عقد الاستصناع
وصورته المعاصرة

دراسة فقهية تحليلية

أطروحة دكتوراه

إعداد
د. كمال الدين جمعة بكرو

تقديم

أ. د. أحمد الحجي الكردي أ. د. عبد الفتاح محمد طافر كتبارة

طبع من وقف
سعد بن محمد المبيض رحمه الله

يهدى ولا يباع

عنوان الكتاب : عقد الاستصناع وصوره المعاصرة (دراسة فقهية تحليلية).

اسم المؤلف : د. كمال الدين جمعة بكرو.

تقديم: أ. د. أحمد الحجي الكردي - أ. د. عبد الفتاح محمد ظافر كبارة.

نوع المطبوع : كتاب - الطبعة : الأولى - عدد الصفحات : ٣٩٧

تجليد : فني - القياس : ١٧ × ٢٤ - عدد النسخ : ٥٠٠

ردمك: ٣ - ٨٤١ - ١ - ٩٩٩٦٦ - ٩٧٨ ISBN

حقوق الطبع محفوظة

إلا لمن أراد طبعه باسم مؤلفه، وتوزيعه مجانًا
بدون حذفٍ أو إضافةٍ أو تغييرٍ، فله ذلك، وجزاه الله خيرًا !.
ويندرج حكم هذا التصريح على مؤلفاتي السابقة.

المؤلف

الطَّبْعَةُ الأولَى

١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م

للتواصل مع المؤلف

+ 965 97684306

Bakro74@Gmail.com

عَقْدُ الِاسْتِصْنَاعِ

وَصُوَرُهُ الْمُعَاصِرَةُ

دراسة فقهيّة تحليلية

(أطروحة دكتوراه)

إعداد

د. كمال الدين جمعة بكرو

تقديم

ا.د. أحمد الحجي الكردي ا.د. عبد الفتاح محمد ظافر كبّارة

طبع من وقف

سعد بن محمد المُنِيفي

رحمه الله تعالى

يُهدى ولا يُباع

هذه الأُطروحة

مُنح الباحث بها درجة (الدكتوراه) في الدراسات الإسلامية (الفقه الإسلامي) من كلية الإمام الأوزاعي للدراسات الإسلامية ـ لبنان ـ بيروت، بتقدير (ممتاز)، وذلك يوم الأربعاء: ٨/٧/١٤٣٨هـ ـ ٥/٤/٢٠١٧م.

وتشكَّلت لجنة المناقشة من أصحاب الفضيلة:

١ ـ أ.د. نايف معروف رئيسًا ومناقشًا.

٢ ـ أ.د. عبد الفتاح كبّارة مشرفًا.

٣ ـ أ.د. علي دحروج عضوًا.

٤ ـ د. وفيق حجازي عضوًا.

٥ ـ د. هلال درويش عضوًا.

تقديم

ا. د. عبد الفتاح محمد ظافر كبّارة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، امتن على عباده بنعمة الإيمان والهداية، وزاد في إنعامه عليهم بنعمة العلم، ووصف العلماء بأنهم هم أحق الناس بخشية الله تعالى.

والصلاة والسلام على سيدنا محمد خيرة الله تعالى من خلقه، أزكاهم نفسًا، وأكرمهم خلقًا وعلى آله وصحبه ومن سار على هديه ونهجه.

أما بعد: فبين يديّ العلماء والسادة القرّاء أطروحة علمية بكل ما تحمله من المعاني العلمية الأكاديمية المعتبرة، لما حفلت به في مختلف أبوابها وفصولها ومباحثها من عمق البحث وجدّيته في موضوع يحسب الكثيرون أن موضوعه قد انقضى البحث به، تسليمًا به، أو إنكارًا له.

فأتى باحثنا الكريم بهذا الكتاب الذي نال به درجة الدكتوراه بتقدير «امتياز» من جامعة الإمام الأوزاعي ـ كلية الدراسات الإسلامية في بيروت المحروسة، حيث قام إخوة أفاضل أماثل بمناقشة شملت الكثير من

الجوانب التي اشتملت عليها الأطروحة، سواء في اللغة العربية، أو المنهج المعتمد، أو التنويه بضرورة معالجة مسائل معاصرة تولى بيان بعضها باحثنا بهذا الكتاب الذي بين أيديكم، هذا فضلًا عن المناقشة الفقهية العميقة التي قام بها الإخوة المتخصصون.

وإنني لأفتخر حقًا بمؤلف الكتاب وبما قدّمه في دراسته، وبما ازدان به من موضوعية في العرض والمناقشة والتحليل لما قدمه، وأتى برأي توفيقي اطمأن إليه اجتهادًا، وله نصيب المجتهد إصابةً أو خطأً.

وسيرى القارئ الكريم في هذه الدراسة جهد الباحث الكريم وعمق المعالجة لكل ما عرض إليه.

والله تعالى أسأل أن يمن على المؤلف بما يستحق من كرمه وإحسانه.

والله تعالى من وراء القصد، وعليه هدي السبيل.

طرابلس ـ لبنان ١١ شوال ١٤٣٨هـ. الموافق ٢٠١٧/٧/٥م.

وكتبه طالب العلم وخادمه
المشرف على الأطروحة

أ. د. عبد الفتاح محمد ظافر كبّارة

تقديم
ا. د. أحمد الحجي الكردي

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم، على سيدنا ومولانا وحبيب قلوبنا سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين، والتابعين، ومن تبع هداهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.

وبعد:

فقد اطَّلعتُ على بحث علمي مميز للدكتور كمال الدين جمعة بكرو بعنوان «**عقد الاستصناع وصوره المعاصرة**» ـ دراسة فقهية مقارنة، وكان قد قدَّمه المؤلف لجامعة الإمام الأوزاعي في بيروت، وحصل بموجبه على درجة الدكتوراه منها بإشراف الأستاذ الدكتور عبد الفتاح محمد ظافر كبارة، فسرَّني كثيرًا تناسق البحث، وصحة نصوصه عربيًّا، ودِقَّة طبعه إملائيًّا، واستيعابه لكافة أقوال الفقهاء المعتمدين، مستندًا في كل قولٍ من أقوالهم إلى نصوص من كتبهم المعتمدة، وهو في الحقيقة بحثٌ جديد، لأن هذا الموضوع لم يكن لدى السلف الصالح معروفًا، ولذلك لا نطمع أن نجد فيه نصوصًا لدى علماء السلف، إلا قواعد عامة يمكن أن يُبنى عليها بحث جديد، وقد أحسن المؤلف في كل ما كتبه في هذا البحث، وبارك الله

تعالى له في جهوده العلمية الطيبة، ووفقه في مستقبل الأيام لمتابعة الدراسة والبحث والكتابة، نفع الله تعالى به وبعلمه، وجزاه خيرًا على ما قدَّم، والله تعالى أجلُّ وأعلم.

الكويت ـ ١ شوال ١٤٣٨هـ ـ الموافق ٢٥/٦/٢٠١٧م

ا.د. أحمد الحجي الكردي

ـ خبير الموسوعة الفقهية الكويتية
ـ عضو هيئة الفتوى في دولة الكويت

شكر ودعاء

اللهم! لك الحمد على واسع فضلك وإحسانك؛ فلولاك ما جاد الجَنان بما خطَّه البَنان، ولا بانَ فوق اللسان بيان.

اللهم! صلِّ وسلِّم على سيدنا محمد إمام الأنبياء، ومورِّث العلماء، وعلى آله وصحبه الفقهاء الكُمَاة.

اللهم! اجعل عملي صالحًا، واجعله لك خالصًا.

اللهم! اجْزِ عني خير الجزاء كل من قدَّم إلي معروفًا أو إرشادًا، وآزر أطروحتي حتى استوت على ساقها، وأخص منهم بالذكر:

❊ **ا.د. عبد الفتاح محمد ظافر كبَّارة**، المشرف على أطروحتي هذه.

وأخص بالذكر أيضًا اللجنة المناقشة متمثلةً بالأساتذة:

❊ **ا.د. وفيق حجازي.**

❊ **ا.د. نايف معروف.**

❊ **ا.د. علي دحروج.**

❊ **د. هلال درويش.**

وإنني بانتظار ملحوظاتهم الكريمة، والتي سأعمل على الأخذ بها بكل تقدير!.

كما أخص بالذكر كلًّا من الأساتذة:

* **الحاج توفيق الحوري** رئيس مجلس الأُمَناء، الذي لم يدَّخر جهدًا في إعمار الكلية الإعمار الراسخ والمسدَّد بعون الله تعالى.

* **بدر الدين نوَّار**، أمين سر الكلية، وجهده في خدمة الكلية ظاهرٌ معروف.

* **ا.د. كامل موسى** ﷾ الذي قطع علي عهدًا بعد مناقشتي للماجستير أن أتابع في الكلية دراسة «الدكتوراه»، وكان إذ ذاك عميدها؛ وشاء الله أن يحقق له رغبته بعد غياب طويل!.

* **ا.د وهبة الزحيلي** ﷺ الذي ما رآني يومًا إلا وذكَّرني بضرورة متابعة التحصيل، حتى كان اللقاء الأخير الذي وعدته فيه بالمتابعة، فكان له ما أراد، واللهَ أسأل أن يُعظِم له الثواب!.

ولا أنسى من دعائي وشكري زوجتي الكريمة، التي لم تدَّخِر جهدًا في سبيل إطلالة هذا المولود الجديد!.

والحمد لله رب العالمين

المقدمة

اللهم! لك الحمد مِلْءَ السموات والأرض، وملءَ ما بينهما، وملءَ ما شئتَ من شيءٍ بعد، سبحانك لا أحصي ثناءً عليك، أنت كما أثنيت على نفسك.

اللهم! صلِّ على سيدنا محمد، عبدك ورسولك، النبيِّ الأميِّ، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه، وسلِّم تسليمًا كثيرًا.

سبحانك لا علم لي إلا ما علمتني إنك أنت العليم الحكيم؛ علِّمني ما ينفعني، وانفعني بما علمتني، وزدني علمًا وعملاً وفقهًا في الدين؛ يا ذا الجلال والإكرام!.

وبعد، فالدين الإسلامي مبنيٌّ على قواعدَ ربانيةٍ راسخةٍ ومتوازنةٍ، روعيت فيها مصالح الدنيا والآخرة، بلا تعارضٍ ولا تصادمٍ؛ قال الله تعالى: ﴿وَٱلسَّمَآءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ ٱلْمِيزَانَ ۝٧ أَلَّا تَطْغَوْا۟ فِى ٱلْمِيزَانِ ۝٨﴾ [سورة الرحمن]. وقال تعالى: ﴿وَٱبْتَغِ فِيمَآ ءَاتَىٰكَ ٱللَّهُ ٱلدَّارَ ٱلْـَٔاخِرَةَ ۖ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنْيَا﴾ [القصص: ٧٧].

فبالمال تصلح دنيا الناس وآخرتهم؛ يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ

مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ أَنفُسَهُمۡ وَأَمۡوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلۡجَنَّةَ﴾ [التوبة: ١١١]. ويقول رسول الله ﷺ: «نِعْمَ الْمَالُ الصَّالِحُ مَعَ الرَّجُلِ الصَّالِحِ»(١).

والمال الصالح ما كان حلالاً، وصلاح الرجل ليس في تقواه فحسب؛ بل في صلاحه لحسن إدارة ماله، واستثماره على الوجه المشروع؛ ولهذا منع الإسلام من تسليم المال لمن لا يُحسن إدارته؛ فقد قال الله ـ ﷻ ـ: ﴿وَلَا تُؤۡتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمۡوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥].

وفي الإسلام نظامٌ اقتصاديٌّ فريدٌ متَّزِن، يسير المسلم على هديه طامحًا وزاهدًا في آنٍ واحدٍ، وقد تقدم قول الله تعالى: ﴿وَٱبۡتَغِ فِيمَآ ءَاتَىٰكَ ٱللَّهُ ٱلدَّارَ ٱلۡأٓخِرَةَۖ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنۡيَاۖ﴾ [القصص: ٧٧]. قال رجل لسفيانَ بنِ عُيَيْنة(٢) رحمه الله: «يكون الرجل زاهدًا، وعنده مئة دينارٍ؟ قال: نعم. قال:

---

(١) ابن بلبان، الأمير علي بن بلبان الفارسي (ـ ٧٣٩هـ/١٣٣٩م)، **الإحسان في تقريب صحيح ابن حِبَّان** (٣٥٤هـ/٩٦٥م)، حقَّقه شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، كتاب الزكاة (١١)، باب ذِكْر الإباحة للرجل الذي يجمع المال من حِلِّه؛ إذا قام بحقوقه فيه (٣)، حديث (٣٢١٠)، ٨، ٥. وأبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري (٤٠٥هـ/١٠١٥م)، **المُستَدرك على الصحيحين**، حققه مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ/١٩٩٠م، كتاب البيوع، حديث (٢١٣٠)، ٢، ٢. وقال: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

(٢) الهلالي، مولاهم، الكوفي أبو محمد، الحافظ، المفسِّر، نزيل مكة ومحدثها، أخذ عنه خلق كثير، منهم الإمام الشافعي رحمه الله، مات سنة (١٩٨هـ/٨١٤م)، وله إحدى وتسعون سنة، رحمه الله. يُنظَر: أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد ابن العماد (١٠٨٩هـ/١٦٧٨م)، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، حققه محمود الأرناؤوط، وخرج أحاديثه عبد القادر الأرناؤوط، دمشق وبيروت، دار ابن كثير، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ٢، ٤٦٦.

وكيف ذلك؟ قال: إن نقَصَت، لم يَغْتَم. وإن زادت، لم يفرح!»[1].

فالمال في الإسلام وسيلةٌ وليس غايةً، وهو محكومٌ، وليس بحاكمٍ؛ تَحكمه قواعدُ إيمانيةٌ وأخلاقيةٌ راسخةٌ، تدعو إلى جمعه من الحلال، وإنفاقه في الحلال، كما تَحُثُّ على ألا يُشغَل به مالكه عن ذكر الله تعالى، ولا عن حق الفقراء والمساكين أيضًا، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿رِجَالٌ لَّا تُلْهِيهِمْ تِجَٰرَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَإِقَامِ ٱلصَّلَوٰةِ وَإِيتَآءِ ٱلزَّكَوٰةِ يَخَافُونَ يَوْمًا تَتَقَلَّبُ فِيهِ ٱلْقُلُوبُ وَٱلْأَبْصَٰرُ ﴿٣٧﴾﴾ [النور]. ويقول تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ﴿٢٥﴾﴾ [المعارج].

والإسلام يدعو إلى استثمار المال وتدويره بكل وجهٍ مباحٍ، وبذلك ينتفع العباد، وتنتعش البلاد، وفي الحديث الصحيح يقول رسول الله ﷺ: «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»[2].

ولئلا يكون المال سببًا للنزاع والشقاق شُرعت العقود بين الناس، فالعقد[3] يَحكم بين طرفيه بالعدل والإنصاف، ويَنفي عنهما الغش والخداع؛ كي تتِمَّ الصَّفْقة بينهما على أتمِّ الرضا والقبول؛ تحقيقًا لقول الله

---

(١) أبو بكر أحمد بن محمد الخَلَّال (٣١١هـ/٩٢٣م)، **الحثُّ على التجارة والصناعة والعمل والإنكار على من يدعي التوكُّل في ترك العمل والحُجة عليهم في ذلك**، حققه محمود محمد الحداد، الرياض، دار العاصمة، ط١، ١٤٠٧هـ، أثر (١٩)، ٤٩.

(٢) أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١هـ/٨٧٥م)، **صحيح مسلم**، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، ١٤١٢هـ/١٩٩١م، كتاب البيوع (٢١)، باب تحريم بيع الحاضر للبادي (٦)، حديث (١٥٢٢)، ٣، ١١٥٧.

(٣) يأتي تعريفه عما قريب.

تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩].

ومن أهم الوجوه المباحة في استثمار المال ـ إن لم يكن أهمَّها على الإطلاق ـ الصناعة والتصنيع، كيف لا، والله تعالى يقول: ﴿لِيَأۡكُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦ وَمَا عَمِلَتۡهُ أَيۡدِيهِمۡۖ أَفَلَا يَشۡكُرُونَ ٣٥﴾ [يس]؟!. وتشير الآية الكريمة إلى دخول اليد العاملة في تصنيع الموارد الطبيعية من الثمر وغيره.

وفي القرآن الكريم سورة اسمها «الحديد»، الذي هو من أهم مواد التصنيع، وفيها يقول الله ـ ﷻ ـ فيها: ﴿وَأَنزَلۡنَا ٱلۡحَدِيدَ فِيهِ بَأۡسٞ شَدِيدٞ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ [الحديد: ٢٥]. فالآية الكريمة فيها حضٌّ ظاهرٌ على التصنيع بشِقَّيه: العسكري والمدني.

كما قص لنا القرآن الكريم قصة نبيَّين كريمين ـ على نبينا وعليهما الصلاة السلام ـ قد مارسا الصناعة بأيديهما، أما أحدهما، فهو نوحٌ صانع السفينة، وفيه يقول الله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَٱصۡنَعِ ٱلۡفُلۡكَ بِأَعۡيُنِنَا وَوَحۡيِنَا﴾ [هود: ٣٧]. وأما الآخر فهو داود، الذي احترف صناعة السلاح، كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَعَلَّمۡنَٰهُ صَنۡعَةَ لَبُوسٖ لَّكُمۡ لِتُحۡصِنَكُم مِّنۢ بَأۡسِكُمۡۖ فَهَلۡ أَنتُمۡ شَٰكِرُونَ ٨٠﴾ [الأنبياء]. وقوله أيضًا: ﴿وَأَلَنَّا لَهُ ٱلۡحَدِيدَ ١٠﴾ [سبأ].

وأما نبي الله سليمان بن داود ـ على نبينا وعليهما السلام ـ فقد سخَّر الله تعالى له الجن في الصناعات العملاقة، كما جاء في قول الله تعالى: ﴿يَعۡمَلُونَ لَهُۥ مَا يَشَآءُ مِن مَّحَٰرِيبَ وَتَمَٰثِيلَ وَجِفَانٖ كَٱلۡجَوَابِ وَقُدُورٖ رَّاسِيَٰتٍۚ﴾ [ص: ١٣].

وفي بناء السدود قصة الملك العادل ذي القرنين ﷺ، ولقد قصَّ لنا القرآن الكريم حكايته في قول الله تعالى: ﴿ءَاتُونِى زُبَرَ ٱلْحَدِيدِ ۖ حَتَّىٰٓ إِذَا سَاوَىٰ بَيْنَ ٱلصَّدَفَيْنِ قَالَ ٱنفُخُوا۟ ۖ حَتَّىٰٓ إِذَا جَعَلَهُۥ نَارًا قَالَ ءَاتُونِىٓ أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا ﴿٩٦﴾ فَمَا ٱسْطَٰعُوٓا۟ أَن يَظْهَرُوهُ وَمَا ٱسْتَطَٰعُوا۟ لَهُۥ نَقْبًا ﴿٩٧﴾﴾ [الكهف].

بناءً على ما سبق، وعلى ما يشهده زماننا من تطورٍ صناعيٍّ هائلٍ ومتسارعٍ؛ لا بد من بحثٍ جادٍّ في مسألةٍ احتاج إليها الناس كثيرًا، ولم تتفق في توصيفها كلمة الفقهاء، وتلك هي مسألة الاستصناع: موضوع هذه الأطروحة.

ولقد انطلقت في إعداد أطروحتي هذه من النقاط الآتية:

أ ـ أهمية الدراسة:

عقد الاستصناع يتصل بحياة الناس ومعاشهم، وهم يحتاجون إليه على الدوام، فلا بد لهم من معرفة حلاله من حرامه، وأخوَفُ ما فيه الوقوع في الربا، وخصوصًا بعدما علا شأنه، واتسعت دائرته، حتى غدت المصارف طرفًا فيه، ولم تُحسَم إلى اليوم مادة الخلاف فيه.

ب ـ هدف الدراسة:

هَدَفت من أطروحتي هذه أن أقدم عقد الاستصناع في ثوبٍ جديدٍ: إزاره الأصالة، ورداؤه البساطة، وإني لأرجو أن أوفَّق لتذليل صعابه، وكشف غوامضه؛ ليكون ما كتبته فيه مرجعًا نافعًا ومُريحًا لكل من يحتاج إليه، والله ـ ﷻ ـ الموفِّق للصواب.

ج ـ إشكالية الدراسة:

شغلتني زمنًا طويلاً تلك الفتاوى التي تُصدرها الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية، أو ما تقرره المجامع الفقهية فيما يخص عقد الاستصناع، فأتساءل في نفسي: إذا كانت تلك الفتاوى قد أجازت عقد الاستصناع بناءً على ما هو مقرر في المذهب الحنفي، بخلاف جمهور الفقهاء، الذين يرون الاستصناع فرعًا عن عقد السَّلَم، ينضبط بضوابطه وشروطه.

إذا كان الأمر كذلك فهل كانت الفتاوى تلك منضبطةً بقواعد المذهب الحنفي ومقرراته أم لا؟ أم أنها فتاوى فرضها الواقع الاقتصادي فلم يجد من أفتى بها مندوحةً عنها؟.

ولست في سؤالي هذا ممن يضيِّق واسعًا، أو يُغلق باب الاجتهاد لكل ما هو جديدٌ واقعٌ، ولكني أردت بهذا السؤال التحفظ من أن يُنسَب إلى المذهب الحنفي ما ليس منه، حتى لو كان الاجتهاد بخلافه صائبًا.

ذلك السؤال أو التساؤل كوَّن عندي إشكالاً أرجو أن أكون بأطروحتي هذه قد هُديت إلى حلِّه والإجابة عنه، وهو ما سأنوِّه به في الفقرة التالية، والله ولي التوفيق، وهو أعلم بالصواب.

د ـ فرضيات الدراسة:

للدراسة هذه افتراضات عدة، منها:

* هل الاستصناع مشروعٌ أم ممنوعٌ؟.

* هل الاستصناع وعدٌ جائزٌ أم عقدٌ لازمٌ؟.

* إذا كان الاستصناع عقدًا، فهل هو بيع عينٍ، أم إجارةٌ على عملٍ؟.

ثم وضعت افتراضًا من شُعبتين: إحداهما ليس بين الفقهاء خلافٌ فيها، وأما الأخرى فالخلاف فيها قليل، وهو في نظري افتراضٌ يقدم حلًّا لمشكلة الدراسة هذه، والمأمول من فقهائنا المعاصرين إما أن يقبلوه، وإما أن يُفنِّدوه، وهم مشكورون سلفًا على آرائهم.

هـ ـ الصعوبات التي اعترضت الدراسة:

إن من أبرز الصعوبات التي اعترضتني في هذه الدراسة مسألة تكييف العقد، وتحريره من غوامضه واحتمالاته، وهي التي من شدة وُعورتها جعلت أئمة المذهب الحنفي فيها مختلفين، فكيف بمن دونهم بكثير؟! لكني بذلت لتذليلها ما مكنِّي فيه ربي من جهدٍ، وعلى الله قصد السبيل!.

و ـ الدراسات السابقة في الموضوع:

قبل أن أشرع بكتابة الأطروحة عدت إلى كثيرٍ مما كتبه الفقهاء السابقون والمعاصرون في موضوع الاستصناع، فوجدت ما عند السابقين مادةً كُتبت لزمانهم؛ فهي تحتاج إلى المزيد من التقريب والتوضيح، وأما ما عند المعاصرين فأغلبه بحوثٌ مُجتَزأةٌ أو مختصرةٌ، قدَّمها أصحابها إلى مجامعَ فقهيةٍ، أو إلى هيئآتٍ شرعيةٍ تتبع لمصارف إسلاميةٍ.

أما الكتب أو الرسائل الجامعية التي تناولت عقد الاستصناع تناولاً

شاملاً فهي قليلةٌ، وما اطلعت عليه منها ينتفع به الباحث بلا ريب، ولكنه بمفرده لا يعطي صورةً شافيةً وشاملةً عن هذا العقد بما فيه من خلافٍ فقهيٍّ حتى في المذهب الواحد.

فأكثر ما وقفت عليه من تلك الكتب هو عبارةٌ عن مجموعة نتائج مستخلَصةٍ ومختصرةٍ، لا تقوم على معالجة الخلافات الفقهية، وعرض أدلتها ومناقشتها، ثم الترجيح فيما بينها بما يَفي بالغرض؛ بحيث يشعر قارئه بأنه غير محتاجٍ إلى ما سواه.

ومن الدراسات المعاصرة في الاستصناع خصوصًا، التي وقفت عليها، ونظرت فيها، وأفدت منها[1]:

١ ـ **عقد الاستصناع «أو عقد المقاوَلة» في الفقه الإسلامي: دراسةٌ مقارنةٌ**، للدكتور: كاسب عبد الكريم البدران. وهو بحث مقدَّم إلى المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود؛ للحصول على درجة «الماجستير».

وللباحث فيما كتب جهدٌ ملحوظٌ مشكورٌ، لكن دراسته جاءت مقارنةً بالقانون، فربما كان ذلك سببًا في اختصار استحقاق الفقه الإسلامي من مادة بحثه، ولم يكن الاختصار في التنوُّع؛ فقد أتى الباحث بعناوينَ وأقوالٍ فقهيةٍ كثيرةٍ ومتنوعةٍ، لكنها جاءت مُقتضَبةً، فكان الأولى أن يُتوسَّع فيها أكثر: تخريجًا وترجيحًا ومناقشةً للأدلة، وما إلى ذلك.

---

(١) تُراجَع تفصيلات النشر في فهرس المصادر.

٢ ـ **عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة: دراسة حالة «البنك»[١] الإسلامي للتنمية**، للباحث: أحمد بلخير، وهو بحثٌ مقدَّمٌ إلى جامعة الحاج لخضر ـ باتْنَة ـ الجزائر؛ لنيل درجة «الماجستير» في الاقتصاد الإسلامي.

وقد بذل الباحث جهدًا مشكورًا، لكنَّ بحثه كان في حالة مخصوصة، تتعلق بالبنك الإسلامي للتنمية، كما هو ظاهر في عنوان بحثه، وكانت الدراسة فيه اقتصاديةً أكثر من كونها فقهيةً.

٣ ـ **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، مع عرض تجارب ونماذج لعقد الاستصناع في «البنوك» الإسلامية**، للدكتور أحمد جابر بدران، والكتاب ـ كما أفاد عنوانه ـ يركز على الاستصناع المصرِفي ـ، وهو عمل طيِّبٌ ومهمٌّ في بابه، لكن التأصيل الفقهي كان أقلَّ من المطلوب تقيُّدًا من الباحث بعنوانه، جزاه الله خيرًا!.

٤ ـ بحوث مختصرة معاصرة، تناولت جوانب مهمَّةً من عقد الاستصناع، ومنها:

* **عقد الاستصناع بين الاتِّباع والاستقلال، وبين اللزوم والجواز** من كتاب: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للدكتور علي محيي الدين القَرَه داغي.

* **عقد الاستصناع**، للدكتور محمد سليمان الأشقر ﷺ من كتاب: بحوثٌ فقهيةٌ في قضايا اقتصاديةٍ معاصرةٍ.

---

(١) الأفضل استعمال كلمة (مصرِف)؛ لأن كلمة «بنك» ليست عربية.

❊ **الاستصناع**، للدكتور علي أحمد السالوس، فصلٌ من كتاب: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي.

❊ **الاستصناع والاستصناع الموازي**، لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، من كتاب: المعايير الشرعية.

❊ **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة**، مصطفى الزرقا، محاضرة رقم (١٢) ضمن سلسلة محاضرات العلماء البارزين.

ـ وفي مجلة مجمع الفقه الإسلامي البحوث التالية:

❊ **عقد الاستصناع**، عبد الله عبد الله.

❊ **عقد الاستصناع**، كمال الدين جعيْط.

❊ **الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناعٍ أو عقد السَّلَم**، د. حسن الشاذلي.

❊ **الاستصناع**، د. سعود الثبيتي.

❊ **الاستصناع والمقاوَلات في العصر الحاضر**، مصطفى التارزي.

❊ **عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**، د. محمد الألفي.

❊ **عقد المقاولة**: حقيقته، تكييفه، صوره، د. قطب سانو.

❊ **الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة**، د. محمد رأفت سعيد.

وهي ـ بلا ريب ـ بحوث قيِّمة، قدمها أصحابها العلماء إلى جهةٍ علميةٍ معروفةٍ، وقد أفادني ما كتبوه؛ جزاهم الله خيرًا! لكنها على العموم كانت مختصَرةً أو مقتصِرةً على بعضٍ من موضوعات الاستصناع، كالمقاولات، والاستصناع الموازي، واستصناع المصارف، ولم تُعرَض مادتها عرضًا تَلتزم به الدراسات الأكاديمية.

فلكل ما سبق عزمت على الكتابة في هذا الموضوع، كما ذكرت سابقًا.

ز ـ المنهج المتَّبع في الأطروحة:

اتَّبعت ـ بالنظر إلى طبيعة الموضوع ـ نهجَ الفقه المقارن، بما يستدعيه من عرض للآراء الفقهية وأدلتها والمناقشات التي أثارها العلماء؛ فكان المنهج استقرائيًّا وتحليليًّا؛ فمطالعة المصادر الفقهية مطالعةً استقرائيَّةً تكوِّن لدى الباحث تصورًا دقيقًا وصحيحًا عن بحثه، وتُؤهِّله لتحليل النصوص في المذاهب الفقهية، والغوص في مضامينها، والمقارنة فيما بينها، وتقديم الراجح منها على المرجوح، والأصلح على الصالح، وعلى ما لا يصلح.

ح ـ بيان عملي في الأطروحة:

وضعت لمنهج دراستي أصولاً يمكن إيجازها بما يلي:

أولاً ـ الرجوع إلى الأدلة النَّصِّية في إثبات الأحكام الشرعية، فإذا كان الدليل من القرآن الكريم استخرجت منه وجه الدلالة، لأبيِّن مدى

صلاحيتها في إثبات الحكم الشرعي، وكذلك فعلت مع النص النبوي، إلا أنني ربما أيدت السُّنة القولية بالسنة العملية، ليزداد اليقين بأن النصوص الشرعية تجاوزت حد التنظير لتصل إلى مرحلة التطبيق العملي، وقد طبَّقها النبي ﷺ والخلفاء من بعده، رضي الله عنهم، ورحمهم أجمعين.

ثانيًا ـ الرجوع إلى القواعد الفقهية للتأكيد على صحة الحكم الذي تم التوصل إليه.

ثالثًا ـ التخريج الفقهي على مسائلَ فقهيةٍ مشابهةٍ قال بها بعض أئمة الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة، وقد أشير أحيانًا إلى قول ابن حزم الظاهري.

وطلبًا للاختصار فإنني لم أذكر كل ما قاله أهل المذهب في المسألة الواحدة، بل اقتصرت على القول الراجح أو الأصح أو المفتى به، إلا إذا دعت إلى التفصيل حاجةٌ، وقد آثرت أن يكون اقتباس العبارات الفقهية حرفيًّا؛ فإنه للأمانة أثبت إلا إذا اقتضى الأمر أن يكون الاقتباس بالمعنى، فحينئذٍ أدَعُ النقل الحرفي.

وقمت بشرح العبارة الفقهية بعبارةٍ فقهيةٍ أخرى متى احتاجت الأولى لهذا؛ لأن اجتماع القدْر اللازم من العبارات من شأنه أن يسهِّل على الباحث فهمَها، كما يقرِّبه من قصد الفقيه على نحوٍ أفضل، وقد أُتبع ذلك بالتعليق حين اللزوم.

وإذا كان في المسألة خلافٌ فقهيٌّ، فإنني ـ في الأغلب ـ أحرِّر

موضعه، وأبيِّن وجهه؛ لأذكر بعد ذلك القول الراجح فيما بدا لي، والله أعلم.

رابعًا ـ أقوال الفقهاء المعاصرين تأتي إما في مسألةٍ جديدةٍ لم يَسبق فيها قولٌ فقهيٌّ، أو لتأكيد حكمٍ ظهر لي أنه الأرجح، أو للإجابة عن اجتهادٍ قال به أحدهم.

خامسًا ـ اعتمدت على ما صحَّ أو حسُن من الأحاديث النبوية، أما الأحاديث التي تضمنتها العبارات المُقْتَبسة، فإني أقوم بتخريجها، وببيان صحيحها من ضعيفها.

سادسًا ـ صدَّرت كل بابٍ من أبواب الأطروحة بمقدمةٍ موجزةٍ تظهر أهميته، وتوطِّئ للدخول في بحوثه، كما ختمته بخلاصةٍ تنبِّه بأهم ما ورد فيه.

سابعًا ـ نوَّعت أسلوب البيان في عرض البحوث دفعًا لسآمة القارئ ـ إن قُدِّر للأطروحة أن تُنشَر ـ فقد تقلَّب الأسلوب بين الإلقائي والاستنتاجي والاستجوابي، وخير مثالٍ على هذا الأخير ما كنت أَفترضه من أسئلةٍ للمعارضين، أو تلك المسائل التي كنت أضمِّنها بعض المباحث.

ثامنًا ـ عرَّفت بالأعلام على أن يكون التعريف بالعلَم عند أول موضعٍ يذكَر فيه، وبالأماكن والأحداث التي تتطلب تعريفًا بها، واستثنيت من التعريف بالأعلام مشاهير الصحابة والفقهاء والمحدِّثين، كالخلفاء الراشدين، والعبادلة الأربعة، والمكثرين[1] من الرواية من الصحابة، والأئمة الأربعة

(١) أما العبادلة فهم من الصحابة المشهورين بكثرة الفتوى، واسم كلٍّ منهم: عبد الله،=

من الفقهاء، وأصحاب الكتب الستة[1] من المحدِّثين، وقد أترجم بإيجازٍ لمعاصرٍ إذا لزم الأمر.

تاسعًا ـ بيَّنت معاني الكلمات التي ربما كانت غامضةً، وكذلك فعلت مع المصطلحات الفقهية وغير الفقهية.

عاشرًا ـ أعني بالدراسة الفقهية المقارنة المذاهب الفقهية الأربعة، وبناءً عليه فإن القوانين الوضعية واتجاهاتها لا تدخل في دراستي.

حادي عشر ـ اعتمدت في تنسيق الأطروحة على مذكِّرة، كانت الكلية قد زودتني بها، وهي بعنوان: (توجيهاتٌ وإرشاداتٌ أساسيَّةٌ حول كتابة البحوث والرسائل والأطاريح الجامعية)، وتحمل التاريخ: ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، مع بعض التعديلات الطفيفة التي أوصت بها اللجنة المناقِشة.

ثاني عشر ـ أثبتُّ الآيات القرآنية بخط القرآن الكريم مصوَّرةً عنه، وعزوتها إلى سُوَرها، وجعلت العَزْوَ في إزاءِ الآية الكريمة.

= وهم أبناء: عمر بن الخطاب، وعمرو بن العاص، وعباس بن عبد المطلب، والزبير بن العوام ﷺ. وأما المكثرون من الرواية فهم الذين زادت روايتهم على ألف حديثٍ، وهم على الترتيب في كثرة الرواية: أبو هريرة، وعبد الله بن عمر، وأنس بن مالك، وأمُّ المؤمنين عائشة، وعبد الله بن عباس، وجابر بن عبد الله، وأبو سعيد الخدري ﷺ. يُنظَر: محمد علي الأثيوبي، **إسعاف ذوي الوَطَر بشرح نَظْم الدُّرَر في علم الأثَر، شرح أَلْفِيَّةِ السُّيوطي**، المدينة المنورة، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ٢، ١٩٢، ١٨٥ ـ ١٨٦.

(١) هم: البُخاري، ومسلمٌ، وأبو داود، والتِّرْمذي، والنَّسائي، وابن ماجَه.

ثالث عشر ـ عَرضت الأحاديث النبوية مضبوطةً بالشكل، وقمت بتخريجها وإسنادها إلى مصادرها في الحاشية، مثبِتًا للحديث الشريف اسمَ كتابه الذي ورد فيه وبابه، ومكانَه بالجزء والصفحة، ورقمَه إلا إذا كان المصدر لا يعتمد أسلوب الترقيم.

رابع عشر ـ اقتضى البيان في بعض الأحيان أن أُدخل شيئًا من كلامي في العبارة المقتبَسة، وحتى لا يتداخل الكلام وضعت قولي بين حاصرتين مضلَّعتين هكذا [ ]، وفي بعض الأحيان أغمِّق بعض الكلمات أو الجُمَل إظهارًا لأهميتها في السياق.

خامس عشر ـ فرَّقت في الحاشية بين الاقتباس الحرفي من المصدر والاقتباس بالمعنى بتصدير الاقتباس بالمعنى بكلمة: يُنظَر.

سادس عشر ـ حَصرت العبارة المقتبَسة بين حاصرتين مزدوجتين هكذا « »، ووضعت ثلاث نقاط على سوية واحدة هكذا... للدلالة على أن في العبارة المقتبسة حذفًا.

سابع عشر ـ استعملت بعض الحروف للدلالة على أسماء معينة، اذكر منها:

(ط: طبعة) و(م: ميلادي) و(هـ: هجري) و(د: «دكتور») و(ـ: وفاة) و(د. م: عدم ذِكْر مكان النشر) و(د. ن: عدم ذكر دار النشر) و(د. ت: عدم ذكر تاريخ النشر).

وكما هو معهودٌ فقد عَنَيْت بكلمة: «الجمهور» اتفاق ثلاثةٍ من

المذاهب الفقهية الأربعة مقابل مذهبٍ واحدٍ. وهناك أمورٌ كثيرةٌ تعرف بالمتابعة، أدعها طلبًا للاختصار.

ثامن عشر ـ زوَّدت الأطروحة بفهارسَ ـ مرتَّبةٍ على حروف الهجاء ـ للآيات القرآنية الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، والأعلام المترجم لهم، والأماكن، والقواعد الفقهية والأصولية، والمصطلحات، المصادر المراجع، كما ختمت الأُطروحة بفهرِسٍ تفصيليٍّ للموضوعات التي تمَّ بحثها.

ط ـ خِطَّة الأُطروحة:

وتتكوَّن من مقدمة، تضمَّنت أهمية المال والحثَّ على استثماره في الصناعة وغيرها، كما تناولت أهمية دراسة عقد الاستصناع، وهدفه، وإشكاليَّته، وفرْضياته، والصعوبات التي اعترضته، والدراسات السابقة له، والمنهج المتبَّع فيه.

ومن فصلٍ تمهيديٍّ، يبحث في تعريف الاستصناع، والاستصناع بين المُواعَدة والعقد، والاستصناع بين التبعية والاستقلالية، والاستصناع بين الجواز واللزوم.

ومن الباب الأول الذي يبحث في مشروعية عقد الاستصناع وأحكامه، وبيان أدلة المانعين والمجيزين ومناقشتها.

ومن الباب الثاني، ويتناول صوَرًا من الاستصناع المعاصر وأحكامه: المستقل منه، والموازي.

وبعد ذلك كانت الخاتِمة، والنتائج والمقترحات.

ربِّ اشرحْ لي صدري، ويسِّر لي أمري، واحلُل عُقدةً من لساني، وارزقني الإخلاص في القول والعمل، وسلِّمني من الغفلة والزَّلَل، إنك أنت السميع المجيب.

وأسألك ربي بأسمائك الحُسنى، وصفاتك العُليا أن تَجزي عني خير الجزاء كل من أسْدى إلي معروفًا، أو قدَّم لي نصحًا في سبيل إخراج هذه الأطروحة، وأخصُّ منهم أولاً الأستاذ الفاضل الدكتور: عبد الفتاح محمد ظافر كَبَّارة، الذي سُعدت كثيرًا بإشرافه على الأطروحة؛ فقد وجدته متابعًا دقيقًا، وناصحًا شفوقًا، وقارئًا صبورًا!.

كما أخص بالشكر جميع القائمين على إدارة كلية الإمام الأوزاعي والأساتذة المدرِّسين فيها، ومنهم من سبق لهم ذِكْرٌ عَطِرٌ في صفحة الشكر والدعاء من هذه الأطروحة.

ولا أنسى من شكري ودعائي كل من أعارني مرجعًا علميًّا، أو أرشدني إليه، أو قدَّم لي نُصحًا، أو تفقَّدني بدعوةٍ صالحةٍ في ظهر الغيب، والحمد لله رب العالمين.

الفَصْلُ التَّمْهِيدِيّ

تَكْيِيفُ عَقْدِ الِاسْتِصْنَاعِ

تمهيد

معلومٌ أن (الحكم على الشيء فرعُ تصوُّرِه)[1]، فما الاستصناع إذًا؟ وهل هو عقدٌ أم وعدٌ؟ وإذا كان عقدًا؛ فهل هو بيعٌ أم إجارةٌ؟ وهل هو ملزِمٌ أم غير ملزمٍ؟ إلى ما هنالك من مسائل أخرى تكوِّن مادة هذا الفصل، وهي موزعةٌ على المباحث الآتية:

- ❊ تعريف الاستصناع.
- ❊ الاستصناع بين المواعدة والعقد.
- ❊ الاستصناع بين التبعية والاستقلالية.
- ❊ الاستصناع بين الجواز واللزوم.

(١) أبو نصر عبد الوهاب بن تقي الدين السُّبْكي (٧٧١هـ/١٣٧٠م)، **الأشباه والنظائر**، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م، ٢، ٣٨٥.

المَبْحَث الأَوَّل

تعريف عقد الاستصناع

أ ـ عقد الاستصناع في اللغة:

إن «العقد في الأصل مصدر عقدت الحبل؛ إذا جمعتَ أجزاءه جمعًا خاصًّا، ثم نُقل إلى الشيء المعقود مجازًا... من تسمية المفعول باسم المصدر... ثم نُقل شرعًا إلى: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي، كعقد البيع، والنكاح، وغيرهما»[(١)].

وقوله: تسمية المفعول باسم المصدر. يعني: تسمية المعقود باسم **العقد**.

وأما الاستصناع في اللغة فهو على وزن «استفعال من الصناعة، ويُعدَّى إلى مفعولين، وهو في اللغة: طلب العمل»[(٢)]. أي: في الصناعة، وهي عمل الصانع.

---

(١) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الزَّرْكَشي (٧٩٤هـ/١٣٩٢م)، **المنثور في القواعد الفقهية**، الكويت، وزارة الأوقاف الكويتية، ط٢، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ٢، ٣٩٧.

(٢) محمد علي بن علي التَّهانوي (١١٥٨هـ/١٧٤٥م)، **كشَّاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، حققه د. علي دحروج، عرَّبه من الفارسية عبد الله الخالدي، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م، ١/١٥٤ ـ ١٥٥.

و«الصِّناعة: حِرْفة الصانع، وهو الذي يعمل بيده. واستصنعه خاتَمًا ـ مُعدًّى إلى مفعولين ـ: معناه: طلب منه أن يصنعه، وكذلك: استصنع عند الرجل قَلَنْسُوَةً، واصطنع تَوْرًا[1]. ورجلٌ صَنَعٌ: أي حاذِقٌ، وامرأةٌ صَنَاعٌ. والمَصْنَعَة: كالحوض يُتَّخذ لماء المطر. واصطنع عنده صنيعةً: إذا أحسن إليه»[2].

ومن معاني الاصطناع: الاصطفاء والاختيار، ومنه قول الله تعالى لموسى ـ على نبينا وعليه الصلاة والسلام ـ: ﴿وَٱصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِى ﴿٤١﴾﴾ [طه]. «أي: اصطفيتك»[3].

والسين في (الاستصناع) تسمى في اللغة سينَ الطلب، كالاستغفار الذي هو طلب المغفرة، وعليه فالاستصناع لغةً: **طلب المستصنِع صناعةَ عينٍ[4] من الصانع**.

---

(١) إناءٌ يُشرَب فيه. أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (٨١٧هـ/١٤١٤م)، **القاموس المحيط**، حققه محمد نعيم العرقسوسي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٨، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥، ٣٥٧.

(٢) أبو الفتح ناصر بن عبد السيد المُطَرِّزِيّ (٦١٠هـ/١٢١٣م)، **المُغْرِب في ترتيب المُعْرِب**، د. م، دار الكتاب العربي، د. ت، ٢٧٣، ٢٧٤.

(٣) أبو سعيد نَشْوان بن سعيد الحِمْيَري (٥٧٣هـ/١١٧٨م)، **شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكُلوم**، حققه د. حسين بن عبد الله العمري، وغيره، بيروت، ودمشق، دار الفكر المعاصر، ودار الفكر، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ٦، ٣٨٤١.

(٤) هي الشيء المعيَّن المشخَّص كبيتٍ وحِصان وكرسي. **مجلة الأحكام العدلية**، كراتشي، د.ت، نور محمد، كارخانه تجارة كتب، آرام باغ، ٣٤. وفي ثنايا الأطروحة مزيدٌ من التوضيح لمصطلح العين، يراجَع فهرس المصطلحات في آخر الأطروحة.

ب ـ عقد الاستصناع في الاصطلاح:

مما جاء في تعريف العقد اصطلاحًا أنه «ربطُ أجزاء التصرُّف بالإيجاب والقَبول شرعًا»[1]. أي: بضوابطه الشرعية.

ولعقد الاستصناع خصوصًا تعريفاتٌ عدة عند الحنفية، أما الجمهور ـ وهم هنا: المالكية والشافعية والحنابلة ـ فإنهم يُلحقون الاستصناع بأحكام عقد السَّلَم[2]؛ فيأخذ تعريفه، ولهذا الأمر فإني لم أجد في مصادرهم تعريفًا للاستصناع مستقلاً، لكنهم ذكروا له بعض التطبيقات، فيمكن من خلالها أن يُصاغ له تعريفٌ يَخصه، كما سيأتي أدناه.

۞ أولاً ـ تعريف الاستصناع عند الحنفية:

للاستصناع تعريفاتٌ عدةٌ عند الحنفية، أذكر هنا أشهرها؛ لأبيِّن الراجح منها بعد مناقشتها، أو لأَصوغ منها تعريفًا مستقلًّا، فمن تلك التعريفات ما يأتي:

---

(١) أبو الحسن علي بن محمد الجُرْجاني (٨١٦هـ/١٤١٣م)، **التعريفات**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ١٥٣.

(٢) ويقال: سَلَف؛ قال الماوردي: السَّلَم لغةُ أهل الحجاز، والسلَف لغة أهل العراق. محمد نجيب المُطيعي، **المجموع شرح المُهَذَّب: التكملة الثانية**، د. م، دار الفكر، د. ت، ١٣، ٩٤. والسَّلَم: عقد على موصوف في الذمة مؤجَّل، بثمن مقبوض بمجلس العقد. أبو السعادات منصور بن يونس البُهوتي (١٠٥١هـ/١٦٤١م)، **الروض المُرْبِع شرح زاد المُستقنِع**، بحاشية ابن العُثَيْمين، وتعليقات عبد الرحمن السعدي، وخرج أحاديثه عبد القدوس نذير، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٢٦/٢٠٠٥م، ٣٥٤. وللسلف تعريفات أخرى تأتي في بابها.

١ ـ «هو عقدٌ على مَبيعٍ في الذِّمَّة»[١].

والمبيع في الذمة يعني أنه غير موجودٍ في ملكية البائع عند إنشاء العقد.

و«الذمة ليست بذاتٍ قائمةٍ... ولكنها من التقادير الشرعية التي صُيِّر فيها المعدوم موجودًا»[٢]. أي: حُكمًا، وذلك ببيان جنسه وقدْره وصفته.

على أن ثمة موجودًا في الاستصناع، ألا وهو المادة الخام أو الأولية التي منها يتكون المبيع المصنوع، فقوله: (في الذمة): «إشارةٌ إلى أن المبيع في شكله النهائي متعلقٌ بالذمة؛ لأن المواد الخام، وإن وقع عليها البيع إلا أنها مقصودةٌ لغيرها، حيث يُحال القِماش إلى ثوبٍ، والجلد إلى خُفٍّ، والحديد إلى سيارةٍ، والخشب إلى سفينةٍ، وهكذا»[٣].

وبناءً على هذا التعريف فإن «... الصانع لو أحضر عينًا، كان عملها قبل العقد، ورضي به المستصنِع، لجاز، ولو كان شَرْطُ العمل من نفس العقد، لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل، لا في الماضي»[٤]. إذ كيف يُشترَط عمل الصانع ما دام المصنوع موجودًا عند

(١) أبو بكر بن مسعود الكاساني (٥٨٧هـ/١١٩١م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ٥، ٢.

(٢) أبو عبد الله محمد بن قاسم الرَّصَّاع (٨٩٤هـ/١٤٨٩م)، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، د. م، المكتبة العلمية، ط١، ١٣٥٠هـ، ٢٩٥.

(٣) دُبْيَان الدبيان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، ط٢، ١٤٣٢هـ، ٨، ٢٦٨.

(٤) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢.

إبرام العقد؟! فعدم الجواز كان لوجود العين، وليس لذات الشرط.

ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يكن مانعًا؛ لدخول عقد السَّلَم في عمومه، ومن المعلوم في شرط التعريف: أن يكون جامعًا لصفات المعرَّف، ومانعًا من دخول غيره فيه.

وهو ما أكده الكاساني[1] بقوله: «العقد على مبيعٍ في الذمة يسمى سَلَمًا، وهذا العقد يسمى استصناعًا، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل»[2].

ويجيب الكاساني عن العبارة المتقدمة آنفًا، والتي سيقت تأكيدًا للتعريف ذاته، وكان نصها: «الصانع لو أحضر عينًا، كان عملها قبل العقد، ورضيَ به المستصنِع، لجاز». يجيب عنها بقوله: «وأما إذا أتى الصانع بعينٍ صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنِع، فإنما جاز لا بالعقد الأول

(١) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، علاء الدين الحنفي، ملِك العلماء، تفقَّه على علاء الدين السَّمَرْقَندي، وقرأ عليه معظم تصانيفه، مثل: التُّحْفة، في الفقه، وغيرها من كتب الأصول، وصنَّف كتاب البدائع، وهو شرح التحفة، وعرضه على شيخه؛ فازداد فرحًا به، وزوجه ابنته، وجعل مهرها منه ذلك! وكانت من حِسان النساء، وكانت حفظت التحفة! فقال الفقهاء في عصره: شرح تُحفته، وزوَّجه ابنته! وتولّى التدريس بالمدرسة الحَلاوية في مدينة حلب، ومات فيها سنة (٥٨٧هـ/١١٩١م)، ودُفن عند زوجته فاطمة ﵂. و«كاسان» بلدة بها قلعةٌ حصينة. [هي اليوم مدينة في أوزبكستان]. يُنظَر: أبو محمد عبد القادر بن محمد القُرَشي (٧٧٥هـ/١٣٧٤م)، **الجواهر المُضِيَّة في طبقات الحنفية**، حققه د. عبد الفتاح محمد الحلو، الجيزة، هجر للطباعة والنشر، ط٢، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ٤، ٢٥ ـ ٢٨.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢.

[الاستصناع]، بل بعقدٍ آخر، وهو التَّعاطي[١] بتراضيهما»[٢].

ويضيف الدكتور سعود بن مسعدٍ الثبيتي[٣]: «العين إذا كانت مصنوعةً قبل العقد، وموجودةً في ملك البائع ليس من عقد الاستصناع، بل هذا من بيوع الأعيان[٤] إما المرئية أو الموصوفة في الذمة، والبيع إذا توفَّر شرطه بالرؤية أو بالوصف الذي يخرجه عن الجهالة، فهو صحيح»[٥].

---

(١) مراد الكاساني بالتعاطي: بيعُ عينٍ موجودةٍ بثمن. أما بيع التعاطي بوصفه مصطلحًا فإن له عدة تعريفات متقاربة، ومنها: هو وضع الثمن، وأخذ المُثَمَّن [السِّلعة] عن تراضٍ منهما [البائع والمشتري] من غير لفظٍ... فإن التعاطي ليس فيه إيجابٌ بل قبضٌ بعد معرفة الثمن. ابن عابدين، محمد أمين ابن عمر الدمشقي (١٢٥٢هـ/١٨٣٦م)، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، بيروت، دار الفكر، ط٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ٤، ٥١٣.
والبيع بالتعاطي جائزٌ عند الجمهور، أما الشافعية فعند جمهورهم ومشهور مذهبهم أنه لا يجوز؛ لافتقاره إلى صيغة الإيجاب والقبول، وذهب بعضهم إلى جوازه في المُحَقَّرات دون الأشياء النَّفيسة. يُنظَر في ذلك: **المكان نفسه**، ومحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ/١٨١٥م)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. م، دار الفكر، د. ت، ٣، ٣. وأبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قُدامة (٦٢٠هـ/١٢٢٣م)، **المغني**، د. م، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، ٣، ٤٨١. وأبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ١٦٢.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢.

(٣) حاصل على شهادة الدكتوراه من جامعة أم القرى في مكة المكرمة، ومحاضرٌ في المسجد الحرام، وعضو مجلس مجمع الفقه الإسلامي، ومقره مدينة جُدَّة. يُنظَر:
.html١٠٣٣٠٩http://www.otaibah.net/m/archive/index.php/t-

(٤) كل ما كان قائمًا في ملكه من نقودٍ وعُروضٍ. محمد أمين ابن عابدين **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٢، ٢٧٠. تقدم تعريف العين، يُنظَر: ٣٢.

(٥) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة لمؤتمر المجمع، جدة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، العدد ٧، ٢، ٧٧٠.

٢ ـ هو عقدٌ على مبيعٍ في الذِّمَّة، شُرط فيه العمل»[١].

وبهذا التعريف أخذ الكاساني ﷺ، وصحَّحه، وعلل ذلك بقوله: «لأن الاستصناع طلب الصُّنع، فما لم يُشتَرط فيه العمل، لا يكون استصناعًا؛ فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيعٍ في الذمة يسمى سَلَمًا، وهذا العقد يسمى استصناعًا، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل»[٢]. وعليه فإن العقد لا يكون استصناعًا إلا في حالتين:

الأولى ـ إذا كان المعقود عليه غير موجود، فيقوم الصانع بإيجاده مصنوعًا بعمل يده.

الثانية ـ إذا كان المعقود عليه موجودًا، ولكنه ليس بمملوك للصانع عند توقيع العقد؛ لأن الاستصناع ـ كما ورد في التعريف ـ عقدٌ على مبيعٍ في الذمة، والمبيع إذا كان عينًا قائمةً في ملك الصانع، فإنه لا تُشغَل بها الذمة.

وعملاً بهذا التعريف فعقدُ الاستصناع «يُطلَب فيه من الصانع العمل والعين جميعًا، فلو كان العين[٣] من المستصنِع، كان إجارةً، لا استصناعًا. وكيفيته: أن يقول لصانع ـ كخفَّاف مثلاً ـ: اصنع لي من مالك خُفًّا من هذا

---

(١) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢.

(٢) **المكان نفسه**.

(٣) مادة التصنيع.

الجنس[١]، بهذه الصفة بعشرين»[٢]. درهمًا، ونحوه. ويُقصَد بالعين السِّلْعة التي يُتَّفَق على صناعتها مستقبلاً.

٣ـ «طلبُ العمل منه [الصانع] في شيءٍ خاصٍّ، على وجهٍ مخصوصٍ»[٣].

ويمتاز هذا التعريف عن سابقَيْه بنصه على عدم مخالفة العقد للشروط المعتبَرة في الشرع، ولكنْ يؤخذ عليه أن كلمة (طلب) لفظٌ عامٌّ، يقبل أكثر من احتمالٍ؛ فهل الاستصناع بيعٌ أم إجارةٌ، أم مُواعَدةٌ...؟.

٤ ـ هو «عقد مقاولةٍ مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئًا، فالعامل صانعٌ، والمشتري مستصنِعٌ، والشيءُ مصنوعٌ»[٤].

وقد يكون سبب تسميته بالمقاوَلة يرجع إلى تبادل قولَي المتعاقدَيْن حين تأسيس العقد، وقد يطلق عليه اسم **التَّعَهُّد**، وهو العهد الذي يقطعه كلٌّ من طرفي العقد نحو الآخر.

وعقد المقاولة هو من جهة المبنى مصطلح معاصر[٥]؛ لم يذكره الفقهاء

---

(١) ذكَر الجنس، ولم يُعيِّن قطعةً بذاتها، لأنه لو عيَّنها لكان العقد بيعًا وإجارةً: بيعًا لقطعة الجلد، وإجارةً على صناعتها، أما الاستصناع فإنه لا يتعلق بعينٍ محدَّدة بذاتها، بل يتعلق بعينٍ موصوفةٍ، تُشغَل بها ذِمَّة الصانع حتى يُحضِرها إلى المستصنِع.

(٢) عبد الرحمن بن محمد شيخي زاده (١٠٧٨هـ/١٦٦٧م)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، د. م، دار إحياء التراث العربي، د. ت، ٢، ١٠٦.

(٣) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٣.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية**، ٣١.

(٥) يُنظَر: بيت التمويل الكويتي، **دليل المصطلحات الفقهية والاقتصادية**، د. م، د. ن، ط١، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م، ٢٦٥. ولعقد المقاولة مزيد من البسط تحت فصل (الاستصناع العَقاري) الآتي.

السابقون في جملة العقود، لكنه من جهة المعنى والتطبيق معروفٌ لديهم، ومنه عقد الاستصناع.

والاختلاف في المصطلحات لا يضر؛ مادام أنه لا يؤثر في معناها وحقيقتها، فالقاعدة الأصولية تقول: «لا مُشَاحَّةَ في الاصطلاح»[1] أي: لا تنازع في صياغته، وثمَّةَ قاعدةٌ أخرى، ونصُّها: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»[2].

على أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه أُدخِل فيه شرحُه، فأفقده صفة الإيجاز والإحكام، كما جاء مطلقًا عن أي قيدٍ.

٥ ـ «هو طلب عمل شيءٍ خاصٍّ، على وجهٍ مخصوصٍ، مادته من الصانع»[3].

والجديد المفيد في هذا التعريف هو التصريح بأن مادة الصناعة من ممتلكات المصنِّع، لكنَّ قوله: «طلب عمل...» لم يكن صريحًا في الدلالة على أن الاستصناع بيعٌ أو غيره.

ومن التعريفات السابقة للاستصناع عند الحنفية يمكن صياغة تعريفٍ عامٍّ يمثِّل مذهبهم، هذا نصه: **عقدٌ على مبيعٍ في الذِّمَّة، شُرط فيه العمل،**

---

(١) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الزَّرْكَشي (٧٩٤هـ/١٣٩٢م)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، د. م، دار الكتبي، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٥، ٨.

(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ١٦.

(٣) محمد قدري باشا (١٣٠٦هـ/١٨٨٨م)، **مُرشِد الحَيْران إلى معرفة أحوال الإنسان**، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، ط٢، ١٣٠٨هـ/١٨٩١م، ٧٤.

على وجهٍ مخصوصٍ.

۞ ثانيًا ـ تعريف الاستصناع عند الجمهور غير الحنفية:

كما أسلفت آنفًا فإن الجمهور يرون الاستصناع فرعًا من عقد السَّلَم؛ فيأخذ تعريفه، لكنهم ذكروا للاستصناع بعض الصور والتطبيقات يمكن أن يصاغ له منها تعريفٌ، ومن تلك الصور قول المالكية: «كاستصناع سيفٍ أو رِكابٍ من حدَّادٍ، أو سَرْجٍ من سُروجيٍّ، أو ثوبٍ من حيَّاكٍ، أو بابٍ من نجارٍ، على صفةٍ معلومةٍ، بثمنٍ معلومٍ؛ فيجوز، وهو سلَمٌ تُشتَرط فيه شروطه...»[(١)].

ومما جاء عند الشافعية: «... ويضرِب له أجلاً... وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط، لَزِمه، ولم يكن له ردُّه»[(٢)].

وبناءً على ما سبق فالاستصناع عند الجمهور: **عقدٌ لازمٌ على مبيعٍ موصوفٍ في الذِّمة لأجلٍ معلومٍ، وبثمنٍ معجَّلٍ معلومٍ.**

۞ ثالثًا ـ تعريف مجمع الفقه الإسلامي للاستصناع:

الاستصناع «عقدٌ واردٌ على العمل والعين في الذِّمَّة، مُلْزِمٌ للطرفين؛

---

(١) أبو البركات أحمد بن محمد الدردير (١٢٠١هـ/١٧٨٦م)، **أقرب المسالك لمذهب مالك**، متن، أبي العباس، أحمد بن محمد الصاوي (١٢٤١هـ/١٨٢٦م)، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، حققه د. مصطفى كمال وصفي، القاهرة، دار المعارف، د. ت، ٣، ٢٨٧.

(٢) محمد الشافعي، الأم، ٣، ١٣٣. ويُنظَر ـ مذهب الحنابلة ـ: أبو عبد الله محمد بن مفلح (٧٦٣هـ/١٣٦٢م)، **الفروع**، حققه عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. م، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٦، ١٤٧.

إذا توافرت فيه الأركان والشروط»[1].

ومما يؤخذ على هذا التعريف الإبهام في أوله، فهو **عقدٌ واردٌ...**، فكان الأَوْلى أن يضاف العقد إلى وصفٍ يُعرِّفه. وعلى فَرْض أنه عقدٌ على مبيعٍ، فإنه جعل العمل والعين في رتبةٍ واحدةٍ، مع أن العين هي الأصل في عقد الاستصناع، أما العمل فهو شرطٌ فيه، ففي كتاب الهداية في شرح بداية المبتدي: «والصحيح أنه يجوز بيعًا لا عِدَةً... والمعقود عليه العينُ دون العمل»[2].

وقوله: **والعين في الذِّمَّة** يحتاج إلى توضيح؛ لأن الذمة تُشغَل بما ليس بموجودٍ أثناء العقد، وهو الدَّيْن، بخلاف العين فإنها في المصطلح تطلق على ما هو **موجودٌ** أثناء العقد في مجلس العقد، أو في مكانٍ سواه.

