وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عمار ثليجي - بالأغواط
كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية والحضارة
قسم العلوم الإسلامية

الميدان: العلوم الانسانية والاجتماعية
الشعبة : الشريعة

أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصص فقه مقارن وأصوله

من إعداد الطالبتين:
- فوزية سرحوني
- كريمة بوصوري

إشراف الدكتور:
محمد رضا شوشة

لجنة المناقشة

الدكتور	زيغمي نعيمي	رئيسا
الدكتور	شوشة محمد رضا	مشرفا و مقررا
الدكتور	مايدي عبد الرحمان	مناقشا

السنة الجامعية: 1440/1439هـ/ 2018 /2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

بسم الله والصلاة والسلام على خيرة خلف الله محمد صلى الله عليه وسلم

وبعد:

أهدي ثمرة جهدي وعملي هذا:

إلى من قال الله فيهما عز وجل قَالَ تَعَالَى: ﴿وَقُل رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا ٢٤﴾

الإسراء: ٢٤

إلى الوالدين الكريمين:

أمي الحبيبة أطال الله في عمرها وحفظها ورعاها ورزقنا رضاها.

أبي العزيز رحمه الله.

إلى كل أفراد عائلتي وأخص بالذكر البرعمتين مرام وسيرين

إلى كل الأصدقاء الذين يسعهم القلب ولا تسعهم هذه الصفحة وبالأخص صديقتي كريمة بوصوري التي ساعدتني في هذا العمل المتواضع, وإلى أستاذنا القدير محمد رضا شوشة لإشرافه وتوجيهاته القيمة, وإلى معلمي في الابتدائي أحمد العرابي.

إلى كل زميلاتي في فرع العلوم الإسلامية, وإلى كل أستاذة العلوم الإسلامية والمشرفين على مناقشة مذكرتنا.

الطالبة سرحوني فوزية

إهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء إلى والدتي العزيزة.

إلى من سعى وشقى من أجل دفعي إلى طريق النجاح والدي أطال الله في عمره.

إلى من حبهم يجري في عروقي إخوتي محمد، سليمان، أحمد حفظهم الله لي وإلى أختي ووحيدتي فاطمة.

إلى صديقاتي وزميلاتي في الدراسة وخاصة إلى من تقاسمت معي جهود العمل زميلتي فوزية سرحوني.

إلى أستاذي الفاضل الذي تفضل بالإشراف على مذكرتي الدكتور محمد رضا شوشة.

إلى من صاغوا لنا من علمهم حروفا و من فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم والنجاح إلى أساتذتنا الكرام.

إلى كل طاقم قسم العلوم الإسلامية والحضارة.

كريمة بوصوري

شكر و تقدير

قال الله تعالى" وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم
ولئن كفرتم إن عذابي لشديد"
سورة إبراهيم 7

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله و بعد:

يشرفنا أن نتوجه بخالص الشكر، وعظيم التقدير والامتنان والعرفان بالجميل إلى أستاذنا الفاضل محمد رضا شوشة على تكرمه بالإشراف على مذكرتنا، ولما لمسناه منه من توجيه سديد ونصائح قيمة ومتميزة كان لها الأثر في إنجاز هذا العمل نسأل الله العلي القدير أن يثيبه خير الثواب إنه سميع الدعاء.

كما نتوجه بالشكر الخالص إلى أعضاء اللجنة المكلفة بمناقشة هذه المذكرة. وكذا جميع أساتذتنا الأفاضل الذين نهلنا من نبع علمهم طيلة سنوات دراستنا الجامعية

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتدي ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه وسلم تسليما.

أما بعد:

يعد عقد الاستصناع من أهم العقود المالية المعاصرة الأكثر انتشارا، ولا زال الإسلام دينا شاملا لكل العلوم

ومنهج حياة يقوّم شؤون الإنسان، وينظم حياته على أسس مستنبطة من مصادر الشريعة التي تواكب كل الأزمنة والعصور؛ إذا لإنسان له حاجيات ضرورية لمعيشته وحياته اليومية.

أخذ عقد الاستصناع بالتطور يوما بعد يوم، إذ لا يمكن الاستغناء عنه تبعا لتنامي عدد السكان وازدياد متطلبات الحياة، وتنوع أساليب المعيشة، وإقبال الناس على السلع الأصلية بسبب الاختراعات المتجددة والتي لا تنقطع، وأصبحت الشركات العالمية الكبرى تتعاقد مع أرباب الأموال، حتى يسّرت للناس أسباب الحياة والرفاهية، ثم ظهرت أقوال الفقهاء التي أخذت تفصّل في هذا العقد- عقد الاستصناع- ليصبح عقدا مستقلا عند الحنفية، وشمل أبواب الفقه الإسلامي أما المذاهب الأخرى – المالكية والشافعية والحنابلة – فإنهم أدرجوه ضمن عقد السلم.

ويمكن القول بأن عقد الاستصناع له دور في تنمية القطاع الصناعي، وذلك باستخدامه كأداة من أدوات التمويل من خلال المشروعات التي تقوم بها بعض الشركات، فلولا وجود هذا التمويل لما استطاعت القيام بإنجاز المشروعات الضخمة التي تحتاج إلى أموال طائلة.

من هذا المنطلق ارتأينا أن نبحث في موضوع من مواضيع المعاملات ألا وهو عقد الاستصناع وبيان أحكامه في الفقه الإسلامي فكان موضوع المذكرة تحت عنوان:

أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية موضوع عقد الاستصناع في جملة من النقاط سندرجها فيمايلي:

-تحقيق الحاجيات الفردية والجماعية من متطلبات الحياة بمعايير خاصة.

-بيان التكييف الشرعي لعقد الاستصناع وأهم أركانه وشروطه .

- بيان الفقهاء لما يتعلق بعقد الاستصناع من أحكام فقهية.

-الأهمية الكبيرة لموضوع عقد الاستصناع.

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب التي دفعتنا لاختيار دراسة موضوع عقد الاستصناع تتمثل فيمايلي

- عدم وجود اهتمام بدراسة عقد الاستصناع من الناحية الشرعية .

- جهل العديد من معرفة ما يتعلق بعقد الاستصناع من أحكام.

الإشكالية:

يعد عقد الاستصناع من أكثر الموضوعات التي اختلف الفقهاء في بيان أحكامه الفقهية من خلال استقلاليته أو عدم استقلاليته.

- فما هو عقد الاستصناع؟
- ماهي أحكامه عند الفقهاء الأربعة؟
- ما هي نماذج تطبيقه في البنوك الاسلامية؟

أهداف الموضوع:

يهدف بحثنا للوصول إلى جملة من الأهداف أهمها:

-تقديم فكرة عامة حول موضوع عقد الاستصناع .

-توضيح أهم نقاط الاختلاف بين الفقهاء وبيان الراجح منها.

-تبيين أهم الأحكام المتعلقة بعقد الاستصناع.

-إنجاز هذا البحث في رسالة أكاديمية للاستفادة منه.

الدراسات السابقة:

بعد اطلاعنا على ما كتب في هذا الموضوع نجد أن موضوع عقد الاستصناع لم يحظ بالاهتمام به ودراسته من الناحية الفقهية بشكل كبير إلا في رسالة الدكتوراه لكاسب البدران التي اقتبسنا منها بحثنا تحت عنوان عقد المقاولة (الاستصناع) في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، ورسالة الدكتوراه لمحي الدين اسطنبولي تحت عنوان عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، كما اعتمدنا على كتاب عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة لمصطفى الزرقا كما اننا اعتمدنا على الرسالة المقدمة من طرف الكاتب القرة داغي علي محي الدين التي كانت تحت عنوان عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز– كلية الشريعة والقانون– الدراسات الإسلامية– جامعة قطر–

المنهج المتبع:

تم اتباع عدة مناهج علمية متفاوتة الاستخدام وهي:

1.**المنهج الاستقرائي:** من خلال تتبع الآراء الفقهية في المذاهب الأربعة.

2.**المنهج المقارن:** وذلك من أجل معرفة مواضع الاتفاق والاختلاف.

3. **المنهج التاريخي:** من خلال تعريفنا لعقد الاستصناع في التشريعات القديمة.

4. **المنهج التحليلي:** وذلك بتجميع المعلومات المتعلقة بعقد الاستصناع وتحليلها.

منهجية البحث المتبعة:

–قمنا بتتبع أهم الكتب التي تناولت موضوع عقد الاستصناع وذلك من خلال تسجيل أهم المعلومات المتعلقة به.

–شرحنا الغريب من الألفاظ ذات الصلة بالمذكرة.

–أدرجنا ترجمة مختصرة للأعلام وذلك من خلال ذكر اسمه، وكنيته، وتاريخ مولده، ووفاته، وذكر بعض مؤلفاته.

– عزونا الآيات القرآنية إلى صورها بذكر اسم السورة ورقم الآية .

– تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها المعتمدة، من الصحيحين البخاري ومسلم وكذلك سنة الترميذي و ابن ماجة لعزو الحديث وتخريجه.

صعوبات البحث:

–لا يكاد يخلو أي بحث من الصعوبات مهما كان موضوعه، ومن بين الصعوبات التي واجهتنا :

– قلة المراجع في الموضوع المتناول مما زاد من صعوبة جمع المعلومات.

– عدم وجود متسع من الوقت للإلمام بجميع جوانب الموضوع.

خطة البحث: للإجابة على التساؤلات المطروحة اعتمدنا الخطة التالية:

قسمنا موضوع بحثنا إلى مقدمة وفصلين وخاتمة.

الفصل الأول: وكان عبارة عن مدخل لدراسة – عقد الاستصناع– فقسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول قسم إلى ثلاثة مطالب عرفنا فيه عقد الاستصناع وتكييفه الفقهي، مع ذكر نشأته والحكمة من مشروعيته في مطلب ثان، ثم ذكر بعض خصائصه وصور إبرامه في مطلب ثالث، والمبحث الثاني جاء فيه ثلاثة مطالب ذكرنا أركان عقد المقاولة–الاستصناع– في مطلب أول، ثم آثاره وإنهائه في مطلب ثان ثم أحكاما تتعلق به في مطلب ثالث.

الفصل الثاني: تكلمنا فيه عن أحكام عقد المقاولة–الاستصناع– ونماذجه، فقسم إلى مبحثين تحدثنا في الأول عن حكم عقد الاستصناع عند المذاهب الأربعة، وفيه مطلبان: المطلب الأول ذكرنا فيه رأي فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع ودليل مشروعيته، والمطلب الثاني ذكرنا فيه رأي فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في عقد الاستصناع، أما المبحث الثاني خصصناه لحكم السلم بالصناعات عند جمهور المالكية والشافعية والحنابلة، وقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب ذكرنا مشروعية السلم وحكمه والشروط الخاصة به في مطلب أول، وحكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى والنظام الوضعي في مطلب ثان، ورأي المعاصرين في عقد الاستصناع في مطلب ثالث، وذكرنا بعض النماذج عن البنوك المتعاملة بعقد الاستصناع في مطلب رابع.

وفي الأخير خاتمة البحث، تليها الفهارس العامة.

وفي خاتمة هذه المقدمة ندعو الله التوفيق والسداد لنا وللجنة الموقرة على متابعتها لبحثنا، ونعتذر عن كل تقصير منا في جانب من جوانب البحث المتضمن لموضوع أحكام عقد المقاولة (الاستصناع) في الفقه الاسلامي.

المبحث الأول: ماهية عقد الاستصناع

يعد عقد الاستصناع من أهم العقود التي يحتاجها الناس في معاملاتهم في الوقت الحالي، مما دفع بالعلماء إلى التكفل بهذا الموضوع اهتموا بدراسته من كل الجوانب خاصة الجانب الفقهي، والمتمثل في آراء الفقهاء نظرا لتشابهه بعدة عقود أخرى سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف عقد الاستصناع وتكييفه الفقهي في مطلب أول، والحكمة من مشروعيته ونشأته في مطلب ثاني، مع صور إبرامه في مطلب ثالث:

المطلب الأول: تعريف عقد الاستصناع وتكييفه الفقهي

تعددت أقوال العلماء في تعريفاتهم لعقد الاستصناع، سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف عقد الاستصناع في فرع أول، وتكييفه الفقهي في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف عقد الإستصناع

أولا: تعريف العقد:

1- العقد لغة: أصل العقد الالتزام، والضمان، والعهد، والعقد من الفعل عقد، ومنه عقد العهد يعقده عقدا بمعنى أكد الالتزام به، والعقد أوكد من العهد يقال عهدت فلان بكذا أي ألزمته بذلك[1] منه **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ **المائدة(1)** وقيل العقود هي ما يعقدون بينهم من الأمانات، ويتحالفون عليه من المبيعات، وغيرها، والظاهر أنها عقود الله عليهم في دينه في تحليل الحلال، وتحريم الحرام[2].

-ومن معاني العقد البناء: فالعقد ما عقدت من البناء[3].

-ويأتي بمعنى الحساب: ومنه عقد الحاسب بعقد عقدا أي حسب[4].

---

[1] ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب – بيروت- دار إحياء التراث العربي- باب العين- مادة عقد – ط:1 الزبيدي، محمد مرتضى الحسين – تاج العروس- باب العين- مادة عقد- تح: عبد العزيز مطر- ط :2 – 1414 هـ/ 1994 م.

[2] البهوتي، منصور بن يونس- كشاف القناع عن متن الإقناع- تح: مصطفى هلال – بيروت- دار الفكر –ط:1- ج: 2- ص: 3.

[3] الزبيدي، محمد مرتضي الحسين- تاج العروس- ص: 393.

[4] الزبيدي، محمد مرتضي الحسين- تاج العروس- ص: 393.

2- العقد اصطلاحا : عند تتبع كلام الفقهاء يتضح لنا أنهم يطلقون العقد، ويريدون به أحد المعنيين:

أ-العقد هو: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في المحل[1].

ومن التعريف يتبين أنه لابد من اجتماع الإرادة لانعقاد العقد فلا يكفي إرادة واحدة، وعلى هذا فالإعتاق واليمين، والطلاق، وغيرها مما يتم بإرادة واحدة، لا تسمى عقودا بمقتضى هذا التعريف.

أما البيع والإجارة، والزواج، وغيرها مما يتم بإرادتين تسمى عقودا بمقتضى هذا التعريف.

ب- العقد هو: "كل ما ألزم به المرء نفسه سواء كان الالتزام من الجانبين كالبيع، ولإجارة أم كان من جانب واحد كالإعتاق، والطلاق، ومن هذا التعريف يتضح أنه لا يشترط التعدد في العاقد بل يكفي لانعقاد العقد إرادة واحدة[2].

ثانيا: تعريف الا ستصناع

الاستصناع لغة: جاء في لسان العرب:" صنعه، يصنعه، صنعا" فهو مصنوع، وصنع عمله **قَالَ تَعَالَى:** ﴿ صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ أَتۡقَنَ كُلَّ شَيۡءٍۚ ﴿٨٨﴾ ﴾ " (النمل 88) دليل على الصنعة كأنه قال صنع الله ذلك صنعا...الخ يقال: "اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما وروى ابن عمر أن الرسول صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب أي أمر أن يصنع له ... " واستصنع الشيء ودعا إلى صنعه[3].

-وجاء في المصباح المنير:" صنعته، أصنعه، صنعا" والاسم الصناعة، والفاعل صانع والجمع صناع والصنعة عمل الصانع[4].

-وفي الموسوعة الفقهية :" مصدر استصنع الشيء إذا دعا إلى صنعه"[5].

---

[1] ينظر: البابرتي، أكمل الدين- العناية على شرح الهداية- لبنان- بيروت- دار الفكر- ط: 1- ج: 5- ص: 456 الدسوقي، ابن عرفة- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- تح: محمد عبد الله شاهين- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 3- ج: 3- ص:5.

[2] الجصاص، أبو بكر الرازي- كتاب أ حكام القرآن - تح: عبد السلام محمد علي شاهين- لبنان بيروت- دار الكتب العلمية- 1994/1415م- ط: 1 - ج: 2- ص: 254- 295.

[3] ابن منظور، لسان العرب- باب الصاد - مادة صنع.

[4] الفيومي، أبو العباس- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير- ط: 1- 1322 هـ- ج:1 - ص: 172.

[5] الموسوعة الفقهية الكويتية- مادة استصناع- ج: 3- ص: 325.

-ويقال: "اصطنع فلان بابا" إذا سأل رجل أن يصنع له بابا.

-ويقال: "اكتتب أي أمر أن يكتب له".

ومنه يتبين أن مفهوم الاستصناع في اللغة طلب عمل الصنعة من الصانع فيما يصنعه.

2- **الاستصناع اصطلاحا:** نجد أن فقهاء المذاهب تناولوه من زوايا مختلفة، بعضهم يركز على صوره وأمثلته وبعضهم الآخر يركز على ماهيته، وحقيقته، وبعضهم يضمن مفهومه عناصر تشير إلى تكييفه من حيث كونه عقد أم لا، أو بيع أم لا.

- عرفه الكاساني[1]: "الاستصناع كأن يقول إنسان لصانع من خفاف، أو صفار، أو غيرها اعمل لي خفا أو آنية من نحاس من عنده بثمن كذا، ويبين نوع ما يريد صنعه، وقدره، فيقول: الصانع نعم.[2]

- عرفه ابن عابدين:" بأنه بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل"[3].

- عرفه الزرقا: "عقد يشترى به في الحال شيئا مما يصنع صنيعا يلتزم البائع بتقديمه مصنوعا بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة، وبثمن محدد".

التعريف المختار الاستصناع هو: عقد على صنع شيء موصوف في الذمة مادته من عند الصانع على وجه خاص.

شرح التعريف: "فالقول بأنه "عقد" يخرج من الوعد، والمواعدة، وغير ذلك مما اختلف فيه من حيث تكييف الاستصناع"، والقول بأنه "على صنع شيء" يخرج عقد البيع، والقول بأنه "موصوف" ينفي عنه الغرر، والجهالة التي تفسد العقد، والقول بأنه "في الذمة" يخرج صنع الأشياء المعينة، والقول بأنه "مادته من عند الصانع" يخرج عقد الإجارة التي تكون فيها مادة المصنوع من عند المستصنع لا من عند الصانع على وجه خاص[4]".

---

[1] الكاساني هو: علاء الدين فقيه حنفي من أهل حلب، أحد كبار الحنفية، له أعظم كتاب في الفقه الحنفي، واسمه بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، سنة 587هـ، الزركلي، خير الدين- تراجم الأعلام- ج: 2- ص: 70.

[2] الكاساني، علاء الدين- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الكتب العلمية – ط: 2- 1406هـ/ 1986م – ج: 5- ص: 2.

[3] ابن عابدين، محمد الامين- رد المحتار على الدر المختار- بيروت- دار الفكر- ط: 2- 1412هـ-1992 م – ج: 5- ص: 223.

[4] الزرقا، مصطفى أحمد – عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة- ط: 1 - ص: 20.

الفرع الثاني : التكييف الفقهي لعقد الاستصناع

لقد تنوعت الآراء الفقهية لعقد الاستصناع، ومن أهمها نذكر:

أولا: الاستصناع وعد[1] وليس عقدا : وقد نسب هذا القول إلى عدد من فقهاء الأحناف فقد جاء في المبسوط للسرخسي[2] نقلا عن بعض الفقهاء أن:" الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغا منه ."

والأثر المترتب على كون الاستصناع وعد أو عقدا: أنه إذا اعتبرنا الاستصناع عقدا فالأصل أن يكون لازما، وبذلك يترتب عليه الضمان، أما إذا كان وعدا فلا يترتب عليه سوى الإثم على كل من المتواعدين عند عدم الوفاء به.

ثانيا: الاستصناع سلم: ذهب جمهور من الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الاستصناع داخل في باب السلم، ومن ثم فيجب أن يخضع لشروطه وأحكامه من تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية وغير ذلك من شروط السلم، فهؤلاء لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل .

ثالثا: الاستصناع بيع: ذهب بعض الفقهاء من الأحناف إلى أن الاستصناع بيع ملزم للطرفين وذهب بعضهم الآخر إلى أنه بيع ولكن للمشتري فيه حق الخيار.

