

عمادة الدراسات العليا  
جامعة القدس

عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة

أحمد شحدة إسماعيل إبراهيم العيايدة

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

2004-2005م

عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة

مقدمه من

أحمد شحدة إسماعيل العييدة

بكالوريوس شريعة إسلامية من جامعة الخليل عام 1992

المشرف: الدكتور شفيق عيَّاش

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في

الدراسات الإسلامية المعاصرة

جامعة القدس

شباط/2005م

برنامج الدراسات الإسلامية  
عمادة الدراسات العليا  
جامعة القدس

## عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة

اسم الطالب: أحمد شحدة إسماعيل إبراهيم العيايدة  
الرقم الجامعي: 20010618  
المشرف: الدكتور شفيق عيَّاش  
نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2005/2/23م  
من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوقيعهم:

- |                         |                    |          |
|-------------------------|--------------------|----------|
| 1- د. شفيق موسى عيَّاش  | رئيس لجنة المناقشة | التوقيع: |
| 2- د. محمد مطلق عسَّاف  | ممتحناً داخلياً    | التوقيع: |
| 3- د. ناصر الدين الشاعر | ممتحناً خارجياً    | التوقيع: |

جامعة القدس - القدس

2005م

## الفصل الأول: تمهيد ، وفيه مبحثان .

المبحث الأول: حرية المكلفين في إنشاء العقود

المبحث الثاني: حكم بيع المعدوم .

# الفصل الأول

## تمهيد

اختلف فقهاء المذاهب الفقهية في عقد الاستصناع وهل هو من العقود المسماة أم لا، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ليس من العقود المسماة وألحقه بعقد السلم، وخالفهم فقهاء الحنفية واعتبروه عقداً مستقلاً ومن العقود المسماة في الشريعة الإسلامية. لذلك لا بد من بحث هذه المسألة قبل الخوض في تفاصيل عقد الاستصناع في مبحثين هما:-

المبحث الأول: حرية المكلفين في إنشاء العقود.

المبحث الثاني: حكم بيع المعدوم .

## المبحث الأول

### حرية المكلفين في إنشاء العقود

وفيه أربعة مطالب

#### المطلب الأول: آراء الفقهاء في حرية المكلفين في إنشاء العقود

اختلف الفقهاء في مدى حرية المكلفين في إنشاء العقود على رأيين (١) هما :

الرأي الأول : إن الأصل في العقود الحظر إلا ما ورد من الشارع بإباحته وقال بهذا

الرأي الظاهرية .

قال ابن حزم (٢): وأما العقود والعهود والشروط والوعود فإن أصل الاختلاف فيها على

قولين لا يخرج الحق عن إحداها وما عداها فتخليط ومناقضات لا يستقر لقائلها قول على

<sup>١</sup> - أنظر ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم. مجموع فتاوى ابن تيمية -126/29 وما بعدها ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، وابن حزم، أبي محمد الأندلسي. الإحكام في أصول الأحكام- 775/ 5 وما بعدها ، تحقيق: محمد أحمد عبد العزيز، مكتبة عاطف: القاهرة، 1987م.

<sup>٢</sup> - ابن حزم: هو علي بن أحمد بن سعيد بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان بن يزيد ، ولد سنة أربع وثمانين وثلاثمائة ، سمع من مجموعة من العلماء منهم أبو عمر أحمد بن الجسور ويحيى بن مسعود وغيرهم وكان شديد الذكاء وواسع الإطلاع بدأ حياته مقلداً للشافعي ثم اتبع الظاهرية ومات عليها ومن كتبه : المحلى ، والإحكام في أصول الأحكام ، توفي سنة ست وخمسين وأربعمئة. انظر: الذهبي، شمس الدين بن محمد بن أحمد. تحقيق: عمر عبد السلام تدمري تاريخ الإسلام- 403/30 ، ط1، دار الكتاب العربي: بيروت، 1994م.

حقيقة فأحد القولين المذكورين هو: إما أنها كلها باطل غير لازم إلا ما أوجبه منها نص أو أباحه نص.

والثاني: أنها كلها لازم حق إلا ما أبطله منها نص (١).

ثم يفصل في الرأيين وهو من أصحاب الرأي الأول .

الرأي الثاني: إن الأصل في العقود الإباحة إلا إذا ورد من الشارع نص بتحريمه وبه

قال جمهور الفقهاء (٢).

قال ابن تيمية (٣) من الحنابلة: ( إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا

يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً، وأصول أحمد المنصوصة أكثرها يجري على هذا القول ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه) (٤).

وقال الزيلعي (٥) من الحنفية: (لا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل

والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها) (٦) .

وقال الكاساني (٧) من الحنفية في باب الشركات: ( إن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استئمان المال وهذا النوع) يقصد شركة العنان ( طريق صالح للإستئمان فكان مشروعاً) (٨) .

وقال الشافعي وهو إمام المذهب: ( فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين

الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان

١ - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام - 775/5 .

٢ - أنظر: ابن تيمية . مجموع الفتاوى- 126/29، وما بعدها، والزيلعي، تبیین الحقائق- 87/4، والكاساني، بدائع الصنائع- 79/6، والشافعي، الأم- 3/3، وابن القيم، إعلام الموقعين- 384/1 .

٣ - ابن تيمية: هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني الحنبلي، ولد سنة إحدى وستين وستمائة وأخذه والده إلى دمشق، وتلقى العلم على مجموعة من العلماء منهم ابن عساكر وأبو اليسر وابن الصيرفي وغيرهم، وكان بارعاً في مختلف العلوم وانتهت إليه رئاسة المذهب في زمانه حتى أنه لم يتقيد من سعة علمه بحدود مذهبه، ومن أهم مؤلفاته ما نقله عنه تلاميذه كتاب الفتاوى، توفي سنة ثمان وعشرين وسبعمائة أنظر: ابن العماد، أبي فلاح عبد الحي، (1089هـ). شذرات الذهب- 80/6، ط2، دار المسيرة: بيروت، 1979م.

٤ - ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية - 132/29 .

٥ - الزيلعي: هو يوسف بن عبد الله بن يونس بن محمد جمال الدين الزيلعي، نسبة إلى زيلع على ساحل الحيشة من علماء الحنفية برز في الفقه والحديث وله تخريج أحاديث الهداية وغيره، توفي سنة اثنتين وستين وسبعمائة للهجرة. أنظر:

اللكوني، أبي الحسنات محمد عبد الحي. الفوائد البهية في تراجم الحنفية- ص228، دار المعرفة للطباعة والنشر: بيروت

٦ - ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية - 132/29 .

٧ - الكاساني: هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني من علماء الحنفية صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء أخذ العلم عن علاء الدين السمرقندي وله كتاب السلطان المبين في أصول الدين، مات سنة سبع وثمانين وخمسائة ودفن بظاهر حلب عند قبر زوجته فاطمة ابنة صاحب التحفة الفقيه العالم. أنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ص53.

٨ - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - 79/6، ط1، دار، الفكر للطباعة والنشر: بيروت، 2000م .

في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه وما فارق ذلك أبخناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى) (١).  
وقال ابن القيم (٢) وهو من الحنابلة: (وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع وهذا القول هو الصحيح، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم) (٣).

ما ذكرناه من كلام الفقهاء يفيد أن رأي الجمهور في العقود والعهود والبيوع والشروط أن الأصل فيها الإباحة إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً وذلك تحقيقاً لمصالح العباد ورفع الحرج عنهم، لأن من أهم أهداف الشريعة الإسلامية رفع الحرج عن الناس ومراعاة مصالح العباد والمقصود هنا المصالح المعتبرة شرعاً .  
وسأتكلم عن هذه الآراء وأدلتها ومناقشتها فيما يأتي :

## المطلب الثاني: أدلة الفريق الأول ووجه الاستدلال عندهم

استدل الفريق الأول بجملة أدلة أذكر منها (٤):

أولاً: من القرآن الكريم.

1. قوله تعالى: (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ

ديناً) (٥).

2. قوله تعالى: (وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ) (٦).

3. قوله تعالى: (وَمَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ

مُهِينٌ) (٧).

١ - الشافعي ، محمد بن إدريس ، (ت204). ألام - 3/3 ، ط2، دار المعرفة: بيروت، 1997م .  
٢ - ابن القيم: هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي الفقيه الحنبلي المشهور بابن قيم الجوزية، ولد سنة إحدى وستين وثمانمائة وتفقّه على شيخ الإسلام ابن تيمية ورافقه آخر حياته وكان بارعاً في مختلف العلوم وانتهت إليه رئاسة المذهب في زمانه، وترك مجموعة كبيرة من الكتب والمؤلفات منها: تهذيب سنن أبي داود، ومنازل السائرين، وزاد المعاد وإعلام الموقعين وغيرها من الكتب ، توفي سنة إحدى وخمسين وسبعمائة. أنظر: ابن العماد. شذرات الذهب-6/168.  
٣ - ابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين- 384/1 ، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، ط1، دار الكتب الحديثة: القاهرة.  
٤ - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام-5/782 .  
٥ - سورة المائدة- آية- 3 .  
٦ - سورة البقرة- آية- 229 .  
٧ - سورة النساء- آية- 14 .

## ثانياً: من السنة الشريفة .

ما ورد في الصحيحين من قصة بريدة المشهورة عن عائشة: ( أنه صلى الله عليه وسلم وقف خطيباً فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله وقال : ما بال رجالٍ يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ وإن كان مئة شرطٍ ، قضاءً الله أحقُّ وشرطُ الله أوثقُ وإنما الولاءُ لمن أعتق ) (١) .

### وجه الاستدلال عندهم (٢) :

قالوا إن الآية الأولى دلالتها واضحة على أن الله قد أكمل لنا الإسلام بكل تشريعاته وبما يحتوي من عقود وشروط، فلا حاجة لأن يجدد المسلمون شيئاً من العقود أو الشروط لأنه يكون زيادة على تشريع الله عز وجل، والآية الثانية والثالثة فيهما وعيد لكل من يخالف أمر الله أو يتعدى حدوده بأي زيادة أو نقصان في تشريع الله عز وجل .

وأما الحديث فهو صريح في النهي عن كل شرط ليس في كتاب الله وهذا فيه دلالة واضحة على أن العقود والشروط المباحة هي ما شرعه الله في كتابه وفي سنة نبيه صلى الله عليه وسلم دون زيادة أو نقص .

وقالوا: إن هذه النصوص التي استشهدوا بها من الكتاب الكريم والسنة الشريفة تدل دلالة قاطعة على إبطال كل عهد وكل وعد وكل عقد وكل شرط ليس في كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

وكل عهد أو وعد أو عقد أو شرط لا يخلو من أحد وجهين، إما أن يكون منصوصاً عليه في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وهذا لا يكون فيه خلاف، أما إن كان غير منصوص عليه في كتاب الله وسنة رسوله فيقع هنا الخلاف فإن كان كذلك ففيه أربعة احتمالات وهي :

الأول : أن يكون فيه إباحة ما حرم الله في القرآن الكريم والسنة الشريفة وهذا عظيم لا يحل، حيث يقول الله عز وجل: ( وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ ) (٣) .

١ - البخاري- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، (ت256) . صحيح البخاري - 641/2، باب إذا اشترط في البيع شروطاً لا تحل، رقم الحديث: 2168 ، ط4، المكتبة العصرية: بيروت، 2000م.

٢ - ابن حزم- الإحكام في أصول الأحكام - 783/5 .

٣ - سورة التوبة-آية- 29 .

الثاني : أن يكون التزم فيه تحريم ما أباحه الله تعالى في الكتاب الكريم والسنة الشريفة وهذا عظيم لا يحل، قال تعالى: ( يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ) (١).  
 الثالث : أن يكون التزم إسقاط ما أوجبه الله تعالى من فروض وهذا عظيم أيضاً ولا يحل، لأن الفروض كالصلاة والزكاة والصيام جاءت بنص قطعي .  
 الرابع: أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله عليه وهذا أيضاً لا يجوز، لأنه من أوجب على نفسه شيئاً فقد شرع والتشريع بيد الله وحده .

**المطلب الثالث: أدلة الفريق الثاني ووجه الاستدلال عندهم (٢) .**  
**أولاً: من القرآن الكريم .**

1. قوله تعالى : ( وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ) (٣).
  2. قوله تعالى : ( كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ) (٤).
  3. قوله تعالى : ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ) (٥) .
  4. قوله تعالى: ( يُوفُونَ بِالنَّذْرِ ) (٦).
  5. قوله تعالى: ( وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ، الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ ) (٧).
- ثانياً: من السنة الشريفة .

1. قوله صلى الله عليه وسلم: ( أربعٌ من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلةٌ منهن كانت فيه خصلةٌ من النفاق حتى يدعها ، إذا حدثت كذب ، وإذا وعدت أخلف ، وإذا عاهدت غدر، وإذا خاصم فجر ) (٨).
2. قوله صلى الله عليه وسلم: ( أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ) (٩) .

١ - سورة التحريم- آية- 1 .  
 ٢ - ابن تيمية، مجموع فتاوي ابن تيمية - 126/29 وما بعدها. وابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين- 384/1 وما بعدها.  
 ٣ - سورة الإسراء- آية - 34 .  
 ٤ - سورة الصف- آية- 3 .  
 ٥ - سورة المائدة - آية- 1 .  
 ٦ - سورة الإنسان - آية- 7 .  
 ٧ - سورة البقرة - الآيتان- 26-27 .  
 ٨ - البخاري ، صحيح البخاري -35/1 ، باب علامة المنافق ، رقم الحديث: 33.  
 ٩ - البخاري ، صحيح البخاري - 1659/3 ، باب الشروط في النكاح ، رقم الحديث: 5151.

3. وقوله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم) (١) .
4. وقوله صلى الله عليه وسلم: (لكلٍ غادرٍ لواءٌ عند إستهٖ) (٢) يوم القيامة (٣).
5. قوله صلى الله عليه وسلم: (قالَ اللهُ تعالى : ثلاثةٌ أنا خصيمهم يومَ القيامةِ : رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باعَ حرّاً ثم أكلَ ثمنه ورجلٌ أستاَجَرَ أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره) (٤).

### وجه الاستدلال عندهم (٥) :

وهو أن هذه النصوص القرآنية جاءت تأمر بالوفاء بالعهود والعقود أمراً عاماً دون تخصيص سواء كانت عهوداً أم عقوداً بين طرفين أم عهوداً ونذوراً من طرف واحد مما أوجب الإنسان على نفسه ولم يوجبه عليه الحق تبارك وتعالى. فأمر الوفاء بها لو كانت هذه العقود والعهود مقتصرة على ما نص الشارع على تشريعها بالنص لكان مصدر الإلزام فيها هو النص المتعلق بها أصلاً من الكتاب الكريم والسنة الشريفة، وفي هذا الأمر العام من الشارع بالوفاء بالعهود والعقود دون تخصيص دلالة على أن الأصل في هذه العقود والعهود والشروط الإباحة إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً .

وقد أنزل الله تبارك وتعالى الالتزام بالعقود والعهود والنذور التي يلتزم بها الإنسان مختاراً دون أن تكون واجبة عليه أصلاً من الشرع أنزلها منزلة الالتزام بالواجبات المفروضة أصلاً بنص الشارع .

وأما نصوص الأحاديث فدلالاتها واضحة على أن الأصل في العقود الإباحة ففيها أمر عام بالوفاء بالعقود والعهود .

ففي الحديث الأول: اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي يخلف بالوعد، فيه آية من آيات النفاق والنفاق منه في الإسلام.

<sup>١</sup> - ، سنن الترمذي - 73/3 ، باب ما جاء في الرُقْبَى، رقم الحديث: 1357، والنص الكامل له هو: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً) وقال عنه الألباني: حديث حسن صحيح . أنظر: سنن الترمذي- حكم على أحاديثه وعلق عليها الشيخ ناصر الدين الألباني- ص318. ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع- الرياض .

<sup>٢</sup> - إسته: مؤخرته  
<sup>٣</sup> - المنذري ، زكي عبد العظيم. مختصر صحيح مسلم - ص ، 298 تحقيق: الشيخ الألباني، منشورات لجنة إحياء السنة .

<sup>٤</sup> - البخاري ، صحيح البخاري - 656/2 ، باب إثم من باع حرّاً، رقم الحديث: 2227.  
<sup>٥</sup> - ابن تيمية، مجموع الفتاوى- 126/29، وما بعدها. وما بعدها . وابن قيم الجوزية. إعلام الموقعين عن رب العالمين- 384/1 وما بعدها.

وأما الحديث الثاني: ففيه أمر بالوفاء بما اشترطت المرأة من شروطٍ لنفسها، وهذا فيه دلالة على إباحة الشروط والعقود إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً.

وأما الحديث الثالث: وهو قوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون على شروطهم)، فهو أمر للمسلمين بأن يلتزموا ما اشترطوا على أنفسهم من شروط، وهذا أيضاً فيه دلالة واضحة على أن الأصل إباحة الشروط والعقود، إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً لأنه لا يعقل أن يأمر الشارع بالوفاء بالعقود والعهود والشروط إذا لم تكن أصلاً مباحة .  
وأما الحديثان الرابع والخامس: ففيهما نهى من النبي صلى الله عليه وسلم عن الغدر، والغدر هو نكوص عن التزام العهود والعقود والمواثيق .

### المطلب الرابع: مناقشة الأدلة والراجح منها:

رد ابن حزم على الطرف الثاني (١):

قال بأن الأدلة والنصوص التي أوردوها ليس فيها حجة ولا دليل على رأيهم لأنها لم تأت على عمومها، ولكنها في بعض العهود وبعض العقود وبعض النذور وبعض الشروط. وهي قول الرسول صلى الله عليه وسلم: ( لا نذر في معصية ) (٢)، وقوله: (من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله تعالى فلا يعصيه) (٣) ، هذا مع ما جاء من قوله صلى الله عليه وسلم: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل). فصح بهذه النصوص أن تلك الآيات والخبرين إنما هي فيمن شرط أو نذر أو عقد أو عاهد على ما جاء القرآن والسنة بإلزامه فقط، ولا فرق عندنا بين من عقد أو شرط أو عاهد أو نذر أمراً محرماً، كأن يزني أو يكفر أو يقتل بغير حق، وبين من عقد أو شرط أو نذر على أمرٍ فيه إسقاط حق لأحدٍ أو يمنع مباحاً ، لأن التفريق بين الأمرين هو تحكم في الدين في غير محله وهو باطل.  
وقال أيضاً: إن ما استدلووا به من آيات إنما هو حجة لنا وليس لهم، لأن عهد الله جاء مضافاً إلى الله تعالى، ولا يضاف إلى الله إلا ما أمر به لا ما نهى عنه، وما كان خلاف ذلك فهو عهد إبليس، ومن أضافه إلى الله تعالى فقد كذب عليه.

١ - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام - 785/5 وما بعدها .  
٢ - أحمد بن حنبل. مسند أحمد بن حنبل-4/434، باب استخلافه رضي الله عنه. ولكن بنص مختلف وهو: (لا وفاء لنذر في معصية الله). انظر: الألباني. ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل-8/214. وقال عنه حديث صحيح.  
٣ - أحمد بن حنبل . مسند احمد بن حنبل - 6/208 ، الفصل الأول في فضائل الكسب الحلال وذم الحرام. قال عنه الألباني: حديث صحيح. انظر: ارواء الغليل- 8/222.

أما احتجاجهم بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم بأن الإخلاف في الوعد خصلة من النفاق فلا حجة لهم فيه، لأن الوعد غير ملزم قضاءً عندنا وعندهم ، وعندنا من وعد مع يمين ثم أخلف فلا إثم عليه إلا أن يُكفّر عن يمينه، لذلك كان الوعد مع المأمور بالوفاء به مما أمر الله بالوفاء به أصلاً كالديون الواجبة والأمانات الواجبة والحقوق المفترضة. وأما احتجاجهم بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: أحق ما أوفيتُم من الشروط أن تُوفوا به ما استحللتم به الفروج). فإن المقصود منها هنا بالشروط التي أمر الله بها من الصداق والنفقة والكسوة والمسكن والمعاشرة بالمعروف، لا بما نهى الله عنه من أن يستحل الفروج بالشروط الفاسدة المفسدة من تحليل حرام أو تحريم حلال وإسقاط واجب أو إيجاب ساقط .

وأما احتجاجهم بحديث: (المسلمون على شروطهم)، فهو حديث ضعيف لأن فيه (كثير بن زيد) وهو هالك تركه أحمد ويحيى في الرواية الأولى وفي الرواية الثانية فيه (الوليد بن رباح) وهو مجهول. وهذا ادعاء غير صحيح لأن الحديث حسن صحيح كما ذكرنا في الصفحة قبل السابقة.

### رد الجمهور على ابن حزم (١):

قالوا لما كان الأصل هو الوفاء بالعقود والعهود والشروط، إذاً فهي مباحة، فلا يعقل أن يأمر الشارع بالوفاء بما هو غير مباح، ولأنها مأمور بالوفاء بها بنص الشارع فلا يمكن أن تخالف نصاً أو حكماً شرعياً، ولا يمكن لشرط أن يبيح أمراً محرماً كالزنا مثلاً، وإنما يدخل الشرط على الأمر المباح فيوجب الزيادة في المهر والتمن، فالرجل له أن يعطي زوجته أو لا يعطيها أما إذا شرط على نفسه فيصبح واجباً، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للأمر بالوفاء بالعهود والعقود إذا كان الأصل فيها الحظر.

وقالوا أيضاً: وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط ، قال: لأنها إما أن تبيح حراماً أو تحرم حلالاً أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع، وهذا الوهم مردود لأنه ما كان أصله حراماً فالشرط لا يبيحه كالزنا والوطء في ملك

<sup>١</sup> - أنظر: ابن تيمية ، مجموع فتاوى ابن تيمية - 146/29 وما بعدها . وابن قيم الجوزية . إعلام الموقعين عن رب العالمين - 384/1 وما بعدها .

الغير، وأما ما كان مباحاً بدون شرط فالشرط يوجبه، كالزيادة في المهر والثلث وتأخير الاستيفاء .

وقالوا: إن العقود والشروط هي من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فتبقى على الإباحة حتى يرد دليل على تحريمها لقوله تعالى: (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ) (١)، وهو عام في الأفعال والأعيان وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة خلافاً للعبادات التي هي أمور توقيفية لا يعترها الزيادة ولا النقصان والأصل فيها أنها لا تثبت إلا بالنص.

ولو قيدنا هذه الأفعال العادية ومنها الشروط والعقود بقيد العبادات وقلنا: إن الأصل فيها الحظر إلا ما أباحه أو أوجبه نص، فنكون قد أوقعنا الناس في حرج والحرج مرفوع شرعاً، ولأن حياة الناس متطورة فلا يستغنون عن أنماط جديدة من العقود والشروط مراعاة لتطور الحياة، وليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه .

وقال أيضاً: إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجبه على نفسيهما بالتعاقد، لأن الله قال في كتابه العزيز: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) (٢).

وقال تعالى: ( فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ) (٣).

فعلق جواز الأكل بطيب نفس تعليق الجزء بشرطه فدل على أنه سبب له، وإذا كان طيب النفس هو المبيح أكل الصداق فكذلك سائر التبرعات قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن، وكذلك قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) (٤) ، لم يشترط في التجارة إلا التراضي وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة إلا أن تتضمن ما حرمه الله كبيع الخمر مثلاً .

١ - سورة الأنعام - آية- 119.

٢ - سورة النساء - آية- 29 .

٣ - سورة النساء - آية- 4 .

٤ - سورة النساء - آية- 29 .

## الرأي الراجح :

بعد الإطلاع على رأي الفريقين وأدلتها ووجه الاستدلال عند كل فريق منهما ومناقشة هذه الأدلة مناقشة علمية تبين لي أن الرأي الراجح هو رأي الفريق الثاني وهو رأي جمهور الفقهاء، والذي بيّنه ودافع عنه الإمام ابن تيمية وهو: (إن الأصل في العقود الإباحة إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً، والله أعلم) .

ووجه الترجيح أولاً: إن أدلة الفريق الأول أدلة ضعيفة ولم تقوَ على دحض ومواجهة أدلة الفريق الثاني التي كانت دلالتها على الموضوع قوية وواضحة وبيّنة .  
والأمر الثاني: إن رأي الفريق الثاني الذي رجّحته فيه تيسير على العباد وهذا يتفق مع روح الإسلام، لأن الإسلام دين يسر وليس دين عسر مع مراعاة أن اليسر والعسر هو المعتبر شرعاً.

أما رأي الفريق الأول ففيه حرج على الأمة والحرج مرفوع شرعاً لقوله تعالى: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (١).

وبما أنني أثبتت أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً، وعقد الاستصناع عقد لا يخالف نصاً أو حكماً شرعياً، فأكون قد أسست للشق الأول من مشروعية عقد الاستصناع واعتباره عقداً من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية وهو أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً وبقي الشق الثاني وهو حكم بيع المعدوم وهذا ما سأتكلم عنه في المبحث الثاني إن شاء الله .

<sup>١</sup> - سورة الحج - آية - 78 .

## المبحث الثاني

### حكم بيع المعدوم

عند البحث في حكم بيع المعدوم في كتب الفقه لم أجد أنهم أفردوا له باباً مستقلاً، ولكن هناك أقوالٌ متناثرة في كتب الفقه فبعضهم يحرم بيع المعدوم وبعضهم يجيزه ولكن بشروط.

وسأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

### المطلب الأول: عرض الرأي الأول وهو عدم جواز بيع المعدوم

سنورد بعض النصوص والأقوال التي نصت على تحريم بيع المعدوم من أحاديث وأقوال للفقهاء في هذا المطلب .

أولاً : ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم:-

1. نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ، روى حكيم بن حزام قال: (أُتيتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فقلتُ: يَا نَبِيَّ الرَّجُلُ يَسْأَلُنِي مِنَ الْبَيْعِ مَا لِي سَ عِنْدِي أَتَبَاعُ لَهُ مِنْ السُّوقِ ثُمَّ أُبَيْعُهُ ؟ قَالَ : لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ) (١).
2. عن أبي هريرة قال: (نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن بيعِ الحِصَاةِ وبيعِ الغررِ) (٢) (٣).

3. نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن بيعِ الثمارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو صلاحُها، عن ابن عمر رضي الله عنهما: ( أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعِ النخْلِ حتى يزهو وعن السنبلِ حتى يبيضَ ويأمنِ العاهةُ، نهى البائعَ والمشتري ) (٤).
- ثانياً: ما قاله بعض الفقهاء .

1. قال الكاساني في البدائع عند الكلام عن الشروط المتعلقة بالمعقود عليه: (منها أن يكون موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم كبيع ناتج الناتج بأن قال بعت ولد هذه الناقة) (١) .

١ - سنن الترمذي-16/3، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث:1236. قال عنه الشيخ الألباني: حديث صحيح.أنظر: ارواء الغليل- 132/5، رقم الحديث:1292.

٢ - غرر: غرر به تغريراً عرضه للهلكة ، وقيل معناها: خدع. أنظر: مصطفى، إبراهيم وآخرون. المعجم الوسيط-ص648، المكتبة- العلمية طهران.

٣ - صحيح مسلم - 5/3، كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنايذة والغرر والحصاة.

٤ - صحيح مسلم - 11/5، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه.

2. قال ابن رشد (٢): (وأما الركن الثاني الذي هو المعقود عليه فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا، والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدوراً على تسليمه)(٣).

3. قال البهوتي(٤) في الكلام عن شروط المبيع: ( أن يكون معلوماً لهما أي (للبيع

والمشتري)، لأن جهالة المبيع غرر فيكون منهياً عنها فلا يصح) (٥).

4. وقال النووي(٦) في معرض حديثه عن شروط المعقود عليه أي المبيع: ( ولا يجوز بيع

السك في الماء والطير في الهواء ، وبيع اللبن في الضرع باطل) (٧).

وجه الاستدلال عندهم على حرمة بيع المعدوم :

أولاً : الحديث الأول حديث حكيم بن حزام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (لاتبع

ماليس عندك )، وهذا النهي يفيد التحريم ، وهذا العقد إذا وقع يكون باطلاً لما فيه من

احتمال الغرر لعدم قدرته على الوفاء بما التزم به، لأن من الشروط المتعلقة بالمبيع في

عقد البيع أن يكون موجوداً ومقدوراً على تسليمه، وفي هذه الصورة التي يبيع فيها شيئاً

غير موجود وغير معين لا بالتعيين ولا بالوصف يكون فيها احتمال كبير أن لا يجد في

السوق ما يشتريه ليؤدي ما التزم به في عقد البيع، لذلك قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم: ( لا تبع ما ليس عندك ).

ثانياً : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر .

١ - الكاساني، بدائع الصنائع—207/5 .

٢ - ابن رشد: هو محمد بن احمد بن احمد بن رشد، أبو الوليد القرطبي المالكي، قاضي الجماعة بقرطبة، ولد سنة عشرين وخمسائة، وانتهت إليه رئاسة المذهب المالكي في زمانه، ومن مؤلفاته: المقدمات لأوائل كتب المدونة، وبداية المجتهد، واختصار المبسوط، وتوفي سنة خمس وتسعين وخمسائة. انظر: الذهبي. تاريخ الإسلام-443/35.

٣ - ابن رشد،(ت520-595هـ) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، -172/2 ، ط4، دار المعرفة : بيروت، 1995م.

٤ - البهوتي: هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي،(1000-1051هـ)، نسبة إلى بهوت من قرى مصر ،وهو من علماء الحنابلة وكان شيخ الحنابلة في عصره وله مؤلفات منها: كشف القناع عن متن الإقناع، وشرح منتهى الارادات، والروض المربع شرح زاد المستنقع. انظر: الزركلي، خير الدين. الأعلام- 307/7، ط4، دار العلم للملايين: بيروت، 1979م.وهو فقيه أصولي

٥ - البهوتي، منصور بن يونس إدريس. كشف القناع عن متن الإقناع ، ط1 ، -163/3 ، دار الفكر :بيروت، 1984م.

٦ - النووي: هو محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف الدين الحزامي، وهو من أبرز علماء الشافعية ولد سنة إحدى وثلاثين وستمائة في نوا وهي قرية من الشام حفظ المذهب وتلمذ على عدة مشايخ منهم الكمال سائر الأربلي ، والكمال إسحاق المغربي ومن مؤلفاته روضة الطالبين، مات سنة ست وسبعين وستمائة. انظر: الأسنوي، جمال الدين عبد

الرحيم،(772هـ) . طبقات الشافعية- ص407 ، طج، دار الفكر للطباعة والنشر: بيروت.

٧ - النووي ،محيي الدين بن شرف بن زكريا،(ت676هـ). روضة الطالبين وعمدة المفتين - 77\3 وما بعدها ، ط1، دار الفكر:بيروت، 1959م.

وهذا النهي يفيد بطلان كل عقد بني على الغرر، والغرر هو إذا خفي من الشيء مآلاته وعواقبه ونتائجه وثماره، وقيل معناه: (الخداع) كبيع اللبن في الضرع وبيع الناقة والشاة على أنها حامل وبيع السمك في الماء والطيور في الهواء. وبيع الحصة: هو أن يلقي بحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو له، وقيل: أن يلقي بالحصاة على الأرض فيبيعه بقدر ما انتهت إليه الحصة،<sup>(١)</sup>. وكل هذه الأنواع من البيوع نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فيها من غرر. وهذا فيه دلالة واضحة على عدم جواز بيع المعدوم.

ثالثاً: نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها. وسبب النهي هنا أن الثمار قبل بدو صلاحها تكون في حكم المعدوم، لأنها قبل بدو صلاحها لا تأمن الآفات التي تؤدي إلى هلاكها، وقد تكون نتيجتها بعد بدو صلاحها أقل من حيث الجودة والكمية أو أكثر، لذلك كان نهى الرسول الله صلى الله عليه وسلم عن مثل هذه البيوع لما تضمنته من غرر لأن المبيع في حكم المعدوم وهذا فيه دلالة على حرمة بيع المعدوم.

## المطلب الثاني: عرض الرأي الثاني وهو جواز بيع المعدوم

من العلماء الذين تكلموا في هذا الموضوع ابن القيم الجوزية وقد عارض أصحاب الرأي الأول القائل بعدم جواز بيع المعدوم وذكر عدة وجوه منها:

الوجه الأول: ليس في كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة الشريفة النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة كما في النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أم معدوماً، كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن كان موجوداً، إذ موجب البيع تسليم المبيع فإن كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة، وهكذا المعدوم الذي هو غرر نُهي عنه للغرر لا للعدم كما إذا باعه ما تحمل هذه الجارية أو هذه الشاة فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته.

<sup>١</sup> - الصنعاني، محمد بن إسماعيل الكحلاني، (1059-1182هـ). سبل السلام، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام- 15/3، باب شروطه وما نهى عنه، رقم الحديث: 17 شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، (773-852هـ). الناشر، مكتبة الرسالة الحديثة.

الوجه الثاني: إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد اشتداده، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد، والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه، ومعلوم أنه إذا اشتراه قبل الصلاح بشرط القطع كالحصرم جاز فإنما نهى عن بيعه إذا كان قصده التبقية إلى الصلاح، ومن جوز بيعه قبل الصلاح وبعده بشرط القطع أو مطلقاً وجعل موجب العقد القطع وحرّم بيعه بشرط التبقية أو مطلقاً لم يكن عنده لظهور الصلاح فائدة ولم يكن فرق بين ما نهى عنه من ذلك وما أذن فيه (١).

قال ابن قدامة (٢) في معرض كلامه عن شروط المبيع: (وإذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم) (٣).

### المطلب الثالث: نقاش أدلة الطرفين والقول الراجح منها

عند النظر إلى أدلة أصحاب الرأي الأول، نجد أنها لا تفيد عدم جواز بيع المعدوم بالتصريح والدلالة القطعية.