ولقد حاول الباحث دُبْيان الدُّبْيان[3] رفع هذا الإشكال، فقال:

«والحق أن هذا الإشكال قائمٌ إلا إذا فهمنا مُراد الحنفية بالعين في عقد الاستصناع، فقد يزول الإشكال. قال السَّرْخَسي[4]: والأصح أن

---

(١) من قرار رقم: ٦٦/٣/٧، صادر عن: مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجُدة، في المملكة العربية السعودية من: (١٧ ـ ١٤١٢/١١/١٢هـ/٩ ـ ١٤/٥/١٩٩٢م)، د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دمشق، دار الفكر، ط٤، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ٧، ٥٢٠١.

(٢) أبو الحسن علي بن أبي بكر المَرْغِيناني (٥٩٣هـ/١١٩٧م)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، حققه طلال يوسف، د. ت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٣، ٧٧.

(٣) دبيان بن محمد الدبيان: «بكالوريوس» من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية، وهو من مواليد «بُرَيدة» عام ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م.

(٤) أبو بكر محمد بن أحمد السَّرْخَسي (٤٨٣هـ/١٠٩٠م)، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة،=

المعقود عليه المستصنَعُ فيه ـ يعني العين ـ، وذِكْر الصنعة **(العمل)** لبيان الوصف... وجاء في فتح القدير[1]: المعقودُ عليه العين دون العمل. فالمراد بالعين عندهم باعتبار ما سيكون، والذي حملهم على هذا أن كلاً من العمل والعين متعلقان بالذمة، فحتى يبينوا أن المعقود عليه هو العين بعقد الاستصناع، وأن العقد عقد بيعٍ، وليس المعقود عليه هو العمل؛ فيكون العقد عقد إجارةٍ، أطلقوا كلمة (عين) على أمر متعلِّق بالذمة، وهو اصطلاح خاصٌّ؛ ولذلك يقول ابن عابدين[2] عن عقد الاستصناع: بيع عينٍ موصوفةٍ في الذمة، لا بيعَ عملٍ، أي لا إجارةً على العمل[3]. فقوله: عينٌ موصوفةٌ في الذِّمَّة. هذا يُفصح عن الموضوع، وأن المراد بالعين: ليس ما

= ط: ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ١٢، ١٣٩.

والسَّرْخَسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر السَّرْخَسي ـ «سَرْخَس» من مدن «خراسان» ـ، شمس الأئمة صاحب المبسوط، أملاه وهو في السجن، وكان عالمًا أصوليًّا مناظرًا، مات سنة (٤٨٣هـ/١٠٩٠م). يُنظَر: قاسم الجَمَالي، **تاج التراجِم**، ٢٣٤. وأبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي (٦٢٦هـ/١٢٢٩م)، **معجم البلدان**، بيروت، دار صادر، ط٢، ١٩٩٥م، ٣، ٢٠٨. وخير الدين الزِّرِكْلِي (١٣٩٦هـ/١٩٧٦)، **الأعلام**، بيروت، دار العلم للملايين، ط١٥، ٢٠٠٢م، ٥، ٣١٥.

(١) ابن الهُمَام محمد بن عبد الواحد السيواسي (٨٦١هـ/١٤٥٧م)، **فتح القدير**، د. م، دار الفكر، د. ت، ٧، ١١٥.

(٢) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز... ابن عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق. له مؤلفات كثيرة أشهرها: ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار، ويعرف بحاشية ابن عابدين، وهو في الفقه الحنفي. امتدت حياته من سنة (١١٩٨هـ/١٧٨٤م إلى ١٢٥٢هـ/١٨٣٦م)، ﷺ. يُنظَر: خير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٦، ٤٢.

(٣) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٥.

يقابل الدَّيْن، وإنما المراد بالعين ما يقابل العمل (المنفعة)، وأن المقصود بالعين ليس هي مواد الخام، وإنما عينٌ سوف تتشكل بعد الاستصناع، والله أعلم»[1].

ج ـ التعريف الراجح:

من التعريفات السابقة يمكن بناء هذا التعريف للاستصناع، وهو في نظري ـ والله تعالى أعلم ـ أجمعُ التعريفات وأمنعها، فهو:

عقدٌ على مبيعٍ موصوفٍ في الذِّمَّة، يُشترَط فيه عملُ الصانع بموادَّ من عنده، على وجهٍ مخصوصٍ.

فكلمة: عقد، أخرجته عن كونه وعدًا.

وكلمة: مبيع، أثبتت أنه عقد بيعٍ، لا إجارة.

وكلمة: موصوف، رفعت عنه الجهالة.

وكلمة: في الذِّمة، أخرجته عن بيوع الأعيان[2].

واشتراط: عمل الصانع بعينه أخرجه عن عقد السَّلَم، الذي لا يُشترَط أن يكون المسلَم فيه من عمل أو إنتاج المسلَم إليه؛ «بل إن عيَّن العاملَ... فسَد السَّلَم، نحو: أنت الذي تصطنعه، أو يصنعه زيدٌ بنفسه... لأنه لا يدري: أيسلِّم ذلك الرجلُ إلى ذلك الأجل، أم لا؟ فذلك غَرَرٌ»[3].

---

(١) دُبْيَانِ الدُّبْيَانِ، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، ٨، ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

(٢) تقدَّم التعريف بها. يُنظَر: ٣٦.

(٣) يُنظَر: أحمد الدردير، **أقرب المسالك لمذهب مالك**، متن، أحمد الصاوي، **بُلْغة السالك**=

ومما أخرجه عن السَّلَم أيضًا عدم ذكر أجل التسليم، وعدم اشتراط تعجيل الثمن.

وكلمة: الصانع، أفادت أن محل العقد يكون من الأشياء التي تدخلها يد الصنعة، ولو لم يباشرها العاقد بنفسه.

والوجه المخصوص، تثبت به أركان العقد وشروطه المشروعة[1]؛ مثل بيان الثمن والأجل والوصف، وكل ما من شأنه أن يرفع عن العقد الغَرَر[2] والجهالة، ونحوهما.

أما سبب ترجيح هذا التعريف فلأنه يكسِب الاستصناعَ وصفًا مستقلًّا؛ يمنعه من التداخل مع العقود الأخرى؛ فلا يكون فيما بينها أيُّ لَبْسٍ أو غموضٍ من شأنه أن يثير النزاع بين المتعاقدين.

والناظر في التعريفات السابقة يجد أن تسليم الثمن ليس بشرطٍ في عقد الاستصناع بخلاف السَّلَم؛ قال ابن نُجَيْم[3] ﷺ وهو يعرِّف الاستصناع: «... ويُعطي الثمن المسمَّى، أو لا يعطي شيئًا، فيَقبل الآخر منه»[4].

= **لأقرب المسالك**، ٣، ٢٨٨، وأحمد الصاوي، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، ٣، ٢٨٨.

(١) تُذكَر لاحِقًا.

(٢) الغَرَر: ما انطوى عليه أمرُه، وخَفيت عليه عاقبتُه. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (٤٧٦هـ/١٠٨٣م)، **المُهَذَّب في فقه الإمام الشافعي**، د. م، دار الكتب العلمية، د. ت، ٢، ١٢.

(٣) زين الدين بن إبراهيم بن محمد... الشهير بابن نُجَيْم الحنفي الإمام العلامة، له مصنفاتٌ في فقه الحنفية، منها: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مات سنة (٩٧٠هـ/١٥٦٣م)، ﷺ. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ١٠، ٥٢٣.

(٤) زين الدين بن إبراهيم ابن نُجَيم (٩٧٠هـ/١٥٦٣م)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، د. م، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د. ت، ٦، ١٨٥.

«وقد جاء في تعليل ذلك... أن الاستصناع باشتماله على العمل أشبهَ الإجارة، وهي لا يجب فيها تعجيل الأجرة»[1].

وأَلفِت هنا إلى أن الاستصناع عند الجمهور ـ بخلاف الحنفية ـ يُعَدُّ من «العقود غير المُسَمَّاة، وهي التي لم يوضع لها اسمٌ خاصٌّ في الشرع، ولم يرتِّب التشريع أحكامًا خاصةً بها، وإنما استحدثها الناس تَبَعًا للحاجة»[2].

ولهذا فإن الباحث لا يجد في المصادر الفقهية عند الجمهور كتابًا أو بابًا مستقلًّا في الاستصناع، ولكنه يجد مسائله في تطبيقات عقد السَّلَم المسمَّى، فالاستصناع هو فرعٌ منه، وكونه غير مسمًّى لا يقلِّل من شأنه عند الجمهور، كيف وهم يرونه عقدًا لازمًا كعقد السَّلَم تمامًا؟!.

أما الحنفية فالاستصناع عندهم من العقود المُسَمَّاة؛ لأدلة شرعية تَخُصُّه، تُذكَر لاحقًا في مبحث مشروعية عقد الاستصناع، لكنهم يرونه عقدًا غير لازمٍ إلا في مراحله الأخيرة على ما سيأتي تفصيله.

(١) د. أحمد بدران، **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، الكويت، سلسلة رسائل البنك الصناعي، العدد ٧٢، مارس ٢٠٠٣م، ١١٣.

(٢) يُنظَر: د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٤، ٣٠٩٥. ومن العقود غير المُسَمَّاة: عقد: التأمين، والتَّوْريد، والتأليف، والاختراع. يُنظَر: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، دمشق، دار القلم، ط٢، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ١، ٧٥٩ ـ ٧٦٠.

المَبْحَث الثَّانِي

الاستصناع بين المُواعَدة والعقد

۞ الفرق بين الوعد والمواعدة:

اختلف فقهاء الحنفية في توصيف الاستصناع: بين كونه مُواعَدةً أو عقدًا، والمُواعَدة لغةً من: «واعدت فلانًا أواعِده مُواعَدةً: إذا وعدته ووعدني؛ لأن سبيل فاعلت، أن يكون من اثنين، كقولك: شاركت الرجل، وقاتلته، وبايعته»[(١)]. بخلاف الوعد فهو من طرفٍ واحدٍ.

فالمُواعَدة في الاستصناع تنشأ من جهتي الصانع والمستصنع معًا: الصانع يَعِد المستصنع بصُنع السلعة، والمستصنِع يَعِده بشرائها ودفع ثمنها.

والمُواعَدة من الوعد، وصلة الوعد بالأخلاق أوثق من صلته بالبيوع والمعاملات، فمن وعد ببيعٍ أو شراءٍ، ثم أخلف، فإنه يأثم دِيانةً[(٢)]، ولا يُحاكَم قضاءً من حيث الجملة، بخلاف ما لو تم العقد اللازم، ثم امتنع أحد العاقدين عن تنفيذ مضمونه، فإنه يُلزَم به قضاءً.

---

(١) أبو بكر محمد بن القاسم الأنباري (٣٢٨هـ/٩٤٠م)، **الزاهر في معاني كلمات الناس**، حققه د. حاتم صالح الضامن، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ٢، ١٢٩.

(٢) أي: تكون المؤاخذة على إثمه يومَ الدِّين في الآخرة، بخلاف المُساءلة القضائية فهي في الدنيا.

وجمهور الفقهاء ـ المالكية والشافعية والحنابلة ـ يذهبون إلى أن الاستصناع عقد بيعٍ، تجري عليه أحكام عقد السَّلَم وشروطه[1]. أما الحنفية فجمهورهم وافق الجمهور، وعَدَّ الاستصناع عقداً، وخالفهم بعضهم، فجعله مُواعَدةً، وعليه فالمسألة تقتضي التفصيل الآتي:

أ ـ الاستصناع مُواعَدةٌ:

ذهب بعض الحنفية[2] ـ خلافًا لجمهورهم ـ إلى أن الاستصناع «مُواعَدة، وإنما ينعقد عند الفراغ بيعًا بالتعاطي، ولهذا كان للصانع أن لا يعمل، ولا يُجبَر عليه... وللمستصنِع أن لا يَقبل ما يأتي به، ويرجِع عنه، ولا تَلزم المعاملة»[3].

فالاستصناع يبقى وعدًا إلى أن يفيَ الصانع بوعده، ويُحضِر الشيء المصنوع، ويَقبل به المستصنِع، فحينئذٍ ينشأ العقد بيعًا، وحجتهم في ذلك الأدلة التالية:

---

(١) يأتي تفصيل مذهبهم في حينه. ولمعترض القول: إذا كان الاستصناع عند الجمهور بيعًا، وهو من العقود المسمَّاة، فكيف يحكمون على الاستصناع بأنه ليس من العقود المسمَّاة، كما تبين من قريب؟. والجواب: إنهم لا يرونه عقدًا مسمًّى على جهة الاستقلال، ولكنه يدخل في مسائل عقد السَّلَم المسمَّى.

(٢) كالحاكم الشهيد، وغيره. يُنظَر: محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٣٩. ومحمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٥. والحاكم: محمد بن محمد أبو الفضل، قاضي بُخارى، وشيخ الحنفية في زمانه، قُتِل شهيدًا سنة (٣٣٤هـ/٩٤٦م). يُنظَر: أبو الفداء قاسم بن قُطْلُوبغا الجَمَالي (٨٧٩هـ/١٤٧٤م)، **تاج التراجِم**، حققه محمد خير يوسف، دمشق، دار القلم، ط١، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م، ٢٧٢ ـ ٢٧٤.

(٣) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٥.

١ ـ حديث: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»:

عن حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ[١] ﷺ قَالَ: «يَا رَسُولَ اللهِ، يَأْتِينِي الرَّجُلُ، فَيُرِيدُ مِنِّي الْبَيْعَ لَيْسَ عِنْدِي، أَفَأَبْتَاعُهُ لَهُ مِنْ السُّوقِ؟ فَقَالَ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[٢]. أي لا تبع «شيئًا ليس في ملكك حال العقد»[٣]. فلما مُنع بيعًا، كان إذًا وعدًا.

ورُدَّ هذا الاستدلال بأن الحديث «في بيوع الأعيان[٤] دون بيوع الصفات؛ فالسَّلَم[٥] في شيءٍ موصوفٍ يجوز... وإن لم يكن في ملكه حالة

---

(١) أبو خالد حكيم بن حِزام بن خُوَيْلِدٍ الأسديّ، ابن أخي أم المؤمنين خديجة ﷺ، وُلد في جوف الكعبة! وكان من سادات قريش، ومن العلماء بأنسابها وأخبارها، وكان يفعل المعروف، ويصل الرَّحِم، أسلم عام الفتح (٨هـ/٦٢٩م)، وحسُن إسلامه، وشهد غزوة حُنَيْن، وكان من المؤلَّفة قلوبُهم، فأُعطي من غنائمها مئة بعير. عاش (١٢٠) سنة: شطرها في الجاهلية، وشطرها الآخر في الإسلام! ومات سنة (٥٠هـ/٦٧٠م) ﷺ. يُنظَر: أبو الفضل، أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، **الإصابة في تمييز الصحابة**، حققه عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوَّض، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ، ٢، ٩٧ ـ ٩٨.

(٢) أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني (٢٧٥هـ/٨٨٨م)، **السُّنَن**، حققه محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، د. ت، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث (٣٥٠٣)، ٣، ٢٨٣. وهو صحيح.

(٣) أبو الطيب محمد أشرف بن أمير آبادي (١٣١٠هـ/١٨٩٣م)، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، حققه عبد الرحمن محمد عثمان، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، ط٢، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، ٩، ٢٩١.

(٤) ينظر في تعريفها: ٣٦، وفي تعريف العين: ٣٢، ٤١ من هذه الأطروحة.

(٥) أي: هو من بيوع الصفات، التي تحتملها الذمة؛ لانعدام موصوفها ـ المسلَم فيه ـ عند العقد، ولقد أجازه الشرع استثناءً من بيع المعدوم؛ تلبيةً لحاجة الناس إليه، ولهذا سمَّاه=

العقد»[1]. وهو مع ذلك جائزٌ شرعًا، ولازمٌ أثرًا، وليس بوعدٍ اتفاقًا. والحنفية ألحقوا الاستصناع بالسَّلَم بجامع الحاجة إلى كليهما.

٢ ـ بُطلان الاستصناع بموت الصانع:

فمن يرى الاستصناع مُواعَدةً يقول: «إن بُطلانه بموت الصانع[2] ينافي ينافي كونه بيعًا»[3].

«وأجيب بأنه إنما بطل بموته؛ لشَبَهِه بالإجارة»[4]، إذ بموت الأجير يُتعذَّر استيفاء ما استؤجِر عليه، وعقد الاستصناع يرِد على عمل الصانع

= بعض الفقهاء: بيع المَحاويج أو المفاليس! وهذا بخلاف الأعيان، سميت بذلك؛ لأنها موجودة، وتُدرَك بالعين عند بيعها، فلا تحتملها الذِّمة. يُنظَر: أبو الحسن علي بن محمد الماوردي (٤٥٠هـ/١٠٥٨م)، **الحاوي الكبير**، حققه علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، ٥، ١٤. وأبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٠١ و٢٠٩. ومحمد نجيب المطيعي، **المجموع شرح المُهَذَّب: التكملة الثانية**، ١٣، ٩٧.

(١) يُنظَر: أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي (٥١٦هـ/١١٢٢م)، **شرح السُّنَّة**، حققه شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، دمشق وبيروت، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ٨، ١٤٠ ـ ١٤١. ويُنظَر: محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٣٨.

(٢) ويبطل الاستصناع بموت المستصنِع أيضًا؛ لأن المنافع لا تورَّث عند الحنفية، وعقد الاستصناع له شبَهٌ بعقد الإجارة، كما تبين أعلاه. يُنظَر: أبو عبد الله محمد بن محمد البابرتي (٧٨٦هـ/١٣٨٤م)، **العناية شرح الهداية**، د. م، دار الفكر، د. ت، ٧، ١١٥ و٩، ١٤٥.

(٣) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤. ويُنظَر: زين الدين ابن نُجَيْم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ٦، ١٨٦.

(٤) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤.

إجارةً، وعلى المصنوع بيعًا، والبيع لا ينفسخ بموت عاقديْه[1]، فالاستصناع يعطى حكم الإجارة بموت أحد عاقدية؛ فيبطُل.

وإن كان الأصلح «عدم بُطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين **ما دام التنفيذ ممكنًا**، بل الورثة يَحُلُّون محلهما إلا إذا نُصَّ في العقد على خلاف ذلك»[2].

وفي حال تم فسخ العقد فإن كان الميت هو الصانع، وكان موته قبل أن ينفِّذ شيئًا من المصنوع، فعلى ورثته أن ترد إلى المستصنع ما دفعه من الثمن، وإن كان قد أنجز من المصنوع ما فيه نفع للمستصنع، فإنه يأخذه بقيمته؛ لأن الأصل في العقود الإمضاء بما أمكن. والعكس من هذا صحيح فيما لو كان الميت هو المستصنِع، والله تعالى أعلم.

٣ ـ ثبوت الخِيار لكل من الصانع والمستصنع:

وبثبوت الخِيار ـ خِيار الرؤية ـ لهما يَفقد الاستصناع إلزامه، وتبقى المُواعَدة. وأجيب عنه بأن ذلك «لا يدل على أنه غير بيعٍ، ألا ترى أن في بيع المقايضة[3] لو لم يَرَ كل منهما عين الآخر، كان لكلٍّ منهما الخِيار»[4].

---

(١) يُنظَر: أبو المعالي محمود بن أحمد البخاري (٦١٦هـ/١٢١٩م)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، حققه عبد الكريم الجندي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م، ٧، ١٣٥.

(٢) د. علي القره داغي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط٢، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ١٤٤.

(٣) مبادلة عين بعين بلا نقود. يُنظَر: محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٤، ٥٠١.

(٤) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٥.

ب ـ الاستصناع عقدٌ[1]:

وهو ما عليه جماهير الفقهاء السابقين والمعاصرين؛ بصرف النظر عن كونه عقدًا مستقلًّا أو غير مستقلٍّ، أو سَلَمًا[2] أو ليس بسَلَمٍ، قال ابن الهُمَام[3] ﷺ: «الصحيح من المذهب[4] جوازه بيعًا؛ لأن محمدًا[5] ذكر

---

(١) تقدم تعريف العقد، يُنظَر: ٣١.

(٢) كما هو عند الجمهور: المالكية والشافعية والحنابلة. يُنظَر: ٤٠ من هذه الأطروحة.

(٣) كمال الدين محمد بن عبد الواحد... السيواسي، المعروف بابن الهُمَام الحنفي، الإمام العلَّامة في الفقه والأصول، والعربية، وغيرها. أصله من «سيواس» [مدينة تركية]، ولد بالإسكندرية، ونبغ في القاهرة، وأقام بحلب مدة، وجاور بالحرمين، ثم كان شيخ الشيوخ بمصر، وكان معظَّمًا عند الملوك، وأرباب الدولة!. ومن تصانيفه ـ فضلاً عن فتح القدير ـ: التحرير، في أصول الفقه، والمسايرة في العقائد المُنْجِية في الآخرة. مات ﷺ بالقاهرة سنة (٨٦١هـ/١٤٥٧م). يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٩، ٤٣٧ ـ ٤٣٩. وخير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٦، ٢٥٥.

(٤) يعني مذهب الحنفية؛ لأن الجمهور ـ كما أسلفت ـ يرون الاستصناع من فروع عقد السَّلَم.

(٥) محمد بن الحسن بن فَرْقَد الشيباني، صاحب أبي حنيفة، أصله دمشقي من قرية «حَرَسْتا»، قدِم أبوه العراق، ووُلد محمد بواسط [مدينة في العراق] سنة (١٣٢هـ/٧٥٠م)، ونشأ بالكوفة، فطلب الحديث، وجالس أبا حنيفة، ونظر في الرأي، وأخذ عنه بعض الفقه، وتمَّمه على القاضي أبي يوسف، وولَّاه الرشيد ـ الخليفة العباسي ـ قضاء الرقة [مدينة سورية]، وصنَّف: الجامع الكبير، والجامع الصغير. وروى عن الإمام مالك الموطَّأ بعدما أقام عنده ثلاث سنين وكسرًا، وتوفي بالرَّي [من العراق] سنة (١٨٩هـ/٨٠٥م)، ﷺ. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٢، ٤٠٧، ٤٠٩. ويُنظَر: أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (٧٤٨هـ/١٣٤٦م)، **سِيَر أعلام النبلاء**، حققه شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ٩، ١٣٤، ١٣٦.

فيه القياس[١] والاستحسان[٢]، وهما لا يجريان في المُواعَدة، ولأنه جوَّزه فيما فيه تعاملٌ دون ما ليس فيه، ولو كان مُواعَدةً، جاز في الكل. وسمَّاه شراءً، فقال: إذا رآه المستصنِع، فهو بالخِيار؛ لأنه اشترى ما لم يَرَه[٣]، ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها، ولو كانت مواعيد، لم يملكها. وإثبات... الخِيار لكلٍّ منهما لا يدل على أنه غير بيعٍ...»[٤].

وينقل الكاساني رحمه الله عن الإمام محمدٍ رحمه الله: «... وكذا أثبتَ فيه خِيار الرؤية، وأنه يختص بالبِياعات، وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يُتقاضى فيه: الواجبُ، لا الموعود»[٥].

لكن إثبات الخِيار لكلٍّ من البائع والمشتري قبل عملية تسليم المصنوع

---

(١) القياس: في اللغة عبارة عن التقدير. يقال: قِست النعل بالنعل، إذا قدَّرته وسوَّيته، وهو عبارة عن ردِّ الشيء إلى نظيره. وفي الشريعة: عبارة عن المعنى المستنبط من النص؛ لتعدية الحكم من المنصوص عليه إلى غيره، وهو الجمع بين الأصل والفرع في الحكم. علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٨١.

(٢) القياس إما جَلِيٌّ، وهو ما تسبق إليه الأفهام، وإما خَفِيٌّ، وهو ما يكون بخلافه، ويسمى: الاستحسان... أو هو: ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس. والاستحسان في اللغة: عدُّ الشيء واعتقاده حسنًا. **المصدر نفسه**، ١٨، ١٩، ١٨١. وللاستحسان مزيد بيان عند الحديث عن (أدلة المجيزين).

(٣) يسمى خِيار الرؤية، كما صرحت به عبارة الكاساني أعلاه. وهو: أن يشتري ما لم يَرَه، ويردُّه بخِياره. علي الجُرْجاني، **المصدر نفسه**، ١٠٢. ويأتي له مزيد بيان في مبحث: الخِيارات والآثار.

(٤) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٥. ويُنظَر: علي المَرْغِيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ٣، ٧٧.

(٥) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢.

ـ كما جاء في العبارة السابقة ـ يُفقد العقد خاصية الإلزام، وهي من أهم خصائص العقد، إن لم تكن أهمَّها على الإطلاق؛ قال الله ـ ﷻ ـ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وأما ابن مازَه[(١)] ﵀ فعقَّب على ما تقدم من قول الإمام محمدٍ ﵀ بقوله: «والدليل عليه[(٢)] أنه فصَل بين ما للناس فيه تعاملٌ وبين ما لا تعامل للناس فيه، ولو كانت مُواعَدةً، لجاز في الكل...»[(٣)].

وتقييد جواز عقد الاستصناع بما فيه تعامل الناس، فإنه وإن كان في ظاهره قيداً، لكنه في أيامنا هذه قد يحقق انفراجةً كبيرةً في صور عقد الاستصناع وتطبيقاته، حيث يسمح بإبرام هذا العقد في الصناعات الثقيلة ذات الكلفة الباهظة، والتقنيات العالية؛ ما دام الناس قد تعارفوا على دخولها فيه، فهو إذًا قيدٌ مهمٌّ جدًّا في مفهوم عقد الاستصناع.

---

(١) برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز المَرْغِيناني البخاري الحنفي المعروف بابن مازَه، من أكابر فقهاء الحنفية، وُلد سنة (٥٥١هـ/١١٥٦م) بمَرْغِينان ـ ما وراء النهر [جَيْحون] ـ، وتوفي ببخارى سنة (٦١٦هـ/١٢١٩)، ومن تصانيفه: تتمة الفتاوى، وذخيرة الفتاوى، اختصرها من كتابه المشهور بـالمحيط البرهاني. يُنظَر: مصطفى ابن عبد الله حاجي خليفة (١٠٦٧هـ/١٦٥٧م)، **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ت، ١، ٨٢٣، وإسماعيل البغدادي (١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م)، **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، «استانبول»، وكالة المعارف الجليلة، ١٩٥١م، ٢، ٤٠٤. وخير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٧، ١٦١.

(٢) على أن الاستصناع عقدٌ.

(٣) يُنظَر: محمود البخاري، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، ٧، ١٣٥.

ج ـ الترجيح:

من العبارات السابقة لفقهاء الحنفية التي ذُكر فيها البيع والشراء يعرف بأن الاستصناع يدخل في جملة العقود عامةً، وأنه عقد بيعٍ على وجه الخصوص.

أما القول بأن الاستصناع مُواعَدةٌ فإنه يقلِّل من أهميته، ويضيِّق من دائرة تطبيقاته؛ بحيث لا تتجاوز الصناعات الخفيفة، وغير المكلفة، كالخِفاف والآنية ونحوها، كما نجده في كثير من العبارات الفقهية القديمة، والتي مضى ذكر بعضٍ منها(١).

مع أن الأستصناع تزداد أهميته من زمانٍ لآخر؛ بحسب تقدُّم التصنيع وتطوره، وتوسُّع حاجات الناس، فقد ذكر ابن الهُمَام ـ وهو من علماء القرن التاسع الهجري ـ في جملة صناعات زمانه، ذكر صناعة الزجاج والحديد(٢).

أما مجلة الأحكام العدلية ـ الصادرة عام (١٢٩٣هـ/١٨٧٦م) ـ فقد نصت المادة: (٣٨٨) منها على استصناع زَوْرقٍ وسفينةٍ وبندقيَّةٍ. أما في زماننا فلقد بلغ التصنيع حدًّا كاد يشبه خوارق العادات!.

والوعد يدخل في أدبيات الناس وأخلاقهم، وهو أمر لا يستهان به، والخُلْف به من آيات النفاق، لكن الأصل في المعاملات التجارية أن يُنظَر فيها إلى واقع الحال وظاهره، وأما ما وراء ذلك فأمره إلى الله، ﷻ!.

---

(١) يُنظَر ـ على سبيل المثال ـ: محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٤.

(٢) **المكان نفسه**.

فجعلُ عقد الاستصناع من المُواعَدة يُخرجه من إلزامية عقود المعاوضات المالية وآثارها؛ ليدخله في أبواب الأخلاق والفضائل، وهو أمرٌ مستغرَبٌ من الناحية الفقهية.

وكذلك، فإن الأصل في العقود الإمضاء لا الإلغاء، والإعمال لا الإبطال، فلو كان الاستصناع مُواعَدةً غير ملزمةٍ، وليس بعقدٍ ابتداءً، لكانت الأعمال السابقة له بعد المُواعَدة غير منضبطةٍ، وخارجةً عن المُساءلة القضائية، بما فيها من بذلٍ مُعتَبرٍ في الجهد والوقت من جهة المصنِّع، وقد يضحِّي ببعض مالِه أملاً في إمضاء العقد، وهو ضررٌ ظاهرٌ.

وفوق ذلك كله فقد يثير رفض المستصنِع للمادة المصنَّعة ساعة التسليم نزاعًا بينه وبين الصانع، والعكس من ذلك صحيح، فقد يكون المستصنِع محتاجًا إلى السلعة في وقتٍ ما، فعدم تسليمها إليه غالبًا ما يُوقعه في الحرج أو الضرر، مع أن العقود في الإسلام لم تُشرَع إلا لتحقيق التراضي، وحسمِ الخلاف بين المتعاقدين، ويؤكد هذا ما نراه في أيامنا هذه من تصنيعٍ متطوِّرٍ ومُكلِفٍ.

وإن القول بمُواعَدة الاستصناع، وبأن العقد ينشأ بعد إنجاز المصنوع، ورضا المستصنِع به بيعًا بالتعاطي؛ يعني أن العقد ساعتئذٍ سوف يقع على عينٍ حاضرةٍ، وليس على عينٍ موصوفةٍ بالذِّمة، التي هي شرطُ صِحَّةٍ في عقد الاستصناع عند الحنفية.

قال السَّرْخَسي ﵀ مرجِّحًا كون الاستصناع عقدًا لا وعدًا: «والأصح

أنه معاقدةٌ؛ فإنه أُجري فيه القياس والاستحسان»[١].

وبكون الاستصناع عقدًا فقد وجب تحقق شروطه في العاقدين كالأهلية، وفي المادة المصنَّعة؛ كأن تكون مُتَقوَّمةً شرعًا، ونحوها من الشروط المطلوبة شرعًا في سائر العقود.

*** مناقشة القول بأن الاستصناع وعدٌ ملزِمٌ:**

يرى الدكتور علي القره داغي[٢] أن الاستصناع وإن كان وعدًا فإنه يكون مُلزِمًا قضاءً؛ إذا ما ترتبت عليه التزاماتٌ وآثارٌ بسببه، وعزا ذلك إلى جماعةٍ من العلماء منهم المالكية، ونقل عنهم قول سَحْنون[٣]، وهو التالي: «الذي يَلزم من الوعد كقوله: اهدِم دارك؛ وأنا أُسلِفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج؛ وأنا أُسلفك، أو اشترِ سِلعةً، أو تزوَّج امرأةً؛ وأنا أُسلِفك؛ لأنك أدخلته بوعدك في ذلك»[٤].

---

(١) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٣٩.

(٢) أستاذ ورئيس قسم الفقه والأصول بكلية الشريعة والقانون ـ جامعة قطر. وخبير الفقه والاقتصاد الإسلامي بمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، وجُدَّة. وعضو المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث.

(٣) أبو سعيد، عبد السلام بن حبيب التَّنُوخي، الحِمْصي الأصل، المغربي القَيْرواني، المالكي، قاضي القيروان، وصاحب (المُدَوَّنة) في الفقه المالكي، ويُلقب بسحْنون ـ بفتح السين وضمها ـ: اسم طائرٍ بالمغرب، يوصف بالفطنة والتحرز، كان فقيهًا بارعًا، وورعًا صادقًا، وزاهدًا سخيًا، وصارمًا في الحق، مات سنة (٢٤٠هـ/٨٥٥م)، وله ثمانون سنة. يُنظَر: محمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ١٢، ٦٣ ـ ٦٩.

(٤) يُنظَر: د. علي القره داغي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ١٥٣. واقتبس قول سَحْنون من، القَرافي، **الفُروق**، بيروت، دار المعرفة، ٤، ٢٤ ـ ٢٥.

لكن الاستصناع عند من لم يَرَ أنه عقدٌ ـ وهم بعض الحنفية، كما سبق ـ قالوا: إنه مُواعَدة، وهي تختلف عن الوعد بالدَّين الذي ذكره الدكتور القره داغي، من جهتي المعنى والأثر:

أما من جهة المعنى فالوعد يلتزم به طرفٌ واحدٌ، وأما المُواعَدة فيلتزم بها طرفان، كما تقدم في تعريفها.

وأما من جهة الأثر، فالأصل في الوعد بالدَّين أنه ليس بملزِمٍ قضاءً، وهو ما صرح به سَحْنون في ختام العبارة السابقة، التي اقتبسها الدكتور القره داغي، فقد قال: «أما مجرد الوعد فلا يَلزم الوفاء به، بل الوفاء من مكارم الأخلاق»[1].

والمالكية ـ كما أفادت عبارة سَحْنون نفسُها ـ لم يُلزموا الواعد بالقرض الحسن بالوفاء إلا حينما ينتج عن خُلْفه بوعده إضرارٌ بالموعود؛ كأن يكون قد باشر الإنفاق على مشروعه بناءً على ما وُعِد؛ فأوقعه الخُلف بعجزٍ فوق عجزه الأول الذي لأجله طلب القرض.

أما المُواعَدة فهي ليست وعدًا أو قرضًا حسنًا، ولكنها تقوم على أصل رِبْحيٍّ تجاريٍّ بَحْتٍ؛ فلا يراعى فيها المستوى المادي لكل من طرفيها: غنًى أو فقرًا.

هذا، وإن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس المنعقد

(١) أبو العباس أحمد بن إدريس القَرافي (٦٨٤هـ/١٢٨٥م)، **الفُروق**، د. م، عالم الكتب، د. ت، ٤، ٢٥.

بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ/١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م، في موضوع الوفاء بالوعد... راعى تلك المفارقة بين الوعد والمُواعَدة حينما قرر:

«... ثانيًا: الوعد (وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزِمًا للواعد دِيانةً إلا لعذرٍ، وهو ملزِمٌ قضاءً إذا كان معلَّقًا على سبب، ودخل الموعود في كُلفةٍ نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذرٍ.

ثالثًا: المُواعَدة (وهي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المُرابَحة[(١)] بشرط الخِيار[(٢)] للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خِيارٌ فإنها لا تجوز؛ لأن المُواعَدة المُلزِمة في بيع المُرابَحة تُشبه البيع نفسه، حيث يُشتَرط عندئذٍ أن يكون البائع مالكًا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفةٌ لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده»[(٣)].

---

(١) هي: البيع بما اشترى، وبزيادة ربحٍ معلوم عليه. أو هو: نقلُ ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة رِبْح. والدليل على جوازها أن كل واحد من الثمن والمبيع معلوم، ويجوز العقد عليه. أبو حفص عمر بن محمد النَّسَفي (٥٣٧هـ/١١٤٣م)، **طِلْبَة الطَّلَبة**، د. م، المطبعة العامرة، ط، ١٣١١هـ، ١١١. وقاسم ابن عبد الله القُونَوِي (٩٧٨هـ/١٥٧٠م)، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، حققه يحيى حسن مراد، د. م، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م، ٧٦.

(٢) المقصود به خِيار الفسخ، وسببه عدم وجود السلعة التي انعقدت عليها المرابحة، بخلاف ما لو كانت في ملك البائع ساعة العقد، فإنها تأخذ بذلك حكم بيع السلعة الحاضرة في الإلزام، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من القرار.

(٣) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**،=

بناءً على ما سبق، وعلى ما ظهر لي فإن توصيف الاستصناع بأنه وعدٌ بدَينٍ، أو مُواعَدةٌ ببيعٍ لا يعطيه صفة الإلزام القضائي؛ لأن الاستصناع بوصفه مُواعَدةً هو بيعٌ لعينٍ لا يملكها الصانع؛ فلا يكون مُلزِمًا، كالمُرابَحة التي نصت عليها الفقرة الثالثة من القرار.

وهو كذلك ليس بملزمٍ بوصفه وعدًا؛ فالاجتهاد المالكي ـ كما أفادت عبارة سَحْنون ـ كان في الوعد بالقرض الحسن؛ إذا ما ترتب على الخُلْف به ضررٌ بالموعود، أما الاستصناع فهو من عقود المعاوضات الرِّبْحية، فلا يلتحق هذا بذاك، والله تعالى أعلم.

وعليه، فلا بد للحكم بإلزامية عقد الاستصناع من توصيفٍ آخر، وهو ما يأتي لاحقًا.

د ـ محل عقد الاستصناع:

بناءً على أن الراجح في الاستصناع كونه عقدًا، فهل يكون محله السِّلعة، أم العمل، أم السِّلعة والعمل معًا؟.

قال الكاساني ﵀: «قال بعضهم[1]: هو عقدٌ على مبيعٍ في الذِّمة.

= الدورة الخامسة لمؤتمر المجمع، الكويت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م، العدد ٥، ٢، ١٥٩٩ ـ ١٦٠٠. وما ذهب إليه المجمع يتفق مع فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: رقم ١٠١ ـ ٢٩/٤/١٣٩٣هـ، يُنظَر: الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، **مجلة البحوث الإسلامية**، فصلية، (٧/١٤٠٣هـ)، ١١٣ ـ ١١٤.

(١) أي: بعض مشايخ الحنفية؛ وهو ما صرح به الكاساني قبل عبارته هذه بأسطر. وهو من=

وقال بعضهم: هو عقدٌ على مبيعٍ في الذمة، شُرط فيه العمل.

وجهُ القول الأول أنَّ الصانع لو أحضر عينًا، كان عملها قبل العقد، ورضي به المستصنع، لجاز، ولو كان شرطُ العمل من نفس العقد، لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عملٍ في المستقبل، لا في الماضي[1].

والصحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يُشترَط فيه العمل، لا يكون استصناعًا؛ فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيعٍ في الذمة يسمَّى سلَمًا، وهذا العقد يسمى استصناعًا، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل.

وأما إذا أتى الصانع بعينٍ صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقدٍ آخر، وهو التعاطي بتراضيهما»[2].

إذًا هو بالعقد الأول استصناع، وبالعقد الآخر بيعٌ مطلَقٌ.

وذهب[3] بعض الحنفية ـ بخلاف جمهورهم ـ إلى أن المعقود عليه في الاستصناع هو العمل فحسب؛ لأن الاستصناع يُنبئ عنه... ولأنه يَبطل

= مصطلحات الحنفية، و(المراد به من لم يُدرك الإمام أبا حنيفة). د. محمد الحفناوي، **مصطلحات الفقهاء والأصوليين**، القاهرة، دار السلام، ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ٥٥. وهذا المصطلح منتشرٌ جدًّا في مصادر الحنفية، وكثيرًا ما ينسب المشايخ إلى بلدانهم، فيقال: مشايخ العراق وسَمَرْقَنْد وبَلْخ...

(١) تقدَّم تعليل هذه الجملة، يُنظَر: ٣٤.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢. تقدم تعريف بيع التعاطي، يُنظَر: ٣٦.

(٣) يُنظَر: محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٥ ـ ١١٦.

بموت الصانع لشبَهِه بالإجارة. وقوله: «الاستصناع ينبئ عنه». أي معناه لغةً: طلب الصنع، وهو عملٌ.

ومما يجاب عن هذا الاتجاه أن الأجير يعمل فيما يملك مؤجِّره، أما الصانع فإنه يعمل فيما يملكه هو كشرطٍ من شروط عقد الاستصناع، ويمكن القول بأن العمل هو شرطٌ في العقد، لا محلًّا فيه، الذي هو العين المصنَّعة، فيلتحق حكم العمل ببقية الشروط التي تصف العين المصنَّعة وصفًا يرفع عن العقد كل جهالةٍ تُفضي إلى النزاع، قال السَّرْخَسي: «والأصح أن المعقود عليه المستصنَعُ فيه، وذِكْر الصنعة لبيان الوصف»[1].

ولفت الباحث دُبْيان الدُّبْيان إلى أمر مُهمٍّ؛ فقال: «وقد أشكل على بعض الباحثين كون الحنفية تساءلوا في عقد الاستصناع: هل المعقود عليه العين، أم العمل؟ وقد رجَّحوا أن المعقود عليه: هو العين، وليس العمل، ووجه الإشكال: إذا كان المستصنَع معدومًا، فهو ليس عينًا؛ لأن العين: هو المعيَّن، وهو ما يمكن الإشارة إليه، ويكون له ذاتٌ وحيِّزٌ من الفراغ، كهذا الكرسي، والبيت، والحِصان، بينما العين المستصنَعة تعلُّقها بالذِّمة؛ لكونها ليست موجودةً، ولم يتعلق الحق بشيءٍ بعينه، وما كان متعلِّقًا بالذِّمة فهو دَينٌ، وليس عينًا...

والحق أن هذا الإشكال قائمٌ إلا إذا فهِمنا مُراد الحنفية بالعين في عقد الاستصناع؛ فقد يزول الإشكال... فالمراد: بالعين عندهم باعتبار ما سيكون، والذي حملهم على هذا: أن كلاً من العمل والعين متعلِّقان بالذِّمة،

(١) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٣٩.

فحتى يبينوا أن المعقود عليه هو العين بعقد الاستصناع، وأن العقد عقد بيعٍ، وليس المعقود عليه هو العمل؛ فيكون العقد عقد إجارةٍ، أطلقوا كلمة (عين) على أمرٍ متعلِّقٍ بالذِّمة، وهو اصطلاحٌ خاصٌّ... فلو كان المقصود بالعين المعيَّنَ، لم يكن قوله: (في الذِّمة) مناسبًا؛ لأن ما كان في الذِّمة لا يكون إلا دَينًا، والدَّين يكون في مقابل العين، والله أعلم»[1].

(١) دُبْيَان الدُّبيان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، ٨، ٢٨٧ ـ ٢٩٠.

المبحث الثالث
الاستصناع بين التبعية والاستقلالية

إذا كان الاستصناع عقداً ـ على ما سبق ترجيحه ـ فهل هو بيعٌ، أم إجارةٌ، أم سَلَمٌ، أم عقدٌ مستقلٌّ؟ والجواب على التفصيل الآتي:

أ ـ الاستصناع إجارةٌ:

وهي: «تمليكُ منفعةٍ معلومةٍ بعِوَضٍ معلومٍ»[(١)].

وهي جائزةٌ بالنقل[(٢)] والإجماع[(٣)]، ومن أدلتها قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. وعلى فرْض أن الاستصناع إجارةٌ،

---

(١) أبو عبد الله محمد بن أحمد عُلَيْش (١٢٩٩هـ/١٨٨٢م)، **مَنْحُ الجليل شرحُ مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، ط، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ٧، ٤٣١. وفي المذاهب الفقهية الأخرى تعريفات مقارِبة؛ يُنظَر: محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٥، ٧٤. ومحمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (٩٧٧هـ/١٥٦٩م)، **مُغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ٣، ٤٣٨. ومنصور البُهوتي، **الروض المُرْبع شرح زاد المُستقنِع**، ٤٠٩.

(٢) المراد بالنقل: الأدلة النقلية من القرآن الكريم والسنة النبوية.

(٣) الاجماع لغةً: العزم والاتفاق. واصطلاحًا: اتفاق مجتهدى عصر من هذه الأمة بعد وفاة نبينا محمد ﷺ على أمر ديني. أبو الحسن علي بن محمد ابن اللحام (٨٠٣هـ/١٤٠٠م)، **المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، المحقق: د. محمد مظهر بقا، الناشر: جامعة الملك عبد العزيز ـ مكة المكرمة، ٧٤. وللإجماع مزيد بيان عند الحديث عن (أدلة المجيزين).

فإنها من نوع إجارة الأشخاص، وفيها يكون الأجير إما خاصًّا، وإما مُشترَكًا:

فالأجير الخاص هو «الذي يؤجِّر نفسه مدةً معلومةً، يستحق المستأجِر نفْعَها في جميعها»[(١)]. «كمن استؤجِر شهرًا للخدمة، أو لرعي الغنم»[(٢)]. ففي الأجير الخاص «يكون العقد واردًا على منفعته[(٣)]، ولا تصير منافعه معلومةً إلا بذكر المدة»[(٤)].

وأما الأجير أو الصانع المشترَك فهو: «الذي نصَّب نفسه للعمل للناس»[(٥)]. و«مَن يكون عقده واردًا على عملٍ معلومٍ ببيان محله. والعمل المعلوم المعقود عليه هو: الوصف الذي يَحدُث في العين بفعل الأجير المشترك؛ فلا يحتاج إلى ذكر المدة، وحكمُه أن يتقبَّل العملَ لغير واحدٍ، كالخيَّاط والصبَّاغ»[(٦)].

---

(١) أبو الحسن علي بن سليمان المَرْداوي (٨٨٥هـ/١٤٨٠م)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، د. م، دار إحياء التراث العربي، ط٢، د. ت، ٦، ٧٠.

(٢) علي المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ٣، ٢٤٣.

(٣) المنافع: أعراض قائمة بغيرها [من الأعيان]، ولا يمكن أن تباع إلا في حال عدمها، [فالمنافع المؤَّجرة يتطلب استيفاؤها زمنًا بعد العقد]، بخلاف الأعيان فهي قائمة بنفسها، ونهى الشارع عن بيعها حتى توجد. يُنظَر: أبو بكر محمد بن أيوب، ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ/١٣٥٠م)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، حققه محمد إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م، ٢، ٣ ـ ٥.

(٤) يُنظَر: محمد بن حسين الطُّوري (بعد ١١٣٨هـ/١٧٢٦م)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق: التكملة**، ٨، ٣٠.

(٥) محمد عُلَيْش، **مَنْح الجليل شرح مختصر خليل**، ٧، ٥١٥.

(٦) يُنظَر: محمد الطُّوري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق: التكملة**، ٨، ٣٠.

ومما سبق يمكن توصيف الصانع في عقد الاستصناع على أنه أجيرٌ مشترَكٌ عند القائلين بأن الاستصناع إجارةٌ، لكن عقد الاستصناع يشترَط فيه كون المادة المرادِ تصنيعُها مملوكةً للصانع، فكيف يكون أجيرًا لدى المستصنِع؟! وكيف يكون العقد إجارةً؟!.

ومن هنا فرق الفقهاء بين عقد استئجار الصانع، وبين عقد الاستصناع، إذ الأول محله عمل الصانع فيما يملكه المستأجِر، كمن قدَّم حديدًا للحدَّاد؛ ليصنع له بابًا. وأما الثاني فهو عمل الصانع فيما يملكه هو.

وخلاصة المسألة أن «الاستئجار للصناعة، المعقودُ عليه [هو] الوصف الذي يَحدُث في المحل **بعمل** العامل، وأما الاستصناع فهو **بيعُ** عينٍ شُرط فيه العمل»[(١)].

بعد الذي تقدم من تعريفٍ للإجارة والأجير، فهل يعد الاستصناع إجارةً؟.

ذهب أبو سعيدٍ البَرْدَعِيُّ[(٢)] رحمه الله من الحنفية إلى أن الاستصناع عقد

(١) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٥، ٨٤.

(٢) أحمد بن الحسين أبو سعيد البردعي؛ نسبةً إلى «بردعة»، وهي بلدة من أقصى بلاد «أذربيجان»، سكن بغداد، أحد الفقهاء الكبار، وأحد المتقدِّمين من مشايخنا [الحنفية] ببغداد... وأقام أبو سعيد ببغداد سنين كثيرة درَس فيها ودرَّس، ثم خرج إلى الحج فقُتل في وقعة القرامطة مع الحاجِّ سنة (٣١٧هـ/٨٣٢م) رحمه الله. عبد القادر القُرَشي، **الجواهر المُضِيَّة في طبقات الحنفية**، ١، ١٦٤ ـ ١٦٦. ويُنظَر: زين الدين ابن نُجَيْم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ٣، ٣٢١، وتقي الدين بن عبد القادر التميمي (١٠٠٥هـ/١٥٩٧م)، **الطبقات السَّنِيَّة في تراجِم الحنفية**، حققه د. عبد الفتاح الحلو، القاهرة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م، ٤، ٤٢٠.

إجارةِ عملٍ محضة، وبنى اجتهاده هذا على أمرين اثنين:

أولهما: دلالة اسم الاستصناع.

ثانيهما: بُطلانه بموت أحد العاقديْن.

فالبَرْدَعيُّ رحمه الله يقول: «المعقود عليه هو العمل؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، وهو العمل»[(١)]. ويضيف: «فتسمية العقد به دليلٌ على أنه هو المعقود عليه، والأَديم والصَّرْم[(٢)] فيه بمنزلة الآلة للعمل»[(٣)].

فهو يرى أن عمل الأجير فيما يملكه لا يُخرج العقد من الإجارة إلى الاستصناع؛ لأن ما يملكه الأجير من مواد للتصنيع هو بحكم الآلات التي يستعملها في حِرْفته أو صنعته، فالأديم ـ الجلد ـ الذي يملكه الحذَّاء هو في حكم المسمار أو الخيط الذي يستعمله، وكذلك الأمر في المِنْشار الذي يستعمله الأجير النجار.

وأجاب السَّرْخَسي بقوله: «والأصح أن المعقود عليه هو المستصنَعُ فيه، وذِكرُ الصنعة لبيان الوصف [وصف المستصنَع فيه]... ألا ترى أنه لو جاء به مفروغًا عنه لا من صنعته، أو من صنعته قبل العقد فأخذه، كان جائزًا[(٤)]؟

---

(١) محمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٧، ١١٥ ـ ١١٦.

(٢) الأديم: الجِلْد. والصَّرْم: القَطْع، ويطلق أيضًا على الجلد ذاته. ومعناهما معًا: قطع الجلد. يُنظَر: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي (٦٦٦هـ/١٢٦٨م)، **مختار الصحاح**، حققه يوسف الشيخ محمد، بيروت، المكتبة العصرية ـ ط٥، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ١٥ و١٧٥.

(٣) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٣٩.

(٤) أي: لو كان العقد إجارةً، لما صح؛ لأن عقد الإجارة محله منفعة المستأجَر، والصانع هنا=

والدليل عليه أن محمدًا[1] قال: إذا جاء به مفروغًا عنه، فللمستصنِع الخِيار؛ لأنه **اشترى** شيئًا لم يَرَه. وخِيار الرؤية إنما يثبت في بيع العين؛ فعرفنا أن المَبيع هو المستصنَع فيه»[2].

فمقصود السَّرْخَسي من ذِكر الصنعة في عقد الاستصناع هو العمل، الذي ما هو إلا كبقية الصفات التي تُذكَر في العقد؛ ليبقى المستصنَع فيه ـ أو ما يُراد صنعه ـ هو محل العقد حقيقةً، وهو ما أكده صاحب (مجمع الأنهُر) بقوله: «لأن المقصود [من الاستصناع] هو العين، وذِكْر الصَّنعة لبيان الوصف والجنس، ويكون المبيع هو العين... لا العمل»[3].

وعليه، فكلمة (الاستصناع) لا تفيد حصر العقد في طلب العمل؛ ليكون العقد بذلك إجارةً، وإنما المراد منها وصف العين المراد استصناعها، والوصف فرعٌ يتبع أصله الموصوف، كما الشرط فرعٌ للمشروط له.

فالعين المراد صناعتها هي محل عقد الاستصناع، وأما العمل فهو بمثابة الوصف له، أو الشرط فيه، وهو ما يمكِن للمستصنع أن يحرِص عليه، أو أن يتنازل عنه؛ ولهذا أجاز الحنفية ـ كما تقدم[4] ـ للصانع أن

= لم يقدِّم عملاً، ولكنه أتى بالمصنوع جاهزًا، فدل على أن العقد هو استصناع، وليس إجارة. وهو ما أوجزه الحَصْكَفِي بقوله: ولو كان المبيعُ عمَلَه، لما صحَّ. محمد بن علي الحصكفي (١٠٨٨هـ/١٦٧٧م)، **الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، متن، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٥.

(١) الإمام محمد بن الحسن الشيباني.

(٢) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٣٩ ـ ١٤٠.

(٣) عبد الرحمن شيخي زاده، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، ٢، ١٠٧.

(٤) هذا بناءً على تعريف الاستصناع بأنه (عقد على مبيع في الذمة) فحسْب، وهو ما أجاب=

يأتي بمصنوعٍ ليس من صنع يده؛ ما دام أنه يوافق المواصفات المطلوبة في العقد، إلا أن يشترِط المستصنِع على الصانع مباشَرة العمل بنفسه، كما سيأتي.

«فإن قيل: أي فرقٍ بين هذا وبين الصبَّاغ، فإن في الصَّبْغ العملَ والعينَ كما في الاستصناع، وذلك إجارةٌ محضةٌ؟.

أجيب بأن الصَّبغ[1] أصلٌ، والصِّبغ آلتُه؛ فكان المقصود فيه العمل، وذلك إجارةٌ، وَرَدَتْ على العمل في عين[2] المستأجِر.

وهاهنا[3] الأصل هو العين المستصنَع المملوك للصانع؛ فيكون بيعًا، ولمَّا لم يكن له وجودٌ من حيث وصْفُه إلا بالعمل، أشبَهَ الإجارة في حكمٍ واحدٍ لا غير»[4].

وكذلك يُعَدُّ الصبَّاغ أجيرًا، وإن كانت مادة الصَّبغ من عنده؛ لأنه لا يملك الثوب الذي استؤجِر لصَبْغه، وفي حُكمه الخيَّاط الذي يُدفَع إليه الثوب؛ ليَخيطه، ولو كان يملك آلة الخياطة، وكذلك الحدَّاد الذي يُقدَّم له الحديد؛ ليصنع بابًا، وما سوى ذلك من أمثاله.

ومما استدل به البَرْدَعِيّ على أن الاستصناع إجارةٌ «بأنه لو كان بيعًا،

= عنه الكاساني، وأضاف عليه: شرْطَ العمل. يُنظَر: ٣٧ من هذه الأطروحة.

(١) الصَّبغ: عمل الصبَّاغ.

(٢) الثوب المراد صبغُه.

(٣) يَقصد عقد الاستصناع.

(٤) محمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٧، ١١٦.

لما بطَل بموت أحد المتعاقديْن، لكنه يبطُل[1] بموت أحدهما...

وأجيب بأن للاستصناع شَبَهًا بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصُّنع، وهو **العمل**، وشبهًا بالبيع من حيث إن المقصود منه **العينُ** المستصنَع، فلِشَبَهِهِ بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع ـ وهو المقصود ـ؛ أجرينا فيه القياس، والاستحسان، وأثبتنا خِيار الرؤية، ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد؛ كما في البيع»[2].

وكذلك فإن الاستصناع «لا يمكن إجارةً؛ لأنه استئجارٌ على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز؛ كما لو قال: احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو اصبغ ثوبك أحمرَ بكذا، لا يصح»[3].

وزاد ابن عابدين ﷺ في جوابه عن البَرْدَعِيِّ ﷺ: «لو انعقد [الاستصناع] إجارةً، لأُجبر الصانع على العمل، والمستصنِع على إعطاء المسمى...»[4]. والمستصنِع لا يُجبَر على ذلك عند جمهور الحنفية؛ لأن عقد الاستصناع عندهم غيرُ مُلزمٍ لطرفيه في معظم مراحله، كما يأتي فيما بعد.

ب ـ الاستصناع إجارةٌ ابتداءً، بيعٌ انتهاءً:

يقول ابن الهُمَام ﷺ: «وفي الذخيرة[5]: وهو إجارةٌ ابتداءً، بيعٌ انتهاءً،

---

(١) أي: كما يبطل عقد الإجارة.

(٢) محمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٧، ١١٥ ـ ١١٦.

(٣) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٤، ١١٥.

(٤) **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤.

(٥) ذخيرة الفتاوى المشهورة بالذخيرة البرهانية لبرهان الدين ابن مازَه البخاري المَرْغِيناني، وله ترجمة سابقة، يُنظَر: ٥٣.

لكن قبل التسليم لا عند التسليم[1]؛ بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع، يبطُل[2]، ولا يُستوفَى المصنوع من تَرِكته، ذكره محمدٌ[3] في كتاب البيوع.

فإن قيل: لو انعقد إجارةً، أُجبِر الصانع على العمل، والمستصنِعُ على إعطاء المسمَّى. أجيب بأنه إنما لم يُجبَر الصانع [مع أنه أجيرٌ]؛ لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عينٍ له، من قطع الأَديم ونحوه[4]، والإجارة تُفسَخ بهذا العذر...»[5].

ويُعترَض عليه بأن المادة المراد تصنيعها يُشترَط فيها أن تكون مملوكةً للصانع، فكيف يكون أجيرًا فيما يملك؟!.

ج ـ الاستصناع بيعٌ:

والبيع هو: «تمليكُ مالٍ بمالٍ»[6]. ومعناه: تمليك المَبيع بتمليك الثمن. ويدخل الاستصناع في عموم هذا التعريف، وإن كان له ما يَخُصُّه، قال السَّرْخَسي رحمه الله في الاستصناع: «بيع عينٍ شُرط فيه العمل... فالمستصنَع فيه مَبيعُ عينٍ، ولهذا يَثبت فيه خِيار الرؤية...»[7].

---

(١) يعني: يكون العقد قبل التسليم إجارةً، وعند التسليم بيعًا.

(٢) بطلان عقد الاستصناع بموت الصانع تقدَّم جوابه آنفًا.

(٣) الإمام محمد بن الحسن الشيباني.

(٤) الجِلْد، ونحوه من المواد المستخدَمة في التصنيع.

(٥) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٦ ـ ١١٧.

(٦) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٧، ٢١٥، وللمزيد يُنظَر: محمد الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ٣، ٢. ومحمد الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ٢، ٣٢٢. وعبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٣، ٤٨٠.

(٧) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٥، ٨٤ ـ ٨٥.

وقال ابن الهُمَام رحمه الله: «والصحيح أنه يجوز بيعًا»[١].

وقال الكاساني رحمه الله: «وكذا أَثبتَ[٢] فيه خِيار الرؤية، وأنه يختص بالبِياعات»[٣]. وأنه «إذا فرغ الصانع من العمل، وأتى به كان المستصنِع بالخِيار؛ لأنه **اشترى** ما لم يَرَهُ، فقد سمَّاه شراءً...»[٤].

د ـ الاستصناع سلَم:

والسَّلَم في حقيقته بيعٌ منضبطٌ بشروطٍ واستثناءاتٍ تَخصُّه، ومما عُرِّف به أنه «شراءُ آجلٍ بعاجلٍ»[٥]. والآجل هو المبيع المُسلَم فيه، وأما العاجل فثمنه.

وهذا يعني وجوب دفع الثمن عاجلاً، واستلام السلعة آجلاً. واشتراط تعجيل الثمن أمرٌ متَّفقٌ عليه في المذاهب الفقهية الأربعة عملاً بحديث «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ...»[٦].

---

(١) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٤. ويُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢.

(٢) يريد الإمام محمد رحمه الله، كما يُعلَم من سياقه في مصدره.

(٣) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢.

(٤) محمود البخاري، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، ٧، ٢٩٨.

(٥) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٠٩. وللمزيد من تعريفات السَّلَم في المذاهب الفقهية، يُنظَر: أحمد الصاوي، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، ٣، ٢٦١. ومحمد نجيب المطيعي، **المجموع شرح المُهَذَّب: التكملة الثانية**، ١٣، ٩٧، وأبو النجا موسى بن أحمد الحجَّاوي (٩٦٨هـ/١٥٦١م)، **زاد المستقنع في اختصار المقنع**، حققه عبد الرحمن العسكر، الرياض، دار الوطن، د. ت، ١١١.

(٦) يأتي بعد قليل نص الحديث كاملاً مع تخريجه.

«والإسلاف هو التقديم، ولأنه إنما سُمي سلَمًا؛ لما فيه من تسليم رأس المال، فإذا تأخَّر، لم يكن سلَمًا؛ فلم يصِح»[(١)].

وأما مشروعية السَّلَم فهي ثابتة في القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع:

ففي القرآن الكريم: روى الشافعي بسنده عن ابن عباسٍ ﷺ قال: «أشهد أن السَّلَف المضمون إلى أجلٍ مسمًّى قد أحلَّه الله تعالى في كتابه، وأذِن فيه، ثم قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. والسَّلَف جائزٌ في سُنَّة رسول الله ﷺ والآثار، وما لا يختلف فيه أهل العلم...»[(٢)].

وفي السُّنة النبوية: حديث ابن عباسٍ ﷺ قال: «قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ المَدِينَةَ، وَهُمْ يُسْلِفُونَ بِالتَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»[(٣)]. وفي رواية:

---

(١) إبراهيم الشيرازي، **المُهَذَّب في فقه الإمام الشافعي**، ٢، ٧٨. ويُنظَر ـ عند الحنفية ـ، محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ٦٩ ـ ٧٠. وعند المالكية، أحمد الصاوي، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، ٣، ٢٦١. وعند الحنابلة، منصور البُهوتي، **الروض المُرْبع شرح زاد المُستقنِع**، ٣٥٤، ٣٥٩.

(٢) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ/٨١٩م)، الأم، بيروت، دار المعرفة، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م، ٣، ٩٤. وأخرجه الإمام الشافعي، **المسند**، رتَّبه محمد عابد السندي، وصححه وراجع أصوله يوسف علي الزواوي الحسني، وعزت العطار الحسيني، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٣٧٠هـ/١٩٥١م، كتاب (الاستقراض)، حديث (٥٩٧)، ٢، ١٧١. وأخرجه الحاكم، **المُستَدرك على الصحيحين**، كتاب (التفسير)، أثر (٣١٣٠)، ٢، ٣١٤. وهو صحيح.