رابعا: الاستصناع إجارة: من الفقهاء من اعتبر الاستصناع إجارة محضة، فالمعقود عليه عندهم هو العمل؛ لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل، وهو بذلك كالإجارة لأن العقد الذي قصد به العمل هو الإجارة.

خامسا: الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء: ذهب بعض الأحناف إلى أن الاستصناع إجارة ابتداء وبيع انتهاء فقد جاء في فتح القدير نقلا عن الذخيرة:" هو إجارة ابتداء وبيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته."

---

[1] الوعد هو : " ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلتزام في الحال، وقد يقع الوعد على عقد أو عمل " السنهوري، عبد الرزاق – مصادر الحق في الفقه الإسلامي– القاهرة ، معهد البحوث والدراسات العربية.

[2] السرخسي هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي أحد الفحول الأئمة الكبار، كان إماما علامة فقيها أصوليا ألزم الإمام شمس الأئمة أبا محمد عبد العزيز الحلواني حتى تخرج به وصار أنظر أهل زمانه، القرشي الحنفي، محي الدين– الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية– دائرة المعارف النظامية– ط: 1– ج: 2– ص: 28.

سادسا: الاستصناع عقد مستقل: وهذا رأي جمهور الأحناف من حيث المبدأ، وفي ذلك يقول الامام السرخسي:" اعلم أن البيوع أنواع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم، وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار بالصناعة ونحوها فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل عامل والعين هو الصبغ تبع فيه، وبيع عين شرط فيها لعمل وهو فيه مبيع عين."

فهذا النقل يوضح أن الاستصناع عقد مستقل خاص مثله مثل السلم والإجارة وإن كان لفظ المبيع بعمومه اللفظي يشمل الجميع، فالاستصناع " عقد جديد مستقل ليس وعدا، وليس بيعا وليس سلم، وليس إجارة؛ وإن كان له شبه بالسلم وبالإجارة والبيع؛ فهو يشبه السلم لأنه عقد على موصوف في الذمة، ويشبه البيع من أجل أن الصانع يقد م المواد من عنده مقابل عوض ويشبه الإجارة من حيث أن العمل جزء من المعقود عليه "[1].

[1]كاسب البدران، عبد الكريم– عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة – السعودية– جامعة الملك فيصل– كلية التربية– ط: 2– 1404هـ/ 1984 م– ص:79

المطلب الثاني: نشأة عقد لاستصناع والحكمة من مشروعيته

شرع الله سبحانه وتعالى عقد الاستصناع لما فيه من فوائد تعود بالنفع على الفرد، والمجتمع من خلال تبادل المنافع، ولذلك سنتطرق في هذا المطلب الى فرعين أساسيين هما نشأة عقد الاستصناع، والحكمة من مشروعيته.

الفرع الأول: نشأة عقد الاستصناع

يعد عقد الاستصناع من العقود المعروفة من قديم الزمان، وقد برزت الحاجة إليه في الوقت الحاضر بسبب ما يرى من ثورة، وتقدم صناعي كبير في شتى المجالات، وقد تكلم عنه الفقهاء في كتبهم فجمهور العلماء تكلموا عنه في ثنايا السلم، واشترطوا له شرط السلم، وصرحوا بعدم جوازه، وصحته إذا لم تتوفر شروط السلم، والتي من أبرزها: شرط تعجيل الثمن، فلا بد أن يعجل المستصنع الثمن للصانع، وإلا لم يصح، وأما الحنفية، فقد اعتبروا الاستصناع عقدا، ونوعا متميزا بأحكامه[1].

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية عقد الاستصناع

يقوم الإسلام على أساس حفظ النفس، والبدن، والمال، وغير ذلك، وسد حاجات الأمور ويكون ذلك بعدة صور منها القيام بالصنع الذي يعتبر الطريق الأمثل أمام الجميع منذ القدم فوضع الإسلام الأسس العامة للتعامل بالصناعات، ولهذا شرع الإسلام الاستصناع لهذا الغرض فالصانع يجعل الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة وفق شروط طالبها وهو المستصنع، أما الموجود بالسوق من حاجيات سابقة الصنع قد لا تفي بالغرض، وليس هناك سوى الا

ستصناع، أو عقد الاستصناع كحل لسد حاجيات المجتمع الإسلامي المتكامل، والمتطور[2].

[1] الخثلان: سعد تركي– فقه المعاملات المالية المعاصرة– الرياض– دار الصميعي– ط:1– 1433هـ /2012 م– ص: 134.

[2] كاسب البدران، عبد الكريم– عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي، ص :50.

المطلب الثالث: بعض خصائص عقد الاستصناع وصور إبرامه

من خلال النظر في تعريف عقد لاستصناع المتقدم يتضح لنا أن له خصائص، وصورا لإبرامه، فقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، الفرع الأول نتحدث فيه عن خصائص عقد الاستصناع أما الفرع الثاني فسنذكر فيه صور إبرامه.

الفرع الأول: خصائص عقد الاستصناع

أولا: عقد رضائي:

يقع التراضي في عقد الاستصناع على عنصرين اثنين الشيء المطلوب صنعه من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والأجر الذي يتعهد به رب العمل، وهو المتعاقد الآخر[1]، فلا يشترط في انعقاده شكل معين بل يكتفي في ذلك بالإيجاب والقبول فيجوز إبرامه بالكتابة، أو المشافهة، والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات الاستصناع لا لانعقاده، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون عقد الاستصناع عقدا شكليا إذا اشترط نص خاص لوجود الكتاب[2]، والعقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين[3].

ثانيا: عقد ملزم للجانبين:

ومفاده أن هناك التزامات تقع على عاتق المقاول، والتزامات أخرى تقع على عاتق رب العمل، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل، ثم تسليمه، ثم يقع عليه الضمان، كما يلتزم رب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه وبدفع الأجر[4]

ثالثا: عقد معاوضة:

عقد الاستصناع من عقود المعاوضة، لأن كل طرف يأخذ مقابلا لما يعطي على اعتبار أن المقاول يقدم عمله، ويتلقى عوضه، وصاحب العمل يدفع الأجر مقابل اقتضاء العمل.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق–الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– ج: 7– ص: 6 .

[2] السرحان، عدنان إبراهيم– شرح القانون المدني في العقود المسماة – عمان– دار الثقافة– ج: 1– ص:24.

[3] غازي ، خالد أ بوا عرابي– المقاولة من الباطن– الأردن– دار وائل– ط :1 – 2009 – ص: 21.

[4] الفضلي، جعفر– الوجيز في العقود المدنية – ج:1– ص: 368 .

رابعا: عقد وارد على العمل:

فالعمل يعد عنصرا جوهريا في عقد المقاولة، والمقاول فيه يقوم بالعمل باستقلال تام، ولا يخضع لأي نوع من أنواع التبعية، أو اشراف من طرف صاحب العمل[1].

خامسا: عقد محدد

العقد المحدد هو العقد الذي يمكن لكل من طرفيه أن يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها المتعاقد الآخر، وقيمة المنفعة التي يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقود الغرر[2].

الفرع الثاني: صور إبرام عقد الاستصناع

أولا: الاستصناع الأصلية

وهي عقد الاستصناع مباشرة بين المقاول، والمستفيد ففي هذه الصورة يتعهد المقاول بتنفيذ العمل المطلوب منه بحسب المواصفات، والمقاييس التي يزوده به صاحب العمل، سواء قدم المواد مع العمل، أو قام بالعمل فقط، والمهم أنه يتفق مباشرة مع المستفيد من العمل، وينفذ العمل بنفسه دون حاجة إلى التعاقد مع غيره لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد.

وهذه الصورة هي الغالبة الوقوع عند إبرام عقد المقاولة، وتنفيذه، وهي تظهر بوضوح التزامات كل من المقاول، وصاحب العمل، وبنود الاتفاق بينهما، ويرجع كل منهما للأخر بمطالبته بتنفيذ التزاماته[3].

ثانيا: الاستصناع من الباطن :

إذا اتفق المقاول مع شخص على أن يقوم له بعمل معين كأن شرط في العقد أن يقوم به بنفسه، أو كانت طبيعة العمل تقتضي ذلك فليس للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله، أو بعضه إلى شخص آخر وذلك كأن يكون محل الاستصناع عملا فنيا، وعهد إليه لمهارته، وإتقان عمله وسمعته الحسنة.

وإن لم يكن هناك شرط، أو كانت نوعية العمل لا تقتضي أن يعمل المقاول بنفسه، فالمقاول يتفق مع مقاول آخر على أن ينفذ العمل كله، أو بعضه، وتبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل

---

[1] السرحان، عدنان إبراهيم- شرح القانون المدني في العقود المسماة- ج: 1- ص: 24.

[2] الغرر: ويقصد به البيع المبني على الجهالة والمخاطرة وما يترتب عليه من ضرر يلحق بالبائع والمشتري وحكمه في الشرع البطلان، فرغلي، عبد الحفيظ- البيوع في الإسلام- القاهرة- دار الصحوة- ط: 1- 1408هـ/1987م- ص: 118.

[3] ينظر: الفضلي، جعفر- الوجيز في العقود المدنية- ص: 429-436 ، الزحيلي، وهبة- العقود المسماة في قانون المعاملات- ط: 2- 1430هـ/2009م- ص: 280.

ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل.

فالقوانين المدنية أجازت للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل، أو جزء منه مالم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول فعندئذ يتحتم على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه[1]، وهو مأخوذ من فقه الحنفية الذي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أطلق العقد فلم يرد فيه شرط مانع[2].

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه لو أطلق العقد حين الاستئجار للأجير أن يستأجر غيره كما نصت على أن الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره[3]، وتقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني، والمنشآت، والمشاريع الكبيرة حيث تعدد الأعمال، وتتشعب، وتحتاج للقيام بها إلى خبرات عديدة من فنيين، ومهنيين، وجهود كبيرة لا يستطيع المقاول القيام بها وحده، فيلجأ إلى الاتفاق مع مقاول آخر، أو أكثر للقيام بتنفيذ العمل كله، أو بعضه، كأن يعهد بالبناء لمقاول ما، وأعمال الإكساء لآخر، وأعمال تمديدات المياه والتبريد، والكهرباء، ويسمى المقاول الذي يتعاقد مع صاحب العمل بالمقاول الأصلي، أو الأول ويسمى الشخص الذي عهد إليه للقيام ببعض الأعمال، أو كلها بالمقاول الثاني، أو من الباطن

والأصل أن لا تقوم علاقة مباشرة بين صاحب العمل، والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي عقد، ولا يطالب كل منهما الآخر بتنفيذ التزاماته إلا من خلال المقاول الأصلي[4].

---

[1] ينظر: المادتان (890-891) من القانون الإماراتي، والمادتان (798-799) من القانون لأردني، والمادتان (680-683) من القانون الكويتي.

[2] ينظر: حاشية ابن عابدين- ج: 9- ص: 24- 25.

[3] ينظر: المادتان (571- 752) من مجلة الأحكام العدلية ، ينظر شرح المجلة علي حيدر- ج: 1- ص: 561-562.

[4] ينظر: الزحيلي، وهبة- العقود المسماة في قانون المعاملات- ص: 280، السنهوري، عبد الرزاق- الوسيط في القانون المدني - ج: 7- ص: 225.

ثالثا: عقد الاستصناع الموازي:

في هذه الصورة تلتزم مؤسسة مالية ببناء عمارة، أو مصنع كبير، ونحو ذلك لكنها لا تقوم بنفسها بالتنفيذ، وإنما تتفق مع جهة أخرى متخصصة بتنفيذ هذا المشروع كاملا حسب المواصفات، والشروط التي التزمتها من حيث البدل، والمدة، يكون لها هامش ربح بشرط انفصال أو استقلال عقد الاستصناع الثاني عن الأول، وهذا سائغ شرعا على أساس ما يعرف بالاستصناع الموازي[1].

[1] ينظر: الزحيلي، وهبة- العقود المسماة في القانون المعاملات- ص: 280، السنهوري، عبد الرزاق- الوسيط في شرح القانون المدني- ج: 7- ص: 225.

المبحث الثاني: أركان عقد الاستصناع وآثاره وإنهاءه

نتحدث في هذا المبحث عن أركان عقد الاستصناع وشروطه في مطلب أول، وآثاره وإنهاءه في مطلب ثان.

المطلب الأول: أركان عقد الاستصناع و شروطه

الفرع الأول: الصيغة

يجب لانعقاد الاستصناع أن يتحد الإيجاب، والقبول على كل العناصر المكونة للعقد، ويجب أن تتوفر فيمايلي:

أولا: التراضي:

أن يكون الإيجاب، والقبول يدل بوضوح على نوع العقد المقصود إبرامه في كل جزئياته في تحديد نوع العمل، والثمن، وكيفية تحصيله، وتحديد أجل التسليم، ولا تستعمل الألفاظ المجازية دفعا للغرر[1]، فيشمل التراضي العناصر التالية:

– ماهية العقد وذلك بأن تتحد إرادة العاقدين في نوع العقد المراد إبرامه.

– التراضي على العمل بأن يكون العمل معينا، وممكنا، ويكون مشروعا مثل بناء مسكن يجب أن يحدد العمل المطلوب بدقة، وأن يكون مشروعا أي برخصة البناء[2].

التراضي على الأجر، بأن يحدد الأجر، ويشترط في التحديد أن لا يختلف فيه الطرفان عند إتمام العمل الملتزم به[3].

ثانيا: أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة الجزم والقطع:

ليدل بوضوح على الرغبة الحقيقية في إبرام العقد، ويرجح أن تكون الصيغة بصيغة الماضي فهي تدل على الجزم.[4]

الفرع الثاني: المحل

ويراد به التزامات المقاول، والتزامات صاحب العمل:

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق– الوسيط في شرح القانون المدني– ج: 7– ص: 37.

[2] شنب، محمد لبيب– شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء– الإسكندرية– منشأة المعارف– ط: 2– 2004 م– ص: 73.

[3] شنب، محمد لبيب– شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء– ص: 20.

[4] قراريه، زياد شفيق حسن– عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني – رسالة ماجيستير–جامعة النجاح الوطنية– كلية الدراسات العليا– 2004 م– ص: 94.

أولا: التزامات المقاول:

وهو الشيء المعقود عليه، ويشترط فيه الشروط التالية:

-أن يكون العمل ممكنا فالالتزام بمستحيل، والمقصود بالاستحالة المطلقة التي تمنع انعقاد الاستصناع لإنجاز العمل[1]، فقد نص القانون المدني على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالفا للنظام العام، أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا[2]، فإذا كانت الاستحالة نسبية مثل عدم الإمكانيات، أو نقص الخبرة فإنه يحق لصاحب العمل أن يطالب المقاول بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية"[3].

- أن يكون العمل معينا فإذا لم يكن معينا يكون عقد الاستصناع باطلا، ويشمل التعيين، ونوع العمل وصفته[4].

- أن يكون العمل مشروعا، فإذا كان مخالفا للقانون، أو النظام العام يكون العقد باطلا، اعتمادا على نص المادة (93) من القانون المدني الجزائري السابقة[5].

ثانيا: التزامات صاحب العمل: وهو الأجر، ويشترط فيه ما يلي:

-تحديد الأجر بالاتفاق بين الطرفين، فيمكن أن يكون مبلغا من النقود، وهو الأصل، أو يكون غير ذلك من المقاولات، أو العقارات، ويتم تحديد الأجر إما إجماليا مقابل العمل الذي يقوم به المقاول، ويكون هذا جزافيا، أو على أساس الوحدة الزمنية كاليوم، أو قياسيا كالمتر كما نص عليه القانون "إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر"[6].

---

[1] السرحان، عدنان إبراهيم- شرح القانون المدني- الأردن- دار الثقافة - ص: 27.

[2] المادة (93) من القانون المدني الجزائري.

[3] بلحاج لعربي - النظرية العامة للالتزامات في القانون الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر - العدد 1 - ص: 264.

[4] الزهدي يكن- شرح قانون الموجبات والعقود - بيروت- لبنان- دار الثقافة - ج: 11- ص: 162.

[5] نص المادة (93) من القانون المدني (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو مخالفا للنظام العام، أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا).

[6] المادة (561) من القانون المدني الجزائري .

– تحديد الأجر عن طريق القانون، إذا لم يتم الاتفاق في العقد على تحديد الأجر فإن القضاء يحدد كما نص عليه في القانون "إذا لم يحدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل، ونفقات المقاول[1]، ويراعى في تقدير الأجر عن طريق القضاء العناصر التالية:

– طبيعة العمل من الأخطار، والصعوبة، والخبرة.

– الوقت المستغرق لإتمام العمل، مكان العمل، أثمان المواد المستخدمة في تنفيذ العمل مؤهلات المقاول وخبرته.

الفرع الثالث: العاقدان: وهما المقاول، وصاحب العمل، وكل منهما إما أن يكون شخصا طبيعيا، أو شخصا معنويا[2].

1–الشخص الطبيعي: يشترط في الشخص الطبيعي[3]، سواء المقاول، أو صاحب العمل ما يلي:

– أهلية الوجوب، وأهلية الأداء، أي يشترط فيه العقل، والبلوغ، والرشد فلا يصح عقد الاستصناع من الشخص المجنون، والصبي غير المميز، أما الصبي المميز فالعقد موقوف على إذن الولي أما غير الراشد وهو السفيه فعقده غير صحيح[4].

2–الشخص المعنوي : إذا كان أحد العاقدين أو كلاهما شخصا معنويا [5]، فإن الاستصناع تنعقد، لأن الشخص المعنوي كيان قائم بذاته مستقل له كافة الحقوق وعليه كافة الواجبات اذا وجدت مقومات هذا الشخص الاعتباري[6].

---

[1] المادة (562) من القانون المدني الجزائري .

[2] العايد، عبد الرحمن – عقد المقاولة – الرياض– جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية– ط: 1– 1425هـ/2004م– ص: 67.

[3] الشخص الطبيعي هو: الذي يستطيع أن يكتسب حقوق، ويتحمل التزامات، ينظر: الزرقا، مصطفى– المدخل الفقهي العام –ج: 3– ص: 240.

[4] الشهاوي ، قدري عبد الفتاح– عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – منشأة المعارف – الإسكندرية –ط: 3– 2002م– ص: 53.

[5] الشخص المعنوي هو: جهة مقدرة لها أهلية مستقلة تمنحها السلطة المختصة لمجموعة من الأشخاص، أو الأموال على شروط خاصة لتحقيق هدف مشروع، ومشترك، ويطلق عليها الشخصية الاعتبارية، ينظر: الزرقا، مصطفى – المدخل الفقهي العام – ج: 3– ص: 240.

[6] مقومات الشخص الاعتباري هي: اجتماع مجموعة من الأفراد مع، وجود هدف مشترك، ومشروع مع اعتراف النظام ينظر: الزرقا، مصطفى– المدخل الفقهي العام– ج: 3– ص: 240.

المطلب الثاني: آثار عقد الاستصناع و إنهاؤه

نتحدث في هذا المطلب عن آثار عقد الاستصناع في الفرع الأول، وإنهائه في فرع ثان.

الفرع الأول: آثار عقد الاستصناع

كل عقد ينشئ التزامات على طرفي التعاقد، وعقد الاستصناع يرتب التزامات معينة على كل من المقاول وصاحب العمل.

أولا: التزامات المقاول

يلتزم المقاول بالتزامات بمقتضى العقد تشبه في الفقه الإسلامي التزامات الصانع، والأجير المشترك والأجير الخاص، كما نصت القوانين المدنية على هذه الالتزامات[1].

1-إنجاز العمل المطلوب حسب شروط العقد:

يجب على المقاول تنفيذ العمل الذي تعهد به في عقد الاستصناع بالطريقة التي اتفق عليها في عقد المقاولة، وطبقا لشروط الصحة الواردة فيه فإذا أخل بشرط منها جاز لصاحب العمل طلب فسخ العقد في الحال إذ تعذر إصلاح العمل.

أما إذا كان إصلاح العمل ممكنا فيكون لصاحب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال مدة محددة فإذا انقضت المدة دون إجراء التصحيح جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد، أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العقد على نفقة المقاول الأول[2].