فالحديث الأول: وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (لا تبع ما ليس عندك)، لو تدبرناه لوجدنا أن العلة في النهي هي الغرر، لأن النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أي ليس مملوكاً للإنسان يرجع إلى الخوف من عدم القدرة على تسليم المبيع حال كونه ليس مملوكاً له، وهذا فيه غرر لأن من شروط صحة البيع القدرة على تسليم المبيع وهنا القدرة تكون في دائرة الاحتمال، لأنه ربما لا يجزى في السوق ما يشتري حسب ما أتفق على بيعه في العقد الأول، وهذا لا يدخل فيه كون المبيع معدوماً أو مملوكاً غائباً لأنه يمكن أن يكون المعدوم أو المملوك الغائب مقدوراً على تسليمه في الوقت المحدد حسب شروط العقد خاصة وأن الفقهاء أجازوا تأخير قبض المبيع في بعض البيوع.

١ - ابن القيم، إعلام الموقعين - 463/1.

٢ - ابن قدامة: هو موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي ولد بجماعين بفلسطين سنة إحدى وأربعين وخمسائة وهاجر مع أخيه إلى بغداد وحفظ القرآن وتفقّه على مجموعة من علماء المذهب كابن البطي وابن المني وغيرهم وانتهت إليه رئاسة المذهب في زمانه وألف كتاب المغني ويعتبر من أهم المراجع في الفقه الحنبلي وكتاب البرهان في مسألة القرآن وغيرها من المصنفات وتوفي سنة عشرين وستمائة. انظر: ابن العماد، شذرات الذهب - 87/5.

٣ - ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، (ت630هـ). المغني - 82/4، دار الكتاب العربي: بيروت، 1959م.

وعلق الامام البيهقي (١) في شرح السنة على هذا الحديث فقال: (هذا في بيوع الأعيان دون الصفات، فلو باع قبل السلم في شيء عام الوجود عند المحل المشروط يجوز وإن لم يكن في ملكه حال العقد)(٢).

وعلق الخطابي (٣) في معالم السنن على هذا الحديث فقال: (يريد بيع العين دون بيع الصفة ألا ترى أنه أجاز بيع السلم إلى الآجال وهو بيع ما ليس عند البائع في الحال وإنما نهى عن بيع ما ليس عند البائع من قبل الغرر وذلك مثل بيع عبده الآبق أو جملة الشارد)(٤).

والحديث الثاني: الذي رواه أبو هريرة وهو: (أن الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وبيع الغرر)، دلالة أوضح على علته وهو أن علة النهي هي الغرر وليس العدم، فالنهي هنا لما في البيع من جهالة تقضي إلى الغرر والمنازعة، كما لو باع شاة على أنها حامل أو باع السمك في الماء أو باع ناتج الناقة، فكل هذه البيوع علة النهي فيها واضحة وهي الجهالة والغرر وليس العدمية .

والحديث الثالث: (نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يزهر وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة)، وهذا الحديث أيضاً علة النهي فيه واضحة وهي الجهالة المفضية إلى الغرر، لأن المبيع لم تتضح معالمه وصورته النهائية من نضوج ونمو، وهو معرض للآفات، فربما يتلف كل المحصول أو جزء منه بعد العقد، فهذا أمر مجهول للعاقدين فيه غرر لذلك كانت العلة في النهي عن مثل هذه البيوع هو الخوف من الغرر لا لعدم وجودها.

وأقوال الفقهاء التي أوردناها، تدور حول ما ذكرنا من علة النهي عن مثل هذه البيوع وهو الغرر، وليس النهي عن بيع المعدوم بدلالة الأمثلة التي ذكرناها، كما ذكر الكاساني وضرب مثلاً بقوله: (كبيع ناتج الناتج) (٥). وكما قال ابن رشد: (والركن الثاني الذي هو

١ - الامام البيهقي: هو الحسين بن مسعود بن محمد الفراء، (436-510هـ). يلقب بأبي السنة البيهقي، فقيه محدث ومفسر نسبة إلى (بغا) من قرى خراسان بين هراة ومرو، له (التهذيب) في فقه الشافعية و(شرح السنة) و(مصاييح السنة) وغيره من المصنفات، توفي بمرور الروذ). أنظر: الزركلي. الأعلام- 259/2.

٢ - البيهقي، حسين بن مسعود (436-516هـ). شرح السنة- 140/8، ط2، المكتب الإسلامي: بيروت، 1983م.  
٣ - الخطابي: هو حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي أبو سليمان، (319-388هـ). فقيه محدث من أهل بستان (من بلاد كابل)، من نسل زيد بن الخطاب (أخي عمر بن الخطاب)، له (معالم السنن) مجلدان في شرح سنن أبي داود و(بيان إعجاز القرآن) و(غريب الحديث)، توفي في بستان في رباط على شاطئ هيرمند). أنظر: الزركلي. الأعلام- 273/2.  
٤ - الخطابي (309-388هـ). معالم السنن/شرح سنن أبي داود- 769/3، نشر وتوزيع محمد علي السيد: حمص.  
٥ - الكاساني، بدائع الصنائع - 207/5 .

معقود عليه فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر ومن الربا (١). وكما قال النووي : (ولا يجوز بيع السمك في الماء والطير في الهواء) (٢).

## الرأي الراجح والله أعلم:

وبعد الإطلاع على أدلة الطرفين من المانعين لبيع المعدوم والمجيزين له أرى أن الرأي الراجح هو الرأي الثاني: وهو جواز بيع المعدوم ولكن بشرطين :

الأول: أن لا يفضي إلى جهالة وغرر، بأن يكون موصوفاً وصفاً كاملاً ينفي كل جهالة قد تفضي إلى الغرر .

الثاني: القدرة على التسليم، بأن يكون البائع قادراً على تسليم المبيع في الوقت المحدد حسب شروط العقد.

ولو طبقنا هذين الشرطين على عقد الاستصناع لوجدنا أنهما ينطبقان عليه، فيمكن أن يكون محل العقد أي المستصنع موصوفاً وصفاً ينفي كل جهالة قد تؤدي إلى الغرر، ويمكن تسليمه في الوقت المحدد حسب شروط العقد المتفق عليها.

وبإتمام هذين المبحثين، وهما المبحث الأول: وهو حرية المكلفين في إنشاء العقود، وقلت أن الرأي الراجح فيه: هو أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً.

والمبحث الثاني: وهو حكم بيع المعدوم، وقلت أن الرأي الراجح فيه: هو جواز بيع

المعدوم . أكون قد أسست لبحتي وهو عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، تأسيساً

صحيحاً سليماً وذلك لأن عقد الاستصناع وأن كان عقداً غير مسمى في الأصل عند

جمهور الفقهاء إلا أنني بيّنت أنه يجوز للمسلمين أن يستحدثوا من العقود ما يلبي حاجاتهم

الضرورية كعقد الاستصناع وفق الضوابط الشرعية، وإن كان بيعاً على معدوم فقد بيّنت أنه

يجوز بيع المعدوم، وبذلك يكون عقد الاستصناع من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية

١ - ابن رشد، بداية المجتهد - 172/2.

٢ - النووي، روضة الطالبين - 77/3 .

## الفصل الثاني: تعريف عقد الاستصناع وفيه مبحثان .

المبحث الأول : تعريف عقد الاستصناع عند الحنفية .

المبحث الثاني : تعريف الاستصناع عند الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة.

## الفصل الثاني

### تعريف عقد الاستصناع

#### المعنى اللغوي للاستصناع :

جاء في لسان العرب: (صنعه، يصنعه - صنعا فهو مصنوع أي عمله) . قال تعالى

(صُئِعَ اللهُ الَّذِي أَنْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ) (١).

اصطنعه: اتخذه، قال تعالى: (وَاصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي) (٢).

واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه.

والصناعة: حرفة الرجل وعمله أو ما يستتفع به من أمر.

ورجل صنيع اليدين: أي صانع حاذق (٣).

وجاء في المعجم الوسيط:

(استصنع فلان كذا: طلب منه أن يصنع له.

التصنيع: جعل الأمة صناعية بالوسائل الاقتصادية) (٤).

وجاء في كتاب العين:

(امرأة صناع: هي الصنّاعة الدقيقة في عمل يديها.

المصنعة: شبه صهريج عميق تتخذ للماء وتجمع مصانع .

والمصانع: ما يصنعه العباد من الأبنية والآبار والأشياء) (٥).

وجاء في القاموس المحيط: الصناعة: (حرفة الصانع كالكتابة والصناعة) (٦).

الخلاصة: بعد استعراض جميع التعاريف السابقة استنتجت منها تعريفا لغويا شاملا

للاستصناع وهو : طلب عمل معين من الصانع فيما يصنعه .

<sup>١</sup> - سورة النمل - آية 88 .

<sup>٢</sup> - سورة طه- آية 41 .

<sup>٣</sup> - ابن منظور . لسان العرب - 208/8 ، دار صادر : بيروت.

<sup>٤</sup> - مصطفى ، إبراهيم وآخرون. المعجم الوسيط - 527 ، المكتبة العلمية : طهران.

<sup>٥</sup> - الفراهيدي، الخليل بن أحمد. كتاب العين - 304 /1 ، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السمرائي، ط2، دار الهجرة: إيران، 1409 هـ.

<sup>٦</sup> - الفيروزآبادي . القاموس المحيط - ص 738 ، ط6، مؤسسة الرسالة : بيروت، 1998م.

## المعنى الاصطلاحي للاستصناع:

عند النظر إلى كتب الفقهاء وآرائهم بمختلف مذاهبهم حول موضوع عقد الاستصناع ، نجد أن عقد الاستصناع لم يفرد له باب خاص في كتب الفقه ، ولم ينظر له كعقد مستقل مثل عقد السلم والرهن وغيره من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية، إلا عند فقهاء المذهب الحنفي.

أما فقهاء المذاهب الثلاثة وهم المالكية والشافعية والحنابلة، فقد أوردوه في باب عقد السلم وجوزوه على شروط وأحكام عقد السلم. لذلك قمت بتقسيم الموضوع إلى مبحثين كما يأتي:

### المبحث الأول

#### تعريف عقد الاستصناع عند الحنفية

إن صورة عقد الاستصناع في المذهب الحنفي واضحة ، فهم أوردوه في باب مستقل في كتبهم واعتبروه عقداً مستقلاً ، وعند النظر إلى كلامهم حول الاستصناع وتعريفه نجدهم يقولون:

أولاً: قال الكاساني : (هو عقد على مبيع في الذمة . ويبين لكلامه بقوله: لو قال إنسان لصانع خفاف<sup>(١)</sup> أو صرفلو<sup>(٢)</sup> اعمل لي خفاً أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصنعتة فيقول الصانع نعم) <sup>(٣)</sup>.

ثانياً: قال السمرقندي<sup>(٤)</sup>: (هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع . ويبين لذلك بقوله: والقياس أن لا يجوز وفي الاستحسان: جائز لتعامل الناس فلا جرم اختص جوازه بما فيه تعامل كما في الخف والأواني ونحوها بعد بيان القدر والصفة والنوع) <sup>(٥)</sup>.

ثالثاً: قال السرخسي <sup>(١)</sup>: (هو بيع عين شرط فيه العمل . ويبين لذلك بقوله : استصنع الرجل عند الرجل خفين أو طستاً أو كوزاً أو آنية من نحاس)<sup>(٢)</sup>.

<sup>١</sup> - الخف: ما يلبس الرجل من جلد رقيق في قدمه. أنظر: المعجم الوسيط-ص247.

<sup>٢</sup> - الصفار: صانع النحاس الأصفر. أنظر: المعجم الوسيط-ص517.

<sup>٣</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع - 2/5 .

<sup>٤</sup> - السمرقندي: هو محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي، من علماء الحنفية، صاحب تحفة الفقهاء، وهو أستاذ الكاساني صاحب البدائع، توفي سنة تسع وثلاثين وخمسائة. أنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية-ص158.

<sup>٥</sup> - السمرقندي، علاء الدين، (ت539هـ). تحفة الفقهاء - 363/1 ، دار الكتب العلمية: بيروت ، 1984م.

رابعا : قال ابن عابدين (٣): (هو بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل. ويبيّن لكلامه بقوله: هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص يُعلم مما يأتي)(٤).

خامسا: قال الكمال بن الهمام (٥): (الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو أواني الصرف اصنع لي خف طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا، ويعطي الثمن أو لا يعطي شيئا فيعقد الآخر معه جاز استحسانا) (٦).

سادسا: ورد في مجلة الأحكام العدلية : ( هو عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا. ويبيّن شارح المجلة لذلك بقوله : لو أرى المشتري رجله لِحَقَّافٍ وقال له اصنع لي زوجي خف ، أو تقاول مع نجار ليصنع له زورقا أو سفينة ويبيّن طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار ، انعقد الاستصناع. كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا دينار وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع) (٧).

وقد ذهب كثير من العلماء المعاصرين إلى اعتبار عقد الاستصناع عقداً مستقلاً من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية وأذكر منهم على سبيل التمثيل لا الحصر:

أولاً: قال الدكتور مصطفى الزرقاء: (هو عقد يشتري به في الحال شيئاً مما يصنع يلتزم البائع تقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف معينة)(٨).

<sup>١</sup> - السرخسي: هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي من علماء الحنفية، وسمي بالسرخسي نسبة إلى سرخس وهي من بلاد خراسان، من مؤلفاته المبسوط وشرح السير الكبير، مات سنة تسعين وأربعمائة. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص158.

<sup>٢</sup> - السرخسي، شمس الدين . المبسوط - 84/15 ، ط2 ، دار المعرفة: بيروت.

<sup>٣</sup> - ابن عابدين: هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم، ولد بدمشق سنة ثمان وتسعين ومائة وألف، وهو من آخر مشاهير علماء الحنفية، حفظ القرآن وهو صغير، وترك كثيراً من المؤلفات منها: شرح متن الكافي، وكتاب العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، وكتاب رد المحتار على الدر المختار وغيرها من الكتب وتوفي سنة اثنتين وخمسين ومائتين بعد الألف هجرية. انظر: الزركلي. الأعلام- 42/6.

<sup>٤</sup> - ابن عابدين، محمد أمين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - 474/7، ط1، دار الكتب العلمية: بيروت، 1994م.

<sup>٥</sup> - الكمال بن الهمام: هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام السكندري السيواسي، وهو من علماء الحنفية، ولد سنة ثمان وثمانين وسبعمائة، أخذ العلم عن مجموعة من العلماء منهم السراج الشهير بقاريء الهداية وكان من علماء الحنفية البارزين في مختلف العلوم الشرعية، ومن كتبه: شرح الهداية المسمى بفتح القدير، والتحرير في الأصول وغيره من الكتب، توفي سنة إحدى وستين وثمانمائة. انظر: الفوائد البهية - 180.

<sup>٦</sup> - ابن الهمام، الكمال، (ت 681 هـ). شرح فتح القدير - 114/7، ط1، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى أبيي وأولاده: مصر، 1970م.

<sup>٧</sup> - حيدر، علي. درر الحكام شرح مجلة الأحكام - مادة (388)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية: بيروت.

<sup>٨</sup> - الزرقاء، مصطفى. بحث بعنوان (الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - 233 /2 - الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي - جده - 1992م .

ثانياً: قال الدكتور وهبة الزحيلي: (هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة .وبين لكلامه فقال: إن العقد على شراء ما سيصنعه الصانع وتكون العين والعمل من الصانع كاتفاق شخصين على صنع أحذية أو أنية أو مفروشات ونحوها فهو لا يكون إلا فيما يتعامل به الناس ) (١) .

### التعريف المختار لعقد الاستصناع:

بعد استعراض مجمل أقوال العلماء التي ذكرتها في تعريف الاستصناع أرى أن التعريف الأشمل لعقد الاستصناع والذي استنتجته من مجموع التعاريف السابقة: هو عقد على مبيع في الذمة على وجه مخصوص شرط فيه العمل).

### شرح التعريف ووجه الترجيح فيه:

1- التعريف المذكور يوافق المعنى اللغوي فالاستصناع طلب الصنعة والعقد عقد استصناع.

2- كونه (عقداً) يخرج عن كونه وعداً فهو عقد وليس بوعد عند أغلب فقهاء الحنفية.

3- والقول بأنه (مبيع) يخرج عن كونه إجارة، لأنها عقد على منافع وليست على عين ويخرجه عن كونه إجارة على عمل ، ويقيده بأنه عمل والعين أي المادة الخام من الصانع ولو كانت العين من المستصنع لكانت إجارة وليست عقد استصناع.

4- والقول (في الذمة) قيد احتراز به عن البيع المطلق، إذ إن من شروط البيع أن يكون المبيع مقبوضاً في المجلس وهنا المطلوب صنعه في الذمة.

5- أما القول (على وجه مخصوص) فهو جامع لشروط عقد الاستصناع ، وهي بيان جنس المعقود عليه وصفته ونوعه وقدره وكل الصفات المخرجة له من الجهالة ، وهذا يكون فيما تعارف الناس باستصناعه وهذا قيد يخرج ما لم يتعارف الناس على استصناعه.

6- والقول بأنه (شرط فيه العمل) يخرج عن كونه سلماً ، إذ إن السلم بيع أجل بعاجل فيه مبيع في الذمة ، وشرط العمل يخرج عن كونه مصنوعاً جاهزاً في حال العقد ، لأن الشرط للمستقبل، ولو جيء بالمادة المصنوعة قبل العقد ورضي بها المستصنع انعقد البيع بالتعاطي وليس عقد استصناع.

### مقومات الاستصناع:

١ - الزحيلي، وهبة. الفقه الإسلامي وأدلته - 631/4 ، ط3، دار الفكر : دمشق، 1989م.

من التعريف السابق نجد أن الاستصناع يقوم على:مستصنع وصانع ومال مصنع وثمر.

فالمستصنع: هو طالب الصنعة وقد يكون بنفسه وقد يكون بوكيل عنه وقد يكون شخصا واحدا أو جماعة أو شخصية اعتبارية كمؤسسة مثلا.

والصانع: هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بتصنيعها حسب المواصفات المتفق عليها وقد يكون فردا أو جماعة أو مؤسسة.

المال المصنوع: هو محل العقد وهو المادة الخام المراد تصنيعها وتحويلها إلى الشيء المطلوب حسب المواصفات المتفق عليها في العقد ويسمى المال المصنوع أو المستصنع. الثمن: هو المال الذي يدفعه المستصنع للصانع مقابل عمله في المادة الخام التي يصنع منها الشيء المطلوب حسب المواصفات المتفق عليها في العقد.

## المبحث الثاني

## تعريف الاستصناع عند الجمهور

يعتبر فقهاء المالكية أكثر من تكلم وتوسع في الحديث عن الاستصناع من فقهاء المذاهب الثلاثة ، وهم المالكية والشافعية والحنابلة مع أنهم لم يوردوه في باب مستقل وإنما أوردوه في باب السلم تحت عنوان: (السلم بالصناعات) كما يأتي:

جاء في المدونة: (قلت: ما قول مالك في رجل استصنع طستاً<sup>(١)</sup> أو تنوراً<sup>(٢)</sup> أو قمقماً<sup>(٣)</sup> أو قلنسوة<sup>(٤)</sup> أو خفين أو لبدا<sup>(٥)</sup> أو اسطنح سرجاً<sup>(٦)</sup> أو قدحاً<sup>(٧)</sup> أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصنّاع، فاستعمل لذلك شيئاً موصوفاً وضرب لذلك أجلاً بعيداً وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً، أيكون هذا سلفاً، قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلم التي استعملها أجلاً بعيداً، وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملها بصفة معلومة، وليس من شيء بعينه يريه عمله منه ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه ، وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين ولم يضرب لرأس المال أجلاً، فهذا سلف جائز وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفاً<sup>(٨)</sup>).

أما الشافعية فقد نص الشافعي على أن عقد الاستصناع لا يجوز على ما عرّفه وكيفه فقهاء الحنفية، لأنه بيع المعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز لنبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان كما روى حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني عن البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعُهُ؟ قال: لا تبع ما ليس عندك<sup>(٩)</sup>.

ولقد سار فقهاء الشافعية على طريق فقهاء المالكية في الحديث عن الاستصناع من حيث إدراجه تحت باب السلم . غير أن المالكية أفردوا له عنواناً واضحاً وهو (السلم في الصناعات )، أما الشافعية فتناولوه تحت عنوان (باب السلف في الشيء المصلح لغيره)، كما ورد في كتاب الأم للشافعي حيث يقول فيه : (قال: لا بأس أن يسلفه في طشت من نحاس

<sup>١</sup> - الطست: إناء كبير من النحاس أو غيره يستخدم للغسيل. أنظر: المعجم الوسيط- ص 557.

<sup>٢</sup> - التنور : الفرن الذي يُخبز فيه. أنظر: المعجم الوسيط- ص 89.

<sup>٣</sup> - القمقم: إناء صغير من النحاس أو الفضة ضيق العنق. نفس المرجع السابق- ص 760.

<sup>٤</sup> - القلنسوة: لباس للرأس مختلف الأشكال والألوان. نفس المرجع السابق- ص 755.

<sup>٥</sup> - ألبدا : ما يلبس للمطر - انظر، الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت 666هـ). مختار الصحاح - باب اللام- ص 589، ط1، دار الكتاب العربي: بيروت، 1987م.

<sup>٦</sup> - السرج: رجل الدابة. أنظر : المعجم الوسيط- ص 425.

<sup>٧</sup> - القدح: إناء لشرب الماء. انظر: المعجم الوسيط- ص 717.

<sup>٨</sup> - الامام مالك بن انس. المدونة الكبرى- 18/4، ط1، دار صادر: مصر، 1323هـ.

<sup>٩</sup> - سبق ذكر نصه في صفحة-12 من الرسالة - سنن الترمذي- 16/3

أحمر أو أبيض أو رصاص أو حديد ويشترطه بسعة معروفة ومضروباً أو مفرغاً وبصناعة معروفة ويصفه بالثخانة أو الرقة، ويضرب له أجلاً كما هو في الثياب، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده).<sup>(١)</sup>.

أما الحنابلة فمن خلال استعراض آراء فقهاءهم، وجدت أنهم لا يجيزون عقد الاستصناع على تعريف وتكييف المذهب الحنفي، وذلك واضح في كتبهم المعتمدة كالإنصاف للمرداوي<sup>(٢)</sup> حيث قال: ( ذكر القاضي وأصحابه أنه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم)<sup>(٣)</sup>.

وجاء في الفروع لابن مفلح<sup>(٤)</sup>: (وفي شهد وعقيق وآنية مختلفة الرأس وجهان. وبشرح ذلك المرادوي في تصحيح الفروع فيقول: هل يصح في الآنية المختلفة الرؤوس والأوساط أم لا يصح قال فيها وجهان:-

أحدهما: لا يصح وهو الصحيح جزم به في مسبوك الذهب والوجني وإدراك الغاية. الوجه الثاني: يصح صححه في التصحيح، فعلى هذا الوجه يضبط بارتفاع حائطه ودور أسفله وأعلاه)<sup>(٥)</sup>.

وبمقارنة تعريف الحنفية وما قالوه في عقد الاستصناع وتعريف الجمهور وما قالوه في الاستصناع نجد أن أوجه الاختلاف بينهما هي :

1- الحنفية: أوردوه في باب مستقل من أبواب البيوع.

أما الجمهور: فلم يوردوه في باب مستقل وإنما أوردوه في باب السلم.

2- وإن الحنفية: أجازوه استحساناً على خلاف القياس بعدم جواز بيع المعدوم.

أما الجمهور: فأجازوه بجواز السلم وهو بنص حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)<sup>(٦)</sup>.

<sup>١</sup> - الشافعي ، الأم - 130/3 .

<sup>٢</sup> - المرادوي: هو علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، من علماء الحنابلة، ولد سنة عشرين وثمانمائة، أخذ العلم عن عدة علماء منهم ابن مفلح وله عدة مؤلفات منها الإنصاف، وتحرير المنقول في تهذيب علم الأصول. توفي في سنة خمس وثمانين وثمانمائة. انظر: النجدي، محمد بن عبد الله بن حميد، (1236-1295 هـ)، السحب الوابلة في ضرائح الحنابلة- ص 740. ط1، مؤسسة الرسالة: بيروت، 1996م.

<sup>٣</sup> - المرادوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل - 300/4، ط2، دار إحياء التراث العربي: بيروت ، 1997م.

<sup>٤</sup> - ابن مفلح: هو إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح ، صاحب كتاب الفروع ، وهو من علماء الحنابلة ، ولد سنة خمس عشرة وثمانمائة بدمشق ونشأ فيها وحفظ القرآن وكتباً منها: المقنع، والشاطبية، وألفية ابن مالك، وشرح المقنع في كتاب اسمه المبدع، وتوفي سنة أربع وثمانين وثمانمائة. انظر: النجدي. السحب الوابلة في ضرائح الحنابلة - ص 60.

<sup>٥</sup> - ابن مفلح ، شمس الدين أبو عبد الله محمد المقدسي، (ت762 هـ). الفروع - 133/4 ، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي ، ط1، دار الكتب العلمية: بيروت ، 1997م.

<sup>٦</sup> - صحيح البخاري - 660/2، باب السلم في كيل معلوم، رقم الحديث: 2240.

3- وإن الحنفية: لم يشترطوا تقديم الثمن في عقد الاستصناع ويجوز تأخيره.  
أما الجمهور: فاشترطوا تقديم الثمن ولا يجوز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام عند المالكية.

4- وإن الحنفية: لم يشترطوا تعيين العامل أو المعمول منه أو عدم تعيينه.  
أما الجمهور: فقد اشترطوا عدم تعيين العامل أو المعمول منه .

6- وإن الحنفية: لم يشترطوا ضرب الأجل أو عدمه خلافاً للإمام أبي حنيفة فقد اشترط إلا يُضربَ لذلك أجلاً وإلا وقع العقد سلماً لا عقد استصناع.  
أما الجمهور: فقد اشترطوا ضرب الأجل.

7- وإن الحنفية: اشترطوا أن يكون عقد الاستصناع فيما تعارف فيه الناس وإذا كان فيما لم يتعارف فيه الناس وضربَ لذلك أجلاً انقلب سلماً وإن لم يضرب له أجل صار عقداً فاسداً.

أما الجمهور: فلم يشترطوا أن يكون فيما تعارف فيه الناس.

ومن هذه المقارنة نجد أن الفارق الجوهرى المتعارض بين تصور فقهاء ال حنفية والجمهور هو جواز تأجيل الثمن عند فقهاء الحنفية وعدم جواز تأجيله عند فقهاء الجمهور، ونرى أن ما ذهب إليه فقهاء الحنفية من جواز تأخير الثمن قد أدى إلى توسيع وتنشيط الحركة الاقتصادية في الأمة الإسلامية من منظور إسلامي وفق الأحكام الشرعية، وفي ذلك يقول الدكتور مصطفى الزرقاء كلاماً طيباً نقتبس بعضاً منه قال:

( فبسبب اشتراط تعجيل رأس المال لصحة عقد السلم يرى أنه في العصر الحاضر الذي اتسعت فيه شبكة السلع الصناعية ذلك الاتساع الهائل واتسع إلى جانبها نظام الائتمان (المدائنة) الذي أصبح كالخلية العصبية المنبثة في الجسم داخله في كل جزءٍ من أجزائه ومسيطرة على حركته ونشاطه ، في مثل هذا العصر المتطور لم يعد عقد السلم الذي لا يصح إلا بتعجيل رأس المال كافياً في وفاء حاجة التعامل المتطور ، فلا بد أن يقوم إلى جانبه طريق آخر لا يشترط فيه هذا الشرط .

وبالفعل قد وجدنا في أساليب التعامل التي أقرتها الشريعة الإسلامية السمحة الغراء ذلك الطريق الآخر المنشود وهو عقد الاستصناع ( ١).

<sup>١</sup> - الزرقاء ، مصطفى . بحث بعنوان (عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة )، مجلة مجمع الفقه الإسلامي-الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي- 233/2 ، جدة - 1992 م.

نستنتج مما سبق أن جمهور الفقهاء من الملكية والشافعية والحنابلة لم يجيزوا الاستصناع ولم يعرفوه كعقد مستقل كما عند الحنفية، وإنما أوردوه تحت باب عقد السلم وبشروط السلم المبيّنة عندهم، وتعريفه عندهم هو تعريف السلم وهو: عقد على موصوف في الذمة أو بيع أجل بعاجل) (١).

وبعد الانتهاء من البحث في تعريف عقد الاستصناع عند فقهاء الحنفية والجمهور أرى أن تعريف الحنفية هو التعريف الأشمل والأصوب لعقد الاستصناع بما عرفوه وكيفوه كعقد مستقل من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية.

---

<sup>١</sup> - نفس المرجع - 289/3 .

## الفصل الثالث : حكم عقد الاستصناع وفيه أربعة مباحث .

- المبحث الأول : حكم عقد الاستصناع عند الحنفية .
- المبحث الثاني : حكم الاستصناع عند المالكية .
- المبحث الثالث : حكم الاستصناع عند الشافعية .
- المبحث الرابع : حكم الاستصناع عند الحنابلة .

## الفصل الثالث

### حكم عقد الاستصناع

اختلف العلماء في عقد الاستصناع كما بينا سابقا وسأتكلم على ضوء هذا الاختلاف في حكم عقد الاستصناع عند الفقهاء .

## المبحث الأول: حكم عقد الاستصناع عند الحنفية

### المطلب الأول: أقوال فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع

اتفق جمهور فقهاء الحنفية على مشروعية عقد الاستصناع فهو جائز عندهم خلافاً

لزفر<sup>(١)</sup> الذي يوافق رأي الشافعي في حكم الاستصناع<sup>(٢)</sup>.

وقد ورد هذا الاتفاق في معظم كتبهم المعتبرة ومنها:

1 - جاء في البدائع للكاساني في معرض كلامه عن الاستصناع: (أما جوازه فالقياس أن لا يجوز، لأنه باع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك)<sup>(٣)</sup>.

2- وجاء في شرح فتح القدير للكمال بن الهمام: (جاز استحساناً)<sup>(٤)</sup>.

3- وجاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي: (والقياس أنه لا يجوز وفي الاستحسان جائز)<sup>(٥)</sup>.

### المطلب الثاني: دليل مشروعيته عند فقهاء الحنفية

واستدلوا على جواز الاستصناع بالسنة والاستحسان والإجماع العملي والمعقول

#### أولاً: الدليل من السنة:

فقالوا إن جواز الاستصناع يستند إلى السنة النبوية كما أورد

شارح مجلة الأحكام العدلية فقال: ثبتت مشروعيته بالسنة وإجماع الأمة، أما السنة فقد

استصنع النبي صلى الله عليه وسلم الخاتم<sup>(٦)</sup>.

وكذلك استدلوا بحديث المنبر على النحو الآتي:

الحديث الأول: مارواه نافع عن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: اصطنع

خاتماً من ذهب وكان يجعل فسه إلى باطن كفه إذا لبسه فصنع الناس، ثم إنه جلس على

<sup>١</sup> - زفر: هو زفر بن هُدَيْل بن قيس العنبري من علماء الحنفية ومن تلاميذ أبي حنيفة ولد سنة عشر ومئة وتوفي سنة ثمان وخمسين ومئة. انظر: ابن أبي الوفاء، محيي الدين عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم، (696-775هـ)، الجواهر المضئية في طبقات الحنفية - ص 207، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو. ط2، هجر للطباعة والنشر والتوزيع: الجيزة، 1993م.

<sup>٢</sup> - أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع - 2/5. وابن الهمام، شرح فتح القدير - 115/7. والسمرقندي، تحفة الفقهاء -

363/1. وحيدر، الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام - 358/2.

<sup>٣</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع - 2/5.

<sup>٤</sup> - ابن الهمام، شرح فتح القدير - 115/7.

<sup>٥</sup> - السمرقندي، تحفة الفقهاء - 363/1.

<sup>٦</sup> - حيدر، شرح مجلة الأحكام - 358/2.

المنبر فنزعه وقال إني كنت ألبس هذا الخاتم وأجعل فسه من داخل فرمى به، ثم قال: لا والله لا ألبسه أبداً فنبذ الناس خواتيمهم (١). وقد رمى به الرسول صلى الله عليه وسلم لأنه مصنوع من ذهب ولبس الذهب حُرْم على الرجال.

الحديث الثاني: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم استصنع المنبر، روى البخاري عن أبي حازم بن دينار: (أن رجلاً أتوا سهل بن سعد الساعدي، وقد أمتروا في المنبر ممّ عوده فسألوه ذلك، فقال: والله إني لأعرف مما هو، ولقد رأيتُهُ أول يومٍ وُضِعَ وأول يومٍ جَلَسَ عليه رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: وأرسل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة ( امرأة قد سماها سهل ): مُري غلامك النجار أن يعملَ لي أعوداً أجلسُ عليهنَّ إذا كَلَمْتُ الناسَ، فأمرتهُ فعملها من طرفاء الغابة ثم جاءَ بها، فأرسلتُ إلى رسولِ الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعتها هاهنا (٢).

وهناك رواية عن جابر بن عبد الله: أن امرأةً من الأنصارِ قالت لرسولِ الله: يا رسولَ الله ألا أجعلُ لك شيئاً تقعدُ عليه فإن لي غلاماً نجاراً قال: إن شئتِ، فعملتُ له المنبرَ، فلما كان يومُ الجمعةِ قعدَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم على المنبرِ الذي صنَع (٣).

وبعد النظر والتدبر في الحديثين السابقين، ومع أنه ليس فيهما نص واضح على عقد الاستصناع، كما عرّفه وكيفه فقهاء الحنفية، ومع أن حديث المنبر فيه رواية ثانية تدل على أن المنبر كان هدية من امرأة للرسول صلى الله عليه وسلم، إلا أن الحديثين فيهما دلالة على أن الاستصناع كان أمراً متعارفاً عليه زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، ولم يكن أمراً مستغرباً ولا مستكراً، وليس في الحديثين دلالة على أن استصناع الخاتم والمنبر جاء على طريقة عقد السلم أو الإجارة، لأنه كما هو واضح أن العمل والمادة الخام في الخاتم والمنبر كانت من صاحب العمل.

ثانياً: الدليل من الاستحسان (٤):

١- ابن الأثير، مجد الدين أبو العادات المبارك بن محمد الجزري، (544-606 هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر - 56/3، باب الصاد والنون. تحقيق: طاهر محمد الزاوي و محمد الطناخي، ط2، دار الفكر، 1979م. وهو حديث صحيح. أنظر: إرواء الغليل-3/300، رقم الحديث: 820.