(٣) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ/٨٧٠م)، **الجامع الصحيح**، شرحه=

«وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثِّمَارِ...»[1].

والثمار أعم من التمر، وقوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ» هو أعم من الثمار أيضًا.

وعن عبد الله بن أبي أوفى[2] رضي الله عنه قال: «إِنَّا كُنَّا نُسْلِفُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ، وَأَبِي بَكْرٍ، وَعُمَرَ فِي الحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرِ، وَالزَّبِيبِ، وَالتَّمْرِ»[3].

وأما الإجماع فقد نقل[4] ابن المنذر[5] إجماع أهل العلم على جواز

= وحققه محب الدين الخطيب، ورقَّمه محمد فؤاد عبد الباقي، وراجعه قصي محب الدين الخطيب، القاهرة، المطبعة السلفية ومكتبتها، ١٤٠٠هـ، كتاب السَّلَم (٣٥)، باب السَّلَم في وزن معلوم (٢)، حديث (٢٢٤٠)، ٢، ١٢٤.

(١) **المصدر نفسه**، كتاب السَّلَم (٣٥)، باب السَّلَم إلى أجل معلوم (٧)، حديث (٢٢٥٣)، ٢، ١٢٧.

(٢) أبو معاوية الأسلمي، وأبوه: علقمة بن خالد، له ولأبيه صحبة. شهد الحديبية وما بعدها، وبقي بالمدينة حتى قُبض النبي ﷺ، ثم تحوَّل إلى الكوفة، وكان آخر الصحابة موتًا فيها، وذلك سنة (٨٦هـ/٧٠٥م)، رضي الله عنه. يُنظَر: علي ابن الأثير، **أُسْد الغابة في معرفة الصحابة**، ٣، ٧٨ ـ ٧٩. وأحمد ابن حجر العسقلاني، **الإصابة في تمييز الصحابة**، ٤، ١٦ ـ ١٧.

(٣) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب السَّلَم (٣٥)، باب السَّلَم في وزن معلوم (٢)، حديث (٢٢٤٢)، ٢، ١٢٥.

(٤) أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر (٣١٩هـ/٩٣١م)، **الإشراف على مذاهب العلماء**، حققه صغير أحمد الأنصاري، رأس الخيمة، مكتبة مكة الثقافية، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٦، ١٠١، ١٠٦.

(٥) محمد بن إبراهيم بن المنذر أبو بكر النَّيْسابوري، شيخ الحرم، ومفتيه، ثقةٌ فقيهٌ، وكان=

السَّلَم بشروطه: في الطعام المَكيل بكيلٍ معلومٍ، أو الموزون بوزنٍ معلومٍ، وفي الثياب المَذْروعة بذَرْعٍ معلومٍ.

«والسَّلَف[1] باتفاق الأئمة يصح بستة شروط؛ ترفع عنه الجهالة المُفْضِية إلى النزاع، وهي: أن يكون في جنسٍ معلومٍ، بصفةٍ معلومةٍ، وبقَدْرٍ معلومٍ، وبأجَلٍ معلومٍ، ومعرفة مقدار رأس المال، وتسمية مكان التسليم؛ إذا كان لحمله مَؤونة»[2].

والباحث بعد التتبُّع يجد أن جمهور الفقهاء ـ المالكية والشافعية والحنابلة ـ قد ألحقوا مسائل الاستصناع ببيع السَّلَم، واشترطوا لها شروطه، ومما قالوه في ذلك: «كاستصناع سيفٍ أو رِكابٍ من حدَّادٍ، أو سَرْجٍ من سُروجِيٍّ، أو ثوبٍ من حيَّاكٍ، أو بابٍ من نجارٍ على صفةٍ معلومةٍ، بثمنٍ معلومٍ، فيجوز، وهو سلَمٌ تُشتَرط فيه شروطه...»[3] التي مرَّت في الفِقرة السابقة.

= مجتهدًا؛ لا يقلِّد أحدًا، وله تآليف حسان!. مات سنة (٣١٨هـ/٩٣٠م) رحمه الله. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٤، ٨٩، ٩٠. و«نَيْسابور» مدينة في شمال شرق إيران.

(١) ذكرتُ فيما سبق أن السَّلَف والسَّلَم معناهما واحدٌ في الاستعمال الفقهي. يُنظَر: ٣٣.

(٢) يُنظَر: محمد نجيب المطيعي، **المجموع شرح المُهَذَّب: التكملة الثانية**، ١٣، ٩٥. ويُنظَر: أحمد الصاوي، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، ٣، ٢٦١ ـ ٢٨٠.

(٣) أحمد الدردير، **أقرب المسالك لمذهب مالك**، متن، أحمد الصاوي، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، ٣، ٢٨٧. ويُنظَر: الشافعي، **الأم**، ٣، ١٣٣، ١٣٤. وأبو عبد الله محمد بن مفلح (٧٦٣هـ/١٣٦٢م)، **الفروع**، حققه عبد الله التركي، د. م، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٦، ١٤٧.

أما الحنفية فإنهم أفردوا الاستصناع عن السَّلَم بأحكامٍ تَخُصُّه، «فالسَّلَم عامٌّ للمصنوع وغيره، والاستصناع خاصٌّ بما اشتُرِط فيه الصُّنع، والسَّلَم يُشتَرط فيه تعجيل الثمن، في حين أن الاستصناع التعجيلُ فيه ـ عند أكثر الحنفية[1] ـ ليس بشرطٍ»[2].

ومن هنا فرَّق الحنفية بين السَّلَم والاستصناع في تعريفاتهم، فالسَّلَم عندهم: «شراءُ آجلٍ بعاجلٍ» كما تقدم آنفًا، لكنهم عرَّفوا الاستصناع بتعريفاتٍ عِدَّةٍ[3]، كان أعمَّها: **عقدٌ على مبيعٍ في الذِّمَّة، شُرِط فيه العمل، على وجهٍ مخصوصٍ**.

هـ ـ المناقشة والترجيح:

١ ـ المناقشة:

يرى جمهور الفقهاء أن الاستصناع عقد بيعٍ لازمٍ، لكنه منضبطٌ بأحكام عقد السَّلَم، المعلومة من أدلتها التفصيلية، ولما كانت الدراسة هذه في الاستصناع على عقدٍ مستقلٍّ بذاته، فإن المناقشة ستكون مع رؤية المذهب الحنفي المتفرِّدة، وذلك على التفصيل الآتي:

---

(١) لأن الإمام زُفَر الحنفي يرى مع الجمهور أن الاستصناع سلَمٌ؛ يُعجَّل فيه الثمن. يُنظَر: أبو الفضل عبد الله بن محمود المَوْصِلِّي (٦٨٣هـ/١٢٨٤م)، **الاختيار لتعليل المختار**، تعليق محمود أبو دقيقة، القاهرة، مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م، ٢، ٣٨.

(٢) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، مصر، دار الصفوة، ط٤، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ٣، ٣٢٦.

(٣) يُنظَر: ٣٣ ـ ٤٠ من هذه الأطروحة، والتعريف الراجح: ٤٣.

قول بعض الحنفية: الاستصناع مُواعَدةٌ هو اتجاهٌ ضعيفٌ في المذهب، ومعترَضٌ عليه بأن الوعود لا تدخل في جملة العقود.

وقول بعضهم: الاستصناع إجارةٌ، أو هو إجارةٌ ابتداءً، بيعٌ انتهاءً. يُعتَرض عليه بأن المادة المراد تصنيعها يشترط فيها أن تكون مملوكةً للصانع، فكيف يكون أجيرًا فيما يملك؟!.

وقول جمهورهم: إن عقد الاستصناع بيعٌ، لكنه مستقلٌّ بأوصاف لم تشترط في غيره من البيوع، كاشتراط العمل، والحاجة إليه، وشيوع التعامل به ماضيًا وحاضرًا بلا معارضٍ أو منازعٍ، كما يأتي تفصيله لاحقًا.

ويُعتَرض عليه بأن الاستصناع إذا كان بيعًا، والبيع عقدٌ لازمٌ بلا خلافٍ، فكيف جعلتم إذًا عقد الاستصناع لا يُلزِم طرفيه[1] حتى يرى المستصنع المصنوع مستوفيًا للشروط المتفق عليها؟! وكيف تكيِّفون هذا العقد قبل ذلك؟! وما المسؤولية العَقْديَّة الواقعة على طرفي العقد في فترة ما قبل تسليم المصنوع؟!.

٢ ـ الترجيح:

لا مَناصَ للباحث في مسألة الاستصناع من أحد أمرين:

الأول ـ إلحاق الاستصناع بعقد السَّلَم اتِّباعًا لمذهب الجمهور، وهو

(١) إنهم ألحقوه بالبيع الذي يشترط فيه الخِيار للعاقدين، يقول ابن عابدين في صفة عقد الاستصناع: لكل واحد منهما خِيار الامتناع من العمل كالبيع بالخِيار للمتبايعين؛ فإن لكل منهما الفسخ. محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤.

الأحوط بلا ريب، لكنه قد لا يكون الأيسر، وخصوصًا مع تطوُّر التصنيع، وارتفاع كلفته.

الثاني ـ جعل الاستصناع عقدًا خاصًّا مستقلًّا، فلا هو بيعٌ، ولا إجارةٌ، ولا سَلَمٌ بل عقدٌ مستقلٌّ، له ما يُستأنَس به من أدلةٍ نصيةٍ عامةٍ[1]، لم تُفصِّل ضوابطه وشروطه؛ فليتكفَّلْ العلماء والمجامع الفقهية ببيانها بما يتفق والقواعد العامة للعقود في الفقه الإسلامي، التي تقوم على التوازن والعدل بين طرفي العقد، وعلى نفي الجهالة والغَرَر المُفْضِيَيْن إلى التنازع، واضطراب الرضا.

ومن العلماء الذين ذهبوا إلى استقلالية عقد الاستصناع عن سائر العقود الدكتور علي القره داغي، فهو يقول: «إن محل عقد الاستصناع هو العمل والعين من الصانع؛ فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعًا ـ الذي محله العين ـ ولا إجارةً ـ التي محلها العمل ـ ولا سلَمًا ـ الذي محله العين الموصوفة بالذِّمة ـ ولا غيرَها، وإنما هو عقدٌ مستقلٌّ؛ له شروطه الخاصة به، وخصائصه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صَهْرُه في بَوْتَقة عقدٍ آخر»[2].

إلا أنه عاد، وقال: «... على أن الاستصناع مثل السَّلَم والإجارة، فكما أنهما مستقلان، فكذلك الاستصناع، وإن كان لفظ البيع ـ بعمومه ـ يشمل الجميع»[3].

---

(١) أذكرها في فصل مستقل.

(٢) يُنظَر: د. علي القره داغي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ١٣٦ ـ ١٣٧.

(٣) **المصدر نفسه**، ١٣٦.

وهذا منه اعتراف على أن الاستصناع بيع، أو فرد من عمومه، وهو الموافق لما مضى من تعريف الاستصناع على أنه عقدٌ على مبيعٍ...

وإلى مثل قول الدكتور القره داغي ذهب الباحث دُبْيان الدُّبْيان، حيث قال: «هذا هو عقد الاستصناع، والذي يتميَّز به عن عقد البيع، وعن عقد السَّلَم، وعن عقد الإجارة، وأصبح له صورةٌ مستقلةٌ عن سائر هذه العقود»[1].

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ٨، ٢٨٧.

المبحث الرابع
الاستصناع بين الجواز واللزوم

والكلام هنا عن الاستصناع في مذهب الحنفية؛ باعتباره عقداً مستقلًّا عن السَّلَم خلافًا لما عليه الجمهور، وعليه فهل الاستصناع عند الحنفية عقدٌ جائزٌ أم لازمٌ؟.

أ ـ الاستصناع عقدٌ جائزٌ ـ أو غير لازمٍ ـ:

العقد الجائز: «ما كان مشروعًا بأصله ووصفِه، ولم يتعلق به حق الغير، وفيه خِيارٌ»[(١)]. أي «ما يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ»[(٢)].

والاستصناع في مذهب الحنفية عقدٌ جائزٌ من حيث الجملة، ولا يطرأ عليه اللزوم إلا عند تسليم المصنوع على وفق التفصيل الآتي:

ذهب «أبو حنيفة ـ في إحدى الروايتين عنه ـ إلى أن الاستصناع عقدٌ جائزٌ في كل تقلباته»[(٣)]، وبناءً عليه فإنه يثبت لكل من العاقدين خِيار الفسخ

(١) يُنظَر: زين الدين ابن نُجَيْم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ٦، ٧٥.

(٢) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ٣٠، ٢٢٨. ويُنظَر ـ للمزيد ـ: محمد الزَّرْكَشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، ٢، ٣٩٨، وما بعدها.

(٣) يُنظَر: محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤.

قبل إتمام المصنوع وبعده.

وعلل أبو حنيفة بقاء خِيار الصانع بأنه «لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضررٍ، وهو قطعُ الصَّرْم[1] وغيره، ولم يذكر خِيارًا للمستصنع، لا لعدم ثبوته له بل لأنه الأَوْلى به من الصانع، فإذا ثبت لهذا خِيارًا، فالمستصنِع به أَوْلى؛ لأنه اشترى ما لم يره»[2].

لكن السَّرْخَسي أكد رجوع الإمام أبي حنيفة عن هذه الرواية؛ بإثباته خِيار الرؤية للمشتري فحسب، يقول السَّرْخَسي: «البائع إذا لم يَرَ المبيع قَطُّ؛ بأن ورِث شيئًا، فباعه قبل الرؤية، فالبيع جائزٌ عندنا، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه أولاً يقول: له الخِيار، ثم رجع، وقال: لا خِيار له»[3].

وعلَّل السَّرْخَسي عدم ثبوت خِيار الرؤية للبائع بقوله: «وهذا لأن تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل في ملكه، لا بما يخرج عن ملكه، والمَبيع يخرج عن ملك البائع، وإنما يدخل في ملكه الثمن، وهو طريقُ إعلامِه التسميةُ دون الرؤية»[4]. فخِيار الرؤية لمن لم يَرَ السِّلْعة، وفي الاستصناع

---

(١) الجلد، كما تقدم.

(٢) يُنظَر: علي المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ٧، ١١٦.

(٣) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٣، ٧٠. ويُنظَر: محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤. وأفاد أن ظاهر الرواية: لا خِيار للبائع عند تسليمه المصنوع، وبقاؤه للمستصنِع.

(٤) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٣، ٧١. والمعنى أن الثمن لا تُشترَط له رؤية البائع؛ لأنه نقدٌ لا تختلف أفراده في جنسه، فالدينار الكويتي ـ مثلاً ـ لا يختلف عن بقية الدنانير الكويتية، وبهذا الاعتبار كان النقد عند الفقهاء من المِثْلِيَّات التي لا تختلف أفرادها في جنسها، والتي لا تقع فيها الجهالة عند البيع، وتثبت في الذِّمَّة، كقول البائع للمشتري:=

الصانع هو الذي أعد المصنوع ورآه؛ فيسقط بهذا الاعتبار خِياره.

وإذا لم يثبت للبائع خِيار الرؤية مع عدم رؤيته لمبيعه، فإنه لا يثبت له مع رؤيته له بالأَوْلى، كالصانع حينما يَعرض مصنوعه على المستصنِع، ولأجل هذا «ذهب الإمام محمدٌ ـ وهو رواية عن أبي حنيفة ـ إلى أن الصحيح كون الاستصناع عقدًا جائزًا ابتداءً، لازمًا انتهاءً، والخِيار فيه للعاقدَيْن إلى أن يرى المستصنع الشيء المصنوع، فحينئذٍ يسقط خِيار الصانع، ويكون العقد في حقه مُلزِمًا، ويبقى الخِيار للمستصنِع، فإن شاء أمضى العقد، وإن شاء فسخه، حتى لو كان المصنوع مطابقًا للمواصفات المتفَّق عليها، قال الإمام محمد ﵀: إذا رآه المستصنع، فهو بالخِيار؛ لأنه اشترى ما لم يره»[(١)].

وقال ابن الهُمَام: «جواز الاستصناع للحاجة، وهي في الجواز لا اللزوم، ولذا قلنا: للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنِع؛ لأن العقد غير لازمٍ، وأما بعدما رآه، فالأصح أنه لا خِيار للصانع، بل إذا قبِله المستصنِع، أُجبِر على دفعه له؛ لأنه بالآخرة بائعٌ، والله أعلم»[(٢)].

وقول ابن الهُمَام: للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنِع؛ لأن العقد غير لازمٍ، و«**لأنَّ العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله**

= بعتك هذه الحقيبة بمئة بيضة. فالبيع صحيح ولو لم يَرَ البائع البَيْض، ولو لم يكن المشتري يملك البيض حين العقد؛ لأن البيض من المثليَّات، فتُشغَل بها الذِمَّة.

(١) يُنظَر: محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٥ ـ ١١٧.

(٢) **المصدر نفسه**، ٧، ١١٧.

في الذِّمَّة؛ لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكانٍ آخر، وسلَّم إليه؛ جاز»[١].

وقوله أيضًا: (لأنه بالآخرة بائعٌ) يعني أنَّ عَرْض الصانعِ ما صَنعه على المستصنِع هو بمثابة الإيجاب، وبقبول المستصنع يتِم العقد، ويكون مُلزِمًا للعاقدين.

ولابن عابدين ﷺ تعليلٌ آخر في عدم لزوم عقد الاستصناع قبل تنفيذه، فإنه يقول: «وأما صفته فهي أنه عقدٌ غير لازمٍ قبل العمل من الجانبين بلا خلاف[٢]؛ حتى كان لكل واحد منهما خِيار الامتناع من العمل كالبيع بالخِيار للمتبايعين، فإن لكل منهما الفسخ»[٣]. وبذلك يكون قد ألحق حكم الصانع والمستصنِع بحكم البائع والمشتري في البيع المُطلَق، حينما يَجعل كل واحد منهما للآخر خِيار الشرط[٤]، الذي يُخَوِّل صاحبه بفسخ العقد.

ب ـ الاستصناع عقدٌ لازمٌ:

العقد اللازم: «ما كان مشروعًا بأصله ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير، ولا خِيار فيه»[٥]. أي: «ما لا يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر»[٦].

---

(١) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٣.

(٢) للإمام أبي يوسف اجتهاد مخالف، يأتي عما قريب.

(٣) **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤.

(٤) يأتي لخِيار الشرط مزيد بيان في مبحث (الخِيارات والآثار).

(٥) زين الدين ابن نُجَيْم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ٦، ٧٥.

(٦) **المكان نفسه**.

وثمَّةَ عبارةٌ في الفقه الحنفي صرَّحت بلزوم عقد الاستصناع، وهي في كتاب (تنوير الأبصار وجامع البحار) للتُّمُرْتاشي[(١)]، وقد مشى عليها شارحه الحَصْكَفي[(٢)] في كتابه (الدُّر المختار)، أما نصها فهو الآتي: «(فيُجبَر الصانع على عمله، ولا يَرجع الآمِر عنه) قال الحَصْكَفي: ولو كان عِدَةً، لما لزِم»[(٣)]. والآمر هنا هو المستصنِع.

لكنَّ ابن عابدين ﷺ فَنَّدَ هذه العبارة، وذكر أن فيها وهْمًا، فقال: «... الاستصناع لا جَبْرَ فيه إلا إذا كان مؤجَّلاً بشهرٍ فأكثر؛ فيصير سلَمًا[(٤)]،

---

(١) محمد بن عبد الله بن أحمد، الخطيب العمري التُّمُرْتاشي الغَزِّي الحنفي، شمس الدين، شيخ الحنفية في عصره. وهو من أهل غزة: مولده ووفاته فيها. له كتب ورسائل كثيرة في مختلف العلوم، وأغلبها مخطوط، ومن كتبه: تنوير الأبصار في الفقه، ومنحُ الغفَّار شرح تنوير الأبصار، ومُسْعِف الحكام الأعلام على الأحكام، والوصول إلى قواعد الأصول، ومعين المفتي على جواب المستفتي، والفتاوى. وكانت وفاته في أواخر رجب سنة (١٠٠٤هـ/ ١٥٩٦م) عن خمس وستين سنة ﷺ. يُنظَر: محمد أمين بن فضل الله المُحِبِّي (١١١١هـ/١٦٩٩م)، **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر**، بيروت، دار صادر، د. ت، ٤، ١٩، ٢٠. وخير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٦، ٢٣٩، ٢٤٠.

(٢) محمد بن علي بن محمد الحِصْني المعروف بعلاء الدين الحصكفي؛ نسبةً إلى حِصْن كَيْفا في ديار بكر: مفتي الحنفية في دمشق. كان فاضلاً عالي الهمة، عاكفًا على التدريس والإفادة، وله تصانيف فائقة فى الفقه وغيره، من كتبه في الفقه: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، وإفاضة الأنوار على أصول المنار، والدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر، وفي النحو: شرح قطر الندى. ولد بدمشق سنة (١٠٢٥هـ/١٦١٦م)، ومات فيها سنة (١٠٨٨هـ/١٦٧٧م)، ودفن بمقبرة باب الصغير ﷺ. يُنظَر: محمد أمين المُحِبِّي، **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر**، ٤، ٦٣، ٦٤. وخير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٦، ٢٩٤.

(٣) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤.

(٤) هذا عند الإمام أبي حنيفة ﷺ، أما الإمامان أبو يوسف ومحمد ﷺ فعندهما: إذا كان=

وهو عقدٌ لازمٌ يُجبَر عليه، ولا خِيار فيه. وبه عُلم أن قول المصنِّف: (فيُجبَر الصانع على عمله، ولا يرجِع الآمر عنه) إنما هو فيما إذا صار سلَمًا... وإلا فهو مناقِضٌ لما ذكره بعده من إثبات الخِيار للآمر [المستصنِع]، ومن أن المعقود عليه العينُ لا العمل؛ فإذا لم يكن العمل معقودًا عليه، كيف يُجبَر عليه؟!... وبعد تحريري لهذا المَقام رأيت موافقته في الفصل الرابع والعشرين من (نور العين إصلاحُ جامع الفصولَيْن[1])، حيث قال ـ بعد أن أكثر من النقل في إثبات الخِيار في الاستصناع ـ: فظهر أن قول الدُّرَر ـ تَبَعًا

= محل العقد مما جرى العُرْف به، فالمدة لا تؤثِّر فيه مطلقًا، ولا ينقلب بها سَلَمًا، ولو زادت عن الشهر، كما يأتي تفصيله في شروط الاستصناع.

(١) مؤلفه: محمد بن أحمد، المعروف بنشانجي زاده. المولود سنة (٩٦٢هـ/١٥٥٥م)، والمتوفى سنة (١٠٣١هـ/١٦٢٢م)، وقد تصرف فيه بزيادة ونقص، وإبرام ونقض، وسماه: نور العين في إصلاح جامع الفُصولَيْن. وهو عبارة عن إعادة ترتيب وتهذيب لكتاب: جامع الفصولَيْن، كما أفاد مؤلفه.

أما كتاب جامع الفصولين في الفروع، فهو للشيخ بدر الدين محمود بن إسرائيل، الشهير بابن قاضي سماونه، الحنفي. المتوفى سنة (٨٢٣هـ/١٤٢٠م)، وهو كتاب مشهور مُتداوَل في أيدي الحكام والمفتين؛ لكونه في المعاملات خاصةً. جمع فيه بين كتابي: فصول العمادي، وفصول الأَسْرُوشَنِي. يُنظَر: مصطفى حاجي خليفة، **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، ١، ٥٦٦. وإسماعيل البغدادي، **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، ٢، ٢٧٢.

وكتاب: جامع الفصولَيْن توجد له على الشبكة العنكبوتية نسخةٌ مصورةٌ عن طبعةٍ قديمةٍ، ويقع في جزأين. أما كتاب: نور العين... فلم أجده بين الكتب المطبوعة، ولدي صورة عن مخطوطه من مكتبة المصطفى الالكترونية، وهي معرَّفة بالآتي: ٢٩٨ق، ٣٠س، ٢٤، ٥ × ١٤، ٥سم. كُتبت في القرن الثاني عشر الهجري تقديرًا، الأزهرية: ٢: ٢٩٣، نشرُ إدارة الكتب: ٣: ١٨٣.

لخزانة المفتي[1] ـ: إن (الصانع يُجبَر على عمله، والآمر لا يَرجِع عنه) سهوٌ ظاهرٌ[2] اهـ [انتهى]. فاغتنمْ هذا التحرير، ولله الحمد»[3].

وذكر ابن عابدين أن «ظاهر الرواية[4]: إذا أحضر الصانع المصنوع على الصفة المشروطة، سقط خِياره. وروي عن أبي حنيفة ثبوت الخِيار للصانِع وللمستصنِع معًا، وعن أبي يوسف[5] عدمُ الخِيار لهما حينئذٍ، والصحيح

(١) في المخطوط: «فظهر أن قول **صاحب** الدُّرَر والغُرَر تَبَعًا **لصاحب** خزانة المفتي». ورقة ١٠٣ يمين. ويُنظَر قول صاحب الدُّرَر: محمد بن فرامرز مِلَّا خِسْرو (٨٨٥هـ/١٤٨٠م)، **دُرَر الحكام شرح غُرَر الأحكام**، د. م، دار إحياء الكتب العربية، د. ت، ٢، ١٩٨.

(٢) في المخطوط: «واضح، كما لا يخفى».

(٣) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٥.

(٤) وتُسمَّى مسائل الأصول أيضًا، وهى مسائل رُويت عن أصحاب المذهب، وهم: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد ﷺ، ويقال لهم: العلماء الثلاثة. وقد يلحق بهم زُفَر والحسن بن زياد وغيرهما ممن أخذ الفقه من أبي حنيفة ﷺ، لكن الغالب الشائع فى ظاهر الرواية، أن يكون قولَ الثلاثة، أو قولَ بعضهم. ثم هذه المسائل التى تسمى بظاهر الرواية والأصول، هى ما وُجد فى كتب محمد التي هي: المبسوط، والزيادات، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والسِّيَر. وسُمِّيت بظاهر الرواية؛ لأنها رُويت عن محمد بروايات الثقات، فهى ثابتة عنه: إما متواترة، أو مشهورة. يُنظَر: تقي الدين التميمي، **الطبقات السَّنِيَّة في تراجِم الحنفية**، ١، ٤٣. لكن كتاب السِّيَر هو في الواقع كتابان: السِّيَر الصغير، والسِّيَر الكبير؛ وعليه فكتب ظاهر الرواية ستة، كما جاءت في منظومة ابن عابدين:

وكتبُ ظاهرِ الروايةِ أتتْ ... ستًّا لكلٍّ ثابتٍ عنهم حَوَتْ
صنَّفَها محمدٌ الشَّيْباني ... حَرَّرَ فيها المذهبَ النُّعْماني
الجامعُ الصغيرُ والكبيرُ ... والسِّيَرُ الكبيرُ والصغيرُ
ثمَّ الزياداتُ مع المَبْسوطِ ... تَواترتْ بالسَّنَدِ المَضْبوطِ

محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ١، ٥٠.

(٥) الإمام المجتهد، العلامة المحدث، قاضي القضاة، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم...=

الأول»[1]. أي: سقوط خِيار الصانع فحسب.

لكنْ يُعَكِّر تحريرَ ابن عابدين ﵀ وتفنيدَه لما جاء في كتابَيْ: تنوير الأبصار، وشرحِه: الدُّرُّ المُختار، من لزوم عقد الاستصناع على أنه سهوٌ ظاهرٌ، يعكِّره ما جاء في كتاب المحيط البرهاني من أن أبا يوسف ﵀ في آخر الروايتين عنه قال بلزوم عقد الاستصناع مطلقًا، فقد قال صاحب المحيط ﵀: «قال أبو يوسف ﵀ أولاً: يُخيَّر[2] المستصنِع دون الصانع. وهو رواية عن أصحابنا رحمهم الله، ثم رجع أبو يوسف عن هذا، وقال: لا خِيار لواحدٍ منهما، بل يُجبَر الصانع على العمل، ويُجبَر المصنوع [له] على القَبول»[3].

ثم علل البرهاني ﵀ وجه الالتزام في رواية أبي يوسف بقوله: «وجهُ ما روي عن أبي يوسف أنه يُجبَر كلُّ واحدٍ منهما، أما الصانع فلأنه ضَمِن العمل؛ فيُجبَر عليه، وأما المستصنِع فلأنه لو لم يُجبَر على القَبول، يَتضرَّر

= الأنصاري الكوفي، صحب أبا حنيفة سبع عشرة سنة، وتفقَّه به، فكان أنبل تلامذته، وأعلمهم، وهو أول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة، وأملى المسائل ونشرها، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض، وكان أفقه أهل عصره، ولي القضاء للخليفة العباسي المهدي، وابنيه [الهادي والرشيد] من بعده، امتدت حياته من سنة (١١٣هـ/٧٣١م) إلى (١٨٢هـ/٧٩٨م) مات في بغداد، ودفن فيها ﵀. يُنظَر: محمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ٨، ٥٣٥ ـ ٥٣٩. ويُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٢، ٣٦٧ ـ ٣٧١.

(١) يُنظَر: محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤، ٢٢٥.

(٢) في الطبعة التي في حوزتي: (يُجبَر)، وما أثبتُّه أعلاه اقتبسته من طبعة المجلس العلمي للكتاب نفسه، يُنظَر: ١٠، ٣٦٥. وهو الصواب، والله تعالى أعلم.

(٣) محمود البخاري، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، ٧، ١٣٦.

به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيرُه منه أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدْرِ من الثمن؛ فيُجبَر على القَبول دفعًا للضرر عن البائع»[1]. وهو الصانع.

فقول أبي يوسف ﵀: (يُجبَر الصانع على العمل) دلَّ على أن الالتزام بعقد الاستصناع يبدأ من ساعة تأسيسه، وقبل شروع الصانع بالعمل، أما التزام المستصنِع فهو ظاهر في سياق عبارة البرهاني السابقة.

وما استقر عليه اجتهاد أبي يوسف ـ بناءً على هذا النقل ـ يُعَدُّ غايةً في الأهمية؛ لصدوره عن إمامٍ معتبَرٍ أولاً، ولأنه يلبي حاجة عصرنا في القرن الواحد والعشرين في لزوم هذا العقد المهمِّ ثانيًا.

وكأن ابن عابدين ﵀ في تَفنيده لزومَ عقدِ الاستصناع لم يقف على رواية أبي يوسف في المحيط البرهاني، فقد نقل اتفاق المذهب على عدم لزومه قبل تسليم المصنوع، فقال: «... عقدٌ غير لازمٍ (قبل العمل) من الجانبين **بلا خلاف!**»[2].

لكن ظاهر الرواية في المذهب الحنفي، والقول الصحيح المشهور فيه ـ كما ذكر ابن عابدين آنفًا ـ هو عدم الأخذ بقول أبي يوسف في لزوم العقد: لا في أوله في حقِّ الصانع والمستصنِع معًا، ولا في آخره في حقِّ المستصنِع فحسب.

ويلخِّص علاء الدين السَّمَرْقَنْدي[3] ﵀ في كتابه (تحفة الفقهاء) حركة

---

(١) **المصدر نفسه**، ٧، ١٣٦ ـ ١٣٧.

(٢) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤.

(٣) أبو بكر علاء الدين محمد بن أبي أحمد السَّمَرْقَنْدي: من كبار فقهاء الحنفية، وشيخ فاضل=

عقد الاستصناع من حيث اللزوم، فيقول:

«هو عقدٌ غيرُ لازمٍ، ولكل واحدٍ منهما الخِيار في الامتناع قبل العمل. وبعد الفراغ من العمل لهما الخِيار، حتى إن الصانع لو باعه قبل أن يراه المستصنِع، جاز؛ لأنه ليس بعقدٍ لازمٍ.

فأما إذا جاء به إلى المستصنِع، فقد سقط خِياره؛ لأنه رضي بكونه للمستصنِع، حيث جاء به إليه، فإذا رآه المستصنِع، فله الخِيار[(١)]: إن شاء أجاز، وإن شاء فَسَخَ عند أبي حنيفة ومحمدٍ. وقال أبو يوسف: لا خِيار له[(٢)]؛ لأنه مبيعٌ في الذِّمَّة بمنزلة السَّلَم[(٣)]. وهما يقولان: إنه بمنزلة العين المَبيع الغائب»[(٤)]. أي في ثبوت خِيار الرؤية.

= جليل القدْر. تفقَّه على على صدر الاسلام أبي اليُسْر البَزْدَوي وغيره، وتفقَّهتْ عليه ابنته فاطمة. أقام في حلب، وتحفة الفقهاء أشهر كتبه، وأصله: مختصر القُدُوري، فأضاف إليه بعض المسائل، وأوضح مشكلاته تكثيرًا لفائدته، كما قال. ومن كتبه: اللباب في أصول الفقه، أقام في حلب، ومات سنة (٥٤٠هـ/١١٤٥م) ﷺ. يُنظَر: يوسف سركيس (١٣٥١هـ/١٩٣٢م)، **معجم المطبوعات العربية والمعرَّبة**، مصر، مطبعة سركيس، ١٣٤٦هـ/١٩٢٨م، ٢، ١٠٤٦، ١٠٤٧. وإسماعيل البغدادي، **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، ٢، ٩٠. وخير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٥، ٣١٧.

(١) أي خِيار رؤية؛ حتى لو كان المصنوع على الصفة المشروطة. يُنظَر: محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٤.

(٢) خِيار رؤية؛ لأن المستصنع اشترى ما لم يره. أما خِيار فَواتِ الوصفِ فإنه ثابتٌ للمستصنِع بلا خلاف.

(٣) أي: في اللزوم، ولما في خِيار الرؤية للمستصنع من ضرر بالصانع.

(٤) أبو بكر محمد بن أحمد السمرقندي (نحو ٥٤٠هـ/١١٤٥م)، **تُحْفة الفقهاء**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٢، ٣٦٣. ويُنظَر: محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٦.

إشكال في نقل الكاساني لرواية الإمام أبي يوسف:

ويتمثل هذا الإشكال بأن السَّمرقندي في عبارته السابقة من كتابه (تُحْفة الفقهاء) يَنقل عن أبي يوسف روايةً واحدةً في لزوم العقد في حق المستصنِع عند التسليم، في حين يَنقل تلميذه الكاساني في كتابه (بدائع الصنائع) وهو شرحٌ للتحفة، عن أبي يوسف روايتين اثنتين! إحداهما تتفق مع رواية شيخه السمرقندي في لزوم العقد، لكنها ليست ظاهر الرواية عن أبي يوسف، والثانية هي ظاهر الرواية عنه، وهو فيها يوافق أبا حنيفة ومحمدًا ﷺ في جعل المستصنِع ليس بمُلزَمٍ بالمصنوع حتى عند التسليم.

فقد قال الكاساني: «فالصانع بالإحضار [المصنوع] أسقط خِيار نفسه؛ فبقي خِيار صاحبه على حاله، كالبيع الذي فيه شرط الخِيار للعاقدين، إذا أسقط أحدهما خِياره؛ أنه يبقى خِيار الآخر، كذا هذا. هذا جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة **وأبي يوسف** ومحمدٍ[1] ﷺ. وروي عن أبي حنيفة ﷺ أن لكل واحدٍ منهما الخِيار، وروي عن أبي يوسف أنه لا خِيار لهما جميعًا»[2].

لكن المعروف عن أبي يوسف هذه الرواية الأخيرة، وهي التي تناقلتها المصادر الشهيرة في المذهب الحنفي ـ كما تقدم من قريب ـ، وعللتْ مذهبَه في إلزام المستصنِع فضلاً عن الصانع بالآتي: «أما المستصنِع؛ فلأن

(١) لعل قائلاً يقول: لمَ لمْ يُذكَر زفر؟ وجوابه أن مذهب زفر في الاستصناع كمذهب الجمهور، فهو لا يراه جائزًا إلا إذا كان سلَمًا!. يُنظَر: محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٤.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٤.

في إثبات الخِيار له إضرارًا بالصانع؛ لأنه ربما لا يشتريه غيرُه بمثلِه»[١].
«ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع مِنْبرًا، ولم يأخذه، فالعاميُّ لا يشتريه أصلاً؟!»[٢].

وفي عبارة ابن عابدين التي مضت[٣] قولٌ واحدٌ لأبي يوسف في لزوم عقد الاستصناع لطرفيه عند تسليم المصنوع.

ويبدو لي أن الدكتور علي السالوس[٤] ـ حفظه الله تعالى ـ قد نَحا نحوَ الكاساني، أو أخذ عنه حينما أثبت لأبي يوسف الروايتين معًا، فهو يقول: «ومن الخطأ ما قاله بعض الكاتبين من أن المجلة[٥] أخذت برأي أبي يوسف»[٦]. أي بلزوم العقد في حق المستصنع عند التسليم، كما يأتي لاحقًا.

وأضاف أن ما نصت عليه المجلة[٧] يكون «موافقًا لروايةٍ عن أبي

---

(١) يُنظَر: علي المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ٣، ٧٧.
(٢) محمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٧، ١١٦.
(٣) يُنظَر: ٨٥.
(٤) أستاذ الفقه والأصول، وأستاذ فخري في الاقتصاد الإسلامي والمعاملات المالية المعاصرة من جامعة قطر، وعضو المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي بمنظمة المؤتمر الإسلامي.
(٥) مجلة الأحكام العدلية.
(٦) د. علي السالوس، **موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي**، بيروت، مؤسسة الريان، وغيرها، ط١١، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٨م، ٥٣١.
(٧) في المادة (٣٩٢)، ونصها: وإذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبيَّنة، كان المستصنِع مخيَّرًا. **مجلة الأحكام العدلية**، ٧٦.

يوسف خلافًا لظاهر الرواية عنه، ولا يقال: إنه موافقٌ لرأي أبي يوسف!»[1].
فقوله: (خلافًا لظاهر الرواية عنه) يوافق ما نقله الكاساني عن أبي يوسف، وهو الذي لم أجده عند غيره من مصادر عدَّة.

۞ خلاصة المذهب الحنفي في لزوم عقد الاستصناع:

يمكن تلخيص المذهب مما سبق في النقاط الآتية:

الأولى: روايةٌ عن الإمام أبي حنيفة ﵀، وهي غير معتمَدةٍ في المذهب، وهي ترى أن الاستصناع عقدٌ جائزٌ، وغيرُ مُلزِمٍ لطرفيه في جميع تقلُّباته، من مُبتداهُ إلى مُنتهاهُ.

الثانية: روايةٌ عن الإمام أبي حنيفة ومحمدٍ ـ رحمهما الله تعالى ـ، وهي صحيح المذهب، وظاهر الرواية فيه، وهي تذهب إلى أن الخِيار يَثبت للطرفين قبل تسليم المصنوع، أما حين التسليم فالخِيار للمستصنع فحسب، وهو خِيار رؤيةٍ؛ وبموجبه يَثبت للمستصنِع الحق المطلَق في فسخ العقد؛ حتى لو جاء المصنوع موافقًا للشروط والمواصفات.

الثالثة: مذهب أبي يوسف ﵀، ويتجلى في روايتين اثنتين:

روايةٌ سابقةٌ[2]: وفيها يكون العقد مُلزِمًا لطرفيه بدءًا من رؤية المستصنِع للمصنوع، مع ثبوت خِيار فَواتِ الوصف له ـ لاخِيار الرؤية بمعناه السابق ـ، وعليه يكون المستصنع مُلزَمًا بالعقد؛ مادام المصنوع

(١) د. علي السالوس، **موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي**، ٥٣١.
(٢) تقدَّم نصها، يُنظَر: ٨٦.

موافقًا للمواصفات المتَّفق عليها.

روايةٌ لاحقة[1]: وهي التي استقر عليها رأي الإمام أبي يوسف ﵀، وهي تقضي بأن العقد مُلزِمٌ لطرفيه من أول إنشائه ـ أو التوقيع عليه ـ إلى منتهاه.

وهو ما استقرت عليه أيضًا مجلة الأحكام العدلية، ومضى عليه أغلب الفقهاء المعاصرين، والمجامع الفقهية، والهيئات الشرعية، يقول مصطفى الزَّرْقا: «... ما أخذت به المجلة هو روايةٌ أخرى عن أبي يوسف، مصرَّحٌ بها عنه في كتاب: المحيط البرهاني[2]، وهو من عُمدة مراجع المذهب الحنفي؛ فلم يبقَ في صنيع المجلة إشكالٌ»[3].

هذا، وإن اللجنة المحرِّرة للمجلة في تقريرها المقدَّم للصدر الأعظم علي باشا؛ للتصديق عليها، قد سوَّغت الأخذ بقول أبي يوسف بالآتي:

«وعند الإمام أبي يوسف ﵀ أنه إذا وُجد المصنوع موافقًا للصفات التي بُيِّنت وقت العقد، فليس له [للمستصنِع] الرجوع؛ والحال أنه في هذا الزمن قد اتُّخِذت معاملُ كثيرةٌ، تُصنَع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاوَلة، وبذلك صار الاستصناع من الأمور الجارية العظيمة؛ فتخيير المستصنِع في إمضاء العقد أو فسخِه يترتَّب عليه الإخلال بمصالح جسيمةٍ،

---

(١) تقدم نصها، يُنظَر: ٨٦.

(٢) تقدَّم نصُّ الرواية مع بيان موقعها من كتاب، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، يُنظَر: **المكان نفسه**.

(٣) مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ١، ٥٣٢.

وبما أن الاستصناع مُستنِدٌ إلى التعارف، ومَقِيسٌ على السَّلَم المشروع على خلاف القياس[1]؛ بناءً على عُرف الناس، لَزِم اختيار قول أبي يوسف رحمه الله في هذا؛ مراعاةً لمصلحة الوقت، كما حُرِّر في المادة الثانية والتسعين بعد الثلاث مئة [٣٩٢] من هذه المجلة.

فإذا أمر إمام المسلمين بتخصيص العمل بقولٍ من المسائل المجتهَد فيها، تعيَّن ووجَب العمل بقوله»[2].

ج ـ الترجيح:

لعل القول الراجح في عقد الاستصناع هو قول أبي يوسف رحمه الله، وهو اللزوم بحق الصانع والمستصنِع منذ لحظة تأسيس العقد؛ عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول: «الأصل في العقود الشرعية الصحة واللزوم ما لم يوجد معارِضٌ»[3]، وهي مستنبطة من قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. وعملاً بقاعدةٍ أخرى تقول: «إعمال الكلام أَوْلى من إهماله»[4].

---

(١) أجد بعض الاستغراب من قوله في عقد الاستصناع: (مَقِيس على السَّلَم المشروع على خلاف القياس...)؛ لأنه يتعارض مع القاعدة التي تقول: (ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه). فكان الأولى ـ في نظري ـ أن يقال: كما جاز السَّلَم بخلاف القياس نصًّا، فكذلك الاستصناع جاز على خلاف القياس؛ للحاجة ولتعامل الناس به بلا نكير. يُنظَر نص القاعدة السابقة، **مجلة الأحكام العدلية**، ١٧.

(٢) علي حيدر (١٣٥٣هـ/١٩٣٤م)، **دُرَر الحكَّام شرح مجلة الأحكام**، عرَّبه فهمي الحسيني، الرياض، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ١، ١٣.

(٣) محمد أمين بن محمود أمير بادَشاه (٩٧٢هـ/١٥٦٤م)، **تيسير التحرير**، ١٣٥١هـ/١٩٣٢م، مصر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ٢، ٢٩٦.

(٤) زين الدين ابن نُجَيم، **الأشباه والنظائر**، وضع حواشيه، وخرج أحاديثه زكريا عميرات،=

«ومن جانبٍ آخر: إن عقد الاستصناع له شَبَهٌ بمجموعةٍ من العقود، وكلها عقودٌ ملزِمة، وهي السَّلَم والبيع والإجارة، كما أن المعقود عليه في الاستصناع هو العمل والعين الموصوفة في الذِّمة، وكل واحدٍ منهما لو أصبح وحده مَحَلًّا للعقد، كان عقدًا لازمًا؛ فكذلك العقد الوارد عليهما معًا، فالعقد الذي محله العمل هو الإجارة، وهو مُلزِمٌ، وكذلك العقد الوارد على العين الموصوفة ـ وهو السَّلَم ـ مُلزِمٌ، فيكون من الطبيعي: المركَّبُ من اللزوم مُلْزِمًا»[1].

ومن المرجِّحات المُهمة أخذُ مجلة الأحكام العدلية العثمانية بلزوم عقد الاستصناع، وهي التي أعدَّ موادها علماء معتبَرون في المذهب الحنفي، وهي التي كانت مرجعًا قضائيًّا زمن الخلافة العثمانية، وأقرَّها إمامٌ شرعيٌّ، به تُحْسَم مادة الخلاف في الأحكام، وهي التي لا يزال قَبولها ساريًا إلى أيامنا هذه، فقد نصت المادة (٣٩٢) منها بالآتي: «وإذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المُبيَّنة، كان المستصنِع مخيَّرًا»[2].

وما ذهبت إليه المجلة العدلية أيدته لجنة الموسوعة الفقهية الكويتية بقولها: «واللجنة ترجِّح رأي أبي يوسف الذي أخذت به المجلة، وترى لزوم عقد الاستصناع، لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من

= بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، ١١٤، وعبد الوهاب السُّبْكي، **الأشباه والنظائر**، ١، ١٧١. و**مجلة الأحكام العدلية**، ٢٣.

(١) د. علي القره داغي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ١٥٣ ـ ١٥٤.

(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ٧٦.

المَضارِّ إلا إذا جاء على خلاف الوصف المتفَق عليه»[1].

كما ذهب مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي إلى لزوم عقد الاستصناع، فقد قرر أنه «مُلزِمٌ للطرفين؛ إذا توفرت فيه الأركان والشروط»[2].

ويؤكِّد ما سبق تلك المصالح التي تُرْتَجى من لزوم عقد الاستصناع في أيامنا هذه، بما فيها من تطوُّرٍ صناعيٍّ هائلٍ، فلو لم يكن هذا العقد مُلزِمًا، لفقد هيبته وأهميته.

وكم سيكون ضرر الصانع فادحًا إذا ما رفض المستصنِع المصنوع بعد إنجازه، أو عدَل عن رأيه قبل إتمامه، وخصوصًا إذا كان المصنوع باهظ الكلفة، وقد استغرق صنعُه زمنًا طويلاً، وربما فاتت الصانعَ لأجله فرصٌ رابحة؟!.

والضد من ذلك صحيحٌ في حقِّ المستصنِع؛ إذا ما كان الفسخ من جهة الصانع، والله تعالى أعلم.

(١) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ٣، ٣٢٩.

(٢) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة لمؤتمر المجمع، جدة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، العدد ٧، ٢، ٧٧٧ ـ ٧٧٨.

الخَاتِمَة

وهكذا أظهرت مادة الفصل التمهيدي أن الاستصناع عقدٌ على مبيعٍ موصوفٍ في الذِّمة، يُشترط فيه عمل الصانع بموادَّ من عنده، على وجهٍ مخصوصٍ.

وهل الاستصناع وعدٌ أم عقدٌ؟ فكان القول الراجح فيه أنه عقدٌ.

وإذا كان الاستصناع عقداً، فهل هو جائزٌ أم لازمٌ؟ فظهر أنه لازمٌ.

وإذا كان الاستصناع عقداً لازمًا، فهل هو سَلَمٌ أم إجارةٌ أم بيعٌ؟ فكان القول الراجح: إنه بيعٌ بوصفٍ مخصوصٍ.

البَابُ الأَوَّلُ

مَشْرُوعِيَّةُ عَقْدِ الِاسْتِصْنَاعِ وَأَحْكَامُهُ

مُقَدِّمَة :

إفراد الاستصناع عن السَّلَم أحوجَه إلى دراسةٍ مستقلةٍ؛ تُظهر حُكمه وأحكامه، وأركانه وشروطه، وخِياراته، وآثاره، وانتهاءه، ومسائل أخرى، وذلك على ضوء الفصول الآتية:

* المانعون وأدلتهم.
* المُجيزون وأدلتهم.
* أحكام الاستصناع.

الفَصْلُ الأَوَّلُ
المانعون وأدلتهم

تمهيد:

لو أُلحِق عقد الاستصناع بعقد السَّلَم، لما نشأ فيه نزاعٌ فقهيٌّ، فالسَّلَم شهدت لمشروعيته نصوصٌ شرعيةٌ ثابتةٌ، قامت برسم حدوده، وضبطِ شروطه(١).

لكن إلحاق الاستصناع بالسَّلَم في هذا العصر ـ الذي يشهد نهضةً صناعيةً رائدةً ـ من شأنه أن يُقيِّد حركته، ولا يلبي حاجة النهوض الصناعي في نظر كثيرٍ من الفقهاء المعاصرين.

والآن يمكن عرض أدلة الجمهور مانعي عقد الاستصناع ـ بوصفه عقدًا مستقلاً عن السَّلَم ـ، ومناقشتها في المبحثين الآتيين:

* أدلة المانعين.

* مناقشة أدلة المانعين.

---

(١) يُنظَر: ٧١ ـ ٧٥ من هذه الأطروحة.

المَبْحَث الأَوَّل
أدلة المانعين

وهم جمهور الفقهاء: المالكية والشافعية والحنابلة، وزُفَر[1] من الحنفية، ومما قالوه في ذلك: «لا يصح استصناع سلعةٍ؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجهِ السَّلَم»[2]. ومفهوم العبارة أن الاستصناع الجائز عندهم هو الذي تتحقق فيه شروط عقد السَّلَم، وإلا كان محظورًا. ولهذا الاتجاه الفقهي أدلته، ومنها:

أ ـ لا دليل لمشروعية الاستصناع، والقياس يأباه:

لو كان الاستصناع مشروعًا، لفصَّلت السُّنة النبوية أحكامه، كما فصلت أحكام السَّلَم. و«القياس[3] أنْ لا يجوز، وهو قول زُفَر والشافعي،

---

(١) زفر بن الْهُذَيْل بن قيس العنبري أبو الهذيل، تفقه بفقه أبي حنيفة، وهو أكبر تلامذته، وكان ممن جمع بين العلم والعمل، وكان يدري الحديث ويتقنه، وكان فيه ثقةً مأمونًا. مات سنة (١٥٨هـ/٧٧٥م)، وله ثمان وأربعون سنةً ﵀. يُنظَر: محمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ٨، ٣٨ ـ ٤١.

(٢) أبو النجا موسى بن أحمد الحَجَّاوي (٩٦٨هـ/١٥٦١م)، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، حققه عبد اللطيف السبكي، بيروت، دار المعرفة، د. ت، ٢، ٦٦. ويُنظَر: أحمد الصاوي، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، ٣، ٢٨٧، ومحمد الشافعي، **الأم**، ٣، ١٣٤. أما قول زُفَر، فيُنظَر: عبد الله المَوْصِلِّي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٢، ٣٨.

(٣) تقدم تعريفه، يُنظَر: ٥٢.

إذ لا يمكن إجارةً؛ لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال: احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو اصبُغ ثوبك أحمرَ بكذا، لا يصح، ولا بيعًا؛ لأنه بيع معدوم، ولو كان موجودًا مملوكًا لغير العاقد، لم يَجُز، فإذا كان معدومًا، فهو أَوْلى بعدم الجواز»[1].

وهكذا لم يبقَ أمام الاستصناع إلا الخضوع لأحكام عقد السَّلَم الثابتة بالنص، وإلا كان عقدًا ليس له مستندٌ شرعيٌّ؛ تقوم به الحجة؛ فهو إذًا باطل!.

ب ـ الاستصناع بيع المعدوم على غير وجه السَّلَم؛ فهو باطلٌ:

والمَعْدوم: «ما ليس موجودًا... وهو حقيقةً: الذي ليس له صورةً في الخارج، وحُكْمًا: الذي حكم الشرع بعدمه وإن كانت له صورةٌ في الخارج»[2]. وهذا ما تؤكده قاعدة: «المعدوم شرعًا كالمعدوم حِسًّا»[3]. كمن صلَّى بغير وضوءٍ؛ فصلاته باطلةٌ، وهي بحكم المعدومة شرعًا، مع وجودها حِسًّا.

وبيع المعدوم باطلٌ شرعًا بلا خلافٍ[4]، بل إنه باطلٌ عقلاً؛ فالعاقل لا يضحِّي بماله ثمنًا لما ليس له وجودٌ في الواقع! وتوجيه ذلك فقهًا: إنه

---

(١) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٤ ـ ١١٥.

(٢) د. محمد رواس قلعه جي، **معجم لغة الفقهاء**، بيروت، دار النفائس، ط٢، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م، ٤٤٠.

(٣) محمد الرصَّاع، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عَرَفة الوافية**، ٥٠٥.

(٤) يعرف هذا بالوقوف على شروط المعقود عليه من أحكام البيع في الفقه الإسلامي.

«لا ينعقد بيع المعدوم، ومالَه خطرُ العدَم، كبيع نِتاج النِّتاج؛ بأن قال: بعتُ ولدَ ولدِ هذه الناقة، وكذا بيعُ الحَمْل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحَمْل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضَّرْع؛ لأنه له خطر [المعدوم]؛ لاحتمال انتفاخ الضَّرْع»[1]. أي: انتفاخه بغير اللبن؛ لمرضٍ ونحوه.

ج ـ عموم السُّنَّة:

كما استدل الجمهور على بُطلان عقد الاستصناع بالأحاديث التالية:

١ ـ حديث حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ ﷺ قال: «يَا رَسُولَ اللهِ، يَأْتِينِي الرَّجُلُ، فَيُرِيدُ مِنِّي الْبَيْعَ[2] لَيْسَ عِنْدِي، أَفَأَبْتَاعُهُ لَهُ مِنْ السُّوقِ؟ فَقَالَ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[3].

٢ ـ حديث عبد الله بن عمرو ﷺ أن النبي ﷺ قال: «... لَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ»[4].

---

(١) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ١٣٨.

(٢) أي المبيع، كالصَّيْد بمعنى المَصِيد. محمد أشرف آبادي، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، ٩، ٢٩١.

(٣) تقدم تخريجه، يُنظَر: ٤٨.

(٤) أبو داود، **السُّنَن**، كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح، حديث (٢١٩٠)، ٢، ٢٥٨، وأبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي (٢٧٩هـ/٨٩٢م)، **السُّنَن**، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، مصر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م، أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله (١١)، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح (٦)، حديث (١١٨١)، ٣، ٤٧٨، بلفظٍ مقارِبٍ، وقال: حسن صحيح.

أما ما يروى من أنه ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَعْدُومِ» فيقول فيه ابن قَيِّم الجَوْزِيَّة[1] رحمه الله: «هذا الحديث لا يُعرَف في شيءٍ من كتب الحديث، ولا له أصلٌ، والظاهر أنه مرويٌّ بالمعنى من الحديثين السابقين، وغَلِط من ظن أن معناهما واحد»[2].

وجه الاستدلال بالحديثين على منع عقد الاستصناع:

قوله ﷺ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»، ومعناه: ما ليس في ملكك، كما جاء في حديث ابن عمرٍو رضي الله عنهما السابق، وبه استدل الفقهاء[3] على بُطلان بيع المعدوم، وما ليس في ملك البائع ولو كان موجودًا.

---

(١) أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب... الزُّرَعي [نسبةً إلى مدينة زُرَع جنوب سورية، تُدعى اليوم إِزْرَع]، ثم الدمشقي، الفقيه الحنبلي، العلَّامة الشهير بابن قَيِّمِ الجوزية [مدرسة كان والده قيِّمًا عليها] له تصانيف كثيرةٌ في أنواع العلوم، منها: زاد المَعاد في هَدْي خير العباد، وإعلام المُوَقِّعين عن رب العالمين. مات سنة (٧٥١هـ/١٣٥٠م). يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٨، ٢٨٧ ـ ٢٩١.

(٢) يُنظَر: أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ/١٣٥٠م)، **زاد المَعاد في هدي خير العباد**، حققه شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، ٥، ٧١٦.

(٣) هو محل اتفاق المذاهب الفقهية الأربعة. يُنظَر في الفقه الحنفي: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ١٤٦ ـ ١٤٧، وأبو محمد محمود بن أحمد العيني (٨٥٥هـ/١٤٥١م)، **البناية شرح الهداية**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، ٨، ٣٢٩. وفي الفقه المالكي: أبو العباس، أحمد بن غُنَيْم النَّفراوي (١١٢٦هـ/١٧١٤م)، **الفواكه الدَّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، د. م، دار الفكر، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ٢، ١٠٢. وفي الفقه الشافعي: إبراهيم الشيرازي، **المُهَذَّب في فقه الإمام الشافعي**، ٢، ١٣. وفي الفقه الحنبلي: علي المَرْداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ٥، ٩٨.

قال ابن قيِّم الجوزية ﷺ في توجيه الحديثين السابقين: «اتفق لفظ الحديثين على نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عنده، فهذا هو المحفوظ من لفظه ﷺ، وهو يتضمن نوعًا من الغرر[(١)]؛ فإنه إذا باعه شيئًا معيَّنًا، وليس في ملكه، ثم مضى ليشتريَه، أو يسلِّمه له، كان مترددًا بين الحصول وعدمه، فكان غَرَرًا، يُشبه القِمار؛ فنُهي عنه»[(٢)].

وأما دلالة المعقول فهو القياس بالأَوْلى[(٣)]؛ قال السَّرْخَسي: «بيعُ ما هو موجودٌ غيرُ مملوكٍ للعاقد باطلٌ؛ **فبيعُ المعدوم أَوْلى بالبُطلان**»[(٤)].

وعليه فالاستصناع حتى يكون مشروعًا ينبغي أن يكون سلَمًا، وإلا فإنه يبقى على حكم الأصل في بيع المعدوم، وهو المنع، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء بخلاف الحنفية.

٣ ـ عن ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»[(٥)].

---

(١) تقدم تعريف الغَرَر، يُنظَر: ٤٤.

(٢) محمد ابن قيِّم الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ٥، ٧١٦.

(٣) عرّفه الجلال المَحَلِّي بقوله: ما يكون ثبوت الحكم فيه في الفرع أولى منه في الأصل. أبو السعادات حسن بن محمد العطار (١٢٥٠هـ/١٨٣٤م)، **حاشية العطَّار على شرح الجلال المَحَلِّي على جمع الجوامع**، د. م، دار الكتب العلمية، د. ت، ٢، ٢٤٣.

(٤) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٢٤.

(٥) الحاكم، **المُستَدرك على الصحيحين**، كتاب البيوع، حديث (٢٣٤٢)، ٢، ٦٥. وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. وأخرجه أبو الحسن علي بن عمر الدَّارَقُطْني (٣٨٥هـ/٩٩٥م)، **السُّنَن**، حققه شعيب الأرنؤوط، وآخرون، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م، كتاب البيوع (١٣)، حديث (٣٠٦٠)، ٤، ٤٠. لكن أخرجه أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨هـ/١٠٦٦م)، **السُّنَن الكبرى**،=

«قَالَ نَافِعٌ[1]: وَذَلِكَ بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ»[2].

و«قال اللغويون: هو النَّسِيئة بالنَّسِيئة»[3]. والنسيئة لغةً تعني:

= حققه محمد عبد القادر عطا، ط٣، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، كتاب البيوع (١٣)، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، حديث (١٠٥٣٦)، ٥، ٤٧٤، عن موسى بن عبيدة الرَّبَذي بدل موسى بن عقبة، ومثله أبو القاسم سليمان ابن أحمد الطَّبَراني (٣٦٠هـ/٩٧١م) ـ **المُعْجَم الكبير**، حققه حمدي السلفي، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، ط٢، د. ت، ٤، ٢٦٧. ومثله أيضًا أبو بكر عبد الله ابن محمد ابن أبي شيبة (٢٣٥هـ/٨٤٩م)، **المصنَّف**، حققه كمال يوسف الحوت، الرياض، مكتبة الرشد، ١٤٠٩هـ، كتاب البيوع والأقضية (١٣)، باب من كره آجلاً بآجل، حديث (٢٢١٢٧)، ٤، ٤٦١. وقال البَيْهَقي ـ في الموضع المشار إليه أعلاه من سننه ـ: موسى هذا هو ابن عُبَيْدة الرَّبَذِي، وشيخنا أبو عبد الله [الحاكم] قال في روايته: عن موسى بن عقبة، وهو خطأ. والعجب من أبي الحسن الدَّارَقُطْني ـ شيخ عصره ـ روى هذا الحديث عنه في كتاب السُّنَن... فقال: عن موسى بن عقبة!.

أقول: آفة الحديث موسى بن عُبَيدة الرَّبَذي، قال الشَّوكاني ﷺ: قال فيه أحمد: لا تحِل الرواية عنه عندي، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال: ليس في هذا أيضًا حديث يصح. وقال الشافعي: أهل الحديث يُوَهِّنون هذا الحديث. أبو عبد الله محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ/١٨٣٤م) **نَيْل الأوطار**، حققه عصام الدين الصبابطي، مصر، دار الحديث، ط١، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ٥، ١٨٦.

(١) الإمام، المفتي، الثَّبْت، عالم المدينة، أبو عبد الله القُرَشي، ثم العدوي، العمري، مولى ابن عمر، وراويته، والأرجح أنه فارسي الأصل. بعثه عمر بن عبد العزيز ﷺ إلى أهل مصر؛ يعلمهم السُّنَن، وولاه صدقات اليمن. وقال: سافرت مع ابن عمر ﷺ بضعًا وثلاثين حجةً وعُمرةً. توفي (١١٧هـ/٧٣٥م) ﷺ. يُنظَر: محمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ٥، ٩٥ ـ ٩٩.

(٢) البَيْهَقي، **السُّنَن الكبرى**، كتاب البيوع (١٣)، باب ما جاء في النهي عن بيع الدَّين بالدَّين، حديث (١٠٥٣٨)، ٥، ٤٧٤.