2-تسليم العمل بعد إنجازه:

مقتضى عقد الاستصناع التسليم وفق التنفيذ الصحيح الموافق لشروط العقد، ويكون التسليم بأن يضع المقاول الشيء الذي التزم بأدائه تحت سلطة صاحب العمل، وتصرفه فعلا بحيث يستطيع أن يمارس سلطته عليه كاملة.

ففي المقاولات العقارية، كإنشاء السدود، وبناء المنشآت يكون التسليم يكون بالتخلية بين العمل وصاحب العمل، وبتسليم المفاتيح إن وجد، وهذا شأن الأشياء غير المنقولة.

أما إذا كان موضوع العقد يمكن نقله فتسليمه يتم حسب الاتفاق في العقد، ويبقى الشيء المعقود عليه في ضمان المقاول، وتحت مسؤوليته إلى أن يقوم بنقله إلى المكان المقرر تسليمه لصاحبه.

---

[1] ينظر: المادتان-875- 883- من القانون الإماراتي، المادتان -783- 791- من القانون الأردني.

[2] الزحيلي، وهبة- عقد المقاولة – مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشر 2003م.

فإذا أخل المقاول بموضوع التسليم كاملا في المكان، والزمان الواجب تسليمه، فيكون لصاحب العمل طلب التنفيذ العيني، أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين بعد إعذار المقاول في الحالتين، وللقاضي تقدير حق طلب الفسخ، والتعويض[1].

3 –ضمان العمل بعد تسليمه

الضمان هو: الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو الضرر الجزائي، أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.

ويشمل الضمان أيضا الالتزام بصلاحية الشيء للانتفاع المعتاد، وخلوه من العيوب مدة معينة بعد التسليم.

فالمقاول يضمن ما تولد عن فعله من ضرر، أو خسارة سواء أكان بتعديه، أو تقصيره أم لا كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، وهو قول جمهور أهل العلم قول الصاحبين– وبقولهما يفتي عند الحنفية، والمالكية، والشافعي، وأحمد في أحد قوليه[2].

ويستثنى من ذلك إذا حصل الضرر، أو الخسارة لسبب قاهر، أو ظرف طارئ لا يد للمقاول في حدوثه ولا سبيل له لدفعه، ولا يمكن التحرز عنه عملا بالقاعدة الشرعية "كل ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه[3].

تقدير التعويض:

يقدر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلا، أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكدا فهي في حكم الواقعة.

أما وقت تقدير الضمان فهو وقت وقوع الضرر، لأن الضمان يجب بالضرر وقت ثبوت الحكم وهو وقت وجود سببه فتعد قيمة الضرر يوم وقوعه[4].

وقد نصت القوانين المدنية على أنه إذا كان عقد الاستصناع قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول بإشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في

---

[1] ابن رشد، محمد– بداية المجتهد ونهاية المقتصد– بيروت– لبنان– دار المعرفة– ط: 6– 1402هـ/ 1982م –ج: 2– ص: 226 .

[2] السرخسي– المبسوط – ج: 15 – ص: 103.

[3] وهبة الزحيلي– نظرية الضمان– بيروت– دار الفكر– ط: 9– 1433هـ/2012م– ص: 191–192.

[4] وهبة الزحيلي– نظرية الضمان– ص: 89– 90.

خلال عشر سنوات من تهدم كلي، أو جزئي فيما شيداه من مبان، أو أقاماه من إنشاءات، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول[1].

ثانيا: التزامات صاحب العمل

وهذه الالتزامات مستمدة من الفقه الاسلامي، والقوانين المدنية التي نظمت عقد المقاول.

1-تسلم العمل:

يلتزم صاحب العمل بمقتضى عقد الاستصناع يتسلم ما تم من العمل بعد إنجازه من قبل المقاول إذا وضعه المقاول تحت تصرفه.

فإذا امتنع صاحب العمل عن تسلمه رغم دعوته إلى ذلك، وإنذاره، وتلف في يد المقاول دون تقصير منه فيعد العمل بحكم المسلم إلى صاحبه، وعليه ضمانه، ولا ضمان على المقاول لأن المقاول أمين على ما في يده فلا يضمن ما تلف في بغير تعد ولا تقصير.

هذا مالم يكن امتناعه عن التسلم بسبب مشروع كأن يكون العمل معيبا، أو غير مطابق للمواصفات المشروطة في العقد[2].

2-دفع البدل:

يلتزم صاحب العمل بدفع البدل المتفق عليه عند تسلم المعقود عليه إلا إذا نص العقد، أو جرى العرف على غير ذلك لأن الأجرة تلزم باستيفاء المنفعة مالم يتفق، أو يتعارف على ذلك، وإذا طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل وفقا للتصميم الذي أعده المقاول استحق أجر ما قام به من عمل[3].

الفرع الثاني: إنهاء عقد الاستصناع

ينتهي عقد الاستصناع بالأسباب التي ينتهي بها أي عقد من العقود عموما، فهو إما أن ينتهي بتنفيذه، أو قبل التنفيذ، وذلك من خلال قيام كل من المقاول بما عليهما من التزامات اتجاه بعضهما بموجب عقد المقاولة، كما يتضمن انتهاء المدة المحددة للاستصناع مما يسبب انتهاء العقد.

أولا: الانتهاء المعتاد بتنفيذ عقد الإستصناع

إن تنفيذ عقد الاستصناع يتتبع الانتهاء المعتاد المألوف منه، ويشمل ذلك حالتين:

- قيام طرفيه بتنفيذ التزاماتهما

---

[1] ينظر: القانون الأردني- 783-791- الكويتي 666- 670.

[2] ينظر: مجلة الأحكام العدلية المادة- 255- 473.

[3] الكاساني، علاء الدين- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج: 4- ص: 204.

– انتهاء المدة المحددة للمقاول

1–انتهاء عقد الاستصناع بتنفيذ الالتزامات التعاقدية

الاستصناع تبرم بهدف معين هو إنجاز العمل الذي التزم به المقاول، وبالتالي إذا نفذ المقاول التزاماته بأن أتم إنجاز العمل المتفق عليه، وسلمه إلى رب العمل، وقام هذا الأخير من جهته بتنفيذ التزاماته بتسلم العمل بعد إنجازه، وسداد الأجر، لم يعد يوجد هناك مسوغ لبقاء عقد الاستصناع غير أن هذا التنفيذ قد لا يقضي على العقد تماما، وذلك إن كان لرب العمل الحق الرجوع على المقاول بالضمان، كما هو الحال في مقاولات البناء والمنشآت المعمارية[1].

2–انتهاء عقد الاستصناع بانتهاء المدة

ينتهي عقد الاستصناع بانقضاء المدة المحددة له، كما لو كان محله القيام بأدءات دورية لمدة محددة مثلما هو الحال في مقاولات الصيانة كأن يتعاقد مثلا ملك عمارة مع مقاول من أجل صيانة المصعد الكهربائي كل ثلاثة أشهر لمدة أربع سنوات، فيكون الزمن في هذه الحالة عنصرا جوهريا في عقد المقاولة، ومن ثم ينتهي، ويزول بانقضاء مدة الأربع سنوات المتعاقد عليها[2].

ويجوز تجديد تلك المدة سواء صراحة باتفاق الطرفين على الالتزام بالصيانة لفترة أخرى، أو ضمنيا بأن يستمر المقاول بأداء مهامه في مواعيده السابقة بعلم رب العمل، ودون اعتراض منه[3] ويلاحظ أنه في حالة التجديد الضمني لعقد المقاولة، فإن التجديد يكون بنفس شروط العقد السابق ولكن لمدة غير محدودة، ويكون لكل من طرفيه إنهاء الاستصناع في أي وقت بعد أخطار يرسل من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر[4].

ثانيا: انتهاء الاستصناع قبل التنفيذ.

قد ينتهي عقد الاستصناع قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف، ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة ولعل أهم أسباب انتهاء عقد الاستصناع قبل تنفيذه وفقا للقواعد العامة هي الإقالة، الفسخ، و استحالة التنفيذ ولم يعرض القانون المدني لهذه الأسباب مكتفيا بتطبيق القواعد العامة فيما عدا السبب الأخير منها، وهو

[1] شنب، محمد لبيب– شرح أحكام عقد في ضوء الفقه والقضاء– ص: 227.

[2] قدري، عبد الفتاح الشهاوي– نظرية الحق– ص: 259.

[3] شنب، محمد لبيب– شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء– ص: 227.

[4] شنب، محمد لبيب– شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء– ص: 238.

استحالة التنفيذ، فقد نص عليه نصا صريحا حتى يعرض بعد ذلك، من يتحمل تبعة هلاك الشيء المترتبة على استحالة التنفيذ، ولتوضيح هذه الأسباب بدقة، نتناول كل واحد منها على حدى على النحو التالي:

1-انتهاء عقد الاستصناع بالتقايل.

يعرف التقايل على أنه اتفاق بين الطرفين على إنهائه، وهو يتم بإيجاب وقبول بطريقة صريحة، أو ضمنية، ولا يكون للتقايل أثر رجعي من حيث الأصل، إلا إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون له هذا الأثر[1].

وجاء في المادة (106) من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"

2-انتهاء العقد بالفسخ: لقد نظم المشرع الجزائري نظرية فسخ العقد في المادة (119)، وما يليها من القانون المدني تحت عنوان "انحلال العقد"، وتعد هذه المواد أساسية لتنظيم النظرية العامة لفسخ العقود الملزمة للعاقدين ومنها عقد المقاولة، أما بقية المواد الواردة في القانون المدني، والتي تقضي بفسخ العقد فتعد مجرد تطبيق للمبدأ العام، ولا تخرج من نظامه أن فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية، متى أخل الطرف الآخر بالتزاماته، فالفسخ جزاء إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته ليتحرر المتعاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد[2].

وجاء في المادتين (119) (120) من القانون المدني الجزائري، فإن الفسخ قد يكون أمام القضاء – الفسخ القضائي– وقد يكون باتفاق طرفي العقد –الفسخ الاتفاقي–.

أ-**الفسخ القضائي:** ويقصد به ضرورة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحل العقد من قبل الدائن الملتزم ويشترط فيه ما يلي:[3]

– أن يكون طالب الفسخ مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه.

– أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، وهو الشرط المتحقق بخصوص عقد المقاولة.

– يجب على طالب الفسخ، أن يقوم قبل رفع الدعوى بإعذار المتعاقد الآخر المقصر مطالبا إياه بتنفيذ التزاماته.

---

[1] أ بو السعود، رمضان– النظرية العامة للالتزام – الإسكندرية– دار المطبوعات الجامعية–ط: 1– 2002 م /2003م ص: 274.

[2] سعدي، صبري ـــالنظرية العامة للالتزام– الجزائر– دار الهدى– ط: 1 – 1991م– ص:371.

[3] صبري سعدي– شرح القانون المدني الجزائري– ص: 374.

ب-الفسخ الاتفاقي: ويقصد به اتفاق الطرفين على فسخ العقد، عند حصول الإخلال بالتزام عقدي من قبل أحدهما، دون الحاجة لحكم قضائي، وقد ورد ذكره في نص المادة (120) من القانون المدني الجزائري، ويشترط في هذه الحالة[1]:

-أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على الفسخ، ويكون المقصود منه استبعاد دور القضاء بشكل قطعي.

- يجب على طالب الفسخ إعذار المتعاقد معه الذي أخل بالتزامه مطالبا إياه بتنفيذه.

ثالثا: انتهاء العقد لاستحالة تنفيذه (عذر طارئ)

إذا حدث عذر طارئ، أو قوة قاهرة حالت دون تنفيذ العقد، أو إتمام تنفيذه انقضى الالتزام وانفسخ العقد أو جاز للمقاول طلب فسخ العقد، أو إنهاؤه حسب الأحوال إذا ثبت أن الوفاء أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه.

وهذا معروف في فقه الحنفية الذين أجازوا فسخ الإجارة للأعذار الطارئة، فإذا تضرر أحد العاقدين بالفسخ جاز له مطالبة الطرف الآخر بالتعويض المتعارف عليه.[2]

رابعا: انتهاء العقد بموت المقاول:

ينتهي عقد الاستصناع بموت المقاول إذا كان متفقا في العقد على أن يعمل بنفسه، أو اعتبارا لمؤهلاته الشخصية، والمتمثلة في صفاته الشخصية، والتي لها تأثير فيما يتعلق بحسن تنفيذ العمل وفقا لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة فيدخل في المؤهلات سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة، والأعمال التي قام بتنفيذها، و التي من شأنها تكسبه تجربة عملية تدعم خبرته الفنية فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار تعاقد، على النحو السابق[3].

فإن عقد الاستصناع ينتهي من تلقاء نفسه بحكم القانون، دون الحاجة لطلب فسخه لا من ناحية رب العمل، ولا من ناحية ورثة المقاول.

---

[1] تنص المادة (120) من القانون المدني الجزائري على أنه: يجوز الاتفاق على أنه يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة.

2 شاشو، ابراهيم- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي- كلية الشريعة- جامعة دمشق- ص: 176.

3شاشو، ابراهيم- عقد المقاولة في الفقه الإسلامي- كلية الشريعة- جامعة دمشق- ص: 177.

المطلب الثالث: أحكام تتعلق بعقد المقاولة

سنتطرق في هذا المطلب إلى حكم الإضافات، و التعديلات في فرع أول، والشرط الجزائي في فرع ثان.

الفرع الأول: حكم الإضافات و التعديلات:

إن كل إضافة، أو تعديل على العمل المتفق عليه لا يلزم به المقاول مالم يوجد اتفاق جديد على البدل المستحق لهذه الإضافات، أو التعديلات، ونصت القوانين المدنية الإسلامية على أن المقاول يستحق زيادة في البدل المتفق عليه مقابل هذه الزيادات، و التعديلات في حالتين[1]:

1- حالة تعديل التصميم، أو زيادة التكاليف لسبب يرجع لرب العمل كأن يقدم معلومات خاطئة عن الأبعاد التي يريدها للبناء، أو يتأخر في الحصول على الترخيص، أو في تقديم الأرض التي تم البناء عليها فينتج عن ذلك تحميل المقاول نفقات، أو تكاليف إضافية.

2- إذا حدث في التصميم تعديل، أو إضافة بإذن صاحب العمل، أو رغبته، وعليه فإن حكم الإضافات والتعديلات هو إلزام صاحب العمل بها، ولا يتحمل المقاول عبئ الإضافة.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي في عقد المقاولة

الشرط الجزائي هو: اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه تحت مضمون الحديث الشريف "**المسلمون على شروطهم**[2].

ما رواه البخاري في صحيحه باب ما يجوز من الاشتراط من حديث ابن سيرين أن القاضي شريح قال: "**من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه**"[3]

وقد اقره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة في الرياض 1421/6/25هجرية -28 /9 /2000 م فجاء فيه "يجوز أن يكون الشرط الجزائي في العقود المالية ماعدا العقود التي يكون فيها الالتزام الأصلي فيها دينا فإن هذا من الربا الصريح" وبناء على هذا فيجوز هذا الشرط مثلا في عقود الاستصناع بالنسبة إلى المقاول، وفي عقد التوريد بالنسبة للمورد، وفي عقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

---

[1] القانون المدني الكويتي المادة (690) الأردني (795) – الإماراتي (887).

[2] أخرجه الترمذي – كتاب الأحكام – باب ما ذكر عن النبي في الصلح – رقم -1352.

[3] رواه البخاري في صحيحه – باب ما يجوز من الاشتراط – برقم: 2734.

– الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة – حقيقية، وما فاته من مكسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي، أو المعنوي.

– لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من أشرط عليه أن إخلاله بالعقد كان لسبب خارج عن إرادته أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد[1].

[1] الحموي، أسامة– الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله– سوريا– دمشق– مطبعة الزرعي – ط:1 –1418– ص: 46 .

وفي الأخير نستخلص أن عقد الاستصناع من أهم المعاملات المالية المعاصرة لما فيه من تبادل المنفعة بين المقاول، وصاحب العمل، وقد شرعه الله تعالى من أجل خدمة مصلحة الفرد والمجتمع لأن أقضية الناس لا متناهية في ظل ما يعرفه العالم من تطورات اقتصادية لذلك شدد الفقهاء العناية به، وحث عليه النبي صلى الله عليه وسلم.

المبحث الأول: حكم عقد الاستصناع عند المذاهب الأربعة

يمثل عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي مكانة بارزة، ويشغل جانبا من اهتمام الفقهاء، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين في الأول نذكر رأي فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع ودليل مشروعيته، وفي المطلب الثاني رأي فقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة في عقد الاستصناع.

المطلب الأول: رأي فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع ودليل مشروعيته

الفرع الأول: رأي جمهور فقهاء الحنفية.

يرى جمهور فقهاء الحنفية مشروعية عقد الاستصناع[1]، وحكمه عندهم الجواز، وسنذكر بعض النصوص من كتب فقهاء المذاهب:

1-الإمام محمد[2]:

جاء عن الإمام محمد بن الحسن في الجامع الصغير قوله: "لو استصنع رجل شيئا بغير أجل جاز استحسانا"[3].

2-الكاساني[4]:

جاء في بدائع الصنائع "أما جوازه فالقياس: أن لا يجوز، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحسانا لإجماع الناس على ذلك"[5].

---

[1] الكاساني، علاء الدين- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- تح- علي محمد عوض- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 2- 1434هـ/2002م- ج: 6- ص: 84.

[2] الإمام محمد هو: محمد بن الحسن بن القاسم، ولد سنة 1010هـ، فقيه أصولي، صنف عدة كتب منها ذوب الذهب، توفي 1079هـ، الزركلي، خير الدين- كتاب تراجم الأعلام- ج: 6- ص: 89.

[3] الكاساني- بدائع الصنائع- ص: 84.

[4] الكاساني هو: علاء الدين فقيه حنفي من أهل حلب، أحد كبار الحنفية، له أعظم كتاب في الفقه الحنفي، واسمه بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، سنة 587هـ، الزركلي، خير الدين- تراجم الأعلام- ج: 2- ص: 70.

[5] الكاساني- بدائع الصنائع- ص: 85.

3-الكمال بن الهمام[1]:

قال ابن الهمام: عن الاستصناع بأنه جائز استحسانا[2].

4-السمر قندي[3]:

أما السمرقندي في تحفة الفقهاء فقد ذكر كلاما عن الاستصناع فقال: "والقياس أنه لا يجوز، وفي الاستحسان جائز"[4]

الفرع الثاني: أدلة الحنفية المجيزين لعقد الاستصناع

1-الاستحسان: والاستحسان عند الحنفية كما عرفه أبو الحسن الكرخي هو: "قطع المسألة عن نظائرها، أي أن المجتهد يعدل عن الحكم في مسألة بما حكم به في نظائرها إلى الحكم بخلافه لوجه أقوى من الأول يقتضي العدول عنه"[5].

ووجه استدلال الحنفية بالاستحسان على مشروعية الاستصناع أن الأصل المقرر شرعا هو النهي عن بيع المعدوم، والتعاقد عليه على غير وجه السلم، والاستصناع الذي يراه جمهور الحنفية بيعا يعد من بيع المعدوم على غير وجه السلم، فالقياس هو عدم جوازه، إلا أنهم لم يعملوا بهذا القياس وأجازوا الاستصناع لدليل قوي بحسب رأيهم اقتضى ذلك.

---

[1] ابن الهمام هو: محمد بن عبد الواحد بن مسعود السيواسي كمال الدين، مؤلف كتاب فتح القدير، ولد 790هـ، وتوفي 821هـ الزركلي، خير الدين- تراجم الأعلام- ج: 8- ص: 373.

[2] ابن الهمام الحنفي، كمال الدين- شرح فتح القدير تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي- مصر- المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق- ط: 1- 1316هـ- ج: 5- ص: 355.

[3] السمرقندي هو: محمد بن أحمد، أبو بكر علاء الدين فقيه من كبار الحنفية صاحب كتاب تحفة الفقهاء، توفي سنة 557هـ، الزركلي، خير الدين- تراجم الأعلام- ج:5- ص: 318.