٢- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، (773-852 هـ). فتح الباري شرح صحيح البخاري -2/397، باب الخطبة على المنبر، رقم الحديث: 917. حقه: عبد العزيز بن باز، المكتبة السلفية

٣- صحيح البخاري- 2/623، باب النجار، رقم الحديث: 2095.

٤- الاستحسان له تعريفات كثيرة اخترنا منها ما قاله الدكتور مصطفى الزرقاء نقلاً عن أئمة الفقه فقال: الاستحسان هو: العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول وقد قسم الاستحسان إلى قسمين: الاستحسان القياسي واستحسان الضرورة

ووجه الاستحسان هو الحاجة والضرورة للتعامل بالاستضعاف، لأن هناك كثيراً من حاجات الناس لا يسدها إلا التعامل وفق عقد الاستصناع، وهذا ما جرى عليه عرف الناس قديماً وحديثاً، كاستصناع الناس للخفاف والأحذية والأواني واستصناع تجهيز البيوت من أبواب حديدية و أبواب خشبية وشبابيك وغيرها من حاجات الناس، فليس كل ما يحتاجه الناس موجوداً في الأسواق.

وفي ذلك يقول الكاساني: (فقد يحتاج الناس إلى شيء مصنوع من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده على المطلوب فيحتاج الناس إلى أن يستصنعوا ولو لم يجز لوقع الناس في الحرج والضيق)(<sup>١</sup>).  
ثالثاً:الدليل من الإجماع العملي:

استدل فقهاء الحنفية من الإجماع العملي على جواز عقد الاستصناع، وفي ذلك يقول الكمال بن الهمام في شرح فتح القدير: ولكننا جوّزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليوم بلا نكير)(<sup>٢</sup>).  
وكما قال الكاساني: ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأمصار من غير نكير وقد قال عليه الصلاة والسلام: (إن أمتي لا تجتمع على ضلالة)(<sup>٣</sup>).

وقال عليه الصلاة والسلام: (ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسناً وما رأوا قبيحاً فهو عند الله قبيحاً)(<sup>٤</sup>).

والقياس يترك بالإجماع ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل.

---

وعرف الاستحسان القياسي بقوله: هو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفى من الأول ولكنه أقوى حجة وأسد نظراً وأصح استنتاجاً.  
وعرف استحسان الضرورة: هو ما خولف فيه حكم القياس نظراً إلى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية سداً للحاجة أو دفعاً للحرج.

انظر: الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام - 77/1، ط7، دار الفكر: بيروت

<sup>١</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع- 3/5،

<sup>٢</sup> - ابن الهمام، شرح فتح القدير - 115/7.

<sup>٣</sup> - ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (207-275هـ)، سنن ابن ماجة-2/1303، باب السواد الأعظم، رقم الحديث: 3950 تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية. علق الشيخ الألباني على الحديث فقال: العبارة صحيحة لكن الحديث ضعيف. أنظر: سنن ابن ماجة، محمد ناصر الدين الألباني، ط1، المكتب الإسلامي- بيروت، 1998م.

<sup>٤</sup> - أحمد بن حنبل، مسند الامام أحمد-379/1، الفصل الثاني في فضائل السور والآيات. دار الفكر، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر: بيروت. قال عنه الشيخ الألباني: حديث موقوف على ابن مسعود. أنظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة- 17/2، رقم الحديث: 533. محمد ناصر الدين الألباني، ط3، المكتبة الإسلامية- عمان.

وحول هذا الموضوع يقول الشيخ مصطفى كمال التارزي وهو من العلماء المعاصرين كلاماً دقيقاً فيقول: (وعلى كل فإن الاستصناع عند الحنفية لم يثبت بالسنة وحدها، بل ثبت بالإجماع وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم لهذا النوع من العقود الذي اصطلح عليه العرب وتعاملوا به من الجاهلية، وجاء الإسلام فأقره وتثوق ل إقرار الرسول صلى الله عليه وسلم باستمرار المسلمين على التعامل به في عهد الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى يومنا هذا بدون نكير، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن أمتي لا تجتمع على ضلالة)(١).

وتعامل المسلمون بهذا النوع من العقود يسمى عند الحنفية إجماعاً عملياً، واعتبروه حجة، استناداً إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم الذي رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: (إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالته ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيء)(٢).

وكادت كتب الفقه الحنفي تجمع على جواز الاستصناع مستندة في ذلك إلى السنة والإجماع العملي والاستحسان، إلا أن الأمام الكاساني زاد شيئاً آخر مستنداً في ذلك إلى قاعدة فقال: لأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً.

وبهذا نعلم أن المذهب الحنفي حل مشكلة الصناعات التي تطورت تطوراً غريباً، واحتيج إليها في هذا الزمان أكثر من كل الأزمنة الماضية، لأن السلم والإجارة لا يحلان كل حاجيات العصر في الصناعة والاستصناع، فهذا العقد بما أحيط به من شروط ومواصفات قد سهل على الناس أبواب التعامل ووفر لهم كل مقومات الحياة بلا مشقة ولا ضرر ولا غرر، مع اجتناب كل ما حرمه الله ونصت الشريعة على بطلانه (٣). انتهى كلام التارزي.

١ - سبق ذكره في الصفحة السابقة.

٢ - مسند الامام احمد-379/1 ، سبق ذكره في نفس الصفحة ولكن هذا النص الكامل للحديث.

٣ - التارزي، مصطفى كمال، بحث بعنوان (الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة السابعة - العدد السابع - 569 /2 - جدة - 1992 م .

## رابعاً: الدليل من المعقول:

استدل الحنفية بأن الاستصناع جائز بالدليل العقلي وذلك بما أوردوه من أمثلة لبعض الأمور التي أباحها الرسول صلى الله عليه وسلم مع ما فيها من احتمال الغرر ونذكر بعضاً مما ورد في كتبهم كما يأتي(١):

ما ورد عنه صلى الله عليه وسلم من أنه أعطى الحجّام أجره عندما احتجم مع أن مقدار الحجامة غير معروف عند التعاقد ولا كمية الدم المستخرج، فعن ابن عباس قال: (أَحْتَجَّمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ) (٢).

وكذلك إقراره بجواز بيع الماء من السقا مع أن كمية الماء المباعة غير محددة. وكذلك إقراره بجواز دخول الحمام بمئزر، فعن عائشة رضي الله عنها: (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى الرجال والنساء عن الحمامات ثم رخص للرجال في الميزار) (٣) مع أن كمية الماء المستهلك غير محددة ومدة المكث في الحمام غير محددة أيضاً. وكذلك لحاجة الناس الماسة إلى هذا النوع من العقود ليسد كثيراً من حاجات الناس خاصة في هذا العصر الذي تطورت فيه الصناعات.

فنرى أنه صلى الله عليه وسلم أجاز هذه العقود التي كان يجري التعامل بها بين الناس خلافاً للقياس، مع فيها من غرر وجهالة يسيرة، ولكنه أقرها لتعارف الناس عليها ولحاجتهم إليها. وكذلك نجد أن عقد الاستصناع تعارف عليه الناس من لدن محمد صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، وهو يمثل سداً لكثير من حاجات الناس الملحة التي لا يمكن سدها إلا بعقد الاستصناع.

## المطلب الثالث: مناقشة أدلة الحنفية:

أولاً: حديث الخاتم.

١ - أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع - 2/5 . وابن الهمام، شرح فتح القدير - 115/7 . والسمرقندي، تحفة الفقهاء - 363/1

٢ - صحيح البخاري - 672/2 ، باب خراج الحجّام، رقم الحديث: 2279.

٣ - الميزان: الإزار وهو ثوب يحيط بالنصف الأسفل من البدن. أنظر: المعجم الوسيط - ص 16.

٤ - سنن الترمذي - 367/4 ، باب ما جاء في دخول الحمام، رقم الحديث: 2811. وهو حديث ضعيف. أنظر: سنن الترمذي، حكم على أحاديثه وعلق عليه، الشيخ الألباني ص 627، رقم الحديث: 2802. لكنه يُعضض بحديث آخر رواه الترمذي وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام بغير إزار) وقال عنه الشيخ الألباني: حديث حسن غريب. أنظر: سنن الترمذي، حكم على أحاديثه وعلق عليه الشيخ الألباني - ص 627. رقم الحديث: 2801.

قد يقال إن الرسول صلى الله عليه وسلم قد دفع ثمن الخاتم مقدماً، وعندها يكون العقد سلباً، أو قد يكون جاء بالمادة الخام للصانع وعندها يكون العقد إجارة. ويرد على ذلك بأنه لو دفع الثمن مسبقاً لنقل ذلك إلينا خاصة وأن الصحابة قد نقلوا إلينا أموراً أقل أهمية من ذلك عنه صلى الله عليه وسلم.

وأما الاحتمال الثاني وهو أن يأتي بالمادة الخام إلى الصانع، فهو وإن لم ينقل إلينا كذلك ولكنه يستبعد هذا الاحتمال لعدم جريان العرف عندهم على ذلك، خاصة في صناعة الذهب، فما جرى عليه العرف قديماً وحديثاً أن تكون المادة الخام عند صانع الذهب، وإذا قيل أن الحديث ينص على أن الخاتم من ذهب، والرسول صلى الله عليه وسلم قد حرم لبس الذهب، وهذا يعتبر طعناً في حجية الحديث، رد عليه بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد استصنع خاتماً من ذهب أولاً ثم خلعه ولبس خاتماً من فضة وعلى ذلك فلا تعارض في حجية الحديث في بابه.  
ثانياً: حديث المنبر.

اعترض على حجية حديث المنبر في موضوع الاستصناع بالرواية الثانية التي رواها البخاري عن جابر بن عبد الله: أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله: يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تقعدُ عليه، فإن لي غلاماً نجاراً قال: إن شئت، فعملتُ له المنبر، فلما كان يوم الجمعة قعد النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر الذي صنَع (١).  
وعلى هذه الرواية تكون المرأة هي التي عرضت العمل على الرسول صلى الله عليه وسلم تبرعاً منها وليس طلب استصناع من الرسول صلى الله عليه وسلم. ويجب على ذلك بأن التوفيق الأقرب للعقل بين الروایتين أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلب أن يُصنَع له المنبر ليجلس عليه، ولم تكن المرأة موجودة، ولما علمت المرأة بطلب الرسول صلى الله عليه وسلم جاءت وعرضت عليه الأمر كما ورد في رواية جابر بن عبد الله، وبذلك يكون الأمر طلباً من الرسول ابتداءً، والا لا يُرجح عقلاً أو عادة أن تكون الفكرة قد جاءت من امرأة من بين جميع الصحابة ولا نقصد بذلك الحط من قدر المرأة في الإسلام ولكننا نناقش الأمر من جميع جوانبه خاصة وأن بعض الروايات كما ورد في فتح الباري تقول: إن الذي طرح الفكرة هو تميم الداري (٢).

١ - صحيح البخاري- 623/2، سبق ذكره ص 31 - من الرسالة.

٢ - العسقلاني . فتح الباري شرح صحيح البخاري - 398/2.

ثالثاً: أما الاستدلال بالاستحسان فقال البعض إن الاستحسان ليس بحجة، ومن استحسنت فقد شرَّعت، فرد ذلك للخلاف على الأصل وهو الخلاف في اعتبار الاستحسان دليلاً أو عدم اعتباره، فهو عند الحنفية يعتبر دليلاً وعند من خالفهم كالشافعية لا يعتبر دليلاً. ولا أريد أن أناقش حجية الاستدلال بالاستحسان الذي هو موضع خلاف بين الفقهاء، ونقاشنا له لن يحسم المسألة فالمسألة مطروحة في كتب الأصول، لذلك نقول أن ما استدلت به الحنفية من أدلة تحت باب الاستحسان هي أدلة مقبولة لأن الاستحسان عندهم دليل معتبر.

## المبحث الثاني

### حكم الاستصناع عند المالكية

قلت في الفصل السابق في تعريف الاستصناع أن الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة لم يجيزوا عقد الاستصناع كعقد مستقل، كما عرّفه وكيفه فقهاء الحنفية وأنهم ألحقوه بعقد السلم، لذلك فحكم الاستصناع عندهم هو حكم السلم بتعريفه وتكييفه وشروطه. لذلك سندرس حكم صور متفرقة للاستصناع وفق آراء فقهاء الجمهور، لأن الاستصناع لم يأت عندهم على صورة واحدة كما هو عند الحنفية.

أورد المالكية موضوع الاستصناع في باب السلم كما ذكرنا تحت عنوان: (السلم في الصناعات) وأجازوه على شروط عقد السلم، وهي تعجيل رأس المال وضرب الأجل وأن يكون محل العقد شيئاً موصوفاً في الذمة وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط فسد العقد عندهم كما جاء في كتبهم.

وسنذكر بعض الصور التي أجازوها من الاستصناع فيما يأتي:

أولاً: جاء في المدونة للإمام مالك قال: قلت ما قول مالك في رجل استصنع طستاً أو توراً أو قمقماً أو قلنسوة أو خفين، فاستعمل لذلك شيئاً موصوفاً وضرب لذلك أجلاً بعيداً أيكون هذا سلفاً. قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شئ بعينه يريد عمله منه ولا يشترط أن يعمله رجل بعينه وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين ولم يضرب لرأس المال أجلاً فهذا سلف جائز، وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفاً (١).

ثانياً: لخص ابن رشد ما ورد عن الإمام مالك فذكر أربع صور لعقد السلم في الصناعات وأعطى حكم كل صورة منها في مذهب المالكية حيث قال: (وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم إلى أربعة أقسام هي:

أولاً: أن لا يشترط المُسَلِّمُ المستعمل عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه.

الثاني: أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه.

الثالث: أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه.

الرابع: أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه.

فأما القسم الأول وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه فهو سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال (٢).

وبعد الإطلاع على كلام ابن رشد نجده أجاز الصورة الأولى من عقد السلم ولم يجز الصور الثلاث الأخرى، لأنها خالفت أحكام السلم عندهم ولم نذكرها اختصاراً للموضوع.

١- الإمام مالك، المدونة الكبرى - 18/4 .

٢- ابن رشد، (ت520هـ). مقدمات ابن رشد- 519/2، دار صادر: بيروت.

ثالثاً- قال خليل الجندي (١) من فقهاء المالكية في معرض حديثه عما يجوز وما لا يجوز من بيع السلم ، قال: (والشراء من دائم العمل كالخباز هو بيع و إن لم يدم فهو سلم كاستصناع سيف أو سرج وفسد بتعيين المعمول منه أو العامل ) (٢).  
 فنجد أنه عطف الاستصناع على ما يجوز السلم فيه على شرط السلم.  
 رابعاً- شرح الحطاب (٣) هذا الكلام أي الشراء من دائم العمل بقوله: (هذه تسمى بيعة أهل المدينة لاشتهارها بينهم ) قال: وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم ، يأخذ كل يوم شيئاً معلوماً ويشترط في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء ، وكذلك كل ما يباع في الأسواق ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمي ما يأخذ كل يوم ، وكان العطاء يومئذ مأموناً ولم يروه ديناً بدين .

وقال من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: وحدثنا مالك عن عبد الرحمن المجرم عن سالم بن عبد الله قال: كنا نبتاع اللحم من الجزارين بسعر معلوم نأخذ منه كل يوم رطلاً أو رطلين أو ثلاثة ويشترط عليهم أن يدفعوا الثمن من العطاء قال: وإني أراه حسناً قال مالك: ولا أرى به بئساً إذا كان العطاء مأموناً وكان الثمن إلى أجل فلا بأس به (٤).

خامساً: نسب الحطاب في مواهب الجليل إلى ابن رشد قوله:- تعليقا على الحديث السابق- (يدل على أنه معلوم عندهم مشهور ، ولاشتهار ذلك من فعلهم سميت بيعة أهل المدينة، وهذا أجازه مالك وأصحابه إتباعاً لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين : أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه، وأن يكون أصله عند المسلم إليه، وليس ذلك محض سلم ولذلك أجاز تأخير رأس المال إليه فيه) (٥).

إذاً نجد أن هذا النوع من البيوع مع الخلاف الحاصل بين فقهاء المالكية في تكييفه هل هو بيع أو سلم، نجد أنه ليس بيعاً بكامل أوصافه لعدم استلام المبيع كاملاً، وليس محض سلم لتأخر الثمن إلي العطاء، وإنما هو نوع من البيع له خصائصه الخاصة به.

١ - خليل الجندي: هو خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي، من علماء المالكية في مصر ولي الإفتاء فيها على مذهب مالك ومن مصنفاته المختصر في الفقه ويعرف بمختصر خليل. انظر: الزركلي. الأعلام- 315/2.

٢ - الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت954هـ). مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - 516/6، ط1، دار الكتب العلمية: بيروت، 1995م.

٣ - الحطاب: هو أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن بن حسن بن محمد الرعيني الأندلسي المالكي، ولد سنة إحدى وستين وثمانمائة بطنابلس، وحفظ القرآن صغيراً ثم انتقل إلى مكة والمدينة ومكث فيهما فترة من الزمن يتلقى العلم، ومن العلماء الذين أخذ عنهم الشيخ موسى الحاجي وموسى المراكشي والسخاوي وغيرهم، توفي سنة أربع وخمسين وتسعمائة. انظر: شذرات الذهب- 258/8.

٤ - الحطاب. مواهب الجليل- 516/6 .

٥ - نفس المرجع السابق .

وقال الحطاب أيضا موضحا صورة أخرى وهي استصناع البيوت قال: من استأجر من يبني له داراً على أن الآجر والجص (١) من عند الأجير جاز، قلت: لم أجوزه ولم يشترط شيئاً من الجص والآجر بعينه، قال إنه معروف عند الناس، قلت: رأيت السلم هل يجوز فيه ألا يضرب له أجلاً وهذا إذا لم يضرب للآجر والجص أجلاً؟ قال: لما قال له ابن لي هذه الدار فكأنه وقت له لأن وقت بنيانها عند الناس معروف فكأنه أسلم إليه في جص وآجر معروف إلى وقت معروف وإجارته في عمل هذه الدار فلذلك جاز (٢).

وبعد الإطلاع على ما قاله فقهاء المالكية نجد أنهم فرقوا بين الشراء من دائم العمل (كالخباز والجزار والبقال)، ومن غير دائم العمل (كاستصناع سيف أو سرج).  
فللشراء من غير دائم العمل (كاستصناع سيف أو سرج) حكمه عند فقهاء المذهب المالكي هو حكم السلم فيأخذ أحكامه وشرائطه وخصائصه، ومنها تعجيل رأس المال وضرب الأجل وعدم تعيين العامل ولا المعمول منه فليق عين أحدهما فسد العقد.

وأما الشراء من دائم العمل عندهم أو ما اشتهر ببيعة أهل المدينة فهو بيع جائز على الراجح في مذهبهم، خلافاً لرواية لمالك بعدم جوازه وهو جائز بشرطين: أن يشرع في اخذ ما أسلم فيه وأن يكون أصله عند المسلم إليه وهو عندهم ينعقد بيعاً وليس سلماً ولكن بالنظر إلى طبيعة هذا العقد نجد أنه ليس بيعاً بعينه حقيقة ولا سلماً محضاً ويعلق على ذلك الدكتور علي حسن الشاذلي في بحث له بعنوان، (الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه)، ويناقش هذه المسألة فيقول:

هذه المسألة كما قررها علماء مذهب المالكية تحتوي على عناصر معينة وهي:

- 1- أن يتعاقد المشتري مع شخص دائم العمل .
- 2- إن المعقود عليه كله غير موجود وقت التعاقد.
- 3- إن الشراء إما لجملة يأخذها مفرقة على أيام كقنطار بكذا كل يوم رطلين، أو يعقد معه على أن يشتري منه كل يوم عدداً معيناً.
- 4- إن مقدار ما يأخذه البائع في كل يوم معلوم.
- 5- إن الثمن هنا في صورتنا مؤجل إلى أجل معلوم وهو العطاء.

١ - الآجر والجص: من مواد البناء. أنظر: المعجم الوسيط- ص124.

٢ - مواهب الجليل- 518/6 .

وقد نقلنا أنفاً أنه ليس محض سلم ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه، ولا شراء شيء بعينه حقيقة ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله، وإذا لم يكن بيعاً حقيقة ولا سلماً محضاً فما هو؟

فيجيب بقوله: فهو عقد خاص جمع بين بعض خصائص البيع وبعض خصائص السلم، وسموه (بيعة أهل المدينة)، وحكم هذا النوع من التعاقد في المذهب رأيان: الأول أنه يجوز وهو المشهور في المذهب، والثاني وهي رواية عن مالك أنه لم يجز واعتبره ديناً بدين. إذاً إجازة هذا النوع من التعاقد مبنية على الاستحسان الذي دليله عمل أهل المدينة وحديث مجمر، أما القياس فإنه لا يجيز هذا النوع من التعاقد.

ثم يقول: أستطيع أن أقول إن المالكية فتحوا باباً للتعاقد مع أصحاب الحرف، ومنهم أصحاب الصناعات على أن يقدموا لهم ما يحتاجون إليه من أشياء مصنعة).

ثم يقارن هذا العقد بعقود التوريد المتعارف عليها في الوقت الحاضر فيقول: إن عقد التوريد هو عقد يلتزم فيه المورد بتقديم سلعة معينة بثمن معين لجهة معينة في موعد معين. وإذا نظرنا إلى خصائص هذا العقد وجدنا أنه يتفق مع عقد التوريد في هذه الخصائص ومن ثم يكون عقد التوريد عقداً صحيحاً إذا توافرت فيه جميع الشروط التي نص عليها الفقهاء في عقد البيع بالإضافة إلى ما اشترطناه في هذا العقد الذي بيّناه. (1)، انتهى كلام الدكتور الشاذلي.

وبعد الإطلاع على ما ورد في كتب فقهاء الملكية، نجد أنهم يجيزون الاستصناع ولكن تحت باب عقد السلم وعلى شروطه.

## المبحث الثالث

### حكم الاستصناع عند الشافعية

الحق الشافعية الاستصناع بعقد السلم كالمالكية، فأجازوه على شروط عقد السلم وأحكامه، وأوردوه تحت عنوان (باب السلف في الشيء المصلح لغيره)، وقد جَوَّز فقهاء

<sup>1</sup> - الشاذلي، حسن علي، بحث بعنوان (الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع-ص452-456، جدة، 1992م بتصرف.

الشافعية السلم في كل ما يجوز بيعه وتضبط صفاته ولكنهم فرقوا بين ما يصنع من مادة واحدة وما يصنع من مادتين فقد أجازوا السلم في ما صنع من مادة واحدة .

فقال الشافعي: ( لا بأس أن يسلفه في طشت وتور من نحاس أحمر وأبيض أو رصاص ويشترط بسعة معروفة ومضروباً أو مفرغاً وبصنعة معروفة ويصفه بالثخانة أو الرقة.

وقال أيضاً: وكذلك كل إناء من جنس واحد ضبطت صفته كالطست والقمقم (١).

ومن الصور التي لم يجزها الشافعي في الاستصناع خشية الجهالة والغرر، هـ ي ما صنع من مادتين غير منضبتين فقال: (ولو شرط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد أو نحاس ورصاص لم يجز لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما) (٢).

وقال النووي: (يجوز السلم في الزجاج والطين والحصى وحجارة الأريحة والأبنية والأواني فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها ولا يشترط التوازن (٣).

وأجاز النووي: ما يصب في القالب، حيث يمكن ضبط صفات المصنوع، وكذلك جَوَز السلم في الأسطال المربعة لسهولة ضبط صفاتها (٤).

وبعد عرض آراء فقهاء المذهب الشافعي في موضوع السلم، في كل ما يصنع، وبعد دراستها، وجدت أن العلة عندهم في عدم جواز السلم في الأشياء المصنوعة من مادتين غير منضبتين، هي الجهالة التي تؤدي إلى الغرر، لذلك فإنني أستنتج أنهم يجيزون السلم في كل ما يُصنع إذا أمكن ضبط صفاته ضبطاً يفي كل جهالة تؤدي إلى الغرر.

وإذا أمكن ضبط صفات الأشياء المصنوعة وانتفت الجهالة عنها، وهذا ما توصلت إليه البشرية اليوم من تقدم علمي في الصناعات، بحيث يمكن إنتاج الآلاف بل الملايين من نفس المنتج بنفس المواصفات لأنه يصنع بالآلات الحديثة، فيمكن أن نستنتج أنهم يجيزون السلم في كل ما يصنع بشرط أن تضبط صفاته ضبطاً يفي كل جهالة وغرر، وهذا ما يتفق مع شرط عقد الاستصناع عند الحنفية وهو ضبط صفات الشيء المصنوع.

لذلك أجد أن المتأخرين من فقهاء المذهب الشافعي قد توسعوا أكثر في تجويز السلم في بعض الصناعات كما ورد في نهاية المحتاج (١): (والأصح صحته في المختلط بالصنعة

١ - الشيرازي ، أبو إسحاق بن علي بن يوسف الفيروزآبادي ، (ت630هـ). المهذب في فقه الإمام الشافعي-2/296 ، ط 2 ، دار المعرفة للطباعة والنشر:بيروت ، 1959م.

٢ - الشافعي ، الأم- 3/130.

٣ - النووي ، روضة الطالبين- 3/316.

٤ - المرجع السابق - 3/319.

المنضبط عند أهل الصنعة المقصود الأركان كما بأصله، كعتابي وهو مركب (من قطن وحرير)، وخز وهو مركب (من ابريسم ووبر)، لسهولة ضبط كل جزء من هذه الأجزاء<sup>(٢)</sup>. وحول هذا الموضوع يتحدث الدكتور حسن الشاذلي قائلاً: لعل هذا هو الذي جعل الشيخ محمد نجيب المطيعي ( من علماء الشافعية في العصر الحديث )، يفتي بجواز السلم في الأشياء المصنعة في زماننا هذا، كأجهزة التلفاز والمذياع والسلع المعمرة: مثل الثلاجة والغسالة ونحو ذلك، حيث استحدثت في زماننا هذا من أسباب الصنعة أدوات لم تكن معروفة عند أئمتنا السابقين، كالمذياع والمرناة وهو جهاز يأتيك بالصورة والصوت ( تلفاز من بعيد، والثلاجة الكهربائية والغسالة الكهربائية، وكل نوع من هذه الأنواع له من التركيب وتنوع القطع وتباين الأجزاء ما يصعب على المتعاقدين ضبطه، فإن أمكن تحديد النوع والعلامة، وكان مع الجهاز دليل مطبوع مكتوب يوضح أجزاءه ومقاديرها وأبعادها وقوتها، وكان المتعاقدان خبيرين بأسرارها كوكيل المؤسسة لصنع الأجهزة وتوزيعها جاز السلم، أما إذا لم يكن عليهما بدقائق هذه الأجهزة، بحيث يمكن تغيير مصباح أو محرك ويوضع بدله أقل جودة أو قديماً فسد السلم، لانعدام العلم والاحاطة بدقائق الجهاز)<sup>(٣)</sup>.

## المبحث الرابع

### حكم الاستصناع عند الحنابلة

بحثت في الفصل السابق تعريف الاستصناع عند الحنابلة، ووجدت أنهم لا يجيزونه كعقد مستقل كما عرّفه الحنفية، وهذا واضح في كتبهم كما ذكر المرادوي في الإنصاف

١ - الشافعي الصغير: هو محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، ولد سنة تسع عشر وتسعمائة، وهو فقيه الديار المصرية في عصره حتى لقب بالشافعي الصغير، ولي الإفتاء على المذهب الشافعي، وله مصنفات منها: نهاية المحتاج، وعمدة الرابح. أنظر: الزركلي. الأعلام-7/6.

٢ - الشافعي الصغير، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - 201/4، ط الأخيرة، دار الفكر: بيروت 1984م

٣ - الشاذلي، حسن، بحث بعنوان، (الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي-475/2، جدة، 1992م.

وغيره من فقهاءهم حيث يقول: (ذكر القاضي وأصحابه، أنه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ماليس عنده على غير وجه السلم ) (١).

وقال ابن قدامة في المغني: (ولا يصح فيما يجمع أخلاطاً مقصودة وغير متميزة، كالغالية والند، ولا في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط، لأن الصفة لا تأتي عليها)(٢). ومع ذلك فهم يجيزون صوراً من الاستصناع كالمالكية والشافعية على شروط عقد السلم، بشرط ضبط صفاتها، فهم يجيزون السلم في كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التي تختلف الأثمان باختلافها.

ففي مسألة بيع المذروع من الثياب المختلف الغزول كقطن وإبريسم أو قطن وكتان، فإنه يجوز بيعها من طالب الصنعة بشرط ضبطها. وفي مسألة: أنية مختلفة الرؤوس وجهان: وشرحه المرادوي وقال: الوجه الثاني يصح صححه في التصحيح فعلى هذا الوجه يضبط بارتفاع حائطه ودور أسفله) (٣).

وقال ابن قدامة في المغني: (ولا يصح في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط، لأن الصفة لا تأتي عليه. وفيه وجه آخر، أنه يصح السلم فيه إذا ضبط ارتفاع حائطه ودور أسفله وأعلاه، لأن التفاوت في ذلك يسير. وقال أيضاً: وإن أسلم في الأواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها، كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز، وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديدته، وطوله وعرضه ورقته وغلظه وقديم الطبع أو محدث ماضٍ أو غيره ويصف قبضته وجفنه) (٤).

وبعد عرض آراء فقهاء الحنابلة في حكم الاستصناع أجد أنهم لا يجيزون الاستصناع كعقد مستقل مثل الحنفية وإنما يجيزون صوراً من الاستصناع على أحكام وشروط عقد السلم كالشافعية والمالكية.

وأجد أن العلة في منعهم لكثير من صور الاستصناع هي نفس العلة عند الشافعية وهي الخشية من الجهالة في تحديد صفة الأشياء المراد استصناعها مما يؤدي إلى الغرر في العقود فيؤدي إلى المنازعة بين الناس.

١- المرادوي ، الإنصاف- 300/4

٢- ابن قدامة ، الشرح الكبير – 197/4 .

٣- المرادوي ، الإنصاف- 300/4 .

٤- ابن قدامة ، المغني – 197/4 .

فأستنتج أن الحنابلة كالشافعية يجيزون السلم في كل ما يصنع إذا امكن ضبط صفاته  
ضبطاً يزيل كل جهالة قد تؤدي إلى الغرر في العقود.  
وبعد الانتهاء من البحث في حكم عقد الاستصناع عند فقهاء المذاهب الأربعة أرى أن رأي  
فقهاء الحنفية والقائل بجواز عقد الاستصناع كعقد مستقل من العقود المسماة في الشريعة  
الإسلامية هو الرأي الراجح والله أعلم.

## الفصل الرابع : تكييف عقد الاستصناع وتميزه عن العقود ذات الصلة وفيه ستة مباحث .

المبحث الأول : هل هو عقد أم وعد .

المبحث الثاني : عقد الاستصناع وعقد البيع .

المبحث الثالث : عقد الاستصناع وعقد السلم .

المبحث الرابع : عقد الاستصناع وعقد الإجارة .

المبحث الخامس : عقد الاستصناع وعقد المقاوله .

المبحث السادس : عقد الاستصناع عقد مستقل .

## الفصل الرابع

### تكييف عقد الاستصناع وتميزه عن العقود ذات الصلة

سأبين في هذا الفصل التكييف الفقهي لعقد الاستصناع، وهل هو عقد أم وعد، وعلاقته بالعقود الأخرى، وسأقتصر في دراستي في تكييف عقد الاستصناع وما يليه من فصول

على آراء فقهاء المذهب الحنفي، لأن فقهاء المذهب الحنفي وحدهم الذين بحثوا عقد الاستصناع كعقد مستقل . وقد جعلته في ستة مباحث.

## المبحث الأول: هل هو عقد أم وعد

قبل الإجابة على هذا السؤال وهل هو عقد أم وعد؟ لابد من معرفة معنى العقد والوعد ثم بيان حكم كل منهما.

### المطلب الأول: مفهوم العقد والوعد

العقد لغةً: عقدتُ الحبل عقداً من باب ضر ب فانعقد، العقدة ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين (١).

العقد اصطلاحاً: هو ارتباط إيجابٍ بقبولٍ على وجه مشروع يظهر أثره في محله (٢). وجاء في مجلة الأحكام العدلية: هو التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول (٣).

الوعد لغةً: يستعمل الوعد في الخير والشر ويقال في الخير وعده وعداً وفي الشر وعده وعيداً والخُلف في الوعد عند العرب كذب وفي الوعيد كرم (٤). وقيل: وعده الأمر: مناه به وإذا كان بالشر: هده به (٥). الوعد اصطلاحاً: هو الأمنية التي يعطيها شخص لآخر (٦). وقالوا: وعده بالخير وتوعده بالشر (٧).

### المطلب الثاني: الفرق بين العقد والوعد والأثر المترتب على كل منهما.

تبيّن لنا من توضيح مفهوم العقد والوعد، الفارق الواضح بينهما، من حيث التعريف والمفهوم.

وسأوضح الفرق بينهما من حيث الأثر المترتب على كل منهما فيما يلي:-

1- العقد لازم لكل من طرفي العقد ديانةً وقضاءً، فلا يجوز لأحد من الطرفين الإخلال بالعقد أو التراجع عمّا التزم به في العقد، ويترتب عليه الضمان، لأنه من مستلزمات اللزوم

١- الفيومي ، احمد بن محمد بن علي المريء. المصباح المنير - ص 160 ، مكتبة لبنان : بيروت ، 1967م.

٢- الزرقاء ، المدخل الفقهي العام- 262/1 .

٣- حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة ( 103 ) .

٤- الفيومي ، المصباح المنير- ص 255 .

٥- مصطفى،إبراهيم . المعجم الوسيط - ص 1043 .

٦- قلعة جي ، محمد رؤاس . الموسوعة الفقهية الميسرة - 1968/2 ، ط1، دار النفائس : بيروت ، 2000م.