(٣) الدَّارَقُطْني، **السُّنَن**، كتاب البيوع (١٣)، حديث (٣٠٦١)، ٤، ٤٠.

«التأخير»[١].

والكالِئ في اللغة: «من الكِلاءة، وهي التأخير، وكَلَأَ الدَّيْنُ يَكْلَأ كُلُوءًا، فهو كالِئ: إذا تأخر»[٢]. والدَّيْن في الاصطلاح: «معاملةٌ كان أحد العِوَضين فيها نقدًا، والآخر في الذمة نسيئةً»[٣].

وبيع الكالِئ بالكالِئ اصطلاحًا هو: «بيع ما في الذمة بشيء مؤخَّر»[٤]. أو بيع «المؤخَّر الذي لم يُقبَض بالمؤخَّر الذي لم يُقبَض. وهذا كما لو أسلم شيئًا في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخَّر؛ فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئٍ بكالئٍ»[٥].

وعليه فالدَّيْن الذي حلَّ أجل استيفائه يخرج من دائرة الكِلاءة؛ فلا يتناوله الحديث الشريف؛ فكان كالمال الحاضر حُكمًا.

والحديث وإن كان ضعيفًا جدًّا عند أهل التحقيق غير أن مقتضاه معمولٌ به بالإجماع؛ قال الشَّوْكاني[٦] رحمه الله معلِّقًا على الحديث ذاته: «وهو

---

(١) محمد الرازي، **مختار الصحاح**، ٣٠٩.

(٢) أبو العباس أحمد بن محمد الفَيُّومي (نحو ٧٧٠هـ/١٣٦٨م)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، بيروت، المكتبة العلمية، د. ت، ٢، ٥٤٠.

(٣) محمد نجيب المطيعي، **المجموع شرح المُهَذَّب: التكملة الثانية**، ١٣، ٩٧.

(٤) أبو عمرو، عثمان بن عمر ابن الحاجب (٦٤٦هـ/١٢٤٨م)، **جامع الأمهات**، حققه أبو عبد الرحمن الأخضري، دمشق، اليمامة، ط٢، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ٣٤٨.

(٥) عبد الرحمن العاصمي، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**، المدينة المنورة، مُجَمَّع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م، ٢٠، ٥١٢.

(٦) محمد بن علي، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، ولد بهجرة شوكان ـ من بلاد خَوْلان=

وإن كان في إسناده موسى بن عُبَيْدة الرَّبَذي[١]، فقد شدَّ مِن عَضُده ما يحكى من الإجماع على عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ»[٢].

ويؤكد ما سبق قول ابن المنذر: «أجمع أهل العلم أن الدَّين بالدَّين لا يجوز»[٣]. وقال الإمام أحمد ﷺ: «إنما هو إجماعٌ»[٤].

ومن صور بيع الكالِئ بالكالِئ: «أن يشتري الرجل شيئًا إلى أجَلٍ، فإذا حلَّ الأجل، لم يجد ما يقضي به، فيقول: بِعْنِيه إلى أجلٍ آخر بزيادة شيءٍ؛ فيبيعه منه، ولا يجري بينهما تقابض»[٥]. أو «أن يبيع الرجل دينًا له على رجلٍ، بدينٍ على رجلٍ آخر»[٦].

= باليمن ـ سنة (١١٧٣هـ/١٧٥٩م)، نشأ في مدينة صنعاء، ووَلِيَ قضاءها، ومات حاكمًا بها سنة (١٢٥٠هـ/١٨٣٤م)، ومن أشهر مؤلفاته: نَيْلُ الأَوْطار، وفتح القدير في التفسير، والفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة. يُنظَر: خير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٦، ٢٩٨.

(١) تقدم الكلام فيه، يُنظَر: ١٠٦.

(٢) أبو عبد الله محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ/١٨٣٤م)، **السيل الجرَّار المُتدفِّق على حدائق الأزهار**، بيروت، دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٤٨٠.

(٣) محمد ابن المنذر، **الإشراف على مذاهب العلماء**، ٦، ٤٤.

(٤) عبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٤، ٣٧.

(٥) أبو السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير (٦٠٦هـ/١٢٠٩م)، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، حققه طاهر الزاوي محمود الطناحي، بيروت، المكتبة العلمية، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، ٤، ١٩٤.

(٦) أبو عبد الله مالك بن أنس الأَصْبَحي (١٧٩هـ/٧٩٥م)، **المُوَطَّأ**، حققه محمد مصطفى الأعظمي، أبو ظبي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٤، ٩٥٤.

ومن صوره المعاصرة: ما ذكره ابن العُثَيْمين[1] ﷺ، حيث قال: «المؤجَّل بمؤجَّلٍ: أن تقول: اشتريت منك كتابًا صفته كذا وكذا، تسلِّمُنيه بعد سنةٍ بعشرة ريالاتٍ مؤجَّلةٍ إلى ستة أشهرٍ، وهذا لا يصح؛ لأنه بيع كالِئٍ بكالِئٍ، أي مؤخَّر بمؤخَّر... وهذا يقع كثيرًا بين الناس اليوم، لكنهم لا يعلمون عن حُكمه؛ فيشتري منه الشيء مؤجَّلاً ـ مثلاً ـ إلى سنةٍ، ثم يعطيه «شيكًا» مؤجَّلاً لمدة ستة أشهرٍ، يعني لا يَقْبِضه إلا بعد ستة أشهرٍ، فالثمن مؤجَّلٌ، والمُثَمَّن مؤجَّلٌ؛ فهذا لا يصح»[2].

فالأصل في بيع الكالِئ بالكالِئ إذًا: «**أن يكون الثمن والمَثْمون مؤجلَيْن**»[3].

وجه الاستدلال بالحديث الشريف على منع عقد الاستصناع:

إذا لم يكن الاستصناع سلَمًا، فإنه لا يُشترَط فيه تعجيل الثمن على المستصنِع؛ فيكون حينئذٍ دينًا في ذِمَّته، وكذلك السِّلْعة المراد تصنيعها هي أيضًا بمثابة الدَّين في ذمة الصانع؛ لعدم وجودها حين العقد، وبذلك يكون الاستصناع بيع دَينٍ بدَينٍ، وهو باطلٌ إن لم يكن بحديث بيع الكالئ

(١) محمد بن صالح العُثَيْمين، عضو في هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ومدرِّس في المسجد الحرام، مات سنة (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) ﷺ.

(٢) محمد العثيمين (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، الدَّمَّام، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٢هـ ـ ١٤٢٨هـ، ٩، ٥٠ ـ ٥١.

(٣) أبو العباس أحمد بن أحمد زرُّوق (٨٩٩هـ/١٤٩٤م)، **شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني**، اعتنى به أحمد فريد المزيدي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ٢، ٧٦٢ ـ ٧٦٣.

بالكالئ ـ لضعفه ـ، فبالإجماع على بُطلان بيع الدَّين بالدَّين.

وكذلك «... لو كان عقد الاستصناع صحيحًا، لكان اشتراط تعجيل الثمن في السَّلَم ليس بلازمٍ، وهو مجمَعٌ عليه، والشريعة لا يمكن أن تفرِّق بين متماثِلَيْن، ولا تجمَع بين متفرِّقيْن، والنظير يجب أن يأخذ حكم النظير، والاستصناع فيه شَبَهٌ جدًّا بالسَّلَم، اللهم! إلا أن السَّلَم غالبًا في المطعومات، وهذا في المصنوعات، وهو ليس بالفارق الجوهري الذي يختلف معه الحُكْم»[1].

بناءً على ما سبق بنى جمهور الفقهاء موقفهم في منع عقد الاستصناع مالم يكن فرعًا من عقد السَّلَم، وذلك بتعجيل دفع الثمن في مجلس العقد احترازًا من أن يكون دينًا بدينٍ.

(١) دُبْيَان الدُّبْيان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، ٨، ٢٩٩.

المَبْحَثُ الثَّانِي
مناقشة أدلة المانعين

تقدمت أدلة المانعين في المبحث الأول، وتُعرَض هنا لمناقشتها على التفصيل الآتي:

أ ـ لا دليل على مشروعية الاستصناع، والقياس يأباه:

المناقشة:

مما لا ريب فيه أن الاستصناع تُعْوِزه الأدلة النقلية التفصيلية، وما ورد فيه منها فهو قليلٌ مُجْمَلٌ؛ إذا ما قورنت بأدلة السَّلَم، لكن المجيزين له اعتمدوا على أدلةٍ أخرى، كالإجماع العملي، والاستحسان، والعُرْف[1]، وعلى أن الأصل في العقود الإباحة، كما سيأتي بيانه عند بسط أدلتهم.

أما أن الاستصناع يأباه القياس فيجاب عنه بأنه خرج عن حكمه بالمسوِّغات التالية:

١ ـ الاستحسان:

وحقيقة الاستحسان ـ كما سبق[2] ـ أنه الخروج عن القياس الجَلِيِّ

(١) هو: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقَّته الطبائع بالقبول. علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٤٩. ويأتي له مزيد بيان في مبحث (أدلة المجيزين).

(٢) يُنظَر: ٥٢.

إلى قياسٍ خفيٍّ أقوى منه، وبه أجاب الحنفية على مانعي عقد الاستصناع بالقياس، فكان مما قالوه: «القياس يأبى جواز الاستصناع؛ لأنه بيع المعدوم كالسَّلَم، بل هو أبعد جوازًا من السَّلَم؛ لأن المسلَم فيه تحتمله الذِّمة؛ لأنه دَيْنٌ حقيقةً[1]، والمستصنَع عين[2]... والأعيان لا تحتملها الذِّمَّة[3]؛ فكان جواز هذا العقد أبعدَ عن القياس عن[4] السَّلَم، وفي الاستحسان جاز؛ لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكيرٍ، فكان إجماعًا منهم على الجواز؛ فيُترَك القياس»[5].

٢ ـ الإجماع:

يقول السَّرْخَسي في الاستصناع: «... تعاملُ الناس من غير نكيرٍ

---

(١) لأن من شروط المسلم فيه ـ أو المعقود عليه ـ في عقد السَّلَم أن يكون من الأموال المِثْليَّة، كالمكيلات والموزونات، فكونها مثليَّةً يجعل التفاوت فيما بينها نادرًا أو قليلاً جدًّا؛ لا ينتج عنه خلافٌ عند التسليم، فكانت بهذا الوصف مما تحتمله الذِّمَّة، كالدَّين بالأموال النقدية؛ لتماثلها تماثُلاً لا يدع مجالاً للخلاف بين الدائن والمَدين؛ بمجرد ذكر جنسها وقدْرها.

(٢) تقدم تعريفها، يُنظَر: ٣٢، ٣٤، ٤٠.

(٣) لأن المصنوعات أعيانٌ تتفاوت صفاتها حتى في الجنس الواحد، كالسيارات، والطائرات، والسفن، ونحوها، ولأجل هذا التفاوت لم تحتملها الذمة ـ بخلاف المِثْلِيَّات ـ، ولو احتملتها، لنشأ عند التسليم خلافٌ واسعٌ بين المتعاقدين، ولهذا اشترط جمهور الفقهاء لصحة بيع الأعيان وجودها في مجلس العقد، أو معرفة المشتري بها من قبل، وبخلافه بيع السَّلَم، فهو بيع الصفات من المِثْلِيَّات.
والحنفية ألحقوا الأعيان بحكم المِثْلِيَّات في عقد الاستصناع خاصةً، فقد أجازوا استحسانًا أن تُشغَل ذِمَّة الصانع بعينٍ لا يمتلكها، ولا وجود لها حين العقد.

(٤) هكذا في الأصل، ولعل (مِن) هي الأصوب في السياق، والله تعالى أعلم.

(٥) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٠٩.

أصلٌ من الأصول كبيرٌ؛ لقوله ﷺ «مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ»[(١)]. وقال ﷺ: «لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ»[(٢)]، وهو نظير دخول

---

(١) «... مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا، فَهُوَ عِنْدَ اللهِ سَيِّئٌ». وهو من قول عبد الله بن مسعود ﷺ، أخرجه أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل (٢٤١هـ/٨٥٥م)، **المسند**، حققه شعيب الأرنؤوط، وآخرون، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م، ٦، ٨٤. والحاكم، **المُستَدرك على الصحيحين**، كتاب معرفة الصحابة، حديث (٤٤٦٥)، ٣، ٨٣ ـ ٨٤. والحديث لم يثبت مرفوعًا، ولكنه حسنٌ موقوفًا على ابن مسعود، قال ابن حجر العسقلاني: لم أجده مرفوعًا، وأخرجه أحمد موقوفًا على ابن مسعود بإسناد حسن. أبو الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، **الدِّراية في تخريج أحاديث الهداية**، حققه السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، بيروت، دار المعرفة ـ بيروت، د. ت، ٢، ١٨٧.

(٢) حديث: «**إِنَّ أُمَّتِي لَا تَجْتَمِعُ عَلَى ضَلَالَةٍ**». له شواهد كثيرة مرفوعة، فقد أخرجه:
عن ابن عمر ﷺ الترمذي، **السُّنَن**، أبواب الفتن (٣١)، باب ما جاء في لزوم الجماعة (٧)، حديث (٢١٦٧)، ٤، ٤٦٦.
وعن أنس ﷺ ابن ماجه، **السُّنَن**، كتاب الفتن (٣٦)، باب السواد الأعظم (٨)، حديث (٣٩٥٠)، ٢، ١٣٠٣. وقال محققه شعيب الأَرْنَؤوط: صحيح بمجموع شواهده. ابن ماجه، **السُّنَن**، د. م، دار الرسالة العالمية، ط١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ٥، ٩٦.
وعن ابن عباس ﷺ الحاكم، **المُستَدرك على الصحيحين**، كتاب العلم، حديث (٣٩٩)، ١، ٢٠٢.
وعن أبي ذَرٍّ ﷺ أحمد ابن حنبل، **المسند**، ٣٥، ٢١٩، ولفظه: «... فَإِنَّ اللهَ لَنْ يَجْمَعَ أُمَّتِي إِلَّا عَلَى هُدًى»، كما أخرجه عن أبي بَصْرة الغِفاري بلفظ: «سَأَلْتُ اللهَ ـ ﷻ ـ أَنْ لَا يَجْمَعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ؛ فَأَعْطَانِيهَا»، ٤٥، ٢٠٠. وقال محققه شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره.
وعن أبي مالك الأشعري ﷺ أبو داود، **السُّنَن**، كتاب الفتن والملاحم، باب الفتن ودلائلها، حديث (٤٢٥٣)، ٤، ٩٨. وهو بلفظ: «إِنَّ اللهَ أَجَارَكُمْ مِنْ ثَلَاثِ خِلَالٍ» [فذكر منها]: «وَأَنْ لَا تَجْتَمِعُوا عَلَى ضَلَالَةٍ». =

الحمَّام بأجرٍ، فإنه جائزٌ؛ لتعامل الناس، وإن كان مقدار المُكْث فيه، وما يُصَبُّ من الماء مجهولًا...»[(١)]. و«القياس يُترَك بالإجماع»[(٢)].

٣ ـ الحاجة:

«لأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خُفٍّ أو نعلٍ[(٣)] من جنسٍ مخصوصٍ، ونوعٍ مخصوصٍ، على قَدْرٍ مخصوصٍ، وصفةٍ

= قال السَّخاوي ﷺ: وبالجملة فهو حديث مشهور المتن، ذو أسانيد كثيرة، وشواهد متعددة في المرفوع وغيره. أبو الخير محمد بن عبد الرحمن السَّخاوي (٩٠٢هـ/١٤٩٧م)، **المقاصد الحسنة في بيان كثيرٍ من الأحاديث المُشتهِرة على الألسنة**، حققه محمد عثمان الخشت، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، ٤٦٠.

ومن المحققين المعاصرين قال الألباني ﷺ: الحديث بمجموع هذه الطرق حسن. محمد ناصر الدين الألباني، **سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها**، الرياض، مكتبة المعارف، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ٣، ٣٢٠. وقال شعيب الأرنؤوط: صحيح بمجموع شواهده، وقال في حديث آخر: صحيح لغيره. كما تقدم آنفًا.

وللحديث شاهد في القرآن الكريم، في قول الله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾ [النساء: ١١٥]. فلو كان في اتباع سبيل المؤمنين خطأٌ أو ضلالٌ، لما أوجب الله اتباعها، والآية هذه كثيرًا ما يستدل بها الفقهاء على حجية الإجماع، ولزوم أحكامه.

(١) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٣٨ ـ ١٣٩. ومما غدا عُرفًا في أيامنا هذه: الوجبة في المطعم المفتوح مع جهالة قدر المشروب والمأكول؛ لاختلاف عادة وقدرة الشاربين والآكلين. د. موسى لاشين، **فتح المنعم شرح صحيح مسلم**، القاهرة، دار الشروق، ط١، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م، ٦، ١٩٥.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢ ـ ٣.

(٣) النَّعْل والنعلة: ما وُقِيَتْ به القَدم من الأرض. أبو الفضل محمد بن مُكَرَّم ابن منظور (٧١١هـ/١٣١١م)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، ط٣، ١٤١٤هـ، ١١، ٦٦٧.

مخصوصةٍ، وقلَّما يتفق وجوده مصنوعًا، فيحتاج إلى أن يستصنِع، فلو لم يَجُز، لوقع الناس في الحرج»[1].

٤ ـ الاستصناع لا يأباه القياس:

وهو ما نقله ابن الهُمَام عن بعض الحنفية في حكم السَّلَم، وهو معنًى مقصودٌ في الاستصناع، فقال ﷺ: «قولهم: السَّلَم على خلاف القياس؛ لأنه بيع المعدوم. قال[2]: بل هو على وَفْقه؛ فإنه كالابتياع بثمنٍ مؤجَّلٍ. وأيُّ فرقٍ بين كون أحد العوضين [المبيع والثمن] مؤجَّلاً في الذِّمة وبين الآخر؟ بل هو على وَفْق القياس ومصلحة الناس... فالحاصل أن قياس السَّلَم على الابتياع بثمن مؤجَّلٍ[3] أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يُقدَر على تسليمه عادةً...»[4].

وردَّ الحنفية هذا الاتجاه بقولهم: «الفرق ظاهرٌ، وهو أن المبيع هو المقصود من البيع... فانعدامه يوجب انعدام البيع، بخلاف الثمن فإنه وصفٌ يثبت في الذِّمَّة مع صحة البيع[5]، فقد تحقق البيع شرعًا مع عدم وجود الثمن؛

(١) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٣.

(٢) لم أقف على اسمه.

(٣) يعني بيع العين الحاضرة بثمن مؤجَّل.

(٤) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ٧١ ـ ٧٢.

(٥) الثمن من النقود أو العملة الرائجة، فمحله ذمة المشتري، وليس في قِطَعٍ نقديَّةٍ معيَّنةٍ بذاتها؛ فصحَّ لأن تُشغَل به ذِمَّة المشتري إلى أن يدفعه، فهو بهذا الوصف من الأشياء المِثْلِيَّة، ولهذا يصح البيع ولو لم يكن الثمن مملوكًا للمشتري، بخلاف السِّلْعة أو العين المبيعة؛ فإنها مقصودةٌ بعينها وذاتها، فلا تُستبدَل بغيرها إذا ما تم عليها العقد، ولا بد أن=

لأن الموجود في الذمة وصفٌ يطابقه الثمن، لا عين الثمن»[1].

وقد يجاب عنه بأن بيع المعدوم لا ينطبق على الاستصناع انطباقًا تامًّا؛ لأن مادة التصنيع غالبًا ما تكون موجودةً، وبالعقد تُضبَط الصفات ضبطًا يزول معه الغَرَر والخلاف.

وثمرة الخلاف بين القول بجواز الاستصناع قياسًا على بيع العين الحاضرة بثمنٍ مؤجَّل، وبين القول بجوازه استحسانًا على خلاف القياس أنه بناءً على القول الأول يعد أصلاً تقاس عليه عقودٌ أخرى إذا ما تساوت عِلَّتها مع علته؛ فتأخذ حكمه، لكنه على القول الآخر لا يعد كذلك عملاً بالقاعدة الأصولية: «ما ثبَت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه»[2].

لكنَّ جمهور الحنفية ـ كما سبق ـ على أن الاستصناع جائزٌ استثناءً على خلاف القياس؛ ففي (دُرَر الحُكَّام في شرح مجلة الأحكام): «إن بيع الاستصناع جُوِّز على خلاف القياس؛ لأن بيع المعدوم باطلٌ، وقياسًا كان يجب أن يكون بيع الاستصناع غير جائزٍ، ولكن جُوِّز استثناءً على خلاف القياس؛ فلا يجوز قياس عقدٍ آخر عليه، كما أن بيع السَّلَم أيضًا جوِّز على خلاف القياس؛ فلا يجوز اعتبار أن بيع ثمر الشجر الذي لم يظهر ثمره

= تكون مملوكةً للبائع عند بيعها إلا في بيع السَّلَم؛ فإنه مستثنى من ذلك شرعًا باتفاق الفقهاء، وأضاف الحنفية إليه الاستصناع.

(١) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ٧٢.

(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ١٧. ويُنظَر في شرحها: أحمد الزرقا (١٣٥٧هـ/١٩٣٨م)، **شرح القواعد الفقهية**، صححه وعلق عليه، مصطفى أحمد الزرقا، دمشق، دار القلم، ط٢، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ١٥١ ـ ١٥٣.

جائزًا استنادًا على جواز بيع الاستصناع أو بيع السَّلَم؛ لأن النص بجواز الاستصناع على خلاف القياس»[1].

ب ـ الاستصناع بيع المعدوم على غير وجه السَّلَم؛ فهو باطل:

المناقشة:

١ ـ حديثا «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[2]، و«لَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ»[3] ليسا في بيوع الآجال: كالسَّلَم والاستصناع، كما أفاد سياق الحديث الأول، وإنما هما في بيع الأعيان الحاضرة قبل أن يملكها البائع «والأعيان لا تحتملها الذِّمَّة»[4]؛ فكان النهي دفعًا للغَرَر المحتمَل بحق أحد العاقدين، وهو ما أكده الإمام الشافعي ﷺ بقوله: «ومن بيوع الغرر عندنا بيع ما ليس عندك»[5].

وبيان ذلك أن البائع لِما لا يملك قد لا يجد السلعة في السوق بعدما قبَض ثمنها، وانتفع به، وقد يجدها في السوق بأعلى ثمنًا مما قبَضه، فيُغبَن، وقد يجدها المشتري في السوق رخيصةً، فيقع عليه الغَبْن.

قال ابن قيم الجوزية ﷺ في معرِض حديثه عن أنواع بيع المعدوم:

---

(١) علي حيدر، **دُرَر الحكَّام شرح مجلة الأحكام**، ١، ٣٣.

(٢) تقدم تخريجه، يُنظَر: ٤٨.

(٣) مضى تخريجه، يُنظَر: ١٠٣.

(٤) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٠٩. تقدم معنى الجملة هذه في حاشية الصفحة: ١١٥ و١١٦. كما تقدم مرارًا بيان الفرق بين بيع الأعيان وبيع الصفات، فمن ذلك يُنظَر: ٤٨، ١١٢، ١١٥.

(٥) علي الماوردي، **الحاوي الكبير**، ٥، ٣٢٥.

«معدومٌ لا يُدرى: يَحصُل أو لا يحصل، ولا ثقةَ لبائعه بحصوله، بل يكون المشتري منه على خطرٍ؛ فهذا الذي منع الشارع بيعه لا لكونه معدومًا، بل لكونه غَرَرًا، فمنه صورة النهي التي تضمَّنها حديثُ حكيم بن حِزامٍ وابن عمرٍو[1] ﭫ، فإن البائع إذا باع ما ليس في ملكه، ولا له قدرةٌ على تسليمه؛ ليذهب ويحصِّله، ويسلِّمه إلى المشتري، كان ذلك شبيهًا بالقِمار والمخاطرة من غير حاجةٍ بهما إلى هذا العقد، ولا تتوقف مصلحتهما عليه»[2].

وقال أيضًا ﭬ: «ليس في كتاب الله، ولا في سُنَّة رسول الله ﷺ، ولا في كلام أحدٍ من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز...»[3]. وبناءً عليه يمكن أن يقال: الباطل ما أبطله الشرع، وليس ثَمَّةَ دليلٌ صحيحٌ صريحٌ ينصُّ على بُطلان بيع المعدوم.

٢ ـ الاستصناع مستثنى من بيع المعدوم: إذا كان السَّلَم قد استثناه الشرع بالنص من حكم الأصل في حرمة بيع ما ليس عند الإنسان، فإن الشرع قد استثنى الاستصناع من ذلك بالإجماع؛ لحاجة الناس إليه، وتعاملهم به عبر العصور؛ قال الكاساني ﭬ: «وقد خرج الجواب عن قوله[4]: إنه معدومٌ. لأنه أُلحِق بالموجود لمِساس الحاجة، كالمُسلَم فيه، فلم يكن بيعَ ما ليس عند الإنسان على الإطلاق»[5].

---

(١) في الأصل: ابن عمر، والصواب: ابن عمرو، يُنظَر: ١٠٣ من هذه الأطروحة.

(٢) محمد ابن قيم الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ٥، ٧١٨.

(٣) محمد ابن قيم الجوزية، **إعلام المُوَقِّعين عن رب العالمين**، ٢، ٧.

(٤) أي: قول المعترِض على مشروعية الاستصناع؛ لعدم ورود اسم القائل في السِّياق.

(٥) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٣.

وفي شرح مجلة الأحكام: «إذا باع إنسانٌ ما سيملكه فيما بعد كالحِنطة أو السفينة التي سيصنعها أو الجلود، فالبيع باطلٌ، أما إذا وقع البيع على سبيل السَّلَم أو الاستصناع، ورُوعيت شرائطهما، فالبيع صحيحٌ»[(١)].

٣ ـ قد يعطى بيعُ المعدوم حكمَ الموجود في جواز العقد عليه: ولو كانت العَدَميَّة هي علة[(٢)] المنع، لما جاز في الشرع بيع المعدوم في جميع صوره، لكن الواقع على خلافه، فلقد أجاز الفقهاء مسائل كثيرةً، والمبيع فيها معدومٌ، ومن أقوالهم في ذلك:

قول القَرافي[(٣)] ﷺ: «وإعطاء المعدوم حكمَ الموجود، كتقديم مُلك الدِّيَة للمقتول خطأً حتى تورث عنه؛ فإن الميراث فرع المُلْك، والملك بعد الموت مُحالٌ، وقبله في الحياة في الدِّيَة مُحالٌ؛ لأن سببها زُهوق الروح»[(٤)].

---

(١) علي حيدر، **دُرَر الحكَّام شرح مجلة الأحكام**، ١، ١٨١.

(٢) هي: المعنى الجالب للحكم. محمد الفَرَّاء، **العُدَّة في أصول الفقه**، ١، ١٧٥.

(٣) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصِّنْهاجي القَرافي المصري، أحد الأعلام المشهورين؛ كان إمامًا بارعًا في الفقه والأصول والعلوم العقلية، وله معرفةٌ بالتفسير، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك ﷺ، وألف كتبًا مفيدةً منها: الذخيرة، في الفقه، وهو من أجلِّ كتب المالكية، والقواعد: أنوار البُروق، في أَنْواء الفروق، والتنقيح، في أصول الفقه، وهو مقدمة الذخيرة، واليواقيت في أحكام المواقيت. توفي ﷺ عام (٦٨٤هـ/١٢٨٥م)، ودُفن بالقَرافة بمصر القديمة. يُنظَر: أبو الوفاء، إبراهيم ابن علي ابن فرحون (٧٩٩هـ/١٣٩٧م)، **الدِّيباج المُذَهَّب في معرفة أعيان علماء المذهب**، حققه د. محمد الأحمدي أبو النور، القاهرة، دار التراث، د. ت، ١، ٢٣٦ ـ ٢٣٩. ومصطفى حاجي خليفة، **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، ١، ١٨٦.

(٤) أبو العباس أحمد بن إدريس القَرافي (٦٨٤هـ/١٢٨٥م)، **الذخيرة**، حققه محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م، ١١، ١٨٥.

وقول ابن رُشْد[١] رحمه الله: «المنافع في الإجارات في وقت العقد معدومةٌ، فكان ذلك غَرَرًا[٢]، ومِن بيعِ ما لم يُخلَق؛ ونحن نقول: إنها وإن كانت معدومةً في حال العقد، فهي مُسْتَوفاةٌ في الغالب، والشرع إنما لَحَظ من هذه المنافع ما يُستَوفى في الغالب، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء»[٣].

وفي العناية شرح الهداية: «فإن قيل: كيف يجوز أن يكون [الاستصناع] بيعًا، والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعًا؟ أجاب[٤] (بأن المعدوم قد يُعتَبر موجودًا حُكمًا) كالناسي للتسمية عند الذَّبْح، فإن التسمية جُعلت موجودةً لعُذر النِّسيان، والطهارةِ للمستحاضة جُعلت موجودةً لعذر جواز[٥] الصلوات؛ لئلا تتضاعف الواجبات، فكذلك المستصنَع المعدوم جُعل موجودًا حُكمًا؛ للتعامل»[٦].

---

(١) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد ويلقب بالحفيد، وهو الفيلسوف الطبيب الفقيه، كان يُفزَع إلى فتواه في الطِّب، كما يُفزَع إلى فتواه في الفقه، وصنَّف نحو خمسين كتابًا، وامتدت حياته من سنة (٥٢٠هـ/١١٢٦م) إلى (٥٩٥هـ/١١٩٩م). يُنظَر: خير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٥، ٣١٨.

(٢) منشأ الغَرَر في الإجارة أن المنفعة المؤَّجرة تُشغَل بها ذِمَّةُ المُؤجِّر نفسَه ـ أو المؤجِّر دابَّتَه ـ لعملٍ ما، وهي عند العقد معدومة الاستيفاء؛ فقد يموت أو يمرض المستأجَر قبل أن يستوفي منه المستأجِر كامل المنفعة أو بعضَها، كما يتطلب استيفاء المنفعة زمنًا بعد العقد، فهي إذًا معدومةٌ كليًّا في أثنائه، وجزئيًّا مدة الإيجار حتى انتهاء مدته.

(٣) محمد ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ٤، ٥ ـ ٦.

(٤) المَرْغِيناني، مؤلِّف الهداية في شرح بداية المُبتدي، وهو مصدر سابق.

(٥) فَواتُها. مِن جاز يَجوز جَوازًا، إذا خلَّف الموضع وقطَعه. يُنظَر: محمد الرازي، **مختار الصحاح**، ٦٤.

(٦) محمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٧، ١١٥.

ويضاف إلى شرط **تعامُل الناس** للحكم بوجود المعدوم **وجودُ الحاجة** أيضًا، يقول شارح مجلة الأحكام العدلية: «المعدوم الذي لم يَجْرِ به عُرفٌ عامٌّ، أو حاجةٌ عامَّةٌ؛ يبقى على الأصل في منع العقد عليه، أما السَّلَم والاستصناع فالحاجة إليهما عامَّةٌ، وكذلك العُرف؛ فاستُثْنِيا من الأصل»[(١)].

ومن ذلك ما تقدم من قول ابن رُشْدٍ في صحة عقد الإجارة مع أن «المنافع في الإجارات في وقت العقد معدومةٌ»[(٢)]. ويقول أبو الفضل المَوْصِلِّي[(٣)]: «الإجارة: تمليك المنافع بعوضٍ، وهي على خلاف القياس؛ لأن المنافع معدومةٌ، وبيع المعدوم لا يجوز، إلا أنا جوَّزناها لحاجة الناس إليها»[(٤)]. فلمَ لا يعطى عقد الاستصناع حكم الإجارة للحاجة؟!.

٤ ـ دليل القياس بالأَوْلى في بُطلان عقد الاستصناع على بيع ما هو موجودٌ، وليس في ملك البائع: يجاب عنه بأن العقد على موصوفٍ في الذِّمة، الذي يمكن حصوله عادةً، ويلتزم به البائع ـ كما في الاستصناع ـ هو أَوْلى من بيع الموجود في ملك شخصٍ ما بدون علمه؛ لأن هذا الشخص قد

---

(١) علي حيدر، **دُرَر الحكَّام شرح مجلة الأحكام**، ١، ٣٣.

(٢) محمد ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ٤، ٥ ـ ٦.

(٣) عبد الله بن محمود بن مَوْدود بن محمود المَوْصِلِّي أبو الفضل، الإمام الملقب مجد الدين. كانت ولادته بالموصل سنة (٥٩٩هـ/١٢٠٣م). كان شيخًا فقيهًا عالمًا فاضلاً مدرِّسًا عارفًا بالمذهب، وكان قد تولَّى قضاء الكوفة، ثم عُزل، ورجع إلى بغداد، فلم يَزَل يفتي ويدرِّس فيها إلى أن مات سنة (٦٨٣هـ/١٢٨٤م)، ومن تصانيفه: المختار، وشرحُه: الاختيار لتعليل المختار. يُنظَر: عبد القادر القُرَشي، **الجواهر المُضِيَّة في طبقات الحنفية**، ٢، ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٤) يُنظَر: عبد الله المَوْصِلِّي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٢، ٥٠.

يرفض بيع متاعه، بخلاف من التزم ببيع ما ليس بموجودٍ ساعة العقد.

وعليه، فقول السَّرْخَسي: «بيع ما هو موجودٌ غير مملوكٍ للعاقد باطلٌ؛ **فبيع المعدوم أولى بالبُطلان**» يُحمَل على ما يستحيل حصوله، أو يَنْدُر، أو يتردد بين الحصول وعدمه.

مسألة: إذا لم تكن المعدومية هي العلة في بُطلان بيع المعدوم، فما علته إذًا؟.

ذكر الأئمة الفقهاء أن علة النهي عن بيع المعدوم هي حصول **الغَرَر**[(١)]، وبه يبطل البيع؛ لحديث أبي هريرة ﷺ قال: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ... عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»[(٢)]. فيلتحق بيع المعدوم بحُكمه من بابِ أَوْلى؛ لأن وقوع الغَرَر في المعدوم أمرٌ مؤكَّدٌ، بخلاف الغَرَر ببيع الموجود؛ فإنه يتردد بين الوقوع وعدمه.

والغَرَر ـ على ما تقدم[(٣)] ـ هو: ما انطوى عليه أمرُه، وخَفيت عليه

---

(١) يشترط في الغرر أن يكون له أثرٌ معتبر في قيمة السِّلْعة، فما لم يكن كذلك، فإنه مُغتَفر، والعقد به لا يتأثَّر، قال النووي ﷺ: أجمع المسلمون على جواز أشياء فيها غَرَرٌ حقيرٌ، منها: أنهم أجمعوا على صحة بيع الجُبَّة المَحْشوَّة وإن لم يُرَ حَشْوُها، ولو بيعَ حَشْوُها بانفراده، لم يَجُزْ. وأجمعوا على جواز إجارة الدار والدابة والثوب ونحو ذلك شهرًا مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يومًا، وقد يكون تسعةً وعشرين، وأجمعوا على جواز دخول الحمَّام بالأجرة مع اختلاف الناس في استعمالهم الماء، وفي قدْر مُكْثهم، وأجمعوا على جواز الشُّرب من السِّقاء بالعِوَض مع جهالة قدْر المشروب، واختلاف عادة الشاربين. يحيى النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحَجَّاج**، ١٠، ١٥٦.

(٢) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب البيوع (٢١)، باب بُطلان بيع الحَصاة، والبيع الذي فيه غَرَر (٢)، حديث (١٥١٣)، ٣، ١١٥٣.

(٣) يُنظَر: ٤٤.

عاقبتُه. أو هو: «الخطر الذي لا يُدرَى: أيكون أم لا؟»[١]. أو هو: «ما تردَّد بين السلامة والعَطَب، وليس أحدهما بأولى من الآخر، أو كان الغالب العطب»[٢].

ويذكر الخَطَّابي[٣] ﷺ بعض النماذج من غَرَر البيع، فيقول: «كل بيعٍ كان المقصود منه مجهولاً غيرَ معلومٍ، ومعجوزًا عنه غيرَ مقدورٍ عليه، فهو غَرَرٌ، وذلك مثل أن يبيعه سمَكًا في الماء... فإن البيع فيها مفسوخٌ... وأبواب الغَرَر كثيرةٌ، وجُمَّاعُها: ما دخل في المقصود منه الجهلُ»[٤].

وفي المذاهب الفقهية الأربعة ما يؤكِّد أن الغَرَر هو العلة من تحريم بيع المعدوم، ومعلومٌ «أن الحكم يدور مع العِلَّة وجودًا وعدمًا»[٥]، فإذا

---

(١) ناصر المُطَرِّزِيّ، **المُغْرِب في ترتيب المُعْرِب**، ٣٣٨.

(٢) أبو الحسين يحيى بن سالم العِمْراني (٥٥٨هـ/١١٦٣م)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، حققه قاسم محمد النوري، جُدَّة، دار المنهاج، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ٥، ٦٥.

(٣) حَمْد بن محمد بن إبراهيم بن الخطَّابي ـ من ولد الصحابي زيد بن الخطاب ﷺ، البُسْتي نسبةً إلى «بُسْت» [من مدن أفغانستان]، وكنيته أبو سليمان. كان أحد أوعية العلم في زمانه، حافظًا فقيهًا، مُبرِّزًا على أقرانه، وكان شافعي المذهب، وصاحب تصانيف نافعةٍ، منها: معالِم السُّنَن، في شرح سُنن أبي داود. امتدت حياته من سنة (٣١٩هـ/٩٣١م) إلى (٣٨٨هـ/٩٩٨م)، ﷺ. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٤، ٤٧١ و٤٧٢. ومحمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ١٧، ٢٣ ـ ٢٨. وخير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٢، ٢٧٣.

(٤) أبو سليمان حَمْد بن محمد الخَطَّابي (٣٨٨هـ/٩٩٨م)، **معالم السُّنَن**، حلب، المطبعة العلمية، ط١، ١٣٥١هـ/١٩٣٢م، ٣، ٨٨.

(٥) يُنظَر: أبو بكر محمد بن أحمد السَّرْخَسي (٤٨٣هـ/١٠٩٠م)، **أصول السَّرْخَسي**، بيروت، دار المعرفة، د. ت، ٢، ١٨٠.

انتفى الغَرَر في بيع المعدوم، جاز، وإلا لم يَجُزْ، وهذه خلاصةٌ مما جاء في المذاهب الفقهية في ذلك:

يقول الحنفية: «والسَّلَم عقدٌ جُوِّز بخلاف القياس؛ لكونه بيعَ المعدوم[1]، فتجب صيانته عن غَرَر الانقطاع ما أمكن...»[2]. يريد أن المُسْلَم فيه ينبغي أن يكون في بلدٍ لا ينقطع فيه غالبًا؛ لئلا يقع الغَرَر من احتمال عدم وجوده وقت التسليم.

ويقول المالكية: «وأما المنافع فلا تجوز القُرْعة فيها عند ابن القاسم[3]، ولا يُجبَر مَن أباها؛ لأن المنافع معدومةٌ، فقد لا تحصل؛ فيعظُم الغَرَر بالقُرعة، بل يتراضيان باستغلال العبد أو الدابة مدةً، والآخَرُ مثلَها»[4].

ويقول الشافعية: «ولا يجوز بيع المعدوم، بأن يقول: بعتك ثمرة نخلي[5]

---

(١) المقصود بالمعدوم هنا: الفرد الواحد من جنسه، وليس الجنس بعمومه؛ لأن الجنس إذا كان معدومًا، فلا يصح السَّلَم فيه؛ لتعذر تسليم المُسْلَم فيه في حينه.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢١١.

(٣) عبد الرحمن بن القاسم العُتَقي مولاهم، عالم الديار المصرية، ومفتيها، أبو عبد الله، المصري، صاحبُ مالكٍ الإمام؛ لازمه بضعَ عَشْرةَ سنةً، وقال عنه مالك: عافاه الله، مثَلُه كمَثَل جُرابٍ مملوءٍ مِسْكًا! وكان ذا مالٍ ودنيا، فأنفقها في العلم! وكان يَمْتنِع من جوائز السلطان، وله قَدَمٌ في الورع والتَّأَلُّه [التعبُّد]. عاش تسعًا وخمسين سنة، وتوفي سنة (١٩١هـ/٨٠٧م) رحمه الله. يُنظَر: محمد الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ٩، ١٢٠ ـ ١٢٥.

(٤) أحمد القَرافي، **الذخيرة**، ٧، ٢٠٠.

(٥) يعود سبب المنع إلى تحديد مكان الثمر بقوله: نخلي. لما في ذلك من غَرَر؛ فقد لا يثمر نخله، بخلاف ما لو كان العقد سَلَمًا، فإنه يجوز؛ لأن المطلوب فيه تسليم ما اتُّفق عليه من أي مكان كان؛ مادام مطابقًا للوصف وبقية الشروط.

التي ستخرج عامًا، أو أعوامًا؛ لما روي[(١)]: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»[(٢)]. وقال الشافعي رحمه الله: «ومن بيوع الغرر عندنا بيعُ ما ليس عندك»[(٣)].

أما الحنابلة فإنهم يقولون: «ولا يجوز بيع معدوم؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ» رواه مسلم[(٤)]. وبيعُ المعدوم بيعُ غَرَرٍ»[(٥)].

ويزيد ابن تيمية[(٦)] رحمه الله المسألة تفصيلاً؛ فيقول: «فإن قول القائل: بيع المعدوم لا يجوز. ليس معه نصٌّ عليه، ولا إجماع إلا في بعض الصور،

---

(١) هذه الصيغة تومِئ إلى ضعف الحديث، وهي تسمى في المصطلح: **صيغة التمريض**؛ فكان الأَوْلى أن يقال: لما صحَّ، أو ثبت. لأن الحديث صحيح؛ أخرجه الإمام مسلم، وقد تقدم.

(٢) يحيى العِمْراني، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ٥، ٦٥.

(٣) علي الماوردي، **الحاوي الكبير**، ٥، ٣٢٥.

(٤) تقدم تخريجه، يُنظَر: ١٢٢.

(٥) أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قُدامة (٦٢٠هـ/١٢٢٣م)، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٢، ٧ ـ ٨.

(٦) شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحَرَّاني [نسبة إلى مدينة حَرَّان التركية المجاورة للحدود السورية] وهو من كبار أئمة المذهب الحنبلي، بل قيل: إنه المجتهد المطلق؛ لاجتماع شروط الاجتهاد فيه، وُلد سنة (٦٦١هـ/١٢٦٣م)، وقدِم به والده إلى «دمشق» سنة (٦٦٧هـ)، فأقبل على العلوم في صغره، حتى غدا فريد عصره علمًا، وشجاعةً، وكرمًا، ونصحًا للأمة، تأهل للفتوى والتدريس، وله دون العشرين سنة، وأوذي في ذات الله، فمات سجينًا في سجن قلعة دمشق سنة (٧٢٨هـ/١٣٢٨م)، وبلغت مصنفاته خمسَ مئةِ مُجَلَّدةٍ [أشهرها ما تم جمعه من فتاواه في سبعةٍ وثلاثين مجلدًا]. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٨، ١٤٢ ـ ١٥٠. ياقوت الحَمَوي، **معجم البلدان**، ٢، ٢٣٥.

كما أنه في بعض الصور لا يجوز بيع الموجود، ولكن من أين له أن العلة كونه معدومًا؟!.

ثم يقال: قد ثبت بالنص والإجماع جواز بيع الثمرة بعد بُدُوِّ صلاحها على الإبقاء[(١)]، وذلك يتضمن بيع مالمْ يُخلَق بعدُ[(٢)]، وكذلك إجارة الظئر[(٣)]، ثبت بالنص والإجماع، وهو عقدٌ على مالم يوجد بعدُ، وكذلك الإجارة[(٤)]. فهذه ثلاثة أصول فيها جواز المعاوضة على معدومٍ.

وفي بيع السِّنين[(٥)]، وحَبَل الحَبَلة[(٦)]، ونحو ذلك، لا يجوز المعاوضة

---

(١) أي: مُستَحِقة الإبقاء إلى كمال صلاحها، لا قبْضَها في الحال بموجب العقد، وعلى البائع السقي والخدمة، ويدخل في هذا ما هو معدومٌ، لم يُخلَق. يُنظَر: عبد الرحمن العاصمي، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**، ٢٠، ٥٤٦، ومحمد ابن قيم الجوزية، **إعلام المُوَقِّعين عن رب العالمين**، ٢، ٩.

(٢) أي: بيع المعدوم.

(٣) المُرضِعة لغير ولدها. يُنظَر: محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ٤، ٥١٤.

(٤) يريد أن محل عقد الإجارة على الشيء المؤجَّر ـ أيًّا كان ـ هو منفعته، والانتفاع بها لا يحصل إلا بعد العقد عليها، فهي إذًا معدومةٌ في أثنائه، ثم تُستَوفى بالتدرُّج حتى تنقضي مدة العقد.

(٥) لحديث جَابِرٍ، قَالَ: «**نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ**»، وفي رواية ابن أبي شيبة: «**عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ سِنِينَ**». مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب البيوع (٢١)، باب كراء الأرض (١٧)، حديث (١٥٣٦)، ٣، ١١٧٨. وعرَّفه الخطَّابي بقوله: بيع السنين هو: أن يبيع الرجل ما تثمره النخلة أو النخلات **بأعيانها** سنين: ثلاثًا أو أربعًا أو أكثر منها، وهذا غَرَر [في الأصل: غدر!]؛ لأنه يبيع شيئًا غير موجودٍ، ولا مخلوقٍ حال العقد، ولا يدري هل يكون ذلك أم لا؟ وهل يتِم النخل أم لا؟ وهذا في بيوع الأعيان [من شجرةٍ أو أشجارٍ معيَّنة]، فأما في بيوع الصفات [ما لا يكون في معيَّن]، فهو جائز، مثل أن يسلف في الشيء إلى ثلاث سنين أو أربع أو أكثر؛ ما دامت المدة معلومة، إذا كان الشيء المسلَف فيه غالبًا وجوده عند وقت مَحِلِّ السَّلَف. حَمْد الخطَّابي، **معالم السُّنَن**، ٣، ٨٦.

(٦) لحديث عبد الله بن عمر ﷺ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ «**أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ**». مسلم،=

على ذلك المعدوم، والأصل في ذلك أنه إذا كان فيه أكلُ مالٍ بالباطل؛ لما فيه من المُقامَرة المتضمِّنة لذلك، لم يَجُز. وإن لم يكن فيه أكلُ مالٍ بالباطل، جاز. وفي بيع مُلك المعدومات، إذا أخذ هذا الثمن، والآخر تحت المُخاطرة، فهو قِمارٌ، وأكلُ مالٍ بالباطل»[1].

وتبعه في ذلك ابن قَيِّم الجَوْزية ﵀، فقال: «... الذي وردت به السُّنة النهي عن بيع الغَرَر، وهو ما لا يُقدَر على تسليمه، سواءٌ كان موجودًا أو معدومًا، كبيع العبد الآبِق، والبعير الشارد إن كان موجودًا؛ إذ موجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزًا عن تسلميه، فهو غررٌ ومخاطرةٌ وقِمارٌ؛ فإنه لا يباع إلا بوَكْسٍ[2]، فإن أمكن المشتري تسلُّمه، كان قد قَمَر [غلب] البائعَ، وإن لم يُمكنْه ذلك، قَمَرَه البائع.

وكذلك المعدوم الذي هو غَرَر، نُهي عنه للغرر لا للعدَم، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمَة، أو هذه الشجرة؛ فالمبيع لا يُعرَف وجوده ولا قدْره ولا صفته؛ وهذا من المَيْسِر الذي حرمه الله ورسوله»[3]، ﷺ.

= **صحيح مسلم**، كتاب البيوع (٢١)، باب تحريم بيع حبَل الحبَلة (٣)، حديث (١٥١٤)، ٣، ١١٥٣. ومعناه: أن يبيع ما سوف يحمله الجنين الذي في بطن الناقة؛ على تقدير أن تكون أنثى، فهو بيع نِتاج النِّتاج. وقيل:... أن يبيعه إلى أجلٍ يُنْتَج فيه الحَمْل الذي في بطن الناقة، فهو أجلٌ مجهولٌ، ولا يصح. المبارك ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ١، ٣٣٤. والنِّتاج: وضع البهائم من الغنم وغيرها. أحمد الفَيُّومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ٢، ٥٩١.

(١) أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية (٧٢٨هـ/١٣٢٨م)، **نظرية العقد**، مصر الجديدة، مركز الكتاب للنشر، د. ت، ٢١٣.

(٢) نقص. محمد الرازي، **مختار الصحاح**، ٣٤٤.

(٣) محمد ابن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ٢، ٧.

ومما يمكن قوله ختامًا: إذا كان المنع من عقد الاستصناع لكونه على مبيعٍ معدومٍ، وعلَّته الغَرَر، فيمكن القول: إذا رُفع الغرر عنه بضبط صفات المبيع المستصنَع ضبطًا ترتفع معه الجهالة، فإنه يجوز؛ كما جاز عقد الإجارة بالنص، مع أن محلَّه منفعةٌ معدومةٌ ـ كما تقدم ـ، والقاعدة تقول: «إذا زال المانع، عاد الممنوع»[1]، فالحظر عن بيع المعدوم كان لأجل الغرر، وهو زائلٌ بضبط الصفات، والله تعالى أعلم.

ج ـ حديث: النهي عن بيع الكالِئ بالكالِئ:

والاستصناع بيع كالِئٍ بكالِئٍ ـ دَينٍ بدَينٍ ـ بغير وجه السَّلَم، وهو باطلٌ بالإجماع.

المناقشة:

١ ـ إن مخالفة الاستصناع للسَّلَم في عدم اشتراط تعجيل الثمن، يعود سببها إلى أن عقد الاستصناع يشتمل على بيع عينٍ معدومةٍ، وإجارة عملٍ ـ وإن كان الأول هو الأصل ـ، والإجارة لا يشترَط فيها تعجيل الثمن، فمن هذه الحيثيَّة جاز في الاستصناع عدم تعجيل الثمن، ولم يَجُزْ بدونه في السَّلَم؛ على اعتباره بيعًا محضًا لا إجارة فيه.

٢ ـ العين الموصوفة في الذمة في عقد الاستصناع لو كانت دَينًا، لكان الاستصناع عقدًا لازمًا كعقد السَّلَم، والحال في عقد الاستصناع أنه ليس بلازم عند جمهور الحنفية، وللكاساني ﷺ قول يشير إلى ذلك، فقد

(١) مجلة الأحكام العدلية، ١٩.

قال: «... التأجيل يختص بالديون؛ لأنه وُضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبةٌ، وليس ذلك إلا السَّلَم؛ إذ لا دَين في الاستصناع؛ ألا ترى أن لكل واحد منهما خِيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق؟»[1]. وقوله: «عقدٌ فيه مطالبةٌ» أي: عقدٌ لازمٌ. أما قوله: «بالاتفاق». ففيه كلام يأتي فيما بعد.

فما جاء في تعريف الاستصناع من ذكر العين الموصوفة في الذِّمة لا يراد منه العين بالمعنى الاصطلاحي، وهي التي تكون موجودةً عند إنشاء العقد، ولكن المراد من ذلك أمرٌ آخر، وهو ما عبَّر عنه الباحث دُبْيان الدُّبْيان بقوله: «باعتبار ما سيكون» أي بالنظر إلى العين بعد تمام صناعتها.

فقد قال الدُّبْيان ذلك، وهو يعلِّق على هذه العبارة من حاشية ابن عابدين رحمه الله: «قوله: والمبيع: هو العين لا عمله، أي أنه بيع عينٍ موصوفةٍ في الذِّمة، لا بيع عملٍ، أي لا إجارة على العمل»[2].

قال الدُّبْيان: «فقوله: (عين موصوفة في الذمة) يبين أن المراد بالعين: ليس ما يقابل الدَّين، وإنما المراد بالعين ما يقابل العمل، وأن المقصود بالعين ليس هي مواد الخام، وإنما عين سوف تتشكل بعد الاستصناع...

وقد أشكل على بعض الباحثين كون الحنفية تساءلوا في عقد الاستصناع: هل المعقود عليه العين، أم العمل؟ وقد رجحوا أن المعقود عليه: هو العين، وليس العمل، ووجه الإشكال: إذا كان المستصنَع معدومًا،

(١) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٣.

(٢) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٥.

فهو ليس عينًا؛ لأن العين: هو المعيَّن، وهو ما يمكن الإشارة إليه، ويكون له ذاتٌ وحيِّزٌ من الفراغ، كهذا الكُرسي، والبيت، والحِصان، بينما العين المستصنَعة تعلُّقها بالذمة؛ لكونها ليست موجودةً، ولم يتعلَّق الحق بشيءٍ بعينه، وما كان متعلقًا بالذمة فهو دَين، وليس عينًا...

والحق أن هذا الإشكال قائمٌ إلا إذا فهمنا مراد الحنفية بالعين في عقد الاستصناع، فقد يزول الإشكال... فالمراد: بالعين عندهم باعتبار ما سيكون، والذي حملهم على هذا: أن كلاً من العمل والعين متعلقان بالذِّمة، فحتى يبينوا أن المعقود عليه هو العين بعد الاستصناع، وأن العقد عقدُ بيعٍ، وليس المعقود عليه هو العمل، فيكون العقد عقدَ إجارةٍ؛ أطلقوا كلمة (عين) على أمر متعلَّق بالذِّمة، وهو اصطلاح خاص... فلو كان المقصود بالعين المعيَّن، لم يكن قوله: (في الذِّمة) مناسبًا؛ لأن ما كان في الذِّمة لا يكون إلا دَينًا، والدَّين يكون في مقابل العين، والله أعلم»[1].

٣ ـ إذا كان المعدوم المطلق له حكم الموجود للحاجة، كالحكم بطهارة المستحاضة، وغيره مما ذكره الفقهاء، فلمَ لا تُعطى المادة الخام ـ وهي عين ـ حكم العين الحاضرة أو المصنَّعة، وهي بعض منها؛ ليكون عقد الاستصناع بذلك كسائر البيوع المطلقة في الإباحة، أو أنه يباح للحاجة؛ لعدم اكتمال صورة العين عند تأسيس العقد؟!.

٤ ـ ومن المعقول يقول الباحث دُبْيان الدُّبْيان: «إن تأجيل الثمن اليومَ قد يُعَدُّ ضرورةً لحماية الأموال، فعقد الاستصناع... يتعلق اليوم بمصانعَ

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ٨، ٢٨٧ ـ ٢٩٠.

ضخمةٍ، مبالغُها تتجاوز «الملايين»، إن لم نقلْ: «البلايين» من الدولارات، كما في صناعة الطائرات، والسفن الفضائية، والبحرية، والقطارات، والمطارات، والأبراج السكنية، وصناعة السلاح المتقدِّم، ومولِّدات الطاقة، ومصانع التكرير ونحوها، وهذه المصانع والمُعِدات لا يمكن أن يوقَف على صلاحيتها إلا بعد إنتاجها، وهل كانت على وَفْق الشروط، أو مخالفةً لما هو مطلوب؟.

فكيف يُجبَر المستصنِع على دفع الثمن كاملاً، مع احتمال أن يكون المنتَج ليس مطابقًا للمواصفات، وقد يتعرَّض المنتَج للغِش والتزوير، وقد تكون الشركات وهميَّةً؟! فإذا دُفع المبلغ كاملاً ذهب المال هَدْرًا، وهذه المبالغ إن دُفعت مقدَّمًا قد تؤذي ليس «بنكًا» واحدًا، وإنما عدة «بنوك»، وقد تتسبب في خساراتٍ جسيمةٍ، إن لم تكن سببًا في الإفلاس، وقد يخضع الأمر إلى المرافعات الشرعية والمحاكمات التي تأخذ وقتًا طويلاً، تُعطَّل فيها المصالح، وتُهْدَر فيها الأوقات، وتُنفَق عليها الأموال، مع ما فيها من حرجٍ ومشقةٍ!.

فإذا علم المصنِّع[1] أن ثمن صناعته يتوقف على التزامه بالعقد، ومدى مطابقته للمواصفات، والتزامه بتنفيذ العقد في حينه، كان أحرصَ من المستصنِع على إتقان صنعته؛ ولهذا كان من المصلحة عدم تسليم كامل الثمن للمصنِّع، ويستطيع المصنِّع أن يطلب تعهُّدًا «بنكيًّا» يحفظ حقه من

(١) في ثلاثة مواطن من الفقرة هذه وُضعت كلمة (المستصنِع) مكان كلمة (مصنِّع)، ولعل ذلك من سهو النُّسَّاخ؛ فقمت بالاستدراك المطلوب.

الضياع، بعد الفراغ من الاستصناع، والله أعلم»[1].

ومما لا ريب فيه أن القول بوجوب تعجيل الثمن في مثل هذه الصناعات الضخمة من شأنه أن يبطِّئ حركة التصنيع، وتقِل معه المنتوجات الصناعية عن حاجة الناس، فيجدوا من ذلك الحرج والمشقة؛ لأن أغلب أرباب الأموال لا يفضِّلون استثمار أموالهم في جهةٍ واحدةٍ، بل في جهاتٍ متعددةٍ؛ لتعويض الخاسر منها بالرابح، وهو أمرٌ مشهودٌ في تقلبات الأموال، والله تعالى أعلم.

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ٨، ٣٠٠ ـ ٣٠١.

الفَصْلُ الثَّانِي
المجيزون وأدلتهم

تمهيد:

يمثِّل هذا الاتجاهَ الفقهيَّ الحنفيةُ عدا زُفَر ـ كما تقدم من قبل[1] ـ، ويمكن إجمال أدلتهم ومناقشتُها في المبحثين الآتيين:

* أدلة المجيزين.
* مناقشة أدلة المجيزين.

(١) يُنظَر: ٧٥، ١٠١.

المَبْحَثُ الأَوَّلُ

أدلة المجيزين

أ ـ الأدلة النقليَّة من القرآن الكريم والسُّنَّة النبوية:

ويمكن حصر أدلة عقد الاستصناع في الكتاب الكريم والسُّنة المطهرة في ثلاث مسائل، ألا وهي:

سدُّ (يَأْجوجَ ومَأْجوج)، وخاتَم النبي، ومنبره ﷺ.

١ ـ سدُّ (يأجوجَ ومأجوج):

يقول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ بَيۡنَ ٱلسَّدَّيۡنِ وَجَدَ مِن دُونِهِمَا قَوۡمٗا لَّا يَكَادُونَ يَفۡقَهُونَ قَوۡلٗا ﴿٩٣﴾ قَالُواْ يَٰذَا ٱلۡقَرۡنَيۡنِ إِنَّ يَأۡجُوجَ وَمَأۡجُوجَ مُفۡسِدُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَهَلۡ نَجۡعَلُ لَكَ خَرۡجًا عَلَىٰٓ أَن تَجۡعَلَ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَهُمۡ سَدّٗا ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيۡرٞ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجۡعَلۡ بَيۡنَكُمۡ وَبَيۡنَهُمۡ رَدۡمًا ﴿٩٥﴾ ءَاتُونِي زُبَرَ ٱلۡحَدِيدِۖ حَتَّىٰٓ إِذَا سَاوَىٰ بَيۡنَ ٱلصَّدَفَيۡنِ قَالَ ٱنفُخُواْۖ حَتَّىٰٓ إِذَا جَعَلَهُۥ نَارٗا قَالَ ءَاتُونِيٓ أُفۡرِغۡ عَلَيۡهِ قِطۡرٗا ﴿٩٦﴾ فَمَا ٱسۡطَٰعُوٓاْ أَن يَظۡهَرُوهُ وَمَا ٱسۡتَطَٰعُواْ لَهُۥ نَقۡبٗا ﴿٩٧﴾﴾ [الكهف].

وجه الاستدلال بالآيات على مشروعية الاستصناع:

يقول الدكتور محمد سليمان الأشقر[1] في توجيه الآيات الكريمة:

---

(١) دكتوراه في أصول الفقه من كلية الشريعة بجامعة الأزهر، وهو فلسطيني الأصل، عمل=

«فهذا إرشادٌ قرآنيٌّ يُعلَم منه صحة الاستصناع شرعًا، ولم نَرَ أحدًا من أهل العلم تنبَّه إلى الاستدلال بهذه الآيات، والاستدلال بها مبنيٌّ على أصل... أنَّ كلَّ فعلٍ أو أمرٍ أو نهيٍ صدر عن أحدٍ، وذُكر في القرآن، فهو حقٌّ إلا إذا نبَّه القرآن على بُطلانه؛ لأن الله تعالى سمى كتابه فُرْقانًا وهُدًى، وتِبيانًا لكل شيءٍ، فلا يناسبه أن يذكر عن أحدٍ من الناس ما هو باطلٌ منكَرٌ، ثم يسكت عن التنبيه على بُطلانه؛ فإن ذلك يُفهَم منه رضاه به.

واستندنا في ذلك إلى الشاطِبي[1] ﷺ، حيث قال[2]: ومن أمثلة هذا القسم جميع ما حُكي عن المتقدمين في الأمم السابقة مما كان حقًّا، كحكايته عن الأنبياء والأولياء، ومنه قصة ذي القَرْنين... وفي هذه القصة ذكَر الله تعالى أنهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم السدَّ مقابل مالٍ

= مدرسًا جامعيًّا في المملكة العربية السعودية، ثم انتقل إلى دولة الكويت؛ ليكون أحد العاملين في مشروع الموسوعة الفقهية، وعضوًا مُشاركًا في لجنة الفتوى الشرعية بالكويت، مات سنة (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) ﷺ. يُنظَر:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D%٨٥%٩D%٨AD%D%٨٥%٩D%٨AF_%D%٨B%٣D%٨٤%٩D٨%٩A%D%٨٥%٩D%٨A%٧D٨٦%٩_%D%٨A%٧D%٨٤%٩D%٨A%٣D%٨B%٤D%٨٢%٩D%٨B١

(١) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغَرْناطي الشهير بالشاطِبي، أحد العلماء الأثبات، وأكابر الأئمة الثقات، الفقيه الأصولي المفسر المحدِّث، له تآليف نفيسة، منها: الموافقات في الفقه، والاعتصام في الحوادث والبدع. توفي في شعبان سنة (٧٩٠هـ/١٣٨٨م) ﷺ. محمد بن محمد مخلوف (١٣٦٠هـ/ ١٩٤١م)، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، علق عليه عبد المجيد خيالي، لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ١، ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

(٢) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي (٧٩٠هـ/١٣٨٨م)، **الموافقات**، حققه أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، د. م، دار ابن عفان، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ٤، ١٦١.