[4] السمرقندي، علاء الدين- تحفة الفقهاء- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 1- 1414هـ/1993م- ج: 2- ص: 8.

[5] السبكي، علي ابن عبد الكافي- الإبهاج في شرح المنهاج، على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- بيروت - لبنان- دار الكتب العلمية- 1416هـ/ 1995م- ج: 3- ص: 189.

وهذا الدليل هو الإجماع العملي على قبول الاستصناع استنادا لقول النبي صلى الله عليه وسلم "**ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح**"[1]، حيث تعامل الناس وتعارفوا على عدم تحريمه، واستمرار هذا التعامل من ذلك الوقت وعلم العلماء به دون نكير منهم على هذا التعامل يعتبر بحق دليل قويا على جواز هذا التصرف، وإباحة هذا النوع من التعامل"[2].

وعلى هذا فإن الاستحسان على هذه التفاسير ليس دليلا خارجا عما ذكر من الأدلة قال به من العلماء هم الحنفية، والحنابلة، وممن أنكره الشافعي قال: "من استحسن فقد شرع"[3] يعني من أثبت حكما لأنه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشارع فهو الشارع لذلك الحكم لأنه لم يأخذه من الشارع فهو كفر وكبيرة.

قال العضد[4]: "والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه لأن من أخذ به ذكر في تفسيره أمورا لا تصلح محلا للخلاف لأن بعضها مقبولا اتفاقا، وهو التعريف السابق للاستحسان، وبعضه متردد بين ما هو مقبول اتفاقا وما هو مردود اتفاقا."[5]

قال القسطلاني[6]: "عند تعرضه لحديث الخياط" إن فيه جواز الإجارة على الخياطة ردا على من أبطلها بعلة أنها ليست بأعيان مرئية، ولا صفات معلومة، ومن صنعة الخياطة معنى ليس في سائر ما ذكره البخاري من لقين، وصانع، والنجار لأن هؤلاء الصناع إنما تكون منهم الصنعة المحضة بما يستصنعه

---

[1] عن عبد الله ابن مسعود– رضي الله عنه قال:" أن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد عليه الصلاة والسلام خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد صلى الله عليه فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، وجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، ما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح"، الزيلعي: جمال الدين– نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية– كتاب الإجار– باب الإجارة الفاسدة– برقم: 6804.

[2] ابن الهمام، كمال الدين– شرح فتح القدير– ص: 355.

[3] الزركشي، بدر الدين– البحر المحيط في أصول الفقه– تح: عبد الستار أبو غدة– القاهرة– دار الصفوة– ط: 2– 1413هـ/1992م– ج: 6– ص: 93.

[4] العضد هو: عضد الدين الإيجي قاض، ومتكلم، وفقيه لغوي، من كبار علماء السنة، ولد في بلدة إيج سنة 682هـ/ 1281م، من مؤلفاته شرح مختصر المنتهى الأصولي، توفي سنة 756هـ، الزركلي، خير الدين– تراجم الأعلام– ج: 6– ص: 301.

[5] عضد الدين، عبد الرحمن الإيجي – شرح مختصر المنتهى الأصولي – تح: محمد حسن إسماعيل– لبنان– بيروت– دار الكتب العلمية– ط: 1– 1424هـ/2004م– ج: 3– ص: 575.

[6]القسطلاني هو: شهاب الدين أحمد بن محمد ابن أبي بكر ابن عبد الملك، ولد سنة 614هـ، من مؤلفاته إرشاد الساري، توفي سنة 686هـ، الزركلي، خير الدين– تراجم الأعلام– ج: 5– ص: 324.

صاحب الحديد، والخشب، والفضة، والذهب، وهي أمور من صنعه يوقف على حدها، ولا يخلط بها غيرها، والخياط إنما يخيط الثوب في الأغلب بخيوط من عنده فيجتمع إلى الصنعة الآلة، وإحداهما معناها النجارة، والأخرى الإجارة، وحصة إحداهما لا تتميز عن الأخرى، وكذلك هذا في الخراز والصباغ إذا كان بخيوطه، ويصبغ هذا بصبغته على العادة المعتادة فيما بين الصناع، وجميع ذلك فاسد في القياس إلا أن النبي عليه الصلاة والسلام وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة، فلم يغيرها إذ لو طلبوا لشق عليهم فصار بمعزل موضع القياس، والعمل به ماض صحح لما فيه من الإرفاق"[1].

2 – ووجه آخر للاستحسان وهو الحاجة الماسة إلى هذا العقد، فالإنسان قد يحتاج إلى أي مصنوع من جنس مخصوص، ونوع مخصوص على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده على المطلوب فيحتاج الإنسان إلى أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس في ضيق، وحرج[2] ورفع الحرج هو قاعدة شرعية دلت عليها آيات قرآنية، وأحاديث نبوية منها قوله تعالى: "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴿٧٨﴾ **الحج الآية (78).**

قَالَ تَعَالَى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴿١٨٥﴾ " **(البقرة الآية 185)**، " قَالَ تَعَالَى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴿٢٨٦﴾ **(البقرة الآية 286) وقوله تعالى:** "قَالَ تَعَالَى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ... ﴿٢٨﴾" **النساء الآية (28)**

ومن الأحاديث قوله صلى الله عليه وسلم: **(إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه)**[3]، والأدلة التي تؤيد هذه القاعدة أكثر من أن تحصر لذا يقول الإمام الشافعي: "إن الأدلة على رفع الحرج عن هذه الأمة بلغت مبلغ القطع"[4].

---

[1] القسطلاني، أحمد بن محمد– إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري– تح: محمد عبد العزيز الخالدي– لبنان– بيروت– دار الكتب العلمية– ط: 1– 1971م– ج: 5– ص: 55.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع– ج:5– ص: 3.

[3] أخرجه البخاري– كتاب الإيمان– باب الدين يسر– برقم: 39.

[4] الشاطبي، أبو إسحاق– الموافقات في أصول الشريعة– تح: عبد الله دراز– بيروت– دار المعرفة– ج: 1– ص:340.

ووجه الاستدلال بهذه القاعدة الشرعية على مشروعية الاستصناع أن الانسان كثيرا ما يحتاج الى صنع لباس، أو حذاء، أو سفينة، أو طائرة، أو بناية، أو برامج للحساب الآلي، و نحو ذلك من جنس معين، أو نوع معين، وعلى مواصفات معينة، وقل أن يجده مصنوعا، فيحتاج إلى أن يستصنع، ولا يستطيع أن يؤجل ثمنه كله في مجلس العقد، فلو لم يجز ذلك إلا بتأجيل رأس المال كله في مجلس العقد كما هو مشترط في السلم، لوقع في الحرج.

3 – وقال الكاساني أيضا: "لأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم، والإجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصانع يشترط فيه العمل"[1].

وفي الاعتبار **روي** عن نافع عن عبد الله أن النبي عليه الصلاة والسلام "**اصطنع خاتما من ذهب وكان يجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر، فحمد الله وأثنى عليه فقال: إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه فنبذه، فنبذ الناس**"[2].

ويقول الكاساني: ويجوز استحسانا لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير **وقد قال رسول الله: "لا تجتمع أمتي على ضلالة"[3]، وقال أيضا:**

"**ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح**"، ولأن الحاجة تدعو إليه فقد يحتاج الإنسان إلى أن يستصنع مثل هذه المصنوعات، وغيرها فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج[4].

الفرع الثالث: دليل مشروعية عقد الاستصناع عند الحنفية القائلين باستقلاليته

يرى بعض من أجاز هذا النوع من المعاملات أن جوازه يستند إلى:

أولا: من القرآن الكريم:

1– ورد في قصة ذي القرنين مع يأجوج ومأجوج **قَالَ تَعَالَى:** ﴿ قَالُوا۟ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّى فِيهِ

[1] الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع– ج: 6– ص: 86.

[2] أخرجه البخاري– كتاب اللباس– باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه– رقم: 5876.

[3] أجرجه ابن ماجه– كتاب الفتن– باب السواد الأعظم– برقم: 3950.

[4] الكاساني، بدائع الصنائع– ج:6– ص: 86.

رَبِّي خَيۡرٞ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجۡعَلۡ بَيۡنَكُمۡ وَبَيۡنَهُمۡ رَدۡمًا ٩٥ ءَاتُونِي زُبَرَ ٱلۡحَدِيدِۖ حَتَّىٰٓ إِذَا سَاوَىٰ بَيۡنَ ٱلصَّدَفَيۡنِ قَالَ ٱنفُخُواْۖ حَتَّىٰٓ إِذَا جَعَلَهُۥ نَارٗا قَالَ ءَاتُونِيٓ أُفۡرِغۡ عَلَيۡهِ قِطۡرٗا ٩٦ فَمَا ٱسۡطَٰعُوٓاْ أَن يَظۡهَرُوهُ وَمَا ٱسۡتَطَٰعُواْ لَهُۥ نَقۡبٗا ٩٧ قَالَ هَٰذَا رَحۡمَةٞ مِّن رَّبِّيۖ فَإِذَا جَآءَ وَعۡدُ رَبِّي جَعَلَهُۥ دَكَّآءَۖ وَكَانَ وَعۡدُ رَبِّي حَقّٗا ٩٨ ﴾ **الكهف: 94-98**

فجاء في تفسير هذه الآيات **عن ابن عباس رضي الله عنهما، في قوله:" فهل نجعل لك خرجا "** قال أجر عظيم يعني أنهم أرادو أن يجمعوا له من بينهم مالا يعطونه إياه حتى يجعل بينه وبينهم سدا[1] فنجد القرآن أورد هذه القصة دون إنكار، فورودها دليل على مشروعيتها، تتوافق مع تعريف الاستصناع الذي نحن بصدده.[2]

2 -كما نجد كثيرا من الآيات التي تناولت قصص الأنبياء ذكرت ما يمتازون به من صنائع فورد في قصة داوود عليه السلام" **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿وَعَلَّمۡنَٰهُ صَنۡعَةَ لَبُوسٖ لَّكُمۡ لِتُحۡصِنَكُم مِّنۢ بَأۡسِكُمۡۖ فَهَلۡ أَنتُمۡ شَٰكِرُونَ ٨٠﴾ الأنبياء: ٨٠

هذه الآية أصل في اتخاذ الصنائع، والأسباب، وهو قول أهل العقول، والألباب لا قول القائلين بأن ذلك إنما شرع للضعفاء فالسبب سنة الله في خلقهن، فمن طعن في ذلك فقد طعن في الكتاب والسنة، وقد أخبر الله تعالى عن نبيه داوود عليه السلام أنه كان يصنع الدروع، وكان أيضا يصنع الخوص، وكان يأكل من عمل يده، وكان آدم حراثا، ونوح نجارا، ولقمان خياطا، وطالوت دباغا، وقيل سقاء، فالصنعة يكف بها الإنسان نفسه عن الناس، ويدفع بها عن نفسه الضرر، والبأس[3].

[1] ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل- تفسير القرآن العظيم- تح: سامي بن محمد السلامة- الرياض- دار طيبة- ط: 2- 1420هـ/1999م- ج: 5- ص: 196.

[2] الاسطمنبولي، محي الدين – عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، ص 37.

[3] القرطبي، أبو عبد الله محمد- الجامع لأحكام القرآن- تح: عبد الله ابن عبد المحسن التركي- لبنان- بيروت- ط: 1- 1427هـ/2006م- ج: 11- ص:321.

3-وورد أيضا في قصة سيدنا موسى عليه السلام مع الخضر **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿فَٱنطَلَقَا حَتَّىٰٓ إِذَآ أَتَيَآ أَهۡلَ قَرۡيَةٍ ٱسۡتَطۡعَمَآ أَهۡلَهَا فَأَبَوۡاْ أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارٗا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥۖ قَالَ لَوۡ شِئۡتَ لَتَّخَذۡتَ عَلَيۡهِ أَجۡرٗا ٧٧﴾ **الكهف (77)**

فهذه القصة صدرت عن سيدنا موسى عليه السلام على جهة العرض، لا لاعتراض، والعرض من النبي صلى الله عليه وسلم لا يكون إلا مباحا[1].

4-كما نجد في القرآن الكريم أمره تعالى عباده المؤمنين بالوفاء بالعهد **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ "**المائدة (01)**، **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤﴾ "**الإسراء(34)**، **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا وَقَدۡ جَعَلۡتُمُ ٱللَّهَ عَلَيۡكُمۡ كَفِيلًاۚ إِنَّ ٱللَّهَ يَعۡلَمُ مَا تَفۡعَلُونَ ٩١﴾ **النحل (91)**.

قال الزجاج[2]: (والعهد كل ما عوهد الله عليه، وكلما بين العباد من المواثيق فهي عهود)

وأوفوا بعهد الله لفظ عام لجميع ما يعقد باللسان، ويلتزمه الإنسان من بيع، أو صله، أو مواثقة في أمر موافق للدين[3].

ثانيا: السنة النبوية

لقد جاءت السنة مؤكدة على مشروعية عقد الاستصناع بما أكد عليه القرآن الكريم من سنة قولية وسنة فعلية بما يلي:

---

[1] القرطبي، أبو عبد الله- الجامع لأحكام القرآن- ص: 33.

[2] الزجاج هو: الإمام أبو إسحاق إبراهيم ابن محمد السري الزجاج البغدادي، مصنف <<كتاب معاني القرآن>> توفي سنة 311هـ، أهم مؤلفاته كتاب الإنسان، وأعضاءه، الذهبي، شمس الدين- سير الأعلام النبلاء- تح: أكرم البوشي- بيروت- مؤسسة الرسالة- ط: 1- 1403هـ/1913م- ج: 4- ص: 209.

[3] الزجاج، أبو إسحاق-معاني القرآن وإعرابه- تح: عبد الجليل عبده شلبي- بيروت- ط: 1- 1408هـ/1988م- ج: 3- ص: 238.

1-عن أنس[1] رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم **(أراد أن يكتب إلى العجم فقيل له إن العجم لا يقبلون إلا كتابا عليه خاتم فاصطنع خاتما من فضة قال كأني أنظر إلى بياض في يده)**[2].

2- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن امرأة[3] من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم **(يا رسول الله على أجعل لك شيئا تقعد عليه فإن لي غلاما[4] نجار قال: إن شئت قال فعملت له المنبر فلما كان يوم الجمعة قعد النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر الذي صنع فصاحت النخلة التي كان يخطب عندها حتى كادت أن تنشق فنزل النبي صلى عليه وسلم حتى أخذها فضمها إليه فجعلت تئن أنين الصبي الذي يسكت حتى استقرت قال بكت على ما كانت تسمع من الذكر**[5].

ونجد في رواية أخرى تدل على صناعة المنبر فإنه أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر **فقال (بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة امرأة قد سماها سهل أن امري غلامك النجار يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته بعملها من ظرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت)**[6].

-عن أبي ذر رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله **(أي الأعمال أفضل قال الإيمان بالله والجهاد في سبيله قال قلت أي الرقاب أفضل قال أنفسها عند أهلها وأكثرها ثمنا قال قلت فإن لم أفعل قال تعين**

---

[1] أنس بن مالك بن النضر النجار الخزرجي الأنصاري، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عنه، وعن أبي بكر، وعمر وعثمان، ومعاذ، وأسيد ابن الحضير، وأبي طلحة، وروى عنه الحسن، وابن سيرين الشعبي يكنى أبو حمزة، سمي باسم عمه أنس بن النضر، توفي سنة 91هـ، أبو عمر يوسف الاستيعاب في أسماء الأصحاب- بيروت- دار الجيل- ط: 1- 1412هـ- ج: 1- ص: 220.

[2] رواه مسلم- كتاب اللباس والزينة- باب في اتخاذ النبي خاتما لما أراد أن يكتب إلى العجم- برقم: 2092.

[3] المرأة أنصارية، نقل ابن التين عن مالك أن النجار كان مولى لسعد بن عبادة، فيحتمل أن يكون في الأصل مولى امرأته، ونسب إليه مجازا، واسم امرأته فكيهة بنت عبيد بن دليم، وهي بنت عمه، أسلمت، وبايعت ويحتمل أن تكون هي المراد، العسقلاني، ابن حجر- فتح الباري بشرح صحيح البخاري- تح: عبد العزيز عبد الله بزباز- الرياض- المكتبة السلفية- ج: 1- ص: 187.

[4] قيل صباح غلام العباس بن عبد المطلب ينظر: أبو القاسم، عبد الله الملك ابن شكوال- الغوامض والمبهمات- تح: محمود مغراوي- جدة- دار الأندلس الخضراء- ط: 1- 1415هـ/ 1994م- ص: 373.

[5] أخرجه البخاري- كتاب البيوع- باب النجار- برقم 2095.

[6] أخرجه البخاري- كتاب البيوع- باب النجار- برقم: 2094.

صانعا أو تصنع لأخرق[1] قال قلت يا رسول الله أرأيت إن ضعفت عن بعض العمل قال تكف شرك عن الناس فإنها صدقة منك على نفسك)[2].

4-عن المقدام رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "**ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده وإن نبي الله داوود عليه السلام كان يأكل من عمل يده**"[3].

وورد في شرح هذا الحديث، في الفتح عطف العمل باليد على الكسب من عطف الخاص على العام لأن الكسب أعم من أن يكون عملا باليد، أو بغيرها، وقد اختلف العلماء في أفضل المكاسب قال الماوردي[4] وأصول المكاسب(الزراعة والتجارة والصنعة)[5].

ثالثا: من الإجماع

إن المسلمين قد تعاملوا بالاستصناع منذ بعثة النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليوم من دون أن ينكر عليهم أحد من أولى العلم[6]، معتمدين في ذلك **على قول الله تعالى**قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ هُوَ ٱجۡتَبَىٰكُمۡ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ ﴾ **الحج (78) وكذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام فعن عبد الله بن مسعود قال (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيئا).**

---

[1] الأخرق: هو الذي ليس بصانع، يقال: رجل أخرق، وامرأة خرقاء، لمن لا صنعة له، فإن كان صانعا حاذقا، قيل: رجل صنع بمفتح نون، وامرأة صناع بفتح الصاد، النووي، أبو زكريا- مؤسسة قرطبة- ط: 2- 1414هـ/1994م- ج: 2- ص: 99.

[2]أخرجه مسلم- كتاب الإيمان- باب كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال- برقم: 83.

[3] أخرجه البخاري- كتاب البيوع- باب كسب الرجل وعمله بيده- برقم: 2072.

[4]الإمام العلامة، أقضى القضاة، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الماوردي الشافعي، صاحب التصانيف مات في ربيع الأول سنة خمسين وأربع مئة ببغداد، الذهبي شمس الدين- سير أعلام النبلاء- تح: شعيب الأرنؤوط- بيروت- مؤسسة الرسالة- ط: 1- 1405هـ/1984م- ج: 18- ص: 64.

[5]العسقلاني، عبد الله- فتح الباري بشرح صحيح البخاري- لبنان- بيروت- المكتبة السلفية- ط: 1- ج: 4- ص: 304.

[6] اسطنبولي، محي الدين- عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- جامعة الجزائر- 1436هـ2015/1437م2016م- ص: 35.

وقد رأى الصحابة جميعا أن يستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه[1].

فورد في أحكام القرآن للجصاص[2] رحمه الله تعالى في كتابه أحكام القرآن "وكذلك قالوا في الإستصناع أنهم أجازوه لعمل الناس، ومرادهم فيه إقرار السلف الكافة على ذلك، وتركهم النكير عليهم في استعماله فصار ذلك أصلا في جوازه"[3].

كما ورد في الجامع الصغير لمحمد بن حسن الشيباني "الاستصناع جائز بإجماع المسلمين"[4].

وورد في أصول السرخسي، وأما ترك القياس بدليل الإجماع فنحو الاستصناع بما فيه للناس من تعامل فإن القياس يأبى جوازه تركنا القياس للإجماع على التعامل به في ما بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا"[5].

وورد في شرح فتح القدير: "ولكن جاوزناه استحسانا لتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا بلا نكير، وتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة"[6].

رابعا: من المعقول .

