مكتبة البنين
قسم الدوريات

حولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية

العدد الحادي عشر ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣م

عقد الاستصناع
بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز

د. علي محيى الدين القرة داغي
الأستاذ المساعد بقسم الفقه والأصول

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه من تبع هداه إلى يوم الدين

وبعد،

فقد اولى الاسلام عناية كبرى بالصناعة والاستصناع في وقت كانت العرب - وغيرهم من الأمم - تنظر الى الصناعات والحرف نظرة فيها التقليل من شأنها، فنزلت الآيات الدالات على اهمية الصناعة في حياة الامة حتى قرن الله تعالى الحديد مع القرآن الكريم في الانزال ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ . ﴾ (١) وبين القرآن الكريم في مقام الامتنان بالنعم العظمى ان الله علم احد انبيائه العظام - وهو داود - صنعة اللباس الحديدي، والدرع حيث يقول: ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِتُحْصِنَكُم مِّن بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنتُمْ شَاكِرُونَ ﴾ (٢) كما يجعل الرسول الصناعة اليدوية، بل كل ما تصنعه اليد من أفضل الاعمال حيث يقول «ما أكل أحد طعاما قط خيرا من ان يأكل من عمل يده، وان نبي الله داود - عليه السلام - كان يأكل من عمل يده» (٣).

وجاء فقهاؤنا العظام منذ بداية القرن الثاني الهجري - مثل ابي حنيفة وصاحبيه، وكذلك غيرهم - بتنظيم عقد الاستصناع وأهميته، وبيان شروطه وضوابطه، وفروعه ومسائله.

كل ذلك يحدث في هذ الوقت المبكر بينما الغرب لم يصل الى تقنين عقد الاستصناع إلا في وقت متأخر جدا، حيث نرى ان (دافيد) يستغربُ جدا عن عدم وجود تنظيم لعقد الاستصناع في التقنين المدني الفرنسي الذي صدر عام ١٨٠٤م ويعزى ذلك الى ان مشرعي هذا القانوني لم يكونوا يعرفون هذا العقد بصورة كاملة، وذلك بسبب عدم ظهور هذا العقد آنذاك (٤).

---

(١) سورة الحديد الآية ٢٥

(٢) سورة الأنبياء الآية ٨٠

(٣) رواه البخاري في صحيحه - مع الفتح - كتاب البيوع - ط. السلفية (٤/ ٣٠٣)

(٤) المشار إليه في: عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي لكاسب عبدالكريم ط. الاسكندرية، المقدمة.

وهذا ان دل على شيء فان ما يدل على عظمة هذا الفقه الاسلامي العظيم، وسبقه بقرون عدة في كل مجالات التشريع.

ونحن نحاول في هذا البحث المتواضع ان نستعرض عقد الاستصناع مركزين على أمرين أساسيين هما، هل هذا العقد عقد مستقل، ام تبع وداخل في عقود أخرى؟ وهل هو عقد لازم أم هو عقد جائز؟

وقد بذلت كل جهدي في رجوعي الى المصادر المعتمدة في كل مذهب، وبيان آراء الفقهاء، والاستفادة منها، ولكنه مع ذلك لم يقف جهدي عند هذا الحد، بل حاولت الوصول الى صورة متكاملة لعقد الاستصناع وان كان ذلك على حساب مخالفة الرأي الذي عليه الجمهور، لأنني وضعت نصب عيني مقاصد الشريعة ومبادءها الكلية، بل قدمت السير في ظلالها على السير في ظل التفسيرات الفرعية، فمثلا إذا كنت قد اخذت لزوم عقد الاستصناع من رواية لأبي يوسف فانني لم اقف عند قوله - مع قول بقية الحنفية - ببطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين، وانما قلت ببقائه، وانتقال الحق الى الورثة، بل لاحظت التنظيمات الموجودة للشركات والمصانع في عصرنا الحاضر، التي اعترفت فيها بوجود شخصية معنوية لها تستمر مادامت الشركة قائمة دون النظر الى اصحابها ومدرائها، ولذلك قلت بعدم بطلان الاستصناع بموت احد العاقدين، كما ان قول الحنفية هذا قياس على الاجارة التي هى نفسها محل خلاف في بطلانها بموت أحد العاقدين. بل الجمهور على عدم بطلانها، ومن هنا قست الاستصناع في عدم البطلان بموت احد العاقدين على الاجارة على مذهب الجمهور، بل اننا لسنا بحاجة الى القياس لأن الاستصناع عقد مستقل.

وهكذا حاولنا ان نبذل كل مانستطيع بذله للوصول الى صورة متكاملة محققة لمصلحة الطرفين، ومصلحة الأمة في الازدهار والتنمية والاستقرار.

والله أسأل ان يجعل جميع اعمالي خالصة لوجهه الكريم، وان يعصمنا من الخطأ في القول والعمل.

علي محيي الدين القرة داغي
جامعة قطر - كلية الشريعة

الاستصناع لغة واصطلاحا

الاستصناع في اللغة:

الاستصناع لغة: مصدر «استصنع» بمعنى طلب الصنعة، فيقال: استصنع الشيء أي دعا الى صنعه، واصله «صنع يصنع صنعا، فهو مصنوع وصتيع، والصناعة حرفة الصانع والصناعة: ماتستصنع من أمر(٥).

وقد ورد لفظ «صنع» ومشتقاته في القرآن الكريم عشرين مرة منها قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَزَالُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ تُصِيبُهُم بِمَا صَنَعُوا۟ قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ . . ﴾(٦) حيث اطلق على مايصنعه الانسان. ويطلق على صناعة السحر حيث يقول تعالى: ﴿ وَأَلْقِ مَا فِى يَمِينِكَ تَلْقَفْ مَا صَنَعُوٓا۟ ۖ إِنَّمَا صَنَعُوا۟ كَيْدُ سَٰحِرٍ ۖ . . . ﴾(٧) وعلى صناعة السفينة حيث قال: ﴿ وَيَصْنَعُ ٱلْفُلْكَ ﴾(٨).

ومنها قوله تعالى: ﴿ وَٱصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِى . . . ﴾ قال الماوردي: يحتمل وجهين أحدهما: خلقتك، مأخوذ من الصنعة، الثاني، اخترتك، مأخوذ من الصنيعة»(٩)

ومنها قوله تعالى ﴿ صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَىْءٍ ۚ . . . ﴾(١٠) اي فعل الله الذي أتقن كل شيء(١١) ويبدو ان الصنع أخص من مطلق الفعل.

ومنها قوله تعالى في حق داود (عليه السلام): ﴿ وَعَلَّمْنَٰهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِتُحْصِنَكُم مِّنۢ بَأْسِكُمْ ۖ ﴾(١٢).

---

(٥) لسان العرب، ط. دار المعارف ص ٢٥٠٨، وكشاف اصلاحات الفنون، ط. الهيئة العامة للكتاب (٤/ ٢٣٥).

(٦) سورة الرعد الآية ٣١

(٧) سورة طه الآية ٦٩

(٨) سورة هود الآية ٣٨

(٩) تفسير الماوردي، ط. اوقاف الكويت (٣/ ١٥)

(١٠) سورة النمل الآية ٨٨

(١١) تفسير الماوردي (٣/ ٢١٢)

(١٢) سورة الأنبياء: ٨٠، قال الماوردي (٣/ ٥٣) فيه وجهان: أحدهما «لبوس»: الدرع الملبوس والثاني أن جميع السلاح لبوس عند العرب).

ومنها قوله تعالى ﴿ وَتَتَّخِذُونَ مَصَانِعَ لَعَلَّكُمْ تَخْلُدُونَ ﴾[١٣].

وقد تكرر لفظ «صنع» ومشتقاته في السنة المشرفة كثيرا، منها اطلاق الصنع على الأفعال وصنعة الأشياء مثل «رأيت رسول الله - ﷺ - صنع مثل هذا»[١٤] أي فعل كذا عن الوضوء والمسح على الخفين، ومنها اطلاقه على صنع المنبر[١٥].

ومنها ما رواه البخاري وغيرهم بسندهم عن ابن عمر (رضي الله عنهما) : ان رسول الله - ﷺ - : اصطنع خاتما من ذهب وكان يلبسه فيجعل فصه في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم، ثم انه جلس على المنبر فنزعه، فقال: اني كنت ألبس الخاتم.. فرمى به، ثم قال: «والله لا ألبسه أبدا» فنبذ الناس خواتيمهم»[١٦].

وترجم ابن ماجه في سننه: باب الصناعات، وترجم الترمذي في سننه: باب ما جاء في صنائع المعروف.

والمقصود من هذا السرد ان هذه الكلمة مما شاع استعمالها في القرآن الكريم في معانيها اللغوية التي تشمل الحرفة، وغيرها من اي عمل كان، وفي ايجاد الشيء من العدم ونحو ذلك.

الاستصناع اصطلاحا:

وقد عرف الاستصناع في عرف من قالوا به عدة تعريفات:

منها تعريف رجحه الكاساني واختارته الموسوعة الفقهية[١٧] وهو ان الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل[١٨] غير ان الكاساني ذكر عدة تعريفات فقال: «وأما معناه فقد اختلف المشائخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة، وليس ببيع وقال بعضهم: هو بيع لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح بدليل ان محمدا (رحمه

(١٣) سورة الشعراء الآية ١٢٩

(١٤) صحيح البخاري، الصلاة - مع الفتح - (١/ ٤٩٤)

(١٥) مسند أحمد (٥/ ١٣٧)

(١٦) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الايمان (١١/ ٥٣٧) وأحمد (٣/ ١٠١)

(١٧) الموسوعة الفقهية الكويتية، ط. أوقاف الكويت (٣/ ٣٢٥)

(١٨) بدائع الصنائع، ط. الامام بالقاهرة (٦/ ٢٦٧٧)

الله) ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لايكون في العدات (اي الوعود) وكذا اثبت فيه خيار الرؤية، وانه يختص بالبياعات. . ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع:

قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، ثم رجح الكاساني التعريف الاخير فقال: «والصحيح هو القول الأخير، لأن الاستصناع: طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لايكون استصناعا، فكان مأخذ الاسم دليلا عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما، وهذا العقد يسمى استصناعا»(١٩).

ومنها ما ذكره ابن عابدين حيث قال: «وأما شرعا فهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص»(٢٠).

وقال البابرتي: «والاستصناع هو أن يجيء انسان الى صانع فيقال: اصنع لي شيئا صورته كذا، وقدره كذا بكذا درهما، ويسلم اليه جميع الدراهم، او بعضها او لايسلم»(٢١).

وعرفته مجلة الاحكام العدلية في مادتها (١٢٤) بأنه عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة.

وجاء في بعض كتب الحنابلة: «استصناع سلعة يعني يشتري منه سلعة، ويطلب منه ان يصنعها له، مثل أن يشتري منه ثوبا ليس عنده، وانما يصنعه له بعد العقد(٢٢).

---

(١٩) بدائع الصنائع، (٦/ ٢٦٧٧) ويراجع: المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة ببغداد ج- ٢ ورقة ٥٧٢.

(٢٠) رد المحتار على الدر المختار، ط. دار احياء التراث العربي بيروت (٤/ ٢١٢).

(٢١) شرح العناية مع فتح القدير، ط. مصطفى الحلبي/ القاهرة (٧/ ١١٤).

٢٢) كتاب الفروع لابن مفلح، مع ملاحظة ما ذكره مراجع الكتاب من أن العبارة السابقة من هامش مخطوط الأزهر (ط/ ٢٤) ويراجع عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي لكاسب عبدالكريم البدران، ط. دار الدعوة الاسكندرية ص ٦٣ ومابعدها.

أنواع الاستصناع :

بالنظر الى ماذكره المالكية نجد انهم يذكرون للاستصناع اربعة أنواع نذكرها هنا لأهميتها وهي : كما ذكره ابن رشيد في مقدماته :

النوع الأول : أن لايشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولايعين ما يعمل منه . فهذا النوع سلم على حكم السلم لايجوز الا بوصف العمل وضرب الاجل وتقديم رأس المال .

النوع الثاني : ان يشترط المسلم عمل من استعمله ، ويعين ما يعمل منه .