يعطونه إياه، والظاهر أنهم كانوا يريدون منه أن يعمله بموادَّ من عنده؛ لأنهم لم يكونوا يعرفون ممَّ يُصنَع؛ لأنهم ﴿لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا﴾ [الكهف: ٩٣]. وهو لم يُنكر هذه الصيغة، وقوله: ﴿مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ﴾ [الكهف: ٩٥]. ليس اعتراضًا على ذلك، بل هو اقتراحٌ لصيغةٍ أخرى أفضل منها ليُسْرِها عليهم؛ بأن يقدِّموا ما لديهم من إمكانيات ـ قطَعٍ حديديةٍ، نحاسٍ، أيدٍ عاملةٍ ـ ويقدِّم هو الخِبْرة «التِّكْنولوجية»، والعمل الفني.

وحيث لم يرفض القرآن الطريقة التي اقترحوها، ولا أنكرها؛ فإنها تكون مشروعةً في ديننا بناءً على الأصل الذي بيناه أعلاه»[(١)].

٢ ـ خاتَم النبي ﷺ:

عن أنسِ بن مالك رضي الله عنه «أَنَّهُ رَأَى فِي يَدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ خَاتَمًا[(٢)] مِنْ وَرِقٍ[(٣)]... ثُمَّ إِنَّ النَّاسَ اصْطَنَعُوا الخَوَاتِيمَ مِنْ وَرِقٍ وَلَبِسُوهَا...»[(٤)].

وفي روايةٍ: «أَنَّ نَبِيَّ اللهِ ﷺ كَانَ أَرَادَ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى الْعَجَمِ، فَقِيلَ لَهُ:

---

(١) د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، دار النفائس، عمان، الأردن، ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م، ١، ٢٢٨.

(٢) إنه خاتَم رسمي ـ كما يقال في عُرْفنا ـ، ولكنه ثبَّته في حَلَقة ـ كما في رواية: «إِنَّا صَنَعْنَا حِلْقًا». ابن حِبَّان: ٥٤٩٨، صحيح ـ؛ وجعله في أصبعه؛ لئلا يضيع، فهو في حقه من مقتضيات الحُكْم، ثم اتخذه الناس للتزين، ولا حرج في ذلك مع الضوابط الشرعية.

(٣) الوَرِق: الفضة. يُنظَر: المبارك ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ٢، ٢٥٤.

(٤) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب اللباس (٧٧)، باب (٤٧)، حديث (٥٨٦٨)، ٧، ١٥٦.

إِنَّ الْعَجَمَ لَا يَقْبَلُونَ إِلَّا كِتَابًا عَلَيْهِ خَاتَمٌ؛ فَاصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ فِضَّةٍ»[(١)].

وفي روايةٍ: قَالَ: «اصْطَنَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ خَاتَمًا، فَقَالَ: «إِنَّا قَدِ اصْطَنَعْنَا خَاتَمًا، وَنَقَشْنَا فِيهِ نَقْشًا؛ فَلَا يَنْقُشْ عَلَيْهِ أَحَدٌ»[(٢)]. وفي روايةٍ: «وَنَقَشَ فِيهِ: مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ»[(٣)]. وفي روايةٍ ـ من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ـ بلفظ: «لَا يَنْقُشْ أَحَدٌ عَلَى نَقْشِ خَاتَمِي هَذَا»[(٤)].

قال النووي[(٥)] رحمه الله: «سبب النهي أنه ﷺ إنما اتَّخذ الخاتَم، ونقش فيه؛ ليختِم به كتبه إلى ملوك العجم وغيرهم، فلو نقش غيره مثله، لدخلت المفسدة، وحصل الخَلل»[(٦)].

---

(١) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب اللباس والزينة (٣٧)، باب في اتخاذ النبي ﷺ خاتمًا؛ لما أراد أن يكتب إلى العجم (١٣)، حديث (٢٠٩٢)، ٣، ١٦٥٧.

(٢) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القَزْويني (٢٧٥هـ/٨٨٨م)، **السُّنَن**، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، د. م، دار إحياء الكتب العربية، د. ت، كتاب اللباس (٣٢)، باب نقش الخاتم (٣٩)، حديث (٣٦٤٠)، ٢، ١٢٠١.

(٣) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الجهاد والسِّيَر (٥٦)، باب دعوة اليهود والنصارى، وعلى ما يقاتَلون عليه، وما كتب النبي ﷺ إلى كِسْرى، وقَيْصَر، والدعوة قبل القتال (١٠١)، حديث (٢٩٣٨)، ٢، ٣٤٣.

(٤) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب اللباس والزينة (٣٧)، باب لُبْس النبي ﷺ خاتمًا من وَرِقٍ، نَقْشُه: محمد رسول الله، ولُبْس الخلفاء له من بعده (١٢)، حديث (٢٠٩١)، ٣، ١٦٥٦.

(٥) أبو زكريا يحيى بن شرف، شيخ الإسلام، وأحد الأعلام، الفقيه الشافعي، والحافظ الزاهد. وَلِيَ مشيخة دار الحديث [في دمشق]، وله تصانيف كثيرةٌ منها: المجموع شرح المُهَذَّب، والمنهاج في شرح مسلم، ورياض الصالحين، والأذكار، وغير ذلك كثير. ولد سنة (٦٣١هـ/١٢٣٤م)، ومات عَزَبًا في قريته نَوى [جنوب سورية] سنة (٦٧٦هـ/١٢٧٧م) رحمه الله. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٧، ٦١٨ ـ ٦٢٠.

(٦) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحَجَّاج**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢هـ، ١٤، ٦٨.

وجه الاستدلال بالحديث على مشروعية الاستصناع:

قال السَّرْخَسي من الحنفية: «وفي الحديث أن النبي ﷺ استصنع خاتَمًا، واستصنع المنبر[1]، فإذا ثبت هذا، يُترَك كل قياسٍ في مقابَلته»[2]. وفي لسان العرب: «اصطنع فلانٌ خاتَمًا، إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتَمًا... أو أمر أن يُصنَع له»[3].

والحديث عبَّر عن امتلاك النبي ﷺ للخاتَم بالاصطناع، ولم يعبَّر عنه بالشراء، الذي يفيد غالبًا وجود السلعة عند العقد. واصطناع الخاتَم موافِقًا لأصبع المستصنِع يتطلب وقتًا كافيًا، ومع ذلك لم يصرِّح الحديث بالدفع المسبَق للثمن؛ فدلَّ ذلك على أن العقد على الخاتَم كان استصناعًا، وليس سلَمًا.

ولما وجد النبي ﷺ أهل المدينة يُسلِفون، بيَّن لهم شرائط السَّلَف[4]، ومما لا شك فيه أنه رآهم يستصنِعون؛ فالحاجة إلى الصناعة لا تقل شأنًا عن الحاجة إلى الزراعة والثمر، لكنه ﷺ مع شيوع الاستصناع في معاملاتهم لم يذكر له شرط السَّلَف في تعجيل الثمن، ولا قال لهم: ألحقوا الاستصناع بالسَّلَف؛ فدل هذا أن الاستصناع غير السَّلَف من هذه الحيثية، والله تعالى أعلم.

---

(١) حديث المِنْبر يأتي عقب حديث الخاتَم.

(٢) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٣٩.

(٣) يُنظَر: محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ٨، ٢٠٩.

(٤) تقدم ذكرها، يُنظَر: ٧٤.

٣ ـ مِنْبر النبي ﷺ:

عَنْ سَهْلٍ[(١)]، قَالَ: «بَعَثَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إِلَى امْرَأَةٍ: «مُرِي غُلَامَكِ النَّجَّارَ، يَعْمَلْ لِي أَعْوَادًا، أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ»[(٢)].

وعنه رضي الله عنه: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَرْسَلَ إِلَى امْرَأَةٍ مِنَ المُهَاجِرِينَ، وَكَانَ لَهَا غُلَامٌ نَجَّارٌ، قَالَ لَهَا: «مُرِي عَبْدَكِ؛ فَلْيَعْمَلْ لَنَا أَعْوَادَ المِنْبَرِ»، فَأَمَرَتْ عَبْدَهَا، فَذَهَبَ فَقَطَعَ مِنَ الطَّرْفَاءِ[(٣)]، فَصَنَعَ لَهُ مِنْبَرًا...»[(٤)].

وعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ رضي الله عنه: «أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ! أَلَا أَجْعَلُ لَكَ شَيْئًا تَقْعُدُ عَلَيْهِ، فَإِنَّ لِي غُلَامًا نَجَّارًا؟! قَالَ: «إِنْ شِئْتِ»؛ فَعَمِلَتِ المِنْبَرَ»[(٥)].

---

(١) ابن سعد بن مالك... الخَزْرَجي الأنصاري الساعِدي، أبو العباس. رأى النبي ﷺ، وسمع منه، وذُكر أنه كان له يوم توفي النبي ﷺ خمسَ عشْرة سنة. توفي رضي الله عنه سنة (٨٨هـ/٧٠٧م) وهو ابن ست وتسعين سنة ـ أو قريبًا من ذلك ـ، ويقال: إنه آخر من بقي من أصحاب النبي ﷺ بالمدينة. يُنظَر: علي ابن الأثير، **أُسْد الغابة في معرفة الصحابة**، ٢، ٣٢٠.

(٢) البخاري، **الصحيح الجامع**، كتاب الصلاة (٨)، باب الاستعانة بالنجَّار والصُّنَّاع في أعواد المنبر والمسجد (٦٤)، حديث (٤٤٨)، ١، ١٦٢.

(٣) شجرٌ معروفٌ في زمنهم، وجاء في إحدى الروايات ـ البخاري: ٩١٧ ـ أنه «مِنْ طَرْفَاءِ الغَابَةِ»، والغابة: مكانٌ بينه وبين المدينة ثمانية أميال على طريق الشام شمالاً. يُنظَر: ياقوت الحَمَوي، **معجم البلدان**، ٤، ١٨٢.

(٤) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الهبة (٥١)، باب من استَوْهب من أصحابه شيئًا (٣)، حديث (٢٥٦٩)، ٢، ٢٢٨.

(٥) البخاري، **الصحيح الجامع**، كتاب الصلاة (٨)، باب الاستعانة بالنجَّار والصُّنَّاع في أعواد المنبر والمسجد (٦٤)، حديث (٤٤٩)، ١، ١٦٢.

وجه الاستدلال بالحديث على مشروعية الاستصناع:

تقدَّم من قريبٍ قول السَّرْخَسي من الحنفية: «وفي الحديث أن النبي ﷺ استصنَع خاتَمًا، واستصنَع المنبر، فإذا ثبت هذا، يُترَك كل قياسٍ في مُقابَلته».

وقول النبي ﷺ للمرأة: «مُرِي عَبْدَكِ فَلْيَعْمَلْ لَنَا أَعْوَادَ المِنْبَرِ» هو بمثابة الإيجاب في العقد، ودلَّ أمرُها لعبدها بصناعة المنبر على القَبول، ولما كان محل العقد صناعة منبرٍ، ولم يذكَر فيه تعجيل الثمن من جهة النبي ﷺ، ولم يقدَّم الخشب من قِبَله، فإن العقد بذلك استصناعٌ.

ب ـ الإجماع:

١ ـ تعريفه:

«الاجماع لغةً: العزم والاتفاق. واصطلاحًا: اتفاق مجتهدى عصرٍ من هذه الأمة بعد وفاة نبينا محمدٍ ﷺ على أمرٍ دينيٍّ. وهو حجَّةٌ قاطعةٌ عند الأكثر»[(١)]. «وتحرم مخالفته، ولا يجوز أن تجتمع الأمَّةُ على الخطأ»[(٢)].

---

(١) علي ابن اللحام، **المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ٧٤. وقوله: عند الأكثر. إشارة إلى القلة القليلة التي لم تعترف بالإجماع حجةً!. قال القاضي أبو يعلى الفَرَّاء محمد بن الحسين (٤٥٨هـ/١٠٦٦م) رحمه الله: حُكي عن إبراهيم النَّظَّام [المعتزلي (٢٣١هـ/٨٤٥م)] أن الإجماع ليس بحجةٍ، وأنه يجوز اجتماع الأمة على الخطأ! وحُكِي عن الرافضة: أن الإجماع ليس بحجةٍ، وأن قول الإمام وحده حجة!. أبو يعلى، محمد بن الحسين الفَرَّاء (٤٥٨هـ/١٠٦٦م)، **العُدَّة في أصول الفقه**، حققه د. أحمد بن علي المباركي، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، د. ن، ط٢، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، ٤، ١٠٦٤. وللمزيد في بيان أدلة الإجماع، والرد على مخالفيه، يُنظَر: **المصدر نفسه**، ٤، ١٠٦٤ ـ ١٠٨٩.

(٢) محمد الفَرَّاء، **العُدَّة في أصول الفقه**، ٤، ١٠٥٨.

٢ ـ وجه الاستدلال بالإجماع على مشروعية الاستصناع:

حينما يدلل الحنفية على مشروعية الاستصناع بالإجماع على أنه عقدٌ مستقلٌّ عن عقد السَّلَم، فإنهم لا يقصدون به الإجماع بمعناه الاصطلاحي السابق، كيف وقد خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء؟!

ولكنهم يقصدون به الإجماع العملي، وهو تعامل الناس بالاستصناع بغير نكيرٍ من العلماء في العصور كافةً؛ فقد قال ابن الهُمَام ﵀: «...ولكنا جوَّزناه [أي الاستصناع] استحسانًا؛ للتعامل الراجع إلى الإجماع **العملي** من لَدُنْ رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكيرٍ، والتعامل بهذه الصفة أصلٌ مندرِجٌ في قوله ﷺ: «لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ»[(١)].

ويدلِّل ابن الهُمَام على مشروعية الاستصناع ببعض المعاملات التي اجتمعت الأمة عليها، وجرى عليها عُرف الناس، فيقول: «احتجم ﷺ وأعطى الحجَّام»[(٢)]. مع أن مقدار عمل الحِجامة، وعدد كَرَّات وضْع المحاجم ومصِّها غيرُ لازمٍ عند أحد. ومثله: شُرْب الماء من السِّقاء[(٣)]. وسمع ﷺ بوجود الحمَّام، فأباحه بمئزرٍ، ولم يبيِّن له شرطًا، وتعاملَ الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن، وهو أن لا

---

(١) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٥. والحديث تقدم تخريجه، يُنظَر: ١١٣ ـ ١١٤.

(٢) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الإجارة (٣٧)، باب خراج الحجَّام (١٨)، حديث (٢٢٧٨)، ٣، ٩٣. والحديث عن ابن عباس ﵄.

(٣) أي بثمنٍ يدفعه المُستسقي إلى السقَّاء حتى يرتوي بدون تحديدٍ لعدد كؤوس الشُّرْب.

يُذكَر عدد ما يصُبُّه من مِلْءِ الطاسَة[1] ونحوها»[2].

فتلك المسائل أخذت مشروعيتها من الإجماع العملي على ما فيها من جهالةٍ؛ فلمَ لا يأخذ عقد الاستصناع حكمها، وأعراف الناس جاريةٌ على ممارسته فيما مضى من الزمان وحضر من دون أن يتلقوا أي تنبيه من علمائهم على وجوب دفع ثمن ما يُتفَق على صناعته عاجلاً في مجلس العقد، وإلا كان العقد باطلاً؟!.

وحتى لا يخرج الحنفية عن الإجماع العملي؛ فإنهم لم يجيزوا الاستصناع في كل ما ليس فيه تعاملٌ، أو عرفٌ دارجٌ؛ يقول ابن الهُمَام: «وفيما لا تعاملَ فيه رجعنا فيه إلى القياس...»[3]. أي ألحقوه ببيع المعدوم في عدم الجواز.

ج ـ الاستحسان:

١ ـ تعريفه:

«الاستحسان في اللغة: عدُّ الشيء واعتقاده حسنًا»[4]. وهو في

(١) «الطَّاسة» من الكلمات الشائعة في لغتنا المعاصرة، والوارد في المعاجم القديمة «الطَّاس» بدون تاء، بمعنى: الإناء يُشْرَب فيه. وقد أجاز مجمع اللغة المصري ـ في دورته الثانية والخمسين ـ تصحيحها على أن التاء فيها للدلالة على الوحدة أو لتأكيدها... د. أحمد مختار عمر، **معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي**، القاهرة، عالم الكتب، ط١، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ١، ٥٠٢.

(٢) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٥.

(٣) **المكان نفسه**.

(٤) علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٨.

الاصطلاح ـ من حيث الجملة ـ: خروجٌ عن القياس: إما بقياسٍ أقوى، وإما بدليلٍ أو ضرورةٍ، فهو نوعان:

الاستحسان بالخروج عن القياس بقياسٍ أقوى:

ومما جاء في تعريفه: «القياس إما جَلِيٌّ، وهو ما تسبق إليه الأفهام، وإما خَفِيٌّ، وهو ما يكون بخلافه[١]، ويسمى: الاستحسان... سمَّوه بذلك؛ لأنه في الأغلب يكون أقوى من القياس الجَلِيِّ؛ فيكون قياسًا مُستحسَنًا...»[٢].

«ولا شك أن القياسين إذا تعارضا في حادثةٍ، وجب ترجيح أحد القياسين؛ ليُعمل به إذا أمكن، وسُمي استحسانًا إشارةً إلى أنه الوجهُ الأَولى في العمل به؛ لترجُّحِه على الآخر»[٣].

الاستحسان بالخروج عن القياس بدليل نصٍّ أو إجماع:

فالاستحسان هنا هو: «اسمٌ لما ثبت بالنص[٤] وبالإجماع والضرورة، يعارض القياس الجَلِيَّ، ويُعمَل به إذا كان أقوى منه»[٥].

---

(١) من أمثلته: سُؤْر سباع الطير كالصقر والبازي، فالقياس نجاسته؛ لنجاسة لحمها لحرمة أكله كسباع البهائم، ووجه الاستحسان أن حرمة لحمها، وإن اقتضت النجاسة لكنها تشرب بمِنقارها، وهو عظمٌ جافٌّ طاهرٌ... بخلاف سباع البهائم، فإنها تشرب بلسانها، وهو رَطْبٌ بلُعابها المتولِّد من لحمها، وهو نجسٌ؛ فافترقا... زين الدين ابن نُجَيْم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ١، ١٣٩.

(٢) علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٨ و١٨١.

(٣) يُنظَر: عبد العزيز بن أحمد البخاري (٧٣٠هـ/١٣٣٠م)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البَزْدَوي**، بيروت، دار الكتاب العربي، د. ت، ٤، ٤.

(٤) من ذلك بيع السَّلَم.

(٥) يُنظَر: علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٨ و١٨١.

ويَظهر معنى هذا التعريف في قول ابن نُجَيْم: «هو [الاستحسان] حُجَّةٌ عندنا؛ لأن ثبوته بالدلائل التي هي حُجَّةٌ إجماعًا؛ لأنه إما **بالأثَر** كالسَّلَم والإجارة[(١)]، وبقاء الصوم في النسيان[(٢)]، وإما **بالإجماع** كالاستصناع، وإما **بالضرورة** كطهارة الحِياض والآبار[(٣)]، وإما **بالقياس الخفي**»[(٤)]. وهذا الأخير يتبع النوع الأول من نوعي الاستحسان السابقين.

«فالحكم مع وجود العلة[(٥)] قد يخصَّص، وقد يترَك استحسانًا؛ تارةً بالنص، وتارةً بالإجماع، وتارةً بقياسٍ آخر يوجب في الحادثة حُكمًا سواه، وإلحاقَها بأصلٍ غيره»[(٦)].

---

(١) يقول محمد السَّمَرْقَنْدي: فالقياس أن لا يجوز السَّلَم؛ لأنه بيع المعدوم، وفي الاستحسان جائزٌ بالحديث [«من أسلف...» يُنظَر: ٧٢ من هذه الأطروحة] بخلاف القياس؛ لحاجة الناس إليه. **تحفة الفقهاء**، ٢، ٨. والإجارة كذلك؛ لأنها بيع منفعةٍ معدومةٍ؛ لتعذُّر استيفائها كاملةً قبل إتمام أجل العقد، ومع ذلك أباحها الشرع استحسانًا على خلاف القياس، ومن أدلتها: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

(٢) لقول النبي ﷺ: «مَنْ أَكَلَ نَاسِيًا، وَهُوَ صَائِمٌ، فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ، فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللهُ وَسَقَاهُ». البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الأيمان والنذور (٨٣)، باب إذا حَنَث ناسيًا في الأيمان (١٥)، حديث (٦٦٦٩)، ٨، ١٣٦.

(٣) أي: إن القياس يأبى تطهير هذه الأشياء بعد تنجُّسها؛ لتعذر صبِّ الماء على البئر للتطهير. أحمد بن محمد الطحطاوي (١٢٣١هـ/١٨١٦م)، **حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح**، حققه محمد عبد العزيز الخالدي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ٤٨٩.

(٤) زين الدين ابن نُجَيْم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ١، ١١٨.

(٥) تقدم تعريف العلة، يُنظَر: ١١٩.

(٦) أبو بكر أحمد بن علي الجصاص (٣٧٠هـ/٩٨٠م)، **الفصول في الأصول**، حققه د. عَجيل جاسم النشمي، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٤، ٢٤٣.

ومن أمثلته: «أن رجلاً وامرأتين لو شهدوا على رجل بالسرقة، حكمنا بشهادتهم في باب استحقاق المال، ولم نحكم بها في إيجاب القطع، وامتناعُ جواز الحكم بها في القطع لم يمنع إيجاب الحكم بها في المال»[(١)].

فالشهادة هنا تجاذبها أصلان: أحدهما في المعاملات، والثاني في الحدود، فقُبلت شهادة المرأتين في الأول، ولم تقبل في الثاني؛ لأن شهادة النساء لا تقبل في الحدود[(٢)]، فاستُحِق بها المال، وامتُنِع قطع يد السارق.

فالاستحسان بالنتيجة «يُنبِئ عن ترك حُكمٍ إلى حُكمٍ هو أَوْلى منه، لولاه لكان الحُكم الأول ثابتًا»[(٣)].

٢ ـ مشروعيته:

يقول السَّرْخَسي: «الاستحسان: تركُ القياس، والأخذ بما هو أوفق للناس... قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]... والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ ۝١٧ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥ﴾ [الزمر: ١٧ ـ ١٨]. والقرآن كله حسنٌ، ثم أمر باتِّباع الأحسن»[(٤)]. ويقول الله تعالى: ﴿وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم﴾ [الزمر: ٥٥].

---

(١) **المصدر نفسه**، ٤، ٢٣٧.

(٢) يُنظَر: أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (٥٩٥هـ/١١٩٩م)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، القاهرة، دار الحديث، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٤، ٢٤٨.

(٣) يُنظَر: أحمد الجصاص، **الفصول في الأصول**، ٤، ٢٣٤.

(٤) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٠، ١٤٥.

«ووجهُ الاحتجاج بالآية الأولى ورودها في معرِض الثناء والمدح لمتَّبع أحسنِ القول، وبالآية الثانية من جهة أنه أمر باتباع أحسن ما أنزل، ولولا أنه حجةٌ، لما كان كذلك»[(١)].

٣ ـ وجه الاستدلال بالاستحسان على مشروعية الاستصناع:

يقول المَرْغِيناني[(٢)] رحمه الله: «وإن استصنع شيئًا من ذلك[(٣)] بغير أجلٍ، جاز **استحسانًا**؛ للإجماع الثابت بالتعامل. وفي القياس لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم»[(٤)]. وإنما «جاز استحسانًا تَبَعًا للعين»[(٥)]. فبالقياس الجليِّ لم يجُز، لكنه جاز بالقياس الخفي، وهو الاستحسان.

ويقول أبو الفضل المَوْصِلِّي رحمه الله في الاستصناع: «اعلم أن القياس يأبى الجواز، وهو قول زُفَر [من الحنفية]؛ لأنه بيع المعدوم، لكن استحسنَّا جوازه؛ للتعامل بين الناس من غير نكيرٍ، فكان إجماعًا، وبمثله يُترَك القياس والنَّظَر، ويُخَصُّ الكتاب والخبر»[(٦)].

---

(١) أبو الحسن علي بن أبي علي الآمِدي (٦٣١هـ/١٢٣٤م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، حققه عبد الرزاق عفيفي، بيروت، المكتب الإسلامي، ٤، ١٥٩.

(٢) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفَرْغاني شيخ الإسلام برهان الدين المَرْغِيناني، نسبةً إلى مدينة «مرغينان» من بلاد «فرغانة» [من جمهورية أوزبكستان]، وهو العلَّامة المحقِّق صاحب الهداية، وكفاية المنتهي [شرحان لكتابه: بداية المبتدي]، نشَر المذهب [الحنفي]، وتفقَّه عليه الجَمُّ الغفير. مات في سنة (٥٩٣هـ/١١٩٧م) رحمه الله. يُنظَر: عبد القادر القُرَشي، **الجواهر المُضِيَّة في طبقات الحنفية**، ١، ٣٨٣.

(٣) مثل طَسْت أو خُفَّيْن أو نحوهما، كما ذكر هو في الفقرة السابقة لهذه من كتابه: الهداية.

(٤) علي المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ٧، ١١٤.

(٥) **المكان نفسه**. ويُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٠٩.

(٦) عبد الله المَوْصِلِّي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٢، ٣٨.

«ويجوز أن يثبت الحُكم تَبَعًا لغيره، ولا يثبت قصدًا»[1]. ففي عقد الاستصناع تتبع العين المتفق على تصنيعها حكم العين الحاضرة استحسانًا، فيجوز العقد كجواز بيع العين الحاضرة.

د ـ العُرْف:

١ ـ تعريفه:

للعُرف في الاستعمال اللغوي «أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضُه ببعضٍ، والآخر على السكون والطُّمأنينة»[2].

فالعُرف على الأصل الأول يقوم على اشتهاره بكثرة وقوعه، وعلى الأصل الثاني مداره على قبول الناس به، واطمئنانهم إليه؛ «لأن من أنكر شيئًا، توحَّش منه، ونَبا عنه»[3].

أما العُرف في الاصطلاح فهو: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقَّته الطبائع بالقبول»[4]. أو هو: «ما لا يُنكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع»[5].

---

(١) محمود البخاري، **المحيط البرهاني في الفقه النُّعماني**، ٧، ٤٠٤.

(٢) أبو الحسين أحمد بن فارس الرازي، (٣٩٥هـ/١٠٠٥م)، **معجم مقاييس اللغة**، حققه عبد السلام محمد هارون، د. م، دار الفكر، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، ٤، ٢٨١.

(٣) **المكان نفسه**.

(٤) علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٤٩.

(٥) أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي (٥٤٣هـ/١١٤٨م)، **أحكام القرآن**، علَّق عليه، محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ط٣، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٢، ٣٥٩.

والناظر في التعريفين ـ اللغوي والاصطلاحي ـ يجد الترابط بينهما ظاهرًا ومُحكَمًا.

٢ ـ مشروعيته:

ومن الأدلة على مشروعية العُرْف قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٦]. قال الإمام الشافعي رحمه الله: «في كتاب الله تعالى، ثم في سُنَّة رسول الله ﷺ بيانُ أن الإجارة جائزةٌ على ما يَعرف الناس؛ إذ قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. والرِّضاع يختلف، فيكون صبيٌّ أكثر رِضاعًا من صبيٍّ، وتكون امرأةٌ أكثرَ لبنًا من امرأةٍ، ويختلف لبنها؛ فيَقِلُّ ويَكثُر، فتجوز الإجارة على هذا؛ لأنه لا يوجد فيه أقربُ مما يُحيط العلم به من هذا... وتجوز في غيره مما يعرِف الناس قياسًا على هذا»(١).

وفي السُّنَّة قول النبي ﷺ لهند بنت عُتْبة(٢) رضي الله عنها: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»(٣). أي من مال زوجها، «والمراد بالمعروف القدْر الذي عُرف بالعادة أنه الكفاية... وفيه: اعتماد العُرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قِبَل الشرع»(٤).

---

(١) محمد الشافعي، **الأم**، ٥، ١٠٨.

(٢) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القُرَشيَّة، والدة معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما، أسلمتْ يوم فتح مكة، وماتت في خلافة عثمان رضي الله عنهما. يُنظَر: أحمد ابن حجر العسقلاني، **الإصابة في تمييز الصحابة**، ٨، ٣٤٦ ـ ٢٤٧.

(٣) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب النفقات (٦٩)، باب إذا لم يُنفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدَها بالمعروف (٩)، حديث (٥٣٦٤)، ٧، ٦٥.

(٤) أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، **فتح الباري شرح=**

فالعرف بناءً على ما تقدم حُجَّةٌ معتبَرةٌ عند الفقهاء، يقول ابن عابدين في نظمٍ له:

«والعُـرف فـي الشـرع لـه اعتبـار لـذا عليـه الحُكـم قـد يُـدار»[١]

ولأهمية العرف في استقرار العقود، وتوضيح مُبْهماتها، وفضِّ نزاعاتها؛ فقد نظَّم الفقهاء له قواعد فقهية؛ رسمت حدوده وآثاره، لتكون مرجِعًا للفقهاء كلما دعى إليها اجتهادهم، ولعل من أبرز تلك القواعد: «العادة مُحَكَّمة»[٢]. و«المعروف عُرْفًا كالمشروط شرعًا»[٣]. أو «كالمشروط شرطًا»[٤]. و«المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»[٥].

ومما قاله الفقهاء في حُجيَّة العُرف: «العرف حجةٌ»[٦]، و«العُرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص»[٧]. ولا يُلجَأ إليه إلا في المسائل التي ليس فيها نصٌّ ولا إجماعٌ ولا قياسٌ؛ لأنه هو أدنى من تلك المصادر في

= **صحيح البخاري**، رقَّمه، محمد فؤاد عبد الباقي، وصحَّحه محب الدين الخطيب، وعلَّق عليه عبد العزيز بن عبد الله ابن باز، بيروت، دار المعرفة، ١٣٧٩هـ، ٩، ٥٠٩ ـ ٥١٠، ويُنظَر: محمد الشافعي، **الأم**، ٥، ١٠٨، وما بعدها.

(١) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٨٨، عزاه إلى رسالة له بعنوان: نشر العَرْف في بناء بعض الأحكام على العُرف.

(٢) زين الدين ابن نُجَيم، **الأشباه والنظائر**، ٧٩.

(٣) **المصدر نفسه**، ٨٤.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية**، ٢١.

(٥) **المكان نفسه**.

(٦) علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٤٩.

(٧) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١٥.

قوة الاحتجاج، كما هو معلومٌ في أصول الفقه.

وذلك كله في العُرف الصحيح، وأما الفاسد الذي يخالف النصوص الشرعية، فإنه مرفوضٌ وغير معتبَرٍ في أي تحكيمٍ أو استدلالٍ شرعي، ومنه ما تعارفت عليه جُلُّ المصارف من الإقراض بالربا، ونحوه من الأعراف الفاسدة، قال القَرافي رحمه الله: «العُرف الفاسد لا يعتبره الشرع»[(١)].

٣ ـ وجه الاستدلال بالعُرْف على مشروعية الاستصناع:

في العبارات الفقهية يلتقي العُرْف إلى حدٍّ كبيرٍ مع الإجماع في الدلالة على مشروعية الاستصناع؛ فما قيل في دلالة الإجماع من قبلُ يغني عن إعادته هنا. ومن العبارات الفقهية التي تؤكد دلالة العُرف خصوصًا قولُ الكاساني رحمه الله في بيان جواز الاستصناع: «... لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكيرٍ؛ فكان إجماعًا منهم على الجواز...»[(٢)].

فقوله: «لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار» دل على مشروعية الاستصناع بالعُرْف، وبالإجماع العملي أيضًا، كما جاء صريحًا في آخر العبارة، وتاكيدًا لما سبق يقول ابن الهُمَام رحمه الله: «وما لم ينصَّ عليه رسول الله ﷺ، فهو محمولٌ على عادات الناس في الأسواق؛ لأنها ـ أي العادات ـ دلالةٌ على الجواز فيما وقعت عليه؛ لقوله ﷺ: «مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا» الحديث[(٣)]... **لأن العُرْف بمنزلة الإجماع عند عدم النص**»[(٤)].

---

(١) أحمد القَرافي، **الذخيرة**، ٥، ٣٨٧.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٠٩.

(٣) تقدم تخريجه، يُنظَر: ١١٣.

(٤) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١٥.

وفي المحيط البرهاني: «والتعامل [العُرف] حجةٌ؛ يُترك به القياس، ويُخَص به الأثر... ألا ترى أنا جوَّزنا الاستصناع للتعامل؟! والاستصناع بيع ما ليس عنده، وإنه منهيٌّ عنه، ولكن قيل: تجويز الاستصناع بالتعامل تخصيصٌ منا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، لا تركًا للنص أصلاً؛ لأنا عملنا بالنص[1] في غير الاستصناع»[2].

وفي الاستدلال بالعُرف على جواز الاستصناع يقول عبد الوهاب خلّاف رحمه الله: «والعُرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليلًا شرعيًّا، ولا يُحِل محرَّمًا، ولا يُبطل واجبًا، كتعارف الناس عقدَ الاستصناع...»[3].

وإذا كان الإجماع والعُرف متفقيْن إلى حدٍّ كبيرٍ في وجه الدلالة على مشروعية الاستصناع، إلا أن للعرف شأنًا بارزًا معه ـ ومع غيره من العقود ـ، يتمثَّل في حسمِ الخلافات التي يمكن أن تقع بين العاقدين بسبب بعض مُبهمات العقد، كما تبين آنفًا.

هـ ـ القواعد الفقهية:

وأبرزها قاعدة «الأصل في البيوع الإباحة»، وهي القاعدة التي اتفقت

---

(١) يريد بالنص حديث: «لا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» المشار إليه في العبارة ذاتها، وقد تقدم تخريجه، يُنظَر: ٤٨.

(٢) محمود البخاري، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، ٧، ٤٧٣.

(٣) عبد الوهاب خلَّاف (١٣٧٥هـ/١٩٥٥م)، **علم أصول الفقه**، د. م، مكتبة الدعوة، ودار القلم، ط٨، د. ت، ٨٩.

المذاهب الفقهية الأربعة[1] على صياغتها والعمل بها، ومما قاله الفقهاء فيها: «الأصل في البيوع الإباحة؛ لعموم قوله الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]»[2]. فالله تعالى «بيَّن بهذه الآية الحِلَّ، ولم يبيِّن [يفصِّل] الجائز؛ فدل عدم بيانه على أن الأصل في البيوع الحِلُّ»[3].

ووجهُ الاستدلال بهذه القاعدة على مشروعية عقد الاستصناع أنه عقدُ بيعٍ مخصوصٍ ـ كما ظهر من قبل[4] ـ، لم يَرِدْ بخصوصه أمرٌ صريحٌ، ولا نهيٌ صريحٌ؛ فيبقى على الأصل في البيع، وهو الإباحة.

(١) يُنظَر: في المذهب الحنفي: محمد أمين أمير بادَشاه، **تيسير التحرير**، ١، ٢٩٧، والمذهب المالكي: أحمد زرُّوق، **شرح زرُّوق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني**، ٢، ٧١٨، والمذهب الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد الماوردي (٤٥٠هـ/١٠٥٨م)، علي الماوردي، **الحاوي الكبير**، ٥، ٢١٧، والمذهب الحنبلي: علي المَرْداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ٦، ٣١.

(٢) علي الماوردي، **الحاوي الكبير**، ٥، ٢١٧.

(٣) أبو الضياء علي بن علي الشِّبْرامَلِّسِي (١٠٨٧هـ/١٦٧٦م)، **حاشية الشِّبْرامَلِّسِي على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** للرَّمْلي ـ متن الحاشية ـ، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ٣، ٣٧٣.

(٤) يُنظَر: ٣٩ ـ ٤٠، ٤٣.

المَبْحَثُ الثَّانِي

مناقشة أدلة المجيزين

۞ الدليل الأول: سد (يأجوج ومأجوج):

المناقشة:

ما ذكره الدكتور محمد سليمان الأشقر ﷺ، وهو يستنبط مشروعية الاستصناع من الآيات السابقة من سورة الكهف؛ أراه يقوم على فرْضياتٍ أو مفهوماتٍ تحتمل النِّقاش، كما في التفصيل الآتي:

قوله تعالى: ﴿ءَاتُونِى زُبَرَ ٱلْحَدِيدِ﴾ [الكهف: ٩٦]. يوحي بأن مادة التصنيع كانت من جهتهم، وهو ما يختلُّ به شرطٌ مهمٌّ من شروط الاستصناع، ألا وهو كون مادة التصنيع من الصانع، إلا إذا كانت المادة من عنده، وكانوا هم عمالاً عنده، فأمرهم بأن يحملوا إليه الحديد، وبأن ينفخوا في النار لإذابة الحديد والنحاس، وهو في قوله تعالى: ﴿قَالَ ٱنفُخُوا۟﴾ [الكهف: ٩٦].

قوله تعالى: ﴿مَا مَكَّنِّى فِيهِ رَبِّى خَيْرٌ﴾ [الكهف: ٩٦]. يشير إلى أن ذا القَرْنين بنى لهم السدَّ بلا مقابلٍ ماديٍّ، وبدون عقدٍ مُلزمٍ ـ إجارةً أو استصناعًا ـ، بل كان عمله إشرافيًّا تطوُّعيًّا؛ وعلَّل رفضه للمقابل المادي بأن ما آتاه الله من العلم والمُلك خيرٌ من خَرْجهم أو أجرتهم التي عرضوها

عليه، وهذا غير مُستبعَدٌ منه ﷺ وكلِّ من سار على نهجه من الدعاة إلى توحيد الله وعبادته؛ ليُظهروا بتعفُّفِهم عن الخَرْج أو الأجر محاسن دينهم، وصدق دعوتهم! ويؤكد هذا قوله لهم: ﴿فَأَعِينُونِي﴾ [الكهف: ٩٥]. إذ لو أنه كان يعمل عندهم بالأجرة، لما طلب منهم المعونة، ولو أنه طلبها، لما استجابوا له محتجِّين بالأجرة التي قبَضها.

ثم وجدتُ لِما ذكرت تأكيداً في أكثر من مصدرٍ تفسيريٍّ، فمن ذلك: قول ابن كثير[(١)] ﷺ: «أرادوا أن يجمعوا له من بينهم مالاً يُعطونه إياه؛ حتى يجعل بينهم وبينهم سدًّا، فقال ذو القرنين بعفةٍ ودِيانةٍ وصلاحٍ وقصدٍ للخير: ﴿مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ﴾ [الكهف: ٩٦]. أي: إن الذي أعطاني الله من الملك والتمكين خيرٌ لي من الذي تجمعونه، كما قال سليمان عليه السلام: ﴿أَتُمِدُّونَنِ بِمَالٍ فَمَآ ءَاتَىٰنِۦَ ٱللَّهُ خَيْرٌ مِّمَّآ ءَاتَىٰكُمْ ۖ بَلْ أَنتُم بِهَدِيَّتِكُمْ تَفْرَحُونَ ﴿٣٦﴾﴾ [النمل]. وهكذا قال ذو القرنين: الذي أنا فيه خيرٌ من الذي تَبذلونه، ولكن ساعدوني ﴿بِقُوَّةٍ﴾ أي: بعملكم وآلات البناء»[(٢)].

---

(١) عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير... البُصْرَوي [نسبةً إلى مدينة بُصرَى الشام]، ثم الدمشقي، الحافظ الكبير، والفقيه الشافعي، وُلد سنة (٧٠٠هـ/١٣٠١م)، وقدِم دمشق، وله سبع سنين مع أخيه بعد موت أبيه، فتلقى فيها العلم عن أكابر علمائها، وكان جيد الحفظ والفهم، حتى انتهت إليه رئاسة العلم في التاريخ، والحديث، والتفسير، ومن مصنفاته المطبوعة: كتاب تفسير القرآن العظيم، والبداية والنهاية، وجامع المسانيد العشَرة. توفي ﷺ في دمشق سنة (٧٧٤هـ/١٣٧٢م)، ودفن بمقبرة الصوفية. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٨، ٣٩٧ ـ ٣٩٩.

(٢) أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير (٧٧٤هـ/١٣٧٢م)، **تفسير القرآن العظيم**، حققه سامي بن محمد سلامة، د. م، دار طَيْبة، ط٢، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ٥، ١٩٦. ويُنظَر: أبو عبد الله=

أما الدكتور الأشقر رحمه الله فقد حمل ما ذكَره الله من قول ذي القرنين: ﴿مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ﴾ [الكهف: ٩٦]. على معنًى آخر، لم أجده في كثيرٍ من كتب التفسير، وربما كان غريبًا في سياق الآيات الكريمة، وقد جعله دليلاً معتبَرًا على مشروعية عقد الاستصناع، كما ظهر في آخر فِقْرة من كلامه، فقد فسَّر ذلك القولَ الكريم بأنه صيغةٌ مقترَحةٌ، هي الأفضل في تنفيذ المشروع، وذلك بأن تكون مواد الخام من عندهم، وليست من عنده.

ولكن إذا كانت المواد من عندهم فإن العقد يكون بذلك إجارةً، وليس استصناعًا، وهذا على فرْض أن عمل ذي القرنين لم يكن تطوُّعيًّا، بخلاف ما يغلب على الظن من أنه تطوُّعي بلا مقابلٍ، كم تقدم بيانه.

وعليه؛ فدلالة تلك الآيات على مشروعية الاستصناع تبقى في مستوى الإشارة والاستئناس، ولا ترقى إلى مستوى الاحتجاج أو الاستدلال، والله تعالى أعلم.

۞ الدليل الثاني: خاتَم النبي ﷺ:

المناقشة:

قال المجيزون: إن النبي ﷺ استصنع خاتَمًا، وكذلك فعل الصحابة من بعده، ولم تذكر الروايات تعجيل دفع الثمن للصائغ؛ فكان العقد بذلك استصناعًا.

= محمد بن أحمد القرطبي (٦٧١هـ/١٢٧٢م)، **الجامع لأحكام القرآن**، حققه أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط٢، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م، ١١، ٦٠.

لكن لمعترضٍ القول: عدم دفع الثمن أمرٌ محتمَلٌ، وكذلك دفعُه محتملٌ أيضًا، ولا مرجِّح لأحدهما على الآخر، والقاعدة الفقهية تقول: «قضايا الأحوال إذا تطرَّق إليها الاحتمال، كساها ثوبَ الإجمال، **وسقط بها الاستدلال**»[1].

وكذلك يمكن لمعترضٍ أن يقول: ربما كان العقد إجارةً، بأن كان الصائغ أجيرًا، وكانت مادة صنع الخاتَم من المستأجِر.

ويمكن أن يقال جوابًا: لو كان ذلك حاصلاً، لتناقلته روايات الحديث، ولمَّا لم يحصل ذلك مع كثرة المستصنِعين ـ كما في رواية: «ثُمَّ إِنَّ النَّاسَ اصْطَنَعُوا الخَوَاتِيمَ»[2] ـ، ومع ما في إحضار المادة على الكَمِّ أو الكيف المطلوب من التكلُّف، فإن ذلك كله يرجِّح كون العقد استصناعًا.

مسألة: هل يشترط التماثُل والتقابُض في استصناع الذهب والفضة؟

طرح هذه المسألة الدكتور محمد سليمان الأشقر، ثم قدم لها بعض الإجابات، فقال:

«... الذين جعلوا الاستصناع نوعًا من السَّلَم ـ وهم مَن عدا الحنفية ـ يقتضي مذهبهم أن لا يصح الاستصناع لسُوارٍ ذهبيٍّ ـ مثلاً ـ بذهبٍ، إلا مع التماثُل والتقابُض في المجلس، ولا بفضةٍ أو عُملةٍ نقديةٍ إلا مع التقابض في المجلس، وإذا أريد تأجيل تسليم السُّوار، فلا يجوز إلا بتقديم الثمن

(١) محمد الزَّرْكَشي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، ٤، ٢٠٨.

(٢) تقدمت هذه الرواية وغيرها من روايات الحديث. يُنظَر: ١٣٧ ـ ١٣٨.

[لأن العقد سَلَمٌ]، وكونِ الثمن من غير الذهب والفضة والعُملات النقدية، كأن يكون الثمن قطعةً من الأثاث، أو كميةً من الأَرُز مثلاً.

وكذلك عند الحنفية الذين أجازوا الاستصناع، واعتبروه بيعًا، يبدو لأول وهلةٍ أنه لا بد من مراعاة أحكام الربا بين الثمن وبين الشيء المصنوع، من ناحية التماثل، وناحية موعد التسليم.

ولو أخذنا بهذا في استصناع الذهب والفضة على الإطلاق، لآل الأمر إلى حرجٍ على الناس عظيمٍ، بحيث يُمتَنع استصناع حُلِيٍّ الذهب والفضة، بل يُمتَنع إصلاح قطعةٍ مكسورةٍ من الحُلِيِّ احتاجت إلى تَلْحيمٍ بنقطةٍ من الذهب أو الفضة»[(١)].

ثم قدم الدكتور الأشقر ﷾ حلًّا افتراضيًّا لهذه المسألة؛ فقال:

«... النبي ﷺ استصنع خاتَمًا من ذهب، ثم ألقاه، واتَّخذ خاتَمًا من فضةٍ، وكذا الصحابة ﷺ فعلوا ذلك، فما الوجه الشرعي الذي جاز ذلك على أساسه، وأخرجه من دائرة الربا؟. يُحتَمل أن يقال: كان هذا قبل نزول آيات تحريم الربا، التي كانت من آخر ما نزل من القرآن[(٢)]؛ فيكون ما دل عليه الحديث من جواز جريان الاستصناع في حُلِيِّ الذهب والفضة منسوخًا»[(٣)].

---

(١) د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ١، ٢٤٢.

(٢) يُنظَر: محمد القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ١، ١٥٢.

(٣) د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ١، ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

مناقشة الدكتور الأشقر:

من المعلوم في أصول الفقه أن نَسْخَ الأحكام الشرعية لا يُلجَأ إليه إلا عند تعذُّر الجمع بين الأدلة المتعارِضة في دلالتها؛ والقاعدة الأصولية تقول: «إعمال الكلام أَوْلى من إهماله»[(١)]، وربما كانت هذه القاعدة هي التي حملت الدكتور الأشقر ﷾ على أن يأتي بجوابٍ آخر توفيقيٍّ، فقد قال مرةً أخرى:

«ويُحتمَل أمرٌ آخر، وهو أن الاستصناع في الذهب والفضة ـ ولو في بعض صوره ـ خارجٌ عن حُكم الربا.

وبيان هذا الاحتمال الثاني أن يقال: إن الاستصناع عقد بيعٍ من نوعٍ خاصٍّ ـ على ما تقدم بيانه ـ فيه شَبَهٌ بالإجارة، وشَبَهٌ بالبيع، فشبَهُهُ بالبيع يغلِب على شبهِهِ بالإجارة إن كانت قيمة المواد الخام فيه أكثر من قيمة الصنعة؛ فحينئذٍ يأخذ حُكم البيع.

وإن كانت قيمة الصنعة أكثر من قيمة المواد الخام، غَلَب شبَهُهُ بالإجارة على شبَهِهِ بالبيع. ففي الصورة الأولى يكون الأصل المواد، والصنعة تبَعٌ، وفي الصورة الثانية يكون الأصل العمل، والمواد تَبَعٌ.

وحيث إن الفقهاء جرَوْا على قاعدة أنه (يُغتَفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع)[(٢)]، فإن ذلك يقتضي جواز استصناع حُلِيٍّ الذهب والفضة في

---

(١) تقدم ذكر مصدرها، يُنظَر: ٩٣.

(٢) يُنظَر: زين الدين ابن نُجَيم، **الأشباه والنظائر**، ١٠٣، وعبد الرحمن السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ١٢٠، ونصها فيهما: يُغتفَر في التوابع ما لا يُغتَفر في غيرها.

الصورة الثانية، وهي حيث تكون قيمة العمل أكثر من قيمة المواد الخام؛ لأن المواد الخام تَبَعٌ مغلوبٌ، والعبرة للغالب المتبوع، وهو العمل؛ فيكون الحكم كحكم الإجارة، لا كحكم البيع، وهذا يقتضي جواز تقديم الأجر وتأخيره، ولا تُراعى أحكام الربا.

أما إن كان قيمة المواد الخام أكثر، فيكون العمل تابعًا، والأصل هو المواد الخام؛ فيُلحَق الاستصناع هنا بالبيع، ويجب مراعاة أحكام الربا، وحينئذٍ يجب التحوُّل إلى أسلوب الإجارة بدل أسلوب الاستصناع؛ بأن يحصِّل طالب الصنعة المادة الخام من عنده، ويطلب صناعتها على الوجه المطلوب بأجرٍ يُتفَق عليه، ويجوز أن يشتري المواد الخام من عند الصانع، ويدفع ثمنها مقدَّمًا؛ لتدخل في ملكه، ثم يطلب منه أن يَصوغها على الوجه المطلوب مقابل أجرٍ معلومٍ يمكن تقديمه أو تأجيله»[(١)].

وهو توجيهٌ حسنٌ له ما يؤيده من القواعد الأصولية، ومنها: «العبرة للغالب الشائع لا للنادر»[(٢)]. لكن مسائل الصَّرْف احتاط لها الشرع كثيرًا، فلا يبعد خروجها عن مضمون القاعدة التي استدل بها الدكتور الأشقر، وهي: يُغتَفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع.

وللدكتور صالح بن زابن المرزوقي[(٣)]، بحثٌ تأصيليٌّ في المسألة

---

(١) د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ١، ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ٢٠.

(٣) الأمين العام للمجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي، ومقرُّه مكة المكرَّمة.

ذاتها، ومما جاء فيه:

«يرغب بعض الناس في حِلْيةٍ معيَّنةٍ، أو نقوشٍ يقترحها على صائغ الحُلِيِّ، فيتفق معه على أن يعمل له خَلْخالاً معيَّنًا، يُحدَّد وزنه، وعِياره وشكله، ومقدار أجرته. فإذا حُدِّد وزنه بثلاث مئة «جرام»، فإنه عندما تتم صياغته يعطيه ثلاث مئة «جرام»، وأجرته خمسين «جرامًا» مثلاً. وربما لا يحدَّد وزنه، ولكن يتفقان على وزنه بعد صُنعه، فإذا عُلم مقداره بعد صنعه، دُفع مثله، وأجرتُه المتفق عليها. وصورة ثانية، وهي: أن يدفع طالب الحُلِيِّ القيمة والأجرة من غير جنسه، فإذا كانت الحِلْية المطلوبة من الذهب، دفع مقابلها من النقود الفضية، أو الأوراق النقدية، وهذه لا تجوز، ولا يصح العقد عليها لعدم التقابض.

فأما المسألة الأولى ـ وهي أن يدفع القيمة والأجرة من جنسها على ما بيناه ـ فقد اختلف فيها العلماء على قولين:

القول الأول: لا يجوز ذلك. وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية[1]، وقد علَّل المانعون ذلك بأن مقدار الذهب مجهولٌ، ولأنه عقد صرْفٍ لا بد فيه من التقابض، ولم يتِم التقابض في المجلس... قال الشافعي: (ولا خيرَ في أن يأتي الرجل بالفَصِّ[2] إلى الصائغ، فيقول له: اعمله لي

(١) اقتبسه د. المرزوقي، **الأم**، ٣، ٣٥، **والمبسوط**، ١٤، ٤٨ و٧٦ و٧٧، **والفتاوى الهندية**، ٣، ٢٢٨، **والشرح الصغير**، ٢، ١٧ و١٨، **والشرح الكبير وحاشية الدسوقي**، ٣، ٣٠، **والمجموع**، ١٠، ٨٣.

(٢) فَصُّ الخاتَم: ما يركَّب فيه من غيره. أحمد الفَيُّومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ٢، ٤٧٤.

خاتَمًا حتى أعطيك ذلك، وأعطيك أجرتك، وقاله مالك)[١].

وجاء في المبسوط: (إن استأجره ليُمَوِّه له لِجامًا[٢]، فإن اشترَط ذهبَ التمويهِ على الذي يأخذ الأجر، فلا خيرَ فيه؛ لأن مقدار ما يحتاج إليه من الذهب للتمويه غير معلومٍ؛ ولأن العقد في ذلك صرفٌ، فلا بد من التقابض في المجلس، ولم يوجد)[٣].

القول الثاني: يجوز ذلك، وهو قول الحنابلة[٤].

جاء في المغني: (فأما إن قال لصائغٍ: صُغْ لي خاتَمًا وزنُه درهمٌ، وأعطيك مثل وزنه، وأجرتُك درهمًا. فليس ذلك ببيع درهمٍ بدرهمين. وقال أصحابنا: للصائغ أخذُ الدرهمين: أحدهما في مقابلة الخاتَم، والثاني أجرةً له)[٥]. لكن لم يتمَّ شرطُ التقابض في المجلس؛ فلا يصح العقد.

والراجح عندي[٦] مذهب الجمهور؛ وهو عدم جواز هذا العقد وبُطلانه... والطريقة التي يكون بها تحقيق رغبة طالب الحِلْية، وتوافق أحكام الشريعة الإسلامية هي:

أ ـ أن تتم صناعة الحُلِيِّ خلال مدة انتظار طالبها، ويتم التقابض في

(١) اقتبسه د. المرزوقي، **الأم**، ٣، ٣٥، ويُنظَر: **المجموع**، [١٠، ٨٧].

(٢) الحديدة في فم الفرس، ثم سمَّوها مع ما يتصل بها من سُيور وآلة لجامًا. إبراهيم مصطفى، وآخرون، **المعجم الوسيط**، القاهرة، دار الدعوة، د. ت، ٢، ٨١٦.

(٣) اقتبسه، ١٤، ٤٨.

(٤) اقتبسه، **المغني**، ٦، ٦١. ويُنظَر: **الكشاف**، ٣، ٢٥٣، **وشرح منتهى الإرادات**، ٢، ١٩٩.

(٥) اقتبسه، ٦، ٦١، ويُنظَر: **الكشاف**، **وشرح المنتهى**.

(٦) د. المرزوقي.

المجلس، ويتِم دفع ثمنها من النقود الورقية، أو نحوها مما هو مخالفٌ لجنسها[1].

ب ـ أن يشتري الإنسان الذهب أو الفضة تِبْرًا[2] أو سبائكَ أو حُلِيًّا، ويدفع ثمنها، بالتساوي إن اتحد جنسه، أو بالتفاضل إن اختلف الجنس، ويقبِض المشتري [المستصنِع] الذهب، أو الفضة، ويقبِض البائع [الصانع] الثمن، ثم يتفق معه على أجرة الصناعة التي يريدها، ويسلِّمه المعدِن المشترى ـ ذهبًا أو فضةً ـ وفي هذه الحالة يكون العقد جائزًا، وصحيحًا، سواءٌ كانت الأجرة من جنس المعدِن أو مختلفةً عنه، وسواءٌ دفعها مقدَّمًا أو عند تسليم الحُلِيِّ، أو دفع بعضها مقدَّمًا، والبعض الآخر مؤخَّرًا.

ج ـ أن يشتري الذهب أو الفضة بما لا يتفق معهما في علة الربا، أي بغير الأثمان، كعروض التجارة، ونحوها. وفي حالة عدم قبض الحُلِيِّ يجب تسليم الثمن؛ لئلا يكون من بيع الدَّين بالدَّين. أو يتِم قبض الحُلِيِّ، ثم تسليمها للمصنع، وفي هذه الحالة يكون العقد صحيحًا، سواءٌ قبَض الثمن، أو لم يَقبِض منه شيئًا»[3].

۞ الدليل الثالث: مِنْبر النبي ﷺ:

والاستدلال بهذا الدليل يعكِّره حديث جابر رضي الله عنه من أن عمل المنبر

---

(١) المعروف أن العُملة الورقية هي من جنس الذهب، وتنوب عنه في التبادلات المالية.

(٢) أي: قبل أن يُصاغ ويُستعمَل. يُنظَر: محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ٤، ٨٨.

(٣) يُنظَر: د. المرزوقي، صالح، **تجارة الذهب في أهمِّ صورها وأحكامها**، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، (٩/١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م)، ١١٧ ـ ٢٨٠، ١، ٢٠٥ ـ ٢٠٩.

كان تبرعيًّا، وفيه أن المرأة هي التي عرضت على النبي ﷺ صناعته؛ بأمرها عبدَها، وذلك في قولها: «أَلَا أَجْعَلُ لَكَ شَيْئًا تَقْعُدُ عَلَيْهِ؟!».

وربما أنها كانت قد سمعت برغبة النبي ﷺ باتخاذ المنبر، فبادرت بعرضها ذاك، وهو ما أكده القَسْطَلَّاني[1] رحمه الله بقوله: «يُحتمَل أنه بلَغَها أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ يريد عمل المِنْبر، فلما بعث إليها، بدأته بقولها: ألا أجعل لك شيئًا تقعد عليه؟ فقال لها: «مُرِي غُلَامَكِ...»[2].

وفي كل الأحوال، وبعد تتبعي لروايات الحديث وشروحه لم أجد فيها ما يَقْوى به وجه الاستدلال بأكثر مما تقدم، والله تعالى أعلم.

۞ الدليل الرابع: الإجماع:

المناقشة:

يمكن مناقشة الحنفية باستدلالهم بالإجماع ـ وهو العملي، كما

---

(١) أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك... القَسْطَلَّاني المصري الشافعي، كان إمامًا، وحافظًا متقِنًا، وواعظًا متعفِّفًا، جليل القدْر، لطيف العشرة، جيد القراءة للقرآن والحديث والخطابة، شَجِيَّ الصوت، حسَن الجمع والتأليف، ومن مؤلفاته المشهورة: إرشاد الساري على صحيح البخاري، ومشارق الأنوار المُضِيَّة في مدح خير البرية، والمواهب اللَّدُنِّيَّة بالمِنَح المحمدية، والعقود السَّنِية في شرح المقدمة الجَزَرِيَّة [في التجويد]، وُلد رحمه الله بمصر، ومات فيها سنة (٩٢٣هـ/١٥١٧م). يُنظَر: أبو بكر، عبد القادر بن شيخ العَيْدَرُوس (١٠٣٨هـ/١٦٢٩م)، **النور السافِر عن أخبار القرن العاشر**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ، ١٠٦ ـ ١٠٧، محمد الشوكاني، **البدر الطالع بمحاسن مَن بعدَ القرن السابع**، ١، ١٠٣.

(٢) أبو العباس أحمد بن محمد القَسْطَلَّاني (٩٢٣هـ/١٥١٧م)، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط٧، ١٣٢٣هـ، ٤، ٣٤.

تقدم ـ على جواز الاستصناع، بأنه قد جاء مخالفًا للأدلة التي حرَّمت بيع المعدوم، وما لا يملكه الإنسان.

لكن الحنفية أعدُّوا لهذا الاعتراض جوابًا، فقالوا: «فإن قيل: الإجماع وقع معارِضًا للنص، وهو قوله ﷺ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[(١)]، قلنا: قد صار النص في حق هذا الحكم مخصوصًا بالإجماع؛ فبقي القياس النافي للجواز معارِضًا للإجماع؛ فسقط اعتباره بمعارضة الإجماع»[(٢)].

هذا، وإن الناظر في أدلة الحنفية على جواز الاستصناع بوصفه عقدًا مستقلًا ليجد دليلهم هذا ـ أعني الإجماع العملي ـ هو من أقوى أدلتهم، إذا لم يكن أقواها على الإطلاق! وهو ما أكده الزَّيْلَعي[(٣)] رحمه الله بقوله: «وأما الاستصناع فللإجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا، وهو من **أقوى الحُجَج**»[(٤)]. والله تعالى أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه وتوجيهه، يُنظَر: ٤٨ ـ ٤٩.

(٢) عبد العزيز البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البَزْدَوي**، ٤، ٥ ـ ٦.

(٣) عثمان بن علي بن مِحْجَن، فخر الدين، أبو عمر الزَّيْلَعي ـ زَيْلَع: قرية على ساحل البحر الأحمر ـ... قدم القاهرة سنة (٧٠٥هـ/١٣٠٥م)، فدرَّس، وأفتى، وكان مشهورًا بمعرفة الفقه، والنحو، والفرائض. شرَح كتاب: كنز الدقائق في عدة مجلدات، فأجاد، وأفاد، وحرَّر، وانتقد، وصحَّح ما اعتُمِد. وتوفي في رمضان سنة (٧٤٣هـ/١٣٤٢م) رحمه الله. قاسم بن قُطْلُوبغا، **تاج التراجِم**، ٢٠٤، وياقوت الحَمَوي، **معجم البلدان**، ٣، ١٦٤.

(٤) عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣ هـ/١٣٤٢م)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، ط١، ١٣١٣هـ، ٤، ١٢٣. ويُنظَر: زين الدين ابن نُجَيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ١، ١١٨.

۞ الدليل الخامس: الاستحسان:

المناقشة:

وهي تقتصِر على مناقشة التعريفين السابقين للاستحسان أصوليًّا، وبعد مناقشتهما تأتي مناقشة الاستدلال بالاستحسان على جواز الاستصناع:

التعريف الأول: «**القياس إما جَلِيٌّ، وهو ما تسبق إليه الأفهام، وإما خَفِيٌّ، وهو ما يكون بخلافه، ويسمى: الاستحسان**».