٧- أبو جيب ، سعدي . القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً - ص 382 ، ط2، دار الفكر : دمشق ، 1998م.

في العقد، فمتى ما كان العقد لازماً كان كل واحد من طرفي العقد ضامناً فيما التزم به إلى الطرف الآخر.

2 - أما الوعد فليس بلازم، فلكل من طرفي الوعد التراجع عما التزم به، ولا يترتب عليه أثر قضائي، ولا يضمن إذا لم يتم بالالتزام بما وعد به، لكنه يلحقه الإثم إذا أخلف بما وعد، لأن الإخلاف بالوعد اعتبر من آيات المنافقين، لقوله صلى الله عليه وسلم: أرع من كنّ فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلةٌ منهنّ كانت فيه خصلةٌ من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذبٌ وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدرٌ وإذا خاصم فجرٌ(١).

المطلب الثالث: آراء الفقهاء، في الاستصناع وهل هو عقد أم وعد.

أختلف فقهاء الحنفية في ذلك على رأيين هما:

### الرأي الأول:

يرى أن الاستصناع وعد وليس بعقد ومن هؤلاء(٢): الحاكم الشهيد (٣)، والصفار (٤).

ومحمد بن مسلمة (٥).

وجاء في العناية على فتح القدير للبايرتي (٦): (وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً عنه ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما) (٧).

### أدلة الفريق الأول:

استدلوا على رأيهم بأن الاستصناع وعد وليس بعقد بما يأتي(٨):

١ - صحيح البخاري- 35/1 ، سبق ذكره ص6- من الرسالة.

٢ - البايبرتي ، العناية مع فتح القدير - 114/7 .

٣ - الحاكم الشهيد : محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد بن إسماعيل بن الحاكم الشهير بالحاكم الشهيد المروزي البلخي ولي القضاء ببخارى ثم ولاة الأمير صاحب خراسان وزارته وقتل شهيداً في ربيع الآخر سنة أربع وأربعين وثلاثمائة وصنف المختصر والمنتقى والكافي - انظر: اللكنوي، أبي الحسنات محمد عبد الحي ، الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص 185 ، دار المعرفة للطباعة والنشر: بيروت.

٤ - الصفار : هو أبو القاسم الصفار البلخي توفي سنة 339 هـ نقلاً عن بحث بعنوان ( عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة ) - محمد رأفت سعيد - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي - ص 698 - جدة - 1992م - عن طبقات الفقهاء- طاش كبرى زادة- ص 57 .

٥ - محمد بن مسلمة : هو أبو عبد الله بن محمد بن سلمة روى عن زفر توفي سنة 268 هـ - المصدر السابق .

٦ - البايبرتي: هو محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين البايبرتي من علماء الحنفية البارزين في عصره ولد سنة بضع عشرة وسبعمائة وسمي بالبايرتي نسبة إلى قرية بايرتا قرب بغداد، أخذ العلم عن قوام الدين محمد بن محمد الكاكي، ومن مؤلفاته شرح الهداية والمسمى بالعناية على فتح القدير، وحواشي الكشاف، وشرح الفرائض، وتوفي سنة ست وثمانين وسبعمائة. انظرا لفوائذ البهية في تراجم الحنفية - ص 195.

٧ - البايبرتي ، العناية مع فتح القدير - 114/7 .

٨ - نفس المرجع السابق- 115/7.

1- إن الصانع ليس مجبراً على العمل، وله أن لا يعمل ولو كان عقداً لكان مجبراً على الالتزام بالعمل.

2- إن المستصنع ليس مجبراً على قبول الشيء المصنوع، أي أن له الخيار ولها الرجوع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته، وهذا فيه دلالة على أنه وعد وليس بعقد.

3- إن عقد الاستصناع يكون على معدوم، والمعدوم لا يصح أن يكون مبيعاً، وهذا فيه دلالة أيضاً على أنه وعد لأن الوعد يكون على شيء غير موجود.

4- إن الاستصناع يبطل بموت الصانع، والعقود لا تبطل بموت أحد العاقدين.

الرأي الثاني: ويرى ان الاستصناع عقد وليس بوعد وقال بهذا الرأي جمهور فقهاء الحنفية وأدلتهم على ذلك هي (١):

1- بما أن الصانع يملك الدراهم بقبضها ففيه دلالة على أن الاستصناع عقد لا وعد، لأنه لو كان وعداً لما ملك الدراهم بقبضها.

2- لأنه قد أجري في الاستصناع القياس والاستحسان، ولو كان وعداً لما جرى فيه القياس والاستحسان.

3- إن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية، والوعد لا يحتاج إلى خيار الرؤية.

4- إن الاستصناع يجري فيه التقاضي، والتقاضي إنما يثبت في الواجب بالعقود لا بالموعد، فإذا ما أخلف شخص فيما وعد لشخص آخر لا يحق له الذهاب إلى القضاء ليطالبه بالوفاء فيما وعده.

5- إن الاستصناع يجوز فيما يتعامل به الناس، أما فيما لا يتعامل به الناس فلا يجوز، أما الوعد فيجوز فيما تعامل به الناس وفيما لم يتعاملوا به.

الرد على من قالوا بأنه وعد:-

1- القول بأن الصانع ليس مجبراً على العمل هو قول مردود، لأن الصانع مجبر على العمل على رأي المجلة (٢) وهو الرأي الذي يؤيده أغلب العلماء المعاصرين.

2- القول بأن المستصنع ليس مجبراً على قبول الشيء المصنوع، قول مردود لما روي عن الأمام أبي يوسف من أن المستصنع مجبر على قبول الشيء المصنوع إذا جاء مطابقاً

١- انظر: البابرتي، العناية مع فتح القدير-114/7، والكاساني، بدائع الصنائع-2/5، والسرخسي، المبسوط-84/15.

٢- انظر: حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 361/2 .

للمواصفات المتفق عليها، والقول بأن المستصنع له الرجوع قبل تمام صنع الشيء المصنوع قول مردود أيضاً، فهو ملزم بالعقد حال انعقاده على رأي المجلة.

3- كون المعقود عليه معدوماً لا ينافي أن يكون الاتفاق بينهما عقداً لا وعداً، مثل عقد السلم فهو عقد على معدوم.

4- القول بأن الاستصناع يبطل بموت الصانع أجيب عليه بأن الاستصناع فيه شبه بالإجارة لذلك يبطل بموت الصانع وهذا لا يمنع أن يكون عقداً

الرأي الراجح والله أعلم: بعد النظر في أدلة الفريقين ومدى قوتها، نرى أن أدلة القائلين بأن الاستصناع عقد لا وعد أقوى من أدلة مخالفهم، وعلى ذلك أرجح الرأي الثاني وهو أن الاستصناع عقد وليس بوعد.

## المبحث الثاني

### عقد الاستصناع وعقد البيع

سأبين في هذا المطلب أوجه الاتفاق والاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد البيع.

#### المطلب الأول: وجه الشبه بين عقد الاستصناع وعقد البيع

اعتبر بعض فقهاء الحنفية أن عقد الاستصناع بيعٌ محضٌ أي أنه نفس البيع المطلق

بكل خصائصه وصفاته<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - البابرتي ، العناية مع فتح القدير -115/7 ..

لكن جمهور فقهاء الحنفية يرى أن الاستصناع نوع من أنواع البيوع له خصائصه المستقلة.

قال السرخسي: اعلم بأن البيوع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم، وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستتجار للصناعة ونحوهما، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع، فالمستصنع فيه مبيع عين (١).

نفهم من كلام السرخسي أن الاستصناع نوع من أنواع البيوع، ولكنه ليس البيع المطلق، حيث قسم البيع إلى أربعة أنواع، وذكر أولها البيع المطلق وهو: بيع عين بثمن، ثم ذكر الأنواع الأخرى وآخرها الاستصناع وهو بيع عين شرط فيه العمل، ولو كان الاستصناع هو نفسه البيع المطلق لما عده من أنواع البيوع المستقلة وله خصائصه.

### المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد البيع

على الرغم من أوجه الشبه التي ذكرناها بين عقد الاستصناع وعقد البيع إلا أن هناك أوجه للاختلاف نبيّنها فيما يأتي:

أولاً: اشتراط العمل في الاستصناع. فالمعروف أن البيع لا يشترط فيه العمل ولهذا خالف الاستصناع البيع في هذا الجانب .

ثانياً: يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع موجوداً غير معدوم، لكن عقد الاستصناع هو عقد على معدوم.

ثالثاً: يشترط في عقد البيع قبض المبيع خاصة إذا كان من المنقول، أما في عقد

الاستصناع فلا يشترط قبض المبيع لا في المنقول ولا في غير المنقول.

والذي أراه أن الاستصناع نوع من أنواع البيوع، ولكنه ليس البيع المطلق، بل هو نوع خاص مستقل يشبه البيع المطلق في جوانب معينة ويختلف عنه في جوانب أخرى كما بيّنا ذلك في أوجه الاتفاق والاختلاف بين العقدين في بداية المبحث .

## المبحث الثالث

### عقد الاستصناع وعقد السلم

١ - السرخسي، المبسوط- 84/15 .

سندرس في هذا المبحث أوجه الشبه والاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد السلم.

## المطلب الأول: لمحة موجزة عن عقد السلم.

أولاً: تعريفه.

عقد السلم: هو بيع شيء موصوف في الذمة، أو هو بيع أجل بعاجل (١).

ثانياً: مشروعيته.

ثبتت مشروعية عقد السلم بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقد استدلت العلماء بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) (٢).

قال الطبري (٣): في تفسير هذه الآية حسب ما نقل عن ابن عباس رضي الله عنه فقد

قال ابن عباس: أشهد أن السلفَ مضمونٌ إلى أجلٍ مسمى، وأن الله أحلَّهُ وَأَذِنَ فِيهِ، ثُمَّ قرأ الآية المذكورة أعلاه (٤).

ووجه الدلالة: أن السلم من البيوع المباحة التي شملتها الآية بعمومها.

من السنة: استدلت العلماء 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 أسلفَ في شيء ففي كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ (٥).

الإجماع: انعقد الإجماع على مشروعية عقد السلم كما ذكر كثير من العلماء، فقال ابن

رشد: أجمع العلماء على جواز السلم في كل ما يكال وبيوزن (٦).

ثالثاً: شروطه.

١ - انظر: ابن عابدين، رد المحتار - 454/7، والشافعي الصغير، نهاية المحتاج - 182/4، ابن مفلح، الفروع - 296/4

٢ - سورة البقرة - آية-282.

٣ - الطبري: هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب أبو جعفر الطبري والإمام صاحب التصانيف من أهل طبرستان ولد سنة أربع وعشرين ومئتين، وهو من علماء الشافعية الكبار له باع في مختلف العلوم في القرآن والسنة والفقه والتاريخ، ومن مصنفاته كتابه المشهور في (تاريخ الأمم) وكتاب (التفسير) وكتاب (تهذيب الآثار). انظر: الذهبي. تاريخ الإسلام-279/23.

٤ - الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، (ت310هـ). جامع البيان عن تأويل أي القرآن - 116/3، دار الفكر: بيروت، 1988م.

٥ - صحيح البخاري - 660/2، سبق ذكره - ص27- من الرسالة.

٦ - ابن رشد، بداية المجتهد - 202/2.

شروط عقد السلم(١): سنتاولها بالذكر دون التفصيل والتعليق على ما اتفق عليه العلماء وما اختلفوا فيه وهي:

أولاً: أن يكون المسلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النساء (أي النسيئة).

ثانياً: أن يكون المسلم فيه موجوداً عند حلول الأجل.

ثالثاً أن يقبض الثمن في مجلس العقد فإن تفرقا قبل قبض الثمن بطل العقد خلافاً لمالك الذي يجيز تأخير قبض الثمن يوماً أو يومين.

رابعاً: أن يكون المسلم فيه مقدراً بالكيل أو الوزن أو بالعدد أو بالصفة.

خامساً: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً.

سادساً: أن يكون الثمن مقدراً أو مكيلاً أو موزوناً.

سابعاً: أن لا يعين المسلم فيه كأن يعين ثمر أرض بعينها.

### المطلب الثاني: أوجه الشبه بين عقد الاستصناع وعقد السلم

أولاً: إن الاستصناع كالسلم شرع على خلاف القياس، وهو النهي عن بيع المعدوم،

فالمستصنع والمسلم فيه غير موجودين حال العقد.

ثانياً: من شروط عقد الاستصناع بيان جنس المصنوع ونوعه وصفته، وكذلك من شروط

عقد السلم أيضاً بيان نوع المسلم فيه وجنسه ووزنه وصفته.

ثالثاً: يشترط في عقد الاستصناع وعقد السلم بيان مكان تسليم المستصنع والمسلم فيه.

رابعاً: لا يصح أن يتضمن عقد الاستصناع وعقد السلم شكلاً من أشكال الربا، كأن

يستصنع خاتماً ذهباً ويدفع ثمنه ذهباً بفارق بينهما.

خامساً: كلاهما نوع من أنواع البيوع ولكن له خصائصه وصفاته.

### المطلب الثالث: أوجه الاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد السلم.

أولاً: يمكن تأجيل الثمن في عقد الاستصناع، أما في عقد السلم فيجب دفعه في مجلس

العقد، ولا يجوز تأخيره إلا ليومين أو ثلاثة على رأي المالكية، وهذا هو الفارق الجوهرى بين العقدين.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع العمل، ولا يشترط العمل في عقد السلم.

<sup>١</sup> - انظر: الحطاب، مواهب الجليل- 476/6، والنووي، روضة الطالبين- 296/3، وابن مفلح، الفروع- 128/4، والكاساني، بدائع الصنائع- 307/5.

ثالثاً: يكون محل العقد في الاستصناع الأشياء التي يمكن تصنيعها، أما عقد السلم فغالباً ما يكون في غير المصنوعات خاصةً عند الحنفية.  
رابعاً: إذا ذكر الأجل في الاستصناع فهو على سبيل التعجيل في تسليم الشيء المصنوع، أما في السلم فهو على سبيل الإبطاء.  
خامساً: يشترط ضرب الأجل في عقد السلم، ولا يشترط في عقد الاستصناع.  
سادساً: يبطل عقد الاستصناع بموت أحد العاقدين، أما عقد السلم فلا يبطل.  
من هذه الدراسة والمقارنة بين عقد الاستصناع وعقد السلم، نجد أن عقد الاستصناع عقد مستقل في صفاته وخصائصه وأحكامه وإن تشابه مع عقد السلم في بعض الوجوه.

## المبحث الرابع

### عقد الاستصناع وعقد الإجارة

سأبين أوجه الشبه والاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد الإجارة في هذا المبحث.

**المطلب الأول: لمحة موجزة عن عقد الإجارة.**

**أولاً: تعريفها.**

الإجارة: بيع منافع معلومة بعوض معلوم<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر: الكاساني، بدائع الصنائع-4/256، والزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته-4/732.

## ثانياً: مشروعيتها.

وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة

فمن الكتاب: قال تعالى: (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ

الْأَمِينُ) (١)، فعمل موسى عليه السلام بالأجرة فيه دلالة على مشروعيتها.

وقال تعالى: (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ وَأَنْ يَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ) (٢)، ففي الآية دلالة أيضاً على

مشروعية الإجارة لأنه أجاز الإرضاع بالأجرة.

ومن السنة: قالت عائشة رضي الله عنها: استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو

بكر رجلاً من بني الدليل هادياً خريئاً وهو على دين كفار قريش فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه

غار ثور بعد ثلاث ليالٍ فأتاهما براحتيهما صبح ثلاث (٣).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ما بع ث الله نبياً إلا

رعى الغنم فقال أصحابه وأنت؟ فقال: نعم كنت أرى على قراريط لأهل مكة (٤).

## ثالثاً: من أحكام الإجارة وآدابها (٥).

والإجارة كالبيع لأنها من أنواع البيوع كما ذكر السرخسي في مبسوطه: فهي بيع عمل

العين فيه تبع (٦).

ولا يجوز فيها الجهالة والغرر، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: لا

يساوم الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ولا تتاجشو ولا تبايعوا بالقاء

الحجر، ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره (٧).

وقال ابن رشد في المقدمات: لا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسمومة وأجل معروف، أو

ما يقوم مقام الأجل من المسافة فيما يحمل أو توفيه العمل بتمامه فيما يستعمل، أو عمل

موصوف أو عرف في العمل والخدمة (٨).

١ - سورة القصص-آية-26.

٢ - سورة الطلاق -آية-6.

٣ - صحيح البخاري - 666 / 2، باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام، رقم الحديث: 2264.

٤ - صحيح بخاري - 665/2، باب رعى الغنم على قراريط، رقم الحديث: 2262.

٥ - انظر: سعيد، محمد رأفت، بحث بعنوان ( عقد الاستئجار وعلاقته بالعقود الجائرة ) - مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي

- 718 / 2 - الدورة السابعة - جدة 1992 . يتصرف

٦ - السرخسي، المبسوط - 84/15.

٧ - البيهقي، السنن الكبرى - 198/6، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، رقم الحديث: 11651. حديث صحيح.

أنظر: ارواء الغليل - 136/5، رقم الحديث: 1292.

٨ - مقدمات ابن رشد - ص 622.

ومن أداب الإجارة أن يُعطى الأجير أجره دون مباطلة أو نقصان، لما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: قالَ اللهُ تعالى: ثلاثةٌ أنا خصيمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدرَ، ورجلٌ باعَ حرّاً فأكلَ ثمنه، ورجلٌ استأجرَ أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني : وجه الشبه بين عقد الإجارة وعقد الاستصناع

للاستصناع وجه شبه بالإجارة كما ذكرنا سابقاً من حيث العمل، إذا كانت الإجارة على

أشخاص وليس على منافع، فالإجارة إذا كانت على منافع تكون عقداً على عمل والاستصناع عقد على عين شرط فيها العمل، وهذا الشبه جعل بعض فقهاء الحنفية يقولون: إن الاستصناع هو (إجارة) <sup>(٢)</sup> فاختلف عليهم الأمر، كما مثلوا لذلك بعمل الصبّاغ وقالوا: إنه يشبه الاستصناع، مع أن الفرق واضح بينهما، فالصبّاغ أجير في مال غيره، أما الصانع فهو يصنع في مال نفسه، فالصبّاغ لا يشترط فيه أن يملك الشيء المصبوغ أما الصانع في الاستصناع يجب عليه أن يملك الشيء المصنوع وإلا أصبح أجيراً في مال غيره، وقال بعض الفقهاء: إن الاستصناع إجارة ابتداءً وبيع انتهاءً <sup>(٣)</sup>.

ومن أوجه الشبه أن العقد يبطل بموت أحد العاقدين في الاستصناع والإجارة مع أن هناك رأياً يخالف ذلك فيقول عبد الوهاب البغدادي في كتابه (الإشراف على مسائل الخلاف): لا تنفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين إذا لم يتعذر استيفاء المنافع، خلافاً لأبي حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من ترك حقاً أو مالاً فلورثته) <sup>(٤)</sup>، وهذه الإجارة متروكة للميت فيجب أن تكون لورثته، وهذا ينفي الفسخ ولأنه عقد معاوضة فلم يفسخ بموت أحد العاقدين) <sup>(٥)</sup>.

والخلاصة أن عقد الإجارة إن كان على منافع فلا يفسخ العقد بموت أحد العاقدين أما إذا كان عقد على أشخاص فينظر إذا تعذر استيفاء المنافع المتفق عليها في العقد انفسخ العقد وإذا أمكن الوفاء بها لم يفسخ العقد.

## المطلب الثالث: أوجه الاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد الإجارة

<sup>١</sup> - صحيح البخاري - 668/2 ، سبق ذكره ص7- من الرسالة.  
<sup>٢</sup> - البابرّي، العناية مع فتح القدير - 114/7-115  
<sup>٣</sup> - العناية مع فتح القدير - 115/7-116 .  
<sup>٤</sup> - انظر: الألباني ، محمد ناصر الدين . إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل- 11/6 ، باب إحياء الموات، رقم الحديث: 1555، ط2، المكتب الإسلامي: بيروت، 1985م.  
<sup>٥</sup> - سعيد، محمد رأفت. بحث بعنوان (عقد الاستصناع والعقود الجائزة) ، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي - مصدر سابق - 718/2 .

وأوجه الاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد الإجارة هو ما يأتي:  
أولاً: إن محل العقد في الاستصناع هو العين والعمل فيه تبع أما الإجارة فمحل العقد هو العمل.

ثانياً: إن الصانع يعمل في مال نفسه، أما الأجير فيعمل في مال غيره  
ثالثاً: إذا أئلف الصانع ما يصنع فيكون أئلف ماله، أما الأجير فإذا أئلف ما يعمل به فإنه يضمه لصاحبه.

رابعاً: إن المستصنع له الخيار أما المستأجر فلا خيار له.  
خامساً: يكون عقد الاستصناع فيما تعارف عليه الناس أما الإجارة فلا يشترط أن تكون فيما تعارف عليه الناس (١).

## المبحث الخامس

### عقد الاستصناع وعقد المقاولة

المطلب الأول: لمحة موجزة عن عقد المقاولة

الفرع الأول: لمحة عن تطور عقد المقاولة

عقد المقاولة هو مصطلح فرضته حركة الحياة وعلاقات الناس فيما بينهم في باب المعاملات، وقنن له القانون الوضعي، ويوضح الدكتور محمد علي جعلوك كيف تطورت الحاجة إلى عقد المقاولة فيقول: ( إن الأعمال ليست دائماً بهذه المحدودية أو البساطة، بل

١ - أنظر: فتح القدير - 115/7 وبدائع الصنائع - 2/5 - خلافاً لرأي المجلة وهو: أن المستصنع لا خيار له .

إن كثيراً منها ذو حجم كبير نسبياً، وتزداد الحاجة إلى من لديه الخبرة والممارسة والقدرة على التنفيذ كلما زاد حجم المشروع وتنوعت وتعقدت جوانبه وارتفعت متطلباته ومواصفاته الفنية والتقنية .

ولسد هذه الحاجة الملحة ظهر ما يدعى بالمقاول أو المتعهد، وبشكل متزامن مع التوسع حجماً تطورت أعمال المقاولات نوعياً أيضاً، فأصبح هناك مقاولون متخصصون بالمباني أو الأعمال الإنشائية، وآخرون بالأعمال الكهربائية والميكانيكية والتوريد والصيانة والتشغيل . ومن جهة أخرى فهناك من يدعون بالمقاولين من الباطن، وهم أولئك المقاولين الذين يتولون تنفيذ أعمال جزئية بالتعاقد مع المقاول الرئيس وليس مع صاحب العمل مباشرة وفي حالات أخرى قد يتعدد هؤلاء المقاولون من الباطن (١).

## الفرع الثاني: طبيعة عقد المقاولة

أولاً: تعريف عقد المقاولة: (٢)

هو عقدٌ يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجرٍ يتعهد به المتعاقد الآخر .

ثانياً: طرفاً عقد المقاولة هم (٣): 1- صاحب العمل 2- المقاول

1- صاحب العمل: هو الطرف الذي يعرض ما لديه من أعمال طالباً ممن هو أهل من المقاولين المعروفين أن ينفذها لصالحه حسب المواصفات والشروط المطلوبة والمبينة، وقد يكون صاحب العمل شخصاً أو جماعة أو شركة أو دولة.

2- المقاول: هو الطرف الثاني في عقد المقاولة والذي يرغب وتكون لديه الإمكانيات والمؤهلات اللازمة لتنفيذ العمل حسب طلب صاحب العمل وشروطه الفنية والمالية .

ثالثاً : الملامح الأساسية لعقد المقاولة (٤).

1-التنوع الكبير: حيث يمكن أن يكون عقد المقاولة على إنشاء مسكن أو فندق أو مصنع أو محطة كهربائية أو إنشاء جسور أو غيرها، وكما يكون بين الأفراد يمكن أن يكون بين الشركات والدول أيضاً.

١- جعلوك ، محمد علي، أعمال المقاولات - ص 6 ، ط1، دار الراتب الجامعية:سوفنير، 1999م.

٢- جعلوك ، أعمال المقاولات - ص 7.

٣- جعلوك، أعمال المقاولات- ص 7 .

٤- نفس المرجع السابق - ص18-24.

2- عامل الوقت: إن لعامل الوقت في عقد المقاولة أهمية كبيرة خاصة وأن جميع عقود المقاولات تحتوي على شرط إنجاز العمل خلال مدة محددة من الزمن وكما أن عامل الوقت مهم لصاحب المشروع فهو أيضاً مهم للمقاول فمعروف في عرف المقاولات أنه كلما قلت مدة تنفيذ المشروع ازداد ربح المقاول وكلما زاد وقت تنفيذ المشروع قل ربح المقاول على الأغلب.

3- المواصفات الفنية: تشمل جميع عقود المقاولات على جملة من المواصفات الفنية التي يتلزم بها المقاول في تنفيذه للمشروع مثل الإشراف الهندسي والمخططات المصاحبة لها ومكاتب الاستشارة الهندسية.

4- التكلفة: إن حسن تنفيذ المشروع والسرعة في تنفيذه لا يعني بالضرورة أن المشروع مريح بالنسبة للمقاول، بل لا بد أن ينجز المشروع بتكلفة أقل من قيمة العقد وإلا يخسر المال والجهد.

5- الشروط القانونية: إن عقد المقاولة مثل باقي العقود يبنى على جملة من الشروط بين العاقدين. وهذه الشروط هي التي تحكم العلاقة بين المتعاقدين ولكل نوع من أنواع عقود المقاولات نوع من الشروط الخاصة به.

6- نطاق العمل: هو وصف لنوع وطبيعة العمل المطلوب تنفيذه.

7- الضمانات والشروط الجزائية: يتضمن عقد المقاولة ضمانات مالية عند العطاء تضمن تنفيذ المشروع، ويتضمن أيضاً شرطاً جزائياً يتعهد فيه المقاول بدفع غرامات مالية إذا أخل بأي شرط من شروط العقد.

## المطلب الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد المقاولة

أن عقد المقاولة له عدة صور منها (1):

الأولى: أن يكون عقد المقاولة على جهد وعمل المقاول، وتكون المواد اللازمة للعمل من صاحب العمل، فيكون هذا العقد أشبه بعقد الإجارة في الفقه الإسلامي ولا شبه فيه بعقد الاستصناع، لأن أهم ما يميز عقد الاستصناع عن عقد الإجارة هو أن المادة الخام اللازمة

1- عبد الله، محمد عبد الله، بحث بعنوان ( عقد الاستصناع ) - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي- 2/ 381 وما بعدها - الدورة السابعة- جدة - 1992 م ، بتصرف .

للعمل والصناعة تكون من الصانع في عقد الاستصناع، وتكون من المستصنع في عقد الإجارة.

الصورة الثانية: أن يكون عقد المقاولة على جهد وعمل المقاول، وعليه إحضار المواد اللازمة للعمل أيضاً. أي أن يسلم المشروع كاملاً ويسمى (تسليم مفتاح) بلغة أصحاب المقاولات دون أن يقدم صاحب العمل شيئاً من المواد، وما عليه إلا أن يدفع الثمن المتفق عليه في العقد ويتسلم ما اتفقا على بنائه أو إنشائه كبيت أو جسر أو مصنع أو محطة كهربائية أو أي شيء يدخل في باب الإنشاءات والمقاولات. وهذه الصورة هي التي فيها شَبَّهَ بعقد الاستصناع بل اعتبرها بعض العلماء المعاصرين هي عقد استصناع. وهناك صورة أخرى وهي أن يقوم المقاول ببناء المساكن أو المنشآت بماله وعلى أرضه دون عقد مع طرف آخر ثم يقوم ببيع ما بناه بعد إتمامه، وهذه الصورة لم ندرجها ضمن صور عقد المقاولة لأنها تندرج تحت باب البيع المطلق فهي ليست مقاوله ولا إجارة ولا استصناع. وحول تشابه الصورة الثانية وهي أن يكون العمل والمادة اللازمة للعمل من المقاول مع عقد الاستصناع، يقول الدكتور مصطفى الزرقاء: (بطريق الاستصناع يمكن إقامة المباني على أرض مملوكة للمستصنع بعقد مقاوله. فإذا كان عقد المقاولة يقوم على أساس أن المقاول هو الذي يأتي بمواد البناء ويتحمل جميع تكاليفه ويسلمه جاهزاً (على المفتاح)، فهذا يمكن أن يعتبر استصناعاً<sup>(1)</sup>).

ولا بد من توضيح صفات المعقود عليه في عقد المقاولة وعقد الاستصناع. ويمكن أن يتضمن كل من عقد الاستصناع وعقد المقاولة شرطاً جزائياً يضمن إتمام العمل. ولو قمت بمقارنة بين عقد الاستصناع وعقد المقاولة على الصورة الثانية التي ذكرتها وهي أن يكون العمل ومادة العمل من المقاول لوجدت بينهما تشابهاً كبيراً فلا غرابة أن يعتبر بعض الفقهاء أن عقد المقاولة على الصورة الثانية هو عقد استصناع فعقد الاستصناع بين صانع ومستصنع وكذلك عقد المقاولة بين المقاول وصاحب العمل. والصانع مطلوب منه العمل والمادة الخام وكذلك المقاول وكلا العقدين لازم كما سأليناه في مدى لزوم عقد الاستصناع والرأي الراجح فيه. ولكن هناك بعض الفوارق بينهما وهي:-

<sup>1</sup> - الزرقاء، بحث بعنوان (عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - 252/2، مرجع سابق.

ورد في ملامح عقد المقاولة: التنوع الكبير فيمكن أن يندرج تحت عقد المقاولة كثير من الأعمال والإنشاءات ولكن عقد الاستصناع يقتصر في تعامله على ما تعارف الناس على استصناعه أما فيما لم يتعارف عليه الناس فينقلب سلباً

وورد كذلك: عامل الوقت فالوقت عامل هام في عقد المقاولة بل جزء من عقد المقاولة وهو تحديد مدة العمل. أما في عقد الاستصناع فالعقد صحيح إذا حددت المدة أو لم تحدد.

وورد كذلك: الضمانات المالية حيث غالباً ما يشترط على المقاول دفع ضمانات مالية تضمن قيامه بالعمل المطلوب أما في عقد الاستصناع فيمكن أن يجري بضمانات مالية وبدون ضمانات ولم تجرِ العادة أن يطلب من الصانع ضمانات مالية.

والخلاصة: أن عقد الاستصناع عقد مستقل في تكييفه وأحكامه وشروطه وخصائصه وصفاته، وإن تشابه مع بعض العقود واختلف مع البعض الآخر إلا أن عقد الاستصناع يبقى عقداً مستقلاً من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية .

## الفصل الخامس: مقومات وشروط عقد الاستصناع وفيه

### مبحثان .

المبحث الأول : مقومات عقد الاستصناع .

المبحث الثاني : شروط عقد الاستصناع .

## الفصل الخامس

### مقومات وشروط عقد الاستصناع

#### المبحث الأول: مقومات عقد الاستصناع

المطلب الأول: المقومات العامة لعقد الاستصناع وغيره من العقود  
اختلف الفقهاء في تعريف مقومات العقد فما اعتبره البعض أركاناً للعقد اعتبره البعض  
الآخر شروطاً للعقد. والمقومات الأساسية للعقد هي:

١ للعاقدان 2- المعقود عليه 3- الصيغة(١).

وقد عدها بعض الفقهاء خمسة وهي: (العاقدان، المثمن، الثمن، الإيجاب، القبول)(٢). وهذه المقومات عدها جمهور الفقهاء أركاناً وعدها الحنفية شروطاً للعقد ما عدا الصيغة فهي ركن العقد عندهم (٣).

وعليه سأتكلم عن ركن الاستصناع (الصيغة) وهو الإيجاب والقبول، لأنه الركن المتفق عليه عند جمهور الفقهاء بما فيهم الحنفية أما باقي المقومات والتي هي شروط عند الحنفية وأركان عند غيرهم من الجمهور فسأتكلم عنها في المبحث الثاني.

## المطلب الثاني: ركن عقد الاستصناع

وهو (الصيغة) أو الإيجاب والقبول.

المراد بالصيغة: تشمل صيغة العقد ما يتلفظ به العاقدان من عبارات يلتزم بها لتكوين العقد والمسماة في عرف الفقهاء (بالإيجاب والقبول). وقد تكلم الفقهاء عن الصيغة وما المراد بها وكيف تكون وهل تكون بالماضي أو بالحال أو بالأمر؟  
وبما أن الاستصناع نوع من أنواع البيوع فسأتكلم عن الصيغة وما المراد منها عند الفقهاء.

الصيغة هي: كل ما يدل على رضا الجانبين البائع والمشتري وهي نوعان:-

النوع الأول الصيغة القولية: وما يقوم مقامها من رسول أو كتاب فالقول: كأن يقول البائع قد بعنتك ثوبي هذا بكذا أو أرسل له رسولاً فقبل البيع في المجلس فإنه يصح، والقول يكون باللفظ الذي يدل على التملك والتملك: كبعنت واشتريت ويسمى ما يقع من البائع إيجاباً وما يقع من المشتري قبولاً. هذا عند جمهور الفقهاء أما عند الحنفية فيرون أن الإيجاب: هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين سواء كان بائعاً أو مشترياً والقبول هو ما صدر ثانياً (٤).

النوع الثاني المعاطاة(التعاطي): (٥).

١ - انظر: الزرقاء، المدخل الفقهي العام-1/334. والنووي، روضة الطالبين-3/56 وما بعده. الكاساني، بدائع الصانع-5/199. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار-7/14. والزرقاء، عقد البيع- ص 22. والحطاب، مواهب الجليل 6/57.

٢ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - 2/3.

٣ - الموصلي، عبدا لله بن محمود بن مودود الحنفي، الاختيار لتعليل المختار-2/4، ط1، دار الكتب العلمية:بيروت.

٤ - انظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار-2/4. الكاساني، بدائع الصانع 5/199. والنووي، روضة الطالبين-3/56. والبهوتي، كشاف القناع-3/146.

٥ - أنظر: الكاساني، بدائع الصانع 5/199. والموصلي، الاختيار لتعليل المختار 2/4. و روضة الطالبين-3/56.