فهذا النوع ليس بسلم ، وانما هو من باب البيع ، والاجارة في الشيء المبيع ، فان كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل . أو تمكن بإعادته للعمل ، او عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على ان يشرع في العمل ، وعلى ان يؤخر الشروع فيه بشرط مابينه وبين ثلاثة أيام او نحو ذلك ، فان كان على ان يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد ، وتأخيره ، وان كان على ان يتأخر الشروع في العمل الى الثلاثة ايام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل[٢٣] غير ان اشهب اجاز في السلم تعيين المصنوع منه ، والصانع خلافا لابن قاسم[٢٤] .

النوع الثالث : أن لايشترط المسلم عمل من استعمله ، ويعين ما يعمل منه .

فهذا النوع أيضا من باب البيع والاجارة في المبيع الا انه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره الى نحو ثلاثة ايام بتعجيل النقد ، وتأخيره .

النوع الرابع : ان يشترط المسلم عمل من استعمله ، ولايعين ما يعمل منه .

فهذا النوع لا يجوز على حال ، لأنه يجتذبه أصلان متناقضان هما : لزوم

(٢٣) المقدمات الممهدات ، ط . دار الغرب الاسلامي (٢/ ٣٢)

(٢٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط . عيسى الحلبي (٣/ ٢١٦) .

النقد لكـون ما يعمل منـه مضمونـا، وامتناعـه لاشتراط عمل المستعمل بعينه[٢٥].

وذكر العـلامة الدسـوقي بعض هذه المسائل، فقال: وصـورته: وجدت نحـاسا يعمل طشتا، او حلة، او تـورا، او غير ذلك فقلت له: كمله لي على صفة كـذا بدينار فيجوز ان شرع في تكميله بـالفعل، او بعد ايام قلائل كخمسـة عشر يوما فأقل، والا منع، لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه، ومحل الجواز أيضا إذا كان عند النحاس نحاس بحيث إذا لم يأت على الصفة المطلـوبة كسره واعاده وكمله مما عنـده من النحاس. . ، وقد جعل مج (أي الشيخ محمد الأمير) وعبق (أي الزرقاني) وشارحنا هذه المسألة تبعا لابن الحاجب والتـوضيح من بـاب اجتماع البيع والاجـارة، وهـو مغـايـر لأسلـوب المصنف، ويصح ان يكون من بـاب السلم بناء «على مـذهب أشهب المجوز في السلم تعيين المصنوع منه والصانع، هنا عين المصنوع منه، وهذه يمنعها ابن القاسم»[٢٦].

وعلق العلامة الدردير على قول خليل في اطلاق لفظ السلم على النوع الثاني فقال: «اطلاق لفظ السلم على هـذا الشراء مجاز، وانما هو بيع معين يشترط فيـه الشروع ولو حكما، فهـو من افـراد قـوله: «وان اشترى المعمـول منـه واستأجـره جـاز ان شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد، وانما يضمنه بائعه ضمان الصناع»[٢٧].

ثم ان المالكية فـرقوا بين مصنـوع يمكن اعادته إلى مـادته الخام ليصنع منهـا آخر، ومصنوع ليس كذلك، يقـول الدردير: «ومعنى كلامه ان ما وجـد صانعا شرع عمل تور مثلا فاشتراه منه جزافا بثمن معلوم على ان يكمله له جاز، فان اشتراه على الوزن لم يضمنه مشتريه الا بالقبض، وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيصنع. . لإمكان إعادة التور إن جاء على خلاف الصفة المشترطة أو المعتـادة بخلاف الثوب إلا أن يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة»[٢٨].

---

(٢٥) المقدمات (٢/ ٣٢).

(٢٦) حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٥) ويراجع: شرح الخرشي، ط. بولاق مصر (٥/ ٢٢٤-٢٢٥).

(٢٧) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٢١٥- ٢١٦).

(٢٨) المصدر السابق نفسه.

وهذا النص يدل على ان الاساس هنا في الجواز وعدمه هو مدى صلاحية كون المادة الخام لأن يصنع منها المطلوب، ولأن تعاد مرة اخرى ليصنع منها المطلوب مرة اخرى، او وجود كمية اضافية ليصنع منها آخر حسب الوصف المطلوب.

ومن هنا فالمصنوعات الحديثة التي تقوم بصنعها المكائن حسب قوالب محددة غير مختلفة فلا أشكال في جوازها.

وكذلك فرق المالكية بين الشراء من دائم العمل اي محترف الصنعة كالخباز وغيره، حيث اجازوا شراء ما يصنع دون تعينه، اي يكون الصانع معينا، دون المصنوع منه واعتبروا بيعا، بينما يعتبر سلما إذا كان الصانع غير محترف او على حسب تعبيرهم (غير دائم العمل) حيث يكون دينا في الذمة كعقد على قنطار خبز يؤخذ من المسلم اليه بعد شهر يحدد قدره وصفته، لكن المالكية جعلوا استصناع السيف والسرج سلما سواء كان الصانع المعقود عليه دائم العمل ام لا، يقول الدردير: «والحاصل ان دائم العمل حقيقة او حكما ان نصب نفسه على ان يؤخذ منه كل يوم مثلا ما نصب نفسه له من وزن اوكيل، او عدد كالخباز، واللبان، والجزار، والبقال يمكن فيه البيع تارة، والسلم أخرى بشروطه، والا - (أي ان لم يكن دائم العمل ولا غالبه بأن كان انقطاعه أكثر، او تساوي عمله مع انقطاعه -) فالسلم بشروطه كالحداد، والنجار، والحباك»[٢٩] والدليل على جواز ذلك عمل أهل المدينة[٣٠].

ثم ان المالكية مختلفون في ان تعيين المصنوع منه هل يفسد السلم؟ فذهب ابن القاسم الى ان تعيين المصنوع منه يفسد السلم كأن يقول: اعمل لي من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الخشب بعينه، لأنه حينئذ لايكون دينا في ذمته وبالتالي لايكون سلما.

وذهب اشهب الى جواز أن يكون المصنوع منه معينا في السلم[٣١]، وذلك لأن تعيين المصنوع منه لايضر بطبيعة السلم في نظره، ولايوجد نص يمنع ذلك.

(٢٩) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٢١٦-٢١٧).

(٣٠) جاء في المدونة: «قال مالك: ولقد حدثني عبدالرحمن بن المجبر عن سالم بن عبدالله قال: كنا نبتاع اللحم كذا رطلا بدينار نأخذ كل يوم كذا وكذا، والثمن إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك دينا بدين، ولم يروا به بأسا» - المدونة (٣/ ٢٩٠). ويراجع مواهب الجليل (٤/ ٥٣٨) وتبيين المسالك، ط. دار الغرب الاسلامي (٣/ ٤٥٥).

(٣١) الشرح الكبير مع الدسوقي (٣/ ٢١٦-٢١٧).

الاستصناع بين الاستقلال والاتباع:

ثار خلاف بين الفقهاء فذهب جماعة منهم الى ان الاستصناع عقد تابع وداخل في احد العقود المشهورة المتفق عليه، وهؤلاء اختلفوا على ضوء ما يأتي:

١- **هل هو سلم؟** هذه المسألة هى مثار خلاف كبير بين الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء (المالكية على تفصيل والشافعية والحنابلة) الى أن الاستصناع داخل في باب السلم، ولذلك يخضع لشروطه وضوابطه من تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة ايام عند المالكية وغير ذلك من شروط السلم.

ومن هنا لم يعترف هؤلاء بالاستصناع كعقد مستقل، وانما ادخلوه في السلم، ولذلك ذكروه في باب السلم، جاء في المدونة: باب السلف في الصناعات: قلت«ما قول مالك في رجل استصنع طشتا، أو تورا أو قمقما، او قلنسوة، أو خفين، أو لبدا، او استنحت سرجا، أو قارورة، او قدحا، او شيئا مما يعمل الناس في اسواقهم من آنيتهم، او امتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع فاستعمل من ذلك شيئا موصوفا، وضرب لذلك أجلا بعيدا، وجعل لرأس المال أجلا بعيدا، أيكون هذا سلفا او تفسده، لأنه ضرب لرأس المال أجلا بعيدا، ام لايكون سلفا، ويكون بيعا من البيوع في قول مالك ويجوز؟

قال: أرى في هذا انه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلا بعيدا، وجعل ذلك مضمونا على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يريه يعمله منه، ولم يشترط ان يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال، او دفع رأس المال بعد يوم او يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلا فهذا السلف جائز، وهولازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفا.

قلت: وان ضرب لرأس المال أجلا بعيدا، والمسألة على حالها فسد وصار دينا في دين في قول مالك؟ قال: نعم.

قلت: وان لم يضرب لرأس المال أجلا، واشترط ان يعمله هو نفسه، او اشترط عمل رجل بعينه؟ قال: لايكون هذا سلفا، لأن هذا رجل سلف في دين مضمون على

هذا الرجل، وشرط عليه عمل نفسه، وقدم نقده فهو لايدري أيسلم هذا الرجل الى ذلك الأجل فيعمله له ام لا، فهذا من الغرر، وهو ان سلم عمله له وان لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا فيكون الذي اسلف اليه قد انتفع بذهبه باطلا.

قلت: لم؟ قال: لأنه لايدري أيسلم ذلك الحديد او الطواهر، أو الخشب الى ذلك الأجل ام لا، ولايكون السلف في شيء بعينه، فلذلك لايجوز في قول مالك»[٣٢].

هذا هو نص المدونة نقلناه بطوله لأهميته حيث يدل بوضوح على ان الاستصناع انما يصح إذا توافرت فيه شروط السلم وضوابطه.

جاء في حاشية الدسوقي تفصيل أكثر وهو: «وصورته: وجدت نحاسا يعمل طشتا، او حلة، او تورا، او غير ذلك، فقلت له: كمله لي على صفة كذا بدينار فيجوز ان شرع في تكميله بالفعل.. »الى آخر النص[٣٣].

والتحقيق أن المالكية جعلوا احدى صور الاستصناع سلما، وبقية صوره الثلاث اما من باب البيع والاجارة - كما في النوع الثاني، والثالث، واما باطل كما في النوع الرابع - كما سبق - كما جعلوا بعض صوره بيعا - كما سيأتي - وقد علق العلامة الدسوقي على النوع الذي قيل: انه من باب البيع والاجارة فقال: «وأنت إذا امعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم نظرا للمعدوم في حال العقد، ولها شبه بالبيع نظرا للموجود، وليست من اجتماع البيع والاجارة، ولكن اقرب ما يتمشى عليه كلام المصنف قول اشهب الذي يجيز تعيين المعمول منه[٣٤] وحينئذ يكون سلما على قول اشهب.

وكذلك الامر عند الشافعية والحنابلة حيث ادخلوا الاستصناع في باب السلم أيضا حيث يقول الشافعي في كتاب السلم: «ولابأس أن يسلفه في طست، او تور من نحاس احمر، أو أبيض.. أو رصاص.. او حديد، ويشترطه بسعة معروفة، ومضروبا، او مفرغا، وبصنعة معروفة ويصفه بالتخانة، او الرقة، ويضرب له أجلا

(٣٢) المدونة الكبرى لامام دار الهجرة الامام مالك، ط. السعادة ١٣٢٣هـ- القاهرة (٩/١٨-١٩).
(٣٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط. عيسى الحلبي (٣/ ٢١٥ - ٢١٦).
(٣٤) المصدر السابق نفسه.

كهو في الثياب واذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة، او الشرط لزمه ولم يكن له رده، وكذلك كل اناء من جنس واحد ضبطت صفته فهو كالطست. . ولايجوز فيه الاذن الا ان يدفع ثمنه، وهذا شراء صفة مضمونة فلا يجوز فيها الا ان يدفع ثمنها، وتكون على ما وصفت» وأجاز الشافعية الاستصناع سواء كان حالا ام مؤجلا لأنه سلم[٣٥].