ونوقش هذا التعريف بأنه قد يؤدي إلى تفرُّد الفقيه بالاجتهاد بما يخالف علَّة القياس؛ لأمرٍ خفيٍّ، ينقدح في ذهنه، وهو اجتهادٌ بالرأي، وهذا ما حمل الإمام الشافعي ﷺ على القول: «من استحسن فقد شرَّع!»[(١)]، كما أفرد له كتابًا من كتابه (الأم)، سماه: (إبطال الاستحسان).

وأجاب الحنفية بالآتي: «تُحمَل حقيقة الاستحسان على أنه العمل بأقوى القياسين، فإنه يرتفع معه الخلاف»[(٢)]. وهو ما عبر عنه الحنفية بترجيح قياسٍ خفيٍّ على قياس جَلِيٍّ في المسألة، ويؤكد هذا قول السَّرْخَسي ﷺ: «والاستحسان في الحقيقة قياسان: أحدهما جَلِيٌّ ضعيفٌ أثرُه، فسُمي قياسًا، والآخر خفيٌّ قويٌّ أثرُه، فسُمي استحسانًا، أي قياسًا مستحسَنًا، فالترجيح بالأثر، لا بالخفاء والظهور»[(٣)].

---

(١) أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله الجويني (٤٧٨هـ/١٠٨٥م)، **نهاية المطلَب في دراية المذهَب**، حققه أ. د عبد العظيم محمود الدّيب، جُدَّة، دار المنهاج، ط١، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، ١٨، ٤٧٣.

(٢) يُنظَر: محمد الزَّرْكَشي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، ٨، ١٠٠.

(٣) محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٠، ١٤٥.

وعليه، فليس هناك خروجٌ عن القياس بالرأي، ولكن بقياسٍ آخر، يُخصص علَّة القياس، ولا يُلغيها، ويسمَّى الاستحسان؛ باعتباره أحسنَ القياسين وأقواهما.

فالاستحسان بتلك الاعتبارات ولو كان قياسًا خفيًّا، فإنه غير مستغرَب عند الفقهاء، فها هو الإمام الشافعي ـ وهو من أشد الأئمة تحفُّظًا في الاستحسان ـ قد استحسن في بعض اجتهاداته، وكان مما استحسنه ﵀ التحليف على المُصحف في مجلس القضاء، فقد قال في ذلك: «وقد كان من حكَّام الآفاق من يستحلِف على المُصحف، وذلك عندي **حسن!**»[(١)].

التعريف الثاني: «**اسمٌ لما ثبت بالنص وبالإجماع والضرورة، يعارض القياس الجَلِيّ، ويُعمَل به إذا كان أقوى منه**».

واعتُرض على هذا التعريف بأن الخروج عن القياس بدليل نصٍّ أو إجماعٍ، إذا سُمي استحسانًا، فإنه «يَلزم منه أن يكون العدول: إلى الخصوص، وإلى الناسخ[(٢)]، وعن الإطلاق إلى التقييد[(٣)] استحسانًا مع أنه

---

(١) محمد الشافعي، **الأم**، ٦، ٢٧٨. وللمزيد من المسائل التي أخذ فيها الإمام الشافعي بالاستحسان، يُنظَر: محمد الزَّرْكَشي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، ٨، ١٠٦ ـ ١٠٩.

(٢) أي: العدول عن العموم إلى الخصوص، وعن المنسوخ إلى الناسخ، وهذا يقتضي التعريف بالآتي:
الخاص: كل لفظٍ وُضع لمعنًى معلومٍ على الانفراد. علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ٩٥.
العام: لفظٌ وُضع وضْعًا واحدًا لكثيرٍ غير محصورٍ، مُستغرِقٌ جميعَ ما يَصلُح له. **المصدر نفسه**، ١٤٥.
النَّسْخ: أن يَرِد دليل شرعيٌّ مُتراخِيًا عن دليلٍ شرعيٍّ، مُقتضِيًا خلافَ حُكمه. **المصدر نفسه**، ٢٤٠. والدليل المُتراخي: المتأخِّر، وهو الناسخ للدليل السابق المنسوخ.

(٣) المُطلَق: ما يدل على واحدٍ غير معيَّنٍ. والمُقَيَّد: ما قُيِّد لبعض صفاته. المصدر نفسه، ٢١٨ و٢٢٥.

لا يسمَّى ذلك العدول استحسانًا إجماعًا، وأجيب عن هذا: بأن المراد هو العدول إلى مخالفة القياس لوجهٍ أقوى من القياس»[(١)].

ويقول علاء الدين البخاري[(٢)] رحمه الله: «واعلم أيضًا أن المخالفين لم يُنكروا على أبي حنيفة رحمه الله الاستحسان بالأثر والإجماع أو الضرورة؛ لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسَن بالاتفاق»[(٣)].

وأما أن الفقهاء لم ينكروا على أبي حنيفة استحسانه بالأثر، فليس ذلك من جهة الاستدلال، وإنما هو من حيث النتيجة، فما يراه أبو حنيفة أنه جائزٌ بالنص استحسانًا، هم يرونه جائزٌ بالنص حصرًا، فالسَّلَم ـ على سبيل المثال ـ جائزٌ عند الجمهور عملاً بحديث: «مَنْ أَسْلَفَ...» السابق[(٤)]، بينما هو عند الحنفية جائزٌ بالاستحسان بدلالة الحديث نفسه، وهناك أدلةٌ نصيةٌ أخرى مشابهةٌ، لا أطيل بسردها.

وتأكيدًا لما ذكرت يقول أبو حامد الغزالي[(٥)] رحمه الله: «أن يُعدَل بها

---

(١) يُنظَر: الحسين الشوشاوي، **رفع النقاب عن تنقيح الشهاب**، ٦، ٢٤٠ ـ ٢٤١.

(٢) عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري... له تصانيف مقبولة، منها: شرح أصول البَزْدَوي المسمى: كشف الأسرار، وشرح المنتخب الحسامي، واسمه: غاية التحقيق، وهما كتابان معتبَران عند الأصوليين، وعليهما اعتماد أكثر المتأخرين، وكانت وفاته سنة (٧٣٠هـ/١٣٣٠م) رحمه الله. يُنظَر: محمد عبد الحي اللكنوي، **الفوائد البهية في تراجم الحنفية**، ٩٤ ـ ٩٥.

(٣) عبد العزيز البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البَزْدَوي**، ٤، ٤.

(٤) تقدم الحديث الشريف نصًّا وتخريجًا، يُنظَر: ٧٢ ـ ٧٣.

(٥) زين الدين محمد بن محمد الطُّوسي [نسبة إلى مدينة «طُوس» في «خراسان»] الشافعي.=

[بالمسألة] عن نظائرها بدليل السُّنة... على خلاف القياس... هذا مما لا يُنكَر، وإنما يرجع الاستنكار إلى **اللفظ**، وتخصيصِ هذا النوع من الدليل بتسميته **استحسانًا** من بين سائر الأدلة»[1].

فالإتفاق إذًا حاصلٌ على التخصيص، ولكن الخلاف واقع في سببه أو مسمَّاه؛ فهو بالتالي خلافٌ شكليٌّ، ناشئٌ من تصوُّر الاستحسان وتكييفه، لا من حيث الاستدلال به حقيقةً.

ومن المهمِّ قوله أيضًا: إنه لا خلاف بين الفقهاء بأن الاستحسان ليس مصدرًا مستقلاً من مصادر التشريع الإسلامي، وإنما هو قياسٌ من حيث الجملة، أو فرعٌ منه، ولا خلاف بينهم أيضًا بأن الاستحسان ليس رأيًا استحسنه فقيهٌ بلا مستَندٍ شرعيٍّ، والله تعالى أعلم.

هذا، ولعلماء أصول الفقه كلامٌ واسعٌ ومختلفٌ في الاستحسان،

= الفقيه المتكلِّم الزاهد. تولى التدريس في المدرسة النِّظامية ببغداد، ثم انقطع إلى التزهُّد، وإصلاح النفس، فحجَّ من وقته، وزار بيت المقدس، وأقام مدةً بدمشق، وبعد سنواتٍ سار إلى وطنه، فاتَّخذ هناك مدرسةً للطَّلَبة، وكان خاتِمة أمره إقباله على طلب الحديث، ومجالسة أهله، ولو عاش لسبق الجميع في هذا الفن بيسيرٍ من الأيام. له تصانيف كثيرة، أبرزها: إحياء علوم الدين، في الأخلاق، والمستصفى، في أصول الفقه، والوجيز، في الفقه الشافعي. توفي في طُوس [مسقط رأسه] سنة (٥٠٥هـ/١١١١م)، وله خمس وخمسون سنة رحمه الله. يُنظَر: محمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ١٩، ٣٢٢ ـ ٣٢٤. وعبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٦، ١٨ ـ ٢٢. وخير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٧، ٢٢ ـ ٢٣. وياقوت الحَمَوي، **معجم البلدان**، ٤، ٤٩.

(١) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥هـ/١١١١م)، **المستصفى**، حققه محمد عبد السلام عبد الشافي، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ١٧٣.

يُطلَب في مظانِّه من المصادر الأصولية[1].

مناقشة الاستدلال بالاستحسان على جواز الاستصناع:

والأهم هنا مسألة الاستدلال بالاستحسان على جواز الاستصناع، فقد يُعترَض عليه بأنه استحسانٌ في مقابل النص، ولا اجتهاد في مورد النص، والنص صريح بمنع بيع الإنسان ما ليس يملكه، كما تقدم ذكره.

فيقال جوابًا: إن الاستصناع قد ثبت بالإجماع العملي، ودرجت عليه أعراف الناس، وأكدته حاجتهم، والعقود لم تُشرَع إلا لتحقيق مصالح العباد بكل يُسرٍ ورفقٍ.

وقد يُعتَرض على ما سبق بأن في عقد السَّلَم غُنيةً عن الاستصناع في مذهب الحنفية. فيجاب عنه بأن الاستصناع سلَمًا لا يلبي حاجة المجتمع على نحوٍ ميسورٍ؛ لأن تعجيل الثمن شرطٌ فيه، وقد لا يستطيعه أكثر الناس، وخصوصًا إذا كانت السِّلعة باهظة الكلفة، وهذا كله على افتراض أن الاستصناع لم يثبت بالنص، بل بالاجتهاد فحسب، والله أعلم.

۞ الدليل السادس: العُرْف:

المناقشة:

يُعترَض على العُرف دليلاً على جواز الاستصناع بأنه جاء مخالفًا

(١) يُنظَر للمزيد: عبد العزيز البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البَزْدَوي**، ٤، ٢ ـ ١٤. وأبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (٤٧٦هـ/١٠٨٣م)، **التَّبْصِرة في أصول الفقه**، حققه د. محمد حسن هيتو، دمشق، دار الفكر، ط١، ١٤٠٣، ٤٩٢ ـ ٤٩٥.

للنص، وكل عُرف خالف نصًّا فهو فاسدٌ؛ لا يصح الاستدلال به، والاستصناع بيع دَينٍ بدَينٍ على غير وجه السَّلَم، وهو أيضًا بيعٌ لما ليس بمملوكٍ عند العقد، وهذان منهيٌّ عنهما شرعًا، كما سلف ذكره.

فأجاب الحنفية: «... لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكيرٍ؛ فكان إجماعًا منهم على الجواز...»[1]. وقالوا أيضًا: «العُرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص»[2].

والاستصناع لم يأت في منعه، ولا في الإذن به دليلٌ نصيٌّ صريحٌ، ولكن القائلين بمنعه اعتمدوا على نصوصٍ دلالتها عامة، فألحقوه في عمومها، كحديث «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»، وحديث النهي عن بيعِ الكالِئِ بالكالِئِ السابقيْن، مع ما للاستصناع من مِيزاتٍ تجعله يتفرَّد بعضَ الشيء عن ذلك العموم؛ إذ له في عقد الإجارة شَبَهٌ، وفي البيع شَبَهٌ آخر، وهما عقدان جائزان بالإجماع.

۞ الدليل السابع: قاعدة «الأصل في البيوع الإباحة»:

المناقشة:

يمكن لمانعي عقد الاستصناع أن يعترضوا على هذه القاعدة من وجهين:

الوجه الأول: إن القاعدة هذه مقيَّدةٌ بقواعد فقهيةٍ أخرى، منها:

---

(١) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٠٩.

(٢) محمد ابن الهُمام، **فتح القدير**، ٧، ١٥.

«الأصل في العقود الشرعية الصحة واللزوم ما لم يوجد معارضٌ»[(١)].
وقاعدة: «الأصل في البيوع الحِلِّيَّة حتى يَدُلَّ دليلٌ على خلافه»[(٢)].

وبناءً على هاتين القاعدتين فإن عقد الاستصناع لا يدخل في عموم إباحة البيع؛ لوجود المعارِض والدليل المخالِف متمثلَيْن ببيع المعدوم، وبيع ما لا يملكه الإنسان، وكلا الأمرين واقعٌ في عقد الاستصناع.

وجوابه: إن عقد الاستصناع مستثنًى من ذلك بالإجماع العملي، والاستحسان، والحاجة العامة، وهي أصولٌ مرعيَّةٌ في الشرع، تشهد لها أدلةٌ كثيرةٌ، صحيحةٌ وصريحةٌ.

الوجه الثاني: إن هذه القاعدة وإن كانت مقبولةً في المذاهب الفقهية الأربعة، لكنها ليست بمقبولةٍ عند بعض الفقهاء، وخصوصًا منهم أصحاب المذهب الظاهري[(٣)]، ويعد ابن حَزْمٍ[(٤)] رحمه الله من أشهر فقهائهم، وأكثرهم

(١) محمد أمين أمير بادَشاه، **تيسير التحرير**، ٢، ٢٩٦.

(٢) أحمد زرُّوق، **شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني**، ٢، ٧١٨.

(٣) يقول محمد أبو زهرة رحمه الله في توصيف المذهب الظاهري: هو المذهب الذي يقرر أن المصدر الفقهي هو النصوص؛ فلا رأي في حُكمٍ من أحكام الشرع، ونفى المعتنقون لهذا المذهب الرأي بكل أنواعه؛ فلم يأخذوا بالقياس، ولا بالاستحسان، ولا بالمصالح المرسلة، ولا الذرائع، بل يأخذون بالنصوص وحدها، وإذا لم يكن النص، أخذوا بحكم الاستصحاب، الذي هو الإباحة الأصلية الثابتة بقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، وقد قرروا أحكامًا كثيرةً خالفوا بها الفقهاء... محمد أبو زهرة، **تاريخ المذاهب الإسلامية**، القاهرة، دار الفكر العربي، د. ت، ٥٠٦.

(٤) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، الفارسي الأصل، الأندلسي القرطبي، الظاهري المذهب، صاحب المصنَّفات، عُرف بحِدَّة الذِّهن، وسَعة العلم بالكتاب والسُّنة والآثار والمذاهب والمِلَل والنِّحَل، والعربية. بلغت تآليفه أربع مئة مجلَّد، وكان في لسانه قسوةٌ=

تدوينًا في مذهبهم، وفي كتابه (الإحكام في أصول الأحكام) بابٌ بعنوان: «في استصحاب الحال، وبُطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآنٌ، أو سُنَّةٌ عن رسول الله ﷺ ثابتةٌ»[(١)].

فتصديره الباب بقوله: «استصحاب الحال...» أفاد بأن الأصل في العقود عنده هو الحظر، ومن جملة ما استدل به على مذهبه قول النبي ﷺ: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَرْطٍ»[(٢)].

ثم قال: «فهذه الآيات[(٣)]، وهذا الخبر[(٤)] براهينُ قاطعةٌ في إبطال كل عهدٍ، وكل عقدٍ، وكل وعدٍ، وكل شرطٍ، ليس في كتاب الله الأمرُ به، أو النصُّ على إباحة عقده؛ لأن العقود والعهود والأَوْعاد شروطٌ، واسم الشرط يقع على جميع ذلك»[(٥)].

وهكذا دلت الجملة الأخيرة من العبارة السابقة على أن للشرط عند ابن حزم حكم العقد صحةً وبُطلانًا، وليس هو مجرد وصفٍ يضاف إلى

= على مخالفيه رحمه الله. مات سنة (٤٥٦هـ/١٠٦٤م) في بادية «لَبْلَة» في الأندلس. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ٥، ٢٣٩ ـ ٢٤٢.

(١) أبو محمد علي بن أحمد ابن حزم (٤٥٦هـ/١٠٦٤م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، حققه أحمد محمد شاكر، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ط٢، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ٥، ٢.

(٢) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب البيوع (٣٤)، باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحِل (٧٣)، حديث (٢١٦٨)، ٢، ١٠٦. عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) ذكَر منها قول الله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣]. ﴿وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾ [النساء: ١٤].

(٤) الحديث السابق.

(٥) علي ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، ٥، ١٣.

العقد زيادةً في تبيينه أو توثيقه.

وقال أيضًا: «كل شرطٍ اشترطه إنسانٌ على نفسه، أو لها على غيره، فهو باطلٌ؛ لا يُلْزِم من التزمه أصلاً إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدُهما بجواز التزام ذلك الشرط بعينه، أو بإلزامه...»[(١)].

ومما يقال جوابًا: إن المعاملات ليست كالعبادات؛ ليكون الأصل فيها التوقيف وعدم الاجتهاد، وإن التزام الناس بهذا الأصل في معاملاتهم المالية سوف يوقعهم في المشقة والحرج في الأعم الأغلب؛ فالمعاملات المالية تتبع علاقات الناس المتجددة، وهو ما يَفرض عليهم استحداثَ عقودٍ تضبطها، وشروطٍ تنظِّمها إحقاقًا للعدل، وحسمًا للنزاع.

وتأكيدًا لما سبق يقول ابن تيمية ﷺ: «كان أحمدُ وغيره من فقهاء أهل الحديث يقولون: إن الأصل في العبادات التوقيف؛ فلا يُشرَع منها إلا ما شرعه الله تعالى، وإلا دخلنا في معنى قوله: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاؤُا شَرَعُوا لَهُم مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَن بِهِ اللَّهُ﴾ [الشورى: ٢١]. والعادات[(٢)] الأصل فيها العفو؛ فلا يُحظَر منها إلا ما حرَّمه، وإلا دخلنا في معنى قوله: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُم مَّا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا﴾ [يونس: ٥٩]. ولهذا ذمَّ الله المشركين الذين شرعوا من الدين ما لم يأذن به الله، وحرَّموا ما لم يحرِّمه»[(٣)].

---

(١) علي ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، ٥، ٣١.

(٢) ومن عادات الناس: بيوعهم ومعاملاتهم، وقد تقدم القول بأن المذاهب الفقهية الأربعة متفقةٌ على العمل بقاعدة: الأصل في البيوع الإباحة. يُنظَر: ١٥٢ ـ ١٥٣.

(٣) عبد الرحمن العاصمي، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**، ٢٩، ١٧.

وأما قول ابن حزمٍ رحمه الله: «كل شرطٍ اشترطه إنسانٌ على نفسه، أو لها على غيره، فهو باطلٌ...». واستدلاله بحديث: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَرْطٍ».

فيجاب عنه بأن الشرط الذي ليس في كتاب الله تعالى، يراد منه «كل شرطٍ ليس في حُكم الله وحُكم رسوله جوازُه، فهو باطل»[1]، يؤكد ذلك قول رسول الله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»[2]. فالحديث أضاف حق الاشتراط إلى مُشترِطيه؛ كي يشترطوا لأنفسهم ما يشاؤون، ما دام الشرط لا يُحِلُّ الحرام، ولا يُحرِّم الحلال.

ثم إن الله ـ سبحانه وتعالى ـ فصَّل لعباده المحرَّمات وبيَّنها، وترك لهم المجال واسعًا في فيما وراءها من المباحات، فقد قال سبحانه: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]. وقال أيضًا: ﴿قُلْ تَعَالَوْا۟ أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١٥١].

فالمحرَّم إذًا معلومٌ مَتْلُوٌّ في القرآن الكريم، والسنة المطهرة، كتحريم الخمر، والمَيْتة، والدم المَسْفوح، ولحم الخنزير، والرِّبا، والرِّشوة، والغِش، وتطفيف الميزان، وعدم الوفاء بالعقود، وعقدِها بالإكراه، وشهادة

---

(١) أبو عمر، يوسف بن عبد الله ابن عبد البر (٤٦٣هـ/١٠٧١م)، **التمهيد لما في المُوَطَّأ من المعاني والأسانيد**، حققه مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، المغرب، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧هـ، ١٨، ١٧٠.

(٢) الترمذي، **السُّنَن**، كتاب الأحكام (١٣)، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (١٧)، حديث (١٣٥٢)، ٣، ٦٢٧. وقال: هذا حديث حسن صحيح. وهو عن عمرو بن عوف المُزَنيّ رضي الله عنه.

الزور في إثباتها أو فسخها.

وأما المباح فإنه مسكوتٌ عنه، وهو أعمُّ وأشمل من المنطوق؛ فكل ما لم يرد فيه نص بتحريمه، فإنه مباح، ودليله قول الله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]. وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُوا۟ مِمَّا فِى ٱلْأَرْضِ حَلَـٰلًا طَيِّبًا﴾ [البقرة: ١٦٨]. وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُلُوا۟ مِن طَيِّبَـٰتِ مَا رَزَقْنَـٰكُمْ﴾ [البقرة: ١٧٢]. ومن تلك الآيات الكريمة استخلص الفقهاء قاعدةً فقهيةً تقول: «الأصل في الأشياء الإباحة»[(١)].

وبناءً عليه تكون العقود مباحةً في الأصل، ما لم يكن محلُّها محرَّمًا، أو انطوت على محرَّم، سمَّاها الشرع أو لم يسمِّها؛ لأن «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»[(٢)].

---

(١) القاعدة هذه معمولٌ بها في المذاهب الفقهية الأربعة، أما ما يُنسَب إلى بعض الحنفية من الأصل في الأشياء التوقُّف حتى يُعرَف دليل الإباحة أو التحريم، فهو محمولٌ على ما قبل ورود الشرع زمنَ الفترة، يؤكد هذا قول صاحب (تيسير التحرير) من الحنفية: وفي (أصول البَزْدَوي): بعد ورود الشرع الأموالُ على الإباحة بالإجماع، ما لم يظهر دليل الحُرمة؛ لأن الله تعالى أباحها بقوله: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]. محمد أمين أمير بادَشاه، **تيسير التحرير**، ٢، ١٧٢. ويُنظَر: زين الدين ابن نُجَيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ٥٦ ـ ٥٧. ويُنظَر عند المالكية: أبو محمد عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (١٠٩٩هـ/١٦٨٨م)، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، ضبطه عبد السلام محمد أمين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م، ١، ٣٢٠. وعند الشافعية: أبو العباس أحمد بن محمد ابن الرفعة (٧١٠هـ/١٣١٠م)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، حققه مجدي محمد سرور باسلوم، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٩م، ٨، ١٨١. وعند الحنابلة: أبو السعادات منصور بن يونس البُهوتي (١٠٥١هـ/١٦٤١م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د. م، دار الكتب العلمية، د. ت، ١، ١٦١.

(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ١٦.

وبما تقدَّم يُعلَم أن عقد الاستصناع عند الظاهرية باطلٌ؛ لافتقاره إلى النص المُبيح، ولعدم انضباطه بقواعد عقدِ السَّلَم، فهم في ذلك مع جمهور الفقهاء، لكن ابن حزم أفاد في آخر كلامه السابق أن الشرط ـ والعقدُ عنده بمعناه ـ إذا شهد له النص أو الإجماع، فهو جائزٌ.

وعليه فينبغي أن يكون الاستصناع عند ابن حزم جائزًا؛ لتعامل المسلمين به عبر الأزمنة بلا نكيرٍ، فكان ذلك بمثابة الإجماع، إلا أن يكون مُراده بما ذكَر الإجماع بمعناه العلمي؛ بأن تتفق كلمة العلماء على مشروعيته[1]، وهذا لم يحصل للاستصناع، فالجمهور على خلافٍ مع الحنفية في ذلك، كما تبين من قبل[2]، والله تعالى أعلم.

أوجُه التوفيق والترجيح:

لو تأمَّل الباحث أدلة المانعين لعقد الاستصناع، وأدلة المجيزين له، لوجدها كلَّها قويةً في ثبوتها ودلالتها.

وإن من أبرز أدلة المانعين ـ وهم جمهور الفقهاء ـ وأقواها دليل بيع المعدوم، ودليل بيع الدَّين بالدَّين، أو الكالِئ بالكالِئ، كما جاء لفظه في الحديث الشريف، ولهذا فإنهم يشترطون لمشروعية عقد الاستصناع أن يكون واحدًا من أفراد عقد السَّلَم المأذون به شرعًا.

وإن أهمَّ إشكالٍ في إلحاق عقد الاستصناع بالسَّلَم يتمثل بأنه يجب

(١) مضى تعريف الإجماع، يُنظَر: ٦٣.

(٢) يُنظَر: ١٠١ ـ ١١٠، مبحث أدلة المانعين.

شرعًا على المستصنِع أن يدفع للصانع ثمن السلعة في مجلس العقد قبل صناعتها، مهما كان الثمن باهظًا، وهو ما يعجِز عنه كثيرٌ من الناس، كما لا يخلو ذلك من أثرٍ سلبيٍّ على حركة التصنيع، والنشاط الاقتصادي في المجتمع.

وإذا كان مجيزو الاستصناع ـ بصفته عقدًا مستقلًّا ـ قد أجابوا عن دليل منع بيع المعدوم بأن علته الغَرَر[1]، وليس العَدَمية، فيمكن تجنيب هذا العقد كل موجبات الغرر بذكر الشروط، وبيان الصفات، وهو في الواقع مَخْرَجٌ مُهِمٌّ لعقد الاستصناع من حكم بيع المعدوم.

وإذا كان المجيزون قد وجدوا لعقد الاستصناع هذا المخرج من بيع المعدوم، فكيف يُخرجونه من عموم بيع الدَّين بالدَّين، المحرَّم نصًّا وإجماعًا؟!.

مضت للمجيزين ردودٌ كثيرةٌ، ومنها بإيجازٍ:

أ ـ الحاجة العامة تجعل السلعة الغائبة في حكم الحاضرة، فحاجة الناس إلى التعامل بالاستصناع نقلت حكمه من بيع دَينٍ بدَينٍ إلى بيع عينٍ بدَينٍ، وهو جائزٌ بلا خلاف، فكما أن الشرع قد راعى حاجة الناس إلى السَّلَم؛ فأجازه، وكذلك الاستصناع فإنه لم يرد في منعه نصٌّ صريحٌ، والحاجة إليه حاصلةٌ ومؤكَّدة.

ب ـ العُرف الدارج بمزاولة الاستصناع بين المسلمين ماضيًا وحاضرًا،

(١) تقدمت أقوال الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة في ذلك، يُنظَر: ١٢٢ ـ ١٢٥.

فإنه يخصِّص القياس والإجماع اللذين يمنعان بيع المعدوم، وبيع الدَّين بالدَّين أيضًا.

ج ـ الإجماع العملي وهو أقوى ما استدل به المجيزون، وهو قريبٌ من معنى العُرف، فالاستصناع بغير طريقة السَّلَم أجمعت الأمة على التعامل به بلا نكيرٍ من علمائها، فكان بمثابة الإجماع السُّكوتي[1]؛ إذ لم يثبت أن علماء الأمة قد اجتمعوا لبحث مسألة الاستصناع منعًا أو إقرارًا، لكنهم أجمعوا على منع بيع الدَّين بالدَّين، واستُثني منه الاستصناع بما تقدم.

مما سبق يتضح أن لكلٍّ من المانعين والمجيزين أدلتهم القوية، ومعلومٌ أن إعمال الأدلة والتوفيق فيما بينها أَوْلى من إهمالها، والقاعدة الأصولية ـ التي تقدمت ـ تقول: «إعمال الكلام أولى من إهماله». إلا إذا تعذر التوفيق، فيحنئذ لا بدَّ من الترجيح حتى لا يبقى حكم الاستصناع معلَّقًا.

وِجْهتا نظرٍ للتوفيق بين مانعي عقد الاستصناع ومجيزيه، وهما:

١ ـ أن يمرَّ عقد الاستصناع في مرحلتين، لكل مرحلةٍ عقدٌ مستقلٌ جائزٌ بلا خلافٍ:

الأولى ـ إمضاء (عقدِ بيعٍ) يشتري المستصنِع ـ فردًا كان أو شركةً أو غيرهما ـ بمقتضاه المادةَ الخام بالنقد أو بالأجل المسمَّى، من الصانع

(١) أن يقول بعض المجتهدين حُكمًا، ويسكت الباقون عليه بعد العلم به. محمد عبد الرؤوف بن علي المُناوي (١٠٣١هـ/١٦٢٢م)، **التوقيف على مُهِمَّات التعاريف**، حققه د. عبد الحميد صالح حمدان، القاهرة، عالم الكتب، ط١، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، ٣٩.

نفسه، أو من غيره.

الثانية ـ إمضاء (عقدِ إجارةٍ) يكون فيه المستصنِع مؤجِّرًا، والصانع أجيرًا.

والبيع والإجارة عقدان جائزان بلا خلاف، ومما قاله الفقهاء في ذلك: «إن اشترى منه الحديد أو الغزل أو الخشب، ونحو ذلك، واستأجره على عمله بعد ذلك، جاز...»[(١)].

وقال الإمام الشافعي رحمه الله: «إنما يجوز في هذا أن يبتاع النَّعليْن والشِّراكيْن[(٢)]، ويستأجِر على الحَذْو[(٣)]، وعلى خِرازِ[(٤)] الخُفَّين»[(٥)].

٢ ـ أن يتفق المستصنِع مع الصانع على شراء مادة الخام منه بشرط أن يصنِّعها له؛ فيكون الصانع بذلك بائعًا وأجيرًا في آنٍ واحدٍ.

وهذا الإجراء قد يلجأ إليه المستصنِع؛ كي يضمن التزام الصانع بعمل المصنوع بعد أن يشتري منه مادة التصنيع، وتدخل في ملكه وضمانه؛ فالصانع

---

(١) أحمد الدردير، **أقرب المسالك لمذهب مالك**، متن، أحمد الصاوي، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، ٣، ٢٨٧، ٢٨٨.

(٢) مفرده: شِراك، وهو سَيْر النعل. يُنظَر: محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ١٠، ٤٥١. أو هو: الرباط الذي يُشَدُّ به أعلى الحذاء على القدم.

(٣) يجعلها حذاءً. يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ٣٦٨. وحَذا النعلَ يَحْذوها حَذْوًا وحِذاءً: قدَّرها وقَطَعها... كما تُقطَع إحدى النعلين على قَدْر الأخرى. محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ١٤، ١٦٩.

(٤) خياطة الأَدَم، والأَدَم والأَديم: الجِلْد. يُنظَر: **المصدر نفسه**، ٥، ٣٤٤، و١٢، ٩ ـ ١٠.

(٥) محمد الشافعي **الأم**، ٣، ١٣٤.

ـ لأمرٍ ما ـ قد لا يوافق على عقد إجارة التصنيع؛ ما دام لم يُنَصَّ عليه في عقد البيع، وحينئذٍ يقع الضرر على المستصنِع؛ لأنه قد لا يجد للمادة التي اشتراها صانعًا آخر، أو صانعًا متقِنًا.

وهذه المسألة بحثها الفقهاء تحت عنوان (بيعٌ وإجارةٌ) أي: بيعٌ مشروطٌ بعملٍ يتعلق بالسِّلْعة المَبيعة، وهو جائزٌ عند الجمهور: الحنفية، والمالكية والحنابلة. وخالفهم الشافعية؛ فحكموا ببُطلانها، وذلك على التفصيل الآتي:

فالحنفية أجازوها استحسانًا، ومما جاء في مصادرهم: «من اشترى نعلاً على أن يَحْذوَها البائع، أو يُشَرِّكها، فالبيع فاسدٌ بالقياس[1]، وفي الاستحسان يجوز؛ للتعامل فيه، فصار كصَبْغ الثوب[2]، وللتعامل جوَّزنا الاستصناع»[3].

---

(١) وَجْه القياس: لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقد، فيه زيادة منفعة لأحد العاقدين، فيكون عقدًا في عقد. وبالقياس قال زُفَر والشافعي في الأصح. محمود العيني، **البناية شرح الهداية**، ٨، ١٨٩. ويُنظَر: الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، **أبحاث هيئة كبار العلماء**، الرياض، دار الزاحم، ط٢، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ١، ٢٣٣.

والبيع الفاسد: هو الصحيح بأصله لا بوصفه، ويفيد الملك عند اتصال القبض به. وهذا اصطلاح الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل. فالبيع الفاسد عندهم مرتبةٌ بين البيع الصحيح والبيع الباطل. ولهذا يفيد الحُكم، إذا اتصل به القبض، لكنه مطلوب التفاسخ شرعًا. أما جمهور الفقهاء فالفاسد والباطل عندهم سِيَّان في عدم ثبوت حكم العقد، وترتُّب أثره. والمراد بالأصل ـ الوارد في التعريف ـ الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه [أركان العقد]، وبالوصف: ما عدا ذلك. يُنظَر: علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٦٤، ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ٩، ٩٨.

(٢) معناه: يشتري الثوب، ويشترط على البائع صبغه.

(٣) يُنظَر: علي المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ٣، ٥٠.

وعند المالكية: «لا تَفسُد إجارةٌ مع بيعٍ صفقةً واحدةً؛ لعدم منافاتهما[1]، إذ لا يمكن أن يكون العقد الواحد صحيحًا في شيء، وفاسدًا في شيء آخر... كشرائه ثوبًا بدراهمَ معلومةٍ على أن يَخيطه البائع، أو جلدًا على أن يَخرُزه... ويُشترَط شروعه في العمل ولو حُكمًا؛ كتأخيره ثلاثة أيام، وضربُ أجل الإجارة...»[2].

وعند الحنابلة: «لا يبطل البيع بشرطٍ واحدٍ... مثل أن يشتري ثوبًا، ويشترط على بائعه خياطته قميصًا، أو فِلْعةً[3]، ويشترط حَذْوَها نعلاً... ولم يصحَّ أن النبي ﷺ نهى عن بيعٍ وشرطٍ[4]، إنما الصحيح «أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ» كذا ذكره الترمذي[5]. وهذا دالٌّ بمفهومه

(١) أي: لمقتضى العقد.

(٢) يُنظَر: محمد الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ٤، ٥.

(٣) جلدة النعل. يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ٣٦٨. وهي في اللغة: قطعة من من الجلد تُقطَع من سَنام الإبل. يُنظَر: محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ٨، ٢٥٦.

(٤) أخرجه أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (٣٦٠هـ/٩٧١م)، **المعجم الأوسط**، حققه طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، القاهرة، دار الحرمين، د. ت، ٤، ٣٣٥. والحديث عن عبد الله بن عمرو ﷺ. وفي إسناد الحديث مقال، يُنظَر: أحمد ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ٥، ٣١٥. وأبو الحسن، علي بن أبي بكر الهيثمي (٨٠٧هـ/١٤٠٤م)، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، حققه حسام الدين القدسي، القاهرة، مكتبة القدسي، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٤، ٨٥. وقال النووي: أما الحديث فغريب. يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ٣٦٨. وأما ابن تيمية ﷺ فقد قال فيه: هذا حديثٌ باطلٌ؛ ليس في شيءٍ من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكايةٍ منقطعة. عبد الرحمن العاصمي، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**، ١٨، ٦٣.

(٥) هذا نصه: عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ**=

على جواز الشرط الواحد. قال أحمد: إنما النهي عن شرطين[١] في بيعٍ، أما الشرط الواحد، فلا بأس به»[٢].

وروَوْا عن الإمام أحمد أنه «من اشترى ثوبًا، واشترط على البائع خياطته وقِصارته[٣]، أو طعامًا، واشترط طحْنه وحمْله: إن اشترط أحد هذه الأشياء، فالبيعُ جائزٌ. وأن الشرطين المنهي عنهما في عقد البيع هما اللذان يخالفان مقتضاه، وليسا في مصلحته؛ كأن يشتري الأمَة على أنه لا يبيعها من أحدٍ، وأنه لا يَطَؤها. أو أن يقول: إذا بعتُكَها، فأنا أحق بها بالثمن، وأن تخدُمني سنةً. وظاهر كلامه أن الشرطين المنهيَّ عنهما ما كانا من هذا النحو. فأما إن شَرَط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد، أو مصلحته، مثل أن يبيعه بشرط الخِيار، والتأجيل، والرهن، والضَّمين[٤]، أو بشرط أن يُسلِّم إليه المبيع أو الثمن. فهذا لا يؤثِّر في العقد وإن كثر، بخلاف من ذهب إلى بُطلان البيع بالشرطين مطلقًا»[٥].

وعلى هذا المعنى يُحمَل قول الخطَّابي ﷺ: «لا فرق بين شرطٍ واحدٍ،

= **فِي بَيْعٍ...**» الترمذي، **السُّنَن**، كتاب البيوع (١٢)، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٩)، حديث (١٢٣٤)، ٣، ٥٢٦ ـ ٥٢٧. وقال: حديث حسن صحيح.

(١) يُنظَر: عبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٤، ١٦٩ ـ ١٧٠.

(٢) **المصدر نفسه**، ٤، ٧٣.

(٣) قِصارة الثوب تعني تجهيزه للخياطة بعد نسجه؛ بتسويته وتنعيمه دَقًّا بالمِقْصرة، وهي قطعةٌ من الخشب تستعمل لذلك، وتدعى خشبة القَصَّار، والقصَّار من حرفته: القِصَارة. ويقال له: المُحَوِّر؛ لأنه يقوم بتحوير الثياب، أي تبييضها. يُنظَر: محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ٥، ١٠٤ و٤، ٢١٩.

(٤) الكفيل.

(٥) يُنظَر: عبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٤، ١٦٩ ـ ١٧٠.

أو شرطين، أو ثلاثةٍ في عقد البيع عند أكثر الفقهاء»[(١)].

أما الشافعية فإنهم خالفوا الجمهور، وذهبوا إلى بُطلان هذا العقد، وقالوا: «فإنْ شرَط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع[(٢)]؛ بأن باع... ثوبًا بشرط أن يَخيطه له، أو فِلْعةً بشرط أن يَحْذوها له، بطَل البيع؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»[(٣)].

وهذا الحديث على الرغم من عدم ثبوته؛ فإنه معارَض بما ثبت من بيع جابر بن عبد الله رضي الله عنهما بعيرَه للنبي ﷺ و«شَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى المَدِينَةِ»[(٤)] أي: ركوبه.

وبناء على ما سبق، فالمستصنِع يمكنه أن يُنشئ عقد الاستصناع على غير وجه السَّلَم الملزِم لدفع الثمن سَلَفًا، وعلى وجهٍ مقبولٍ عند جمهور الفقهاء، ولو أنه جُعل في عقدين مستقلين: عقد بيعٍ، وعقد إجارةٍ، لكان العقد جائزًا في المذاهب الفقهية الأربعة بلا أدنى شبهة، والله تعالى أعلم.

---

(١) أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل الصنعاني (١١٨٢هـ/١٧٦٨م)، **التحبير لإيضاح معاني التيسير**، حققه وعلق عليه محمد صبحي حلاق، الرياض، مكتبة الرُّشد، ط١، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م، ١، ٥٤٣.

(٢) مقتضى العقد: ما يستفاد من العقد بجعلِ الشارع لا من الشرط. يُنظَر: أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (٩١١هـ/١٥٠٥م)، **الأشباه والنظائر**، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩٠م، ١٥٠.

(٣) إبراهيم الشيرازي، **المُهَذَّب في فقه الإمام الشافعي**، ٢، ٢٣. أما الحديث فلم يثبت، وقد تقدم تخريجه.

(٤) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الشروط (٥٤)، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكانٍ مسمًّى، جاز (٤)، حديث (٢٧١٨)، ٣، ١٨٩.

وثَمَّةَ وِجْهةٌ توفيقيَّةٌ ثالثةٌ ذكرها الدكتور علي السالوس في بحث قدَّمه إلى مجمع الفقه الإسلامي، وهي:

٣ ـ أن يُعطى الاستصناع حُكم الوعد في بيع المُرابَحة[١]: فهو يقول:

«١ ـ إذا اعتُبر عقد الاستصناع بيعًا، ألحقناه بالسَّلَم بجميع شروطه، ويصح في الصناعات التي يُتعامَل بها في أي عصرٍ.

٢ ـ ما لم يكن سَلَمًا ـ حيث يتعذر تطبيق شروطه، ويقع الناس في حرجٍ ومشقةٍ ـ يُعتبَر وعدًا لا بيعًا، حتى لا نقع في محظورٍ شرعيٍّ.

وفي هذه الحالة نطبِّق قرار مجمع الفقه بمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الخامسة بشأن الوفاء بالوعد[٢] في المُرابَحة للآمر بالشراء، ونجعل حكم الوفاء بالوعد في الاستصناع كالوعد في المُرابَحة.

وما يتصل بالوعد في القرار المذكور هو ما يأتي:

ثانيًا: الوعد ـ وهو الذي يَصدر عن الآمر أو المأمور على وجه الانفراد ـ يكون ملزِمًا للواعد ديانةً إلا لعذر، وهو ملزِمٌ قضاءً إذا كان معلَّقًا على سبب، ودخل الموعود في كُلفةٍ نتيجة الوعد.

ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلًا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

---

(١) مضى تعريف المُرابحة، يُنظَر: ٥٨.

(٢) ينص القرار ـ كما في الفقرة التالية ـ على أن المرابحة مواعدة، وليست وعدًا، وقد تقدم الفرق بينهما من حيث المعنى والأثر. يُنظَر: ٥٤ ـ ٥٩.

ثالثًا: المُواعَدة ـ وهي التي تصدر عن الطرفين ـ تجوز في بيع المُرابَحة بشرط الخِيار للمتواعدَيْن كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خِيارٌ، فإنها لا تجوز؛ لأن المُواعَدة الملزِمة في بيع المُرابَحة تُشبه البيع نفسه، حيث يُشترَط عندئذٍ أن يكون البائع مالكًا للمبيع؛ حتى لا تكون هناك مخالفةٌ لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده...

ويعدَّل القرار بوضع كلمتي (المستصنِع أو الصانِع) بدلًا من (الآمِر أو المأمور) في ثانيًا. وفي ثالثًا: يُحذَف (بيع المُرابَحة)، ونضع الاستصناع في الموضعين.

وبعد، فأظن أن هذا أكثر رفعًا للحرج، ودفعًا للمشقة، وأقرب للصواب، والله تعالى هو الأعلم»[(١)].

وختم الدكتور السالوس بأن «مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع لم يأخذ باقتراحه، وترك رأي الجمهور[(٢)]، وإجماع الحنفية[(٣)]، وقد رجَّح ما جاء في مجلة الأحكام العدلية»[(٤)].

---

(١) د. علي السالوس، **موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي**، ٥٣٢ ـ ٥٣٣.

(٢) رأي الجمهور: منعُ الاستصناع إلا إذا كان سَلَمًا، وهو ما تم بيانه مرارًا في هذه الأطروحة.

(٣) إنه في الأغلب يريد إجماع الحنفية على أن عقد الاستصناع غير ملزِم؛ لِذكره بعد ذلك مجلة الأحكام العدلية التي قالت بإلزامية عقد الاستصناع. والحنفية ـ فيما ظهر لي ـ لم يُجمِعوا على أن عقد الاستصناع غير لازمٍ؛ إذ منهم من يراه مُلزمًا من أول نشوئه، وهو آخر الروايتين عن أبي يوسف، وجمهورهم على أنه غير مُلزمٍ قبل التسليم، أما عند التسليم فعندهم خلافٌ آخر: فالمذهب لزوم العقد بحق الصانع فحسب، وأبو يوسف يراه ملزمًا للطرفين هنا على الرواية قبل الأخيرة عنه.

(٤) يُنظَر: **موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي**، ٥٣٤.

ومما يمكن قوله تعقيبًا على ما ذكره الدكتور السالوس ـ حفظه الله تعالى ـ: إن القول بأن الاستصناع وعدٌ، هو قول لبعض الحنفية ـ كما سبق بيانه[1] ـ، وليس هو مذهبهم، وليس له أيُّ صبغة إلزامية عند من قال به.

أما ما كنتُ ذكرتُه من اقتراحٍ في الوجه الأول، والعقدان ـ البيع والإجارة ـ فيه منفصلان، فليس في صحته خلافٌ، وهو ـ في نظري ـ يُغني عن عقد الاستصناع عند الحنفية، ويُنهي خلافهم مع جمهور الفقهاء.

فإذا لم يكن العقدان منفصلين، فليكونا مجتمعيْن: بيعًا وإجارةً معًا ـ على ما ذكرتُ في الاقتراح الثاني ـ، يُبْرِمه المستصنِع مع الصانع، وهو ما أجازه جمهور الفقهاء، وخالفهم فيه الشافعية، واجتماع الحنفية مع الجمهور خير لهم من تفردهم عنهم في حكم الاستصناع.

وبعدُ، فإذا تعذَّر لأمرٍ ما الأخذ باقتراحيَّ السابقيْن، ولم يكن لي بُدٌّ من الترجيح،، فإني أرجِّح مذهب الحنفية في جواز عقد الاستصناع مستقلًّا عن عقد السَّلَم، وذلك لأن أقوى ما عند الجمهور في منعه هو الإجماع على تحريم بيع الدَّين بالدَّين، وبيعِ المعدوم، بصرف النظر عن كون بيع المعدوم محرَّمًا لذاته، أم لعلة الغَرَر، والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، على ما سبق تفصيله.

وإذا كان الإجماع هو أقوى ما عند الجمهور في منع عقد الاستصناع خارجًا عن عقد السَّلَم، فالحنفية لديهم إجماعٌ من نوعٍ آخر على جوازه، ألا

---

(١) يُنظَر: ٤٦ ـ ٥٠.

وهو الإجماع العملي، بمعنى أن الناس قد جرت أعرافهم على التعامل به من زمن النبوة إلى أيامنا هذه بلا نكيرٍ؛ فكان هذا الإجماع مخصِّصًا للإجماع على تحريم بيع المعدوم، وبيع الدَّين بالدَّين، الذي بنى عليه الجمهور مذهبهم في منع عقد الاستصناع.

ويضاف إلى ذلك وجود الحاجة العامة إلى مثل هذا العقد، والتي هي شرطٌ عند الحنفية لجوازه مستقلًّا عن عقد السَّلَم[1]، وعدم الاستجابة لداعي الحاجة من شأنه أن يوقع الناس في المشقة، والقاعدة الفقهية تقول: «المشقة تَجْلُب التيسير»[2]، ومنه التيسير في الأحكام والفتوى، وفي الحديث الصحيح: «مَا خُيِّرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا»[3]. والله تعالى أعلم.

وفضلاً عن الحاجة العامة إلى عقد الاستصناع فإن فيه «وجه رِفقٍ من جهة الصانع والمستصنع معًا:

١ ـ أما من جهة الصانع فالرِّفْق في كون ما يصنعه جرى بيعه مسبقًا،

---

(١) حبذا لو استحضر الفقهاء المعاصرون هذا الشرط، وهم يُجيزون الاستصناع عملاً بالمذهب الحنفي!.

(٢) الأخذ بهذه القاعدة متفق عليه بين الفقهاء، يُنظَر ـ على سبيل المثال ـ، زين الدين ابن نُجَيم، **الأشباه والنظائر**، ٦٤. عبد الوهاب السُّبْكي، **الأشباه والنظائر**، ١، ٤٩. أبو الحسن علي بن سليمان المَرْداوي (٨٨٥هـ/١٤٨٠م)، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، حققه د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، الرياض، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ٨، ٣٨٣٥.

(٣) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب المناقب (٦١)، باب صفة النبي ﷺ (٢٣)، حديث (٣٥٦٠)، ٤، ١٨٩. عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها.

وتحقَّقَ أنه رَبِح فيه، وعَرَف مقدار رِبْحه، فهو يعمل على هدًى وبصيرةٍ.

أما بغير طريق الاستصناع فإن الصانع قد يحتاج إلى البحث بعد صناعة الشيء عن فرصةٍ لتسويقه، فقد يباع فورًا، أو يتأخر بيعه، وفي تأخير بيعه تجميدٌ لرأسماله، وقد يَكْسُد عنده؛ فيتحمَّل نفقاته وصيانته والتأمين عليه، فإن كان شيئًا باهظ الثمن؛ ربما أدى إلى خسائر جسيمةٍ، وقد يُفلس صاحب المصنع، ويؤدي به ذلك إلى غلق مصنعه.

وأيضًا فإن الصانع أعلم بمواد الخام وأماكن بيعها، وتتكرر علاقته ببائعيها، فقد يحصل على المواد بأرخص مما لو أحضرها المستصنِع.

٢ ـ وأما الرفق من جهة المستصنِع فإنه يستطيع أن يضع الشروط، ويحدد المواصفات التي يرغب فيها، وتلائم حاجته وذوقه، وربما يكون ما يلائم غيره مما هو موجودٌ في الأسواق لا يلائمه هو، بل يريد الشيء مصنوعًا بمواصفاتٍ خاصةٍ تلبي رغبته، فبالاستصناع يحصل على ما يريده بالضبط»[(١)].

وأَلفِت هنا إلى أن «مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ ـ ١٤ مايو ١٩٩٢م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع:

(١) يُنظَر: د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ١، ٢٢٣.

«عقد استصناع»، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاةً لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظرًا لأن عقد الاستصناع له دورٌ كبيرٌ في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالاتٍ واسعةٍ للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامى، قرر:

١ ـ إن عقد الاستصناع ـ وهو عقدٌ واردٌ على العمل والعين[١] في الذمة ـ مُلزِمٌ للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

٢ ـ يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

(أ) بيان جنس المُسْتَصْنَع ونوعه وقدْره وأوصافه المطلوبة.

(ب) أن يحدَّد فيه الأجل.

٣ ـ يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساطٍ معلومةٍ لآجالٍ محددةٍ.

٤ ـ يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًّا[٢] بمقتضى ما

---

(١) ما سبق ترجيحه أن عقد الاستصناع يَرِد على العين بيعًا، وعلى العمل شرطًا، وهو ما صححه الكاساني. يُنظَر: ٣٧، وقد مضى تعليقي على تعريف المَجمع أعلاه. يُنظَر: ٤٠ ـ ٤١.

(٢) هو: اتفاق يقدِّر فيه المتعاقدان سلفًا التعويضَ الذي يستحقه الدائن؛ إذا لم ينفذ المَدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه. الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، **الموسوعة العربية الميسَّرة**، صيدا وبيروت، المكتبة العصرية، ط١، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ٤، ٢٠١٣. وللشرط الجزائي مزيدٌ من التفصيل فيما هو آتٍ.

اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروفٌ قاهرةٌ[1]. والله أعلم»[2].

فالمَجمع بقراره هذا يكون قد أخذ بالمذهب الحنفي عمومًا، وبالاجتهاد الأخير للإمام أبي يوسف خصوصًا، من حيث مشروعيةُ عقد الاستصناع ولزومُه أيضًا، وهو ما عليه أكثر الفقهاء المعاصرين.

(١) عملاً بقاعدة: لا يَلزم ضمانُ ما لا يُستطاع الامتناع منه. يُنظَر ـ القاعدة ـ، محمد صدقي الغزي، **موسوعة القواعد الفقهية**، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٨، ١٠٧٧.

(٢) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة لمؤتمر المجمع، جدة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، العدد ٧، ٢، ٧٧٧ ـ ٧٧٨.

الفَصْلُ الثَّالِث
أحكام الاستصناع

تمهيد :

تتكون مادة هذا الفصل من ثلاثة مباحث، هي:

* الأركان والشروط.
* الخِيارات والآثار.
* انتهاء عقد الاستصناع.

المبحث الأول
الأركان والشروط

أ ـ أركان عقد الاستصناع:

«ركن الشيء لغةً: جانبُه القوي... واصطلاحًا: ما يتِم به الشيء، وهو داخلٌ فيه»[(١)]. كالركوع والسجود من الصلاة.

ظهر فيما سبق أن الاستصناع عند الجمهور عقد سَلَمٍ، أما جمهور الحنفية فإنهم يرونه عقد بيعٍ، لكنه مخصوص بأوصافٍ لا تُشتَرط في غيره من البيوع. وهو ما دام عقدًا فلا بُدَّ له من أركانٍ يقوم عليها؛ فما أركان عقد الاستصناع؟.

يرى الحنفية أن للاستصناع رُكنًا واحدًا[(٢)]، وهو الإيجاب والقبول، أو الصيغة، وهي: كل ما «يدل على الرضا من قولٍ أو كتابةٍ أو إشارةٍ: من العاقدين، أو من أحدهما»[(٣)].

والأصل في ركنية العقد هو الرضا، وهو أمرٌ خفيٌّ، وما الصيغة إلا

(١) علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١١٢.
(٢) يُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ١٣٣.
(٣) يُنظَر: محمد الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ٣، ٣.

تعبيرٌ عنه، ودليل ذلك قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩]. وقول رسول الله ﷺ: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»(١).

ومن صور الصيغة في عقد الاستصناع: «إذا قال شخص [المستصنِع] لأحدٍ من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشًا، وقَبِل الصانع ذلك، انعقد البيع استصناعًا»(٢). أو قال للصانع: «اعمل لي كذا من عندِك(٣)، بثمن كذا ـ ويبيِّن نوع ما يَعمل وقَدْره وصفته ـ، فيقول الصانع: نعم»(٤).

فقول المستصنع إيجابٌ، وقول الصانع قَبولٌ، وقد يحصُل العكس؛ بأن يكون العرض أو الطلب من جهة الصانع، والقبول من جهة المستصنِع.

والمهمُّ في الإيجاب والقبول اتصالهما واتفاقهما، بحيث لا يتخللهما فصلٌ في المكان، أو خروجٌ عن موضوع الصيغة في الكلام(٥)، وأن يكون القبول موافقًا للإيجاب إن لم يكن في لفظه، ففي معناه.

أما الجمهور(٦) فإنهم يُضيفون إلى ركن الإيجاب والقبول ـ أو

---

(١) ابن ماجه، **السُّنَن**، كتاب التجارات (١٢)، باب بيع الخِيار (١٨)، حديث (٢١٨٥)، ٢، ٧٣٧. عن أبي سعيد الخُدْري رضي الله عنه، وهو صحيح.

(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ٧٥.

(٣) أي: مادة التصنيع من الصانع، وهو قيدٌ أخرج العقد عن الإجارة، فيما لو كانت المادة من المستصنِع.

(٤) يُنظَر، أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢.

(٥) في المسألة هذه خلاف بين الفقهاء سوف يُنظَر عند الحديث عن خِيار المجلس.

(٦) يُنظَر: أبو عبد الله محمد بن محمد الحطَّاب (٩٥٤هـ/١٥٤٧م)، **مواهب الجليل في شرح=**

الصيغة ـ ركنين آخرين، وهما: العاقدان، والمعقود عليه، ومما قالوه في ذلك: «أركان البيع ثلاثة: العاقدان، والصيغة، والمعقود عليه»[(١)]. وأما الحنفية[(٢)] فإنهم يرون العاقدين من شرائط ركن الإيجاب والقبول في العقد.

والعاقدان في الاستصناع هما: الصانع والمستصنِع.

وأما المعقود عليه فهو على قسمين:

الأول: الشيء المصنوع[(٣)]، ويلتزم[(٤)] به الصانع.

والثاني: الثمن، ويلتزم به المستصنِع.

وأما طريقة دفع الثمن فتكون عند الجمهور في الحال قبل أن ينفضَّ مجلس العقد؛ التزامًا منهم بأن الاستصناع عقد سَلَم. وأما الحنفية فيكون الدفع على ما يتفق عليه العاقدان: عاجلاً أو آجلاً؛ لأنهم يرون الاستصناع عقد بيعٍ مخصوصٍ، كما تقدم بيانه.

والفقهاء متفقون من حيث الجملة على ما يُشترَط في كل من العاقد

= **مختصر خليل**، د. م، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ٤، ٢٢٨، ويحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ١٤٩، ومنصور البُهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ٣، ١٤٦.

(١) يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ١٤٩.

(٢) يُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٤، ١٧٦.

(٣) هذا هو الراجح من مذهب الحنفية، وعليه جمهورهم، بخلاف من ذهب إلى أن المعقود عليه هو العمل، كما تقدم بسطه، يُنظَر: ٥٩ ـ ٦٢ تحت عنوان: محل عقد الاستصناع.

(٤) هذا على ما تم ترجيحه من أن عقد الاستصناع ملزم لطرفيه.

والمعقود عليه:

أما العاقد فيُشترَط فيه «أن يكون بالغًا، عاقلاً، مختارًا، بصيرًا غيرَ محجورٍ عليه»[(١)].

وهناك بعض المسائل الخلافية في شروط العاقد، ولعل أبرزها مما له صلةٌ بعقد الاستصناع:

۞ مسألة استصناع الصبي المميِّز:

قد يأتي الصبيُّ الحذَّاءَ، ويطلب منه أن يصنع له حذاءً، فما حكم هذا العقد؟

قبل الإجابة أَلفِت إلى أن سنَّ السابعة هي الأصل في تمييز الطفل؛ لقول النبي ﷺ: «مُرُوا الصَّبِيَّ بِالصَّلَاةِ إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ...»[(٢)].

أما حكم عقد استصناع الصبي المميِّز، فإنه يأخذ حكم عقود المعاوضات المالية، ومنها عقد البيع والشراء، وهو بذلك على التفصيل الآتي:

صحيحٌ لكنه موقوفٌ على إجازة وليه، وهذا عند الحنفية[(٣)] والمالكية[(٤)].

«لا يصح، سواءٌ أذِن له الولي، أم لا»[(٥)]، وهو مذهب الشافعية.

---

(١) يُنظَر: يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ١٤٩.

(٢) أبو داود، **السُّنَن**، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث (٤٩٤)، ١، ١٣٣. وإسناده حسن.

(٣) يُنظَر: علي المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ٤، ٢٩٤.

(٤) يُنظَر: محمد الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ٣، ٢٣١.

(٥) يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ١٥٨.

صحيحٌ بإذن وليه، وبدونه لا يصح، وهو مذهب الحنابلة[١].

وقد خرج بشرط كون العاقد بصيرًا غير محجورٍ عليه كلُّ من لم يكن بصيرًا في إدارة المال، وهو الذي يُعرَف اصطلاحًا بالسفيه[٢]، ومن كان هذا شأنه فللقاضي أن يُصدر في حقه أمر حَجْرٍ يمنعه من التصرفات الماليه؛ عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥].

وأما المعقود عليه فشروطه من حيث الجملة: «أن يكون طاهرًا، منتَفعًا به، معلومًا، ومقدورًا على تسليمه، ومملوكًا لمن يقع العقد له»[٣].

وتلك الشروط هي عامة في المبيع المصنوع وغيره، إلا الشرط الأخير وهو كون المعقود عليه مملوكًا لبائعه، فإنه مستثنًى في عقد السَّلَم باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة، وفي عقد الاستصناع أيضًا عند الحنفية خاصةً.

وأما الشروط الخاصة بالاستصناع فيمكن بسطها تحت العنوان الآتي:

ب ـ شروط عقد الاستصناع:

الشرط في اللغة: «العلامة، ومنه: أشراط الساعة... وهو في الاصطلاح: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجًا عن ماهِيَّته»[٤]. كالطهارة،

---

(١) علي المَرْداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ٤، ٢٦٧.

(٢) يُنظَر: يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ١٥٥. وفي المسألة تفصيلٌ يُطلَب من مصادره.

(٣) يُنظَر: **المصدر نفسه**، ٩، ١٤٩.

(٤) يُنظَر: علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٢٥.

واستقبال القِبلة لصحة الصلاة.

والحنفية حينما أجازوا عقد الاستصناع مستقلًّا عما سواه، اشترطوا له شروطًا، ينضبط بها العقد، ويتحقق بها العدل، ويصان بها الرضا، وقد توزعت بين الصانع والمستصنِع والمصنوع[1]، والظروف التي تحيط بالعقد، والتي يمكن صياغتها وإيجازها بما يأتي[2]:

١ ـ أن يكون المصنوع معلومًا ببيان: جنسه، ونوعه، وقَدْره، وصفته، وكذلك الثمن ينبغي أن يكون معلومًا.

ومن تطبيقات هذا الشرط: «إذا استصنع شخصٌ إناءً أو سيارةً، بيَّن في الإناء: نوع المعدن، وجنسه، ومقاسه، وحجمه، وأوصافه، وعدد الآنية المطلوبة؛ إذا كانت متعددةً، فإذا أخفى ذلك كلَّه أو شيئًا منه، فسد العقد للجهالة. وكذلك في صنع السيارة تُبيَّن جميع المواصفات المطلوبة، منعًا من الجهالة والنزاع المُنتَظر عند تعارض المصنوع مع ما قد يترقَّبه المستصنِع»[3].

٢ ـ أن تكون مادة التصنيع من حساب الصانع؛ لئلا يكون العقد

---

(١) تبين من قبل أن الصحيح الراجح في المذهب الحنفي أن المعقود عليه في الاستصناع هو العين المتفق على صناعتها، وأن العمل شرطٌ فيه. يُنظَر: ٥٩ ـ ٦٢ تحت عنوان: محل عقد الاستصناع.

(٢) يُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٣، محمد السَّرْخَسي، **المبسوط**، ١٢، ١٤٠. ومحمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ٨٧ ـ ٨٨، ومحمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٣، ٢٢٤.

(٣) د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٥، ٣٦٤٧.

إجارةً فيما لو كانت المادة من جهة المستصنِع.