وهي الأخذ والعطاء بدون كلام كأن يشتري شيئاً بثمن معلوم له فيأخذه من البائع ويعطيه الثمن وهو يملك بالقبض هذا عند الجمهور (١) ، اما الشافعية فيرون أن العقد لا يتم إلا بالإيجاب والقبول (٢).

وهذا في العقد بصور عامة أما في الاستصناع بصور خاصة فلا يكون العقد بالتعاطي، لأنه لا بد من تفصيل بين العاقدين حول طبيعة الشيء المصنوع ومواصفاته وعن استعداد الصانع لعمله وهذا يسمى بالإيجا ب والقبول، وعليه فإن كل صيغة تعارف عليها الناس وتدل على الرضا بين الطرفين فهي مقبولة وينعقد بها الاستصناع كقوله اصنع لي أو اعمل لي ويقول الصانع قبلت .

## المبحث الثاني

### شروط عقد الاستصناع

#### المطلب الأول: الشروط العامة لعقد الاستصناع وغيره

وسأتكلم عن شروط العقد من وجهة نظر فقهاء الحنفية

تعريف الشرط لغةً واصطلاحاً:-

الشرط لغةً: هو العلامة الدالة المميزة (٣).

الشرط اصطلاحاً: ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم (١).

١- انظر: الكاساني، بدائع الصنائع 199/5، والبهوتي، كشاف القناع 146/3 ، والحطاب، مواهب الجليل 12/6.

٢- النووي، روضة الطالبين - 56/3

٣- أنظر: مصطفى، المعجم الوسيط -ص 479 . والفيومي، المصباح المنير -ص 118.

## أنواع الشروط:

لقد تكلم العلماء في شروط العقد بصورة عامة عند الحديث عن العقود والبيوع.

وشروط العقد كما بيّنها العلماء هي(١):

أ. شروط الانعقاد                      ب. شروط الصحة

ج. شروط النفاذ                        د. شروط اللزوم

وسأتكلم عن هذه الشروط فيما يتعلق بكل جانب من جوانب العقد ومقوماته من:

أ- صيغة العقد(الإيجاب والقبول) ، ب - العاقدین ( البائع والمشتري )، ج - محل العقد ( المبيع والثمن ) ، د- مكان العقد ( مجلس العقد ) .

### الفرع الأول: شروط الانعقاد

أ. شروط الصيغة وهي:

1- أن يعطي الإيجاب والقبول دلالة واضحة لا لبس فيها على نوع العقد (٢).

2- أن يوافق الإيجاب والقبول في الصيغة (٣).

3- ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل يدل على عدم القبول وفق عرف البيع (٤).

ب- الشروط التي ترجع إلى العاقدین:

1 - الأهلية: أي أن يكون العاقد عاقلًا بالغًا (٥).

2 - أن يكون العاقد من طرفین متقابلين (٦)

ج الشروط المتعلقة بالمعقود عليه:

أولاً: الشروط المتعلقة بالمبيع(٧):

1- أن يكون المبيع موجوداً فلا يجوز بيع المعدوم.

2- أن يكون المبيع مالاً متقوماً فلا بد لصحة البيع أن يكون المبيع مالاً معتبراً شرعاً.

---

١- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت1255هـ). إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول- ص7 ، ط1 ، شركة مكتبة أحمد بن سعد بن نيهان ، سروليا: اندونيسيا.  
٢- أنظر: بدائع الصنائع - 201/5 وما بعدها. و روضة الطالبين - 61/3 وما بعده. و الشرح الكبير للمغني - 5/4 . ورد المختار على الدر المختار - 14/7 والزرقاء، عقد البيع - 21 .  
٣- أنظر: النووي، روضة الطالبين 60/3 والزرقاء، عقد البيع ص 26 .  
٤- أنظر: البدائع 203/5 . ورد المختار على الدر المختار - 15/7 . و روضة الطالبين - 60/3 . وعقد البيع - ص 26  
٥- أنظر: الاختيار لتعليل المختار - 4/2 . و روضة الطالبين 60/3 . والمدخل الفقهي - 374/1 .  
٦- أنظر: البدائع 201/5 . وكشاف القناع - 151/3 . و مواهب الجليل - 31/6 .  
٧- أنظر: بدائع الصنائع - 203/5 . و عقد البيع ص 28 . ورد المختار - 114/7 .  
٨- أنظر: بدائع الصنائع - 207/5 . وكشاف القناع - 163/3 . و مواهب الجليل - 85/6 . وبداية المجتهد - 172/2 .

- 3 - أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فلا يجوز بيع مال الآخرين ولا بيع الأموال العامة.  
4 - أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالثمن:

- 1- أن يكون الثمن معلوماً ومقدراً (١).  
2- أن يكون مالاً متقوماً بالمعنى الشرعي (٢).  
د. الشروط المتعلقة بمكان العقد:  
وهو شرط واحد وهو اتحاد المجلس بأن يكون الإيجاب والقبول بمجلس واحد.

### الفرع الثاني: شروط الصحة

شروط الصحة نوعان (٣):

- أ - شروط عامة: وهي تشمل كل أنواع البيوع.  
ب- شروط خاصة: وهي الشروط التي تختص ببعض أنواع البيوع.  
أ-الشروط العامة لصحة البيع:-  
1-عدم الجهالة (٤).  
2- الرضا أي ألا يكون أحد العاقدين وقع تحت الإكراه (٥).  
3 - نفي الضرر: بأن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه دون إلحاق الضرر بالبائع (٦).  
4 - عدم التوقيت: كما لو قال بعثك هذه الدار لمدة سنة فهذا عقد فاسد(٧).  
5 - أن لا يتضمن العقد شرطاً فاسداً: والشروط الفاسدة أنواع منها(٨):  
ب- الشروط الخاصة: وهي شروط تخص بعض البيوع دون بعض وهي(٩):  
1. القبض إذا كان المبيع منقولاً.  
2. إذا كان البيع صرفاً يشترط التقابض في البدلين قبل الافتراق أي في مجلس العقد.

١- انظر: كشف القناع-173/3 . و الاختيار لتعليل المختار - 5/2 . و مواهب الجليل 85/6 .  
٢- انظر: البدائع 210/5 . و روضة الطالبين - 68/3 . و كشف القناع - 152/3 .  
٣- انظر: البدائع- 233/5، ورد المختار- 115/7، و عقد البيع-ص36  
٤- انظر: البدائع- 233/5، والاختيار-5/2، وكشف القناع-163/3، وروضة الطالبين-77/3.  
٥- انظر: البدائع -233/5 . وروضة الطالبين 61/3 . و مواهب الجليل 41/6 . و رد المختار 115/7 .  
٦- انظر: مواهب الجليل-81/6 . و البدائع - 249/5 . و روضة الطالبين - 75/3 .  
٧- انظر: الزرقاء، عقد البيع - ص36، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار-115/7.  
٨- انظر: البدائع- 251/5 وما بعدها ، ورد المختار- 115/7.  
٩- انظر: عقد البيع-ص40، والبدائع - 251/5 ، ورد المختار- 116/7، والاختيار لتعليل المختار-8/2 .

3. إذا كان البيع سلماً يشترط فيه شروط بيع السلم.

4 - إذا كان المال ربوياً يشترط خلوه من الربا.

5 - الديون التي في الذمم لا يصح بيعها من غير من هي عليه إلا بعد قبضها.

### الفرع الثالث شروط النفاذ:-

قد ينعقد العقد صحيحاً، ولكنه يمنع من النفاذ حتى يجيزه من له الحق في الإجازة.

لذلك أشتراط الفقهاء شروطاً حتى ينفذ العقد وهي(١):

1. الملك أو الولاية: أي أن يكون البائع مالكاً للمبيع أو ذا ولاية عليه.

2. ألا يكون في المبيع حق لغير البائع.

### الفرع الرابع شروط اللزوم وهي(٢):

خلو عقد البيع من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد وهي :

1- خيار الرؤية 2- خيار الشرط 3- خيار الغبن 4- خيار العيب

5- خيار التعيين 6- خيار النقد 7- خيار الوصف.

فإذا وُجد أحد هذه الخيارات أو بعضها، فإنه يمنع من لزوم عقد البيع.

هذا إجمال شروط البيع بأنواعها الأربعة: فإذا فقد البيع شيئاً من شرائط الانعقاد بطل

البيع، وإذا فقد شيئاً من شرائط الصحة فسد البيع، وإذا فقد شيئاً من شرائط النفاذ توقف

البيع، وإذا فقد شيئاً من شرائط اللزوم كان من له الخيار الحق في فسخ البيع. (٣).

### المطلب الثاني: الشروط الخاصة بعقد الاستصناع

سنعرض فيما يلي الشروط الخاصة بعقد الاستصناع كما تكلم عنها فقهاء المذهب

الحنفي وقد حددها بثلاثة شروط وهي:-

الشرط الأول: بيان أوصاف المعقود عليه بياناً ينفي كل جهالة(٤).

والمعقود عليه في الاستصناع يشمل أمرين هما أولاً: العين وهي المادة الخام التي يراد

العمل فيها وفق المواصفات المطلوبة وهي عند الصانع

١ - انظر: الزرقاء، عقد البيع- ص 43 ، ورد المختار على الدر المختار - 15/7 .

٢ - انظر: البدائع- 338/5 ، ورد المختار على الدر المختار- 16/7 ، وعقد البيع- ص45.

٣ - انظر: الزرقاء ، عقد البيع - ص 45.

٤ - انظر: بدائع الصنائع -4/5 . ودرر الحكام على شرح مجلة الأحكام - 360 /2 ، ورد المختار-474/7.

ثانياً: العمل وهو المطلوب من الصانع أيضاً ويكون العمل في العين أي المادة المصنوعة لينتج المستصنع وفق المواصفات المتفق عليها.

وتبرز هنا قضية وهي هل المعقود عليه العين أم العمل؟

هناك رأيان عند الحنفية في هذا الموضوع وهما<sup>(١)</sup>:

الرأي الأول: وهو أن المعقود عليه هو العين وهو رأي جمهور الحنفية.

الرأي الثاني: وهو أن المعقود عليه هو العمل وهو رأي أبي سعيد البردعي<sup>(٢)</sup>.

أدلة أصحاب الرأي الأول: <sup>(٣)</sup>

قالوا إن المعقود عليه هو العين، بدليل أنه لو جاء الصانع بالمصنوع وقد صنّع قبل العقد أو صنعه غيره فإنه جائز، والمستصنع ملزم بأخذه إذا جاء بالمواصفات المطلوبة على رأي أبي يوسف<sup>(٤)</sup>.

وفي ذلك يقول السرخسي: (فأما في الاستصناع فالمعقود عليه العين) <sup>(٥)</sup>.

وجاء في العناية على فتح القدير: (بأن المعقود عليه هو العين دون العمل) <sup>(٦)</sup>.

وجاء في شرح المجلة لعلي حيدر: (المبيع في الاستصناع هو العين لا العمل) <sup>(٧)</sup>.

أدلة أصحاب الرأي الثاني<sup>(٨)</sup>:

قال أبو سعيد البردعي إن الاستصناع هو طلب الصنعة، والعمل والمادة بمنزلة الآلة، فيكون أقرب للإجارة منه للبيع. ولو كان بيعاً لما بطل بموت أحد العاقدين. وقال إن اسمه وهو الاستصناع ينبئ عنه بأن المعقود عليه هو العمل أي الصناعة فهو أشبه ما يكون بعمل الصباغ إذ العين وهي الصبغ والعمل من عند الصباغ ومع هذا لا يعتبر عقد استصناع بل هو إجارة محضنة وعقد الاستصناع كذلك.

ورد جمهور الحنفية بما يلي<sup>(٩)</sup>:

<sup>١</sup> - العناية مع فتح القدير-115/7 ، ورد المختار- 474/7 .

<sup>٢</sup> - أبو سعيد البردعي: هو أحمد بن الحسين أبو سعيد من فقهاء الحنفية الكبار وسمي بالبردعي نسبة إلى قرية بردعة من أقصى بلاد أذربيجان، قتل في وقعة القرامطة مع الحج سنة سبع عشرة وثلاثمئة / انظر: ابن عابدين ، ردا المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - 474/7

<sup>٣</sup> - انظر: المبسوط - 85/15 وما بعده ١ . و العناية على فتح القدير - 115/7 . و الدرر على شرح المجلة -359/2 .

<sup>٤</sup> - أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس بن سعد الأنصاري، اخذ العلم عن الامام أبي حنيفة وولي القضاة لثلاثة خلفاء هم المهدي والهادي والرشيد، وهو من أشهر تلاميذ الإمام أبي حنيفة الذين نقلوا علمه إلى الأجيال اللاحقة، توفي سنة اثنتين وثمانين ومئة. انظر: الجواهر المضية في تراجم الحنفية-1825/3.

<sup>٥</sup> - السرخسي ، المبسوط - 85/15

<sup>٦</sup> - البابرتي ، العناية مع فتح القدير - 115/7.

<sup>٧</sup> - حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 359/2

<sup>٨</sup> - انظر: العناية مع فتح القدير-115/7، ورد المختار - 747/7.

قالوا إن ما استدل به أبو سعيد البردعي من أن ( الاستصناع يشبه الإجارة لأنه يبطل بموت الصانع) استدلال مردود لأن الاستصناع فيه وجه شبه واحد فقط بالإجارة وهو العمل ولأنه أشبه بعقد البيع أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا فيه خيار الرؤية. وقالوا: في قياس الاستصناع على الصبّاغ إن الصبّاغة هي العمل وهو المعقود عليه وجرى العمل على المادة المراد صبغها وهي ملك للمستأجر والصبغ من مستلزماته لذلك كان الصبغ عقد إجارة خلافا للاستصناع الذي يكون فيه العقد على العمل والمادة. الرأي الراجح والله أعلم : بعد مناقشة أدلة الطرفين وما رأيت من قوة أدلة جمهور الحنفية وضعف أدلة مخالفهم أرى أن الرأي الراجح هو رأي جمهور الحنفية والقائل بأن المعقود عليه في الاستصناع هو ( العين ) وليس العمل والعمل تبع له. وبعد هذا التوضيح أرجع إلى بيان الشرط الأول وهو ( بيان أوصاف المعقود عليه ). فلا بد من بيان أوصاف المعقود عليه وهو العين أي ( المصنوع )، من حيث جنسه ونوعه وقدره وأوصافه بيانياً ينفي كل جهالة قد تقضي إلى المنازعة، بأن يذكر ما يريد استصناعه، مثلاً طاولة أو خزانة، ومادة الصنع هل هي خشب أم غيره، وطولها وعرضها وسمكها ولونها وكم باباً لها إذا كانت خزانة مثلاً، أو كم رجلاً لها إذا كانت طاولة، ويمكن الآن تحديد هذه المواصفات بوساطة المختصين وهم المهندسون، وما ذكرته على سبيل التمثيل لا الحصر.

**الشرط الثاني:** أن يكون المستصنع مما يجري التعامل فيه بين الناس (١). إذا فالأساس في هذا الشرط هو العرف أي ما تعارف عليه الناس تعارفاً مطرداً دون تكبير. وهذا لا يعني أن يكون المسلمون ملزمين بنمط من الأعراف سادت في زمن الفقهاء المتقدمين فنقصر جواز الاستصناع على ما تعارف عليه المسلمون الاوائل كاستصناع خف أو إناء من نحاس أو حديد أو غير ذلك مما تعارف عليه المسلمون الاوائل ولكن هذا الشرط متجدد بتجدد أعراف الناس فيما يتعاملون به في أمور حياتهم.

١ - انظر: العناية مع فتح القدير-115/7.

٢ - انظر: بدائع الصنائع 4/5 ، وفتح القدير 11/7 ، والمبسوط 85/15 ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة (389) ، و رد المختار -474/7 .

وقد مثل الفقهاء لهذا الشرط بما تعارفوا عليه في زمانهم، فقال الكاسان ي في البدائع: (ومنها أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والنحاس والرصاص والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقسي والنبل والسلاح كله والطشت والقلمم ونحو ذلك، ولا يجوز في الثياب، لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جوازه استحساناً لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب) (١).

وقال السرخسي في المبسوط: (وإنما جَوِّزنا الاستصناع فيما فيه تعامل بين الناس ففيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس) (٢).

وقال ابن الهمام: (ولكن جَوِّزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وفيه لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس، كأن يستصنع حائك أو خياط قميصاً بغزل نفسه) (٣).

وبعد النظر إلى ما ذكره الفقهاء المتقدمون حول هذا الشرط من شروط الاستصناع وحول الأمثلة التي ذكروها إنما هي على سبيل التمثيل لا الحصر، فيبقى هذا الشرط على أصل القاعدة، وهي أن الاستصناع جاز عند الحنفية خلافاً للقياس استحساناً للضرورة ولتعامل الناس به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم، على قاعدة ( الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة وخاصة ) (٤). وكما جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة 389: (كل شيء تُعمل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلماً وتعتبر فيه شروط السلم) (٥).

فكل شيء تعارف الناس على استصناعه تعارفاً مطرداً ينم عن حاجة للناس في هذا الأمر في كل زمان ومكان جاز استصناعه على شروط وأحكام عقد الاستصناع وهو أن يكون مما جرى فيه التعامل بين الناس فنجد أن عرف الناس قد تغير في هذا الزمان فنجدهم قد تعارفوا على استصناع الثياب مثلاً خلافاً لما كان في الماضي ولقد تطورت حاجة الناس إلى الصناعة تطوراً كبيراً فانتشرت في هذا الزمان صناعة الطائرات والدبابات والسيارات والمصانع والآلات بشتى أنواعها وقد تعارفوا على استصناعها وفق شروط وأحكام عقد الاستصناع.

١- بدائع الصنائع - 4/5.

٢- المبسوط - 85/15.

٣- شرح فتح القدير - 115/7.

٤- المدخل الفقهي العام - 173/2.

٥- درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 358/2.

## الشرط الثالث: عدم تحديد الأجل في عقد الاستصناع

أي عدم اشتراط المدة في عقد الاستصناع أي المدة التي يلتزم فيها الصانع بأن يسلم الشيء المصنوع إلى المستصنع.

وقد اختلف فقهاء الحنفية في هذا الشرط إلى رأيين هما:

الرأي الأول: رأي أبي حنيفة<sup>(١)</sup>.

ويقول: انه لا يجوز أن يضرب للاستصناع أجل فإذا ضرب للاستصناع أجل صار سلباً حتى يعتبر فيه شروط السلم وهو قبض البديل في المجلس وضرب الأجل وبيان أوصاف المسلم فيه ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه.

ودليله:

1 - أنه إذا ضرب فيه أجل فقد أتى بمعنى السلم إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً والعبارة في العقود لمعانيها لا لصور ألفاظها.

2 - أن البيع ينعقد بلفظ التمليك، وكذا الإجارة وكذا النكاح، ولهذا صار سلباً فيما لا يحتمل الاستصناع، ولأن السلم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، والاستصناع بالأجل ثابت في عرفهم، فلا يحمل الثابت بالعرف على الثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

3- ولأن التأجيل يختص بالديون، لأنه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك إلا للسلم إذ لا دين في الاستصناع.

والمدة المعتبرة عند جمهور فقهاء الحنفية<sup>(٢)</sup> هي شهر فما كان أقل من شهر اعتبر استصناعاً وما كان أكثر من شهر اعتبر سلباً لأن أقل المدة عندهم في السلم هي الشهر.

وقال بعض علماء الحنفية: إذا كان طلب المدة من المستصنع كانت على سبيل الاستعجال فيكون العقد استصناعاً وإذا كانت من الصانع كانت على سبيل الاستمهال فينقلب العقد سلباً، لأن المستصنع دائماً يطلب التعجيل في إنهاء الشيء المصنوع تبعاً لمصلحته والصانع دائماً يطلب التأجيل في التسليم تبعاً لمصلحته<sup>(٣)</sup>.

<sup>١</sup> - بدائع الصنائع - 4/5، والمبسوط - 86/15، وتحفة الفقهاء - 363/1.

<sup>٢</sup> - رد المحتار 474/7.

<sup>٣</sup> - انظر: العناية مع فتح القدير - 117/7. ورد المحتار 474/7.

الرأي الثاني: رأي صاحبين محمد<sup>(١)</sup> وأبو يوسف.

ويقول أن العقد يكون استصناعاً إذا ضرب له أجل أولم يضرب مادام العقد على شيء متعارف على التعامل باستصناعه أما إذا ضرب الأجل في شيء غير متعارف على استصناعه فينقلب العقد سلباً باتفاق الجميع. ودليلهم:

- 1- هو أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج عن كونه استصناعاً.
- 2- أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال. بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل، فتعين أن يكون للتأخير وه و (السلم) (٢).

الرأي الراجح والله أعلم: ما أرجحه في موضوع الأجل هو رأي صاحبين، وهو أن العقد يكون استصناعاً إذا ضرب له أجل أم لم يضرب، لأنه أقوى دليلاً وأكثر ملاءمة لطبيعة عقد الاستصناع مع تطوره في هذا الزمان، خاصة وقد تشعبت علاقات الناس الاقتصادية وازداد طمع الناس وفساد الذمم، لذلك أصبح لابد من ضبط عقد الاستصناع بمدة محددة حتى لا يطمع أصحاب الصناعات في إبرام كثير من العقود مع الناس في وقت واحد، مما يؤدي بهم إلى المماطلة وعدم إنجاز العمل في وقته وهذا فيه إضرار بمصالح الناس، وحتى ينضبط أصحاب المصالح في تعاملهم مع أصحاب الصناعات ولا يحملوهم فوق طاقتهم ويطلبون منهم إنجاز العمل في وقت لا يكفي لإنجازه، أي ضبط الأمر من الجانبين بين الصانع والمستصنع.

وبتطور الصناعات في هذه الأيام وكثرتها، تختلف في مدة إنجازها حسب نوعها وحجمها وعددها، فمن الصناعات ما ينجز في يوم ومنها ما يحتاج إلى أشهر، وتحديد مدة الشهر أو غيره كأقل مدة مشروطة، تحديد غير مقبول وغير ملائم لطبيعة عقد الاستصناع

<sup>١</sup> - محمد: هو محمد بن الحسن بن واقد أبو عبد الله الشيباني وهو من أشهر تلاميذ أبي حنيفة وكان له الفضل في نشر علم أبي حنيفة، وسمع من مالك والأوزاعي والثوري، وله مصنوعات كثيرة قيل إنها بلغت تسعمائة وتسعين كتاباً منها: الجامع الكبير والجامع الصغير. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية - ص 163.

<sup>٢</sup> - البدائع - 4/5، والعناية مع فتح القدير - 117/7، ورد المحتار - 747/7، والمبسوط - 86/15.

وبناءً عليه كان رأي الصاحبين هو الأقوى والأنسب، ويتزك تحديد المدة للعاقدين حسب عرف الصنعة المتعارف عليها بين الناس.

وقد لخص شارح مجلة الأحكام العدلية موضوع الأجل في عقد الاستصناع في خمس نقاط نذكرها لتتمة الفائدة في الموضوع وهي(1):

- 1 - إذا لم تتبين المدة في الأشياء التي جرى التعامل باستصناعها فالعقد عقد استصناع.
- 2 - إذا كانت المدة المبينة أقل من شهر أي لم تبلغ المدة التي يصح بها السلم، والأشياء مما جرى التعامل به على الاستصناع، فهو كذلك عقد استصناع بالإجماع.
- 3 - إذا كانت المدة المبينة في الأشياء التي تستصنع عادة شهراً أو أكثر من شهر فهو عقد استصناع عند الصاحبين وعقد سلم عند الإمام.
- 4 - إذا كانت المدة لأقل من شهر أي للأجل الذي يصح به السلم والأشياء التي لم تستصنع عادة فهو سلم بالإجماع.
- 5 - إذا لم تُبيّن المدة في الأشياء التي لم يجرّ التعامل بها على وجه الاستصناع فظاهر المجلة على أنه عقد استصناع والحق أنه عقد فاسد كما صرحت به الكتب الفقهية.

<sup>1</sup> - حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام- 360/2 .

## الفصل السادس: مدى لزوم عقد الاستصناع وفيه أربعة مباحث .

- المبحث الأول : مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح .
- المبحث الثاني : تقسيم العقود على أساس اللزوم وعدمه .
- المبحث الثالث : لزوم عقد الاستصناع عبر المراحل التي يمر بها .
- المبحث الرابع : الخلاصة في مدى لزوم عقد الاستصناع .

## الفصل السادس

### مدى لزوم عقد الاستصناع

#### المبحث الأول: مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح

أولاً: اللزوم لغةً.

لَزِمَ الشيء: ثبت وداوم ولازمه أي لزم شيئاً لا يفارقه (١).

ثانياً: اللزوم اصطلاحاً.

هو: (عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة فيقال عقد لازم بمعنى أن العاقد

لا يحق له فسخ العقد إلا برضا العاقد الآخر) (٢).

#### الفرق بين اللزوم والالتزام

الالتزام: هو أثر عام لجميع العقود بلا استثناء فما من عقد صحيح إلا وينشئ التزاماً

معيناً على أحد عاقيه أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما.

وتعريفه عند الفقهاء هو: (كون الشخص مكلفاً بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة

غيره) (٣).

اللزوم: هو عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة (٤).

إذا فاللزوم أمر يكون في طبيعة العقد وهو أمر يقرره المشرع إذا توفرت في التصرف

شروط معينة، والالتزام أمر ناتج كأثر عن العقد في حق العاقدين.

إذا يتضح لنا مما سبق أن اللزوم غير الالتزام.

فالالتزام هو ما يُرتبه الشخص باختياره على نفسه من التزامات في ذمته.

واللزوم أمر يرجع إلى ما قرره المشرع في طبيعة العقد فهناك عقود لازمة بطبيعتها

وهناك عقود غير لازمة بطبيعتها كما سألين في المبحث الثاني.

١ - أنظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط - ص 1158. ومصطفى إبراهيم، المعجم الوسيط - ص 823.

٢ - الزرقاء، المدخل الفقهي العام - 470/1 وما بعدها.

٣ - الزرقاء، المدخل الفقهي العام - 472/1.

٤ - المرجع السابق 471/1.

## المبحث الثاني

### تقسيم العقود على أساس اللزوم وعدمه

#### المطلب الأول: أنواع العقود على أساس اللزوم وعدمه.

بالنظر إلى العقود المسماة في الشريعة الإسلامية واختلافها حسب طبيعتها من اللزوم وعدمه نجد أنها تقسم إلى أربعة أنواع هي(1):

أولاً: العقود اللازمة بحق الطرفين ولا تقبل الفسخ بطريق الإقالة ومثال ذلك عقد الزواج فهو لا يفسخ بالإقالة برضى الطرفين وإنما له طريق شرعي مخصوص وهو الطلاق.

ثانياً: العقود اللازمة بحق الطرفين والتي تقبل الفسخ بطريق الإقالة أي باتفاق المتعاقدين كالبيع والصلح.

ثالثاً: العقود اللازمة بحق أحد الطرفين فقط كالرهن والكفالة فإنهما لازمان بحق الراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة إلى الدائن والمرتهن والمكفول له.

رابعاً: عقود غير لازمة وهي ثلاثة أنواع حسب عدم لزومها، وهل كونه مطلقاً أو مقيداً أو كونه أصيلاً أو استثنائياً وهذه الأنواع هي:

النوع الأول: عقود غير لازمة في حق كلا الطرفين وهي ثلاثة عقود:

1- الإيداع. 2- الإعارة. 3- الشركة والمضاربة.

فلكل من طرفي العقد المودع والمعير والشريك والمودع عنده والمعار له والشريك الآخر أن يفسخ العقد متى أراد دون إذن الطرف الآخر.

النوع الثاني: عقود الأصل فيها عدم اللزوم ولكنها تلزم في بعض الأحوال وهي أربعة

عقود:

1- الوكالة. 2- التحكيم. 3- الوصية. 4- الهبة.

فمثلاً في التحكيم وهو أن يحتكم شخصان بينهما خلاف إلى شخص ثالث يختارانه برضاهما ليحكم لهما في خلافهما بدلاً من القاضي فلكل طرف الحق في فسخ التحكيم قبل صدور الحكم أما بعده فلا يحق لهما فسخ التحكيم .

1- أنظر: الزرقاء، المدخل الفقهي العام - 470/1 وما بعدها .

النوع الثالث: عقود الأصل فيها اللزوم ولكن في طبيعتها شيئاً من عدم اللزوم في ظروف محددة وهما عقدان: 1- الإجارة . 2- المزارعة.

فالمزارعة مثلاً هي اتفاق بين صاحب الأرض والزارع حيث يقدم صاحب الأرض الأرض في هذا الاتفاق، ويقدم الزارع العمل فيجوز لهما فسخ العقد قبل إلقاء البذر أما بعده فيصبح العقد لازماً.

## المطلب الثاني: موقع عقد الاستصناع من هذه الأنواع

وقد وضع الدكتور مصطفى الزرقاء عقد الاستصناع في مكان مستقل مع العقود غير اللازمة، وقد عده عقداً عاشراً منفرداً عن بقية العقود غير اللازمة فقال عنه: (هناك عقد عاشر نفرده بالذكر في هذه المناسبة كان يعتبر في أصل المذهب الحنفي غير لازم فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازماً وهو عقد الاستصناع.

فالاستصناع هو شراء ما سيصنع بطريق التوصية ويجوز لكل من الطرفين فسخه في أصل المذهب بلا خلاف مادام الشيء لم يصنع، أما بعد صنعه وإحضاره فيكون للمستصنع حق فسخ العقد من قبيل خيار الرؤية على خلاف لرأي أبي يوسف ورأي المجلة كما في المادة: (392)، والتي أقرت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده إلا إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المعينة في العقد، وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع (١).

## المبحث الثالث

### لزوم عقد الاستصناع عبر المراحل التي يمر بها

قسم فقهاء الحنفية المراحل التي يمر بها عقد الاستصناع إلى ثلاث مراحل وهي (٢):

- 1- مرحلة ما قبل العمل.
  - 2- مرحلة ما بعد العمل وقبل أن يرى المستصنع الشيء المصنوع.
  - 3- مرحلة ما بعد رؤية المستصنع للشيء المصنوع.
- وسأقتصر المراحل الثلاث إلى مرحلتين هما مرحلة ما قبل رؤية الشيء المصنوع من قبل المستصنع ومرحلة ما بعد رؤية الشيء المصنوع من المستصنع، وذلك لأن المرحلة

١- الزرقاء، المدخل الفقهي العام - 492/1 .

٢- الكاساني، بدائع الصنائع - 5/5 .

الأولى والثانية تأخذ نفس الأحكام عند فقهاء المذهب الحنفي، لذلك سأتكلم عن المراحل الثلاث مختصرة في هاتين المرحلتين وهما:

## المطلب الأول: مرحلة ما قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع

وهذه المرحلة تبدأ من إبرام العقد بالإيجاب والقبول إلى انتهاء العمل من الشيء

المصنوع وما قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع.

وجمهور فقهاء الحنفية يرون أن هذه المرحلة من عقد الاستصناع هي غير لازمة أي

يجوز لأحد العاقدين فسخ العقد في هذه المرحلة.

وخالفهم في ذلك مجلة الأحكام العدلية من أن العقد لازم من بدايته وحتى نهايته (١).

وسنوضح الرأيين فيما يأتي:

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الحنفية ويرى أن العقد غير لازم في هذه المرحلة

قال الكاساني: (وأما صفة الاستصناع عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا

خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل وأما بعد الفراغ من العمل قبل

أن يراه المستصنع فكذاك حتى كان للصانع أن يبيعه لمن يشاء) (٢).

وجاء في تحفة الفقهاء: (وهو عقد غير لازم ولكل واحد منهما الخيار في الامتناع قبل

العمل وبعد الفراغ من العمل لهما الخيار حتى أن الصانع لو باعه قبل أن يراه المستصنع

جاز لأنه ليس بعقد لازم) (٣).

ودليلهم في عدم لزوم عقد الاستصناع في هذه المرحلة: هو أن الاستصناع أجز

استحساناً على خلاف القياس فلا يجوز أن يكون لازماً وليس له دليل من القياس فيبقى

على جوازه وقالوا أيضاً: أن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله فلو باعه قبل

أن يراه المستصنع جاز ذلك ولو باعه واشترى مصنوعاً من مكان آخر وسلمه إليه جاز

أيضاً فلو كان العقد لازماً لما جاز ذلك.

وقالوا أيضاً: (إن القياس يقتضي أن لا يجوز وإنما عرفنا جوازه استحساناً لتعامل الناس

فيبقى اللزوم على أصل القياس) (٤).

١- انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة (392) - 361/2 . والقرة داغي، علي محيي الدين ، بحث بعنوان (عقد الاستصناع) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي- 361 /2 - الدورة السابعة - جدة - 1992 م .

٢- بدائع الصنائع -5/5 .

٣- السمرقندي ، تحفة الفقهاء - 363/1

٤- الكاساني ، بدائع الصنائع - 5/5

الرأي الثاني: هو رأي المجلة وهو أن العقد لازم من بدايته

فجاء في المجلة المادة ( 392 ): (إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً<sup>(١)</sup>).

وجاء في بحث للدكتور علي محي الدين القرة داغي بعنوان ( عقد الاستصناع ) ما يفيد أن عقد الاستصناع عقد لازم من بدايته فيقول: (لكن المحيط البرهاني صور المسألة عند الحنفية على أن الخلاف وارد في أصل العقد نفسه من حيث اللزوم والجواز، أو بعبارة أخرى ذكر لنا أن بعض الحنفية يرون لزوم العقد بمجرد الانعقاد، وحينئذ يجبر الصانع على العمل والمستصنع على أخذه، إذا كان موافقاً للشروط والمواصفات، ولننقل نص عبارته حيث قال: ( قلنا: الروايات في لزوم عقد الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة ) ثم ذكر الروايات إلى أن قال ( ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لوحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع لأنه لا يشتريه غيره أصلاً أولاً يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن الصانع<sup>(٢)</sup> ).

دليل أصحاب الرأي الثاني: إن الذي يبيع مالاً لم يرد له الخيار وقالوا إن الصانع ضمن العمل لذلك يجبر على العمل وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع، لأنه لا يشتريه غيره أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن<sup>(٣)</sup>).