وقد وضع الامام الشافعي ضابطة في جواز السلم تكمن في ضبط اوصاف المسلم فيه وكون هذه الاوصاف مما يمكن تحقيقها ومعرفتها. ولذلك لم يجز السلم في شيئين مختلطين مثل ان يشترط ان يعمل له طستا من نحاس وحديد وذلك، لأنهما لايخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما[٣٦] وعلى ضوء ذلك إذا أمكن معرفته بدقة - كما يحدث اليوم في المصانع التي تضبط المواصفات، والمقادير - بدقة يكون الحكم الجواز، غير ان لازم المذهب ليس بمذهب.

كذلك يذكر الحنابلة موضوع الاستصناع في باب السلم قال ابن قدامه: «قال القاضي والذي يجمع اخلاطا على اربعة اضرب» ثم ذكر ضمن النوع الاول الثياب المنسوجة من قطن وكتان، ثم ذكر كيفية ضبط الثياب، وضبط النحاس، والرصاص والحديد، والخشب وهكذا[٣٧]. . . وجاء في مطالب اولى النهى في باب السلم: «ويصح - اي السلم - فيما يجمع اخلاطا متميزة كثوب نسج من نوعين كقطن وكتان، أو ابريسم، وقطن، لامكان ضبطها بصفة لايختلف ثمنها معها غالبا»[٣٨].

واما الحنفية فقد فرقوا بين نوعي الاستصناع، حيث جعلوا احدهما سلما، جاء في الدر المختار وحاشيته: والاستصناع بأجل - مثل شهر وما فوقه سلم، فتعتبر شرائطه

---

(٣٥) روضة الطالبين، ط. المكتب الاسلامي (٤/ ٧) جاء فيه: «يصح السلم الحال، كالمؤجل، فان صرح بحلول، أو تأجيل فذاك، وان أطلق فوجهان، وقيل: قولان، أصحهما عند الجمهور: يصح، ويكون حالا».

(٣٦) الأم ط. دار المعرفة بيروت (٣/ ١٣١) ويراجع: الغاية القصوى للبيضاوي، بتحقيق علي القره داغي (١/ ٤٩٦) والمحلي مع حاشيتي النليوبي وعميره، ط. عيسى الحلبي (٢/ ٢٥٤ ٠٠٠) وروضة الطالبين، ط. المكتب الاسلامي (٤/ ٢٧).

(٣٧) المغني لابن قدامة ط. الرياض (٤/ ٣١٠-٣١٦) ويراجع: الفروع (٤/ ٢٤)

(٣٨) مطالب أولى النهى (٣/ ٣١٠)

جرى فيه تعامل كخف وطست، ونحوهما، أم لا كالثياب ونحوها هذا عند أبي حنيفة، اما الصاحبان فقالا: إن ما جرى فيه تعامل استصناع، لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته، وحينئذ يحمل الأجل على التعجيل بخلاف ما لاتعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح، بينما قال الامام ابو حنيفة: ان النوع الاول أيضا سلم، لأنه دين يحتمل السلم، وهو ثابت بالاجماع بينما الاستصناع فيه خلاف فكان الحمل على السلم اولى.

واما إذا كان الاجل اقل من شهر فهو استصناع باتفاقهم مادام فيما جرى فيه عمل وصنعة(٣٩).

٢ - الاستصناع بيع:

ذكر المالكية عدة صور للاستصناع - كما سبق - وجعلوا احداها من باب البيع، وهى ما إذا طلب شخص من النحاس - مثلا - ان يصنع من نحاسه المعين تورا - اي طشتا - قال العلامة الدردير: «انما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكما، فهو من افراد قوله: وان اشترى المعمول منه، واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد»(٤٠).

ولكن العلامة الدسوقي قال: «واعترضه شيخنا بان بينهما فرقا، لأنه هنا وقع العقد على المصنوع، ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري، والآتية دخل في ملكه المعمول منه بالعقد عليه ثم استأجره»(٤١).

وذكر المالكية بعض الصور التي هى فيها صنعة لكنها تدخل في البيع منها: جواز ان يشتري شخص من دائم العمل او غالبه - ككون البائع من اهل حرفة وذلك الشيء لتيسره عنده - وكان الصانع معينا دون المصنوع منه، فأشبه المعقود عليه المعين، وذلك مثل الخبازة والجزار بنقد وبغيره، وكذلك لايشترط فيه تعجيل رأس المال، ولا تأجيل المثمن، لأنه بيع وهو لايشترط فيه واحد من الامرين، وانما يشترط الشروع في

(٣٩) حاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٢١٢).
(٤٠) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٦).
٤١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٦).

الاخذ حقيقة، او حكما بان يؤخر الشروع في الاخذ خلال خمسة عشر يوما، حيث أجازوا التأخير لنصف شهر[٤٢] يقول العلامة الدسوقي معلقا على هذا النوع: «انهم نزلوا دوام العمل منزلة تعين المبيع، وذكر العلامة الدردير مثالين لتطبيق ذلك فقال: «والشراء اما بجملة يأخذها مفرقة على ايام كقنطار بكذا كل يوم رطلين». والمثال الثاني هو ان يعقد معه على ان يشتري منه كل يوم عددا معينا، قال الدردير: وليس لأحدهما الفسخ في الصورة الاولى دون الثانية» حيث البيع فيها جائز غير لازم فلكل واحد منهما في الصورة الثانية حق الفسخ[٤٣].

فالمالكية أيضا أجازوا شراء مصنوع - من نحاس ونحوه - لم يكتمل صنعه جزافا بثمن معلوم على ان يكمله له، بينما منعوا مثل ذلك في ثوب من نسيج الا إذا كان عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة قال الدردير: «إن ما وجد صانعا شرع في عمل تور مثلا فاشتراه منه جزافا بثمن معلوم على ان يكمله له جاز، فان اشتراه على الوزن لم يضمنه مشتريه الا بالقبض وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيمنع. لإمكان اعادة التور ان جاء على خلاف الصفة المشترطة او المعتادة، بخلاف الثوب الا ان يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة»[٤٤] اذن فالسبب وراء الجواز هو قدرة البائع على الوفاء بأداء ماالتزم به حسب المواصفات التي طلبت منه.

وهذا الكلام يفيدنا جدا في عصرنا الحاضر حيث القدرة عل التحكم في المواصفات متحققة.

وذهب بعض الحنفية الى ان الاستصناع بيع ملزم للطرفين، وذهب بعضهم الاخر الى انه بيع ولكنه للمشتري فيه حق الخيار قال الكاساني: «وهو الصحيح»[٤٥]، ثم اختلوا في ان المبيع هل هو العين، ام عمله؟[٤٦].

---

(٤٢) و (٤٣) الشرح الكبير، مع الدسوقي (٣/ ٢١٦) ويراجع شرح الخرشي (٥/ ٢٢٥)

(٤٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٦).

(٤٥) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧).

(٤٦) حاشية ابن عابدين (٤/ ٢١٣).

٣ - الاستصناع بيع واجارة:

ادخل المالكية بعض صور الاستصناع في باب البيع والاجارة حيث ذكر ابن رشد صورتين واعتبرهما من هذا الباب، وهما:

١ - ان يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه، حيث قال: «وهذا ليس بسلم، وانما هو من باب البيع والاجارة في الشيء المبيع، فان كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، او تمكن باعادته للعمل، او عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على ان يشرع في العمل، وعلى ان يؤخر الشروع فيه بشرط مابينه وبين ثلاثة ايام، او نحو ذلك، فان كان على ان يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره، وان كان على ان يتأخر الشروع في العمل الى الثلاثة ايام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل»(٤٧).

٢ - أن لايشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه، قال ابن رشد «فهو أيضا من باب البيع والاجارة في المبيع، الا انه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره الى نحو ثلاثة ايام بتعجيل النقد وتأخيره»(٤٨).

إجارة ابتداء وبيع انتهاء:

وذهب بعض الحنفية الى ان الاستصناع اجارة ابتداء، وبيع انتهاء، جاء في الذخيرة: «هو اجارة ابتداء، وبيع انتهاء لكن قبل التسليم، لا عند التسليم بدليل انهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولايستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع»(٤٩).

وقد شرح صاحب المحيط البرهاني هذه المسألة في كتابه القيم (المخطوط) شرحا رائعا حيث قال: «ثم كيف ينعقد معاقدة؟ نقول: ينعقد اجارة ابتداء، ويصير بيعا انتهاء متى سلم قبل التسليم فباعه، بدليل انهم قالوا: بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع ولايستوفي المصنوع من تركته، ولو انعقد بيعا ابتداء وانتهاء.

(٤٧) و ٢) المقدمات والممهدات (٢/ ٣٢).

(٤٨) فتح القدير، ط. مصطفى الحلبي (٧/ ١١٦).

(٤٩) المحيط البرهاني مخطوطه مكتبة الاوقاف العامة ج-. ورقة ٥٧٥.

لم يبطل بموته كما في بيع العين . . والسلم، وقال محمد: ان أتى به الصانع كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى شيئا لم يره، ولو انعقد اجارة ابتداء وانتهاء لم يكن له خيار الرؤية كما في الخياط والصباغ ولو كان ينعقد بيعا عند التسليم لاقبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لأنه يكون مشتريا ما رآه، وخيار الرؤية لايثبت في المشترى، فعلمنا انه ينعقد اجارة ابتداء، وان كان القياس يأباه لأنه اجارة على عمل في ملك الآخر، ثم يصير بيعا انتهاء قبل التسليم بساعة وان كان القياس يأبى ان تصير الاجارة بيعا لكنا تركنا القياس في الكل، لمكان التعامل، والمعنى في ذلك ان المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا فلابد من اعتبارهما جميعا، واعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذرة لأن بين الاجارة والبيع تنافيا فجوزناها اجارة ابتداء، لأن عدم المعقود عليه لايمنع انعقاد الاجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناها اجارة ابتداء، وجعلناها بيعا قبل التسليم . . كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض، اعتبرناها تبرعا ابتداء عملا باللفظ، وبيعا انتهاء عملا بالمعنى لذلك قلنا: لو مات قبل التسليم يبطل كالاجارة، ومتى سلم كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى مالم يره»[٥٠].

٤ - الاستصناع إجارة محضة؟

ذكر هذا الرأي أو الاحتمال صاحب العناية ورد عليه حيث قال: فان قيل: أي فرق بين هذا وبين الصباغ، فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك إجارة محضة؟ أجيب بان الصبغ أصل، والصبغ آلته، فكان المقصود منه العمل، وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير»[٥١].

٥ - الاستصناع مواعدة: (أي وعد من الطرفين وليس عقدا)

ذهب بعض الحنفية الى ان الاستصناع مواعدة من الطرفين أولا، ثم حينما يكمل الصانع المصنوع ويسلمه الى المصنوع له يصبح بيعا بالتعاطي وعلى ضوء ذلك لايكون

(٥٠) شرح العناية على الهداية مع فتح القدير (٧/ ١١٦).

(٥١) المحيط البرهاني مخطوطة مكتبة الاوقاف العامة ج- . ٢ ورقة ٥٧٥

عقدا ملزما للطرفين الا بعد التسليم والرضاء به، بل يكون لهما الخيار جاء في المحيط البرهاني في رده على كون الاستصناع مواعدة: «اذا جاز استحسانا فانما يجوز معاقدة لا مواعدة بدليل ان محمدا «رحمه الله» ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مواعدة» . . لما احتاج الى ذلك «وان محمدا قال في الكتاب إذا فرغ الصانع من العمل واتى به كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى مالم يره، فقد سماه شراء، وكذلك قال: إذا قبض الأجر فانه يملك ولو كانت مواعدة لامعاقدة لكان لايصير الاجر ملكا له فدل انها تنعقد معاقدة لامواعدة»[٥٢].

٦ - الاستصناع له شبه بالسلم والبيع:

جعل المالكية احدى صور الاستصناع من هذا الباب، وهى ما إذا عين الشخص المصنوع منه والصانع ويطلب منه ان يصنع من نحاسه شيئا معينا موصوفا، قال الدسوقي: «وأنت إذا امعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم نظرا للمعدوم في حال العقد، ولها شبه بالبيع نظرا للموجود، وليست من اجتماع البيع والاجارة»[٥٣].

وهذا الرأي يقرب من القول باستقلالية الاستصناع، حيث انه ليس مثل السلم في كل الوجوه، ولا مثل البيع في كل الوجوه، وحينئذ يكون عقدا خاصا.