استدل الحنفية بأن الاستصناع جائز استحسانا لحاجة الناس إليه تلك الحاجة الماسة مع شرط أن يكون ما استصنع متعامل به بين الناس، وقيل أيضا بأن الاستصناع إنما يجوز استحسانا لمايلي[7]:

1-للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

2-استصناع الرسول للخاتم .

---

[1] النيسابوري، أبو عبد الله محمد- المستدرك على الصحيحين- كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم- تح: مصطفى عبد القادر عطا- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 2- 1422ه/2002م- ج: 3- ص: 83- 84.

[2] الجصاص هو: أبو بكر أحمد بن علي الرازي، ولد سنة 305ه، صاحب كتاب أحكام القرآن توفي سنة 370ه، الزركلي، خير الدين- ج: 1- ص: 171.

[3] الجصاص، أبو بكر الرازي- أحكام القرآن الكريم- تح: محمد الصادق قمحاوي- لبنان- بيروت- دار إحياء التراث العربي- ط: 1- 1412ه/1992م- ج: 1- ص: 154.

[4] الشيباني، محمد بن الحسن- الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير- إدارة القرآن والعلوم الإسلامية- ج: 1- ص: 325.

[5] السرخسي، أبو بكر- أصول السرخسي- تح: أبو الوفاء الأفغاني- لجنة إحياء المعارف النعمانية- ط: 1- 1414ه/1993م- ج: 2- ص: 203.

[6] ابن الهمام الحنفي، كمال الدين- شرح فتح القدير- ج: 7- ص: 107.

[7] ابن الهمام الحنفي، كمال الدين- شرح فتح القدير- ج: 5- ص: 355.

3-أن جواز هذا العقد داخل ضمن الكثير من المعاملات التي يغتفر فيها جهالة أحد العوضين إذا كانت يسيرة لا تؤدي إلى النزاع في المعاملات، فمن ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى الحجام أجره عندما احتجم عنده مع أن مقدار الحجامة غير معروف عند التعاقد، ولا كمية الدم المستخرج[1].

وجاء في بدائع الصنائع: "لأن الحاجة تدعو إليه لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج إلى أن يستصنع فلولم يجز لوقع الناس في حرج"[2].

ويقول الإمام ابن قيم الجوزية[3] رحمه الله: "وتكليف الاستصناع لكل من احتاج إليه إما متعذر، أو متعسر والحيل باطلة في الشرع، وقد أجاز الشارع بيع الرطب بالتمر لشهوة الرطب، وأين هذا من الحاجة إلى بيع المصوغ الذي تدعو الحاجة إلى بيعهن وشرائه، فلم يبق إلا جواز بيعه كما تباع السلع، فلولم يجز بيعه بالدراهم فسدت مصالح الناس، والنصوص الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس فيها ما هو صريح في المنع، وغايتها أن تكون عامة، أو مطلقة[4].

---

[1] روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال:" احتجم النبي وأعطى الحجام أجره". رواه البخاري- كتاب الإجارة- باب الخراج الحجام- برقم: 2278.

[2] الكاساني، علاء الدين- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج: 5- ص: 3.

[3] محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي، الدمشقي الفقيه الأصولي المفسر النحوي شمس الدين، أبو عبد الله ابن قيم الجوزية كان عارفا بالتفسير، وأصول الدين ، توفي سنة إحدى وخمسين وسبعمائة، برهان الدين إبراهيم المقتصد الأرشد في ذكر أصحاب لإمام أحمد- تح: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين- الرياض- مكتبة الرشد- ط: 1- 1410هـ/1990م- ج: 2- ص: 384- 385.

[4]ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد- إعلام الموقعين عن رب العالمين- تح: أبو عبيدة ابن حسن آل سلمان- السعودية- دار ابن الجوزي- ط: 1- 1463هـ- ج: 2- ص: 390.

المطلب الثاني: رأي المذاهب الأخرى في عقد الاستصناع

وهو: الذي يقول به المالكية، والشافعية، والحنابلة، وزفر[1] من الحنفية، فهو عدم الاعتراف بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كما جاء في المذهب الحنفي، بل يعتبرونه نوعا من عقد السلم بالصفة، أو البيع.

الفرع الأول: عند المالكية

فالمذهب المالكي "اعتبره سلما بالصناعات، وقد أوضح ابن رشد[2] في كتابه (المقدمات) أن السلم في الصناعات ينقسم إلى أربعة أقسام:

1- ألا يشترط عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه، فهذا سلم على حكم السلم، لا يجوز إلا بوصف العمل، وضرب العجل، وتقديم رأس المال.

2- أن يشترط عمله، ويعين من يعمل منه، فهذا ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع، والأجرة في الشيء.

3-ألا يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه، فهو أيضا من باب البيع، والأجرة في البيع.

4- أن يشترط عمله، ولا يعين ما يعمل منه، فهذا لا يجوز لأنه يحتوي على أصلين متناقضين: لزوم النقد لكون ما يعم

ل منه مصنوعا، وامتناعه، لاشتراط عمل مستعمل بعينه[3].

وجاء في الشرح الصغير للدردير[4]: ما يدل على استصناع السيف، أو السرج، أو الثوب، أو نحو ذلك من حداد، أو حائك، أو نجار على صنعة معلومة، وبثمن معلوم جائز، وسلم يشترط فيه شروطه

---

[1] زفر هو: العلامة أبو الهذيل بن الهذيل بن قيس بن سلمن، ولد سنة 110هـ، من علماء الحنفية، توفي سنة 158هـ، الذهبي، شمس الدين- سير أعلام النبلاء- ج:8- ص: 38.

[2]ابن رشد هو: محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي، من أهل قرطبة، ولد سنة 520هـ/1126م، ألف خمسين كتابا منها فلسفة ابن رشد، توفي 595هـ/1198م، الزركلي، خير الدين- تراجم الأعلام- ج: 7- ص: 318.

[3] الأصبحي، مالك بن أنس- المدونة الكبرى ويليها مقدمات ابن رشد- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 1- 1415هـ/1994م- ج: 3- ص: 69.

[4]الدردير هو: أحمد بن محمد العدوي أبو البركات، ولد سنة 1128هـ، من فقهاء المالكية، من مؤلفاته شرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، توفي سنة 1201هـ، الزركلي خير الدين- ج: 1- ص: 244.

المعروفة لهذا نجدهم يشترطون أن لا يعين العامل (الصانع)، ولا المعمول منه (المستصنع فيه) في الاستصناع[1].

جاء في المدونة "فإن اشترط أن يعمله هو بنفسه، أو اشترط عمل رجل بعينه قال: لا يمكن هذا سلفا لأن هذ الرجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل، وشرط عليه عمل نفسه، وقدم نقده فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا؟ فهذا من الغرر، وهو أن سلم عمله له، وإن لم يسلم، ومات قبل الأجل بطل سلف هذا فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلا، وفي تعيين المستصنع فيه جاء في المدونة أيضا: بأنه أسلفه كما وصفه في المسألة الأولى" في تعيين العامل على أن يعمل له ما اشترط عليه من حديد قد أراه إياه، أو خشب، أو نحاس قد أراه إياه، قال مالك رحمه الله لا يجوز ذلك لأنه لا يدري أيسلم ذلك الحديد، أو الخشب إلى ذلك الأجل أم لا، ولا يكون السلف بشيء بعينه فلذلك لا يجوز في قول مالك"[2].

ثانيا: عند الشافعية

أما الشافعية فقد جوزا السلم في كل مالا يجوز بيعه، وتضبط صفاته، فعندما يراد صنع مائدة من الخشب، أو الحديد، أو الألمنيوم، أو من أي شيء آخر من المواد الخام التي أنعم الله علينا بيها لاستطعنا أن نعرف كيف نصل إلى ما نريد سواء كان عن طريق الإجارة، والمادة من عند المستصنع، أو عن طريق السلم عند الشافعية[3].

أما في صبغ الغزل، ونسجه فيقول: "صاحب المهذب ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج؛ لأنه بمنزلة صبغ الأصل[4].

وفي الثياب قال الشيرازي: واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز؛ لأنهما جنسان مقصودان، لا يتميز أحدهم عن الآخر، فأشبه الغالية، ومنهم من قال: يجوز؛ لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما[5].

---

[1] الدردير، أبو البركات أحمد- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك- تح: مصطفى كمال وصفي- القاهرة- دار المعارف- ج: 3- ص: 287.

[2] الأصبحي، مالك بن أنس- المدونة الكبرى ويليها مقدمات ابن رشد- ج: 3- ص: 69.

[3] الشيرازي، أبو إسحاق- المهذب في فقه الإمام الشافعي- تح- محمد الزحيلي- دمشق- دار القلم- ط:1- 1417هـ- 1996م- ج: 3- ص: 170.

[4] الشيرازي، أبو إسحاق المهذب في فقه الإمام الشافعي- ج: 3- ص: 167

[5] ينظر: الشيرازي، أبو إسحاق- المهذب في فقه الإمام الشافعي- ج: 3- ص: 33- 66.

يجوز السلم في الكاغد عددا، ويبين نوعه، وطوله، والكاغد فهو من مصنوعات الورق غالبا.[1]

الصناعة بالقالب:

إن أكثر الصناعات الحديثة يتم عن طريق التفنن بالشيء، وضبط صفات المطلوب صنعه حسب المواصفات، ثم يتم صنعه عن طريق القالب المصبوب بالماكينة، أو الفرن، وإذا كان كذلك فالتعامل به يبعد الغرر، والجهالة إلى حد كبير، هذه النقطة قد أثارها النووي حيث جوز السلم فيما يصب منها في القالب لعدم اختلافه[2].

ثالثا: عند الحنابلة

قال البهوتي القناع: "(ولا يصح استصناع سلعة) بأن يبيعه سلعة يصنعها له(لأنه باع ما ليس عنده على وجه غير السلم) ذكره القاضي وأصحابه"[3]

ومع هذا النص الذي يثبت المنع نرى الحنابلة- كالمالكية، والشافعية – يتحدثون عن الاستصناع تحت باب السلم[4].

قال ابن قدامة في المغني: "ولا يصح فيما يجمع أخلاطا مقصودة غير متميزة، كالغالية، والند، والمعاجين التي يتداوى بها، للجهل بها، ولا في الحوامل من الحيوان، لأن الولد مجهول غير متحقق، ولا في الأواني المختلفة الرؤوس، والأوساط، لأن الصفة لا تأتي عليه.

وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه، وطول أعلاه، وأسفله، لأن التفاوت في ذلك يسير.

---

[1] النووي، محي الدين- روضة الطالبين وعمدة المفتين- بيروت- المكتب الإسلامي- ط: 3- 1412هـ/1991م- ج: 4- ص: 28.

[2] النووي، محي الدين- روضة الطالبين وعمدة المفتين- ج: 4- ص: 28.

[3] البهوتي، منصور بن يونس- كشاف القناع عن متن الإقناع- تح: أبو عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 1- 1997م- ج: 3- ص: 190.

[4] السالوس، علي أحمد- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر- قطر- دار الثقافة- ط: 7- 1429هـ/2008م- ج: 1- ص: 497.

الفرع الثاني: أدلة القائلين بعدم استقلالية عقد الاستصناع

قال الشيخ عليش[1]: في منح الجليل شرح مختصر الخليل، عند شرح قول خليل المالكي (كاستصناع سيف، أو سرج): "فيجوز بشروط السلم من وصف العمل، وضرب الأجل، وتأجيل رأس المال، وكون المعمول منه والعمل، في الذمة (وفسد) السلم في نحو عمل السيف (بتعيين) الشيء(المعمول منه) كالحديد، أو تعيين الشخص (العامل) وأولى بتعيينهما معا لشدة غرره فيها

واستدلوا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الكالئ[2] بالكالئ)[3].

وحديث حكيم ابن حزام رضي الله عنه قال:(أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه قال لا تبع ما ليس عندك)[4].

وقال المرداوي[5]: في الإنصاف محتجا على عدم جواز الاستصناع، وذكر القاضي وأصحابه: "أنه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم".[6]

يؤخذ من هذا أن الجمهور يستدلون على عدم الجواز بدليلين:

الأول: أنه إذا لم يسلم الثمن كاملا في مجلس العقد، أو إلى يوم أو يومين – عند المالكية– لم يجز وصار دينا بدين كما هو الشأن في السلم.

الثاني: أن الاستصناع داخل في ما نهى أنه الرسول صلى الله عليه وسلم من بيع ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم.

---

[1] الشيخ عليش هو: محمد بن أحمد بن محمد عليش، ولد سنة 1217هـ، فقيه من أعيان المالكية، من مؤلفاته فتح العلي القدير، توفي 1299هـ، الزركلي، خير الدين– تراجم الأعلام– ج: 6– ص:19.

[2] الكالئ بالكالئ: أي النسيئة بالنسيئة وذلك أن يشتري الرجل شيئا إلى أجل، فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به، فيقول: بعنيه إلى أجل آخر، بزيادة شيء، فيبيعه منه ولا يجري بينهما تقابض، أبو السعادات، المبارك بن محمد الجزري– النهاية في غريب الحديث والأثر– تح: محمود محمد الطاحي– المكتبة الإسلامي ط: 1– ج: 4– ص: 194.

[3] أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب البيوع– برقم: 2342.

[4]أخرجه ابن ماجة– كتاب التجارة– باب النهي عن بيع ما ليس عندك– برقم: 2187.

[5]المرداوي هو: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، فقيه حنبلي، ولد في مردا قرب نابلس، من كتبه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، توفي885هـ، الزركلي، خير الدين– ج: 8– ص: 250.

[6]المرداوي، علاء الدين– الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف– تح: محمد حامد الفقي– السنة المحمدية– ط: 1– 1375هـ/1956م– ج: 4– ص: 300.

الفرع الثالث: مناقشة الأدلة

أولا: مناقشة أدلة الحنفية

وقد نوقشت أدلة الحنفية بأن الاستدلال بالاستحسان يعترض عليه بما ورد عن الشافعي "من استحسن فقد شرع" أي وضع شرعا من قبل نفسه، وليس له ذلك"[1]، وأجيب عن هذا بما ذكره التفتازاني الشافعي[2] في التلويح شرح التوضيح "إن القائلين بالاستحسان يريدون به ما هو أحد الأدلة الأربعة، والقائلون بأن من استحسن فقد شرع يريدون أن من أثبت حكما بأنه مستحسن عنده من غير دليل من الشارع فهو الشارع لذلك الحكم حيث لم يأخذه من الشارع، والحق أنه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع إذ ليس النزاع في التسمية، لأنه اصطلاح

وقد قال الله تعالى **(الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه) وقال النبي صلى الله عليه وسلم (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)**، ونقل عن الأئمة إطلاق الاستحسان في دخول الحمام، وشرب الماء من يد السقاء ونحو ذلك، وعن الشافعي رحمه الله قال استحسن في المتعة أن يكون ثلاثين درهما، واستحسن ترك شيء من المكاتب من نجوم الكتابة،[3] وأجيب أيضا بما نقله الشوكاني عن ابن السمعاني "إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان، ويشتهيه من غير دليل فهو باطل، ولا أحد يقول به، ثم ذكر أن الخلاف لفظي، ثم قال فإن تفسير الاستحسان بما يشنع به عليهم لا يقولون به، وإن تفسير الاستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فهذا مما ينكره أحد[4].

وأما الاستدلال بالإجماع العملي على جواز الاستصناع فغير صحيح فلم يزل هناك من ينكر الاستصناع على ما ذهبت إليه الحنفية، وأجيب عن ذلك بأن المراد به إطباق الناس على العمل به حتى من أنكره من الفقهاء لا غنى لهم عنه العمل به كما في تفصيل الثياب، أو الأحذية، أو المقاولات، ونحو ذلك مع عدم تعجيلهم الثمن في مجلس العقد.

---

[1] البزدوي، فخر الإسلام- فوائد البزدوي- تح: عامر أحمد النداوي- دار الكتب العلمية- ط: 1- ج: 2- ص: 340.

[2] التفتازاني الشافعي هو: مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني سعد الدين، من أئمة العربية ، والبيان ، ولد 712هـ/1312م، ولد بتفتزان من بلاد خرسان، من مؤلفاته تهذيب المنطق، توفي سنة 793هـ/1390م،الزركلي، خير الدين- ج: 7- ص: 219.

[3]التفتازاني الشافعي، سعد الدين مسعود- شرح التلويح على التوضيح- تح: زكريا عميرات- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 1- ج: 2- ص: 171.

[4]الشوكاني، محمد بن علي- إرشاد الفحول تحقيق الحق من علم الأصول- تح: أبي حفص سامي بن العربي الأثري- الرياض- دار الفضيلة- ط: 1- 1421هـ/2000م- ج: 2- ص: 988

وأما الاستدلال برفع الحرج فالاستصناع ليس متعينا لرفع الحرج الذي ذكروه، فإن هذا الحرج قد يرفع بالسلم في الصناعات، كما قد يرفع أيضا بالإجارة، وأجيب عن هذا بأن تسليم رأس المال في مجلس العقد كما هو الشأن في السلم قد لا يتيسر لأكثر الناس، ولا سيما في صناعات العصر التي تكون بالملايين أو المليارات، كما أن ذلك فيه من المخاطر الشيء الكثير الذي يجعل المستصنع في جهد، ومشقة بحيث يخشى على ضياع ماله المدفوع من الإنكار، والغش في المصنوع، وقد تعددت سبل الاحتيال، والتزوير والغش في المصنوع[1].

وأما الاستدلال بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من استصناع الخاتم، والمنبر، فليس فيه دليل على جواز الاستصناع بالشروط التي ذهب إليها الحنفية، وأجيب عن هذا بأن هذا الاستصناع منه صلى الله عليه وسلم كاف في إثبات الاستصناع الذي ذهبت إليه الحنفية، ولوكان قد دفع ثمن ذلك في مجلس العقد لنقل كما نقل غيره.

وأما كون الاستصناع يتألف من عقدين جائزين – وهوما السلم الإجارة – وما اشتمل على معنى عقدين جائزين، كان جائزا ففيه نظر لأن جمع عقدين بعوض واحد لا يصح، لأن المبيع يضمن بمجرد البيع والإجارة بخلاف ذلك فاختلاف حكمهما سبب بطلانهما، وأجيب عن هذا بأن اختلاف العقدين في بعض الأحكام لا يؤثر على صحة العقد، فإن من باع قسطا له في شيء مع ملك له خاص، يصح مع اختلاف حكمهما في وجوب الشفعة في الشخص دون الآخر فكذلك هنا حيث صدر العقد من أهله في محله[2].

ثانيا: مناقشة أدلة الجمهور

وقد نوقشت أدلة الجمهور:

1 – بأن قياس عقد الاستصناع على عقد السلم في وجوب تسليم الثمن في مجلس العقد قياس مع الفارق، وهل هذا إلا تسوية بين مختلفين، فالاستصناع ليس كالسلم حتى يشترط فيه قبض رأس المال في مجلس العقد، أو خلال ثلاثة أيام كما عند المالكية، وإنما هو عقد وارد على العمل، والعين في الذمة، ولا يخفى أن ظاهر ما وقع من استصناع النبي عليه الصلاة والسلام لخاتمه ومنبره لم يروا فيه قبض رأس المال في مجلس العقد أو خلال ثلاثة أيام ولو وقع لا نقل كما نقل غيره[3].

---

[1] حسام الدين خليل– عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية– ص: 14.

[2] حسام الدين خليل– عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية– ص: 14.

[3] القرة داغي– علي محي الدين– عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز– كلية الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية– جامعة قطر– ع: 11– 1414هـ/1993م– ص: 369.

وحتى لو سلم أن تأخير قبض رأس المال في عقد الاستصناع يجعل العقد دين بدين[1]، وهو ممنوع يمكن أن يقال: إنما يمنع الدين بالدين مع عدم حاجة الناس إليه، أما مع حاجتهم إليه، وعدم قدرتهم عن الاستغناء عنه فلا، فقد أجازا الإمام مالك نظير ذلك، وهو تأخير الأجرة في الكراء المضمون في طريق الحج، لأن الأكرياء ربما لا يوفون فعد مالك هذا ضرورة إباحة الدين بالدين

فالناس محتاجون لهذا[2].