### المطلب الثاني: مرحلة ما بعد رؤية المستصنع للشيء المصنوع

إذا أكمل الصانع صناعة ما اتفق عليه في عقد الاستصناع وجاء بالشيء المصنوع ورآه المستصنع فإما أن يكون مطابقاً للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها وإما ألا يكون موافقاً للمواصفات المطلوبة لذلك سأتكلم في هذا الموضوع من خلال هذا التقسيم:

الفرع الأول: ألا يكون موافقاً للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها.

الفرع الثاني: أن يكون موافقاً للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها.

وسأوضح ذلك فيما يأتي:

الفرع الأول: ألا يكون موافقاً للمواصفات المطلوبة.

<sup>١</sup> - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 361/2

<sup>٢</sup> - القرة داغي، بحث بعنوان (عقد الاستصناع) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي - 361 /2 .

<sup>٣</sup> - نفس المرجع السابق .

إذا جاء الصانع بالشيء المصنوع غير موافق ولا مطابق للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها في عقد الاستصناع، فإن المستصنع غير ملزم باستلام الشيء المصنوع، وله الخيار في أن يقبله أولاً يقبله بإجماع فقهاء المذهب الحنفي ومجلة الأحكام العدلية كما نصت عليه في المادة ( 392 ) : إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة، كان المستصنع مخيراً، وقد وضع شارح المجلة بأن النقص في الشيء المصنوع إن كان من قبيل العيب، فللمستصنع خيار العيب، وإن كان من قبيل الوصف، فللمستصنع خيار الوصف، إن شاء قبله وإن شاء رده<sup>(١)</sup>.

ولكنهم اختلفوا في طبيعة الخيار للمستصنع، فمن قالوا بأن العقد لازم للطرفين في المرحلة الثانية أي بعد أن يرى المستصنع الشيء المصنوع، وهم أبو يوسف ومجلة الأحكام العدلية، يرون أن الخيار هو خيار غياب الوصف المشروط في العقد<sup>(٢)</sup>. ومن قالوا بأن العقد غير لازماً في المرحلة الثانية، فيبقى الخيار على أصله وهو خيار الرؤية لأن العقد غير لازم عندهم.

**الفرع الثاني: أن يكون موافقاً للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها.**

إذا جاء الصانع بالشيء المصنوع موافقاً ومطابقاً للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها فقد اختلف فقهاء الحنفية في كون العقد لازم في حق الطرفين أم لا ، وهذا ما سأوضحه في حق الصانع والمستصنع فيما يلي :

**أولاً الصانع :**

يرى جمهور فقهاء الحنفية أن الصانع إذا جاء بالشيء المصنوع ورآه المستصنع فقد سقط خياره ولا خيار له .

وجاء في البدائع: (فأما إذا حضر الصانع العين على الصفة المشروطة، فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار، ورؤي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما جميعاً، ووجه رواية أبي حنيفة أنه في تخيير كل واحد منهما دفع للضرر عنهما وأنه واجب<sup>(٣)</sup>). وجاء في تحفة الفقهاء: (فأما إذا جاء به إلى المستصنع فقط سقط خياره، لأنه رضي بكونه للمستصنع حيث جاء به إليه<sup>(٤)</sup>).

<sup>١</sup> - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 361/1

<sup>٢</sup> - المدخل الفقهي العام - 492/1

<sup>٣</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع- 5/5 .

<sup>٤</sup> - تحفة الفقهاء - 361/1 .

وجاء في فتح القدير قال: ( وهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه، لأنه اشترى ما لم يره ولا خيار للصانع) (١).

والرأي الراجح عندي والله أعلم: أنه لا خيار للصانع وهذا ما رجَّحه الكاساني فقال: (والصحيح جواب ظاهر الرواية، لأن في أثبات الخيار للصانع ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع، لأنه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرع عنه يتبعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع) (٢).

وهذا ما يتفق مع رأي المجلة التي ترى أن العقد لازم من بدايته ولا خيار للصانع ولا للمستصنع.

### ثانياً المستصنع:

إذا رأى المستصنع الشيء المصنوع وكان مطابقاً للمواصفات المطلوبة والمتفق عليها فقد اختلف فقهاء الحنفية هل هو ملزم باستلام الشيء المصنوع أم لا ؟ وهم في ذلك على رأيين هما:

### الرأي الأول:

يرى بعض فقهاء المذهب الحنفي أن المستصنع غير ملزم بقبول الشيء المصنوع بعد رؤيته مطابقاً للمواصفات وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده. جاء في البدائع: (فأما إذا حضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار) (٣).

وجاء في العناية على فتح القدير: قال ( وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه، لأنه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع) (٤). وجاء في تحفة الفقهاء: (فإذا رآه المستصنع فله الخيار إن شاء أجاز وإن شاء فسخ عند أبي حنيفة ومحمد وهذا جواب ظاهر الرواية) (٥). دليل أصحاب الرأي الأول:

١ - فتح القدير - 116/7 .

٢ - بدائع الصنائع-5/5 .

٣ - بدائع الصنائع-5/5 .

٤ - العناية على فتح القدير -116 /7

٥ - تحفة الفقهاء - 361/1 .

قالوا إن العين بمنزلة المبيع الغائب، وإن الصانع بائع مالم يره فلا خيار له، وإن المستصنع مشتري مالم يره فكان له الخيار، وإنما كان كذلك، لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقياً فقد أُحِقَّ بالموجود ليتمكن القول بجواز العقد، لأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله، كالبيع الذي فيه شرط خيار للعاقدين إذا أسقط أحدهما خياره فإنه يبقى خيار الآخر (١).

أي أن الأصل في عقد الاستصناع أنه غير لازم فلما أحضر الصانع الشيء المصنوع ورآه المستصنع سقط خيار الصانع بإحضاره الشيء المصنوع وبقي خيار المستصنع على أصل العقد في عدم لزومه.  
الرأي الثاني:

إن المستصنع إذا رأى الشيء المصنوع مطابقاً للمواصفات المطلوبة فلا خيار له. جاء في البدائع: (وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما جميعاً) (٢). وجاء في تحفة الفقهاء: (فإذا رآه المستصنع فله الخيار إن شاء أجازته وإن شاء فسخ عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف: لا خيار له، لأنه مبيع في الذمة بمنزلة السلم) (٣). وجاء في فتح القدير: (وعن أبي يوسف فلا خيار لهما. أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع، لأن في أثبات الخيار له إضرار بالصانع، لأنه ربما لا يشتري غيره بمثله) (٤). دليل أصحاب الرأي الثاني:

ودليلهم هو أولاً: كما قال أبو يوسف لا خيار له، لأنه مبيع في الذمة بمنزلة السلم. وثانياً: إن إثبات الخيار للمستصنع فيه ضرر بالصانع، لأنه أتلف متاعه الذي عمل منه الشيء المصنوع فلا يستطيع إرجاعه إلى أصل مادته الخام وربما لا يشتريه غيره بمثله ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبراً ولم يأخذه فإن العامي لا يشتريه أصلاً) (٥). والرأي الراجح والله أعلم: أن المستصنع لا خيار له وذلك لقوة دليبه وحجته وموافقته لطبيعة عقد الاستصناع في الوقت الحاضر.

١- بدائع الصنائع- 5/5 .

٢- بدائع الصنائع- 5/5 .

٣- تحفة الفقهاء - 361/1 .

٤- فتح القدير - 116/7 .

٥- انظر: بدائع الصنائع - 5/5 . و تحفة الفقهاء - 361/1 . و العناية على فتح القدير 116/7 .

## المبحث الرابع

### الخلاصة في مدى لزوم عقد الاستصناع

#### المطلب الأول: عقد الاستصناع عقد لازم منذ بدايته

بعد أن بيّنت الخلاف بين فقهاء المذهب الحنفي في مدى لزوم عقد الاستصناع عبر مراحل تكوينه من بداية العقد إلى إتمام العمل في الشيء المصنوع ثم بعد تقديمه للمستصنع، وقلّلت: إن الرأي الراجح في المرحلتين الأولى والثانية (والتي اختصرتها في مرحلة واحدة) عند الحنفية هي عدم لزوم عقد الاستصناع، لا للصانع ولا للمستصنع. أما المرحلة الثانية وهي بعد رؤية المستصنع للشيء المصنوع، فقد اختلفوا فيها على رأيين فمنهم من قال: إنه لازم في حق الصانع فقط، ومنهم من قال: إنه لازم في حق الصانع والمستصنع معاً.

والرأي الراجح والله أعلم: هو ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية في مادتها ( 392): إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً (١).

أي أن عقد الاستصناع عقد لازم منذ بدايته، لما لهذا الرأي من منفعة ودفع ضرر عن العاقدين، وضبط للحركة الاقتصادية في الأمة الإسلامية، وحفظ لحقوق العباد من الضياع وتلافياً لنشوب النزاعات بين الناس في حال لو بقي عقد الاستصناع عقداً غير لازم، كما بيّنه المتقدمون من فقهاء المذهب الحنفي، لأنه مع تطور الحياة الإنسانية وأكثر ما تطور فيها هو الجانب الاقتصادي وأكثر ما تطور في هذا الجانب المرفق الصناعي، فنعلم أن المرافق الاقتصادية منها التجاري ومنها الزراعي ومنها الصناعي ومنها الخدماتي، ونعلم أن عقد الاستصناع عقد على طلب الصناعة أي أن محل العقد هو الصناعة، فوجب أن يواكب هذا العقد تطور الصناعة في هذا العصر، فربما كان عدم لزوم عقد الاستصناع في زمن فقهاء العصور الأولى يلبي حاجة الناس في ذلك الزمان، حينما كان المصنوع هو خوف أو قلنسوة أو آنية بسيطة، لأنهم لو رجع الصانع أو المستصنع عن عقد الاستصناع تكون قيمة الضرر قليلة وهي ثمن خوف أو آنية بسيطة.

١- درر الحكام شرح مجلة الأحكام -361/1.

أما في هذا الزمان وقد تطورت الصناعة فأصبحت بعض المصنوعات يقدر ثمنها بالآلاف أو بالملايين من الدنانير، فلو رجع أحد العاقدين عن عقده كان الضرر للطرف الآخر كبيراً جداً قياساً لثمن المصنوع.

ومن وجه آخر كانت علاقة الإنسان المسلم في ذلك الزمان بعقد الاستصناع وحاجته إلى الأشياء المصنوعة علاقة بسيطة محدودة، فلا يحتاج الإنسان إلى عقد الاستصناع من خلال حاجته إلى الأشياء المصنوعة إلا في دائرة ضيقة كأن يحتاج في عامه إلى خف أو حذاء أو أنية بسيطة.

أما في هذا الزمان وقد أصبحت حاجة الإنسان إلى الأشياء المصنوعة هي معظم حاجاته اليومية والشهرية والسنوية، وهذه الحاجات التي يحتاجها الإنسان منها ما هو موجود حاضر في الأسواق فيشتريها بعقد البيع المطلق، ومنها ما هو غير موجود في الأسواق فيحتاج للحصول عليها إلى عقد الاستصناع.

هذا على صعيد حاجة الأفراد، أما حاجة الدول والشركات والمصانع والمؤسسات فهي أكثر تعقيداً وأكثر اضطراراً للتعامل وفق عقد الاستصناع، لأن حاجتها من الأشياء المصنوعة غالباً ما تكون أكثر تكلفة وأكثر كمية، وبالتالي هي غير متوفرة في الأسواق لذلك هم أكثر حاجة لعقد الاستصناع من الأفراد.

ومن وجه آخر نرى أن اجتهاد المتأخرين من فقهاء الحنفية كان مقلداً لمن كان قبلهم من أئمة المذهب في موضوع الاستصناع ولزومه، والاجتهاد في موضوع الاستصناع أصلاً هو اجتهاد مبني على الاستحسان المبني على حاجة الناس المعتبرة شرعاً وعرفهم في تعاملهم بالاستصناع، وبما أن اجتهادهم في مسألة لزوم عقد الاستصناع غير مستند إلى نص من آية أو حديث أو إجماع وإنما مبني على الاستحسان، وحاجة الناس إليه وعرفهم في تعاملهم وفق عقد الاستصناع بهذه الكيفية، وبما أن الباب مفتوح للاجتهاد، فإن العلماء المعاصرين ومن وصلوا إلى درجة الاجتهاد في مصالح العباد وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ليسوا مقيدين باجتهادات أئمة المذاهب في المسائل التي دليل الاجتهاد فيها ليس ناصاً من كتاب الله أو سنة رسوله، فلهم أن يجتهدوا خاصة في المسائل المتطورة والمتجددة بما يلبي حاجات العباد وفق الضوابط الشرعية.

ووجه آخر هو أن عقد الاستصناع فيه معنى عقدين لازمين، هما عقد على مبيع في الذمة وهو السلم وهو عقد لازم، والثاني عقد على العمل وهو الإجارة وهو عقد لازم، فيما

أنه عقد فيه شبه بعقدين لازمين من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية فعلى أي أساس اعتمد حتى يكون عقداً غير لازم، وما المانع من أن يكون عقداً لازماً حفظاً لحقوق العباد، خاصة وقد أثبت تطور الحياة الاقتصادية والحاجة الماسة ضرورة أن يكون عقد الاستصناع عقداً لازماً .

وقد ذهب كثير من العلماء المعاصرين إلى لزوم عقد الاستصناع، تأييداً لرأي المجلة، ونذكر رأي بعضهم على سبيل التمثيل لا الحصر.

أولاً: الدكتور مصطفى الزرقاء حيث يقول: واضح أن جمعية المجلة اعتبرت الاستصناع إذا انعقد صحيحاً كان لازماً منذ انعقاده ملزماً للطرفين دون خيار لأحدهما منذ البداية، وهذا توسع عن رأي أبي يوسف المنقول في كتب المذهب. ومعنى هذا أن ما قررتَه المجلة بهذا الإطلاق في لزوم عقد الاستصناع على الطرفين منذ انعقاده حتى قبل بدء الصانع بالصنع ليس له سند في المذهب المستمد منه. ومعلوم أن المجلة هي قانون مدني بالمعنى الاصطلاحي مستمد كله من مذهب معين هو المذهب الحنفي، وصدرت بإرادة سنية رسمية من الخليفة صاحب السلطان نظير ما يسمى اليوم بقانون الإصدار الذي تصدر به سائر القوانين، فتصبح به نافذة منذ نشرها بحسب نصوصها دون النظر إلى مصادرها. وصنيع المجلة بهذا الإطلاق في اللزوم يبرره أن واضعي المجلة وهم من خيرة فقهاء عصرهم في القرن الثالث عشر الهجري قد لاحظوا تطور الصناعة العظيم في ذلك الوقت، وتطور نطاق الاستصناع واتساع دائرته كما أشاروا إليه، فرأوا أن المصلحة الزمنية والاقتصادية والتعاقدية تقتضيه، ولو لم يقل به الفقهاء السابقون في المذهب، إذ لو شاهدوا التطور الذي وصل إليه الاستصناع والمداخل التي دخلها في حاجات الناس وتعاملهم والضرر العظيم المهول الذي يلحق الصانع إذا رفض المستصنع الشيء المصنوع الذي صنعه، وأتى موافقاً لشروطه بحجة خيار الرؤية فيما لو كان المصنوع باخرة كبرى أو معمل نسيج آلي عالي الكفاءة أو قطار سكة حديد ونحو ذلك، نقول لو شاهدوا ذلك لما ترددوا في اعتبار عقد الاستصناع عقداً لازماً (١).

ثانياً: الدكتور علي محي الدين القرة داغي يقول: والذي يظهر لنا رجحانه هو القول بأن عقد الاستصناع عقد لازم، ومن جانب آخر إن القول بعدم لزوم عقد الاستصناع يؤدي إلى أضرار كبيرة للطرفين، بل إنه في الواقع إذا لم يكن عقداً لازماً لا يمكن الاستفادة منه لأنه

١- الزرقاء، بحث عن الاستصناع- مجلة مجمع الفقه الإسلامي-2/343- الدورة السابعة - جدة-1992م.

بإمكان أي وأحد التخلص من آثار العقد. فهذه الأضرار لا أعتقد أن الشريعة تقبلها وهي كما نسب الدكتور علي محي الدين لابن القيم قوله : (مبناها وأساسها على الحكم على مصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها، وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وهي الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل ) (١).

ثالثاً: الدكتور عبداً الله محمد عبداً الله حيث يقول: وحكمه أنه جائز على خلاف القياس وفقاً لحاجة الناس وتيسيراً عليهم وهو لازم للطرفين. وهذا الرأي أخذت به المجلة (٢).  
رابعاً: الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور حيث يقول: والذي يتوجه اليوم ترجيح قول الإمام أبي يوسف أولاً ثم الوصول إلى ترجيح رأي المجلة ثانياً بالإلزام في حق الطرفين حفظاً لحقوق الناس من الضياع (٣).

خامساً: الدكتور سعود الثبيتي يقول: إن الاستصناع من العقود اللازمة لكلا الطرفين (٤).  
سادساً: وأخيراً ننقل قرار (مجمع الفقه الإسلامي) الدورة السابعة الذي عقد في جدة سنة 1992م حيث يقول القرار: (إن عقد الاستصناع ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط) (٥).

## المطلب الثاني: الآثار المترتبة على لزوم عقد الاستصناع

بعدما بيّنت أن عقد الاستصناع عقد لازم منذ بدايته سألنا الآثار المترتبة على لزوم عقد الاستصناع في حق الصانع والمستصنع

### أولاً: الصانع

الصانع قد يكون شخصاً أو جماعة أو مؤسسة أو دولة، والآثار المترتبة على عقد الاستصناع في حق الصانع هو أنه مجبر على العمل من فور العقد، وليس له الرجوع عن عقد الاستصناع إلا برضا الطرف الآخر، ويثبت حقه في الثمن من بعد التعاقد مباشرة، ولكن لا يحق له المطالبة بهذا الثمن إلا بعد تسليم الشيء المصنوع للمستصنع وفق

١- الفقرة داغي، بحث بعنوان، (عقد الاستصناع)، نفس المرجع السابق من المجلة - 363 / 2.

٢- عبد الله محمد، بحث بعنوان (عقد الاستصناع)، نفس المرجع السابق 402 / 2.

٣- الفرفور، بحث بعنوان (آثار الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية)، نفس المرجع السابق 512 / 2.

٤- الثبيتي، سعد بن مسعود. الاستصناع - تعريفه وتكييفه وحكمه وشروطه وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية - ص 87، ط1، دار ابن حزم: بيروت، 1995م.

٥- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، نفس المرجع السابق - 777 / 2.

المواصفات المطلوبة والمتفق عليها، وأن يرضى المستصنع بالشيء المصنوع على شرط الوصف لا على خيار الرؤية.

### ثانياً: المستصنع

المستصنع أيضاً قد يكون شخصاً أو جماعة أو مؤسسة أو دولة، والآثار المترتبة على عقد الاستصناع في حق المستصنع هي ثبوت ملك المستصنع في الشيء المصنوع، ويكون في الذمة قبل رؤية الشيء المصنوع، أي في ذمة الصانع ويثبت ملك المستصنع في عين الشيء المصنوع بعد أن يراه ويرضى به وهو ملزم بأداء الثمن المتفق عليه للصانع حسب الاتفاق.

الفصل السابع : خيارات عقد الاستصناع وما يصاحبه من

شرط جزائي وما يعقبه من منازعات وفيه ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : خيارات عقد الاستصناع .

المبحث الثاني : عقد الاستصناع والشرط الجزائي .

المبحث الثالث : حل المنازعات في عقد الاستصناع .

## الفصل السابع

### خيارات عقد الاستصناع وما يصاحبه من شرط جزائي

#### وما يعقبه من منازعات

#### المبحث الأول: خيارات عقد الاستصناع

أوصل بعض العلماء الخيارات المتعلقة بالعقود إلى سبعة عشر خياراً<sup>(١)</sup>، ولكنني سأتكلم عن خيارين هما :

١ خيار العيب . 2- خيار الوصف.

أما خيار الرؤية فقد تكلمت عنه في الفصل السابق وبيّنت أنه لا يتناسب مع طبيعة عقد الاستصناع ورجّحت رأي المجلة بأن عقد الاستصناع عقد لازم من بدايته وحتى نهايته.

#### المطلب الأول: خيار الوصف

#### الفرع الأول: مشروعية خيار الوصف

جاء في المجلة في المادة ( 310 ) : (إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا الخيار خيار الوصف)<sup>(٢)</sup>.

وقد اعتبر جمهور الفقهاء<sup>(٣)</sup> خيار الوصف من الخيارات المعتبرة شرعاً، خاصة في العقود التي يتعين فيها المبيع بالوصف لا بالذات، كعقد السلم وعقد الاستصناع أي العقود التي يكون فيها محل العقد غائباً وليس حاضراً، فإذا اشترى شيئاً غائباً عن مجلس العقد، واتفق العاقدان على وصف مرغوب في الشيء المبيع، وتبين المشتري أن المبيع ليس بالأوصاف المتفق عليها، فله الخيار إن شاء أمضى العقد وأخذ المبيع بكل الثمن المسمى وإن شاء رده وفسخ البيع وهذا يسمى خيار الوصف .

#### الفرع الثاني: عقد الاستصناع وخيار الوصف

<sup>١</sup> - الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته - 250/4 .

<sup>٢</sup> - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 257/2 .

<sup>٣</sup> - انظر: ابن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير - 82/4 . وروضة الطالبين - 169/3 . و مواهب الجليل - 120/6 . و بدائع الصنائع - 5/5 .

اعتبر فقهاء الحنفية أن بيان أوصاف الشيء المراد صنعه بياناً ينفي كل جهالة شرط من الشروط الخاصة بعقد الاستصناع، كما بيّنته في الفصل الخامس وبدونها لا ينعقد الاستصناع، وبناءً على هذا الشرط، وما ذكرته من مشروعية خيار الوصف عند الفقهاء، خاصة في العقود التي يكون فيها المبيع غائباً فيتعين المبيع بالوصف لا بتعين الذات، وعقد الاستصناع عقد يكون المبيع فيه غائباً فما ينطبق على غيره من الشروط ينطبق عليه .

لذلك فقد أجمع فقهاء الحنفية على أن الصانع إذا جاء بالشيء المصنوع على غير الأوصاف المتفق عليها فالمستصنع بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده وفسخ عقد الاستصناع (١).

ويلاحظ أن خيار الوصف قد حل محل خيار الرؤية في عقد الاستصناع، فالمبيع في عقد الاستصناع غير موجود ولكنه بالوصف الدقيق يصبح في حكم الموجود، خاصة بعد ما تطورت الصناعات تطوراً يمكن من خلاله تحديد أوصاف الشيء المصنوع تحديداً دقيقاً وفق المواصفات المتفق عليها، وذلك لأن أغلب الصناعات تتم بوساطة الآلات الحديثة في هذا العصر، وقد أصبح هناك مختصون في ضبط الصفات في كل مجالات الصناعة وهم المهندسون المختصون، مما يضمن ضبط الشيء المصنوع ضبطاً دقيقاً وفق المواصفات المتفق عليها، فالشيء المصنوع وإن كان معدوماً يصبح في حكم الموجود بضبط صفاته مما أدى إلى الاستغناء عن خيار الرؤية في عقد الاستصناع، لأن خيار الوصف يفي بالغرض وهو حق المستصنع في رؤية الشيء المصنوع أي (المبيع) حتى لا يقع في الغرر. ويقسم خيار الوصف إلى قسمين (٢):

القسم الأول: ما يثبت بالشرط، والضابط فيه أن كل وصف لا يكون فيه غرر أي احتمال العدم، فاشتراطه صحيح كمن يشتري بيتاً على أن فيه أربع غرف أو يشتري بستاناً على أن فيه مئة شجرة، فهذا شرطه صحيح وله الخيار إذا جاء المبيع على غير الوصف المتفق عليه فإن شاء أخذه بالثمن المسمى وإن شاء رده، أما إذا تضمن الشرط غرراً كأن يشتري بقرة على أنها حامل فهذا شرط يحتمل العدم وفيه غرر، فهو شرط غير صحيح ولا خيار له .

١- انظر: بدائع الصنائع - 5/5 . و درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 260/2 .

٢- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام- 258/2 .

القسم الثاني: ما يثبت بلا شرط، وذلك كما لو اشترى شخصٌ مالاً فيه وصف مرغوب فيه فزال ذلك الوصف قبل التسليم، فالمشتري مخير، لأن المشتري مستحق أن يستلم المبيع على الصفة التي كان عليها حين عقد البيع، وإذا اختلف البائع والمشتري في الوصف المتفق عليه في المبيع فادعى المشتري اشتراطه وأنكره البائع، فالقول للبائع مع يمينه. استثناء: مع أن الأصل في خيار الوصف إذا جاء البائع بالشيء المبيع على غير الوصف المتفق عليه، فإن المشتري بالخيار إذا شاء رده وإذا شاء أخذه بجميع الثمن المسمى، ولا يجوز له أن ينقص من الثمن شيئاً، ولكن هناك استثناء وهو إذا تعذر إرجاع المبيع إلى البائع فيجوز أن ينقص الثمن بمقدار الخلل في نقصان الوصف، فمثلاً لو كان ثمن المبيع بالوصف المشروط ( 100 دينار ) وثمانه دون الوصف ( 80 ديناراً ) يخصم الفارق بين الثمنين على البائع نظير عدم إيفائه بالمبيع على الوصف المشروط(١).

وشروط خيار الوصف هي (٢):

- 1- أن يكون الوصف المشروط مباحاً شرعاً.
  - 2- أن يكون الوصف مرغوباً فيه عادة، فإن لم يكن مرغوباً فيه عادة ألغى الشرط وصح المبيع ولا خيار له.
  - 3- ألا يكون تحديد الوصف المرغوب فيه مؤدياً إلى جهالة مفضية إلى منازعة، فإن وجد هذا الشرط فسد البيع كأن يشترط أن تكون البقرة حاملاً .
- وخيار الوصف يورث، فلو مات المشتري انتقل حق الفسخ إلى الوارث، ويسقط هذا الخيار بقبول المشتري أو بتصرفه هو أو ورثته بعد موته في الشيء المبيع (٣).

## المطلب الثالث: خيار العيب

### الفرع الأول: مشروعية خيار العيب

١ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام-258/2.  
٢ - التارزي، مصطفى كمال . بحث بعنوان ( الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر ) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي- 612/2 - الدورة السابعة - جدة - 1992 م .  
٣ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 257/2 .

ثبتت مشروعية خيار العيب بالسنة كما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من ابتاع شاةً مصراً فهو فيها بالخيارِ ثلاثة أيامٍ إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وردَ معها صاعاً من تمرٍ (١).

فتخيير النبي صلى الله عليه وسلم المشتري بأنه إذا شاء أمسكها وإذا شاء ردها لما فيها من عيب يدل على مشروعية خيار العيب للمشتري.

وبذلك قال جمهور الفقهاء بأن البائع إذا جاء بالشيء المبيع وفيه عيب مؤثر في قيمته فإن للمشتري الخيار إن شاء أخذ المبيع وإن شاء رده (٢).

وبذلك قالت المجلة في مادتها ( 367 ): ( ما بيع مطلقاً إذا بيع وفيه عيب قديم يكون المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى، وليس له أن يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه العيب وهذا يقال له خيار العيب ) (٣).

العيوب الموجبة للخيار: هو كل عيب يوجب نقصان الثمن نقصاً فاحشاً أو يسيراً فهو عيب يوجب الخيار مثل العمى والعمور والحول (٤).

متى يثبت خيار العيب: خيار العيب ثابت للمشتري بنص الشارع ولا يحتاج إلى شرط في العقد بأن يكون المبيع سليماً.

وخيار العيب يورث كخيار الوصف من المشتري إلى ورثته.

الفرع الثاني: شروط ثبوت خيار العيب (٥).

وهي كما يأتي:

1- يثبت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم، أما ما حصل من عيب بعد التسليم وفي يد المشتري فلا خيار له.

2- ثبوته عند المشتري بعد ما قبض المبيع ولا يكتفي بالثبوت عند البائع.

3- أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع تأثيراً ينقص من ثمنه.

4- جهل المشتري بالعيب عند العقد.

١ - صحيح مسلم - 6/5 ، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة.

٢ - انظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار - 18/2 . وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار - 167/7 وما بعدها . وابن قدامة، المغني - 85/4 . والمرغاني، الهداية شرح البداية - 962/3 . وروضة الطالبين - 170/3 . ومقدمات ابن رشد - 569/2 . وبدائع الصنائع - 338/5 .

٣ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - 285/2 .

٤ - بدائع الصنائع - 408/5 .

٥ - انظر: بدائع الصنائع - 408/5 وما بعدها . و رد المحتار على الدر المختار - 167/7 وما بعدها .

5- عدم اشتراط البائع البراءة من العيب في البيع.

أما كيفية إثبات العيب فالعيوب أنواع: منها الظاهر للعيان ومنها الخفي، فطرق إثبات العيوب تتعدد بتعدد العيوب نفسها، فإذا كان العيب ظاهراً كمن اشترى طاولة ثم وجد أن فيها رجلاً مكسورة، فهذا عيب ظاهر، أما إذا كان العيب خفياً فنرجع في إثباته إلى أهل الخبرة والاختصاص، كالنساء مثلاً إذا كان العيب متعلقاً بالنساء، أو كطبيب أو مهندس إذا كان العيب يحتاج إلى أهل الاختصاص.

### الفرع الثالث: مسقطات خيار العيب (١)

1- الرضا بالعيب بعد العلم به وبعد قبض المبيع، والرضا إما أن يكون صراحة كقوله رضيت بالعيب أو أجزت البيع، وإما أن يكون ضمناً وهو أي تصرف من المشتري في المبيع يدل على الرضا بالعيب.

2- إسقاط الخيار إسقاطاً صريحاً أو ما هو في معنى الصريح، كأن يقول أسقطت الخيار

3- هلاك المبيع لفوات محل الرد، فإذا هلك المبيع في يد المشتري يسقط خيار العيب سواء كان الهلاك بفعل بشري أو آفة سماوية.

4- نقصان المبيع يوجب إسقاط خيار العيب، سواء كان بفعل بشري أو آفة سماوية

5- الزيادة في المبيع، والزيادة إما أن تكون منفصلة متولدة عن المبيع بعد القبض أو قبله أو كانت غير متولدة أو كانت متصلة أو منفصلة فلكل واحدة حكمها في كتب الفروع .

### الفرع الرابع: عقد الاستصناع وخيار العيب

بما أن عقد الاستصناع نوع من أنواع البيوع التي نص عليها فقهاء المذهب الحنفي (٢).

فهو يأخذ حكم عقد البيع في خيار العيب وإن لم ينص فقهاء الحنفية على ذلك صراحة

في باب عقد الاستصناع مع مراعاة أنه يحتفظ بخصوصيته مع هذه الخيارات وبما أنه يأخذ

حكم عقد البيع في أركان العقد وشروطه كما بيناه سابقاً من شروط صحة وانعقاد ونفاذ

ولزوم، فهو يأخذ حكم عقد البيع في الخيارات التي تتناسب مع طبيعته والتي ذكرناها، وهي

خيار الوصف وخيار العيب،.

## المبحث الثاني

١- انظر: بدائع الصنائع - 417/5 وما بعدها . ورد المختار على الدر المختار -167/7 وما بعدها .

٢- انظر: المبسوط - 84/5 . و بدائع الصنائع -2/5 . و شرح فتح القدير 115/7 .

## عقد الاستصناع والشرط الجزائي

### المطلب الأول : مشروعية الشرط الجزائي :

لم يكن الشرط الجزائي بتكليفه المعاصر معروفاً في العصور الأولى من تاريخ الفقه الإسلامي، مع أن له أصولاً في الصدر الأول من تاريخ الأمة في تعاملاتهم وأقضيتهم. فقد روى البخاري عن ابن سيرين: أن رجلاً قال لكريه (أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مئة درهم فلم يخرج . فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه). وقال أيوب: عن ابن سيرين إن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتكَ الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجئ فقال شريح للمشتري أنت أخفت فقضى عليه (١).

ولكن الفقهاء اختلفوا في أصل الشروط الملحقة بالعقد هل الأصل أن كل الشروط مباحة إلا ما خالف نصاً شرعياً، أو أن كل الشروط غير مباحة إلا ما جاء بنص شرعي واختلفوا في ذلك على رأيين :

الرأي الأول وقال به الظاهرية: وهو أن الأصل في الشروط الحظر إلا ما نص الشرع على إباحته (٢) .

الرأي الثاني وقال به الحنابلة وهو: أن الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله (٣) .

وأكثر من يتشدد في الشروط هم الظاهرية وأكثر من يتوسع فيها هم الحنابلة وأما جمهور الحنفية والمالكية والشافعية فيتوسطون في موقفهم بين الظاهرية والحنابلة .

وقد بحثت هذا الخلاف في الفصل الأول التمهيدي في المبحث الثاني في حكم بيع المعدوم حول موضوع هل الأصل في العقود والشروط الحظر أم الإباحة، وقلت: إن الرأي الراجح هو الرأي الثاني وهو أن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما خالف نصاً أو حكماً شرعياً.

ويوضح ابن القيم هذا الخلاف فيقول: ( والمقصود أن للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء، فإن بعضهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فسادها، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشرط من العقود وما لا يقبله،

١ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري- 354/5 ، باب ما يجوز من الاشتراط، رقم الحديث: 2736.

٢ - ابن حزم ، الأحكام في أصول الأحكام- 775/5 .

٣ - ابن تيمية ، مجموع الفتاوى - 126/29 .

فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل، فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص وفيه قضيتان كُليتان :

إحدهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً ما كان .

الثانية : أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه وهو مما يجوز بذله وتركه بدون اشتراط فهو لازم بالشرط (١).

تعريف الشرط الجزائي : هو مصطلح مستمد من القانون الوضعي الغربي ومعناه : هو اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه (٢).

وعن كيفية دخول هذا المصطلح إلى الفقه الإسلامي في العصر الحديث، يتحدث الدكتور مصطفى الزرقاء فيقول: ( في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا وتطورت أساليب التجارة الداخلية والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة، واتسع مجال عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية، وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر من ذي قبل، وهذا قد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي الشرط الجزائي(٣) .