٣ ـ أن يكون المصنوع مما تدخله يد الصانع، أما السِّلَع التي لا تدخلها الصنعة ـ كالمنتوجات الطبيعية من حبوب وثمار ولحوم ونحوها ـ فيكون تأمينها إما بالبيع الناجز، وإما بعقد السَّلَم، فالاستصناع أُجيز على خلاف القياس، فلا يخرج عن حدود ما أُجيز له.

لكن تلك المنتوجات الطبيعية «إذا دخلها التصنيع الذي يُخرجها عن حالها الطبيعية، كالفواكه واللحوم المعلَّبة المحفوظة، فإنها يجوز أن تباع وتشترى بطريق الاستصناع بشروطه، وهذا يعني جواز شرائها سَلَمًا منتوجاتٍ طبيعيةً، ثم تباع بعقد الاستصناع منتوجاتٍ صناعية»[(١)].

٤ ـ أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس[(٢)]، وتدعو إليه الحاجة: فالاستصناع أُبيح استثناءً من بيع المعدوم لحاجة الناس إلى التعامل به، فإذا انتفت الحاجة، عاد إليه حكم الأصل، وهو المنع.

---

(١) يُنظَر: المجموعة الشرعية بمصرِف الراجحي، **قرارات الهيئة الشرعية بمصرِف الراجحي**، الرياض، ط١، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ١، ٩٧.

(٢) يرى الدكتور محمد سليمان الأشقر جواز الاستغناء عن شرط: كون المستصنَع فيه مما جرى فيه عرف الناس وتعاملهم، والاكتفاء بشرط الحاجة إليه فحسب، ومثَّل لذلك بقوله: كما لو طلب أحد تجار الألمنيوم من شركة الألمنيوم صناعة كميَّةٍ منه بمواصفاتٍ خاصةٍ، وتصميماتٍ معيَّنةٍ حددها، أو ألواحًا زجاجيةً بكمياتٍ كبيرةٍ ضمن مواصفاتٍ خاصةٍ غير متوافرةٍ في الأسواق، فينبغي أن يكون ذلك جائزًا، ولا يجوز منعه، أو القول بعدم صحته؛ لأنه لم يَجْرِ التعامل في مثله، والله أعلم. **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ١، ٢٣١.

والحاجة إلى التعامل بمستَصنَعٍ ما تتبدَّل بتبدل الزمان والمكان؛ لأن الاستصناع يتبع الصناعة، وهي في تطوُّر مستمرٍّ، فقد كان الاستصناع قديمًا في الطَّسْت والحذاء ونحوهما، وهو اليوم في السفن والطائرات، ونحوها من الصناعات الثقيلة.

فاستصناع الثياب ـ على سبيل المثال ـ كان ممنوعًا عند الفقهاء السابقين، بينما يرى الدكتور وهبة الزحيلي جوازه في أيامنا هذه، فهو يقول: «ويصح في عصرنا الحاضر الاستصناع في الثياب لجريان التعامل فيه، والتعامل يختلف بحسب الأزمنة والأمكنة»[(١)].

لكنْ في مجلة الأحكام عبارةٌ يفيد ظاهرها سقوط هذا الشرط من حكم الاستصناع، وإني إلى الآن لم أجد من اختزله من فقهاء الحنفية، فقد جاء في نص المادة (٣٨٩): «... وأما ما لم يُتعامَل باستصناعه إذا بُيِّن فيه المدة[(٢)]، صار سَلَمًا، وتعتبر فيه حينئذٍ شروط السَّلَم، **وإذا لم يبيَّن فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضًا**»[(٣)].

فقد أجازت الجملة الأخيرة من المادة المذكورة عقد الاستصناع فيما لم يتعامل به الناس، ولم يكن عُرفًا بينهم. وهذا ما تنبَّه له، ولفت إليه صاحب (دُرَر الحُكَّام في شرح مجلة الأحكام)، حيث قال: «وقول المجلة: (وإذا لم تُبيَّن فيه المدة، كان العقد من قبيل الاستصناع أيضًا) غير موافقٍ

(١) د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٥، ٣٦٤٧.

(٢) تبحث في الفقرة التالية.

(٣) **مجلة الأحكام العدلية**، ٧٦.

لما جاء في الكتب الفقهية؛ لأن الاستصناع إنما يجري في البلاد التي يكون فيها التعامل به؛ فلا يصح في غيرها»[(١)].

لكن شارح المجلة خالد الأتاسي ﷺ فسَّر هذه الجملة تفسيرًا آخر، وهو مقبول في فقه الحنفية، فقد قال: «وما لم يُتعارَف استصناعُه... إن لم يبيَّن فيه مدةٌ، فهو استصناعٌ **فاسدٌ**؛ منهي عنه... فهو وإن كان فاسدًا لكن بعد وقوعه يأخذ حكم الصحيح، وقد أشارت المجلة إلى هذا بقولها: (كان من قبيل الاستصناع) أي تجري فيه أحكام الصحيح، وإن لم يكن استصناعًا مشروعًا؛ لأن من العقود ما يكون فاسدًا منهيًّا عنه، وبعد وقوعه يأخذ حكم الصحيح، كالمبيع بعقد فاسد يدخل في ملك المشتري بالقبض...»[(٢)].

وكان الأولى بلجنة المجلة إذا كان مرادها ما ذكره الأتاسي أن تضيف في آخر المادة: (وكان العقد فاسدًا) دفعًا للتَوَهُّم بالجواز المطلق.

وكذلك فإن المادة ذاتها لم تشترط وجود الحاجة إلى الاستصناع؛ فقد يتعارف الناس على تصنيع ما لا يحتاجون إليه من الكماليَّات، كأدوات الزينة، وعُلَب الضيافة ونحوها، فهل يجوز العقد معها؟!.

٥ ـ «أن لا يُضرَب لتسليم المصنوع أجلٌ، وإن ضُرب فينبغي أن لا يكون شهرًا فأكثر، والشهر أدنى الآجِل، وأقصى العاجل، فضربُه لعقد

---

(١) علي حيدر، **دُرَر الحكَّام شرح مجلة الأحكام**، ١، ٤٢٤.

(٢) عبد الله، عبد الله، «**عقد الاستصناع**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ٧ (١٤١٢/٧هـ ـ ١٩٩٢م)، ٣٧٩ ـ ٤٠٢، ٢، ٣٩٤ ـ ٣٩٥، اقتبسه عن، خالد الأتاسي، **شرح المجلة**، ٢، ٤٠٥.

الاستصناع يجعله سلَمًا؛ لاجتماع معانيه فيه، حتى لو كان بصيغة الاستصناع؛ فالعبرة في العقود للمعنى لا للفظ، أما المؤجَّل بما دونَ الشهر، وقد جرى فيه تعامل الناس[(١)]، فهو استصناعٌ، وهذا قول أبي حنيفة ﵀.

وقال صاحباه أبو يوسف ومحمد ـ رحمهما الله تعالى ـ: هذا ليس بشرطٍ؛ لأن العادة جاريةٌ بضرب الأجل في الاستصناع، ولأنه يذكر لتعجيل العمل، لا تأخير المطالبة بالدَّين، كما هو حال السَّلَم، فإذا ذُكر الأجل للاستعجال، وليس للاستمهال، فعقد الاستصناع صحيحٌ، وهو كذلك إذا لم يذكر الأجل»[(٢)].

وبناءً على قول الإمام أبي حنيفة ﵀ ينبغي أن تُنجَز عقود الاستصناع في مدة لا يبلغ أقصاها الشهر الواحد، وهي ربما كانت كافيةً في وقته، أما في زماننا هذا، وهو الحافل بأدقِّ الصناعات وأضخمها، فإن ما دون الشهر مدةٌ قصيرةٌ؛ لا تفي بالغرض، ولا تتحقق بها الغاية في أغلب الأحيان، ولذا كان قول الصاحبين أكثر ملاءمةً لمتطلبات هذا العصر، والله أعلم.

وأيد الدكتور وهبة الزحيلي[(٣)] قول الصاحبين؛ فقال: «وهذا القول هو

---

(١) فإن لم يَجْر فيه تعامل، فهو استصناع فاسد. يُنظَر: محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٢٢٣. وقد مضى في الصفحة السابقة معنى الاستصناع الفاسد.

(٢) يُنظَر: زين الدين ابن نُجَيْم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ٦، ١٨٦.

(٣) مات أستاذي د. وهبة الزحيلي، الفقيه الأصولي المفسِّر، بينما كنت أُعد أطروحتي هذه، وذلك سنة (١٤٣٦هـ/٢٠١٥م)، والفضل ـ بعد الله تعالى ـ له في متابعتي لدراسة الدكتوراه بعدما شُغلت عنها زمنًا طويلاً، فكان ـ رحمه الله تعالى، وأكرم نُزُلَه ـ يحثني عليها كلما التقيته، وأذكر أنني في آخر لقاءٍ ضمَّني معه ـ وكان في الكويت ـ وعدته=

المتفِق مع ظروف الحياة العملية، وحاجات الناس؛ فيكون هو الأَوْلى بالأخذ به»[(١)]، وهو ما سارت عليه مجلة الأحكام العدلية أيضًا، وذلك في المادة (٣٨٩)، وفيها: «كل شيءٍ تُعومل استصناعُه، يصح فيه الاستصناع على الإطلاق»[(٢)]. أي: ذُكِر فيه الأجل، أو لم يُذكَر.

«وإذا حُدِّدت مدةٌ لتقديم المصنوع، فانقضت دون أن يَفرُغ الصانع منه ويُسلِّمه ـ وهذا كثيرًا ما يحدث، والمجلة فيه ساكتة! ـ، فالظاهر أن يتخيَّر المستصنِع بين الانتظار والفسخ قياسًا... على السَّلَم»[(٣)].

٦ ـ تسمية مكان تسليم المصنوع: وهذا عند الإمام أبي حنيفة ﷺ قياسًا على شروط عقد السَّلَم، فلا بد من «تسمية المكان الذي يوفِّيه فيه؛ إذا كان له حَمْلٌ ومُؤْنةٌ، وقالا [أبو يوسف ومحمد]: لا يحتاج إلى تسمية... مكانِ التسليم، ويسلِّمه في موضع العقد»[(٤)]، أو في أي مكان يتفقان عليه، وعلى قولهما مذهب الجمهور[(٥)].

٧ ـ أن يباشر الصانع تنفيذ العقد بنفسه، ما لم يرخِّص له المستصنِع

= بمتابعة التحصيل العلمي؛ فسُرَّ بذلك! وشاء الله تعالى أن يتوفَّاه قبل أن أُهدي إليه نسخةً من أطروحتي هذه!.

(١) د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٥، ٣٦٤٨.

(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ٧٦.

(٣) مصطفى الزرقا، **عقد البيع**، دمشق، دار القلم، ط٢، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ١٥٤.

(٤) علي المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ٣، ٧٣.

(٥) يُنظَر: أحمد الصاوي، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك**، ٣، ٢٦١ ـ ٢٨٠، ومحمد نجيب المطيعي، **المجموع شرح المُهَذَّب: التكملة الثانية**، ١٣، ٩٧، ومنصور البُهوتي، **الروض المُرْبِع شرح زاد المُستقنِع**، ٣٥٩.

بتوكيل صانعٍ آخر؛ أخذًا بالتعريف الراجح للاستصناع[١]، وهو الذي يَعُد العمل شرطًا في العقد.

ولا يبعد العكس من ذلك؛ بأن يكون الأصل أن للصانع الحق في أن يتعاقد مع صانعٍ آخر لتنفيذ العقد؛ ما لم يكن المستصنِع قد اشترط عليه تصنيع السلعة بيده؛ قياسًا على الأجير المُشترَك[٢]، الذي يُطلَب منه تقديم العمل الذي استؤجِر عليه بصرف النظر عمن قام به، ويؤيد هذا قول المرغيناني ﵀: «وإذا شَرَط على الصانع أن يعمل بنفسه، فليس له أن يستعمل غيره، وإن أطلق له العمل، فله أن يستأجر من يَعمله»[٣]. أي: يعمل المصنوع، محل العقد.

٨ ـ «إذا كان العمل مكوَّنًا من عدة أجزاء، أو كان الثمن محدَّدًا على أساس الوَحدة، فيجوز أن يشترط الصانع على المستصنِع أن يؤدي من الثمن المؤجَّل بقدْر ما أنجزه من العمل مطابقًا للمواصفات.

[٩] ـ يجوز اتفاق الصانع والمستصنِع بعد عقد الاستصناع على تعديل المواصفات المشروطة في المصنوع، أو الزيادة فيه، مع تحديد ما يترتب على ذلك بالنسبة للثمن، وإعطاء مُهْلةٍ في مدة تنفيذه، ويجوز النص في العقد على أن مقابل التعديلات أو الزيادات هو بنسبتها إلى الثمن حسبما تقتضيه الخبرة أو العُرْف، أو أيُّ مؤشِّرٍ معروفٍ تنتفي به الجهالة

(١) يُنظَر: ٤٣ من هذه الأطروحة.

(٢) يُنظَر: ٦٤ من هذه الأطروحة، في تعريف الأجير المشترَك.

(٣) أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني (٥٩٣هـ/١١٩٧م)، **بداية المبتدي**، القاهرة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، د، ت، ١٨٧.

المُفضية إلى النزاع...

[١٠] ـ تبرأ ذِمة الصانع بتسليم المصنوع إلى المستصنِع أو تمكينه منه، أو تسليمه إلى من يحدده المستصنِع.

[١١] ـ إذا كان المصنوع وقت التسليم غير مطابقٍ للمواصفات فإنه يحق للمستصنِع أن يرفضه، أو أن يَقبله بحاله، فيكون من قبيل حُسن الاقتضاء، ويجوز للطرفين أن يتصالحا على القَبول ولو مع الحطِّ من الثمن...

[١٢] ـ لا يجوز بيع المصنوع قبل تسلُّمِه من الصانع حقيقةً أو حُكْمًا[(١)]، وبناء على ذلك لا يجوز أن تُباع الشُّقة التي اشتُريَت على المخطَّطات قبل أن يتسلمها المشتري»[(٢)].

وفصَّلت هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي في هذه المسألة؛ فقالت: «لا يجوز بيع المستصنَع قبل تمامه، وترى الهيئة أنه يجوز تجزئة عقد الاستصناع، ومن ثَمَّ إعادة بيع الجزء الذي تم إنشاؤه على حِدَةٍ حتى تتِم العِمارة...»[(٣)].

---

(١) مما جاء في تعريف التسليم أو القبض الحُكْمي: أن يُخَلِّي البائع بين المبيع وبين المشتري؛ برفع الحائل بينهما على وجهٍ يتمكن المشتري من التصرف فيه؛ فيجعل البائعَ مسلِّمًا للمبيع، والمشتري قابضًا له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع. أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٤٤.

(٢) حسام الدين عفانة، **يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة**، القدس، المكتبة العلمية ودار الطيب، ط١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ٣٠٢ ـ ٣٠٤.

(٣) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، الكويت، دار الضياء، ط١، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ٢، ٢٩٦. ويُنظَر: ١، ١٦٤.

١٣ ــ الشرط الجزائي: وهو ــ كما سبق[١] ــ: اتفاق يقدِّر فيه المتعاقدان سلفًا التعويض الذي يستحقه كلٌّ منهما نحو الآخر؛ إذا تأخر في تنفيذ التزامه.

ولعل أصرح وأشهر ما استدل به القائلون بجواز الشرط الجزائي قضاءُ القاضي شُرَيْح[٢] رحمه الله، ففي صحيح البخاري: «باب ما يجوز من الاشتراط... والشروط التي يتعارفها الناس بينهم[٣]... عَنْ ابْنِ سِيرِينَ[٤]، قَالَ رَجُلٌ لِكَرِيِّهِ[٥]: أَرْحِلْ رِكَابَكَ[٦]، فَإِنْ لَمْ أَرْحَلْ مَعَكَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا، فَلَكَ مِائَةُ

---

(١) يُنظَر: ١٩٠.

(٢) شُرَيْح بن الحارث بن قيس ـ ويقال: ابن شَراحيل أو شُرَحْبيل ـ أبو أمية الكندي، الفقيه القاضي الشاعر، أسلم في حياة النبي ﷺ، وانتقل من اليمن زمنَ أبي بكر الصدِّيق رضي الله عنه، ولم تثبت له صحبة. ولَّاه أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه قضاء الكوفة، فقيل: أقام على قضائها ستين سنة. توفي سنة (٧٨هـ/٦٩٧م) عن مئة وعشر سنين رحمه الله. يُنظَر: محمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ٤، ١٠٠ ـ ١٠١، ١٠٦.

(٣) كشرط نقل المبيع من مكان البائع فإنه جائز؛ لأنه تصريحٌ بمقتضى العقد، أو شرط قطع الثمار، أو تبقيتها بعد الصلاح. أحمد القَسْطَلَّاني، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، ٤، ٤٥٥.

(٤) محمد بن سيرين، أبو بكر، التابعي، شيخ البصرة، وإمام المعبِّرين للرؤيا، وأبوه مولًى لأنس بن مالك رضي الله عنه، وأمه مولاةٌ لأبي بكر الصديق رضي الله عنه. عُرض عليه القضاء فأبى، مات بالبَصْرة سنة (١١٠هـ/٧٢٨م) عن سبع وسبعين سنة رحمه الله. يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ج٢ ص٥٢ إلى ٥٤. ويُنظَر: خير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ج٦ ص١٥٤.

(٥) ويقال له أيضًا: مُكَارِي. محمد الرازي، **مختار الصحاح**، ٢٦٩. وهو الأجير.

(٦) معناه: اجعل عليها الرَّحْل؛ لأرحل معك يوم كذا، والرِّكاب: الإبل التي يسار عليها. وفي لفظ: «أَدْخِلْ رِكابَك». أي أدخلها فِناءك؛ لأرحل معك يوم كذا وكذا. يُنظَر: أبو يحيى=

دِرْهَمٍ. فَلَمْ يَخْرُجْ، فَقَالَ شُرَيْحٌ: مَنْ شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ طَائِعًا غَيْرَ مُكْرَهٍ، فَهُوَ عَلَيْهِ...»[1].

ووجه الاستدلال بالخبر: «أن المُكَارين [المؤجِّرين] لإبلهم في الأمصار يُخرجون الإبل إلى المسارح الخِصْبة البعيدة، ويبقون في الأمصار؛ يَعقدون الكِرى مع الناس، ويتَّعِدون على الرحيل يوم كذا، فربما استجلبوا الإبل ذلك اليوم، فيقول التجار: لم يتهيأ لنا الخروج اليوم؛ فيشُق على الحمَّالين عَلْفَ إبلهم؛ فيقول التجار: إن لم أرحل معك يوم كذا، فلك كذا تعلِف به إبِلَك»[2].

فقضى شُريحٌ على المشترِط بلزوم ما اشترطه على نفسه؛ فقوله: «فهو عليه». أي: «يَلزمه مئةُ درهمٍ عند شُريح»[3].

يُفهَم من سياق الخبر أن القاضي شُريح قضى بالشرط الجزائي المسمَّى في العقد في حال حصول ضررٍ ماديٍّ على أحد طرفيه من جَرَّاء تقصير الطرف الآخر، والظاهر من السياق أيضًا عدم ارتباط مسمَّى الشرط الجزائي

= زكريا بن محمد الأنصاري (٩٢٦هـ/١٥٢٠م)، **منحة الباري بشرح صحيح البخاري**، حققه سليمان بن دريع العازمي، الرياض، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ٥، ٥٤١، وأحمد القَسْطَلَّاني، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، ٤، ٤٥٥.

(١) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الشروط (٥٤)، باب (١٨)، ٣، ١٩٨.

(٢) أبو الحسن علي بن خلف ابن بطَّال (٤٤٩هـ/١٠٥٧م)، **شرح صحيح البخاري**، حققه أبو تميم ياسر ابن إبراهيم، الرياض، مكتبة الرشد، ط٢، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ٨، ١٣٨، ويُنظَر: أحمد العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ٥، ٣٥٤.

(٣) أبو محمد محمود بن أحمد العيني (٨٥٥هـ/١٤٥١م)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ت، ١٤، ٢١.

بقيمة الضرر الحاصل من تخلف أحد طرفي العقد عن تنفيذ مضمونه، بل كان ارتباطه بالمبلغ المسمَّى بالعقد، كبُر المبلغ أو صغُر.

والشرط الجزائي في واقع الأمر مصطلحٌ قانونيٌّ معاصرٌ، ينطوي على معنًى عقابيٍّ[1]؛ فهو يُلزم الطرف المُخل به بالغرامة المنصوص عليها بالعقد كاملةً، قلَّ الضرر الحاصل من تأخير الوفاء بالالتزام أو كثُر.

كما ينطوي الشرط الجزائي أيضًا على مقامرةٍ؛ تضطرب معها عدالة العقد، وذلك لأن قيمة الضرر إذا كانت أقلَّ من مسمَّى الشرط، غَنِم من شُرط له، وإذا كانت أكبر غَرِم، والله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩].

وهذا ما جعل الفقهاء يعترضون أو يؤوِّلون مذهب شُرَيْحٍ في المسألة هذه، والذي سهَّل لهم ذلك أن شُرَيْحًا ﵀ لم يكن صحابيًّا حتى يكون هناك خلافٌ في الخروج على مذهبه[2]، أو حتى يعطى قوله حكم الحديث المرفوع بشرطه.

ومن هؤلاء الفقهاء ابن بطَّال[3] ﵀، وقد قال: «هذا شرطٌ لا يجوز

---

(١) من الفقهاء المعاصرين الذين قالوا به: عبد الله بن منيع، ورفيق المصري، والقاضي محمود شمام: رئيس محكمة التعقيب الشَّرَفي في تونس. يُنظَر: دُبيان الدبيان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، ٥، ٤٧٥، وله في الشرط الجزائي إسهابٌ طيب!.

(٢) عما قريب سيأتي الكلام فيه.

(٣) أبو الحسن علي بن خلف بن بطال البكري، القرطبي، كان من أهل العلم والمعرفة، ومن كبار المالكية، عُني بالحديث العناية التامة، وشرَح صحيح البخاري في عدة أسفار، توفي في صفر، سنة (٤٤٩هـ/١٠٥٧م) ﵀. محمد الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ١٨، ٤٧ ـ ٤٨.

في السُّنَّة عند أكثر العلماء، وإنما قضى بذلك شُريحٌ؛ لأنه من طريق **العِدَة والتطوُّع**، ومن تطوَّع بشيءٍ، **استُحِبَّ** له إنجازه وإنفاذه، إلا أن جمهور الفقهاء لا يَقضون بوجوب العِدَة، وإنما يستحبون الوفاء بها»[(١)]. وقال صاحب (الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري): «وهذه الآثار التي نقلها [البخاري] لم يقل بها الأئمة الأربعة؛ لأنها مَواعِد[(٢)] لا تَلزم»[(٣)].

وفي الفقه الإسلامي ما يقابل الشرط الجزائي، ألا وهو: المسؤولية التقصيرية، التي فيها نوعٌ من الجزاء، يترتَّب على من أخلَّ بما أوجبه عليه العقد، وألحق ضررًا بالعاقد الآخر، كتأخير تسليم السلعة، أو المماطلة في دفع الثمن.

والجزاء في المسؤولية التقصيرية ليس عقابيًّا، وإنما هو تعويضيٌّ عادلٌ، يلائم قيمة الضرر الواقع فعلاً، شُرِط ذلك في العقد أو لم يُشرَط، وعلى ذلك نص أحد قرارات مجمع الفقه الإسلامي، فكان منه التالي:

«الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما

---

(١) علي ابن بطَّال، **شرح صحيح البخاري**، ٨، ١٣٨، ويُنظَر: أحمد ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ٥، ٣٥٤، وزكريا الأنصاري، **مِنْحة الباري بشرح صحيح البخاري**، ٥، ٥٤١، وأحمد القَسْطَلَّاني، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، ٤، ٤٥٥.

(٢) جمعٌ، مفرده: موعِد.

(٣) أحمد بن إسماعيل الكوراني (٨٩٣هـ/١٤٨٨م)، **الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري**، حققه أحمد عزو عناية، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ٥، ٣٤٣. ويُنظَر: محمود العيني، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، ١٤، ٢١.

لحق المضرور من خسارةٍ حقيقيةٍ، وما فاته من كسبٍ مؤكَّد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي...

لا يُعمَل بالشرط الجزائي إذا كان تأخير التسليم لظرفٍ قاهرٍ، أو خارجٍ عن الإرادة، وكذلك إذا أثبت من شُرط عليه أن من شُرط له لم يلحقه أيُّ ضررٍ من الإخلال بالعقد»[(١)].

وبذلك أفتت هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، فهي تقول: «إذا كانت المبالغ المحتجَزة من المقاولين بصفة شرطٍ جزائيٍّ عن التأخير، يُنظَر: إذا كانت معادِلةً للضرر **الفعلي** أو أقلَّ، فهي من حق بيت التمويل الكويتي، وإن كانت أكثر، يُعاد الفرق إلى أصحاب تلك المبالغ، ويُترَك تقدير هذا الأمر إلى المختصين في الإدارة»[(٢)].

وأفادني الدكتور أحمد الحجي الكردي بأن «الشرط الجزائي في العقد لا قيمة له؛ ما دام أن الضرر التقصيري مضمونٌ، شُرط في العقد أو لم يُشرَط»[(٣)].

والذين قالوا بصحة الشرط الجزائي من الفقهاء المعاصرين[(٤)] أكثرهم

---

(١) يُنظَر: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة الثانية عشرة لمؤتمر المجمع، الرياض، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، العدد ١٢، ٢، ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٢) يُنظَر: **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، د. م، ط٢، ١٤٠٥/١٤٠٦هـ، ١٩٨٥/١٩٨٦م، ٢، ٢٢٠.

(٣) اتصال هاتفي أجريته مع فضيلته بتاريخ: السبت /٢٧/٩/١٤٣٧هـ، /٢/٧/٢٠١٦م/، الساعة ٨،١٥ مساءً.

(٤) من الفقهاء المعاصرين الذي أجازوا الشرط الجزائي: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي**=

لم يخرجوا عما ذكره الدكتور الكردي، حينما جعلوه شرطًا تعويضيًّا مقدَّرًا بقيمة الضرر عند اختلاف العاقدَين، لا بما نصَّ عليه الشرط، وهم في ذلك يتَّبعون أحكام المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي، إن لم يكن في الصورة، ففي النتيجة.

وفيما يتعلق بعقد الاستصناع من الشرط الجزائي قرر مجمع الفقه الإسلامي ما يأتي:

«يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًّا[1] بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروفٌ قاهرة»[2].

ومنها أيضًا: «يجوز أن يُشتَرط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا؛ فإن هذا من

= **العام**، ١، ٧٥٩ ـ ٧٦٠. ود. وهبة الزحيلي. يُنظَر: **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٥، ٣٦٥٨. ود. علي القره داغي. يُنظَر: **بحوث في فقه العاملات المالية المعاصرة**، ١٥٤ ـ ١٥٥. د. عبد الله الطيّار، د. عبد الله المطلق، د. محمد الموسى. يُنظَر: **الفقه الميسر**، الرياض، مَدار الوَطن للنَّشر، ط٢، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ٦، ١٥. فضلاً عن: الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء. يُنظَر: **أبحاث هيئة كبار العلماء**، ١، ٢٩٥. وأدلتهم في ذلك: عمومُ ما أمرت به الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة من الوفاء بالعقود والشروط، كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. وحديث: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ...». تقدم تخريجه. وبالمعقول: هو شرطٌ صحيحٌ معتبَر، وهو من مصلحة العقد؛ فهو دافعٌ لإنجاز ما تم التعاقد عليه في وقته.

(١) تقدَّم التعريف به. يُنظَر: ١٩٠.

(٢) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة لمؤتمر المجمع، جدة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، العدد ٧، ٢، ٧٧٧ ـ ٧٧٨.

الربا الصريح. وبناءً على هذا، فيجوز هذا الشرط... في عقد الاستصناع بالنسبة للصانع؛ إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه، ولا يجوز بالنسبة للمستصنِع إذا تأخر في أداء ما عليه»[1].

وهناك شروطٌ أخرى جَعْليَّةٌ، قد يشترطها كلٌّ من الصانع والمستصنِع نحو الآخر زيادةً في توثيق العقد، أو تحقيقًا لبعض الرغبات، ولا حرج في ذلك؛ ما دامت الشروط لا تخالف مُقتضى العقد، ولم تكن محرَّمةً بذاتها، كالربا والغرر والجهالة، ونحوها.

(١) يُنظَر: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة الثانية عشرة لمؤتمر المجمع، الرياض، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، العدد ١٢، ٢، ٣٠٥ ـ ٣٠٦. وللصانع أن يستعيض عن الشرط الجزائي لتأمين حقه بوسائل أخرى مشروعة، كالرهن والكفالة.

المَبْحَثُ الثَّانِي
الخِيارات والآثار

أ ـ خِيارات عقد الاستصناع:

تبين من قبل أن الاستصناع هو عقد بيعٍ على الصحيح الراجح في المذهب الحنفي؛ فتترتب له خِيارات البيع، ويحسن قبل سَرْدِ الخِيارات تقديم تعريفٍ بالخِيار أولاً.

فالخِيار في اللغة: «اسم من الاختيار، معناه: الاصطفاء، وكذا التَّخَيُّر. يقال: اختار اختيارًا وخِيَرةً. وخارَ خِيرةً، من قولك: خارَ اللهُ لك في الأمر. أي: اختار»[(١)].

وهو في الاصطلاح: «طلب خيرِ الأمرين: من الإمضاء والفسخ»[(٢)].

والأصل في حكم الخِيار أنه جائزٌ عند جمهور العلماء[(٣)]، والحكمة

---

(١) يُنظَر: محمد الرازي، **مختار الصحاح**، ٩٩.

(٢) أبو العباس أحمد بن محمد ابن حجر الهَيْتَمي (٩٧٤هـ/١٥٦٧م)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، بيروت، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، د. ت، ٤، ٣٣٢، ويُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٩٧.

(٣) ومنعه الثوري، وابن أبي شُبْرُمة، وطائفة من أهل الظاهر. وحجتهم أن الخِيار في البيع غَرَر، وأن الأصل هو اللزوم في البيع، وأن الأحاديث الواردة في الخِيار لا تقوى على=

منه أن «الأصل في البيع اللزوم، إلا أن الشارع أثبت فيه الخِيار رفقًا بالمتعاقدين... والمعنى فيه: أن البيع من عقود المُغابنات؛ فشُرع فيه الخِيار؛ لدفع الغَبْن»[(١)]. أما أن البيع من عقود المغابنات فمعناه أن الغَبْن يقع فيه عادةً.

ويمكن إجمال الخِيارات ذات الصلة بعقد الاستصناع باعتباره بيعًا في خمسة خِيارات: المجلس، والشرط، والرؤية، والعيب، والوصف.

١ ـ خِيار المجلس:

وهو: «... أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد لم يتفرقا بأبدانهما، وعند الحنفية: أن يكون لكلٍّ من العاقدين الرجوع عن العقد ما لم يقبل الآخر بالبيع»[(٢)].

أما الشافعية والحنابلة فهم على الجملة الأولى من التعريف[(٣)].

ومثَّل له الحنفية بقولهم: «البائع إذا قال لغيره: بعتُ منك كذا. فله أن

= تقييد الأصل. يُنظَر: محمد ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ٣، ٢٢٥. والصحيح ما عليه جماهير العلماء؛ لأن الخِيار فرعٌ من الرضا، وهو الركن الأساس في العقد، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩].

(١) أبو البقاء محمد بن موسى الدَّمِيري (٨٠٨هـ/١٤٠٦م)، **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، جُدَّة، دار المنهاج، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٤، ١٠٩ ـ ١١٠.

(٢) د. محمد رواس قلعه جي، **معجم لغة الفقهاء**، ٢٠٢ ـ ٢٠٣.

(٣) يُنظَر: يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ١٧٤، ويُنظَر: عبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٣، ٤٨٤.

يرجع ما لم يقل المشتري: اشتريت. وللمشتري أن لا يقبل أيضًا، وإذا قال المشتري: اشتريت منك بكذا، كان له أن يرجع ما لم يقل البائع: بعت. وللبائع أن لا يقبل أيضًا»[(١)].

ولم يأخذ المالكية[(٢)] بهذا الخِيار؛ لأنه ليس عليه عُرْف أهل المدينة.

ومن الأدلة النقلية على مشروعية خِيار المجلس قول النبي ﷺ: «البَيِّعَانِ بِالخِيار مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»[(٣)]. وعليه فالعقد غير مُلزمٍ للطرفين شرعًا بخِيار المجلس.

ومما يرجِّح مذهب الشافعية والحنابلة في مفهوم خِيار المجلس فعلُ ابن عمر رضي الله عنهما، وهو أحد رواة حديث خِيار المجلس ـ والراوي أعلمُ بما يَرويه ـ، فقد «... قَالَ نَافِعٌ: وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا يُعْجِبُهُ، فَارَقَ صَاحِبَهُ»[(٤)].

٢ ـ خِيار الشرط:

وهو: «أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما الخِيار بين قبول العقد وردِّه ثلاثةَ أيام، أو أقل»[(٥)]. فإذا انقضت المدة، لَزِم العقد.

---

(١) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٢٨.

(٢) يُنظَر: محمد الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ٣، ٩١.

(٣) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب البيوع (٣٤)، باب باب إذا بين البيعان ولم يكتُما ونصحا (١٩)، حديث (٢٠٧٩)، ٣، ٥٨. عن حكيم بن حِزام رضي الله عنه.

(٤) **المصدر نفسه**، كتاب البيوع (٣٤)، باب كم يجوز الخِيار؟ (٤٢)، حديث (٢١٠٧)، ٣، ٦٤.

(٥) محمد التَّهانوي، **كشَّاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، ١، ٧٦٦.

وهو جائز في المذاهب الفقهية الأربعة[١]؛ لحديث عبد الله بن عمر ﵄: أن رسول الله ﷺ قال: «المُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيار عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، **إِلَّا بَيْعَ الخِيار**»[٢].

«أي إلا بيعًا شُرط فيه الخِيار، فلا يَلزم [البيع] بالتفرُّق»[٣]. أو بمعنًى آخر: يبقى فسخ العقد حقًّا لمن اشترطه، ولو بعد تفرُّق المجلس. «وقيل معناه: إلا بيعًا شُرط فيه نَفْيُ خِيار المجلس؛ فيَلزم بنفسه»[٤].

كما يدخل خِيار الشرط في عموم قوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»[٥].

وأما تحديد مدة هذا الخِيار بثلاثة أيامٍ ـ كما جاء في التعريف ـ فهو مذهب الحنفية والشافعية[٦]، وحجتهم في ذلك حديث: مُنقِذ بن عمرو[٧] ﵁،

---

(١) يُنظَر: عبد الله المَوْصِلِّي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٢، ١٢، ومحمد عُلَيْش، **مَنْح الجليل شرح مختصر خليل**، ٥، ١١٢. ومحمد البغوي، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، ٣، ٣١٩، وموسى الحَجَّاوي، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، ٢، ٨٥.

(٢) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب البيوع (٣٤)، باب البيعان بالخِيار ما لم يتفرقا (٤٤)، حديث (٢١١١)، ٣، ٦٤، عن ابن عمر ﵄.

(٣) المبارك ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ٢، ٩٢.

(٤) **المكان نفسه**.

(٥) تقدم تخريجه، يُنظَر: ١٧٥.

(٦) يُنظَر: عبد الله المَوْصِلِّي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٢، ١٢، وأبو محمد الحسين بن مسعود البغوي (٥١٦هـ/١١٢٢م)، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، حققه عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، ٣، ٣١٩.

(٧) الصحابي الأنصاري الخَزْرجي ﵁، كما ذكر ابن الأثير، واقتصر في الترجمة له على=

«وَكَانَ رَجُلًا قَدْ أَصَابَتْهُ آمَّةٌ[١] فِي رَأْسِهِ؛ فَكَسَرَتْ لِسَانَهُ[٢]، وَكَانَ لَا يَدَعُ عَلَى ذَلِكَ التِّجَارَةَ، وَكَانَ لَا يَزَالُ يُغْبَنُ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ: «إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ، فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ[٣]، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ **ثَلَاثَ لَيَالٍ**، فَإِنْ رَضِيتَ، فَأَمْسِكْ، وَإِنْ سَخِطْتَ، فَارْدُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا»[٤].

= سبب خِداعه، بما هو قريب من رواية ابن ماجه المثبتة متنًا. وفي رواية الحاكم أن صاحب الحديث ولدُه حَبَّان بن مُنقذ، وهو أيضًا له صحبة، وقد عزا ابن الأثير له القصة ذاتها، كما عزاها لأبيه في ترجمته!. يُنظَر: علي ابن الأثير، **أُسْد الغابة في معرفة الصحابة**، ٤، ٤٩٧ و١، ٤٣٧. ويُنظَر: الحاكم، **المُستَدرك على الصحيحين**، كتاب البيوع، حديث (٢٢٠١)، ٢، ٢٦.

(١) الآمَّة: الشَّجَّة التي بلغت أُمَّ الرأس، وهي الجِلْدة التي تجمع الدماغ. المبارك ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ١، ٦٨.

(٢) أي لم يَعُدْ نُطْقُه سليمًا، تؤكِّده رواية: «فَكَانَ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ: لَا خِيَابَةَ!» مكان: «لَا خِلَابَةَ». مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب البيوع (٢١)، باب من يُخدَع في البيع (١٢)، حديث (١٥٣٣)، ٣، ١١٦٥.

(٣) أي لا خِداع. المبارك ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ٢، ٥٨.

(٤) ابن ماجه، **السُّنَن**، كتاب الأحكام (١٣) باب الحَجْر على من يُفسد ماله (٢٤)، حديث (٢٣٥٥)، ٢، ٧٨٩. وقال عنه البُوصيري: هذا إسناد ضعيف؛ لتدليس ابن إسحاق، وله شاهد من حديث أنس، رواه أصحاب السُّنَن الأربعة. أبو العباس أحمد بن أبي بكر البوصيري (٨٤٠هـ/١٤٣٧م)، **مصباح الزُّجاجة في زوائد ابن ماجه**، حققه محمد المنتقى الكشناوي، بيروت، دار العربية، ط٢، ١٤٠٣هـ، ٣، ٥٢. ولكن الشاهد الذي أومأ إليه البوصيري ﷺ ليس فيه ذكرُ الثلاث ليالٍ، التي هي موطن الشاهد. والحديث حسَّنه الألباني ﷺ. يُنظَر: محمد ناصر الدين الألباني، **صحيح سنن ابن ماجه**، الرياض، مكتبة المعارف، ط١ للطبعة الجديدة، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ٢، ٢٦٢.

وخالفهم في ذلك المالكية والحنابلة[1]: أما المالكية فالمدة عندهم بحَسْب الحاجة: في كل مبيعٍ على حسبه، وأما الحنابلة فهي عندهم على ما يتفق عليه العاقدان، ولو كانت طويلةً؛ لقوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»، الذي تقدم آنفًا. وأجابوا عن حديث مُنقِذ بن عمرو رضي الله عنه بأنه في واقعة حالٍ مخصوصةٍ برجلٍ كان يُغبَن في بيعه وشرائه؛ لإصابةٍ في رأسه، كما تقدم.

ولعل مذهب الحنابلة يكون هو الأوفق لمتطلبات هذا العصر، الذي يشهد تطورًا تجاريًّا وصناعيًّا هائلاً، وهو ما يجعل كثيرًا من العقود تتطلب مزيدًا من الوقت للتفكر والدراسة والتشاور.

٣ ـ خِيار الرؤية:

«وهو أن يشتري ما لم يَرَه، ويردُّه بخِياره»[2]. إذا رآه، وهو كخِيار المجلس ثابتٌ بالشرع، ولو لم يُشترَط في العقد. وقد أخذ بهذا الخِيار جمهور الفقهاء[3]، واستدلوا بحديث: «مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ، فَهُوَ بِالْخِيار

(١) يُنظَر: أحمد القَرافي، **الذخيرة**، ٥، ٢٤. ومنصور البُهوتي، **الروض المُرْبِع شرح زاد المُستقنِع**، ٣٢٤.

(٢) علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٠٢. ويُنظَر: محمد التَّهانوي، **كشَّاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، ١، ٧٦٦.

(٣) يُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٩٢، وأبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي (٤٢٢هـ/١٠٣١م)، **المعونة على مذهب عالِم المدينة**، حققه حميش عبد الحق، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، د. ت، ٩٧٨، وعلي المَرْداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ٤، ٢٩٦.

إِذَا رَآهُ». لكن الحديث «ضعيفٌ باتفاق المحدِّثين»[(١)]. كما استدلوا بما رواه الطَّحاوي[(٢)] من «أن عثمان وطلحة[(٣)] ﷺ تبايعا مالاً بالكوفة، فقال عثمان: لي الخِيار؛ لأني بعت ما لم أَرَ. وقال طلحة: لي الخِيار؛ لأني ابتعت [اشتريت] ما لم أَرَ. فحكَّما ﷺ بينهما جُبَيْر بن مُطْعِم[(٤)]، فقضى

---

(١) يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ٣٠١. والحديث أخرجه الدَّارَقُطْني عن مكحول، رفعه إلى النبي ﷺ مرسَلاً، وقال الدَّارَقُطْني: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم [أحد رجال السَّنَد] ضعيف. كما أخرجه الدَّارَقُطْني عن أبي هريرة ﷺ مرفوعًا، وقال: عمر بن إبراهيم [أحد رجال السَّنَد] يقال له: الكُرْدي، يضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح، لم يَرْوِها غيره، وإنما يُروى عن ابن سيرين موقوفًا من قوله. الدَّارَقُطْني، **السُّنَن**، كتاب البيوع (١٣)، حديث (٢٨٠٣)، (٢٨٠٥)، ٣، ٣٨٢ ـ ٣٨٣. والحديث أخرجه البيهقي مرفوعًا، وفيه العلة السابقة ـ الكردي ـ. البيهقي، **السُّنَن الكبرى**، كتاب البيوع (١٣)، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة (٦)، حديث (١٠٤٢٦)، ٥، ٤٤٠، كما أخرجه البيهقي نفسه مقطوعًا من قول الحسن البصري، حديث (١٠٤٢٨)، ٥، ٤٤٠.

(٢) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأَزْدي، شيخ الحنفية، ونسبته إلى (طَحا) قريةٍ بصعيد مصر. برع في الفقه والحديث، ومن تصانيفه [المطبوعة]: العقيدة السُّنِّيَّة السَّنِيَّة، [لعله المشهور بالعقيدة الطَّحاوية]، مات سنة (٣٢١هـ/٩٣٣م). يُنظَر: عبد الحي ابن العماد، **شَذَرات الذَّهَب في أخبار مَن ذَهَب**، ج٤ ص١٠٥. وله (مختصر الطحاوي) في الفقه.

(٣) طلحة بن عبيد الله بن عثمان... أبو محمد، القُرَشي التَّيْمي، يعرَف بطلحةَ الخير، وطلحةَ الفيَّاض. وهو من السابقين الأولين إلى الإسلام، وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وأحد أصحاب الشورى. شهد أُحُدًا وما بعدها من المشاهد، وبايع بيعة الرضوان، وأبلى يوم أُحُدٍ بلاءً عظيمًا، ووقى رسول الله ﷺ بنفسه!. ولم يشهد بدرًا لأنه كان بالشام؛ أرسله رسول الله ﷺ ومعه سعيد بن زيدٍ إلى طريق الشام يَتجسَّسان الأخبار. قُتل في وقعة الجمل سنة (٣٦هـ/٦٥٦م)، وكان عمره ستين سنة ﷺ. يُنظَر: علي ابن الأثير، **أُسْد الغابة في معرفة الصحابة**، ٢، ٤٦٧ ـ ٤٧٠.

(٤) جُبَيْر بْن مُطْعِم بن عَدِي... ابْن قُصَي القُرَشي، أبو محمد، كان من حُلماء قُرَيْشٍ=

الخِيار لطلحة، ولا خِيار لعثمان ﷺ. فاتفق هؤلاء الثلاثة بحضرة أصحاب رسول الله ﷺ على جواز بيع شيءٍ غائب من بائعه، وعن مشتريه»[(١)].

وجاء الحكم للمشتري لأن الأصل في البائع أن يكون على معرفةٍ بسِلْعته؛ فلا يحتاج إلى خِيار الرؤية، أما المشتري فقد يعرفها، وقد لا يعرفها.

لكن الجمهور وإن اتفقوا على مشروعية خِيار الرؤية في بيع العين الغائبة إلا أنهم اختلفوا في اشتراط وصفِها:

فالحنفية[(٢)] أجازوا بيعها على الإطلاق: موصوفةً كانت أو غير موصوفةٍ، وهذا ما جعل جمهورهم يحكمون على عقد الاستصناع بأنه غير لازمٍ[(٣)]؛ لثبوت خِيار الرؤية فيه.

وعن الحنفية يقول الجَصَّاص[(٤)] ﷺ: «اتفقت الأمة على جواز بيع

= وساداتهم ونسَّابيهم، أسلم بعد الحُدَيبية وقبل الفتح، وقيل: في الفتح [٨هـ]. ولأبيه يدٌ عند رسول الله ﷺ، فقد دخل مكة بجواره لما قدم من الطائف حين دعا ثَقِيفًا إلى الإسلام، وكان أحد الذين قاموا فِي نقض الصحيفة [الجائرة]، التي كتبتها قريشٌ عَلَى بني هاشم وبني المطلب. توفي جُبَيْر سنة (٥٧هـ/٦٧٧م) ﷺ. يُنظَر: علي ابن الأثير، **أُسْد الغابة في معرفة الصحابة**، ١، ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

(١) أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي (٣٢١هـ/٩٣٣م)، **شرح معاني الآثار**، حققه محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، وراجعه ورقمه د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، د. م، عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، كتاب الزيادات، باب شراء الشيء الغائب، حديث (٧٣٢٥)، ٤، ٣٦٢.

(٢) يُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٢٩٢.

(٣) يُنظَر: ٧٩ ـ ٨٢ من هذه الأطروحة، تحت عنوان: الاستصناع عقدٌ جائز.

(٤) أحمد بن علي أبو بكر الرازي، الإمام الكبير الشأن، المعروف بالجَصَّاص... سكن «بغداد»، وعنه أخذ فقهاؤها... كان إمام أصحاب أبي حنيفة فى وقته، وكان مشهورًا=

الباقِلَاء[1] الرَّطْب بقُشوره، وشِرَى[2] الجوز واللوز ونحوه مع عدم رؤية ما وراءه، وعلى جواز شراء الصُّبْرة[3] من الطعام مع عدم الرؤية لما تحت الظاهر منها، فدل جميع ذلك على أن عدم رؤية المشتري، لا تمنع صحة العقد»[4].

أما المالكية والحنابلة ـ على الصحيح ـ فإنهم اشترطوا لصحة بيع العين الغائبة أن تكون موصوفةً[5]، ومذهب الحنفية أن هذا الشرط لا معنى له ما دام المشتري له خِيار الرؤية: وافق المبيع الوصف، أو لم يوافقه.

وخالف الشافعية الجمهور، فمنعوا بيع العين الغائبة أصلاً، يقول

= بالزهد، خوطب في أن يلي القضاء؛ فامتنع... وله من المصنفات: أحكام القرآن، وشرح مختصر شيخه أبى الحسن الكَرْخي، وشرح مختصر الطحاوي... وله كتاب مفيد في أصول الفقه [الفصول في الأصول]... توفي يوم الأحد، سابع ذي الحجة، سنة (٣٧٠هـ/٩٨٠م) عن خمس وستين سنة ﵀. عبد القادر القُرَشي، **الجواهر المُضِيَّة في طبقات الحنفية**، ١، ٢٢٠ ـ ٢٢٤.

(١) الباقِلَّا، إذا شدَّدتَ اللام، قصرْتَ. وإذا خفَّفتَ، مَدَدْت. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (٣٩٣هـ/١٠٠٣م)، **الصِّحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، حققه أحمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملايين، ط٤، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ٤، ١٦٣٧.

(٢) الأشهر استعمالاً في عصرنا: شراء.

(٣) الطعام المجتمع كالكُومة. المبارك ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ٣، ٩.

(٤) أبو بكر أحمد بن علي الجَصَّاص (٣٧٠ هـ/٩٨١م)، **شرح مختصر الطَّحاوي**، حققه أ.د.سائد بكداش، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ٣، ٩٩.

(٥) يُنظَر: أبو القاسم عبيد الله بن الحسين ابن الجَلَّاب (٣٧٨هـ/٩٨٨م)، **التفريع في فقه الإمام مالك ابن أنس**، حققه سيد كسروي حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، ٢، ١١٤. وعلي المَرْداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ٤، ٢٩٥.

الماوردي[1] ﵀: «أما العين الغائبة فعلى ضَربين: موصوفةٌ، وغيرُ موصوفةٍ: فإن كانت غير موصوفةٍ، فبيعها باطل. وإن كانت موصوفةً، ففي جواز بيعها قولان»[2]. «أصحهما بُطلانه»[3].

ومن أدلتهم على ذلك: حديث أبي هريرة ﵁ «أن رسول الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»[4]. و«هذا غرر ظاهر، وحديث «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[5]، فأَشْبهَ [بيعُ العين الغائبة] بيعَ المعدوم الموصوف، وقياسًا على من باع النَّوى في التمر»[6].

وأجابوا عن «قصة عثمان وطلحة وجبير بن مطعمٍ أنه لم ينتشر ذلك في الصحابة ﵃، والصحيح عندنا أن قول الصحابة ليس بحجةٍ إلا أن

---

(١) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، البصري، الشافعي، الإمام العلامة، أقضى القضاة، وَلِيَ القضاء ببلدان شتى، ثم سكن بغداد. له مصنفات كثيرة، منها: الحاوي، الذي يشهد له بالتبحر ومعرفة المذهب، والنُّكَت [والعيون] في تفسير القرآن، وأدب الدنيا والدين، والأحكام السلطانية، وقانون الوزارة وسياسة المُلْك، والإقناع، مختصر في المذهب. مات ببغداد سنة (٤٥٠هـ/١٠٥٨م)، وقد بلغ ستًّا وثمانين سنة ﵀. يُنظَر: محمد الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ١٨، ٦٤ ـ ٦٦.

(٢) علي الماوردي، **الحاوي الكبير**، ٥، ١٤. ويُنظَر: إبراهيم الشيرازي، **المُهَذَّب في فقه الإمام الشافعي**، ٢، ١٤ ـ ١٥.

(٣) يُنظَر: يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ٣٠١. وهو القول الجديد للإمام الشافعي ﵀، أما القول بالصحة فهو قوله القديم. يُنظَر: إبراهيم الشيرازي، **المُهَذَّب في فقه الإمام الشافعي**، ٢، ١٥.

(٤) يُنظَر تخريج الحديث: ١٢٢ من هذه الأطروحة.

(٥) تقدم تخريجه. يُنظَر: ٤٨.

(٦) يُنظَر: يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ٣٠١.

ينتشر من غير مخالفة[١]. و[أجابوا] عن قياسهم[٢] على الرمَّان والجَوز أن ظاهرهما يقوم مقام باطنهما في الرؤية كصُبْرة الحنطة، ولأن في استتار باطنها مصلحةً لها كأساس الدار، بخلاف بيع الغائب»[٣].

---

(١) يمكن إيجاز حكم قول أو مذهب الصحابي في المذاهب الفقهية الأربعة بالآتي:
أولاً ـ هو حجةٌ، وله حُكم السُّنة بلا خلافٍ في المسائل التي لا تدرَك بالقياس [لا علَّة لها كالعبادات].
ثانيًا ـ هو ليس بحجةٍ بلا خلافٍ في المسائل التي تخالف النص.
ثالثًا ـ في المسائل الاجتهادية في حجية قوله خلافٌ: فالحنفية ـ في أشهر مذهبهم ـ والمالكية، والحنابلة ـ في أشهر الروايتين ـ على أن قوله حجةٌ، وتقليدَه واجبٌ؛ يُترَك به القياس. وأما الشافعية فقوله لا يكون حجةً على غيره؛ لأنه غير معصوم عن الخطأ، فأشبه التابعي، إلا إذا انتشر قوله، ووافقه الصحابة، أو سكتوا عنه؛ فحينئذٍ يكون حُجَّةً.
رابعًا ـ إذا تعددت أقوال الصحابة في المسألة الواحدة، فعند الحنفية والمالكية لا يجوز لأحدٍ أن يقول بالرأي قولاً خارجًا عنها، وأما الشافعية والحنابلة فلا حجةَ فيها حينئذٍ. يُنظَر في ذلك: محمد أمين أمير بادَشاه، **تيسير التحرير**، ٣، ١٣٢ ـ ١٣٣، وعبد العزيز البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البَزْدَوي**، ٣، ٢١٧. ومحمد عُلَيْش، **مَنْح الجليل شرح مختصر خليل**، ٢، ٣٦٦، وأبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (٤٧٤هـ/١٠٨٢م)، **الإشارة في أصول الفقه**، يليه له، الحدود في الأصول، حققه محمد حسن إسماعيل، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٧٤، وأبو بكر عثمان بن محمد شطا البكري (١٣١٠هـ/١٨٩٣م)، **إعانة الطالبين على حلِّ ألفاظ فتح المعين**، د. م، دار الفكر، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ٤، ٢٦٦، ومحمد بن مفلح، **الفروع**، ٤، ١٢٣، وأبو الفرج، عبد الرحمن بن محمد ابن قُدامة (٦٨٢هـ/١٢٨٣م)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، أشرف عليه محمد رشيد رضا، د. م، دار الكتاب العربي، د. ن، ٤، ٦٢.

(٢) أي: قياس الحنفية جواز بيع الغائب على بيع الجوز ونحوه، كما ذكر الجَصَّاص آنفًا، ينظر: ٢٢٣.

(٣) يحيى النووي، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ٩، ٣٠٢.

٤ ـ خِيار العيب[١]:

العيب في اللغة: «هُوَ: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة»[٢]. وأما خِيار العيب اصطلاحًا فهو: «أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب»[٣]. فالمعنيُّ بالتعريف هو المشتري.

وأما ضابط العيب في المبيع فهو: «كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار»[٤]. وأضاف بعضهم: «نقصُ عين المبيع، ولو لم تنقص به القيمة، بل زادت»[٥]. فخرج بالضابط الأول العيبَ اليسير؛ «فلا فسخ به»[٦].

وثمرة هذا الخِيار أنه «إذا علم المشتري بالعيب عند الشراء، أو عند القبض، وسكت، أو تصرَّف بالمبيع، أو استعمله بعد علمه بالعيب، فقد رضي به، وسقط خِياره، وإلا فهو بالخِيار: إن شاء أخذ المبيع ـ أو المصنوع في عقد الاستصناع ـ بجميع الثمن، وإن شاء ردَّه، وليس له أخذُه وأخذُ النقصان إلا برضى البائع»[٧].

---

(١) ويسميه بعض الفقهاء: خِيار النَّقِيصة. يُنظَر: محمد الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ٢، ٤٢٤.

(٢) أبو البقا، أيوب بن موسى الكَفَوي (١٠٩٤هـ/١٦٨٣م)، **الكُلِّيَّات**، حققه عدنان درويش، ومحمد المصري، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٩٨م، ٦٥٦.

(٣) علي الجُرْجاني، **التعريفات**، ١٠٢.

(٤) عبد الله المَوْصِلِّي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٢، ١٨، ويُنظَر: عثمان البكري، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، ٣، ٣٨.

(٥) منصور البُهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ٣، ٢١٥.

(٦) يُنظَر: محمد مفلح، **الفروع**، ٦، ٢٣٨.

(٧) يُنظَر: عبد الله المَوْصِلِّي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٢، ١٨، محمد الدسوقي، **حاشية**=

«وكذا يثبت خِيار العيب للبائع بظهور عيبٍ قديمٍ في الثمن، ولكن الفقهاء اقتصروا على ذكر الخِيار للمشتري؛ لأن الغالب في الثمن الانضباط، فلا يحتاج إلى ذكره»[(١)]. فالأثمان منضبطةٌ؛ لأنها من الأشياء المِثْلِيَّة التي لا تتفاوت أفرادها في جنسها.

*** هل لخِيار العيب أَمَدٌ محدد؟.**

ذهب المالكية والشافعية إلى أن «الرد بالعيب على الفور[(٢)]؛ لأنه خِيارٌ ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان فوريًّا، فيبطل بالتأخير بغير عُذر»[(٣)].

أما الحنفية والحنابلة فخِيار العيب عندهم على التَّراخي «فمن علم بالعيب، ثم أخَّر الرد: لم يبطل خِياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا،

= **الدسوقي على الشرح الكبير**، ٣، ١٠٥، يحيى النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، حققه زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، ط٣، ١٤١٢هـ/١٩٩١م، ٣، ٥٠٦. وفي المذهب الحنبلي: إذا اختار المشتري إمضاء العقد، فإن البائع ملزَمٌ بدفع قيمة العيب بنسبته من ثمن المبيع؛ لأن كل جزء من المبيع يقابله جزء من الثمن، ومع العيب فات جزءٌ من المبيع؛ فله الرجوع ببدله، فيقوَّم المبيع صحيحًا ثم مَعيبًا، فإن قوِّم صحيحًا بعشرة، ومَعيبًا بثمانية، رجع بخُمس الثمَن، وتسمى هذه العملية الحسابية: **الأَرْش**. يُنظَر: منصور البُهوتي، **الروض المُرْبع شرح زاد المُستقنِع**، ٣٢٩.

(١) يُنظَر: عثمان البكري، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، ٣، ٣٨.

(٢) معناه: أن المشتري بمجرَّد علمه بالعيب يجب عليه رد المبيع ضمن مدةٍ زمنيةٍ قصيرةٍ، يُتسامَح بها عادةً، فلو علم العيب وهو يصلي أو يأكل، فله تأخير الرد حتى يَفرُغ، أو ليلاً فحتى يصبح. يُنظَر: الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ٢، ٤٣٧ ـ ٤٣٨.

(٣) **المصدر نفسه**، ٢، ٤٣٦، ويُنظَر: محمد ابن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ٣، ١٢٠ ـ ١٢١.

بقولٍ أو تصرُّفٍ بالمبيع»[(١)].

❊ مشروعية خيار العيب:

من أدلة مشروعية هذا الخِيار حديث أبي هريرة ﵁ عن النبي ﷺ: «لَا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدُ، فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ»[(٢)]. وفي روايةٍ: «مَنِ ابْتَاعَ شَاةً مُصَرَّاةً، فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيار ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»[(٣)].

و«تَصْرِية الحيوان... هي: أن يُترَك حَلْبه قصدًا مدةً قبل بيعه؛ ليُوهِم المشتري كثرةَ اللبن»[(٤)]. و«لا يختص التَّصْرية بالنَّعَم بل لو... حَبَس ماء القناة، أو ماء الرَّحى[(٥)]، وأرسله عند البيع، أو الإجارة تخييلاً لكثرته، أو حمَّر وَجْنَة [خدَّ] الجارية تخييلاً لحُسنها... كالتَّصْرية بجامع التلبيس...»[(٦)].

---

(١) يُنظَر: علي المَرْداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ٤، ٤٢٦، ومحمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٥، ٥.

(٢) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب البيوع (٣٤)، باب النهي للبائع أن لا يُحَفِّل الإبل والبقر والغنم، وكلَّ مَحَفَّلة (٦٤)، حديث (٢١٤٨)، ٣، ٧٠. ويقدَّر الصاع بثلاثة ألتار كيلاً. يُنظَر: د. مصطفى الخِنْ، د. مصطفى البُغا، علي الشّرْبجي، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، دمشق، دار القلم، ط٤، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م، ١، ٢٣٠.

(٣) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب البيوع (٢١) باب حكم بيع المُصَرَّاة (٧)، حديث (١٥٢٤)، ٣، ١١٥٨.

(٤) أبو يحيى، زكريا بن محمد الأنصاري (٩٢٦هـ/١٥٢٠م)، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**، د. م، دار الفكر، ط، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ١، ٢٠١.

(٥) الطاحون، وهي كما في السياق تعمل بقوة الماء.

(٦) زكريا الأنصاري، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، د. م، دار الكتاب الإسلامي، د. ت، ٢، ٦٢.

وأفاد النووي ﷺ: «أن خِيار مشتري المُصَرَّاة على الفور في الأصح، ويُحمل التقييد بثلاثة أيامٍ في بعض الأحاديث على ما إذا لم يَعلم أنها مُصَرَّاةٌ إلا في ثلاثة أيام؛ لأن الغالب أنه لا يُعلَم فيما دون ذلك، فإنه إذا نقص لبنها في اليوم الثاني عن الأول، احتُمِل كون النقص لعارضٍ من سوء مرعاها في ذلك اليوم، أو غير ذلك، فإذا استمر كذلك ثلاثة أيامٍ، عُلم أنها مُصَرَّاةٌ. ثم إذا اختار ردَّ المُصَرَّاة بعد أن حلبها، ردَّها وصاعًا من تمرٍ[(١)]، سواءٌ كان اللبن قليلاً أو كثيرًا، سواءٌ كانت ناقةً أو شاةً أو بقرةً»[(٢)].

والتَّصْرية بابٌ من أبواب الغش المحرَّم، ومن أدلة تحريمها قوله ﷺ: «إِذَا بَاعَ أَحَدُكُمُ الشَّاةَ أَوِ اللَّقْحَةَ[(٣)]، فَلَا يُحَفِّلْهَا»[(٤)]. والتَّحْفيل بمعنى التَّصْرِيَة الذي تقدم آنفًا.

ويلتحق بحكم التَّصْرِيَة كل عيبٍ يُخفيه البائع في مبيعه، أو الصانع في مصنوعه؛ فقد قال رسول الله ﷺ: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ

---

(١) قد يستغنى عن التمر بأي طعامٍ من قوت البلد. يُنظَر: يحيى النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ١٠، ١٦٧). يؤكد هذا الاتجاه روايةٌ للحديث بلفظ: «... صَاعًا مِنْ طَعَامٍ». مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب البيوع (٢١) باب حكم بيع المُصَرَّاة (٧) حديث (١٥٢٤)، ٣، ١١٥٨.