2- بأن نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده، كما جاء في حديث حكيم بن حزام[3].

لا ينطبق على عقد الاستصناع، فقد ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين أن هذا النهي يحمل على معنيين لا يدخل فيهما عقد الاستصناع:

"أحدهما أن يبيع عينا معينة وهي ليست عنده بل ملك للغير فيبيعها، ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها إلى المشتري، والثاني أن يريد بيع مالا يقدر على تسليمه، وإن كان في الذمة وهذا أشبه فليس عنده حسا ولا معنى فيكون قد باعه شيئا لا يدري هل يحصل له أم لا"

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية:" قول القائل بيع المعدوم لا يجوز ليس معه نص، ولا إجماع في بعض الصور، كما أنه في بعض الصور لا يجوز بيع الموجود، ولكن من أين له أن العلة كونه معدوما ثم يقال ثبت في النص، والإجماع إجارة الظئر وهو عقد على مالم يوجد بعد، وكذلك الإجارة.

فظهر مما سبق أن المراد ما ليس مملوكا لك في بيوع الأعيان، وليس المراد ما كان معدوما إذ المعدوم يعطى حكم الموجود في مسائل كثيرة منها: ناسي التسمية عند الوضوء، والذبيحة، وطهارة المستحاضة.

رد الحنفية على الجمهور في حديث بيع الكالئ بالكالئ أنه حديث ضعيف لا يحتج به.

أما الحديث الثاني "لا تبع ما ليس عندك" فالكلام حول هذا الحديث من جهتين

أولا: من جهة السند ففي سلسلة إحدى روايات السند عبد الله ابن عصمة نقل عن ابن حزم أنه قال هو مجهول، وقال أبو عيسى الترمذي رحمه الله في كتابه الجامع الصحيح (هذا حديث حسن)

---

[1] النهي عن بيع الدين بالدين مستند للحديث الذي رواه الحاكم في مستدركه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم: "انه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"، رواه الحاكم في مستدركه- كتاب البيوع- برقم: 2342.

[2] الفاسي، أبو عبد الله محمد- الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام- تح: محمد عبد السلام محمد سالم- القاهرة- دار الحديث- 1422هـ/2011م- ج: 2- ص: 212.

[3] أخرجه الترمذي- كتاب البيوع- باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك- برقم: 1232.

ثانيا: من حيث المعنى: فقوله صلى الله عليه وسلم "ما ليس عندك" أي ما ليس في ملكك, وقدرتك.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية "فليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا لفظا عاما، ولا معنا عاما وليست العلة في المنع لا الوجود، ولا العدم بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر، والغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا، أو معدوما".

قال: البغوي "هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات، وقيل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط، يجوز، وإن لم يكن في ملكه حالة العقد".

أما الإجماع فمناقشته من وجهين هما:

أولا: أن الإمام أحمد رحمه الله قال (من ادعى الإجماع فهو كاذب لعل الناس اختلفوا ما يدريه، ولم ينتهي إليه فليقل لا نعلم الناس اختلفوا).

ثانيا: أن الإمام أحمد رحمه الله نقل الإجماع عن بيع الدين بالدين أنه لا يجوز، والاستصناع خلاف بيع الدين بالدين.

ثالثا: الترجيح

والراجح هو أن الاستصناع عقد مستقل لا يشترط لجوازه شروط السلم، وذلك لعدة وجوه أهمها:

الوجه الأول: دلالة القرآن والسنة على ذلك: فمن **القرآن** :" **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿قَالُوا۟ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّى فِيهِ رَبِّى خَيْرٌ فَأَعِينُونِى بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا﴾ **الكهف: 94.**

قال ابن عباس: في تفسير قوله تعالى خرجا: أجرا عظيما[1]، فقد طلبوا من ذي القرنيين أن يبني لهم سدا مقابل أن يعطوه أجرا على ذلك، وهذا هو حقيقة الاستصناع، وقد استدل عدد من العلماء المعاصرين منهم فضيلة الدكتور عمر سليمان الأشقر بذلك على جواز الاستصناع، فقد ذكر الله تعالى في هذه القصة أنهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم سدا مقابل مالا يعطونه إياه والظاهر أنهم كانوا يريدون منه أن يعمله بمواد من عنده، لأنهم لم يكونوا يعرفون مما يصنع بدليل قوله تعالى في وصفهم(لا يكادون

[1] الطبري: ابن جرير- جامع البيان عن تأويل آيات القرآن- تح: بشار عواد معروف- بيروت- مؤسسة الرسالة- ط: 1- 1415هـ/1994م- ج: 5- ص: 132.

يفقهون قولا)، وقوله (ما مكني فيه ربي خير) ليس اعتراضا على ذلك، بل هو اقتراح صيغة هي أفضل منها ليسرها عليهم بأن يقدموا ما لديهم من إمكانيات، قطع حديدية، نحاس، أيدي عاملة، ويقدم هو الخبرة التكنولوجية والعمل الفني[1]، والاستدلال بذلك مبني على أصل وهو أن كل فعل، أو أمر، أو نهي، صدر من أحد، وذكر في القرآن فهو حق إلا إذا نبه القرآن على بطلانه، لأن الله سبحانه وتعالى سمى كتابه فرقانا وتبيانا لكل شيء، فلا يناسبه أن يذكر عن أحد من الناس ما هو باطل منكر ثم يسكت عن التنبيه على بطلانه.

وأما من السنة فما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من استصناع خاتمه ومنبره،[2].

الوجه الثاني: رفع الحرج وهو أصل مقرر في شريعتنا كما تقدم فينبغي مراعاته، وبالنظر إلى وقتنا الحاضر نجد أنه نتيجة للتوسع الصناعي وتعدد المنتجات الصناعية قد لا يستطيع الصانع أن يصنع كثيرا من السلع والآلات باهظة التكاليف ثم يبحث بعد ذلك عن فرصة لتسويقه، فإنها قد تباع فورا، وقد يتأخر بيعها بل قد تكدس عنده فيتحمل نفقاتها أو صيانتها وغير ذلك مما يحمله على عدم صنعها ويمكن تجنب ذلك وتفاديه بعقد الاستصناع، كما أن المستصنع لا يستطيع أن يسلم الثمن كاملا في مجلس العقد كما هو مشترط في السلم فقد يقد بعضه ويؤخر بعضه، وقد يدفع عند الاستلام أو بعد الاستلام كما هو معلوم ومتعامل به، فلو لم يجز ذلك إلا بتسليم الثمن كاملا في مجلس العقد كما هو مشترط في السلم لوقع الناس في حرج عظيم.

الوجه الثالث: أن عقد الاستصناع من العقود المتعارف عليها بين الناس وإن خالف في ذلك من خالف من الفقهاء فجميع عقود المقاولات تندرج تحت عقد الاستصناع وهي عقود أطبق الناس على التعامل بها وقد نقل الزركشي في البحر المحيط عن إمام الحرمين في الكلام على وجوب ركعتي الطواف: " وقد يستدل الشافعي على وجوب الشيء بإطباق الناس على العمل، وما كان مقطوعا به فالعادة لا تقتضي تردد الناس فيه" ثم نقل عن الصيرفي في كتاب الدلائل قوله: "والأعلام المعتادة بين الناس ضربان ما يعتادونه في أكلهم وشربهم ولباسهم ونحوه، فلا كلام فيه، لأن هذا تابه للمقاصد لا حجر فيه والثاني ما اعتادوه في ديانتهم، وهذا إما أن يكون عادة لقوم دون قوم، فليس لهؤلاء حجة على غيرهم إلا بدليل

[1] الأشقر، محمد سليمان- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة- الأردن- دار النفائس- ط: 1- 1418هـ/1998م- ج: 1- ص: 228.

[2] الأشقر، محمد سليمان- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة- ج: 1- ص: 228- 229.

كقوم ألفوا مذهب مالك في بلدة وإما أن يكون عادة في جميع الأمصار مستفيضا فهذا لا يجوز خلافه لأنه لا يستفيض بينهم فعل شيء من الأشياء إلا وهو مباح أو موجب[1]"

الوجه الرابع: أن الأصل في المعاملات الإباحة حتى يرد دليل المنع[2]، وعقد الاستصناع من المعاملات التي لم يرد فيها نص بالتحريم فيبقى على الإباحة.

وإلى كون الاستصناع عقدا مستقلا عن عقد السلم، ذهب مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي فجاء في قراره:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق ل 9-14 أيار (ماي) 1992م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد، والقواعد الفقهية في العقود، والتصرفات، ونظرا لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي:

أولا: إن عقد الاستصناع هو عقد وارد على العمل، والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

ثانيا: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

ب-أن يحدد فيه الأجل.

ثالثا: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه لأقساط معلومة لآجال محددة.

رابعا: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان مالم تكن هناك ظروف قاهرة[3].

---

[1] حسام الدين خليل- عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية- قطر- كلية الدراسات الإسلامية مركز القرضاوي للوسطية الإسلامية والتجديد- ص: 17.

[2] السيوطي: عبد الرحمن- الأشباه والنظائر- دار الكتب العلمية- ط: 1- 1403هـ/1983م- ج: 1- ص: 60.

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم 65: (7/3) بشأن عقد لاستصناع1425/10/21- 2004/12/04 مجلة المجمع الفقهي العدد 7- ج: 2- ص:223.

المبحث الثاني: حكم السلم بالصناعات عند الجمهور

المطلب الأول: مشروعية السلم

إن أصحاب الاتجاه الثاني (المالكية، الشافعية، الحنابلة) يرون أن الاستصناع يندرج تحت مسائل السلم بالصناعات وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والاجماع ولذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى بيان أدلة مشروعيته في فرع أول وشروطه في فرع ثاني:

الفرع الأول : أدلة مشروعية عقد السلم.

استدل الجمهور على مشروعية السلم بالكتاب والسنة والاجماع .

1- القرآن الكريم : فمن القرآن استدلوا **قَالَ تَعَالَى:** ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى.....﴿٢٨٢﴾﴾ **البقرة 282**

قال الطبري في تفسيره للآية حسب ما نقل عن ابن عباس رضي الله عنه فقد قال ابن عباس "أشهد أن السلف مضمون إلى أجل مسمى وأن الله أجله وأذن فيه ثم قرأ الآية المذكور أعلاه"[1].

ووجه الدلالة: أن السلم من البيوع المباحة إلى أجل فشملته الآية بعمومها، وأن لفظ الدين إلى أجل مسمى يصلح للسلم، ويصح إطلاقه عليه، وبما أن السلم بيع **قَالَ تَعَالَى:** ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ ...﴾.

البقرة 275 تدل على إباحة السلم لأنه بيع.

2- من السنة: استدل الجمهور بعدة أحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم ومن ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: **(قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين...فقال: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)**[2].

ووجه الدلالة من هذا الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر أهل المدينة لما رآهم يسلفون في الثمار ولو كان غير مشروع بما أقرهم عليه ولنهاهم عنه وبين لهم الصحيح في التعامل بها.

[1] الطبري، جعفر ابن جرير- جامع البيان عن تأويل آيات القرآن- تح: محمود محمد شاكر- القاهرة- مكتبة ابن تيمية- ط: 2- 224هـ/310هـ- ج: 6- ص: 45.

[2] التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة- الجزائر- دار الوعي- ط: 1- 1430هـ/2009م- ج: 5- ص: 401.

3- من الاجماع: ودليلهم أن الاجماع انعقد على مشروعية السلم فقد قال ابن رشد "أجمع العلماء على جواز السلم في كل ما يكال ويوزن[1]. "

الفرع الثاني: حكمة مشروعية السلم

إن عقد السلم مما تدعو إليه الحاجة، ومن هنا كان في إباحته رفع للحرج عن الناس، فالمزارع مثلا قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه، وتعهد زرعه إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه ما يحتاج إليه من المال، ولذلك فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال وإلا فاتت عليه مصلحة استثمار أرض، وكان في حرج ومشقة وعنت، فمن أجل ذلك أبيح السلم، وقد أشار إلى هذه الحكمة ابن قدامة في المغني حيث قال (ولأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن، ولأن الناس بحاجة إليه لأن أرباب الزروع، والثمار، والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم، وعليها لتكمل، وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص[2].

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالسلم.

الشروط الخاصة بالسلم تنقسم إلى قسمين، شروط متفق عليها وأخرى مختلف فيها وهي:

أولا: الشروط المتفق عليها عند الفقهاء.

أجمع الفقهاء على شروط ثلاثة خاصة بالسلم وهي ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون المسلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النّساء[3]، فيشترط في السلم والمسلم فيه أن يكونا مما يجوز فيهما النّساء وذلك.

---

[1] القرطبي، ابن رشد- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- باب السلم- لبنان- بيروت- دار المعرفة- ط: 6- 1402هـ/1982م- ج: 2- ص: 201.

[2] التواتي، بن التواتي المبسط في الفقه المالكي بالأدلة- ج: 5- ص: 403.

[3] القرطبي، ابن رشد- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج: 2- ص: 202.

أما باتفاق المنافع ما يراه مالك، وأما بالكيل، أو الوزن مع الجنس عند الحنفية، وأما اعتبار الطعم مع الجنس عند الشافعي،[1] وأما اعتباره الوزن والجنس في الذهب والفضة، والكيل والجنس في الأعيان الأربعة عند الحنابلة[2]، وسبب اشتراط هذا لأن السلم من شرطه النّساء والتأجيل[3].

الشرط الثاني: أن يكون المسلم فيه موجودا عند حلول الأجل[4]، أو بعبارة أخرى عام الوجود في محله وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب التسليم، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجودا عند المحل بحكم الظاهر، فلا يمكن تسليم، ولا يصح بيعه كبيع الآبق بل أولى، فإن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه فلا يجوز مثلا السلم في العنب إلى وقت لا يكون عادة موجودا فيه[5]، ويرى الشافعي أن معنى هذا الشرط أن يكون مقدورا على تسليمه عند حلول الأجل[6].

الشرط الثالث: أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا.

يشترط الفقهاء في السلم أن يكون الثمن (رأس المال) غير مؤجل أجلا بعيدا ، ويعني هذا أن يقبض رأس المال في مجلس العقد ، فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد، وبه قال الحنفية والحنابلة والشافعية لئلا يكون من قبيل بيع الكالئ بالكالئ وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبض الثمن يومين وثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا، لأنه معاوضة لا يحرج بتأخير قبضه من أن سلما فأشبه ما لو تأخر إلى آخر المجلس[7].

الشرط الرابع: أن يكون المسلم فيه مقدرا بالكيل، أو بالوزن، أو بالعدد

إن كان مما شأنه ذلك، أو بالصفة إن كان مما شأنه ذلك، وهذا الشرط يراد به معرفة المقدار المسلم فيه بالكيل إن كان مكيلا، وبالوزن إن كان موزونا، وبالعدد إن كان معدودا لقوله صلى الله عليه وسلم (من

---

[1] القرطبي، ابن رشد- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج: 2- ص:202.

[2] ابن حجر الهيثمي، شهاب الدين- تحفة المحتاج بشرح المنهاج- مصر- دار إحياء التراث العربي- مطبعة مصطفى محمد- ج: 5- ص: 3.

[3] الشربيني، شمس الدين- المغني المحتاج لمعرفة معاني الألفاظ- باب السلم- تح: محمد خليل عيتاني- بيروت- لبنان- ط: 1- 1418هـ/1997م- ج: 2- ص: 151.

[4] القرطبي، ابن رشد- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج: 2- ص: 202.

[5] ابن قدامة، موفق الدين- المغني شرح مختصر الخرقي- تح- عبد الله ابن عبد المحن التركي- الرياض- دار عالم الكتب-ج: 6- ص: 306.

[6] الهيثمي، شهاب الدين- تحفة المحتاج بشرح المنهاج- ج: 5- ص: 3.

[7] ابن رشد،، القرطبي- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج: 2- ص: 202.

أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) ،ولأنه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن [1].

ثانيا: الشروط المختلف فيها.

الشرط الأول: الأجل: اختلف الفقهاء في الأجل هل هو شرط في السلم أم لا؟

أبو حنيفة يرى أنه شرط صحة[2] لقوله صلى الله عليه وسلم (إلى أجل معلوم)[3] وروى عن مالك روايتان الأولى: على أن الأجل شرط في السلم، والثانية جواز السلم حالا، وأدلتهم في هذا الحديث حديث ابن عباس المشهور في السلم (من أسلف فليسلف)،[4] وهناك دليل عقلي مفاده: إن لم يشترط الأجل كان من بيع ما ليس عند الإنسان المنهي عنه، وعند الحنابلة لا يصح السلم حالا، وأما الشافعي فيجوز السلم عنده حالا[5]، ومؤجلا وسبب هذا أنه إذا جاز السلم مع الأجل فهو حالا لأنه أقل غررا[6].

الشرط الثاني: وجود جنس المسلم فيه في حال العقد.

فلا يصح عند الحنفية السلم في المنقطع أي لا بد من وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت المحل، لأن القدرة على التسليم إنما تكون بالقدرة على الاكتساب[7]، أما جمهور الفقهاء فلا يشترطون هذا وقالوا: يجوز السلم في غير وقت فلا يصح عند الحنفية السلم في المنقطع أي لا بد من وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت المحل، لأن القدرة على التسليم إنما تكون بالقدرة على الاكتساب، أما جمهور الفقهاء فلا يشترطون هذا وقالوا: يجوز السلم في غير وقت إبانة[8].

---

[1] الموصلي: عبد الله ابن محمود- الاختيار لتعليل المختار- تح: شعيب الأرنؤوط- دمشق- سوريا- دار الرسالة العالمية- ط: 1- 1430هـ/2009م- ج: 2- ص: 83- 84.

[2] الموصلي: عبد الله بن محمود- الاختيار لتعليل المختار- ج: 2- ص: 81.

[3] أخرجه البخاري- كتاب السلم- باب السلم في وزن معلوم- برقم: 2241

[4] اخرجه البخاري- كتاب السلم- باب السلم في كيل معلوم- برقم:2239

[5] ابن قدامة المقدسي، شمس الدين- المغني ويليه الشرح الكبير- تح: محمد رشيد رضا- دمشق- دار الكتاب العربي- ط: 2- ج: 4- ص: 327.

[6] ابن رشد، القرطبي- ج: 2- ص: 203.

[7] الموصلي: عبد الله بن محمود- الاختيار لتعليل المختار- ج: 2- ص: 89.

[8] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج: 2- ص: 204.

الشرط الثالث: مكان القبض

يشترط أبو حنيفة بيان مكان قبض المسلم فيه، ولم يشرط عند غيره وهم الجمهور، وقال القاضي المالكي أبو محمد: الأفضل اشتراطه، وقيل لا يحتاج إلى ذلك[1].

الشرط الرابع: أن يكون الثمن مقدرا مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذرعا لا جزافا .

اشترط أبو حنيفة بيان قدر رأس المال، وقال الصاحبان: يكتفي بالإشارة لأنه يصير معلوما بها وصار كالثوب إذا كان رأس المال، وإذا كان الثمن معينا فقد قال القاضي أبو يعلى الحنبلي، وأبو الخطاب: يشترط ذلك لأن أحمد رحمه الله قال: (يقول أسلمت إليك كذا وكذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته، وهذا قول مالك أيضا[2].

[1] ينظر: ابن رشد، القرطبي- بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج: 2- ص: 204- 208.

[2] ابن قدامة المقدسي، شمس الدين- المغني ويليه الشرح الكبير- ج: 4- ص: 221.

المطلب الثاني: حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى وفي النظام الوضعي

سنذكر في هذا المطلب حكم الاستصناع عند الظاهرية في فرع أول، والشيعة الجعفرية في فرع ثان وحكمه في النظام الوضعي في فرع ثالث.

الفرع الأول: عند الظاهرية

جاء في رسالة البدران بأن الاستصناع غير جائز عند الظاهرية لمايلي:

1-بحكم القاعدة التي يسيرون عليها وهي "أن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما ورد نص بإباحته"

2-أو أنهم لا يأخذون بالقياس كدليل يستدل فيه بجواز عقد أو، عدم جوازه فكيف يأخذون بالاستحسان الذي ثبت به الاستصناع [1].