## المطلب الثاني : عقد الاستصناع والشرط الجزائي

بعدما تبين لنا مشروعية الشرط الجزائي، وأنه لا يخالف نصاً ولا حكماً شرعياً، وأنه يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ حقوق الناس وضبط تعاملاتهم وضبط الحركة الاقتصادية في الأمة، أقول: إن عقد الاستصناع إذا تضمن شرطاً جزائياً على أحد العاقدين أو كليهما الصانع والمستصنع فهو شرط ملزم واجب النفاذ على من كان الشرط بحقه وأخل بمقتضى هذا الشرط.

١ - ابن القيم ، إعلام الموقعين - 384/1 .

٢ - مجلة البحوث الإسلامية ، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية ، العدد الثاني- ص 62.

٣ - المدخل الفقهي العام- 713/2 .

ويؤيد ما ذهب إليه من أن الشرط الجزائي ملزم وواجب النفاذ في عقد الاستصناع، هو ما توصلت إليه البشرية من تقدم هائل خاصة في المجالات الصناعية في الكم والكيف، وهذا فتح الباب واسعاً للتعاملات الاقتصادية وفق أحكام عقد الاستصناع كبديل إسلامي مشروع لتطوير الحياة الاقتصادية في المجتمع، بدل التمويل الربوي من البنوك الربوية وفق النظام الرأسمالي، وحتى نطرح هذا البديل ويلقى قبولاً لدى المجتمعات الإسلامية وحتى غير الإسلامية، يجب أن يكون بديلاً قوياً في طبيعته وتكوينه وملائماً لطبيعة الحياة الاقتصادية وما فيها من تطورات وتشعبات كثيرة ملائمة لا تخرجه عن القواعد العامة للشريعة الإسلامية.

فطبيعة العلاقات والتعاملات الاقتصادية بين الناس وكثرتها وضخامة قيمتها فرضت على مختلف العقود المدنية في القانون الوضعي في هذا العصر الشرط الجزائي، وذلك لضبط تعاملات الناس فيما بينهم وإجبارهم على الالتزام والوفاء بما تعاقدوا عليه، وإلا لو تُرك الأمر للناس لينجزوا ما التزموا به دون ضابط لتضرر أناس كثيرون، ولَكَثُرَت المنازعات بين الناس، لذلك رجَّحنا أن يكون الشرط الجزائي في عقد الاستصناع شرطاً ملزماً وواجب النفاذ.

وأخيراً جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقد في جدة سنة 1992م حول الشرط الجزائي ما نصه: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة (١).

## المبحث الثالث

### انتهاء عقد الاستصناع وحل المنازعات بين أطرافه

<sup>١</sup> - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة - 777/2 .

## المطلب الأول : انتهاء عقد الاستصناع

ينتهي عقد الاستصناع بأحد الأمور الآتية:

أولاً : إتمام الشيء المصنوع وتقديمه للمستصنع على الصفة المشروطة وقبول

المستصنع به ثم يقوم بدفع باقي الثمن حسب ما اتفقا عليه .

ثانياً : موت أحد العاقدين . نص فقهاء الحنفية على أن موت الصانع أو موت أحد

العاقدين يبطل عقد الاستصناع، وذلك لأن عقد الاستصناع فيه شبهة بعقد الإجارة وعقد

الإجارة يفسخ بموت أحد العاقدين لتعذر استيفاء هذه المنافع (١).

لكن هذا الرأي إن كان ينطبق على عقد الاستصناع في صورته البسيطة في العصور

الأولى من تاريخ الأمة حينما كان الصانع والمستصنع شخصاً بعينه، أما في هذا العصر

وقد تطورت الحياة الاقتصادية وخاصة الصناعات، فأصبح الصانع والمستصنع يمكن أن

يكون شخصاً أو شركة أو مؤسسة أو دولة، فلا يؤثر موت الصانع أو المستصنع على عقد

الاستصناع فإذا كان الصانع والمستصنع شخصاً بعينه فيمكن أن نسلم بهذا الرأي وهو

بطلان عقد الاستصناع إذا تعذر إتمام مستلزمات عقد الاستصناع وإذا لم يتعذر ذلك فلا

داعي لفسخ العقد، أما إذا كان المستصنع أو الصانع شركة أو مؤسسة أو دولة فلا يؤثر

موت صاحب الشركة أو المؤسسة في عقد الاستصناع، لأنه لا دور له في إتمام صناعة

الشيء المتفق على صناعته وفق شروط عقد الاستصناع.

ثالثاً : انتهاء المدة المتفق عليها بين الصانع والمستصنع . فإذا اتفق الصانع والمستصنع

على تحديد مدة يلتزم بها الصانع لتقديم الشيء المصنوع على الصفة المشروطة للمستصنع

ولم يلتزم الصانع بهذه المدة وتأخر، فإن المستصنع بالخيار إن شاء أمهله وإن شاء أنهى

العقد معه وإن شاء طبق عليه الشرط الجزائي إذا وجد بينهما شرط جزائي متعلق بالتأخير

في تسليم الشيء المصنوع .

رابعاً : ينتهي عقد الاستصناع بالتنازع بين طرفي العقد حول أمر من أمور عقد

الاستصناع وهذا ما سببته في المطلب الثاني .

## المطلب الثاني : حل المنازعات بين طرفي العقد

١ - انظر ابن الهمام ، شرح فتح القدير - 116/7 . والشيخ نظام ، وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية - 8/5 ، دار المعرفة للطباعة والنشر: بيروت.

عقد الاستصناع هو نوع من أنواع البيوع كما ذكرنا سابقاً ويجري فيه الاختلاف

والمنازعات كباقي العقود والمعاملات بين الناس .

وإذا وقعت هذه المنازعات بين طرفي العقد في عقد الاستصناع، فإنه يسري عليها ما يسري على كل العقود في المحاكم وقوانينها في فض الخصومات وإنهاء المنازعات وتنفيذ الشروط والالتزامات بين العاقدين .

لكن فقهاء الحنفية الذين قالوا بأن عقد الاستصناع عقد غير لازم، قالوا إذا اختصم الصانع والمستصنع على أمر من أمور عقد الاستصناع، وادعى المستصنع أمراً بأنه أتفق مع الصانع على أن يكون الشيء المصنوع على صفة كذا وكذا وأنكر الصانع ذلك، فلا يمين على الصانع، وإن كان الأمر بالعكس وادعى الصانع أمراً وأنكره المستصنع فلا يمين على المستصنع أيضاً، وذلك لأن عقد الاستصناع عندهم عقد غير لازم، لذلك لا يلزم اليمين لأن اليمين من مستلزمات اللزوم والعقد أصلاً غير لازم عندهم (١).

لكني ناقشت موضوع اللزوم في عقد الاستصناع في الفصل السادس، ورجّحت الرأي القائل بأن عقد الاستصناع عقد لازم من بدايته وحتى نهايته، وهو رأي المجلة وبناءً عليه إذا حصل خلاف أو نزاع بين الصانع والمستصنع فإنه يُحَلُّ وفق الأصول والقواعد العامة لفض المنازعات في الفقه الإسلامي .

ومن أهم الأصول والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية في فض المنازعات هو حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (شاهدك أو يمينه) (٢). أو ما جاء في نفس المعنى من قوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) (٣).

فإذا كان الخلاف حول الشيء المصنوع ويكون المستصنع هو المدعي فعليه البينة أو يقبل بقول الصانع مع يمينه، وإذا كان الخلاف حول الثمن ويكون الصانع هو المدعي فعليه البينة أو يقبل بقول المستصنع مع يمينه .

هذا إذا كان سبب النزاع هو تقصير من الصانع أو المستصنع، إما إذا كان السبب في عدم وفاء الصانع بما اتفقا عليه هو أمر خارج عن الإرادة، أي كانت هناك ظروف قاهرة منعه من تنفيذ العقد كالحرب أو إحراق محل الصانع أو غرق بضاعته (المادة الخام) في البحر فيرجع بها إلى الأحكام والقواعد التي عالجت الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي،

١ - الفتاوى الهندية - 8/5.

٢ - صحيح البخاري - 810/2، باب اليمين على المدعي عليه في الأموال والحدود، رقم الحديث: 2760.

٣ - البيهقي، السنن الكبرى - 427/10، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث: 21203.

فإما أن ينتظر المستصنع حتى يتمكن الصانع من إتمام الشيء المصنوع أو يفسخ العقد ويتحلل منه.

## الفصل الثامن: مجالات عقد الاستصناع وأثرها في الحركة

### الاقتصادية وفيه مبحثان

المبحث الأول : مجالات عقد الاستصناع .

المبحث الثاني : أثر عقد الاستصناع في الحركة الاقتصادية .

## الفصل الثامن

### مجالات عقد الاستصناع وأثرها في الحركة الاقتصادية

وسأقسم الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: مجالات عقد الاستصناع في الحياة

المبحث الثاني: أثر عقد الاستصناع في الحركة الاقتصادية

### المبحث الأول : مجالات عقد الاستصناع

لقد زادت الحاجة إلى عقود الاستصناع واتسعت مجالات استخدامه مقارنة بالعصور الأولى من حياة الأمة، وذلك لأن محل عقد الاستصناع هو الصناعة والصناعة هي أكثر جانب حدث فيها تطور وتقدم بحيث أصبحت الصناعة تلبى الجزء الأكبر من حاجات البشر، فبعد أن كان دور الصناعة قديماً دوراً بسيطاً في حياة البشر، أصبح دورها هاماً جداً وبذلك ازدادت حاجة الناس إلى عقد الاستصناع ، فبعد أن كان مجال عقد الاستصناع هو استصناع خف أو قلنسوة أو آنية من نحاس أو حديد، اتسعت مجالات عقد الاستصناع باتساع مجال الصناعة في حياة البشر ليشمل كل ما يُصنع من الأشياء التي تتعلق بحياة الفرد والأسرة وحياة المجتمع بجميع مرافقه.

وسأتحدث عن مجالات عقد الاستصناع في حياة الفرد والأسرة والمجتمع فيما يلي:

فمجالات عقد الاستصناع في حياة الفرد : تشمل بعض احتياجاته من ملابس وأحذية وبعض العلاجات الطبية، تركيب الأسنان الصناعية والنظارات الطبية والأطراف الصناعية لمن يُبتلى بقطع ساقه أو يده. وكذلك تشمل كثيراً من مجالات عمله اليومية. فالأشياء التي تحتاج إلى صناعة في الحياة العملية إما أن توجد في الأسواق مصنوعة وجاهزة ويتم التعامل معها وفق أحكام البيع المطلق، وإما أن تُصنع بالطلب وفق عقد الاستصناع، لأن بعض الأشياء لا يمكن تصنيعها وطرحها في الأسواق، لأنها تصنع وفق مواصفات خاصة حسب حاجة الفرد إليها .

ومجالات عقد الاستصناع في حياة الأسرة تشمل أموراً كثيرة أهمها : هو بناء

البيت وتجهيزه مع العلم أن بناء البيت وتجهيزه يأخذ حيزاً كبيراً من اهتمام الأسرة وإمكانياته وجهدها في الوقت الحاضر حتى أصبح البيت هو أهم مشكلة في حياة الأسرة المعاصرة.

وبناء البيت في الوقت الحاضر أصبح بطريقتين: الأولى هي شراء الشقق الجاهزة ولها صورتان: الأولى وهي الشراء بطريقة البيع المطلق إما بالدفع نقداً أو بالدفع المؤجل (التقسيط).

الثانية هي الشراء وفق عقد الاستصناع ويتم ذلك بالتعاقد مع مقاول وفق الخارطة الهندسية.

والطريقة الثانية: هي أن تقوم الأسرة بنفسها بالإشراف والمباشرة في بناء البيت على مرحلتين هما: الأولى وتسمى مرحلة (العظم) في عرف أصحاب صناعة البناء، وهي إما أن يُستأجر المقاول بعقد إجارة والمواد من صاحب البيت، وإما أن يقوم بالعمل والمواد من عنده أيضاً ويكون ذلك عقد استصناع.

والمرحلة الثانية: وتسمى (التشطيب) أي التجهيز من قسارة وبلاط وكحلة ودهان وهذه غالباً ما تكون بعقود إجارة، وقد تكون بعقود استصناع أحياناً، أما تجهيز الأبواب الخارجية الحديدية والداخلية الخشبية والنوافذ، سواء كانت من الحديد أو الألمنيوم وتجهيز الخزائن وغرف النوم فكلها يجري تجهيزها في الوقت الحاضر بعقد استصناع. أما مجالات عقد الاستصناع في حياة المجتمع بجميع مرافقه: فهي أكثر من أن تحصى في الوقت الحاضر فأصبحت تشمل أغلب المرافق الصناعية من صناعة السيارات بأنواعها والمعدات الثقيلة بأنواعها، من جرافات وبنائات وآليات ومعدات تعبيد الطرق بأنواعها والماكينات والآلات الصناعية، أي الآلات التي تعمل في مختلف المصانع والمعدات العسكرية بكل أنواعها من دبابات ومدافع وطائرات وصواريخ وغيرها ومن طائرات مدنية وقطارات وسفن وقوارب وبواخر ومحطات توليد الكهرباء ومحطات تحلية المياه والجسور والأنفاق، كلها يمكن التعاقد على تجهيزها بعقود استصناع.

أما مجال عقد الاستصناع في بناء العقارات والمنشآت من بيوت للسكن ومدارس ومستشفيات وجامعات، فلا بد لنا من تفصيل هذا الموضوع على النحو التالي:

إن عقود البناء لا تخرج عن صورتين: الأولى أن يقدم الصانع الجهد والعمل فقط وتكون المواد على صاحب البناء ويكون ذلك عقد إجارة .

أما الصورة الثانية: وهي أن يقدم الصانع العمل والجهد و مواد البناء جميعها فالأمر لا يخلو من حالتين: الأولى أن تكون الأرض المقام عليها البناء هي للصانع فعندها يمكن أن

يكون العقد عقد استصناع بلا أشكال أما الحالة الثانية أن تكون الأرض لصاحب البناء أي للمستصنع. وهي أيضاً عقد الاستصناع كما قال كثير من العلماء المعاصرين (١). ولكن الذي أشكل هو أن الأرض للمستصنع، فإذا لم يقدم الصانع الشيء المصنوع أي البناء حسب المواصفات المتفق عليها. فللمستصنع الحق في رد الشيء المصنوع لفوات الوصف المشروط، ولكن في هذه الحالة كيف يمكن للمستصنع أن يرد الشيء المصنوع وهو البناء والأرض للمستصنع إلا بهدم البناء، وهذا أمر صعب ومكلف. ولكن يجاب على ذلك بأن الشرط الجزائي يمكن أن يعرض المستصنع عما حدث من تقصير من جانب الصانع في مواصفات الشيء المصنوع بدل رد الشيء المصنوع وهو هدم البناء، هذا إذا كان الخلل في المواصفات في الأمور الثانوية والتكميلية، أما إذا كان الخلل في أمور التشطيب، كمواصفات الأبواب والنوافذ والبلاط والدهان مثلاً، فيمكن أن يجبر الصانع على إعادة تصنيعها على المواصفات المتفق عليها، وأما إذا كان الخلل في المواصفات الأساسية، أي يتعلق بأصل الشيء المصنوع أي البناء بأنه لا يصلح للسكن، وهو متوقع السقوط والانهار في كل لحظة بتقرير الخبراء، فإن للمستصنع الحق في رد الشيء المصنوع أي البناء بهدمه وإزالته نهائياً، ويتحمل الصانع كافة النفقات والمصاريف في إزالة هذا البناء.

أما تصنيع المباني الجاهزة والمتحركة والتي يمكن فكها وتركيبها، فهي أيضاً تدرج تحت باب عقد الاستصناع.

ولكن لا يجري عقد الاستصناع على المنتجات الزراعية من حبوب وفواكه وخضراوات وإنما تدرج تحت عقد السلم إلا إذا جرى عليها عملية التصنيع كالتعليب والمخللات والمربى فإنها يمكن أن تدرج تحت عقد الاستصناع بعد ما جرى عليها من تصنيع.

## المبحث الثاني

### أثر عقد الاستصناع في الحركة الاقتصادية

١- انظر: الزرقاء، بحث بعنوان (عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة) - مجلة المجتمع الفقهي الإسلامي- 252/2 - الدورة السابعة - جدة - 1992 م .  
والسالوس، بحث بعنوان (عقد الاستصناع) - نفس المرجع - 295 /2 .  
والزحيلي، بحث بعنوان (عقد الاستصناع) - نفس المرجع - 321 /2 .  
والفرفور، بحث بعنوان (أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية) - نفس المرجع - 514 /2 .  
والثبيتي بحث بعنوان (الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية) - نفس المرجع - 670 /2 .

بعدما تكلمت عن مجالات عقد الاستصناع وبيّنت أنها أصبحت واسعة جداً لتطور الصناعة واتساع مجالاتها في حياة الإنسانية، سأيّن أثر عقد الاستصناع في الحركة الاقتصادية في حياة الأمة الإسلامية .

فَعقد الاستصناع كما بيّنت سابقاً هو عقد على مبيع في الذمة ولا يشترط فيه تقديم رأس المال، لذلك فقد جمع عقد الاستصناع في طبيعته وتكييفه إيجابيات العقود الأخرى وهي: أولاً: إنه عقد على مبيع في الذمة وهو يشبه عقد السلم، وهذا يسهل حركة التعامل الاقتصادي في مجال الصناعات، لأنه ليس بالمقدور صناعة كل الأشياء اللازمة لحياة الناس وطرحها في الأسواق، وذلك لأن بعض الصناعات تكون مواصفاتها مختلفة بين أفراد المجتمع كل حسب حاجته، كتصنيع الأبواب الحديدية والخشبية لأن كل باب وله قياسه الخاص به، وبعض الصناعات لا يمكن تجهيزها مسبقاً إلا في مكانها المحدد وبعد الاتفاق عليها، كإنشاء الجسور والأنفاق ومحطات توليد الكهرباء ومحطات تحلية المياه المالحة وبناء المنشآت والمساكن وغيرها. لذلك كان لهذه الميزة الإيجابية وهي جواز العقد على مبيع في الذمة غير موجود ولا حاضر عند العقد كما في عقد الاستصناع أكبر الأثر في تنشيط الصناعات وتنشيط الحركة الاقتصادية في الأمة الإسلامية. فلو قيدنا عقود بيع المنتجات الصناعية بقيود البيع المطلق وهو وجود الشيء المبيع حال العقد وقبضه بعد العقد مباشرة لأوقعنا الناس في الحرج الشديد، ولتسببنا في تقييد وإضعاف الحركة الصناعية خاصة والحركة الاقتصادية عامة في حياة الأمة الإسلامية .

ثانياً: إنه لا يشترط في عقد الاستصناع تقديم رأس المال كما في عقد السلم، وهذه إيجابية ثانية لعقد الاستصناع وهو يشبه فيها البيع المطلق، لأنه لا يشترط في البيع المطلق تقديم رأس المال، ولهذه الميزة أثرها الواضح على تنشيط الصناعات وعلى الحركة الاقتصادية في حياة الأمة الإسلامية، فاشتراط تقديم رأس المال في العقود المتعلقة بالمنتجات الصناعية يؤدي إلى إضعاف وتقييد حركة التعامل الاقتصادي بين البائع والمشتري، خاصة وأن الحركة الاقتصادية في حياة البشرية أصبحت تعتمد اعتماداً كلياً على نظام الائتمان والمديونية، فأغلب التعاملات الاقتصادية في الوقت الحاضر تتم بنظام الدفع بالتقسيط ، فغالباً ما يُقدّم التُّجار على عقد الصفقات التجارية وهم لا يملكون كل الثمن وإنما يدفعون جزءاً منه ويكملون الجزء المتبقي على دفعات وفق مدة زمنية متفق عليها، وهذا ما جرى عليه عرف التجارة في الوقت الحاضر، وذلك لمجاراة الثورة الصناعية

الهائلة في حياة البشر، ومن أجل توصيل هذه المنتجات الصناعية من مصانعها إلى المستهلك في أقرب وقت ممكن.

لذلك لو اشترطنا تقديم رأس المال في عقد الاستصناع وعندها يصبح عقداً شبيهاً بعقد السلم، لأوقعنا الناس في حرج شديد وكان ذلك سبباً معوقاً لتقدم الحركة الصناعية ومقيداً للحركة الاقتصادية في حياة الأمة الإسلامية، ولهذه الميزات الخاصة بعقد الاستصناع وما يحمل من إيجابيات العقود الأخرى، كان له الأثر الأكبر في تنشيط الحركة الاقتصادية في حياة الأمة الإسلامية.

ويعتبر عقد الاستصناع من أوسع الأبواب للاستثمار الفردي والجماعي خاصة أمام البنوك والمصارف وبيوت المال التي تعمل بالطريقة الإسلامية وفق الضوابط الشرعية، وسأورد في آخر المبحث ملحقاً يتضمن نماذج لتعاملات اقتصادية إسلامية لبعض هذه البنوك والمؤسسات وفق عقد الاستصناع.

ولكن بعد البحث الميداني ودراسة مدى إقبال هذه المؤسسات على التعامل والاستثمار بطريقة عقد الاستصناع خاصة في أرض الوطن، نجد أنه إقبال ضئيل ولا يكاد يذكر. وقمت بنفسني بدراسة ميدانية لبعض هذه المؤسسات المالية التي تعمل وفق الطريقة الإسلامية والضوابط الشرعية في الاستثمار، فوجدت أنها لا تعمل في مجال الاستثمار بطريقة عقد الاستصناع في تعاملاتها، وتقتصر على العمل وفق نظام بيع المرابحة للأمر بالشراء.

فقد قمت بزيارة للإدارة العامة لبنك الأقصى الإسلامي في رام الله، وتحدثت مع نائب مدير البنك حول نشاطات البنك الاقتصادية وتعامله بطريقة عقد الاستصناع، فكان جوابه أنهم لم يتعاملوا بطريقة عقد الاستصناع إلا مرة واحدة، وعندما سألته عن السبب في عدم التعامل والاستثمار بطريقة عقد الاستصناع، كان جوابه أن التعامل بطريقة عقد الاستصناع أكثر تعقيداً من التعامل ببيع المرابحة للأمر بالشراء، وأن الأخير أكثر سهولة من التعامل بطريقة عقد الاستصناع.

وقمت بزيارة للإدارة العامة للبنك الإسلامي العربي في رام الله، واستقبلني المراقب الشرعي في البنك وتحدثت معه عن موضوع عقد الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية وعن مدى تعامل البنك بطريقة عقد الاستصناع، فكان جوابه أنهم لا يتعاملون بطريقة عقد

الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية، وكانت حجته أن البنك مازال بنكاً مبتدئاً في العمل الاقتصادي الإسلامي.

وقمت بزيارة للإدارة الإقليمية لبنك القاهرة عمان فرع المعاملات الإسلامية في الخليل، ولكن المدير رفض مقابلي سامحه الله ولا أعلم سبب رفضه.

ومن خلال زيارتي لهذه المؤسسات المالية والتي تعمل بالطريقة الإسلامية ونعني بالإسلامية عكس الربوية، فقد استنتجت أن هذه المؤسسات تفضل العمل بطريقة بيع المربحة للأمر بالشراء، أي أن يقوموا بدور الممول في المشاريع الاقتصادية، لأنها طريقة أسهل وأكثر أماناً من التعامل بطريقة عقد الاستصناع.

وحول هذا الموضوع يتحدث الدكتور مصطفى الزرقاء في بحث له عن عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية فيقول: (لأن البنوك الإسلامية اليوم هي مصب المدخرات لكثير من المسلمين الملتزمين لأجل استثمارها بواسطة هذه البنوك الإسلامية بطرق بعيدة عن الربا وشبهاته، فقد أهملت الطريق الذي خلقت لأجله، وهو أن تكون تاجرة مضاربة تتطح الأسواق وتتصيد الفرص المناسبة التي ترصدها بمنظار وعيون متفتحة في الأسواق على الأسعار والسلع، ويكون لها مخازن ومعارض ككل متاجر برأس ماله ومضارب مشارك بعمله فيجني أرباحاً مضاعفة عن سعر الفائدة الذي تربحه البنوك الربوية في قروضها، وهكذا تضرب المثل الصالح للنظام الإسلامي في طريق المشاركة الذي يباركه الله بدلاً من طريق التمويل المشئوم.

ولكن البنوك الإسلامية أو معظمها أهملت ذلك الطريق الذي خلقت لأجله لاحتياجه إلى جهد وبقظة، وتعاملت بطريقة المربحة للأمر بالشراء إيثاراً منها للكسل، لأن القائمين على إدارتها أو معظمهم ليسوا من التجار والخبراء بل هم مصرفيون نشأوا في العمل بالأوراق والحسابات، وهم على منازدهم ولم يعتادوا أن ينطحوا الأسواق ويكونوا تجاراً عمليين بمعنى الكلمة، فمع هؤلاء لا يعطي طريق الاستصناع الذي بيّنت مزاياه وخصائصه النتائج العظمى التي هو مهياً لإعطائها لو مارسته البنوك الإسلامية، بل يبقى طريقاً منتجاً كبير الفائدة للتجار الفرادى الذين يخوضون معترك السوق التجارية ليستثمروا أموالهم بأنفسهم، سواء كانوا فرادى أو شركات ولا ينتظرون البنوك الإسلامية لتستثمر لهم مدخراتهم (١).

١ - الزرقاء، بحث بعنوان، (عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - 248/2، الدورة السابعة، جدة - 1992 م.

وإذا أمعنا النظر والبحث في أهمية عقد الاستصناع في تنشيط الحركة الاقتصادية، نجد أن آثاره تنعكس على جميع مرافق الحركة الاقتصادية في الأمة، على صعيد الأفراد والجماعات والشركات والمؤسسات والدول، فكلها يمكنها أن تعمل بطريقة عقد الاستصناع . فأجد أن من آثاره أنه يسهل حركة التداول والتعامل الاقتصادي في الأمة، لأن التعامل بطريقة عقد الاستصناع تنظم حركة العرض والطلب في السوق، فلا تكون الحاجة للبضائع والسلع ملحة ومربكة للسوق من جانب، ومن جانب آخر لا تتكدس البضاعة في الأسواق. والتعامل بطريقة عقد الاستصناع يوفر كثيراً من فرص العمل، مما يساعد على القضاء على البطالة، التي هي من أهم المشاكل التي تواجه المجتمعات في العصر الحديث، ومن آثاره أيضاً أنه يساعد على حل مشكلة أزمة الإسكان وتوفير الشقق والمساكن لأبناء المجتمع.

## الخاتمة

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذه الرسالة والصلاة والسلام على رسول الله وبعد: فقد انتهيت من بحث موضوع عقد الاستصناع من خلال هذه الرسالة، هذا الموضوع المهم الذي يمس جانباً كبيراً من حياة الناس ويشمل جزءاً من معاملاتهم ويحقق كثيراً من رغباتهم ويسد كثيراً من حاجاتهم.

وسأذكر أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال بحثي هذا وهي:

- 1- إن عقد الاستصناع عقد مستقل من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية .
- 2- إن التعريف الأقرب لعقد الاستصناع هو: (عقد على مبيع في الذمة على وجه مخصوص شرط فيه العمل).
- 3- إن عقد الاستصناع عقد مستقل وإن كان يشبه بعض العقود كعقد البيع والسلم والإجارة والمقاوله، من جوانب فهو يختلف عنها من جوانب أخرى.
- 4- إن عقد الاستصناع كغيره من العقود ينعقد بالإيجاب والقبول الصريح ولا ينعقد بالتعاطي.
- 5- إن عقد الاستصناع من العقود اللازمة لكلا الطرفين ولا يجوز فسخه إلا بخيار الوصف، أي إذا جاء الصانع بالشيء المصنوع على غير الوصف المشروط.
- 6- تحديد المدة في عقد الاستصناع يرجع إلى عُرف الصنعة وشرط العاقدين.
- 7- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً على من يُخل بشروط العقد.
- 8- من أهم شروط عقد الاستصناع بيان أوصاف المعقود عليه (الشيء المراد صنعه) بياناً ينفي كل جهالة قد تؤدي إلى الغرر.
- 9- إن عقد الاستصناع عقد مهم في الحياة المعاصرة على مستوى الفرد والأسرة والمجتمع، من استصناع الملابس والأحذية والمساكن والأبنية لمختلف الاستعمالات، وعلى مستوى المصانع والشركات والدول، كاستصناع السيارات بأنواعها والمعدات الثقيلة كالجرافات ومستلزمات المصانع من آلات وماكينات، والمعدات العسكرية من دبابات وطائرات، ومن طائرات مدنية وسفن وقطارات، ومحطات توليد الكهرباء والجسور والأنفاق .
- 10- إن أثر عقد الاستصناع في الحركة الاقتصادية أثر مهم لما يحمل هذا العقد من إيجابيات العقود الأخرى، فكونه عقداً على مبيع في الذمة سهل حركة التعامل الاقتصادي في مجال الصناعات، لأنه ليس بالإمكان صناعة كل الأشياء اللازمة لحياة الإنسان وطرحها في الأسواق لأن بعض الصناعات تختلف مواصفاتها باختلاف حاجة الناس إليها. هذا من جانب، ومن جانب آخر لأن عقد الاستصناع لا يشترط فيه تقديم رأس المال، وهذا أدى إلى تنشيط حركة التعامل الاقتصادي خاصة في المنتجات الصناعية، وذلك لأن الحركة الاقتصادية في الحياة المعاصرة أصبحت تعتمد اعتماداً كلياً على نظام الائتمان والمديونية، فأغلب التعاملات الاقتصادية في الوقت الحاضر تتم بنظام الدفع بالتقسيط.

11- إن هذا البحث وكل بحث في القضايا المعاصرة، يجلي حقيقة كون هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، فهي لا تقف مكتوفة الأيدي أمام الأمور المستجدة والقضايا المعاصرة في الأمة، ولكن إذا أعملنا العقل وفتحنا باب الاجتهاد سنجد في هذه الشريعة حلاً لكل مشكلة وكل قضية مستجدة في هذا العصر.

وإن هذا البحث هو ثمرة جهد متواضع مني، ولا أدعي أنني قد أحطت الموضوع من جميع جوانبه، ولكن الباب مفتوح لمن أراد أن يضيف شيئاً إلى هذا البحث.

12- وأخيراً أنصح كل المؤسسات الاقتصادية الإسلامية أن تتعامل وفق عقد الاستصناع لأنه البديل الأفضل بدلاً من التعامل وفق الطرق الربوية في تمويل المشاريع.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

## نماذج لعقود استصناع

الملحق الأول (1) : نموذج لعقد استصناع يتعامل به مصرف قطر الإسلامي

عقد استصناع

<sup>1</sup> - انظر: السالوس، علي، بحث بعنوان، (عقد الاستصناع)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي- ص 296 .

في يوم الموافق / / قد تحرر العقد بين كل من :

1- مصرف قطر الإسلامي ومركزه الرئيسي بشارع حمد الدوحة قطر ويمثله في التوقيع على هذا العقد السيد /

الطرف الأول  
2-و

وعنوانه

الطرف الثاني

أقر الطرفان بصفتها وأهليتهما الكاملة واتفقا على ما يلي :

تمهيد

تقدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول بطلب يعلن فيه عن رغبته في أن يقوم الأخير بتنفيذ مشروع البناء لحسابه على قطعة الأرض التي يملكها على مساحة

.....متر مربع بموجب سند الملكية رقم

الطرف الأول رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية

وجداول الكميات والشروط العامة والخاصة للمشروع والتي تم إعدادها من قبل المكتب

الهندسي.

وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني وتحرر بين الطرفين هذا العقد وفقاً

للبند التالية :

البند الأول

يعتبر التمهيد السابق والطلب المقدم من الطرف الثاني المؤرخ وكذلك رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المرافقة للطلب

المذكور والمعتمدة من الطرف الثاني جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ومتمماً له .

## البند الثاني

أتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول بكافة الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع وتسليمه صالحاً للاستعمال وأن يلتزم بتنفيذ جميع الأعمال وفقاً للتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المقدمة من الطرف الثاني ووفقاً للشروط الخاصة المبينة في هذا العقد .

## البند الثالث

قيمة هذا العقد مبلغ ..... ريال ويلتزم الطرف الثاني بدفعه للطرف الأول على ( ) قسطاً شهرياً قيمة كل قسط .  
ويخضع سريان هذا العقد لإجراء الرهن لصالح المصرف على العقار رقم والذي يمثل أرض المشروع وما عليها من مشتملات وبناء حيث إن الطرف الثاني لم يقدم ضماناً آخر غير المشروع نفسه

## البند الرابع

يلتزم الطرف الأول بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لتشييد المشروع خلال مدة أقصاها شهر تبدأ من تاريخ تسليم الموقع ويتعهد بتسليم المشروع صالحاً للاستعمال في نهاية المدة المحددة .

## البند الخامس

قام الطرف الثاني بتعيين المكتب الاستشاري ليكون وكيلاً عنه في الإشراف على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة وتسلم المشروع بعد إتمام التنفيذ الكامل ووافق الطرف الأول على ذلك المكتب ويقوم هذا الوكيل بالإشراف على جميع أعمال المشروع ومراحل التنفيذ المختلفة واعتماد جميع المواد المستخدمة في المشروع والتأكد من أن الأعمال المنجزة نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها . وأن يقوم كذلك بإعداد شهادات الإنجاز وأن توقيعه عليها كوكيل عن الطرف الثاني بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسلم الأعمال المنجزة وقبوله لها وإقراراً منه بأنها نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها .

## البند السادس

يعتبر المشروع متسماً من قبل الطرف الثاني بمجرد إصدار شهادة إتمام البناء الابتدائية من قبل المكتب الاستشاري المعتمد حيث تعتبر شهادة إتمام البناء الابتدائية الصادرة عن المكتب الاستشاري بمثابة تسلم ابتدائي من وكيل الطرف الثاني .

## البند السابع

يحق للطرف الأول التعاقد مع إحدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني . كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول إلى اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل ، استبدالها والتعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع.

