشيباني، عبد الكريم، "عقد الاستصناع "،بحث منشور على شبكة الانترنت،(http//www.kantakaji.com)،تاريخ التصفح2016/04/22.

فهــرس المـوضـوعــات

العنـــــــوان	الصفحة
إهداء	–
شكر وتقدير	–
ملخص البحث باللغة العربية	–
ملخص البحث باللغة الفرنسية	–
مقدمة	أ
أهمية الموضوع	أ
إشكالية البحث	ب
أسباب اختيار الموضوع	ب
أهداف الموضوع	ج
الدراسات السابقة	ج
منهج البحث	د
الخطة المتبعة	
الصعوبات	
الفصل الأول: مفهوم عقد الاستصناع وتكييفه الفقهي	
مدخل تمهيدي	09
المبحث الأول: مفهوم عقد الاستصناع	
المطلب الأول: تعريف عقد الاستصناع	11
الفرع الأول: تعريف العقد	11
الفرع الثاني: تعريف الاستصناع	12
المطلب الثاني: حكمه وأدلة مشروعيته	15

الفرع الأول: رأي الجمهور	15
الفرع الثاني: رأي الحنفية	16
المطلب الثالث: أركان وشروط الاستصناع	18
الفرع الأول: أركانه	18
الفرع الثاني: شروطه	18
المطلب الرابع: آثار عقد الاستصناع وانتهاؤه	20
الفرع الأول: آثاره	20
الفرع الثاني: انتهاؤه	21
المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع	
المطلب الأول: حقيقته وصفته	22
الفرع الأول: حقيقته	22
الفرع الثاني: صفته	25
الفرع الثالث: هل هو من قبيل البيع أم الإجارة	29
المطلب الثاني: محل عقد الاستصناع	32
المطلب الثالث: اشتراط الأجل فيه	34
المطلب الرابع: الأحكام الطارئة عليه	36
الفرع الأول: الشرط الجزائي	36
الفرع الثاني: الظروف القاهرة	39
الفصل الثاني: آليات تطبيق صور عقد الاستصناع المعاصرة وآراء الفقهاء	
مدخل تمهيدي	44
المبحث الأول: عقد الاستصناع في العقود المعاصرة	
المطلب الأول: عقد الاستصناع في الذهب	45

تعريف الذهب	45
صورة الاستصناع في الذهب	46
المطلب الثاني: الاستصناع في عقود المقاولات	50
الفرع الأول: تعريف المقاولة	50
الفرع الثاني: خصائص عقد المقاولة	51
الفرع الثالث: الفروق بين عقد المقاولة وأهم العقود المشابهة له	52
الفرع الرابع: أنواع المقاولات	53
المطلب الثالث: الاستصناع في عقود التوريد	58
الفرع الأول: تعريف التوريد	58
الفرع الثاني: تقسيمات عقود التوريد	60
الفرع الثالث: نموذج لصورة الاستصناع في عقود التوريد	61
المبحث الثاني: الاستصناع الموازي	
المطلب الأول: تعريفه وصورته	69
الفرع الأول: تعريفه	69
الفرع الثاني: صورته	69
المطلب الثاني: خصائصه وشروطه	70
الفرع الأول: خصائصه	70
الفرع الثاني: شروطه	71
المطلب الثالث: حكمه والمحاذير الشرعية لصيغته	71
الفرع الأول: حكمه	71
الفرع الثاني: المحاذير الشرعية لصيغته	71

المطلب الرابع: تطبيقاته المعاصرة	72
الخـاتمة	75
النتائج	75
التوصيات	77
الفهـارس	
فهرس الآيات القرآنية	79
فهرس الأحاديث النبوية	80
فهرس الأعلام	81
فهرس المصادر والمراجع	82
فهرس الموضوعات	91