الفرع الثاني: الشيعة الجعفرية

كما ورد في رسالة البدران أنه لم يجد نصا واحدا عن رأيهم في الاستصناع سوى الموسوعة الفقهية التي أوردت رأي الجعفرية منقولا عن كتاب الخلاف للطوسي فقالت:" وذهب الشيعة الجعفرية إلى عدم جوازا الاستصناع"[2].

الفرع الثاني: حكم الاستصناع في النظام الوضعي

لقد كان عقد الاستصناع يندرج في عقد المقاولة عند الكلام عن تكييف الاستصناع، وأنه عقد مستقل عند دافيد، والمعروف في النظم الوضعية أن عقد المقاولة عقد يرد على العمل، وعقد العمل من العقود الثلاثة الداخلة بالحقوق الشخصية فالالتزام في الحقوق الشخصية إما هو التزام بإعطاء أو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن العمل، وحكم عقد المقاولة في النظام الوضعي عقد ملزم للجانبين وهو من عقود المعاوضة فهو جائز، وملزم في آن واحد[3].

---

[1] كاسب البدران، عبد الكريم- عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة- السعودية- جامعة الملك فيصل كلية التربية- ط: 2- 1404هـ/1984م- ج: 1 - ص: 123.

[2] كاسب البدران، عبد الكريم- عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة- ص: 123.

[3] كاسب البدران، عبد الكريم- عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي- ص: 124.

جاء في الوسيط: "عقد المقاولة عقد رضائي لا يشترط في انعقاده شكل معين، وهو عقد ملزم للجانبين وهو عقد من عقود المعاوضة،" وهو بهذا يتفق مع الفقه الحنفي في جواز هذا العقد إلا أن الحنفية عدوه عقدا مستقلا والمدني والمصري عده عقدا داخلا ضمن عقد المقاولة[1].

[1] كاسب البدران، عبد الكريم- عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي- ص: 125.

المطلب الثالث: رأي المعاصرين في عقد الاستصناع

إن الاحتكاك بالمعاملات، والتفكير في موقف الشريعة الإسلامية منها دفع القضاة في الإسلام وكثيرا من العلماء إلى محاولة دراسة الاستصناع، ومنهم الشيخ عبد الله ابن زيد آل محمود[1]، في كتابه أحكام عقود التأمين، وسنقسم هذ المطلب إلى استصناع السلعة في فرع واحد، وتحديد المدة للاستصناع ووضع الغرامة على ما زاد على المدة المضروبة.

الفرع الأول: استصناع السلعة

أن كل ما يقع بين الناس من المشاكل في العقود، والشروط، والمعاملات، فإن له صلة، وأصلا من الفقه الإسلامي يرد إليه ويقاس عليه، ويؤخذ بصحته، وفساده من نصوصه، وأصوله من ذلك استصناع سلعة أي طلب عمل صنعة من بناء، أو نجارة، أو حدادة، وهي عبارة عن عقد اتفاق بين المالك، والمقاول على صفة شيء موصوف من بناء بيت، أو سفينة، أو أبواب، أو شبابيك، أو غير ذلك حيث يقول المالك للمقاول: أريد أن تبني لي عمارة صفتها كذا، وارتفاعها كذا، ثم يستقصي أوصافه اللازمة، ويتفق معه على قدر معلوم من المال.

فهذا العقد في هذه الصفة يسمى عند الفقهاء (استصناع سلعة)، والظاهر من مذهب الامام أحمد والشافعي، وأبي حنيفة أنه لا يجوز لأنه من بيع ما ليس عند الإنسان المنهي عنه شرعا.

قال في الإقناع: (ولا يصح استصناع السلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم)، وخالف أبو يوسف صاحبه الإمام أبا حنيفة، فقال بجواز العقد في استصناع السلعة، فإذا أوجدا المصنوع موافقا للصفات التي بينت في العقد لزم من كلا الجانبين، وليس لأحد منهما الرجوع، وعلى قول أبي يوسف هذا استقر عمل الأحناف على القول بصحته، وأدرجوه في مجلة الأحكام للحكم به[2].

وجرى عرف الناس في سائر الأمصار على العمل به، وكأنه السبب الذي جعل الناس يتحدثون بأن مذهب الأحناف يساير التطور، ويتسع رحبه للمعاملات الحديثة، وكل شيء تعامل به في استصناع من

---

[1] عبد الله آل محمود: 1329هـ/ 1417هـ- 1997م- عبد الله بن زيد بن عبد الله بن محمد بن راشد بن ابراهيم بن محمود بن منصور بن عبد القادر ابن محمد بن علي بن حامد الشريف- ألف ما يزيد على خمسين مؤلفا في مختلف القضايا الفقهية، والنوازل، وقد جمعت مؤلفاته في مجموعة رسائل الشيخ عبد الله ابن زيد آل محمد ، سيرة الشيخ عبد الله ابن زيد آل محمود بقلم ابنه عبد الرحمان ابن عبد الله ابن آل محمود- المصدر: https://WWW.ibn-Mahmoud.com 2019/06/22-00:27م.

[2] آل محمود، عبد الله ابن زيد- أحكام عقود التأمين ومكانها من شريعة الدين- الدوحة- مجموعة رسائل- ط: 3- 1436هـ/2015م- المجلد الرابع- ص: 57.

بناء دور، أوسفن أو ثياب، فإنه يصح على القول بهذا، ولا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حال العقد بخلاف السلم، وليس هنالك إلا أقل ما تقع عليه الصفة، وإذا لم يقع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة في العقد فالمستصنع أي المالك الخيار بين قوله ورده.

فقول الأئمة بمنعه بحجة أنه من بيع ما ليس عنده غير صحيح، فإن هذا العقد مشبه بالسلم الذي محله الذمة، والذي يصح في المعدوم، وفيما ليس عنده، كما في البخاري ومسلم عن عبد الرحمن بن يزن، وعبد الله بن أبي أوفى قال: (كان يأتينا أنباط من أنباط الشام فكنا نسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب إلى أجل مسمى قيل: أكان لهم زرع ؟ قال: ماكنا نسألهم عن ذلك) لكون السلم محله الذمة.

ثم إن العادة، والعرف، والضرورة قد فرض التعامل بهذه الصفة على الناس في كل زمان ومكان فرضا إلزاميا لا مناص لهم منه، ولن يجدوا بدلا منه لفخامة البنايات وسائر المقاولات التي لا يستطيع المالك أن يستقل بالتصرف فيها إلا بطريق الاتفاق مع المقاولين، والفنين والمهندسين.

ومن المعلوم أن العادة، والعرف لهما مدخل في الشرع، ويقدمان في بعض الصور على الأصل وقد ترجم عليه البخاري في صحيحه فقال: (باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن) قال في الفتح: قال ابن منير وغيره، مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف أنه يقضي به على ظواهر الألفاظ[1].

ثم إن العقود، والشروط ،والمعاملات في البنايات، وسائر الصناعات هي من الأفعال العادية لكن العبادات الشرعية التي تفتقر إلى دليل التشريع إذن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بمقتضى التعاقد، وليس فيها ربا، أو قمار، ولا نص في المنع منها.

وقد توسع الناس في الاستصناع في هذا الزمان على اختلاف أنواعه حتى صار من أكبر المعاملات بحيث يتفقون مع المقاولين، والشركات على بناء العمارات العظيمة ذات الطوابق والشقق، والمدارس والمستشفيات ونحو ذلك، كلها إنما تبنى غالبا على سبيل الاستصناع بالصفات المتفق عليها بينهما.

حتى صار من الأمر العرفي الجاري به النظام في كل بلد، ويوجد في نصوص الفقه ما يقرب من صفته، وما ينبغي أن يقاس عليه في القول بصحته، من ذلك عند السلم، فإنه عقد على موصوف في الذمة معدوم حال العقد بثمن مقبوض، ومن ذلك البيع بالصفة الذي ذكره فقهاء الحنابلة في كتابهم وحكموا بصحته، والصفة نوعان:

[1] آل محمود، عبد الله ابن زيد– أحكام عقود التأمين– ص: 58.

أولا: صفة معينة كأن تقول: " أبيعك عبدي الفلاني، أو بعيري الفلاني الذي صفته كذا وكذا، وسيقتضي في أوصافه كما سيقتضي في أوصاف السلم.

ثانيا: الصفة غير المعينة كأن يقول: " أبيعك عبدا أو بعيرا صفته كذا وسنه كذا، وسيقتضي صفته كما في السلم، ويصح العقد في كلا الصفتين بشرط أن يسلم الثمن حال العقد قبل التفرق ولا يصح فيما لا يصح السلم فيه، كالبنيان ونحوه مما ينبغي أن يقاس عليه جواز الاستصناع إذ هو نظيره في الحكم والمعنى خلاف ما ذهب إليه الفقهاء من القول منهم بمنعه.

والأصل في الاستصناع أن يعمل الصانع الصنعة في محله كما يعمل التجار الأبواب في موضع نجارته والحداد يعمل الشبابيك في موضع الحدادة، فإذا جاء بها مطابقة للأوصاف أخذها المستصنع وإن لم تطابق الأوصاف ردها على صاحبها[1].

أما استصناع البناء فإنه يريد أشكال من جهتين:

أولا: من جهة كون المقاول يعمله في أرض المالك مما لا سبيل إلى رده إلا بهدمه وإتلافه

ثانيا: أنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد حيث أدخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات، والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها في عقده

الفرع الثاني: تحديد المدة للاستصناع ووضع الغرامة علة ما زاد على المدة المضروبة

إن عقد الاتفاق الواقع على بناء العمارات والبيوت والفنادق وغيرها قد أدخل فيها المعاملون قيودا وشروطا تخرجه أن حكم الاستصناع الجائز الذي ذكره الفقهاء.

ومن ذلك تحديد مدة الإنجاز ووضع غرامة على ما زاد على المدة المحدودة عن كل يوم يدفعها المقاول وهذه الغرامة بهذه الصفة لم يقل بجوازها أحد من الأئمة الأربعة لا الإمام أحمد، ولا مالك ولا الشافعي ولا أبو حنيفة، وفيها من الأضرار على المقاول مالا يخفى على عاقل إذ قد تذهب بأعظم مقاولته التي هي بمثابة أجرته وحاصل تجارته، إذ كل المواد الموضوعة في البناء ملك للمقاول.

وقد ذكر الفقهاء من الحنابلة أنه لا يجوز الجمع بين المدة والعمل في باب الإجارة، وذلك بأن يقول: أريد أن تبني لي دارا بكذا، بشرط أن تنجز في وقت كذا، لوقوع ما يمنع التنجيز في المدة المضروبة.

[1] آل محمود، عبد الله بن زيد– أحكام عقود التأمين ومكانها في شريعة الدين– ص: 59.

وقد قالوا بمنع الجمع بين المدة، والعمل في وقت كان البناء فيه سهلا ميسرا ولم يكن صعبا معقدا[1].

بحيث أن العادة القديمة في إنشاء المقاولات على البيوت، والعمارات وسائر البنايات بأن جميع موادها متساوية متيسرة، بحيث تبنى بالطين، والحجارة وتسقف بالآثل وجريد النخل، وكل المواد موجودة بداخل البلد.

أما الآن فقد صارت المقاولات على البنايات ذات شأن من الأمور الصعبة، والشاقة ولا يزال الناس يقومون، ويقعدون في المحاكم بخصوص المنازعات، والخصومات الناشئة عن الاختلافات في الصفات وتحديد الأوقات والغرامات ثم إن إدخال الغرامة فما زاد على المدة المحدودة عي مما أركسها في الجهالة وكانت سببا في اتساع شقة الخلاف مع الأسباب الناشئة عن عدم التطبيق ودخول الزيادة والتقصان والتعديل والتبديل.

[1] آل محمود، عبد الله بن زيد– أحكام عقود التأمين ومكانها من شريعة الدين– ص: 60.

المطلب الرابع: نماذج البنوك المتعاملة بعقد الاستصناع

توجد بعض البنوك تستعمل الاستصناع كوسيلة تمويلية في الاستثمار مثل بنك البركة ومصرف السلام .

الفرع الأول: بنك البركة

إن من ضمن نشاطات بنك البركة تمويل مشروعات عن طريق الاستصناع وله في ذلك عدة طرق نجملها فيما يلي .

أولا: أنواع تعامل البنك بعقد الاستصناع

1: أن يكون البنك مستصنعا

إن تعامل البنك بالاستصناع ويكون مستصنعا، وذلك بصنع المصنوعات التي يتم الاتفاق عليها في العقد محددا الثمن وكل ما يتعلق من مواصفات وشروط.

كما يتم الاتفاق على كيفية التسديد الثمن مع العميل إما أن يكون مقسطا أو دفعة واحدة، ويتم الاتفاق أيضا على تحديد الأجل الذي يلتزم به العميل لتسليم المصنوع، ويكون الصانع ملزما بإحضار جميع المواد الأولية المستخدمة في عملية الصنع، ويكون مسؤولا عن جودتها وصلاحيتها للعمل.

أما إذا أراد الصانع أن يشرك معه غيره فيجب أن تكون موافقة كتابية من البنك مع تقديم كافة البيانات عن الصانع للبنك ويتحمل الصانع كافة المخاطر المتعلقة بالصناع أو المواد المستعملة في عملية الصنع، كما يتحمل الصانع كافة الأخطار التي يمكن أن تقع على المصنوع، وعليه يجب أن يتخذ كافة التدابير الاحترازية لضمان لمشروع.

ويتم التسليم حسب الاتفاق المبرم بين البنك والصانع مع تحمله كل ما يطرأ على المصنوع قبل التسليم، وبناء عليه يلزم الصانع بكل أنواع التأمين الذي يحفظ الحقوق كما يتفق البنك مع الصانع على تحمل كل مصاريف إبرام العقد[1].

2: صيغة الاستصناع الموازي

يتعامل البنك بهذه الصيغة على شكلين صيغة عقد المقاولة وصيغة الاستصناع الموازي المعروف لدى الفقهاء.

أ: صيغة المقاولة وهذه تكون بأن يعهد البنك بالعمل المقاولة إلى مقاول يقوم بالعمل

[1] //albaraka- bank.com/ar/index.php ?option=com-content&task=view&Itemid=83:htt

المتفق عليه بين البنك والمستصنع.

بموجب هذا العقد قبل المقاول أن يقوم بإنجاز الأشغال اللازمة لإقامة العين المستصنعة المبين وصفها في فاتورة الأشغال المرفقة ويشمل ذلك توفير المواد اللازمة والمعدات والعمال والأعمال التحضيرية والنهائية وغيرها من الأعمال الضرورية لتنفيذ الأشغال المذكورة في مستندات العقد وتشمل العين المستصنعة المبنى أو المباني أو المنشآت المطلوب بناؤها على الأرض بجميع مستلزماتها من المواد والأعمال وفقا للوصف المبين في الملحق.

ويكون العقد موضحا العناصر التالية.

– تحديد الثمن الذي يقع عليه الاتفاق في العقد إما أن يكون على أقساط أو دفعة واحدة بكشف الحساب.

– مدة التنفيذ إما أن تكون محددة بتسليم العمل النهائي، أو تسليم العمل عبر مراحل يقوم المقاول في العمل.

– مسؤولية المقاول يكون المقاول مسؤولا عن العمال والبناء والمواد المستخدمة في عملية المقاولة.

مسؤولية المقاول عن جودة المواد المستخدمة في عملية البناء ويلتزم بتقديم المادة المستخدمة في المقاولة مع ضمان عدم جودتها وعمل العمال.

–مسؤولية المقاول على التنفيذ في موعده المحدد سلفا مع ضمان جميع الأخطار التي يمكن أن تقع في المشروع، ويلتزم بالشرط الجزائي عند عدم الالتزام بكل شروط العقد[1].

2: صيغة الاستصناع الموازي في غير المقاولات

في هذه الحالة يكون البنك صانعا والعميل مستصنع في عقد الأول ثم يتم العقد بين البنك وصانع آخر وفق الشروط التي يحددها العقد الأول وهذه الحالة هي الاستصناع الموازي لدى الفقهاء ويشمل العقد العناصر التالية:

–يلتزم الصانع في العقد الثاني بتسليم المصنوعات في الآجال المحددة في العقد ما لم يطرأ عذر يمنع من عدم التسليم.

–يفسخ العقد تلقائيا في الحالات التالية .

حالة عدم دفع الثمن المتفق عليه في الآجال المحددة أو أي قسط منه.

[1] ينظر:htt:// albaraka- bank.com/ar/index.php ?option=com-content&task=view&Itemid=83: 2019/06/15-19:27م.

-حالة الإفلاس أو توقف التجارة أو أي نشاط يمول منه المشروع .

-حالة بيع الضمان عن طريق البيع العادي أو القضائي.

-حالة متابعة العميل أو سجنه من شأنه إعاقة التسديد.

-في حالة الوفاة المستصنع في العقد الأول.

كما يلتزم المستصنع في العقد الأول بتأمين جميع الأشياء المخصصة للوفاء من جميع الأخطار وحالة عدم التأمين يمكن أن يفسخ العقد، وتكون جميع المصاريف والحقوق على عاتق المستصنع بالموافقة الصريحة[1].

ثانيا: الملاحظات حول تمويل بنك البركة عن طريق الاستصناع

ـ استفادة البنك من عقد الاستصناع من تمويل المشاريع وأنه عقد شرعي يمكن التعامل به دون حرج.

ـ الشروط التي وضعها البنك مع العميل تخدمه أكثر من خدمتها للعميل، وهذا يجعل العملاء يلجؤون إلى طرق أخرى يمكن أن تكون غير شرعية.

ـ تمويل المشاريع عن طريق الاستصناع الموازي يجب الحذر من الوقوع في الربا .

ـ في الاستصناع الموازي يكون الاتفاق مع الصانع بعيدا عن المستصنع في العقد الأول ويستحسن أن يكون العقد عن طريق المناقصة، حتى لا يكون تحايل على التمويل الربوي لعدم قدرة الصانع في العقد الثاني على التمويل.

ـ اشتراط التأمين على كافة المخاطر فيه كلام شرعي خاصة، وأن التأمين التجاري فيه حرج شرعي فالبعض قال بعدم جوازه.

ـ في حالة الوفاة يكون سداد الدين من مال الموروث قبل تقسيم التركة إلا إذا رضي الورثة بإتمام العقد مع البنك، ولا يكون السداد من مال الورثة إلا برضاهم.

[1] htt://albaraka- bank.com/ar/index.php ?option=com-content&task=view&Itemid=83 .2019/06/15-19:27م

– وقوع جميع المصاريف على عاتق العميل فيه إجحاف به، وأنه ليس من العدل، وأن تقديم الضمان إجباري فيه ضرر بالعميل وأن الضمان يكون من الدرجة الأولى من الممتلكات، وهذا منافي لقواعد التعامل بين الناس، أو حتى البنوك الربوية[1].

الفرع الثاني: مصرف السلام

يقوم أيضا مصرف السلام أيضا بالتمويل عن طريق عقد الاستصناع ويقوم بالخطوات التالية:

أولا: مستندات العقد

يعتمد المصرف على الخطوات التالية في إبرام العقد

1: طلب التمويل بالاستصناع

يقوم العميل بطلب للمصرف بالتمويل عن طريق عقد الاستصناع، موضحا كل ما يتعلق بالعمل المراد إنجازه مثل الأشكال الهندسية إذا كان العمل بناء مسكن، ويلزم العميل بتامين جميع

المخاطر التي قد تطرأ على المشروع، كما يحدد مع العميل جميع الشروط الخاصة بالثمن والأجل الذي ينتهي فيه العمل وتحديد مكان التسليم وكذلك جودة المواد المستعملة في عقد الاستصناع ويتحمل العميل مسؤولية عدم جودتها، كذلك يحدد العقد أيضا جميع المخاطر التي قد تطرأ على عدم تنفيذ العقد عدم تنفيذ العقد.