## البند الثامن

يقبل الطرف الثاني قبولاً غير قابل للنقض أو الإلغاء ضمان تنفيذ جميع الأعمال بالمشروع من الطرف الأول أو من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الأول لتنفيذ المشروع وتقبل تقديم هذا الضمان. وحيث أن شركة ..... قد ضمنت المشروع للطرف الأول أو لأي طرف آخر يقبل هذا الضمان فإن الطرف الأول يجعل هذا الضمان لصالح الطرف الثاني وبناءً على هذا فإن الطرف الثاني يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الأول في أية مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلاً بعدم تسليم المشروع نتيجة سوء تنفيذ شركة المقاولات أو لأي سبب آخر ، ويلتزم الطرف الثاني بناءً على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات في أية مطالبة أو ادعاء .

## البند التاسع

في حالة تأخر الطرف الأول أو من يتعاقد معه عن إتمام تنفيذ المشروع في الموعد المحدد فإنه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم يكن هناك أسباب قهريّة لم يتسبب فيها الطرف الأول وتكون خارجة عن إرادته .

## البند العاشر

على الطرف الأول أو من يتعاقد معه لتنفيذ المشروع اعتماد جميع المواد اللازمة للمشروع قبل استعمالها من الطرف الثاني أو وكيله .

### البند الحادي عشر

يلتزم الطرف الأول أو من يتعاقد معه بتأمين وتوفير جميع ما يلزم المشروع من مواد ومعدات بشكل يكفل إنهاء المشروع في موعده المحدد .

### البند الثاني عشر

على الطرف الأول أو من يتعاقد معه تقديم جدول زمني تفصيلي لسير الأعمال ومراحل تقدمها خلال فترة التنفيذ المحددة والحصول على موافقة الطرف الثاني أو وكيله على ذلك قبل مباشرة العمل في الموقع .

### البند الثالث عشر

في حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يقترح الطرف الثاني أو المكتب الاستشاري أو كلاهما معاً ضرورة إدخالها مما يؤثر على شروط وقيمة هذا العقد ، فإن على الطرف الثاني مراجعة الطرف الأول والاتفاق على تعديل العقد أو أخذ موافقته على التعديل المقترح قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الأعمال المعتمدة سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان ، كما أن عليه تزويد الطرف الأول بموافقة المكتب الاستشاري على التعديلات المطلوبة وتعديل المخططات والتصاميم والمواصفات تبعاً لذلك.

### البند الرابع عشر

في حالة توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفة طرف ثان ، يكون جميع الموقعين مسئولين وضامين متضامين ، منفردين أو مجتمعين ، تجاه الطرف الأول عن تسديد المبالغ المطلوبة له بموجب هذا العقد .

### البند الخامس عشر

مالم ينص على خلاف ذلك في العقد نفسه فإن الأحكام والشروط الواردة في الشروط العامة للتعاقد والصادرة من وزارة الأشغال العامة بدولة قطر تسود على أحكام أي مستند آخر يمثل جزءاً من العقد

## البند السادس عشر

- (أ) يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الإسلامية.
- (ب) أي خلاف ناشئ عن تطبيق أحكام هذا العقد و/ أو متعلق به ، يعرض على لجنة تحكيم تشكل من ثلاثة أعضاء على الوجه التالي :
- 1- حكم يختاره الفريق الأول .
  - 2- حكم يختاره الفريق الثاني .
  - 3- حكم يختاره المحكمان الأوليان.

ويكون حكمهم ، سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية ، ملزماً للطرفين ، وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانوناً وبشروط إقرار هيئة الرقابة الشرعية للمصرف بعدم تعارض الحكم الصادر مع أحكام الشريعة الإسلامية .

وفي حالة عدم توافر الأغلبية ، يحال الخلاف موضوع التحكيم إلى المحاكم القطرية وتكون محاكم دولة قطر هي المختصة دون سواها بالفصل في أية طلبات و / أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و / أو ناشئة و / أو متعلقة به / أو بهذا العقد .

## البند السابع عشر

تسري أحكام القانون القطري والقوانين والأنظمة المرعية على هذا العقد فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الطرفين وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

## البند الثامن عشر

حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإدارة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ / / 14 هـ الموافق / / 19 م ويسقط الطرف الثاني حقه في الادعاء بكذب الإقرار و / أو أي دفع شكلي و / أو موضوعي ، ضد ما جاء في هذا العقد.

الطرف الثاني

الطرف الأول :

## الملحق الثاني (١) : نموذج لعقد استصناع تتعامل وفقه مؤسسة وتنمية وإدارة

أموال الأيتام في فلسطين

### عقد استصناع (اتفاقية عمل)

الفريق الأول: مجلس الأيتام ممثلاً بمديره العام محمد جمال أبو سنيينة أو من يقوم بمقامه.  
الفريق الثاني: ..... رقم هوية .....  
موضوع الاتفاقية: تشطيب شقة.  
بالإشارة إلى الاستدعاء المقدم من المراجح السيد .....  
والذي يطلب فيه (تشطيب شقة) وفق ما هو مبين في استدعائه المقدم إلينا والمرفق صورة  
عنه مع هذه الاتفاقية، وتنفيذ هذا الطلب مع المتعهد السيد ..... المذكور، فقد اتفق  
الفريق الأول مع الفريق الثاني على ما يأتي:  
١ - تعتبر هذه الاتفاقية جزءاً لا يتجزأ منها.

<sup>١</sup> - أخذتها مباشرة من مؤسسة تنمية وإدارة أموال الأيتام التابعة (لمجلس الأيتام- ديوان قاضي القضاة) العيزرية.

- ٢ يتعهد الفريق الثاني(.....) بتنفيذ هذا التعهد المسند إليه من قبل الفريق الأول والمتضمن (تشطيب شقة) وفق المواصفات المشار إليها في الاستدعاء المقدم إلينا والمرفق بين أوراق الطلب.
- ٣ يتعهد الفريق الثاني بإتمام ما كلف به خلال (60 يوماً).
- ٤ يتعهد الفريق الثاني بالالتزام بالمواصفات المذكورة في الاستدعاء.
- ٥ تم الاتفاق بين الفريق الأول والفريق الثاني على أعمال التشطيب للمرابح السيد(.....) المذكور بالمواصفات المشار إليها في الاستدعاء خلال(60 يوماً) من تاريخ توقيع هذه الاتفاقية بمبلغ وقدره(4000) أربعة آلاف دينار، تدفع له على ثلاث دفعات على النحو التالي:
- الدفعة الأولى: (1000) ألف دينار عند توقيع هذه الاتفاقية.
- الدفعة الثانية: (1000) ألف دينار تدفع مع تقدم العمل والكشف عليه من قبل الفريق الأول.
- الدفعة الثالثة: (2000) ألفا دينار تدفع بعد قيام الفريق الثاني بإنهاء عمله بشكل كامل وموافقة المرابح المذكور على ذلك وتوقيعه عليه.
- ٦ يتعهد الفريق الثاني بعدم الإخلال بالمواصفات المتفق عليها والإسراع بإنجاز التعهد المسند إليه وإن أي تقصير أو إخلال بالمواصفات يترتب عليها تعطيل أو خسارة فإنه يتحملها لوحده وأي خسارة فإنه يتحملها لوحده وأي خسارة تلحق بالفريق الأول نتيجة لذلك تخصم على الفريق الثاني المتعهد المذكور ويقرر ذلك الفريق الأول.
- ٧ تنفذ هذه الاتفاقية موقوف على موافقة الفريق الأول.

تحريراً في .....

شاهد

شاهد

الفريق الثاني

الفريق الأول

## المصادر والمراجع

### القرآن الكريم

ابن الأثير، مجد الدين أبي العادات المبارك بن محمد الجزري، ( 544-606هـ). النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق طاهر محمد الزاوي ومحمود الطناحي ، ط2 ، دار الفكر، 1979 م.

أحمد بن حنبل. مسند الامام احمد ابن حنبل ، دار الفكر، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر: بيروت.

- الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي، ( 772هـ). طبقات الشافعية، ط ج، دار الفكر للباعة والنشر: بيروت.
- الألباني، محمد ناصر الدين. ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، ط2، المكتب الإسلامي، زهير الشاويش: بيروت، 1985م.
- الألباني. سلسلة الأحاديث الضعيفة وأثرها السيئ في الأمة، ط3، المكتبة الإسلامية: عمان.
- الألباني. ضعيف سنن ابن ماجه، ط1، المكتب الإسلامي: بيروت، 1988م.
- أ. ي ، ونسك. المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي ،مكتبة بريل: مدينة ليدن ، 1936م.
- البخاري، أبي عبد الله محمد ابن إسماعيل، (ت 256 هـ). صحيح البخاري، ط 4 المكتبة العصرية: بيروت، 2000 م.
- البغوي، الحسين بن مسعود بن محمد الفراء، ( 436-516هـ). شرح السنة، ط 2، المكتب الإسلامي: بيروت، 1983م.
- البهوتي، منصور بن يونس إدريس . كشف القناع عن متن الإقناع ، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر: بيروت ، 1982 م.
- البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي، (ت 458 هـ). السنن الكبرى ، تحقيق، محمد عبد القادر عطا، ط 1، دار الكتب العلمية: بيروت، 1994م.
- الترمذي، محمد بن عيسى. سنن الترمذي، دار الفكر: بيروت 1992م.
- الترمذي. سنن الترمذي، حكم على أحاديثه وأثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع: الرياض.
- ابن تيمية، أحمد. مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الحمن بن محمد بن قاسم.
- الثبتي، سعود بن مسعد . الاستصناع : تعريفه وتكييفه حكمه وشروطه وأثره في تنشيط
- الحركة الاقتصادية ، ط1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، 1995 م .
- جلعوط، محمد علي. أعمال المقاولات، ط1، دار الراتب الجامعية:سوفنير، 1999 م.
- أبو جيب، سعدي. القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دار الفكر: دمشق ، 1998 م.
- ابن حزم، أبي محمد الاندلسي. الأحكام في الأصول الأحكام ، تحقيق محمد أحمد عبد العزيز، مكتبة عاطف: القاهرة، 1987 م .
- الخطاب، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي،(ت 954 هـ).

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية: بيروت، 1995 م .
- الخطابي، حمد بن محمد بن الخطاب البستي، (319-388هـ). معالم السنن شرح سنن أبي داوود، نشر وتوزيع محمد علي السيد: حمص.
- حيدر، علي. درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب فهي الحسيني ، دار الكتب العلمية : بيروت.
- الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، (306-385هـ). سنن الدارقطني ، مكتبة المتنبى: القاهرة.
- الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ط1 ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده : مصر ، 1934 م .
- الذهبي، شمس الدين بن محمد بن احمد الذهبي. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، ط1، دار الكتاب العربي: بيروت، 1994م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت 666 هـ). مختار الصحاح ، ط1، دار الكتاب العربي : بيروت ، 1967 م .
- ابن رشد، ( 520 - 595 هـ). بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط 4 دار ، المعرفة:بيروت، 1978 م .
- ابن رشد. مقدمات ابن رشد، دار صادر: بيروت .
- الزحيلي، وهبة. الفقه الإسلامي وأدلته ، ط3، دار الفكر : دمشق ، 1989 م.
- الزرقاء، مصطفى. المدخل الفقهي العام ، ط7 ، دار الفكر :بيروت .
- الزرقاء، مصطفى. عقد البيع، ط ج ، دار القلم:دمشق.
- الزركلي، خير الدين. الأعلام، ط4، دار العلم للملايين: بيروت، 1979م.
- الزيلعي، جمال الدين. نصب الرأية لأحاديث الهداية، ط1، دار الحديث: القاهرة، 1995 م.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر: بيروت.
- السرخسي، شمس الدين . المبسوط ، ط2، دار المعرفة :بيروت.
- السمرقندي، علاء الدين ، (ت 539 هـ). تحفة الفقهاء ، ط1، دار الكتب العلمية : بيروت ، 1984 م .

- أ.الشاطبي، أبي إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي، (ت 790 هـ). الموافقات، ط1، دار ابن عنان لنشر والتوزيع : المملكة العربية السعودية ، 1997 م
- الشافعي الصغير، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط الأخيرة ، دار الفكر : بيروت ، 1984 م.
- الشافعي، حسين محمد فهمي. الدليل المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، ط1، دار السلام للطباعة والنشر: القاهرة، 1998م.
- الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي، (ت 204 هـ). الأم ، ط2، دار المعرفة: بيروت، 1973 م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت 1255هـ). إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط1 ، شركة مكتبة احمد بن سعد بن نبهان سروبايا : اندونيسيا .
- الشوكاني. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، ط الأخيرة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده : مصر .
- الشيرازي، أبي إسحاق بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، (ت 476 هـ). المهذب في فقه الامام الشافعي، ط2، دار المعرفة للطباعة والنشر: بيروت، 1959 م .
- الشيرازي. المجموع في شرح المهذب، مطبعة مصطفى الحلبي: مصر، 1343 هـ.
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الكحلاني المعروف بالأمير، ( 1059-1182 هـ). سبل السلام، شرح بلوغ المرام من جمع الأدلة الأحكام، شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكفاني العسقلاني ألقاصري، (773 - 852 هـ). الناشر، مكتبة الرسالة الحديثة .
- الطبري ، أبو جعفر محمد ابن جرير، (ت 310 هـ)، جامع البيان عن تأويل أي القرآن ، دار الفكر : بيروت ، 1988 م .
- ابن عابدين، محمد أمين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ط1، دار الكتب العلمية : بيروت ، 1994 م.
- ابن عباد، إسماعيل. المحيط في اللغة، ط1، عالم الكتب: بيروت، 1994
- العسقلاني ، احمد بن علي بن حجر، ( 773-852 هـ). فتح الباري شرح صحيح البخاري ، حققه عبد العزيز ابن باز - المكتبة السلفية.
- ابن العماد، أبو فلاح عبد الهادي.(1089 هـ)، شذرات الذهب، ط2، دار المسيرة، 1979م

- الفراهيدي، الخليل بن أحمد. كتاب العين ، تحقيق : مهدي المخزومي و إبراهيم أسمراني ، ط2 ، دار الهجرة : إيران، 1409هـ.
- الفيروزآبادي . القاموس المحيط ، ط6 ، مؤسسة الرسالة : بيروت ، 1998 م.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي. المصباح المنير، مكتبة لبنان : بيروت ، 198 م.
- ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ،(ت 630هـ). المغني والشرح الكبير ، الشرح الكبير، شمس الدين أبي فرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ،(ت682هـ)، دار الكتاب العربي: بيروت، 1972 م.
- قلعة جي، محمد رؤاس. الموسوعة الفقهية الميسرة ، ط1، دار النفائس : بيروت ، 2000 م .
- ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، (ت 751 هـ). تحقيق عبد الرحمن الوكيل، ط 1، دار الكتب الحديثة: القاهرة .
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود ، (ت587هـ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر : بيروت ، 1996 م.
- الكشناوي ، أبي بكر حسن . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، المكتبة العصرية : بيروت.
- اللكنوي، أبي الحسنات محمد عبد الحي الهندي. الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، دار المعرفة للطباعة والنشر : بيروت .
- ابن ماجة، أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ( 207 - 275 هـ). سنن ابن ماجة ، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية .
- ابن ماجة. سنن ابن ماجة ، حكم على أحاديثه وعلق عليها: محمد ناصر الدين الألباني، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع: الرياض.
- مالك بن أنس. المدونة الكبرى ، ط1 ، دار صادر: مصر ، 1323 هـ.
- المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان. الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل ، ط2، دار أحياء التراث العربي: بيروت، 1986 م.
- مصطفى، إبراهيم وآخرون. المعجم الوسيط، المكتبة العلمية: بيروت، 1994م.

ابن مفلح، شمس الدين أبي عبد الله محمد المقدسي الحنبلي، (ت 762 هـ). الفروع، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي، ط 1، دار الكتب العلمية: بيروت، 1997 م.

المنذري، زكي الدين عبد العظيم. مختصر صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق، محمد ناصر الدين الألباني، منشورات لجنة إحياء السنة. ابن المنظور. لسان العرب، دار صادر: بيروت.

الموصللي، عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي. الاختيار لتعليق المختار، ط 1، دار الكتب العلمية: بيروت.

النجدي، محمد بن عبد الله بن حميد، (1236-1295 هـ). السحب الواصلة على ضرائح الحنابلة، ط 1، مؤسسة الرسالة: بيروت 1996 م.

نظام، الشيخ وجماعة من علماء الهند. الفتاوى الهندية، دار المعرفة للطباعة والنشر: بيروت.

النووي، محي الدين بن شرف بن زكريا، (ت 676 هـ). روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط 1، دار الفكر: بيروت، 1995 م.

النووي. المجموع شرح المذهب، إدارة الطباعة المنيرة: مصر.

النيسابوري، أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري. الجامع الصحيح، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر: بيروت.

ابن الهمام، الكمال، (ت 681 هـ). شرح فتح القدير، ط 1، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي وأولاده: مصر، 1970 م.

ابن أبي الوفاء، محيي الدين بن عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم، (696-775 هـ). الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، ط 2، هجر للطباعة والنشر والتوزيع: الجيزة- مصر، 1993 م.

## المجلات:

مجلة البحوث الإسلامية - مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة - الرياض

مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي - المجلد الثاني - جدة - العدد السابع - 1992 م

## فهرس الآيات

الرقم	الآية	السورة ورقم الآية	الصفحة
.١	قوله تعالى: ( أَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا )	المائدة - آية 3	4
.٢	قوله تعالى: ( وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ )	البقرة - آية 229	4
.٣	قوله تعالى: ( وَمَنْ يَعَصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ )	النساء -	4

	آية 14	نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ)	
٤ .	التوبة - 5 آية 29	قوله تعالى: ( وَلَا يُحْرَمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ )	
٥ .	التحريم آية 1	قوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ )	
٦ .	الإسراء آية-34	قوله تعالى: ( وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا )	
٧ .	الصف آية 3	قوله تعالى: ( كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ )	
٨ .	المائدة - 6 آية 1	قوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ )	
٩ .	الإنسان آية-7	قوله تعالى: ( يُوفُونَ بِالنَّذْرِ )	
١٠ .	البقرة - 6 آية 26-27	قوله تعالى: ( وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ، الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ )	
١١ .	الأنعام- 10 آية 119	قوله تعالى: ( وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ )	
١٢ .	النساء - 10 آية 29	قوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ )	
١٣ .	النساء - 10 آية 4	قوله تعالى: ( فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا )	
١٤ .	النساء - 10 آية 29	قوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ )	
١٥ .	الحج - 11 آية 78	قوله تعالى: ( وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ )	
١٦ .	النمل 20	قوله تعالى ( صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَنْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ )	

	88/		
20	طه - آية 41	قوله تعالى: (وَاصْطَنَعْتُكَ لِرِيشِي)	.١٧
51	البقرة - آية 282	قوله تعالى: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ )	.١٨
54	القصص - آية 26	قوله تعالى: ( قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا بَتِ اسْتَخِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ )	.١٩
54	الطلاق - آية 6	قوله تعالى: ( فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ )	.٢٠

## فهرس الأحاديث

الرقم	الحديث	المصدر	الصفحة
١.	قال صلى الله عليه وسلم: (من لا يشكر الناس لا يشكر الله).	الترمذي 383/3	ت
٢.	عن عائشة أنه صلى الله عليه وسلم وقف خطيباً فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله وقال: ما بال رجالٍ يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ وإن كان مئة شرطٍ، قضاء الله أحقُّ وشرطُ الله أوثقُ وإنما الولاءُ لمن أعتق).	صحيح البخاري 641/2	5
٣.	قوله صلى الله عليه وسلم: (أربعٌ من كنَّ فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلةٌ منهنَّ كانت فيه خصلةٌ من النفاق حتى يدعها، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر).	صحيح البخاري 35/1	6
٤.	قوله صلى الله عليه وسلم: (أحقُّ ما أوفيتُم من الشروط أن تُوفوا به ما استحلَّتم به الفروج).	صحيح البخاري 1659/3	6
٥.	وقوله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم).	سنن الترمذي 73/3	7

7	صحيح البخاري 656/2	قال عليه السلام: قالَ اللهُ تعالى: ثلاثةٌ أنا خصيمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدرَ، ورجلٌ باعَ حرّاً فأكلَ ثمنه، ورجلٌ استأجرَ أجيراً فأستوفى منه ولم يعطه أجره) .	.6
7	مختصر صحيح مسلم-298	قال صلى الله عليه وسلم:(لكل غادر لواء عند إسته يوم القيامة).	.7
8	مسند أحمد بن حنبل-434/4	قول الرسول الله صلى الله عليه وسلم : لا نذرَ في معصية) ،	.8
8	مسند احمد بن حنبل-208/2	وقوله: مَنْ نذرَ أن يطيعَ اللهَ فليطعهُ ومن نذرَ أن يعصى اللهَ تعالى فلا يعصيه) .	.9
12	سنن الترمذي 16/3	روى حكيم بن حزام قال: أتيتُ رسولَ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم فقلتُ: يأتيني الرجلُ يسألني عن البيعِ ما ليسَ عندي أبتاعُ له منَ السوقِ ثم أبيعُهُ؟ قالَ : لا تبعُ ما ليسَ عندك) .	.10
12	الجامع الصحيح - 5/3	عن أبي هريرة قال: نهى رسولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم عن بيعِ الحصةِ وبيعِ الغررِ).	.11

12	الجامع الصحيح - 11/5	نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمارِ قبلَ أن يبدو صلاحُها عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعِ النخلِ حتى يزهو وعن السنبلِ حتى يبيضَ ويأمنِ العاهةَ نهى البائعَ والمشتري).	.١٢
27	صحيح البخاري 660/2	قال صلى الله عليه وسلم: من أسلف في شيء ففيه كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم).	.١٣
31	النهاية في غريب الحديث والأثر-3/56	روى نافع عن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: اصطنع خاتماً من ذهب وكان يجعل فسه إلى باطن كفه إذا لبسه فصنع الناس، ثم إنه جلس على المنبر فنزع هو وقال أنني كنت البس هذا الخاتم واجعل فسه من داخل فرمى به، ثم قال: لا والله لا البسه ابداً فنبذ الناس خواتيمهم).	.١٤
31	فتح الباري 397/2	روى البخاري عن أبي حازم بن دينار: ( أن رجلاً أتو سهل بن سعد الساعدي، وقد أمتروا في المنبرِ ممّ عودهُ فسألوه ذلك، فقال: والله إني لأعرفُ مما هو، ولقد رأيتهُ أولَ يومٍ وُضعَ وأولَ يومٍ جَلَسَ عليه رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: وأرسل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة ( امرأة قد سماها سهل ): مُري غلامك النجارَ أن يعملَ لي أعواداً أجلسُ عليهنَّ إذا كلّمتُ الناسَ، فأمرتهُ فعملها من طرفاء الغابةِ ثم جاء بها، فأرسلتُ إلى رسولِ الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعتها ها هنا ) .	.١٥
31	صحيح	روى البخاري عن جابر بن عبد الله: أن امرأةً من	.١٦

	البخاري 623/2	الأَنْصَارِ قَالَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَا أُجْعَلُ لَكَ شَيْئاً تَقْعُدُ عَلَيْهِ فَإِن لِي غُلَاماً نَجَاراً قَالَ: إِن شِئْتِ، فَعَمَلْتُ لَهُ الْمَنْبِرَ، فَلَمَّا كَانَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ قَعَدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْمَنْبِرِ الَّذِي صُنِعَ).	
32	سنن ابن ماجة 1303/2	قال عليه الصلاة والسلام: إن أمتي لا تجتمع على ضلالة).	١٧.
33	مسند الامام أحمد- 379/1	قال عليه الصلاة والسلام: ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ وما رأه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيحٌ).	١٨.
34	صحيح البخاري 672/2	عن ابن عباس قال: إِحْتَجَمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَعْطِيَ الْحَجَّامَ أَجْرَهُ).	١٩.
34	سنن الترمذي 367/4	عن عائشة رضي الله عنها: ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى الرجال والنساء عن الحمامات ثم رخص للرجال في الميزار).	٢٠.
54	صحيح البخاري 666/2	قالت عائشة رضي الله عنها: استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكرٍ رجلاً من بني الدَّيْلِ هادياً خريئاً وهو على دين كفارٍ قريشٍ فدفعا إليه راحلتيهما وواعداهُ غارَ ثورٍ بعدَ ثلاثِ ليالٍ فأتاهما براحلتيهما صبحَ ثلاثِ).	٢١.
54	صحيح البخاري 665/2	عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم فقال أصحابه وأنت؟ فقال: نعم كنت أُرعى على قراريطٍ لأهل مكة).	٢٢.
55	السنن الكبرى	عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يساوم الرجل	٢٣.

	للبيهقي - 198/6	على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ولا تتاجشو ولا تبايعوا بإلقاء الحجر، ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره).	
55	صحيح البخاري 668/2	قال صلى الله عليه وسلم: قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصيمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باعَ حرّاً فأكلَ ثمنه، ورجلٌ استأجرَ أجيراً فأستوفى منه ولم يعطه أجره) .	.٢٤
56	ارواء الغليل للألباني - 11/6	قول النبي صلى الله عليه وسلم: من تركَ مالاً أو حقاً فلورثته،	.٢٥
91	الجامع الصحيح - 6/5	عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ابتاعَ شاةً مصراةً فهو بالخيارِ ثلاثِ أيامٍ إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وردَ معها صاعاً من تمر).	.٢٦
93	فتح الباري - 354/5	روى البخاري عن ابن سيرين: أن رجلاً قال لكريه (أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مئة درهم فلم يخرج . فقال شريحُ : من شرطَ على نفسه طائعاً غير مكرهٍ فهو عليه) . وقال أيوبُ: عن ابن سيرين إن رجلاً باعَ طعاماً وقال : إن لم آتكَ الأربعاء فليس بيني وبينك بيعٌ فلم يجيء فقال شريحُ للمشتري أنتَ أخلفتَ فقضى عليه).	.٢٧
97	صحيح البخاري - 427/10 السنن الكبرى 427/10	قال صلى الله عليه وسلم : ( البينةُ على المدعي واليمينُ على المدعى عليه ) .	.٢٨



## فهرس الأعلام

الصفحة	الاسم	الرقم
2	ابن حزم	1
3	ابن تيمية	2
3	الزيلعي	3
3	الكاساني	4
4	ابن قيم الجوزية	5
13	ابن رشد	6
13	البهوتي	7
13	النووي	8
15	ابن قدامة	9
16	البغوي	10
16	الخطابي	11
20	السمرقندي	12
21	السرخسي	13
21	ابن عابدين	14
21	الكمال بن الهمام	15
25	المرداوي	16
25	ابن مفلح	17
29	زفر	18
37	خليل الجندي	19
37	الخطاب	20
41	الشافعي الصغير	21
46	الحاكم الشهيد	22
46	الصفار	23

46	محمد بن مسّلمة	24
47	البابرتي	25
50	الطبري	26
66	أبو سعيد البردعي	27
66	أبو يوسف	28
70	محمد بن الحسن الشيباني	29

## فهرس المواضيع

رقم الصفحة	الموضوع
أ	البيان
ب	الإهداء
ت	شكر وتقدير
ث	ملخص الرسالة
خ	ملخص الرسالة بالإنجليزي
ز	محتوى البحث
ش	المقدمة
ش	أهمية البحث
ص	الدراسات السابقة
ض	منهج البحث
2	الفصل الأول: وهو تمهيد ، وفيه مبحثان .
2	المبحث الأول: حرية المكلفين في إنشاء العقود
2	المطلب الأول: آراء الفقهاء في حرية المكلفين في إنشاء العقود
4	المطلب الثاني: أدلة الفريق الأول ووجه الاستدلال عندهم
6	المطلب الثالث: أدلة الفريق الثاني ووجه الاستدلال عندهم
8	المطلب الرابع: مناقشة الأدلة والراجح منها
12	المبحث الثاني: حكم بيع المعدوم .
12	المطلب الأول: عرض الرأي الأول وهو عدم جواز بيع المعدوم
14	المطلب الثاني: عرض الرأي الثاني وهو جواز بيع المعدوم
15	المطلب الثالث: مناقشة أدلة الطرفين والقول الراجح فيها
19	الفصل الثاني: تعريف عقد الاستصناع وفيه أربعة مباحث .
19	المعنى اللغوي للاستصناع.

20	المعنى الاصطلاحي للاستصناع.
20	المبحث الأول : تعريف الاستصناع عند الحنفية
34	المبحث الثاني : تعريف الاستصناع عند الحنابلة .
29	الفصل الثالث : حكم عقد الاستصناع وفيه أربعة مباحث .
29	المبحث الأول : حكم عقد الاستصناع عند الحنفية .
29	المطلب الأول: أقوال فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع
29	المطلب الثاني: دليل مشروعيته عند فقهاء الحنفية
34	المطلب الثالث: مناقشة أدلة الحنفية
36	المبحث الثاني : حكم الاستصناع عند المالكية .
40	المبحث الثالث : حكم الاستصناع عند الشافعية .
42	المبحث الرابع : حكم الاستصناع عند الحنابلة .
45	الفصل الرابع : تكييف عقد الاستصناع وفيه ستة مباحث .
45	المبحث الأول : هل هو عقد أم مواعدة .
45	المطلب الأول: مفهوم العقد والوعد لغةً واصطلاحاً
46	المطلب الثاني: الفرق بين العقد والوعد والأثر المترتب على كل منهما
46	المطلب الثالث: آراء الفقهاء في الاستصناع هل هو عقد أم وعد
49	المبحث الثاني: عقد الاستصناع وعقد البيع .
49	المطلب الأول: وجه الشبه بين عقد الاستصناع وعقد البيع
49	المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد البيع
50	المبحث الثالث: عقد الاستصناع وعقد السلم .
50	المطلب الأول: لمحة موجزة عن عقد السلم
51	المطلب الثاني: أوجه الشبه بين عقد الاستصناع وعقد السلم
52	المطلب الثالث: أوجه الاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد السلم
53	المبحث الرابع: عقد الاستصناع وعقد الإجارة .
53	المطلب الأول: لمحة موجزة عن عقد الإجارة
54	المطلب الثاني: وجه الشبه بين عقد الاستصناع وعقد الإجارة

55	المطلب الثالث: أوجه الاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد الإجارة
56	المبحث الخامس: عقد الاستصناع وعقد المقاولة .
56	المطلب الأول: لمحة موجزة عن عقد المقاولة
56	الفرع الأول: لمحة عن تطور عقد المقاولة
56	الفرع الثاني: طبيعة عقد المقاولة
58	المطلب الثاني : أوجه الشبه والاختلاف بين عقد الاستصناع وعقد المقاولة
61	الفصل الخامس: مقومات وشروط عقد الاستصناع وفيه مبحثان.
61	المبحث الأول: مقومات عقد الاستصناع.
61	المطلب الأول: المقومات العامة لعقد الاستصناع وغيره من العقود
61	المطلب الثاني: ركن عقد الاستصناع
63	المبحث الثاني: شروط عقد الاستصناع.
63	المطلب الأول: الشروط العامة لعقد الاستصناع وغيره
63	الفرع الأول: شروط الانعقاد
64	الفرع الثاني: شروط الصحة
65	الفرع الثالث: شروط النفاذ
65	الفرع الرابع: شروط اللزوم
66	المطلب الثاني: الشروط الخاصة بعقد الاستصناع
66	الشرط الأول: بيان أوصاف المعقود عليه بياناً ينفي كل جهالة قد تؤدي إلى الغرر
68	الشرط الثاني: ان يكون المستصنع مما يجري التعامل به بين الناس
69	الشرط الثالث: عدم تحديد الأجل في عقد الاستصناع
73	الفصل السادس: مدى لزوم عقد الاستصناع وفيه أربعة مباحث.
73	المبحث الأول: مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح.

74	المبحث الثاني: تقسيم العقود على أساس اللزوم وعدمه.
74	المطلب الأول: أنواع العقود على أساس اللزوم وعدمه
75	المطلب الثاني: موقع عقد الاستصناع من هذه الأنواع
75	المبحث الثالث: لزوم عقد الاستصناع عبر المراحل التي يمر بها.
76	المطلب الأول: مرحلة ما قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع
77	المطلب الثاني: مرحلة ما بعد رؤية المستصنع للشيء المصنوع
78	الفرع الأول: ان لا يكون موافقاً للمواصفات المطلوبة
78	الفرع الثاني: ان يكون موافقاً للمواصفات المطلوبة
81	المبحث الرابع: الخلاصة في مدى لزوم عقد الاستصناع.
81	المطلب الأول: عقد الاستصناع عقد لازم منذ بدايته
84	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على لزوم عقد الاستصناع
87	الفصل السابع: خيارات عقد الاستصناع وما يصاحبه من شرط جزائي وما يعقبه من منازعات وفيه ثلاثة مباحث.
87	المبحث الأول: خيارات عقد الاستصناع.
87	المطلب الأول: خيار الوصف
87	الفرع الأول: مشروعية خيار الوصف
88	الفرع الثاني: عقد الاستصناع وخيار الوصف
90	المطلب الثاني: خيار العيب
90	الفرع الأول: مشروعية خيار العيب
90	الفرع الثاني: شروط ثبوت خيار العيب
91	الفرع الثالث: مسقطات خيار العيب
91	الفرع الرابع: عقد الاستصناع وخيار العيب
92	المبحث الثاني: عقد الاستصناع والشرط الجزائي.
92	المطلب الأول: مشروعية الشرط الجزائي
93	المطلب الثاني: عقد الاستصناع والشرط الجزائي
95	المبحث الثالث: حل المنازعات في عقد الاستصناع

95	المطلب الأول: انتهاء عقد الاستصناع
96	المطلب الثاني: حل المنازعات بين طرفي العقد
99	الفصل الثامن: مجالات عقد الاستصناع وأثرها في الحركة الاقتصادية وفيه مبحثان.
99	المبحث الأول: مجالات عقد الاستصناع.
102	المبحث الثاني: اثر عقد الاستصناع في الحركة الاقتصادية.
106	الخاتمة
108	ملحق رقم(1)
114	ملحق رقم(2)
115	المصادر والمراجع
121	فهرس الآيات
123	فهرس الأحاديث
128	فهرس الأعلام
130	فهرس المواضيع