٧ - هل هو جعالة؟

الجعالة - كما لايخفى - هى عبارة عن التزام عوض معلوم على عمل معين. او مجهول عسر علمه، وهى عقد على عمل، وهو عقد غير لازم قبل الاتيان بالشيء المطلوب[٥٤] مثل ان يقول: من رد بعيري فله كذا.

وجاء في الموسعة الفقهية: «الجعالة تتفق مع الاستصناع في انهما عقدان شرط فيها العمل، ويفترقان في ان الجعالة عامة في الصناعات وغيرها، الا ان الاستصناع خاص في الصناعات، كما ان الجعالة العمل قد يكون معلوما، وقد يكون مجهولا في حين ان الاستصناع لابد ان يكون معلوما»[٥٥].

(٥٢) الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢١٦).

(٥٣) البجيرمي على شرح الخطيب (٣/ ٢٣٨) والكتب الفقهية في باب الجعالة، والموسوعة الفقهية (٣/ ٣٢٦).

(٥٤) الموسوعة الفقهية (٣/ ٣٢٦).

(٥٥) المصادر الحنفية السابقة كلها.

وكذلك يفترقان في المحل المعقود عليه، حيث هو في الاستصناع عين وعمل، وفي الجعالة له عمل محض فقط.

٨ - الاستقلال:

الاستصناع عقد مستقل له أركانه وشروطه واحكامه وآثاره الخاصة، وهذا رأي الحنفية - من حيث المبدأ - عدا زفر(٥٦).

المناقشة والترجيح:

يمكن ان نناقش الاقوال السابقة بما يأتي:

أولا: ان الذين قالوا: انه بيع، اعترف أكثرهم بنوع من التغاير بينه وبين الاستصناع، فمثلا قالوا: ان الاستصناع يخالف البيع في اشتراط العمل في الاستصناع دون البيع، وفي اثبات خيار الرؤية عند بعضهم في الاول(٥٧).

ثم ان الاستصناع لو كان بيعا لما بطل بموت احد العاقدين عند الحنفية، كما ان الاستصناع بيع للمعدوم وهو لايجوز كما يقولون(٥٨).

نعم ان هؤلاء حاولوا الاجابة عن هذه الاعتراضات، ولكن اجاباتهم أيضا تحمل في طياتها الاعتراف بوجود شبه للاستصناع بغيره، فمثلا قالوا في سبب بطلانه بموت أحد العاقدين: ان له شبها بالاجارة(٥٩).

ثم ان اكثر الحنفية القدماء لم يجعلوا لعقد الاستصناع اللزوم، بل اعتبروه من العقود الجائزة (غير الملزمة للطرفين قبل العمل وبعده) وحينئذ كيف يكون بيعا؟نعم لو توافرت فيه شروط السلم اصبح حينئذ عقدا لازما لانه سلم(٦٠) وقال ابن الهمام: «ولابيعا لأنه بيع معدوم» على غير شروط السلم، غير انه اجيز استحسانا(٦١).

---

(٥٦) و (٥٧) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧) والمبسوط (١٥/ ٨٤) وابن عابدين (٤/ ٢١٢-٢١٣) وفتح القدير (٧/ ١١٦-١١٧) ويراجع: كاسب عبدالكريم: عقد الاستصناع، ط. دار الدعوة بالاسكندرية ص (١٢٨-١٣٠).

(٥٨) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧) والمبسوط (١٥/ ٨٤) وابن عابدين (٤/ ٢١٢-٢١٣) وفتح القدير (٧/ ١١٦-١١٧) ويراجع: كاسب عبدالكريم: عقد الاستصناع، ط. دار الدعوة بالاسكندرية ص (١٢٨- ١٣٠).

(٥٩) ابن عابدن (٤/ ٢١٣) والمصادر السابقة.

(٦٠) فتح القديم (٧/ ١١٥).

(٦١) بحث الاجارة في الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ٢٥٢) وبحث الاستصناع (٢/ ٢٢٦)، يراجع د. كاسب عبدالكريم، المرجع ص (١٣١-١٣٢).

ثانيا: الذين جعلوا الاستصناع إجارة يرد عليهم بوجود فرق كبير بينهما، فالاستصناع وارد على العين والعمل، بينما الاجارة وارد على العمل فقط، وحتى في الاستئجار على الصبغ ان محله الصبغ (اي عمل الصباغ) والصبغ مادته وآلته، فكان المقصود فيه هو العمل فلم يخرج عن اطار الاجارة التي ترد على العمل في عين يملكها المستأجر، اما الاستصناع فالأصل المقصود فيه هو العين المستصنعة المملوكة للصانع. فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع قريبا من البيع،[٦٢] ولكنه ليس بيعا - كما سبق - وانما له شبه به، وبالاجارة في وجود العمل، قال ابن الهمام: «اذ لايمكن - اي الاستصناع - اجارة، لأنه استئجار على العمل في ملك الاجير، وذلك لايجوز، كما لو قال: احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا او اصبغ ثوبك احمر بكذا لايصح»[٦٣].

وقد فرق السرخي بين الاستئجار للصناعة، وبين الاستصناع فقال: الاستئجار للصناعة هو: بيع عمل، العين فيه تبع، ثم ضرب مثلا فقال: «اذا اسلم حديدا الى حداد ليصنعه اناء مسمى بأجر مسمى.. فانه جائز، ولاخيار فيه إذا كان مثل ما سمى، لأن إثبات الخيار للفسخ ليعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لايتأتى هنا، فانه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه، فاما في الاستصناع: المقصود عليه العين. وفسخ العقد فيه ممكن فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه، ولان الحداد هناك يلتزم العمل بالعقد في ذمته، ولايثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه[٦٤].

ثالثا: ان الذين قالوا: انه مواعدة - وهم قلة - رد عليهم عامة فقهاء الحنفية فقالوا: ان الاستصناع يختلف عن المواعدة في كثير من الامور منها ان محمدا (صاحب ابي حنيفة) ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لايكون في اثبات العدات. ومنها: انه اثبت فيه خيار الرؤية وهذا أيضا يختص بالبياعات. ومنها انه يجري فيه التقاضي، وانما يتقاضى في الواجب، لا الموعود، ومنها ان الاستصناع خاص بما تجري فيه الصنعة،

---

(٦٢) فتح القدير (٧/ ١١٤-١١٥).

(٦٣) المبسوط (١٥/ ٨٤ - ٨٥).

(٦٤) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف ج- . ٢ ورقة ٥٧٥

والمواعدة تجوز في كل شيء وقد ذكرنا رد المحيط البرهاني على هذا القول[٦٥].

رابعا: ان الذين أدخلوا الاستصناع في السلم (وحينئذ تشترط فيه شروطه) فهؤلاء في الواقع لايعترفون به أبدا، وانما الاعتراف بالسلم وانواعه، وحينئذ يرد عليهم بالادلة الدالة على مشروعية الاستصناع من السنة والاستحسان. اضافة الى فروق جوهرية بينهما، فالمعقود عليه في السلم هو الشيء المبيع في الذمة. اما في الاستصناع فهو العين والعمل كما سبق.

خامسا: ان القائلين بان الاستصناع بيع اختلفوا في محل العقد بشكل يدل بوضوح على الاضطراب عدم وضوح فكرة البيع فيه، يقول الكاساني: «ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع، قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

وجه القول الأول: ان الصانع لو احضر عينا كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز، لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي. والصحيح هو القول الاخير، لان الاستصناع: «طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لايكون استصناعا، فكان مأخذ الاسم دليلا عليه، ولان العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما، وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الاسامي دليل على اختلاف المعاني في الاصل. واماذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الاول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما[٦٦].

كل هذه الاختلافات تدل بوضوح على ان عقد الاستصناع له شبه ببعض العقود، ولكنه ليس هو ذلك العقد، وانما هو عقد مستقل، كما سنوضح ذلك آنفا.

الترجيح:

وقبل ان نقوم بعملية الترجيح أرى من الضروري تحرير محل النزاع واجراء نوع من التفصيل وتنقيح المناط.

---

(٦٥) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧).

(٦٦) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٧).

وذلك لأن كثيرا من المسائل المختلفة قد حشرت تحت لواء «الاستصناع» بحيث نرى ان كل مسألة في باب البيع، أو الاجارة، او السلم فيها صنعة او استصناع لغوي ادخلت في باب الاستصناع ولذلك نرى من الضروري حصر الاستصناع في مفهومه الخاص بحيث لايكون فيه خلط او التباس بغيره. كذلك ينبغي ابعاد المسائل - التي هي مندرجة اساسا تحت عقد خاص - عن الاستصناع، ولذلك، إذا صيغ عقد الاستصناع على اساس مواصفات السلم وتوافرت فيه شروطه، فانه حينئذ سلم، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، ولذلك لو قال وهبتك هذا الثوب بعشرة دنانير كان بيعا. وهكذا الامر هنا فلو طلب شخص من آخر ان يصنع - بضم الياء - له مصنوع موصوف في الذمة، ولم يحدد الشخص ولا الشيء المصنوع منه بعينه، فهذا سلم يجب فيه دفع الثمن في المجلس عند الجمهود او خلال ثلاثة أيام عند المالكية وحتى لو سمى استصناعا فهو من الناحية اللغوية، وحينما يكون سلما يكون ملزما للطرفين، ويشترط فيه شروط السلم.

وكذلك الأمر حينما يكون المصنوع جاهزا فيأتي به الصانع فيبيعه، أو يكون غائبا فيقع عليه العقد وحينئذ يكون بيعا للغائب الذي لم يره فيكون له حق خيار الرؤية، واذا كان قد باعه على الصفة فيكون له الخيار إذا تخلف المصنوع عن الصفات التي ذكرها.

وكذلك الحكم فيما لو صيغ العقد على اساس الاجارة بأن يأتي شخص بكمية من الحديد، ويستأجر الصانع ان يصنع له منه سيفا او نحو ذلك، فهذا إجارة ويصبح الصانع اجيرا مشتركا، ويشترط فيه شروط الاجارة، ويصبح ملزما للطرفين. وكذلك الامر حينما يصاغ على صورة الجعالة او نحوها،

ولذلك يقول الكاساني: «وأما إذا اتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الاول بل بعقد آخر، وهو التعاقد بتراضيهما[٦٧]، ويقول ايضا: فان سلم الى حداد حديدا ليعمل له اناء معلوما بأجر معلوم اوجلدا الى

(٦٧) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨١).

خفاف ليعمل لـه خفا معلومـا بأجر معلوم فـذلك جائز، ولاخيار فيـه لأن هذا ليس باستصنـاع بل هو استئجار فكان جـائزا، فان عمل كما امر استحق الاجـر، وان فسَدَ فله ان يضمنه حـديدا مثله، لأنه لما افسده فكأنـه اخذ حديدا لـه واتخذ منه آنية من غير اذنه. والاناء للصانع لأن المضمونات تملك بالضمان»[٦٨].

واذا كـان الامر كـذلك فـلاينبغي الخلط، وانما يجب الحكم على هذه المسـائل التي ذكرت مع الاستصناع على ضوء العقود التي تندرج فيها تلك.

وبعـد هذا التحـريـر والتفصيل نقـول: «ان الاستصناع (الـذي هـو عقد خـاص مستقل) هـو ما إذا طلب المستصنع من الصـانع صنع شيء معين موصـوف في الذمـة خلال فترة محددة قصيرة أم طـويلة، وسواء كـان المستصنع عين المصنوع منه بـذاته أم لا، وسواء كان المصنع منه موجودا اثناء العقد ام لا.

وبعبارة موجزة ان محل عقد الاستصناع هو العمل والعين من الصانع.

فهذا العقد بهذه الصـورة ليس بيعا ولا اجارة، ولاسلما ولاغيرهـا، وانما هو عقد مستقل له شروطه الخاصـة به، وخصائصه وآثاره الخاصة به ولاينبغـي صهره في بوتقة عقد آخر، يقول الامـام السرخي: «اعلم ان البيوع اربعة: بيع عين بثمن.. وبيع دين في الذمـة بثمن وهو السلـم.. وبيع عمل.. العين فيه تبع وهـو الاستئجار للصنـاعة ونحوها.. فالمعقود عليـه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل.. والعين هو الصبغ بيع فيه.. وبيع عين شرط فيـه العمل.. وهو الاستصناع فـالمستصنع فيه مبيع عين»[٦٩] فهذا النص واضح جدا في الدلالة على ان الاستصناع مثل السلم والاجارة، فكما انهما مستقلان، فكذلك الاستصناع وان كـان لفظ البيع (بعمومه اللفظي) يشمل الجميع.