2: دراسة المشروع

يقوم المصرف بدراسة المشروع، ومدى إمكانية تطبيقه، وأهميته والربح الذي يحققه المصرف، ثم يقوم بالرد أما بالموافقة، أو الربح.

[1] htt://albaraka- bank.com/ar/index.php ?option=com-content&task=view&Itemid=83 .2019/06/15-19:27م

ثانيا: المراحل العملية

تحديد نوع الاستصناع المستعمل في المشروع بإحدى نوعي الاستصناع، إما عقد الاستصناع عادي والمصرف في هذه الحالة، إما أن يكون صانعا وفي هذه الحالة يكون المصرف مسؤولا على كل ما يتعلق بالمشروع من أجل التسليم، والجودة، والتأمين، والعميل يكون مسؤولا على تسديد الثمن في الآجال المحددة في العقد، أو مستصنعا وفي هذه الحالة يكون العميل مسؤولا مسؤولية تامة على تنفيذ الشروط الموجودة في العقد، كم جودة المواد المستعملة، والآجال التسليم، والتأمين ويكون ملتزما بالشرط الجزائي عند الإخلال بالعقد، أو أحد عناصره، أو الاستصناع الموازي، وفي هذه الحالة يقوم المصرف بعقدين العقد الأصلي يكون فيه صانعا، والعقد الثاني يكون مستصنعا، ويكون الأجل في العقد الأول أبعد من الأجل في العقد الثاني[1].

[1] http://WWW.alsalamalgeria.com.com/?path=catalogue.produits.produits.50. 2019/06/15-19:27م.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما.

بفضل الله وعونه تم إتمام هذا البحث البسيط، فنأمل أن نكون قد وفقنا فيه ولو بالقليل وسنختم بحثنا هذا بأهم النتائج والتوصيات:

1.التعريف المختار لحقيقة الاستصناع هو أنه: "عقد على صنع شيء موصوف في مادته من عند الصانع على وجه خاص.

2. إن عقد الاستصناع عقد ملزم للعاقدين إذا توافرت فيه الأركان والشروط, ويجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف طارئة.

3. ينتهي عقد الاستصناع بالتنفيذ أو بالفسخ الرضائي أو القضائي.

4. عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الحركة الاقتصادية من خلال تمويل المشاريع والشركات الكبرى.

5. تحديد الأجل في الاستصناع من أجل دفع الضرر.

6. عقد الاستصناع عقد مستقل عند الحنفية له ضوابطه الشرعية.

7. يجوز أن يكون عقد الاستصناع عقدا موازيا, وذلك بشرطين: عدم اشتراط عمل الصانع بنفسه, وعدم وجود خبرة معينة في العقد .

8.التكييف الفقهي لعقد الاستصناع بأنه عقد وليس وعدا.

9.جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أدرجوه ضمن أحكام السلم.

10.للاستصناع دور كبير في تمويل المشاريع والشركات الكبرى.

أهم الاقتراحات و التوصيات

وبناء على ما تقدم من نتائج نقدم بعض الاقتراحات والتوصيات:

1.التشجيع على مواصلة البحث في عقد الاستصناع خاصة من الناحية الشرعية.

2.توضيح أحكام عقد الاستصناع الشرعية وتطبيقها على المعاملات المعاصرة.

3.محاولة استبدال المعاملات الربوية في البنوك بعقود الاستصناع وتكييفها ضمن ما تقتضيه أحكام المعاملات الإسلامية.

فهرس الآيات

السورة	الآية ورقمها	الصفحة
البقرة	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴿١٨٥﴾﴾ **(الآية 185)**،	34
البقرة	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ ﴿٢٨٦﴾﴾ **(الآية 286)**	34
البقرة	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ **275**	52
البقرة	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى .....﴿٢٨٢﴾﴾ **282**	52
النساء	"قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ۚ ...﴿٢٨﴾﴾" **الآية (28)**	34
المائدة	" قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ۚ" **(01)**	06
النحل	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴿٩١﴾﴾ **(91)**.	37
الإسراء	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾﴾ " **(34)**	37
الكهف	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿قَالُوا۟ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّى فِيهِ رَبِّى خَيْرٌ فَأَعِينُونِى بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا ﴿٩٥﴾ ءَاتُونِى زُبَرَ ٱلْحَدِيدِ ۖ حَتَّىٰٓ إِذَا سَاوَىٰ بَيْنَ ٱلصَّدَفَيْنِ قَالَ ٱنفُخُوا۟ ۖ حَتَّىٰٓ إِذَا جَعَلَهُۥ نَارًا قَالَ ءَاتُونِىٓ أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا ﴿٩٦﴾ فَمَا ٱسْطَٰعُوٓا۟ أَن يَظْهَرُوهُ وَمَا ٱسْتَطَٰعُوا۟ لَهُۥ نَقْبًا ﴿٩٧﴾ قَالَ هَٰذَا رَحْمَةٌ مِّن رَّبِّى ۖ فَإِذَا جَآءَ وَعْدُ رَبِّى جَعَلَهُۥ دَكَّآءَ ۖ وَكَانَ وَعْدُ رَبِّى حَقًّا ﴿٩٨﴾﴾: **94-97**	36

الكهف	" قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿فَٱنطَلَقَا حَتَّىٰٓ إِذَآ أَتَيَآ أَهۡلَ قَرۡيَةٍ ٱسۡتَطۡعَمَآ أَهۡلَهَا فَأَبَوۡاْ أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارٗا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥۖ قَالَ لَوۡ شِئۡتَ لَتَّخَذۡتَ عَلَيۡهِ أَجۡرٗا ٧٧﴾ (77)	37
الأنبياء	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَعَلَّمۡنَٰهُ صَنۡعَةَ لَبُوسٖ لَّكُمۡ لِتُحۡصِنَكُمۡ مِّنۢ بَأۡسِكُمۡۖ فَهَلۡ أَنتُمۡ شَٰكِرُونَ ٨٠﴾ ". (80	36
الحج	وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ ٧٨﴾ الآية (78)	34
النمل	﴿صُنۡعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ أَتۡقَنَ كُلَّ شَيۡءٍۚ ٨٨﴾ " (88)	07

فهرس الأحاديث

الحديث	الصفحة
أراد أن يكتب إلى العجم فقيل له إن العجم لا يقبلون إلا كتابا عليه خاتم فاصطنع خاتما من فضة قال كأني أنظر إلى بياض في يده.	38
اصطنع خاتما من ذهب وكان يجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر، فحمد الله وأثنى عليه فقال: إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه فنبذه، فنبذ الناس	35
إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه	34
أي الأعمال أفضل قال الإيمان بالله والجهاد في سبيله قال قلت أي الرقاب أفضل قال أنفسها عند أهلها وأكثرها ثمنا قال قلت فإن لم أفعل قال تعين صانعا أو تصنع لأخرق قال قلت يا رسول الله أرأيت إن ضعفت عن بعض العمل قال تكف شرك عن الناس فإنها صدقة منك على نفسك)	38
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة امرأة قد سماها سهل أن امري غلامك النجار يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته بعملها من ظرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت)	38
قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين...فقال: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)	52
لا تبع ما ليس عندك	45
لا تجتمع أمتي على ضلالة"	35
ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده وإن نبي الله داوود عليه السلام كان يأكل من عمل يده".	39
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن	39
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح	35
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيئا).	33

من استأجر أجيرا فليعلمه أجره	19
من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه	27
نهى عن بيع الكالئ بالكالئ)	45

فهرس الأعلام

الرقم	العلم	الصفحة
01	ابن قيم الجوزية	41
02	ابن الهمام	32
03	ابن رشد	42
04	الإمام محمد	31
05	التفتازاني	46
06	الجصاص	40
07	الدردير	42
08	الزجاج	37
09	زفر	42
10	السرخسي	09
11	السمرقندي	32
12	الشيخ عليش	45
13	العضد	33
14	القسطلاني	33
15	الكاساني	08
16	المرداوي	45
17	الماوردي	39

القرآن الكريم- رواية ورش عن نافع

أولا: كتب التفسير

1. الزجاج، أبو إسحاق- **معاني القرآن وإعرابه**- تح: عبد الجليل عبده الشلبي- بيروت- ط: 1- 1480هـ/ 1988م- ج: 3.
2. الطبري، ابن جرير- **جامع البيان عن تأويل آيات القرآن**- تح: بشار عواد معروف- بيروت- مؤسسة الرسالة- ط: 1- 1415هـ/1994م-ج: 5.
3. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل- **تفسير القرآن العظيم**- تح: سامي بن محمد السلامة- الرياض- دار طيبة- ط: 2- 1420هـ/1999م- ج: 5.

ثانيا: كتب الحديث

1.البخاري، أبو عبد الله بن إسماعيل- **صحيح البخاري**- دار ابن كثير- دمشق- بيروت- ط: 1- 1423هـ/2002م.

2.القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد- **سنن ابن ماجه**- تح: محمد فؤاد عبد الباقي- دار الجيل- ج: 2.

3.الحافظ المنذري- **مختصر صحيح مسلم**- تح: محمد ناصر الدين الألباني- المكتب الإسلامي- ط: 6- 1407هـ/1987م- ج: 1.

4.النيسابوري، أبو عبد الله- **المستدرك على الصحيحين**- تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات- دار التأصيل- ط: 1-1435هـ/2014م-ج: 3.

ثالثا: الكتب الفقهية

4. البابرتي، أكمل الدين- **العناية على شرح الهداي**ة- لبنان- بيروت- دار الفكر- ط: 1- ج: 5.
5. البهوتي، منصور بن يونس- **كشاف القناع عن متن الإقناع**- تح: مصطفى هلال- بيروت-دار الفكر- ط: 1-ج: 2.
6. الدسوقي، ابن عرفة- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**- تح: محمد عبد الله شاهين- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 3-ج: 3.

7. الجصاص، أبو بكر الرازي- **أحكام القرآن**- تح: عبد السلام محمد علي شاهين- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- 1415هـ/1994م- ط: 1- ج: 2.

8. الزرقا، مصطفى أحمد- **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة**- ط:

9. ابن عابدين، محمد الامين- **رد المحتار على الدرر المختار**- بيروت- دار الفكر- ط: 2- 1412هـ/1992م- ج: 5.

10. الفيومي، أبو العباس- **المصباح المنير في غريب شرح الكبير**- ط: 1- 1322هـ-ج: 1.

11. الكاساني، علاء الدين- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**- دار الكتب العلمية- ط: 2- 1406هـ/1986م-ج: 5.

12. 9الخثلان ، سعد التركي- **فقه المعاملات المالية المعاصرة**- الرياض- دار الصميعي-ط: 1- 1433هـ/2012م

10. غازي، خالد أبو عرابي- **المقاولة من الباطن**- الأردن- دار وائل- ط: 1- 2009م.

11. فرغلي، عبد الحفيظ- **البيوع في الإسلام**- القاهرة- دار الصحوة- ط: 1- 1408هـ- 1989م

12. العايد، عد الرحمن- **عقد المقاولة**- الرياض- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية- ط: 1- 1425هـ/2004م.

13. الزرقا، مصطفى- **المدخل الفقهي العام**-ج: 3

14. ابن رشد، محمد-**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**- بيروت- لبنان- دار المعرفة- ط: 6- 1402هـ/1982م-ج:

15.ابن الهمام، الحنفي- كمال الدين- **شرح فتح القدير**- تح: عبد الرزاق غالب المهدي- مصر- المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق- ط: 1- 1316هـ- ج: 5.

16. السمرقندي، علاء الدين- **تحفة الفقهاء**- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 1- 1441هـ/1993م- ج:2.

17. السبكي، علي ابن عبد الكافي- **الإبهاج في شرح المنهاج**- بيروت- لبنان- دار الكتب العلمية- ط: 1- 1424هـ/2004م-ج: 3.

18. القسطلاني، أحمد ابن محمد- إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري- تح: محمد عبد العزيز الخالدي- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 1- 1971م- ج: 5.

19.الشاطبي، أبو إسحاق- **الموافقات في أصول الشريعة**- تح: عبد الله الدراز- لبنان- بيروت- دار المعرفة- ج: 1.

20.الزركشي، بدر الدين- **البحر المحيط في أصول الفقه**- تح: عبد الستار أبو غدة- القاهرة- دار الصفوة- ط: 2- 1413هـ/1992م-ج: 6

21.عضد الدين- عبد الرحمن الإيجي- **شرح مختصر منتهى الأصول**- تح: محمد حسن إسماعيل- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط: 1- 1424هـ/2004م- ج: 3.

22.القرطبي: أبو عبد الله محمد- **الجامع لأحكام القرآن**- تح: عبد الله بن المحسن التركي- لبنان- بيروت- ط: 1- 1420هـ/2006م- ج: 5.

23.العسقلاني، عبد الله- **فتح الباري في شرح صحيح البخاري**- لبنان- بيروت- المكتبة السلفية- ط: 1- ج: 4.

24. النووي، محي الدين- **روضة الطالبين وعمدة المفتين**- بيروت- المكتب الإسلامي- ط: 3- 1412هـ/1991م-ج: 4.

25. الأصبحي، مالك بن أنس- **المدونة الكبرى ويليها مقدمات ابن رشد**- ج: 3.

26. الشيرازي، أبو إسحاق- **المهذب في فقه الإمام الشافعي**- تح: محمد الزحيلي- دمشق- دار القلم- ط: 1- 1417هـ/1996م- ج: 3.

27. السالوس، علي أحمد- **فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر**- قطر- دار الثقافة- ط: 7- 1429هـ/2008م.

28. أبو السعادات، المبارك بن محمد الجزري- **النهاية في غريب الحديث والألفاظ**- تح: محمود محمد الطاحي- المكتب الإسلامي- ط: 1- ج: 4

29. المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**- تح: محمد الحامد الفقي- السنة المحمدية- ط: 1- 1375هـ/ 1956م-ج: 4.

30. البزدوي، فخر الإسلام- **فوائد البزدوي**- تح: عامر أحمد الندوي- دار الكتب العلمية- ط: 1- ج: 2.

31. التفتازاني، سعد الدين مسعود- **التلويح على شرح التوضيح**- تح: زكريا عميرات- لبنان- بيروت- دار الكتب العلمية- ط:1- ج: 2.

32. الشوكاني، محمد بن علي، **إرشاد الفحول**- تح: أبو حفص سامي بن العربي الأثري- الرياض- دار الفاضلة- ط: 1- 1421هـ/ 200م-ج: 2.

33.الفاسي، أبو عبد الله محمد- **الاتفاق و الإحكام في شرح تحفة الحكام**- تح: محمد عبد السلام محمد سالم- القاهرة- دار الحديث- 1422هـ/2011م- ج: 2.

34. الأشقر، محمد سليمان- **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**- الأردن- دار النفائس- ط: 1- 1403هـ/1989م-ج: 1.

35.التواتي، بن التواتي- **المبسط في الفقه المالكي بالأدلة**- الجزائر- دار الوعي- ط: 1- 1430هـ/2009م-ج: 5.

36. ابن حجر الهيثمي، شهاب الدين- **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**- مصر- دار إحياء التراث العربي- مطبعة مصطفي محمد- ج: 5.

37. ابن قدامة، موفق الدين- **المغني المحتاج بشرح مختصر الخرقي**- تح: عبد الله بن عبد المحن التركي- الرياض- دار عالم الكتب – ج: 6.

38. الموصلي، عبد الله بن محمود- **الاختيار لتعليم المختار**- تح: محمد شعيب الأرنؤوط- دمشق- سوريا- دار الرسالة العالمية- ط: 1- 1430هـ/2009م- ج: 2

39. الدردير، أبو البركات أحمد- **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك**- تح: مصطفي كمال وصغي- القاهرة- دار المعارف- ج: 3.

40. القرشي الحنفي، محي الدين- **الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية**- دائرة المعارف النعمانية- ط: 1- 1414هـ/1993م- ج: 2.

41. ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد – **أعلام الموقعين عن رب العالمين**- تح: أبو عبيدة بن حسن آل سلمان- دار ابن الجوزي- ط: 1- 1463هـ-ج: 2.

رابعا: الكتب القانونية

1.شنب محمد لبيب-**شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء**-الإسكندرية-منشأة المعارف- ط:2-2004م.

2.الزهدي، يكن- **شرح قانون الموجبات والعقود**- بيروت-لبنان-دار الثقافة – ج:11

3. الشهاوي، قدري عبد الفتاح- **عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن** – منشأة المعارف- الإسكندرية-ط:3- 2002م.

4. أبو سعود، رمضان-**النظرية العامة للالتزام** -الإسكندرية – دار المطبوعات الجامعية – ط:1- 2002م-2003م.

5. سعدي صبري- **النظرية العامة للالتزام**- الجزائر- دار الهدى-ط:1-1991م.

6.الحموي، أسامة – **الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله**-سوريا-دمشق-مطبعة الزرعي- ط:1.

7.الزحيلي وهبة-**نظرية الضمان** -بيروت-دار الفكر-ط:9- 1433هـ/2012م.

8. السرحان، عدنان ابراهيم- **شرح القانون المدني في العقود المسماة**-عمان-دار الثقافة-ج:1.

9.الزحيلي وهبة- **العقود المسماة في قانون المعاملات**- ط:2- 1430هـ/ 2009م.

10. السنهوري، عبد الرزاق- **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-لبنان**- منشورات الحلبي الحقوقية – ط:3- 2009م- ج:7.

11.الفضلي، جعفر-**الوجيز في العقود المدنية**- الأردن- مكتبة الثقافة – ط:2- 1997م -ج:1.

12. آل محمود، عبد الله بن زيد- **أحكام عقود التأمين ومكانها في شريعة الدين** – ط:3- 1436هـ/2015م- ج:4

خامسا: كتب التراجم والمعاجم

1. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني -**تاج العروس**- باب العين- مادة عقد- تح: عبد العزيز مطر- ط:2- 1414هـ/1994م.

2. الزركلي، خير الدين- **تراجم الأعلام**- لبنان- بيروت- دار العلم للملايين- ط: 1.

3. الذهبي، شمس الدين- **سير أعلام النبلاء**- تح: أكرم البوشي- بيروت- مؤسسة الرسالة- ط: 1- 1403هـ/1913م- ج: 4.

4. بن عبد البر، يوسف- **الاستيعاب في معرفة أسماء الأصحاب**- بيروت- دار الجيل- ط: 1- 1412هـ-ج: 1.

5. أبو القاسم، عبد الله الملك بن شكوال- **الغوامض والمبهمات**- تح: محمود مغراوي- جدة- دار الأندلس الخضراء- ط: 1- 1415هـ/1994م.

6.ابن منظور، الإفريقي المصري–**لسان العرب**–بيروت–دار إحياء التراث العربي – باب العين – مادة عقد– ط:1.

سادسا: الرسائل العلمية

1. بلحاج العربي– **النظرية العامة في القانون الجزائري** ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر– العدد1.

2. حسام الدين، خليل– **عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية**– قطر– كلية الدراسات الإسلامية.

3. الزحيلي، وهبة– **عقد المقاولة بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشر 2004م** مجلة الأحكام العدلية المادة (255–474).

4. اسطنبولي، محي الدين– **عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**– جامعة الجزائر– 1436هـ1437هـ/2015/2016.

5. شاشوا، إبراهيم– **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي**– جامعة دمشق– كلية الشريعة.

6. قراريه، زياد شفيق حسن– **عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني**– رسالة ماجيستر – جامعة النجاح الوطنية– كلية الدراسات–2004م.

7. القرة داغي، علي محي الدين– **عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز**– كلية الشريعة والقانون– الدراسات الإسلامية– جامعة قطر– العدد 11–1414هـ/1993م.

8. كاسب البدران، عبد الكريم– **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**– السعودية– جامعة الملك فيصل– كلية التربية– ط: 2– 1404هـ/1984م.

سابعا: المواقع الإلكترونية

1– https//:WWW.ibn–Mahmoud.comم2019/06/22–00:27

2– htt://albaraka- bank.com/ar/index.php ?option=com-content&task=view&Itemid=83–19:27 : .م2019/06/15

3– http://WWW.alsalamalgeria.com.com/?path=catalogue.produits.produits.50 .م2019/06/15–19:27