وعلى ضـوء ذلك فالاستصنـاع عقـد مستقبل خـاص، محله العمل والعين معـا، وبذلك يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الاجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي محله هو الذمة، أو العين الموصوفة في الذمة، اضافة الى ملاحظة كل هذه الفروق

(٦٨) المبسوط (١٥/ ٨٤ - ٨٥)

(٦٩) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الاوقاف ج- . ٢ ورقة ٥٧٥

التي ذكرناها عند مناقشتنا للأقوال السابقة. جاء في المحيط البرهاني: «ان المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا فلابد من اعتبارهما جميعا»(٧٠).

هل يجوز احداث عقد جديد؟

هذه المسألة تسمى بمدى الحرية التعاقدية في الفقه الاسلامي، وقد اختلف فيها الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء - كما حققناه في رسالتنا(٧١) - الى ان الأصل في انشاء العقود الاباحة، وان الناس احرار في انشاء عقود جديدة مالم تكن مخالفة لنصوص الشرع الشريف، بينما ذهب الظاهرية الى ان الاصل في انشاء العقود الحظر مالم يرد دليل بجوازه.

وقد دافع شيخ الاسلام ابن تيمية بشدة عن مذهب القائلين بالاباحة(٧٢)

وقد استدل الجمهور بالكتاب والسنة، والمعقول.

اما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(٧٣).

وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾(٧٣) وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، يقول ابن تيمية: «فقد أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك امر بالوفاء بعهد الله، وبالعهد وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدۡ كَانُواْ عَٰهَدُواْ ٱللَّهَ مِن قَبۡلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلۡأَدۡبَٰرَۚ وَكَانَ عَهۡدُ ٱللَّهِ مَسۡـُٔولٗا﴾(٧٤)، فدل على ان عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه وان لم يكن الله قد امر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع... وقال سبحانه ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ﴾(٧٥) قال

(٧٠) يراجع: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة. ط. دار البشائر الاسلامية ٢١/١١٤٨- ١١٦٤) ومصادره المعتمدة لكل المذاهب.

(٧١) القواعد النورانية، ط. السنة المحمدية (١٩٥ ص (١٨٤) ومجموع فتاوي شيخ الاسلام ابن تيمية، ط. دار العربية (٢٩/١٢٦).

(٧٢) سورة المائدة الآية: ١

(٧٣) سورة الاسراء الآية: ٣٤

(٧٤) سورة الاحزاب: الآية ١٥

(٧٥) سورة النساء: الآية ١

المفسرون - كالضحاك وغيره - تساءلون به : تتعاهدون وتتعاقدون، وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الاخر ما أوجبه العقد من فعل، أو ترك، أو مال، أو نفع، أو نحو ذلك، وجمع سبحانه في هذه الاية، وسائر السورة احكام الاسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها العهد . . »[٧٦] .

وكذلك تدل مجموعة كبيرة من الاحاديث الشريفة على وجوب الوفاء بالعقود والوعود والعهود . وان مخالفة الوعد من علامات النفاق، اضافة الى احاديث خاصة في الموضوع نفسه منها قول النبي - ﷺ - : «الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا، او احل حراما، والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا، او احل حراما» رواه الترمذي، وقال «حسن صحيح» ورواه البخاري تعليقا بصيغة الجزم لكنه بدون الاستثناء ورواه كذلك الحاكم وابو داود عن ابي هريرة بلفظ «المسلمون عند شروطهم» اي بدون الاستثناء[٧٧] .

وآثار الصحابة تشهد على ذلك، بل يقول ابن تيميه : ان الوفاء بها أي بالالتزامات التي التزم بها الانسان - من الواجبات التي اتفقت عليه الملل، بل العقلاء جميعهم»[٧٨] .

ثم إن أساس العقود هو التراضي، وموجبها هو ما اوجبه العاقدان على انفسهما وقد استدل الظاهرية بأدلة لاتنهض حجة على دعواهم[٧٩] واذا ثبت رجحان قول الجمهور فيكون من المشروع احداث اي عقد جديد وان لم يكن موجودا في عصر الرسول- ﷺ - وعصر الصحابة والفقهاء مادام لايخالفه نصا من كتاب الله وسنة رسوله - ﷺ - .

وعلى ضوء ذلك فعقد الاستصناع - كعقد مستقل - له الأدلة العامة في اعتباره ومشروعيته ناهيك عن الأدلة الخاصة على مشروعيته، ثم ان عقد الاستصناع يتضمن

---

(٧٦) مجموع الفتاوي (٢٩/ ١٢٨-١٢٩)

(٧٧) الحديث في : سنن الترمذي - مع شرح تحفة الأحوذي، كتاب الاحكام (٤/ ٤٨٤) وصحيح البخاري مع الفتح - كتاب الاجارة (٢/ ٤٥١) وسنن أبي داود - مع عون المعبود - (٩/ ٥١٦) والحاكم في مستدركه (٢/ ٤٩) .

(٧٨) مجموع الفتاوي (٢٩/ ١٥٤) والقواعد النورانية ص (٥٢)

(٧٩) يراجع لمزيد من أدلة الجمهور والظاهرية مع المناقشة والترجيح، مبدأ الرضا في العقود (٢/ ١١٤٨- ١١٦٤) .

العقد على العمل، والعين في الذمة، وكل واحد منهما صالح لأن يكون معقودا عليه، وكذلك الامر لو وقع العقد على مجموعها. أما الأدلة الخاصة على مشروعية الاستصناع:

فمنها الحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره بسندهم عن ابن عمر «رضي الله عنهما» ان رسول الله- ﷺ - اصطنع خاتما من ذهب[٨٠] كما استدل الحنفية بالاجماع العملي من لدن رسول الله- ﷺ - دون نكير وتعامل الناس بهذا العقد. وحاجة الناس اليه[٨١].

والخلاصة:

إن عقد الاستصناع - بهذا المعنى الخاص - عقد مستقل له كيانه الخاص. وشروطه الخاصة واثاره الخاصة.

و الاستصناع باعتباره عقدا لابد من توافر اركانه، وهى العاقدان والمعقود عليه - أي الثمن والمستصنع - والايجاب والقبول اي ما يدل على الرضا من قول، أوفعل. او اشارة او كتابة[٨٢] وكذلك له شروطه العامة مما ذكره الفقهاء من شروط العقد، من اهلية التعاقد، وعدم وجود عيوب الرضا، وعدم الفصل الكثير بين الايجاب والقبول، وان يكون المحل حلالا، ونحو ذلك.

* * *

شروط الاستصناع الخاصة به:

للاستصناع شروط خاصة به وهى:

١- ان يذكر في العقد أوصاف الشيء المراد صنعه عل شكل يؤدي الى بيانه وتكوين العلم به، يقول الكاساني: «واما شرائط جوازه فمنها بيان جنس المصنوع ونوعه، وقدره، وصفته، لانه لايصير معلوما بدونه»[٨٣].

---

(٨٠) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الايمان - (١١/ ٥٢٧) واحمد (٣/ ١٠١) وقد نبذه الرسول - ﷺ - بعد فترة وحلف ان لا يلبسه مرة أخرى

(٨١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٨).

(٨٢) يراجع في تفصيل وسائل التعبير عن الارادة: مبدأ الرضا في العقود (٢/ ٨٢٢) ومابعدها.

(٨٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٨).

٢ - وان يكون الاستصناع في الاشياء التي جرى العرف بالتعامل بها، وقد ذكر فقهاء الحنفية عدة امثلة لذلك فقالوا: مثل استصناع الحديد والرصاص والنحاس، والزجاج، والخفاف، والنعال ونحو ذلك(٨٤).

غير انه من الجدير بالتنويه به ان هذه الامثلة كانت شافعة عندهم ولم يريدوا من خلالها حصره فيها، بل ارادوا التمثيل بها فقط، ولذلك قد تختلف صناعات عصر عن عصر آخر كثرة وقلة وشيوعا وندرة، ولذلك نرى مجلة الاحكام العدلية ذكرت امثلة مثل البندقية والسفن الحربية والتجارية لم تكن موجودة في العصور السابقة(٨٥) ويمكن ان تضاف في عصرنا الحاصر كل الصناعات الخفيفة والثقيلة والمتوسطة والبرية والبحرية والجوية، والفضائية كالأقمار الصناعية ونحوها.

٣ - ان يحدد فيه الزمن سواء أكان قصيرا ام طويلا، وذلك لأن العقود الواردة على العمل لابد ان يذكر معها الاجل.

غير ان الحنفية اختلفوا في هذه المسألة فاشترط أبو حنيفة أن لا يكون في عقد الاستصناع اجل قال الكاساني: «فان ضرب للاستصناع أجلا صار سلما حتى تعتبر فيه شرائط السلم، وهوقبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم وهذا قول ابي حنيفة(٨٦) لكن فقهاء الحنفية اختلفوا في الاجل هنا فقال بعضهم هوشهر وما فوق، وقيل ادناه ثلاثة، وقيل نصف يوم فأكثر(٨٧).

وذهب ابو سيف ومحمد الى ان هذا ليس بشرط بل هو استصناع على حال سواء ضرب له أجل ام لا.

وقد استدل أبو حنيفة بانه إذا ضرب فيه أجل فقد اتى بمعنى السلم إذ هو على مبيع في الذمة مؤجلا والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ، الا ترى ان البيع

---

(٨٤) المصدر السابق نفسه، وفتح القديم (٧/ ١١٤ - ١١٥) وابن عابدين (٤/ ٢١٣).
(٨٥) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢٨٩)
(٨٦) بدائع الصنائع: (٦/ ٢٦٧٨)
(٨٧) المصدر السابق (٧/ ٢١٧٥)

ينعقد بلفظ التمليك، وكذا الاجارة. . ولهذا صار سلما فيما لايحتمل الاستصناع، كذا هذا ولأن التأجيل يختص بالـديون. لأنه لو وضع لتأخير المطالبـة، وتأخير المطالبة انما يكون في عقـد فيه مطـالبة. وليس ذلك الا السلم اذ لا دين في الاستصنـاع الا ترى ان لكل واحـد منهما خيـار الامتنـاع عن العمل قبل العمل بـالاتفـاق. ثم إذا صـار سلما يراعي فيه شروط السلم فان وجدت صح والا فلا(٨٨).

واستدل للصاحبين بان العادة جارية بضرب الاجل في الاستصناع، وانما يقصد به تعجيل العمل، لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعا، او يقال: قد يقصد بضرب الاجل تأخير المطـالبـة، وقـد يقصـد بـه تعجيل العمل فـلا يخرج العقـد عن مـوضـوعه مـع الشك والاحتمال بخلاف مـا لايحتمل الاستصنـاع، لأن مـا لايحتمل الاستصناع لايقصـد بضرب الأجل فيه تعجيل العمـل فتعين ان يكون لتأخير المطـالبة بالدين وذلك بالسلم(٨٩).

والذي يظهر رجحـانه قول الصاحبين، بل اننا نـرى ضرورة وجود المدة في العقد وذلك لان عقد الاستصنـاع عقد قـائم على العمل والعين المؤجلين عادة. وكل مـاهو شأنه لابـد فيه من تحديد المدة حتى لايـؤدي الى النزاع والخصام وذلك لان الصـانع قد يتأخر في التنفيذ والمستصنع يـريد التعجيل، فاذا لم يكن في العقد تحديـد للمدة ادى بلا شك الى نزاع، وعلماؤنا اتفقوا على منع كل مايـؤدي في العقود الى النزاع ولذلك منعوا الجهالة الفـاحشة في المعاوضات، لانها تؤدي الى النزاع، فكـذلك الامر في تعويم المدة حيث يؤدي الى نزاع شديد اذن لابـد ان يمنع، ويوجب التحديد، ثم إذا حددت المدة يجب الالتـزام بها بـان يكمل المصنوع قبل انتهـائهـا، امـا إذا انتهت دون اكمال الشيء المستصنع فـان للمستصنع - بـالكسر - حق الفسخ(٩٠)، كما هـو الحال في شأن كل العقود التي يحدد فيها الوقت.

---

(٨٨) و(٨٩) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٩) وقد نصت المادة (٣٨٩) من المجلـة على ان كل شيء تعومل استصناعه يصح فيـه الاستصناع على الاطلاق، واما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلما، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم واذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضا.

(٩٠) الاستاذ الجليل مصطفى الزرقاء: عقد البيع ص ١٢٣

آثار عقد الاستصناع:

يترب على هذا العقد عدة اثار منها :

١ - ثبوت الملك للمستصنع في الشيء وثبوت الملك في الثمن المتفق عليه .

ويثبت ذلك في نظرنا بمجرد العقد لأن الله تعالى امرنا بالوفاء به ﴿ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ وهذا يعني ان الاثر قد ثبت بالالتزام . ولذلك يجب الوفاء به (وسيأتي لذلك مزيد من التفصيل عند اللزوم) .

وعند الحنفية يكون ثبوت ذلك ثبوتا غير لازم، قال الكاساني :

وأما حكم الاستصناع فهو ثبات الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاغير لازم(٩١) .

٢ - عدم اللزوم بصفة عامة، والذي نراه هو اللزوم بمجرد العقد (وسيأتي مزيد من التفصيل آنفا) .

٣ - ان يقوم الصانع (او مصنعه) بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة .

هذا هو مقتضى عقد الاستصناع (بمعناه الخاص المستقل كما سبق) ولذلك ليس من حقه ان يذهب الى السوق ويشتري له شيئا مصنوعا حتى وان كان موافقا لما طلب منه لان عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين . ولكن إذا ارادا غير ذلك فيمكن ان يصاغ العقد على صورة السلم بان يتم الاتفاق على ان يأتي الصانع بعين موصوفة بصفات كذا خلال اجل محدد وحينئذ يشترط فيه شروط السلم - كما سبق -(٩٢) .

٤ - خيار الوصف للمستصنع، بحيث إذا اكمل الصانع الشيء المراد صنعه وسلمه للمستضع يكون له الخيار إذا كان غير مطابق للمواصفات، والا فهو ملزم بأخذه ودفع الثمن المتفق عليه .

٥ - عدم بطلان الاستصناع بموت احد الطرفين مادام التنفيذ ممكنا بل الورثة يحلون محلهما الا اذانص في العقد خلاف ذلك .

---

(٩١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٧٩)

(٩٢) جاء في البدائع (٦/ ٢٦٨٠) : «انه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز» .

وذلك لان الحنفية قاسوا الاستصناع في بطلانه بموت الصانع على الاجارة وهذا القياس يمكن الرد عليه بعدة وجوه:

أولا : ان بطلان الاجارة بموت المستأجر مسألة ليست متفقا عليها بل هى خلافية حيث ذهب مالك والشافعي، واحمد، واسحاق وابو ثور وابن المنذر الى ان الاجارة لاتبطل بموت العاقدين ولا بموت احدهما[٩٣] فعلى ضوء ذلك فالجمهور على خلاف ما ذهب اليه الحنفية، (ونحن هنا ليسنا بصدد مناقشة هذين الرأين، ولكن رأي الجمهور له ادلته التي تنهض حجة عليه) ومن هنا فما المانع من القول بعدم بطلان الاستصناع بموت العاقدين او احدهما ولاسيما في وقتنا الحاضر الذي أصبحت للمصانع شخصية معنوية اعتبارية دائمة مستمرة ببقاء الشركة والمصنع وان الاشخاص بذواتهم ليس لهم اثر في شخصية الشركة ـ كما هو معروف.

ثانيا : ان هذا القياس مع الفارق، وذلك لان المعقود عليه في الاجارة هو العمل فقط بينما المعقود عليه في الاستصناع هو العين والعمل معا ـ كما سبق ـ وحتى الحنفية اثبتوا احكاما للاستصناع لاتوجد للاجارة مثل خيار الرؤية وعدم اللزوم ونحوهما.

٦ - ان حق المستصنع لايتعلق بشيء معين، وانما المطلوب من الصانع هو الإتيان بالشيء المستصنع في زمنه المحدد له، ولذلك لو قام الصانع بصنعه قبل الاجل المحدد وباعه لآخر لايضر ما دام قادرا على الإتيان بمثله في الزمن المحدد في العقد وذلك لأن عقد الاستصناع يقتضي أداء الشيء المستصنع في الزمن المحدد له، ولايقتضي تحدد المصنوع بعينه وذاته، فذمة الصانع مشغولة بصنع الشيء المطلوب منه صنعه بمواصفاته في الوقت الذي اتفق عليه الطرفان، وبعبارة أخرى أن ما في الذمة لايتعين حتى بالتعيين ولذلك حتى لو نوى بصنعه ان هذا الشيء يصنع لفلان لاتمنعه هذه النية من بيعه لآخر مادام قادرا على صنع مثله وتسليمه للمستصنع في الوقت المحدد له.

---

(٩٣) يراجع القوانين الفقهية لابن جزي، ط. دار الكتاب العربي، بيروت ص (٢٧٦)، وروضة الطالبين للنووي، ط. المكتب الاسلامي (٥/ ٢٤٥) والمغني لابن قدامه (٥/ ٤٦٧-٤٦٨).

عقد الاستصناع بين اللزوم والجواز:

ولاشك ان الحنفية (وهم الذين اجازوا عقد الاستصناع بمعناه الخاص) لهم تفصيل في لزوم هذا العقد حسب مراحله:

المرحلة الاولى: بعد صدور الايجاب والقبول من الطرفين، وقبل بدء العمل، فالعقد فيها غير لازم باتفاق الحنفية، - إلا في رواية سنذكرها - يقول الكاساني«واما صفة الاستصناع فهى انه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتابعين. . لان القياس يقتضي ان لايجوز لما قلنا، وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس فبقى اللزوم على أصل القياس»(٩٤).

المرحلة الثانية: هى بعد اجراء العقد، وبعد الفراغ من العمل لكن قبل ان يراه المستصنع، ففي هذه الحالة أيضا غير لازم «حتى كان للصانع ان يبيعه ممن يشاء كذا ذكر في الاصل لان العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة» قال الكاساني: «لما ذكرنا انه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز، ولو باعه الصانع، واراد المستصنع ان ينقص البيع ليس له ذلك، ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم، كذا قال ابويوسف»(٩٥).

المرحلة الثالثة: هى ما إذا أكمل الصانع الشيء الذي طلب صنعه، وأحضره امام المستصنع او وكيله، وحينئذ اما ان يكون المصنوع مطابقا للمواصفات التي طلبت في العقد ام لا.

فان لم يكن مطابقا للمواصفات المطلوبة فان العقد لم ينفذ بعد، حيث يحق له المطالبة بالتنفيذ عل ضوء شروط العقد، واما إذا كان فيه عيب يضربالقيمة في عرف التجار، فان المستصنع بالخيار(٩٦) وقد نصت المادة (٣٩٢) من مجلة الاحكام العدلية على انه: «اذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة. . كان المستصنع مخيرا».

---

(٩٤) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨٠).

(٩٥) المصدر السابق نفسه.

(٩٦) يراجع في تفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود ص ٨٠١ وما بعدها.

والذي نرى رجحانه هو الفرق بين اتمام المصنوع ووجود عيب فيه حيث يكون له الخيار، وبين عدم إتمامه على صورته المطلوبة ابدا حيث يطالب بتنفيذه او بعبارة الفقهاء: فوات الجنس، وفوات الوصف حيث يؤدي فوات الجنس الى بطلان العقد او فساده بينما يؤدي فوات الوصف الى حق الخيار(٩٧).

وان كان مطابقا للشروط والمواصفات المطلوبة في العقد فقد سقط خيار الصانع، وللمستصنع الخيار، هذا على ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد.

وروي عن ابي حنيفة ان لكل واحد منهما الخيار.

وروي عن ابي يوسف انه لاخيار لهما(٩٨).

وقد ذكر الكاساني ادلة على كل رأي فقال في وجه استدلال الرأي الاول القائل: «بسقوط حق الصانع في الخيار بعد اكمال المصنوع وعرضه على المستصنع: بان الصانع بائع مالم يره بلا خيار له، ثم ذكر السبب في عدم سقوط حق المستصنع في الخيار: بان المستصنع مشتري ما لم يره فكان له الخيار، قال الكاساني: «وانما كان كذلك لان المعقود عليه وان كان معدوما حقيقة فقد ألحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد، لان الخيار كان ثابتا لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه فبقى خيار صاحبه على حالة كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين إذا اسقط احدهما خياره انه يبقى خيار الاخر كذا هذا»(٩٩).

واستدل للرأي الثاني بان في تخيير واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب(١٠٠).

واستدل للرأي الأخير بأن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع حق الامتناع من اخذه لكان فيه إضرار بالصانع بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع: «لا أريد، لأننا لاندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه أضرارا بصاحبه فثبت الخيار،

---

(٩٧) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨٠).

(٩٨) المصدر السابق نفسه.

(٩٩) المصدر السابق نفسه.

(١٠٠) المصدر السابق نفسه.

وأما الدليل على أن الصانع ليس له الخيار فهو الدليل الذي ذكرناه للرأي الأول[١٠١].

تصوير المحيط البرهاني للمذهب الحنفي:

هذا الذي ذكرناه هومابينه الكاساني في تصوير المذهب الحنفي حيث ذكر ان الخلاف في اللزوم وعدمه انما هو في المرحلة الثالثة عندما يكتمل المصنوع ويعرض على المستصنع.

لكن المحيط البرهاني صور المسألة عند الحنفية على ان الخلاف وارد أيضا في اصل العقد نفسه من حيث اللزوم والجواز او بعبارة اخرى ذكر لنا ان بعض الحنفيةيرون لزوم العقد بمجرد الانعقاد، وحينئذ يجبر الصانع على العمل، والمستصنع على اخذه إذا كان موافقا للشروط والمواصفات ولننقل نص عبارته حيث قال: «قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة» ثم ذكر الروايات الى ان قال: . . . ثم رجع ابو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول، وجه ما روي عن ابي يوسف انه يجبر كل واحد منهما اما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر على العمل، واما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع. لأنه عسى لايشتريه غيره اصلا، او لايشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعا للضرر عن الصانع»[١٠٢].

وهذا الذي ذكره ابويوسف وفصَّله المحيط البرهاني هو الموافق لمتقضى العقود والقواعد العامة في هذه الشريعة من نفي الضرر والضرار ورعاية مصالح العاقدين، ووجوب الوفاء بالعقود والعهود.

ولذلك اخذت مجلة الاحكام العدلية بهذه الرواية عن ابي يوسف ونصت في مادتها ٣٩٢ على انه: إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، واذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا.

(١٠١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٨٠).

(١٠٢) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف ج-. ٢ ورقة ٥٧٥ - ٥٧٦.

ويبدو ان المجلة اخذت لزوم العقد من هذا الكتاب وغيره من كتب الحنفية التي صورت الخلاف بهذا الشكل الاخير، وذكرت رأي ابي يوسف الاخير الذي رجع إليه.

ولا أعتقد ان ما قام به ابن عابدين من تفصيل وتحرير للخلاف يدفع الخلاف الذي ذكره المحيط البرهاني. وغيره، حيث وصل ابن عابدين الى انه لا خلاف في المذهب الحنفي في عدم لزوم عقد الاستصناع وأنه لاجبر فيه الا إذا كان مؤجلا بشهر فأكثر فيصير سلما، وهو عقد لازم يجبر عليه ولا خيار فيه، وبه علم ان قول المصنف: (فيجبر الصانع على عمله...) انما هو فيما إذا صار سلما» ثم قال: فظهر ان قول الدرر تبعا لخزانة المفتي ان الصانع يجبر على عمله، والآمر لايرجع عنه سهو ظاهر»[١٠٣].

وهذا التحرير الذي قام به ابن عابدين اجتهاد منه في فهم نصوص علماء المذهب الحنفي، وحينئذ يمكن اعتباره طريقة من الطرق - حسب اصطلاح الفقه المذهبي - ولكن لايمكن اعتباره حسما في المسألة، وقضاء على الخلاف الذي ذكره المحيط البرهاني والمبسوط، والدر المختار، وخزانة المفتى، والدرر، وغيرها من الكتب المعتمدة التي صرحت بان ابا يوسف في روايته الاخيرة قال بلزوم العقد، ولذلك اخذت بها المجلة وهى عادة لاتعدل عن ظاهر الرواية الا نادرا، ولحجج قوية، كما أن علماء المجلة من محققي المذهب الحنفي. وهم اطلعوا علي ما قاله ابن عابدين، ومع ذلك لم يولوا له عنايتهم، بل اخذوا بلزوم العقد اخذا برواية ابي يوسف.

وقد قال صاحب الهداية (وهو من كبار محققي الحنفية:) «وعن ابي يوسف انه لاخيار لهما.. اما الصانع فلما ذكرنا واماالمستصنع فلان في اثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه ربما لايشتريه غيره بمثله..» وقال صاحب العناية: «والصحيح انه بيع لا عدة.. وهو مذهب عامة مشايخنا» ثم نقل أيضا هو الاخر رواية ابي يوسف في انه لاخيار لهما، ولو كانت هذ الرواية غير ثابتة، او ان المرغيناني فهمها على غير حقيقتها لعلق عليها»[١٠٤].

---

(١٠٣) الهداية - مع شرح فتح القدير - ط. مصطفى الحلبي (٨/ ١١٦).

(١٠٤) شرح العناية بهامش فتح القدير (٧/ ١١٦).

الترجيح:

والذي يظهر لنا رجحانه هو القول بان عقد الاستصناع عقد لازم - كما هو رواية عن ابي يوسف - لان النصوص الشرعية دالة بوضوح على وجوب الوفاء بالعقود والعهود والالتزامات مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١٠٥] وقوله تعالى ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾[١٠٦] وكذلك تدل احاديث كثيرة على ذلك منها قول النبي (صلى عليه وسلم): «المسلمون عند شروطهم»[١٠٧] بل ان النصوص الشرعية تدل بوضوح على حرمة مخالفة الوعد ناهيك عن العقد، ولا نسلم التوسع في دائرة الفصل بين القضاء والديانة ولاسيما في نطاق الامور المالية التي يترتب على مخالفتها اضرار بالغير، وذلك لان المفروض من القضاء في الاسلام ان يحمي اوامر الشريعة ونواهيها بقدر ما يمكن ان يتحكم فيه القضاء تاركا الامور القصدية والباطنية لله تعالى بناء على القاعدة الفقهية القاضية بان علينا الظواهر والله يتولى السرائر[١٠٨].

وقد ذكر الامام البخاري بعض أقضية السلف في وجوب الوفاء بالوعود والشروط فقال: قال ابن عوف عن ابن سيرين قال الرَّجلُ لكريه: «ادخل ركابك، فان لم ارحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه، وقال ايوب عن ابن سيرين: ان رجلا باع طعاما، قال: ان لم آتك الاربعاء فليس بيني وبينك بيع. فلم يجيء، فقال شريح للمشتري: انت اخلفت فقضى عليه»[١٠٩] وذكر الحافظ ابن حجر ان هذين الاثرين وصلهما سعيد بن منصور، ثم قال: وحاصله ان شريحا في المسألتين قضى على المشترط بما اشترطه على نفسه بغير إكراه..»[١١٠].

وهذه الآثار تدل أيضا على مشروعية ما يسمى في وقتنا الحاضر بالشرط الجزائي سواء كان في الاستصناع اوفي غيره، والذي يهمنا هنا في الاستصناع.

---

(١٠٥) سورة المائدة الآية ١.

(١٠٦) سورة الاسراء الآية: ٣٤

(١٠٧) رواه البخاري في صحيحه - مع الفتح - كتاب الاجارة (٤/ ٤٥١).

(١٠٨) وقد أقمنا الأدلة على ذلك بالتفصيل في رسالتنا الدكتوراه: مبدأ الرضا في العقود. ط. دار البشائر (٢/ ١٠٣١ - ١٠٣٧).

(١٠٩) و(١١٠) صحيح البخاري - مع فتح الباري، كتاب الشروط ط، السلفية (٥/ ٣٥٤). ويراجع أعلام الموقعين، ط. شقرون (٣/ ٢).

ومن جانب آخر ان القول بعدم لزوم الاستصناع يؤدى الى أضرار كبيرة للطرفين بل إنه في الواقع إذا لم يكن عقدا لازما لايمكن الافادة منه لأنه بامكان اي واحد التخلص من اثار العقد بل قد يؤدي الى أضرار كبيرة بالطرفين فقد يقدم الصانع على صنع الشيء الذي طلب منه وحينما يفرغ منه على ضوء المواصفات التي طلب منه المستصنع، يأتي الاخير ويقول له: لا أُريده. . وحينئذ ماذا يفعل به فقد لايقبل آخر بالشيء المستصنع على ضوء مواصفاته الحالية، وهذا توريط كبير منه للصانع، فيتضرر به ضررا كبيرا. وقد يتضرر به المستصنع حيث ينتظر فترة شهر - او اكثر على الاقل - ليكمل له الصانع الشيء المطلوب صنعة، فلو كان بالخيار، وباع الصانع المصنوع ماذا يفعل المستصنع؟ فهذه الاضرار لا اعتقد ان الشريعة تقبلها، وهى - كما يقول ابن القيم - مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل الى الجور، ومن الرحمة الى ضدها، وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث. . فليست من الشريعة وان ادخلت فيها بالتأويل»[١١١].

ومع ان الوعود ليست ملزمة قضاء في نظر جمهور العلماء الا ان جماعة منهم المالكية جعلوا الوعد ملزما إذا ترتب عليه اضرار بسببه، قال سحنون: «الذي يلزم من الوعد قوله: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبنى به أو أخرج إلى الحج وانا اسلفك، او اشتر سلعة، او تزوج امرأة وانا اسلفك لأنك ادخلته بوعدك في ذلك، وقال: اصبغ: يقضي عليك به تزوج الموعود ام لا. .»[١١٢] هذا في الوعد فما ظنك في عقد يتوافر فيه الاركان والشروط ويترتب على الاخلال به اضرار كثيرة فردية - كما ذكرنا - وجماعية: من خلال انه لو لم يكن الاستصناع ملزما لما استفاد منه العاقدان على الرغم من اهمية هذا العقد في التنمية والتصنيع.

ومن جانب اخر ان عقد الاستصناع له شبه بمجموعة من العقود وكلها عقود ملزمة، وهى السلم والبيع والاجارة، كما ان المعقود عليه في الاستصناع هو العمل

---

(١١١) اعلام الموقعين، ط. شقرون (٣/ ٣).

(١١٢) الفروق للقرافي (٤/ ٢٤ - ٢٥) ط. دار المعرفة بيروت.

والعين الموصوفة في الذمة وكل واحد منهما لو اصبح وحده محلا للعقد كان عقدا لازما فكذلك العقد الوارد عليهما معا، فالعقد الذي محله العمل هو الاجارة، وهو ملزم، وكذلك العقد الوارد على العين الموصوفة - وهو السلم - ملزم، فيكون من الطبيعي المركب من اللزوم ملزما.

الشرط الجزائي في عقد الاستصناع:

لاأريد الخوض في هذا الموضوع بصورة مفصلة، ولكن الذي اريد ان اذكره هنا هو ان الشرط الجزائي مقبول من حيث المبدأ، ولكن لايترتب عليه من الضمان والتعويض الا بقدر احداث الضرر فمثلا لو خالف احد العاقدين شروط العقد في المضاربة، او الاستصناع وترتب على ذلك احداث ضرر فان هذا الضرر لايلحق العاقد الآخر، وانما يكون على المتسبب في الضرر، وكذلك لو اشترط احد العاقدين فرض غرامة مالية على الاخر في عقد الاستصناع ان تأخر الصانع في اكمال المال المستصنع في وقته، او تأخر المستصنع في دفع المال اليه وترتب على التأخير ضرر فان للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره[١١٣]، وقد ذكرنا فيما سبق مستندا لمبدأ الشرط الجزائي، يقول الاستاذ الجليل الزرقاء: «في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع اوروبا، وتطورت اساليب التجارة الداخلية، والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة.. واتسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق التوصية على المصنوعات مع المعامل والمصانع الاجنبية.. وقد ضاعف احتياج الناس الى ان يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه.. ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الاجنبي: «الشرط الجزائي»[١١٤].

فعلى ضوء ذلك لامانع من اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، وحينئذ يلزم به الطرفان، ويكون التعويض عند الاخلال به بقدر الضرر واثاره، ويرجع في ذلك الى أهل الخبرة. او الى القاضي عند النزاع.

---

(١١٣) يراجع في تفصيل ذلك: عبدالمحسن الرويشد: الشرط الجزائي في العقود. رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة، عام ١٤٠٤ هـ، وكاسب عبدالكريم: المرجع السابق ص (٢١٢).

(١١٤) المدخل الفقهي العام فقرة ٢٨٦.

الظروف القاهرة:

اذا طرأت بعد انعقاد عقد الاستصناع ظروف قاهرة تحول دون تنفيذه فانه على القول بلزومه تكون مقبولة، مثل حدوث حرب منعت الصانع من استيراد المادة الخام التي لاتوجد في البلاد - مثلا - ومثل ان يشب حريق في المصنع فأتى على كل ما فيه، فمثل هذه الطواريء - سواء كانت مكتسبة من الغير او سماوية - تعطي العذر للصانع، وتجعل المستصنع بالخيار بين الانتظار. او فسخ العقد[١١٥] وذلك لأن هذه الشريعة تقوم تكاليفها التشريعية على القدرة والاستطاعة (لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا)[١١٦]. وانه «لا ضرر ولا ضرار»[١١٧].

أهمية عقد الاستصناع في عصرنا الحاضر، وتطبيقاته المعاصرة:

إن لعقد الاستصناع أهمية بالغة من عدة جوانب:

الجانب الاول: أنه عقد فيه تيسير كبير على المسلمين وذلك لأنه لايشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثمن، فهو تغطية كاملة لجانبين مهمين هما: عقد السلم الذي لايشترط فيه وجود المسلم فيه، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور، أو في ثلاثة ايام عند المالكية، وعقد بيع الاجل الذي لايشترط فيه تسليم الثمن، ولكن لابد من وجود المثمن (المبيع) وتسليمه الى المشترى، فأباح الاسلام عقد الاستصناع الذي هو في واقعه وارد على الذمة من حيث العين والعمل - كما سبق.

وبذلك اكتملت جميع الجوانب الثلاثة، وغطيت الحاجة الأساسية للمجتمع المسلم الذي يحتاج كثيرا الى هذه العقود الثلاثة.

الجانب الثاني: ان عقد الاستصناع له دور بارز في تطوير المصانع وتنمية المجتمع وتطويره، وكان له دور في المجتمعات السابقة، ودوره اليوم اكثر نظرا لحاجة المصانع الى الاموال، والى التشغيل، فكثير من المصانع ليس لها من السيولة ما يكفي لتطويرها

---

(١١٥) يراجع: د. العطار: نظرية الالتزام ص ٢٦٢، وكاسب عبدالكريم: المرجع السابق ص ٢١١. ومصادرها.

(١١٦) سورة البقرة الآية: ٢٨٥.

(١١٧) وهو حديث ثابت رواه أحمد في مسنده (١/ ٢١٣/ ٢٢٧) ومالك في الموطأ ص (٦٦٤) وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام (٢/ ٧٨٤).

كما انها قد تخاف من صنع مواد لايشتريها الناس، وحينئذ تكسد بضائعها ومصنوعاتها، فتخسر، وقد يؤدي ذلك الى غلقها وافلاسها، ولكن مادام يباح لها من التعاقد على المصنوعات. تضمن لنفسها قبل البدء مشترين وزبائن فتقدم على التصنيع وهى مطمئنة من عدم الخسارة، بل من تحقيق الربح، وهكذا، وبذلك تنمو المصانع وتكثر المصنوعات بل وقد ترخص نتيجة لذلك وللتنافس.

وأما تطبيقاته المعاصرة فهى كثيرة حيث يمكن تطبيقه على كل ما دخلت فيه الصناعة، فهى تشمل جميع الصناعات التي يقوم بصنعها المصانع، او الصناع، من الطائرات والصواريخ الى صنع الاحذية والاثواب ونحوها، وهى تشمل أيضا بناء العقارات وتصنيع المباني الجاهزة وغيرها، إذا توافرت الشروط السابقة بل ان المصنوعات اسهل في تطبيق الاستصناع عليها نظرا الى ان المصانع اليوم آلية لا تختلف مصنوعاتها بعضها عن بعض، فهى قادرة على الضبط الدقيق، والمثلية الكاملة بدقة متناهية بينما كانت الصناعات في السابق كلها يدوية قد توجد الصعوبة في التحكم في المثلية.

كذلك يمكن تطبيق عقد الاستصناع للتمويل في جميع المشاريع الصناعية وهذا هو مجال واسع للبنوك الاسلامية بان تقوم بتمويل هذه المشاريع الصناعية على أساس عقد الاستصناع، وكذلك مشاريع البناء ونحوها مما فيه صناعة إضافة إلى عقد الاستصناع الموازي.

الخلاصة:

يتلخص هـذا البحث في ان عقـد الاستصنـاع عقـد مستقل محلـه العمل، والعين الموصوفة في الذمـة، ولذلك له شروطه الخاصة وخصائصـه وآثاره، وان من أهم اثاره التي رجحنـاها هى: ثبـوت الملك للمستصنع في الشيء المستصنع، وثبـوت الملك في الثمن المتفق عليه للصانع، ولزوم قيـام الصانع بعمله في العين حسب الاتفاق، ولزوم دفع الثمن من قبل المستصنع معجلا أو مؤجلا ومقسطا وثبوت خيار الوصف، وعدم بطـلان الاستصناع بمـوت احدهما - حسـب ترجيحنـا - وان حق المستصنع لايتعلق بشيء معين، وانما المطلـوب من الصـانـع ان يصنع لـه المطلـوب حسب المواصفـات والشروط.

وقد انتهى البحث كـذلك الى لزوم عقد الاستصناع للطرفين وعـدم جواز الفسخ الا في حالات الظروف الطارئة، او بموافقة الطرفين.

وقـد استعرض البحث المراحل الثـلاث لعقـد الاستصناع كما استعـرض المذهب الحنفي على ضوء ما ذكره الكاساني، وعلى ضوء ما ذكره المحيط البرهاني، وكذلك ما ذكره ابن عابـدين فوجد ان حكم ابن عابـدين على حصر طرق المذهب الحنفي في عدم اللزوم اجتهاد خـاص به لايلزم غيره من العلماء الاعـلام امثال المرغيناني والسرخسي، والبرهاني وغيرهم.

ووصل البحث الى ان الصانع إذا اكمل المصنوع على المواصفات المطلـوبة فانه يلزم المستصنع ان يأخـذه ويـدفع ثمنه المتفق عليـه، واما إذا كان فيـه خلل، او عيب فـان المستصنع بـالخيار. كما تنـاول البحث مـوضـوع الحرية التعـاقـديـة، ومدى الالتـزام بالوعود وموضوع الشرط الجزائي. والظروف القاهرة.

وختامـا هذا جهد متواضع، وعمل اردنـا به وجه اللـه تعالى فان كنت موفقـا فيه فذلك بفضل اللـه تعالى، والا فـالتقصيريعود الي، لكن الله هـو الغفور الـرحيم وهو الهادي الى الصراط المستقيم.

والله اسأل ان يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمنا من الخطأ في القول والعمل.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلي آله وصحبه وسلم

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

قرار مجمع الفقه في دورته السابعة حول الاستصناع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام

على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه

قرار رقم ٧/٣/٦٦
بشأن
عقد الاستصناع

ان مجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢ هـ- الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة الى المجمع بخصوص موضوع:

(عقد الاستصناع)

واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.. ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات. ونظرا لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة. وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الاسلامي.

قرر:

١ - ان عقد الاستصناع - هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

٢ - يشترط في عقد الاستصناع مايلي:

أ - بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب - ان يحدد فيه الاجل.

٣ - يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه الى اقساط معلومة لآجال محددة.

٤ - يجوز ان يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقد ان مالم تكن هناك ظروف قاهرة[1].

والله أعلم

---

(١) وهذه القرارات كما نرى قد تبناها هذا البحث ودافع الباحث عنها أثناء عرضها على المجمع الموقر، وذلك الفضل من عند الله

نموذج من عقد الاستصناع المعمول به في

بنك قطر الدولي الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

عقد استصناع

في يوم   الموافق /   /   قد تحرر هذا العقد

١ - بنك قطر الدولي الاسلامي (ش م ق) ومركزه الرئيسي بشارع الكهرباء بالدوحة - قطر ويمثله في التوقيع على هذا العقد السيد/ ... ... «طرف أول».

٢ - السيد/

وعنوانه ... ...«طرف ثان».

أقر الطرفان بصفتهما وأهليتهما الكاملة للتعاقد واتفقا على ما يلي :

تمهيد

تقدم الطرف الثاني الى الطرف الاول بطلب يعلن فيه عن رغبته في ان يقوم الاخير بتنفيذ مشروع : ... ... لحسابه على قطعة الارض التي يملكها على مساحة . . . . متر مربع بموجب سند الملكية رقم ... ... كما قدم الطرف الثاني الى الطرف الاول رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات والشروط العامة والخاصة للمشروع والتي تم اعدادها من قبل المكتب الهندسي . . . .

وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني وتحرر بين الطرفين هذا العقد وفقا للبنود 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 جزءا لايتجزأ من هذا العقد.

البند الثاني

اتفق الطرفان على ان يقوم الطرف الاول بكافة الاعمال اللازمة لانشاء المشروع وتسليمه صالحا للاستعمال وان يلتزم بتنفيذ جميع الاعمال وفقا للتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المقدمة من الطرف الثاني ووفق للشروط العامة وكذلك الشروط الخاصة المبنية في هذا العقد

البند الثالث

قيمة هذاالعقد مبلغ ... ... ريال ويلتزم الطرف الثاني بدفعه للطرف الاول على () قسطا شهريا قيمة كل قسط ... ... ريال يستحق القسط الاول بعد . . . . . من تاريخ هذا العقد. ويخضع سريان هذا العقد لاجراء الرهن من الدرجة الاولى لصالح الطرف الأول (البنك) على العقار رقم ... والذي يمثل ارض المشروع وما عليها من مشتملات ومباني.

البند الرابع

يلتزم الطرف الاول بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لتشييد المشروع خلال مدة أقصاها . . . . . شهرا تبدأ من تاريخ تسليم الموقع ويتعهد بتسليم المشروع صالحا للاستعمال في نهاية المدة المحددة.

البند الخامس

قام الطرف الثاني بتعين المكتب الاستشاري . . . . . ليكون وكيلا عنه في الاشراف على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة وتسلم المشروع بعد اتمام التنفيذ بالكامل ووافق الطرف الاول على ذلك المكتب. ويقوم هذا الوكيل بالاشراف على جميع أعمال المشروع ومراحل التنفيذ المختلفة والتأكد من ان الاعمال المنجزة نفذت

طبقا للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها، وان يقوم كذلك باعداد شهادات الانجاز وان توقيعه عليها كوكيل عن الطرف الثاني بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسلم الاعمال المنجزة وقبوله لها واقرار منه بانها نفذت وفقا للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها.

البند السادس

يعتبر المشروع مستلما من قبل الطرف الثاني بمجرد اصدار شهادة اتمام البناء الابتدائية من قبل المكتب الاستشاري المعتمد حيث تعتبر شهادة اتمام البناء الابتدائية الصادرة عن المكتب الاستشاري بمثابة تسلم ابتدائي من وكيل الطرف الثاني.

البند السابع

يحق للطرف الأول التعاقد مع احدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني. كما يحق للطرف الاول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول الى اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل. استبدالها والتعاقد مع شركة او شركات اخرى لاكمال تنفيذ المشروع.

البند الثامن

يقبل الطرف الثاني قبولا غير قابل للنقض او الالغاء ضمان تنفيذ جميع الاعمال بالمشروع من الطرف الاول او من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الاول بتنفيذ المشروع وتقبل تقديم هذاالضمان وحيث ان. . . . . قد ضمنت المشروع للطرف الاول او لأي طرف آخر يقبل هذا الضمان فان الطرف الاول يجعل هذا الضمان لصالح الطرف الثاني وبناء على هذا فان الطرف الثاني يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الاول في اية مطالبة او ادعاء قد ينشأ مستقبلا بعد تسليم المشروع نتيجة سوء تنفيذ شركة المقاولات او لأي سبب آخر. ويلتزم الطرف الثاني بناء على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات في اية مطالبة أو ادعاء.

البند التاسع

في حالة تأخر الطرف الاول او من يتعاقد معه عن اتمام تنفيذ المشروع في الموعد المحدد فانه يتحمل جميع الاضرار التي تنتج عن هذا التأخير مالم يكن هناك أسباب قهرية لم يتسبب فيها الطرف الاول وتكون خارجة عن ارادته .

البند العاشر

في حالة وجود اية اعمال اضافية او تعديلات يقترح الطرف الثاني او المكتب الاستشاري اوكلاهما معا ضرورة ادخالها مما قد يؤثر على شروط وقيمة هذا العقد ، فان على الطرف الثاني مراجعة الطرف الاول والاتفاق على تعديل العقد او اخذ موافقته على التعديل المقترح قبل تنفيذ اية اعمال خلاف الاعمال المتعمدة سواء كان ذلك بالزيادة او النقصان . كما ان عليه تزويد الطرف الاول بموافقة المكتب الاستشاري على التعديلات المطلوبة وتعديل المخططات والتصاميم والمواصفات تبعا لذلك .

البند الحادي عشر

في حالة توقع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفة طرف ثاني ، يكون جميع الموقعين مسئولين وضامنين متضامنين ، منفردين او مجتمعين تجاه الطرف الاول عن تسديد المبالغ المطلوبة بموجب هذا العقد .

البند الثاني عشر

مالم ينص على خلاف ذلك في العقد نفسه فان الاحكام والشروط الواردة في الشروط العامة للتعاقد والصادرة من وزارة الاشغال العامة بدولة قطر تسود على احكام اي مستند آخر يمثل جزء من العقد .

البند الثالث عشر

أ - يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الاسلامية .

ب - أي خلاف ناشيء عن تطبيق أحكام هذا العقد و/ أو متعلق به، يعرض على لجنة تحكيم تشكل من ثلاثة اعضاء ويكون حكمهم سواء صدر بالاجماع ام بالاغلبية، ملزمـا للطرفين وغير قـابل للطعن فيه بأي طـريق من طـرق الطعن الجائز قانـونا وتمثل اللجنة على الوجه التالي:

١ - حكم يختاره الفريق الاول

٢ - حكم يختاره الفريق الثاني

٣ - حكم يختاره المحكمان الأولان

وفي حالة عدم توافر الاغلبيـة. يحل الخلاف موضوع التحكيم الى المحاكم القطرية وتكون هى المختصـة دون سواها، بـالفصل في أية طلبات و/ أو قضـايا تنشأ بمقتضى التحكيم و/ أو ناشئة و/ أو متعلقةبه و/ أو بهذا العقد.

البند الرابع عشر

تسرى أحكام القانون القطري، والقوانين والانظمة المرعية على هذا العقد فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الطرفين وبما لايتعارض مع احكام الشريعة الاسلامية.

البند الخامس عشر

حرر هذا العقـد من نسختين اصليتين موقعتين من قبل الطرفين بارادة حـرة خالية من العيـوب الشرعية والقـانونيـة بتاريخ / / ١٩٩م ويسقط الطـرف الثاني حقـه في الادعـاء بكذب الاقـرار و/ أو اي دفع شكلي و/ أو موضـوعي، ضد مـا جاء في هـذا العقد.

الطرف الأول ... ...

الطرف الثاني ... ...