(٢) يُنظَر: يحيى النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ١٠، ١٦٦ ـ ١٦٧.

(٣) هي الناقة القريبة العهد بالنِّتاج [الولادة]. المبارك ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ٤، ٢٦٢.

(٤) أبو عبد الرحمن، أحمد بن شعيب النَّسائي (٣٠٣هـ/٩١٦م)، **السُّنَن**، حققه عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، كتاب البيوع (٤٤)، باب المحَفَّلة (١٣)، حديث (٤٤٨٦)، ٧، ٢٥٢. عن أبي هريرة ﷺ، وهو صحيح.

بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا[1] فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ»[2].

وعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ مَرَّ عَلَى صُبْرَةِ[3] طَعَامٍ، فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهَا، فَنَالَتْ أَصَابِعُهُ بَلَلًا؛ فَقَالَ: «مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟» قَالَ: أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ يَا رَسُولَ اللهِ! قَالَ: «أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ؛ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ؟! مَنْ غَشَّ، فَلَيْسَ مِنِّي»[4].

٥ ـ خِيار الوصف[5]:

وهو: «شرطُ وصفٍ مرغوبٍ فيه في المبيع»[6]. أو هو: «وصفٌ مرغوبٌ فيه؛ فيستحقُّ في العقد بالشرط»[7].

وقد ألحق بعض الفقهاء هذا الخِيار بخِيار العيب؛ لما بينهما من تشابُهٍ في الأثر؛ وقد تقدم في خِيار العيب السابق من البسط ما أوجب الإيجاز هنا.

---

(١) الشيء المبيع، كما يفيد السياق.

(٢) ابن ماجه، **السُّنَن**، كتاب التجارات (١٢)، باب من باع عيبًا، فلْيبيِّنْه (٤٥)، حديث (٢٢٤٦)، ٢، ٧٥٥. عن عقبة بن عامر رضي الله عنه، وهو صحيح.

(٣) الطعام المجتمع كالكُومة، كما تقدم، يُنظَر: ٢٢٣.

(٤) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الإيمان (١)، باب قول النبي ﷺ: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا» (٤٣)، حديث (١٠٢)، ١، ٩٩.

(٥) لهذا الخِيار أسماءٌ أخرى منها: خِيار خُلْف الوصف، أو خِيار الخُلْف، أو تخلُّف الصفة. يُنظَر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ٢٠، ١٥٧.

(٦) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٦، ٣٣٢.

(٧) محمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٦، ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

فإن «فوات الوصف في المبيع يوجب للمشتري التخيير: إما بأخذه بجميع الثمن؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيءٌ من الثمن؛ لكونها تابعةً في العقد، تدخل فيه من غير ذِكْرٍ، وإما بردِّ المبيع؛ لأن المشتري ما رضي بالمبيع دون ذلك الوصف؛ فيتخيَّر.

ولا يترتَّب على فوات الوصف فسادُ العقد؛ لأن التفاوت فيه ليس بفاحشٍ لرجوعه إلى نوع المبيع، وليس إلى جنسه فالتفاوت فيه فاحشٌ؛ يُفسد العقد، فمن تفاوتِ النوع: إذا اشترى شاةً على أنها نعجةٌ، فإذا هي حَمَلٌ[(١)]، ومن تفاوت الجنس: إذا باع عبدًا، فإذا هي جاريةٌ»[(٢)].

ب ـ آثار عقد الاستصناع:

وأثر العقد وحكمه بمعنًى واحد[(٣)]، وهو: «النتيجة الحقوقية التي تترتب على العقد»[(٤)].

ستكون دراسة هذه الآثار موجَزةً بعض الشيء اكتفاءً بما تقدمت دراسته في مبحث (الاستصناع بين الجواز واللزوم)[(٥)]، فقد تبيَّن هناك أن عقد الاستصناع عند جمهور الحنفية لا يكون ملزِمًا لطرفيه، ولا تترتب عليه

---

(١) الخروف. محمد الرازي، **مختار الصحاح**، ٨١. ومن تفاوت النوع أيضًا: من باع عبدًا على أنه خبَّاز أو كاتبٌ، فكان بخلاف ذلك، فالمشتري بالخِيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه. محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٦، ٣٣٢.

(٢) يُنظَر: محمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٦، ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

(٣) يُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٣.

(٤) يُنظَر: مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ١، ٤٩٧.

(٥) يُنظَر: ٧٩ ـ ٩٥.

آثاره حتى يضع الصانع المادة المصنوعة بين يدي المستصنِع، وبذلك يكون الصانع ملزَمًا بالعقد، أما المستصنع فيثبت له خِيار الرؤية؛ فإن شاء أمضى العقد، وسَرَتْ عليه آثاره، وإن شاء فَسَخه، ولا شيء عليه.

وخالف الإمام أبو يوسف ﵀ مذهب الحنفية، ونُقلت عنه روايتان: إحداهما تُلزم المستصنِع ـ فضلاً عن الصانع ـ بقَبول المصنوع من ساعة عرضِه عليه؛ ما دام موافقًا لمضمون العقد، أما ما قبل العرض فليس ثَمَّةَ إلزامٌ عليه، ولا على الصانع أيضًا.

أما الرواية الثانية عنه ﵀ فهي تُلزم، الصانع والمستصنِع معًا من أول نشوء العقد، وهذه الرواية هي التي تم ترجيحها على اعتبارها آخرَ الروايتين عنه، وهي التي استقر عليها اجتهاده، وهي التي تحقق مصلحة الناس في إلزامية العقد واستقراره، وهي التي اعتمدتها مجلة الأحكام العدلية، والمجامع الفقهية، وأكثر الفقهاء المعاصرين، كما تبيَّن من قبل[1].

وبناءً على تلك الروايتين فإنه ليس للمستصنع خِيار الرؤية، وإنما له خِيار فَواتِ الوصف، ليس غير، فإذا جاء المصنوع موافقًا للشروط والمواصفات المتفق عليها، ترتبت على العقد أثاره في:

١ ـ «ثبوت الملك للمستصنِع في العين المَبيعة في الذِّمَّة، وثبوت الملك للصانع في الثمن...»[2].

---

(١) يُنظَر: ٩٣ ـ ٩٥.

(٢) يُنظَر: أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٣. وفي الآثار التالية يُنظَر: د. علي القره داغي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ١٤٣ ـ ١٤٥.

٢ ـ التزام الصانع بعمل الشيء المستصنَع حسب المواصفات المطلوبة؛ لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين[١]، ولأن الاقتصار على تأمين العين دون اشتراط العمل سبيلُه عقدُ السَّلَم.

٣ ـ ثبوت خِيار الوصف للمستصنِع إذا كان المصنوع غير مطابقٍ للمواصفات المتفق عليها، وحينئذٍ يكون بالخِيار: إما بأخذ المصنوع بجميع الثمن، وإما برده لفوات الوصف.

٤ ـ عدم بُطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين ما دام التنفيذ ممكنًا، بل الورثة يَحُلُّون محلَّهما إلا إذا نُصَّ في العقد على خلاف ذلك.

٥ ـ إن حق المستصنِع لا يتعلق بشيءٍ معيَّنٍ، وإنما المطلوب من الصانع هو الإتيان بالشيء المستصنَع في زمنه المحدَّد له، ولذلك لو قام الصانع بصنعه قبل الأجل المحدَّد له، وباعه لآخر، لا يضر؛ ما دام قادرًا على الإتيان بمثله في الزمن المحدَّد في العقد، وذلك لأن عقد الاستصناع لا يقتضي تحدُّدَ المصنوع بعينه وذاته[٢].

(١) وهذا على القول بأن عقد الاستصناع لازمٌ، وهو القول الأخير للإمام أبي يوسف من الحنفية، أما على القول بعدم لزومه ـ وعليه المذهب الحنفي ـ فلا يُشترَط هذا الشرط. يُنظَر: مبحث الاستصناع بين الجواز واللزوم، ٧٩ ـ ٩٥ من هذه الأطروحة.

(٢) تبين من قبل أن عقد الاستصناع أُلحِق للحاجة ببيع السَّلَم من جهة بيع الصفات ـ أو المِثْلِيَّات ـ التي تُشغل بها الذمة، بخلاف بيع الأعيان التي تتعين فيه العين المبيعة؛ فلا يجوز تسليم غيرها، ولو كانت مثلَها.

المبحث الثالث
انتهاء عقد الاستصناع

ينتهي عقد الاستصناع في الأحوال العادية باستلام المستصنِع للمصنوع بعد التأكد من مطابقته للشروط المتفق عليها، وباستلام الصانع للثمن ما لم يكن مؤجلاً بنص العقد، فهو بهذا كسائر العقود.

ولكن قد يطرأ على العقد طارئٌ يمنع من إتمامه، وينتهي به، ويكون ذلك إما بإرادة العاقدين، وإما بغير إرادتهما، وبناءً عليه فإن عقد الاستصناع ينتهي بالأمور الآتية:

أ ـ الإقالة:

١ ـ تعريفها:

الإقالة في اللغة «أصلها: رفع المكروه»[(١)]. ومنه: رفع حكم العقد، أي: فسخه؛ حينما يصبح إمضاؤه مكروهًا لدى أحد العاقدين.

وفي البيع «يقال: أَقاله البيعَ يُقيله إقالةً، أي وافقه على نقض البيع وأجابه، إليه. واستقاله: طلب إليه أن يُقيله، وتَقايلا: إذا فسخا البيع، وعاد المبيع إلى مالكه، والثمن إلى المشتري؛ إذا كان قد ندم أحدهما

(١) محمد المُناوي، **التوقيف على مهمات التعاريف**، ٥٨.

أو كلاهما»[١].

أما الإقالة في الاصطلاح فهي: «رفعُ العقد بعد وقوعه»[٢]. وتكون «باتفاق العاقدين على فسخ العقد دون الرجوع إلى القضاء»[٣].

٢ ـ حكمها:

وهي «مشروعةٌ إجماعًا[٤]، ولا بدَّ من لفظٍ يدل عليها، وهو: أَقَلْتُ، أو ما يفيد معناه عُرْفًا. وصورتها: إذا اشترى أحدٌ شيئًا من رجلٍ، ثم ندم على اشترائه؛ إما لظهور الغَبْن فيه، أو لزوال حاجته إليه، أو لانعدام الثمن؛ فردَّ المبيع على البائع، وقَبِل البائع ردَّه»[٥]. وقد تكون الإقالة بطلبٍ من جهة البائع، وذلك حينما يرغب بإعادة المبيع إلى ملكه لأمرٍ ما.

وحكم الإقالة الاستحباب[٦]؛ فهي من صنائع المعروف، ودلَّ على استحبابها قول رسول الله ﷺ: «مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ، أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ

---

(١) يُنظَر: محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ١١، ٥٧٩ ـ ٥٨٠.

(٢) محمد المُناوي، **التوقيف على مهمات التعاريف**، ٥٨.

(٣) يُنظَر: محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٢، ٣٣٠.

(٤) يُنظَر: أبو السعادات منصور بن يونس البُهوتي (١٠٥١هـ/١٦٤١م)، **دقائق أولي النُّهى لشرح المُنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات**، د. م، عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م، ٢، ٦٣.

(٥) يُنظَر: محمد أشرف آبادي، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، ٩، ٢٣٧.

(٦) يُنظَر: منصور البُهوتي، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات**، ٢، ٦٣. ومن تعريفات المُستحَب: ما يُمْدَح المكلَّف على فعله، ولا يُذَمُّ على تركه. عبد العزيز البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البَزْدَوي**، ٢، ٣٠٣.

الْقِيَامَةِ»[(١)]. أي: «أزال الله مشقته وعَثْرته يوم القيامة؛ لأنه إحسانٌ منه على المشتري؛ لأن البيع كان قد بُتَّ؛ فلا يستطيع المشتري فسخه»[(٢)].

ومن أحكام الإقالة أنها إذا وقعت كانت لازمةً، ليس فيها خِيار، يقول البُهوتي[(٣)]: «والإقالة فسخٌ لا بيعٌ... ولا خِيار فيها، لا لمجلسٍ أو غيره؛ لأنها فسخٌ»[(٤)]. أي: لما كانت الإقالة فسخًا ـ وليست بيعًا ثانيًا ـ فإنها لا تقبل أيَّ خِيارٍ من خِيارات البيع التي مرت من قبل.

والإقالة في عقد الاستصناع لا تُتَصور إلا مع القول بلزومه، والحنفية ـ كما تبين من قبل ـ مختلفون في ابتداء لزومه، فجمهورهم على أنه لا يلزم الصانع ولا المستصنع قبل تسليم المصنوع، وبعد التسليم يلزم الصانع فحسب.

وخالف أبو يوسف جمهور الحنفية في روايتين عنه: ففي الأولى

---

(١) ابن بلبان، **الإحسان في تقريب صحيح ابن حِبَّان**، كتاب البيوع (٢٤)، باب الإقالة (٧)، حديث (٥٠٢٩)، ١١، ٤٠٤، عن أبي هريرة ﷺ، صحيح.

(٢) محمد أشرف آبادي، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، ٩، ٢٣٧.

(٣) منصور بن يونس بن صلاح الدين... البُهوتي ـ نسبةً إلى بُهوت في غربية مصر ـ، شيخ الحنابلة بمصر، كان عالمًا عاملاً، وورعًا كريمًا، انتهى اليه الإفتاء والتدريس، ورحل الناس اليه من الآفاق لأجل أخذ مذهب الامام أحمد ﷺ. من مؤلفاته: شرح الإقناع، وشرحٌ على منتهى الإرادات، وشرح زاد المستقنِع، كلها في فروع الفقه الحنبلي. وكانت وفاته سنة (١٠٥١هـ/١٦٤١م) بمصر ﷺ. يُنظَر: محمد أمين المُحِبِّي، **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر**، ٤، ٤٢٦، ويُنظَر: عمر كحَّالة (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م)، **معجم المؤلفين**، بيروت، مكتبة المثنى، ودار إحياء التراث العربي، د. ت، ١٣، ٢٢.

(٤) منصور البُهوتي، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، المعروف بشرح منتهى الإرادات**، ٢، ٦٣.

يكون العقد مُلزِمًا لطرفيه معًا عند تسليم المصنوع، وفي الأخيرة: العقد لازمٌ منذ نشوئه، وبها أخذت مجلة الاحكام العدلية، وعليه فالإقالة مشروعةٌ من حين تأسيس عقد الاستصناع.

ب ـ الموت:

يقول الحنفية «يبطل عقد الاستصناع بموت الصانع أو المستصنِع؛ لأن للاستصناع شَبَهًا بالإجارة[١] من حيث إن فيه طلب الصنع، وهو العمل»[٢]. والإجارة في عقد الاستصناع يُقصَد بها إجارة الأشخاص.

وبطلان عقد الاستصناع بالموت يؤكد اتجاهًا في المذهب الحنفي يقول بأن الاستصناع يقع إجارةً ابتداءً، وبيعًا انتهاءً، كما سبق بحثه[٣].

أما الجمهور[٤] فالأصل عندهم أن الإجارة لا تنفسخ بالموت إلا في حال تعذُّر استيفاء المنفعة بوقوعه، وعليه فإنهم قد يوافقون الحنفية في انفساخ عقد الاستصناع بموت الصانع، لكنهم سوف يخالفونهم بموت المستصنِع؛ لأن ورثته يمكنهم أن يقوموا مقامه، والأصل في العقود

(١) يُنظَر: محمد الطُّوري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق: التكملة**، ٨، ٤١. ومحمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٩، ١٤٥.

(٢) يُنظَر: محمد البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ٧، ١١٥ ـ ١١٦.

(٣) يُنظَر: ٦٩، وما بعدها.

(٤) يُنظَر: أبو زيد عبد الرحمن بن محمد البغدادي (٧٣٢هـ/١٣٣٢م)، **إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك**، مصر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط٣، د. ت، ٨٦ ـ ٨٧. ومحمد الشافعي، **الأم**، ٤، ٣١. ومنصور البُهوتي، **الروض المُرْبع شرح زاد المُستقنِع**، ٤١٥.

الإمضاء بما أمكن.

وهنا يلفت الباحث كمال الدين جعيْط[١] إلى أمر مهمٍّ في عقد المقاولة، ويمكن أيضًا حمل الاستصناع عليه، يقول: «وتُفسَخ المقاولة بموت المقاوِل؛ إذا كان متفَقًا على أن يعمل بنفسه، أو كانت مؤهلاته الشخصية محلَّ الاعتبار في التعاقد، فإذا خلا العقد من ذلك، ولم تكن مؤهلاته الشخصية أو إمكاناته محلَّ اعتبار في التعاقد، فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولكن يجوز لرب العمل إنهاؤه؛ إذا لم تتوفر في ورثته الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، وفي كلا الحالتين للورثة قيمة ما تمَّ من العمل والنفقات؛ وفقًا لشروط العقد وما يقتضيه، ولربِّ العمل أن يطالب بتسليم المواد، والله أعلم وأحكم»[٢].

ويقول الدكتور حسن الشاذلي[٣]: «وبناءً على أن لعقد الاستصناع شبَهًا بالإجارة، فإنه أيضًا ينتهي بهلاك العين التي تعيَّنت لصنع الشيء المطلوب صنعه في عقد الاستصناع منها، وذلك لوقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه ـ المصنوع ـ حينئذٍ.

---

(١) عضو باحث في مجلس مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، مفتي الجمهورية التونسية لعشر سنوات، وله مناصب أخرى، امتدت حياته من (١٩٢٢ ـ ٢٠١٢م) رحمه الله. يُنظَر:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D%٨٣%٩D%٨٥%٩D%٨A%٧D٨٤%٩_%D%٨A%٧D%٨٤%٩D%٨AF%D٨%٩A%D٨٦%٩_%D%٨AC%D%٨B%٩D٨%٩A%D%٨B ٧

(٢) «**عقد الاستصناع**» في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧ (١٩٩٢/٧م)، ٥٢١ ـ ٥٥٤، ٢، ٥٥٤.

(٣) دكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الأزهر، أستاذ جامعي، عمل في الكويت خبيرًا في الموسوعة الفقهية، وعضوًا في هيئة الفتوى.

أما إذا كان مثلها يوجد في الأسواق، ويتمكن الصانع من الحصول عليه بيسر وسهولة، فإنه لا ينتهي عقد الاستصناع؛ لعدم اليأس من استيفاء المعقود عليه»[(١)]. لكن عقد الاستصناع محله عينٌ موصوفةٌ في الذمة، فبتعيين مادة الصنع يكون عقد إجارةٍ، والله أعلم.

ج ـ انتهاء مدة العقد:

تبين من قبل[(٢)] خلافُ الحنفية في أجَل عقد الاستصناع، فالإمام أبو حنيفة ﵀ لا يجيز اشتراط الأجل إلا بما قلَّ عن الشهر؛ لئلا يأخذ العقد أحكام السَّلَم، والصاحبان ـ أبو يوسف ومحمد ـ يُجيزانِه؛ لجريان العادة به، وتأسيسًا على قوليهما، فإن الصانع لو تأخَّر في تسليم المصنوع عن الأجل المحدَّد بالعقد، فللمستصنِع الحق في فسخ العقد، والحكمُ كذلك فيما لو تأخَّر المستصنِع عن دفع الثمن في حينه.

د ـ الظرف الطارئ:

والظرف الطارئ أو القاهر[(٣)] مصطلحٌ قانونيٌّ، وهو يفيد طروء حالةٍ

(١) يُنظَر: د. الشاذلي، حسن، «**الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة «عقد استصناع» أو «عقد السَّلَم»**»، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧ (١٩٩٢/٧م)، ٤٢٧ ـ ٥٠٣، ٢، ٤٤٨.

(٢) يُنظَر: ٢٠٣ ـ ٢٠٥.

(٣) هناك من يفرِّق بين الظرف ـ أو الحادث ـ الطارئ وبين الظرف القاهر، فالأول يكون تنفيذ العقد معه مرهقًا، لكنه مع الثاني مستحيل. يُنظَر: كمال الدين جعيْط «**عقد الاستصناع**»، ٢، ٥٥٠.

على العقد تُعيق أو تمنع تنفيذه منعًا باتًّا، وهو بهذا المعنى قريبٌ من نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، وفي الجانب العَقْدي منها تحديدًا، وهو ما عبر عنه ابن عابدين ﵀ بالعُذر، فقال معرِّفًا به: «كل عذرٍ لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضررٍ يَلحقه في نفسه أو ماله، يُثبت له حقَّ الفسخ»[1].

وما ذكره ابن عابدين ﵀ أخذ به المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي، ودلل عليه بالأدلة والمقاصد الشرعية، والقواعد والآراء الفقهية في المذاهب الأربعة؛ ليقرر بعد ذلك ما يلي:

«١ ـ في العقود المُتراخِيةِ التنفيذ (كعقود التوريد[2] والتعهدات والمقاولات) إذا تبدَّلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غَيَّرَ الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييرًا كبيرًا؛ بأسبابٍ طارئةٍ عامَّةٍ، لم تكن متوَّقعةً حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العَقْدي يُلحق بالملتزم خسائر جسيمةً غير معتادةٍ، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصيرٍ أو إهمالٍ من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناءً على الطلب، تعديلُ الحقوق والالتزامات العَقْدِيَّة، بصورةٍ توزِّع القدْر المتجاوِزَ للمعتاد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتمَّ تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويضٍ عادلٍ للملتزَم له، صاحبِ الحق في التنفيذ؛ يَجبُر له جانبًا معقولاً من الخسارة، التي

(١) محمد أمين ابن عابدين، **ردُّ المُحتار على الدُّرِّ المُختار**، ٦، ٨١.

(٢) هو في معنى الاستيراد، كما هو شائع.

تَلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق عدلٌ بينهما دون إرهاق للملتزِم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعًا رأي أهل الخبرة الثقات.

٢ ـ ويحق للقاضي أيضًا أن يُمهل الملتزِم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقتٍ قصيرٍ، ولا يتضرر الملتزَم له كثيرًا بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحلِّ المستمَدِّ من أصول الشريعة تحقيقًا للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنْعًا للضرر المرهق لأحد العاقدين، بسببٍ لا يدَ له فيه، وأن هذا الحلَّ أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقربُ إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها. والله ولي التوفيق. وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه»[1].

(١) رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة**، ط٢، د. ت، ١٠٩ ـ ١١٠. ويُنظَر: د. علي القره داغي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ١٥٥.

الخَاتِمَة

تناولت مادة الباب ـ بفصوله ومباحثه ـ العناصر الآتية:

أدلة المانعين لعقد الاستصناع ومناقشتها، وكان أبرزها أن الاستصناع ليس له دليلٌ نقليٌّ صريحٌ، وأن القياس يأباه، وأنه بيعٌ لمعدومٍ، وأنه بيع دَينٍ بدَينٍ.

أدلة المجيزين ومناقشتها، فكان منها النقلي كاستصناع سدٍّ يأجوجَ ومأجوجَ في القرآن الكريم، واستصناع النبي ﷺ خاتَمَه ومِنْبَرَه.

وكان من أدلتهم: الإجماع، والاستحسان، والعُرْف، والقواعد الفقهية.

وعند الترجيح قدَّمتُ بدائلَ مباحةً عن عقد الاستصناع خروجًا من الخلاف فيه، بأن يكون الحصول على المصنوع من خلال عقدي البيع والإجارة، يستقل كلٌّ منهما عن الآخر، وهو مما لا خلاف فيه، أو باجتماعهما في عقدٍ واحدٍ، وهو جائزٌ عند جمهور الفقهاء، بخلاف الاستصناع فالجمهور على منعه.

ولكن عندما يتعيَّن على الباحث الترجيح يكون مذهب الحنفية هو الراجح، فالجمهور متفقون على أن الأصل في العقود الإباحة، فلمَ لا يكون الاستصناع واحدًا منها؟!.

كما تناولت مادة الباب أحكام الاستصناع، فأظهرت أركانه وشروطه وآثاره، وخِياراته، وانتهاءه.

البَابُ الثَّانِي

صورٌ مِنَ الِاسْتِصْنَاعِ المُعَاصِرِ وَأَحْكَامِهِ

مُقَدِّمَة :

يشهد عقد الاستصناع تطورًا مستمرًّا منذ أن عرفه الناس حتى أيامنا هذه، والسبب في ذلك تطور أنماط حياة الناس، وما نَجَم عنه من تنوُّعٍ في الحاجات وأساليب العيش.

والذي يميز هذا العصر عن العصور السابقة هذا التطور المشهود في قطاع الصناعة والتجارة، وما واكَبَه من تقدمٍ في وسائل الاتصال؛ قرَّبت بين المتباعدين، وسهلت أساليب التبادل التجاري فيما بينهم.

هذا التطور الصناعي أوجد معاملاتٍ جديدةً ومهِمَّةً، فرضت على الفقهاء المعاصرين إعادة النظر في عقد الاستصناع لإعماله أشدَّ ما يكون الإعمال؛ حتى يواكب حركة التصنيع، ويُنصِف الصانع والمستصنِع معًا، وبما لا يُخرجه عن ثوابت الشرع.

فكان من جملة ما بحثه هؤلاء الفقهاء، وقدموا فيه دراساتٍ قيِّمةً: الاستصناع المستقل: الصناعي منه، والعَقاري، والفكري، ثم الاستصناع الموازي: صوره وأحكامه ومسائله، ويظهر ذلك كله في مادة الفصلين الآتيين:

* الاستصناع المستقل.
* الاستصناع الموازي.

الفَصْلُ الأَوَّل

الاستصناع المستقل

تمهيد :

الاستصناع المستقل: هو الذي لا تتجاوز فيه المسؤولية العَقْديَّة طرفي العقد، فالصانع لا يُنشئ في الباطن عقدًا آخر مع شخصٍ آخر لتفيذ مضمون العقد الأول، بل هو الذي يتولَّى ذلك بنفسه.

والاستصناع المستقل من حيث صوَرُه وأحكامه ثلاثة أقسام، وتتم دراستها في المباحث الآتية:

- الاستصناع الصناعي المستقل.
- الاستصناع العَقاري المستقل.
- الاستصناع الفكري المستقل.

المبحث الأول
الاستصناع الصناعي المستقل

إن الاستصناع الصناعي هو الأصل الذي أنشئ لأجله عقد الاستصناع، وهو المقصود عند الإطلاق، وأما ما سواه كالاستصناع العَقاري والفكري، فإنه من مستجِدَّات العقد وفروعه.

ولهذا كانت مادة هذا المبحث مشمولةً بالدراسة التي سبقته في البابين السابقين، مع يضاف إليها هاهنا من جديدٍ مُهمٍّ، يتطلبه التفريع أو التنظيم في الدراسات «الأكاديمية»، وذلك على التفصيل الآتي:

۞ أولاً ـ صورة الاستصناع الصناعي:

للاستصناع الصناعي في واقعنا المعاصر صورٌ وتطبيقاتٌ كثيرةٌ جدًّا، وهي تشمل جميع ما تقدِّمه المصانع من مصنوعاتٍ بناءً على هذا العقد، والتي من شأنها أن تلبي حاجاتِ الناس المتسارعةَ والمتزايدةَ كمًّا وكيفًا.

وطلبًا للتيسير يمكن تقسيم هذا النوع من الاستصناع إلى قسمين:

قسم يتعلق بموضوعه أو محلِّه، وآخر يتعلق بالجهة العاقدة:

أ ـ الاستصناع من حيث الموضوع:

وهو أنواع:

الاستصناع بالصناعات الخفيفة.

الاستصناع بالصناعات الثقيلة.

الاستصناع بالأشياء الحاجية.

الاستصناع بالأشياء التحسينية أو التزيينية.

١ ـ الاستصناع بالصناعات الخفيفة:

ومنه استصناع: الأدوات المنزلية، كتأسيس المطابخ والحمَّامات ولوازمها، وغرف: النوم والجلوس والضيوف. ومنه كذلك: المكاتب، والمكتبات، والمفارش، والأثاث، ونحوها، وكل ذلك بحسب المطلوب.

ومن ذلك أيضًا استصناع: الأدوات الحرفية والمهنية، وهي التي يستخدمها التجار والزراع والبناؤون والأطباء والمُسعِفون، والحلاقون، والنجارون، والجزارون، وغيرهم، وما يلزم لذلك من قطع الصيانة والتبديل، ونحوها.

٢ ـ الاستصناع بالصناعات الثقيلة:

ومنها تصنيع: وسائل النقل البري والبحري والجوي، وآلات المصانع الضخمة، والآلات الزراعية، والمطاحن، وآلات التنقيب عن مخزون

الأرض، وآلات توليد الطاقة، والمراصد الجوية، والأقمار الصناعية، والسفن الفضائية، والأسلحة المتطورة، وغيرها مما هو في حكمها.

٣ ـ الاستصناع بالصناعات الحاجية:

والأشياء الحاجية هي التي تلبي حاجة الإنسان، وتكون حياته من دونها في ضيقٍ وحرجٍ ومشقةٍ، وهو ما عبر عنه الفقهاء بالمصالح أو المقاصد الحاجية(١).

ومن أمثلتها في عقد الاستصناع: تصنيع المقاعد والمركبات الخاصة بالمعوَّقين، وأجهزة السمع لمن في سمعهم ثِقَلٌ، والأسنان الصناعية، والأدوية المخفِّفة للآلام، والمدافئ في البلاد الباردة، والمكيِّفات في البلاد الحارة، والمصاعد الكهربائية في العِمارات الشاهقة، ونحو ذلك.

٤ ـ الاستصناع بالصناعات التحسينية:

وهي تدخل في المقاصد التحسينية، والتي هي: «محاسنُ زائدةٌ على أصل المصالح الضرورية والحاجية، إذ ليس فُقدانها بمخلٍّ بأمرٍ ضروريٍّ ولا حاجِيٍّ، وإنما جرت مجرى التحسين والتزيين»(٢).

ومن أمثلتها في الاستصناع: آلات اللعب والترفيه، وأدوات الزينة والتجميل، كالعطور، والمساحيق، والحُلِيّ، والستائر، ولوحات الزينة،

(١) يُنظَر: إبراهيم الشاطبي، **الموافقات**، ٢، ٢١.

(٢) **المصدر نفسه**، ٢، ٢٣.

والوسائد، ومقاعد الجلوس الفاخرة، ومناضد الطعام، ومناديل التنشيف الورقي، وأجهزة التنشيف الكهربائي، وبطاقات دعوات الأفراح[1]، ونحو ذلك.

ب ـ الاستصناع من حيث الجهة العاقدة:

وأما الاستصناع من حيث الجهة العاقدة فهناك استصناع فردٍ مع فردٍ، أو مع شركةٍ أو مؤسسةٍ ماليةٍ، أو العكس من ذلك كله، وقد يكون الاستصناع بين دولةٍ وأخرى.

والناظر في الجهات العاقدة للاستصناع في أيامنا هذه يجد أن المصارف الإسلامية هي الأكثر ممارسةً لعقد الاستصناع بين جميع المؤسسات المالية، سواء أكان العقد مستقلًّا أم موازيًا[2].

ومن النماذج لتلك المصارف: (مجموعة «بنك» النِّيلَيْن للتنمية الصناعية)[3] في جمهورية السودان، وتلك المجموعة «تكونت عام /١٩٩٣م/

(١) نبّهني إليها أستاذي الدكتور المشرِف عبد الفتاح كبارة، جزاه الله خيرًا!.

(٢) يأتي في مبحثٍ مستقل.

(٣) هناك مصارفُ إسلاميةٌ أخرى قد تبنَّت عقد الاستصناع في معاملاتها، ومنها: «بنك» قطَر الدولي الإسلامي، و«بنك» الراجحي، وعلى نطاق محدود: بيت التمويل الكويتي، وهو مع ذلك يتحفظ جدًّا عن تزويد الباحث ببعض الوثائق أو العقود التي تُثبت نشاطه في مجال الاستصناع؛ فهو يرى ذلك من خصوصياته مع مستفيديه، ولقد قدَّم لي أحد الإخوة العاملين في إدارة البيت مشكورًا بعض عقود الاستصناع التي مارسها البيت، فرأيتها قد طُمس منها كل ما هو مهم في التوثيق أو التحقيق الذي تتطلبه الدراسات «الأكاديمية»؛ فما استطعت ـ لهذا الأمر ـ الإفادة منها، وإدخالها في عداد مصادر الأطروحة.

بدمج «بنك» النِّيلَيْن ـ وهو «بنكٌ» تجاريٌّ تملكه الدولة ـ في «البنك» الصناعي، إثر صدور قراراتٍ رسميةٍ عام /١٩٩١م/ بشأن تحويل القطاع المصرِفي؛ ليعمل وَفْق الصِّيَغ الإسلامية.

وجاءت هذه القرارات متَّسِقةً مع أهدافها ومقاصدها؛ ذلك أن «البنك» المركزي أضحى يُصدر سياسته النقدية والائتمانية؛ بحيث يتمكن من إدارة الائتمان المصرِفي وَفْق الصِّيَغ الإسلامية. كما أُنشئت هيئةٌ عليا للرَّقابة الشرعية للجهاز المصرِفي... للتأكد من سلامة تطبيق الصِّيَغ الإسلامية وَفق متطلبات السياسة الائتمانية للبنك المركزي.

وكان الاستصناع من الصِّيَغ الإسلامية التي تبنَّتها مجموعة «بنك» النِّيلَيْن للتنمية الصناعيه، وغيرها من «البنوك»، وشركات التمويل، فقد تبنَّتها المجموعة لتمويل الصناعات الصغيرة، مثل معاصر الزيوت، ومعامل صناعة الصابون، وتقوم المجموعة بالاتفاق مع أصحاب «الوُرَش» على الأسعار، والكميات المطلوبة، وتواريخ تسلم المعاصر أو المعامل مثلاً، وهناك تكون المجموعة مستصنِعًا، والطرف الآخر صانعًا.

وبدورها تقوم المجموعة ببيع هذه المعاصر والمعامل مُرابَحةً[(١)] إلى صغار المنتجين والمهنيين، وبعض الجهات الرسمية... وبذلك تكون المجموعة مستصنِعًا من جهةٍ وبائعةً وَفْقَ صيغة المُرابَحة للآمر بالشراء من جهةٍ أخرى.

هذا، وقد كونت المجموعة شركةً لهذا الغرض تتولَّى أمر التعاقد مع

(١) تقدم تعريف المرابحة، يُنظَر: ٥٨.

الجهات المصنِّعة على تجهيز ما هو مطلوبٌ من آلياتٍ ومعداتٍ صناعيةٍ وَفْق صيغة الاستصناع. بعد ذلك تقوم أقسام الاستثمار بالمجموعة بالترويج لهذه المنتجات الصناعية، وبيعها للزبائن بصيغة المُرابَحة، كما هو مذكور أعلاه»[1].

* * *

۞ ثانيًا ـ حكم الاستصناع الصناعي:

يلجأ الناس عادةً إلى الاستصناع الصناعي حينما لا تلبي الأسواق حاجاتهم أو رغباتهم من الأدوات والآلات الجاهزة، وما سواها من الأشياء والأمتعة التي بها تستقيم حياتهم، ويطيب عيشهم.

وقد تبين من قبل أن عقد الاستصناع بشروطه وضوابطه الأصل فيه الإباحة[2] عند الحنفية أُسوةً بسائر البيوع، وهو كذلك عند الجمهور إذا ما كان منضبطًا بقواعد عقد السَّلَم وشروطه، فأغنى ما هنالك عن إعادته هنا، ومما يمكن إضافته هنا ثلاث مسائل:

أ ـ حكم عقد الاستصناع لغير الحاجة:

فالحنفية الذين خالفوا الجمهور، وأجازوا الاستصناع بغير صيغة

---

(١) يُنظَر: د. عثمان أحمد، **تمويل القطاع الصناعي وفق صيغ التمويل الإسلامي، تجربة بعض المصارف السودانية**، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط٢، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، بحث رقم، ٤٩، ١ ـ ٩٢، ٢٣، ٣٧، ٣٨، ٤٧.

(٢) يُنظَر: ١٥٢ ـ ١٥٣.

السَّلَم، إنما أجازوه للحاجة، وليس لما دونها من الأشياء التحسينية أو التزينية، كما صرحت بذلك عباراتهم، والتي منها قول ابن الهُمَام: «جواز الاستصناع للحاجة»[(١)]. وقول الكاساني: «لِمساس الحاجة»[(٢)]. ويقول علي حيدر[(٣)]: «أما السَّلَم والاستصناع فالحاجة إليهما عامة»[(٤)].

وهذا ما جعل بعضَ الفقهاء في مصادرهم يسمون بيع السَّلَم ـ والاستصناع في حكمه ـ بيع المَحاويج أو المفاليس[(٥)]؛ لأن الأصل المشروع في المبيع أن يكون من الأعيان الحاضرة، لا من الصفات التي تكون معدومةً عند إنشاء العقد، كما هو واقعٌ، ولذا فإنه لا يُلجَأ إلى عقد الاستصناع إلا عند احتياج الناس إلى مثله.

والحاجة نوعان: عامةٌ وخاصةٌ. أما الحاجة العامة فهي التي تَمَسُّ أهل البلد عامةً، وأما الخاصة فهي التي تَمَسُّ شريحةً منهم كأصحاب حرفةٍ أو مهنةٍ معينَّةٍ كالأطباء والصيادلة والمعلمين، وأهل النجارة والحدادة، ونحوها.

---

(١) محمد ابن الهُمَام، **فتح القدير**، ٧، ١١٧.

(٢) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٣.

(٣) الرئيس الأول لمحكمة التمييز، وأمين الفتيا، ووزير العدليَّة في الدولة العثمانية، ومدرِّس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالآستانة [استانبول]. **دُرَر الحكَّام شرح مجلة الأحكام**، صفحة الغلاف. وكانت وفاته ﷺ سنة (١٣٥٣هـ/١٩٣٤م). يُنظَر:
http://shamela.ws/index.php/author/626

(٤) علي حيدر، **دُرَر الحكَّام شرح مجلة الأحكام**، ١، ٣٣.

(٥) يُنظَر: عبد الله المَوْصِلِّي، **الاختيار لتعليل المختار**، ٢، ٣٤، ومحمد نجيب المطيعي، **المجموع شرح المُهَذَّب: التكملة الثانية**، ١٣، ٩٧، وعبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٤، ٢٢٠.

وتلك الحاجتان هما سواءٌ في مشروعية ارتكاب المحظور لدفعهما؛ عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامةً كانت أو خاصةً»[(١)]. أي تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظور، وبناءً على هذه القاعدة فقد أجاز[(٢)] الحنفية عقد الاستصناع على الرغم من مخالفته للقياس.

ولكن الأمر اللافت أن مَجْمَع الفقه الإسلامي[(٣)] لم يشترط وجود الحاجة حينما قرر مشروعية عقد الاستصناع، ولا اشترط وجود التعامل بين الناس في الشيء المستصنَع، وهما شرطان معتَبران في المذهب الحنفي.

وكان الأَوْلى بالمجمع أن يشترط وجود الحاجة، وبعد ذلك يبيِّن أنها قد تختلف من زمانٍ لآخر، فما كان يُعَدُّ في زمانٍ ما من التحسينيات أو الكمالِيَّات قد يُحسَب في زمانٍ آخر من الحاجيَّات؛ التي يَشُق على الناس الاستغناء عنها، كما هو حال أهل زماننا، والله المستعان!.

ب ـ حكم عقد الاستصناع إذا كان أحد طرفيه شخصًا اعتباريًّا:

تناول الأستاذ مصطفى الزرقا ﷺ باستفاضةٍ مسألة الشخصية الاعتبارية مبينًا أنواعَها وأحكامها في الشريعة والقانون، وما يمكن إيجازه منها هو الآتي:

«الشخص الاعتباري: شخصٌ يتكوَّن من عناصر ـ أشخاصٍ، أو أموالٍ ـ

---

(١) زين الدين ابن نُجَيم، **الأشباه والنظائر**، ٧٨.

(٢) المصدر نفسه، ٧٩.

(٣) تقدم نصُّ القرار. يُنظَر: ١٨٩ ـ ١٩١.

يقدِّر له التشريع كيانًا قانونيًّا مستمَدًّا منها [من العناصر]، مستقِلًّا عنها، قابلاً للإلزام والالتزام.

والأشخاص قسمان: شخصٌ طبيعيٌّ ذو وجودٍ ماديٍّ حِسِّيٍّ، وشخصٌ اعتباريٌّ أو حُكْميٌّ، ووجوده قانونيٌّ، أي تقديريٌّ اعتباريٌّ لا حسِّيٌّ، وهو يتبع مجموعةً من الأشخاص الطبيعيين.

والشخصية الاعتبارية لها ذِمَّةٌ ماليةٌ كالشخص الطبيعي، سواء أكانت الشخصية الاعتبارية عامةً، كالدولة ومؤسساتها العامة التي تتبع لها كالجامعات والمستشفيات، ونحوها، أم كانت خاصةً كالشركات الرِّبْحية، والجمعيات التعاونية غير الربحية.

والشخصية الاعتبارية وإن كانت من المصطلحات القانونية المحْدَثة إلا أنها تتفق مع قواعد الفقه الإسلامي، وفي السنة النبوية حديثٌ يقول فيه النبي ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ: يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ...»[(١)].

ففي الجملة الثانية من الحديث اعتبر النبي ﷺ ما يعطيه أحد المسلمين للمحارِب طالبِ الأمان من ذمةٍ وتأمينٍ، اعتبره ساريًا على جماعتهم، ومُلزِمًا لهم كما لو صدر منهم جميعًا، ففي الحديث اعتبار مجموع الأمة

(١) أبو داود، **السُّنَن**، كتاب الجهاد (١٥)، باب في السرية تُرَدُّ على أهل العسكر، حديث (٢٧٥١)، ٣، ٨٠، عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما وهو حسن. وهو في البخاري عن علي رضي الله عنه مرفوعًا بلفظ: «ذِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ، يَسْعَى بِهَا أَدْنَاهُمْ». البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة (٩٦)، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم، والغُلُوِّ في الدِّين والبدع (٥)، (٧٣٠٠)، ٩، ٩٧.

كشخصيةٍ واحدةٍ، يمثِّلها في بعض النواحي كلُّ فردٍ منها، وهو ما يدل على مشروعية الشخصية الاعتبارية»[1].

وبناءً على ما سبق فالشخصية الاعتبارية قد تكون مصرِفًا إسلاميًّا، وهو ما له صورتان:

١ ـ كون المصرِف هو الصانع:

كأن يخصِّص المصرِف بعضًا من مدَّخراته في الاستثمار الصناعي، فيقوم هو بإنشاء المصانع لشتى أنواع الصناعات، ثم يبيع منتجاته إما بالبيع العادي ـ بيع عينٍ بثمنٍ ـ، وإما ببيع عينٍ موصوفةٍ بذمَّته، وهو الاستصناع.

وللمصرِف شخصيةٌ اعتباريةٌ، تجري عليه أحكام الأشخاص، كما تقدم آنفًا، وبناءً عليه فالمصرِف يمكنه أن يُبرم عقد الاستصناع مع الأفراد والشركات والدول ضمن الحدود الشرعية، والأنظمة المرعية.

أما صور الاستصناع المصرِفي المستقِل أو مجالاته، فهي كثيرةٌ جدًّا، تقدم ذكر بعضها من قبل[2]، ومنها الاستصناع العَقاري، وعلى أساسه يتقدم الفرد أو المؤسسة ـ أو أي جهةٍ أخرى ـ إلى المصرِف بطلب تشييد بناءٍ على عَقارٍ محدَّدٍ، فيوافق عليه، ويتِم العقد بشروطه وضوابطه، ويقوم هو بتنفيذه.

---

(١) يُنظَر: **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، دمشق، دار القلم، ط١، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م، ٢٦٩ ـ ٢٩٦.

(٢) يُنظَر: ٢٤٧ ـ ٢٥٠.

وتَبرز أهمية هذا النوع من الاستصناع في إسهام المصارف في تنشيط الصناعة، وتحجيم البَطالة، وذلك عن طريق إتاحة فرص العمل والتوظيف والإدارة. كما تتجلى أهميته في إغناء السوق المحلية بكل ما يلبي حاجة الناس من المصنوعات، وهو ما يغنيهم عن الاستيراد من الخارج، الذي غالبًا ما تكون كُلفته أكبر، على ما فيه من مخاطرَ محتمَلةٍ، وضرائبَ متوقَّعةٍ في النقل والتوريد.

كما أن الطاقة المالية لدى المصارف هي في الأغلب أعظم من طاقة الأفراد، فما يعجِز عنه الصانع الفرد، يكون ميسَّرًا لدى المصرِف، وربما كان المصنوع عنده أرخص؛ لأن قدرته على الإنتاج ـ كمًّا وكيفًا ـ أكبر من طاقة الفرد.

وإذا كان المصرِف يقبل أن يكون له عملاء مستثمرون كما هو الحال في الشركات المساهمة، فإن ذلك من شأنه أن يغني كثيرًا من أفراد المجتمع، وليكون أيضًا هو البديل المشروع عن ادِّخار الأموال في المصارف الربوية.

٢ ـ كون المصرِف هو المستصنِع:

لما كانت إدارة المصرِف لها صفة الشخصية الاعتبارية ـ كما تبين من قبل ـ، فللمصرِف أن يعقد مما لديه من أموالٍ مدَّخرةٍ عقود استصناعٍ مع أرباب الصناعات أفرادًا كانوا أم شركاتٍ؛ ليأخذ بذلك صفة المستصنع ودوره.

وبعد أن يستلم المصرِف المادة المصنوعة له أن يبيعها أو يؤجِّرها؛ ليصيب بذلك ما يصبو إليه من الربح.

والمصلحة كما تتحقق بكون المصرِف صانعًا، فإنها ـ بلا ريب ـ سوف تتحقق بصفته مستصنِعًا.

أما حكم الاستصناع المصرِفي المستقل فإنه يبقى على المشروعية ما دام العقد الذي يمضيه يخلو من أي تعاملٍ ربويٍّ، وقد توافرت فيه شروط عقد الاستصناع وضوابطه التي مرت من قبل.

لكنْ هناك عقباتٌ ذكرها الدكتور أحمد جابر بدران[1] قد تعترض سبيل المصرِف في ممارسته المباشِرة للاستصناع المستقل، صانعًا كان أو مستصنِعًا، فهو يقول: «قد يَعوق استخدامَه الفعلي الضوابطُ والقيود الخاضعة لها بعض أو معظم المصارف الإسلامية، والتي تمنع قيام المصرِف بالاتجار المباشِر في السِّلَع، أو قد يحول دون الأخذ بها عدم توفر الخبرة والدِّراية الكافية، أو الكوادر الفنية، أو غير ذلك من العقبات التي تعترض قيام المصارف الإسلامية بالتوسع في ميدان الاستثمار المباشِر»[2].

ج ـ حكم براءة الاختراع:

وبراءة الاختراع: «سندٌ، أو وثيقةٌ، أو شهادةٌ بالبراءة، تشهد أن المخترِع لم يُسبَق إليه، وأنه بريءٌ من التقليد، أو التزوير، أو الانتحال،

(١) مدير مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بالقاهرة.

(٢) **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، ٨٤.

وأنه في أمانٍ من الاعتداء على حقه حين أذاعه وأعلنه...

ويتعلق بالأعمال الصناعية، كابتكار مذياعٍ، أو اكتشاف دواء مرضٍ معيَّنٍ، وتُعطي هذه الشهادة صاحبَها حقَّ التصرف في الاختراع بجميع الطرق الممكنة والمباحة شرعًا من استغلالٍ أو بيعٍ أو نحوهما...

والمقصود الأعظم من براءة الاختراع أنها تعطي صاحبه وحده حق استغلاله اقتصاديًّا، وتحميه من أن يعتدي على حقه أحدٌ من الناس؛ على ألا يكون في الاختراع ما يخالف الشرع... فلا يجوز أن تُمنَح براءة اختراع لآلةٍ تصنع الخمور مثلاً، ولا لآلةٍ للعب القمار، ولا لغيرها من المحرَّمات التي قد نص الشرع على تحريمها، وأجمع أهل العلم على أنها من الأمور المحرَّمة»[1].

وفي مشروعية براءة الاختراع صدر عن مجمع الفقه الإسلامي قرار، هذا نصه:

«إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ/١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م.

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع (الحقوق المعنوية) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.

قرر:

أولًا: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوقٌ خاصةٌ لأصحابها، أصبح لها في العرف

(١) دُبْيَانِ الدُّبْيَانِ، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، ١، ٢٠٣ ـ ٢٠٤.

المعاصر قيمةٌ ماليةٌ معتبَرةٌ لتموُّل الناس لها، وهذه الحقوق يُعتَدُّ بها شرعًا؛ فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانيًا: يجوز التصرُّف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقلُ أيٍّ منها بعِوَضٍ ماليٍّ؛ إذا انتفى الغَرَر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقًّا ماليًّا.

ثالثًا: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونةٌ شرعًا، ولأصحابها حق التصرُّف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.

والله أعلم»[1].

ومما لا ريب فيه أن الأخذ بقرار المجمع يحقق مصالح كثيرةً، منها في الجانب الصناعي: بث روح الطموح والإبداع لدى الصنَّاع، فالصانع حينما يرى أن حقه محفوظٌ من الاختلاس أو التقليد، وأن ما يبتكره يفتح عليه بابًا من الرزق لا يزاحمه عليه أحدٌ، فإنه سوف يبذل قُصارى جهده لابتكار كل ما هو جديدٌ نافعٌ؛ فيستمتع به أبناء الأمة، ويرفع عنهم همَّ الاستيراد وكُلفته.

وكذلك المستصنِع، فإنه حينما يجد أن الصانع الفلاني قد اشتهر بإتقان الصنعة، وأن علامته الصناعية (المارْكة المسجَّلة) ليس بمقدور أحدٍ أن يقلِّدها؛ لوجود المساءلة القضائية، فإنه سوف يكون مطمئنًّا، وهو يؤسس عقد الاستصناع مع ذلك الصانع الذي يثق به.

(١) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة الخامسة لمؤتمر المجمع، الكويت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م، العدد ٥، ٣، ٢٥٨١.

المَبْحَثُ الثَّانِي
الاستصناع العَقاري المستقل (المُقاوَلات)

۞ أولاً ـ صورة الاستصناع العَقاري المستقل:

أ ـ تعريف العَقار:

مما جاء في تعريف العَقار لغةً أنه «كل مِلْكٍ ثابتٍ له أصلٌ، كالدار والنخل...»[1]. فالعَقار إذًا يُعَد من الأموال غير المنقولة، وهو ما صرحت به مجلة الأحكام العدلية، حيث قالت: «غير المنقول: ما لا يمكن نقله من محلٍّ إلى آخر، كالدور والأراضي، مما يسمَّى بالعَقار»[2].

ب ـ تعريف الاستصناع العَقاري:

وهو: عقد يُجريه طرفاه على إنجاز مشروعاتٍ تتصل بالعَقارات أو الأراضي تشييدًا، أو إصلاحًا وترميمًا.

ومن أمثلة الاستصناع العَقاري: بناء الجسور، وفتح الطرقات، وإقامة السدود، وبناء العِمارات الثابتة والمتنقلة ـ سابقة الصُّنع ـ، وما كان منها

(١) أحمد الفَيُّومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ٢، ٤٢١.
(٢) **مجلة الأحكام العدلية**، ٣١.

على الخريطة، وإنشاء الملاعب والحدائق، وتمديد: مجرورات الصرف الصحي، وأسلاك الكهرباء والهاتف، وشبكات مياه الشرب، وحفرُ الآبار، والتنقيب عن الثروات في باطن الأرض، ونحوها.

ج ـ فائدة الاستصناع العَقاري وأهميته:

تتجلى فائدة عقد الاستصناع العَقاري بأن الراغب في إقامة المشروع قد لا يجد في نفسه الكفاءة أو الخبرة الكافية لمثل ذلك، وقد يكون ذا كفاءةٍ وخبرةٍ لكنه لا يجد المال في الحال؛ فيستعين بأهل الخبرة، وأرباب الأموال، سواء أكانوا أفرادًا أم شركاتٍ أم مصارفَ، ونحو ذلك.

يقول الدكتور حسين شحاتة[1]: «أحيانًا يحتاج فردٌ لديه قطعة أرضٍ، وليس عنده مالٌ لبنائها، فيذهب إلى جهة تمويلٍ؛ لتقوم ببنائها لحسابه من خلال مُقاوِل، وتقوم هذه الجهة بدفع تكلفة البناء إلى المقاول على أقساطٍ أو دفعاتٍ حسب الاحوال، وعندما تنتهي عملية البناء، تقوم الجهة المموِّلة ببيع البناء إلى الفرد على أساس تكلفة البناء مضافٍ إليها عائدٌ يطلق عليه: **رِبْح الاستصناع**»[2].

ويشهد هذا النوع من الاستصناع في أيامنا هذه توسُّعًا عريضًا، وأهميةً عظمى، ومنافعَ جليلةً، لم تكن معهودةً في الزمن الماضي، فهو «يؤدي... إلى حل الأزمات الإسكانية، إذ يطلب المستصنِع مسكنًا معيَّنًا بمواصفاتٍ

(١) أستاذ بجامعة الأزهر، وخبير استشاري في المعاملات المالية الشرعية.

(٢) «**صيغ التمويل العَقاري المعاصرة في ميزان الشريعة الإسلامية (الجائز والمنهي عنها شرعًا)**»، ١١. يُنظَر: (http: //www. darelmashora. com).

ومقاييسَ يحدِّدها حسب رغبته وحاجته، ويدفع من ثمنها، أو لا يدفع إلا بعد الاستلام[1] على أقساطٍ محددةٍ، حسب استطاعته، وبذلك تخِف الأزمات الإسكانية أو تنعدم، وهذا يؤدي بدوره إلى الرَّفاهِ الاجتماعي، ورواج التجارة، ونشاط وحركة الأيدي العاملة»[2].

د ـ العلاقة بين الاستصناع العَقاري والمقاولة:

للاستصناع العَقاري اسم اشتُهر به في زماننا هذا، ألا وهو: المُقاوَلة أو التعهُّد، وربما كان منشأ تسميته بالمقاولة ناتجًا عن تبادل الأقوال بين طرفي عقدها. أما اشتهار اسم المُقاوَلة فيعود سببه إلى اعتماده كمصطلحٍ قانونيٍّ معاصرٍ.

والاستصناع العَقاري تقدم تعريفه آنِفًا، وأما المقاولة فإنها في اللغة[3] تأخذ معنى المفاوضة والتفاوض. ولها في الفقه المعاصر تعريفاتٌ متعددةٌ لكنها متقاربة، فقد عرَّفها مجمع الفقه الإسلامي في أحد قراراته[4] بأنها «عقدٌ يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا، أو يؤدي عملاً مقابل بدلٍ يتعهَّد به الطرف الآخر»[5].

---

(١) في الأصل: الاستسلام!. والصواب ما أثبته، والله تعالى أعلم.

(٢) د. الثبيتي، سعود، «**الاستصناع**»، في **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، ٧ (١٤١٢/٧هـ/ ١٩٩٢م)، ٦٢٧ ـ ٦٧٧، ٢، ٦٧٠ ـ ٦٧١.

(٣) يُنظَر: محمد ابن منظور، **لسان العرب**، ١١، ٥٧٧.

(٤) قرار رقم ١٢٩ (١٤/٣).

(٥) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، جدة، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، العدد ١٤، ٢، ٢٨٧ ـ ٢٨٩.

أو هي: «أن يتعهد أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئًا للطرف الثاني، مقابل ثمنٍ معيَّنٍ، فإن تعهَّد المقاول بتقديم العمل والمادة، كان مقاولةً في العُرف، واستصناعًا في الشرع. وإن تعهد بتقديم العمل، كان مقاولةً في العُرف، وإجارةً في الشرع»(١).

ولكن بعض الفقهاء المعاصرين «يعتبر عقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بتقديم العمل فقط عقدًا مستقلًّا، ملزِمًا للطرفين، يسمى عقد مقاولةِ الإنشاء والتعمير، ويخضع لاتفاق طرفين بما لا يخالف حُكمًا فقهيًّا مجمَعًا عليه، أو قاعدةً آمِرةً نصَّ عليها نظامٌ داخليٌّ، أو اتفاقٌ دوليٌّ غير مخالف للمبادئ العامة في الشرع الإسلامي»(٢).

ومنهم من أثبت بعض الاختلاف بين عقود المقاولات التي تجري حاليًّا على البناء، وبين عقد الاستصناع المعروف عند الفقهاء، يقول الدكتور كاسب البدران: «إن العَقارات التي تُبنى حاليًّا تلتبس على الكثير على أن المراد منها نفس المراد بالاستصناع، إلا أنها تختلف عن الاستصناع من عدة أمور، هي:

---

(١) التارزي، مصطفى، «**الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر**»، في **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، ٧ (١٤١٢/٧هـ/١٩٩٢م)، ٥٥٥ ـ ٦٢٦، ٢، ٥٨٠.

(٢) د. الألفي، محمد، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤٢٥/١٤هـ/٢٠٠٤م)، ١٣٧ ـ ١٧٨، ٢، ١٥١. وممن قال باستقلالية عقد المقاولة عن سائر العقود الدكتور قطب سانو ـ أستاذ الفقه وأصوله بالجامعة الماليزية ـ، يُنظَر: د. سانو، قطب، «**عقد المقاولة: حقيقته، تكييفه، صوره**» في **المصدر نفسه**، ٢، ٢٠٥.

الأول: من جهة كون المقاول يعمله في أرض المالك؛ مما لا سبيل إلى ردِّه إلا بهدمه وإتلافه.

الثاني: أنه بتجدُّد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي يَلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد؛ حيث أدخلوا فيها أشياء كثيرةً من الشروط والتحديدات والغرامات؛ مما يتغير الحكم بدخولها في عقده. أضف إليه إدخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجليلة والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد، وقد لا يوجد»[1].

ومما يمكن قوله جوابًا عن الأمر الأول: إن مسألة الرد إذا كان المقصود بها فسخ العقد، فهي غير متصوَّرة بعد الأخذ بقول أبي يوسف ﷺ في لزوم عقد الاستصناع، وللمستصنع خِيار فوات الوصف، والصانع ملزم بتحقيق الوصف المطلوب في العقد، وبفرْض أن الوصف الفائت لا يمكن تحقيقه إلا بهدم البناء، وإعادة بنائه من جديد، فالعُهدة تكون على الصانع أو المقاول؛ لأنه هو الذي أخلَّ بشرط العقد، إلا إذا جرى بينهما صلحٌ.

وأما الأمر الثاني فيمكن ضبطه بالشروط، أو بتأخير إنشاء العقد حتى تكتمل أدواته، والله تعالى أعلم.

وصاحب المشروع العَقاري إما أن يغذِّي مشروعه بماله، ويكون على

---

(١) د. كاسب البدران، **عقد الاستصناع** «أو عقد المقاولة» في الفقه الإسلامي، د. م، د. ن، ط٢، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ٢٢١. اقتبس الأمرين ـ الأول والثاني ـ من كتاب: **أحكام عقود التأمين** لعبد الله آل محمود، ٧٤.

الطرف الآخر التنفيذ فحسب، وبهذا الوصف يكون العقد إجارةً، والمقاوِل أجيرًا مشترَكًا[1]، وإما أن يكون التنفيذ والإنفاق كلاهما على المقاول، وهو الطرف المنفِّذ؛ فيكون العقد حينئذٍ استصناعًا، وهو ما يدخل في نطاق البحث.

لكن المقاولة في المصطلح المعاصر تطلق على الإنشاءات العَقارية، سواءٌ أكانت مواد الإنشاء من المقاول نفسه، أم كانت من ربِّ العمل.

أما الفقهاء السابقون فإنهم يسمون المقاولة استصناعًا إذا كانت مادة العمل من الصانع، ويسمونها إجارةً إذا كانت مادة العمل من المستصنع؛ يقول الكاساني ﵀: «فإن سلَّم إلى حدَّاد حديدًا؛ ليعمل له إناءً معلومًا بأجرٍ معلومٍ، أو جلدًا إلى خفَّافٍ؛ ليعمل له خُفًّا معلومًا بأجرٍ معلومٍ، فذلك جائز، ولا خِيار فيه[2]؛ لأن هذا ليس باستصناعٍ، بل هو استئجارٌ؛ فكان جائزًا.

فإن عَمل كما أُمر؛ استحَق الأجر، وإن أفسد، فله أن يضمِّنه حديدًا مثله؛ لأنه لمَّا أفسده، فكأنه أخذ حديدًا له، واتخذ منه آنيةً من غير إذنه، والإناء للصانع؛ لأن المضمونات تُملَك بالضَّمان»[3].

ولا ضَيْرَ من تسمية المقاولة استصناعًا، إذا ما تحقق فيها معناه، إذ

---

(١) تقدم تعريفه. يُنظَر: ٦٤.

(٢) أي: خِيار رؤية؛ لأن عقد الإجارة من العقود اللازمة، بخلاف الاستصناع فهو عقدٌ جائزٌ، وليس بلازمٍ عند جمهور الحنفية، وهو ما أراده الكاساني ﵀.

(٣) أبو بكر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ٥، ٤.

«لا مُشاحَّة في الاصطلاح» ما دام أنه لا يؤثر في النتائج والأحكام، و«العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»، وهما قاعدتان يُعمل بهما في الفقه الإسلامي(١).

ولقد أوضح الدكتور عَجيل النَّشْمي(٢) العلاقة بين عقد المقاولة بوصفه مصطلحًا قانونيًّا، وبين عقد الاستصناع بوصفه مصطلحًا شرعيًّا، فأفاد «أن المقاولة أعم، فهي تطلق على العقد بين رب العمل والمقاول، سواء أكانت مادة العمل أو أدواته من رب العمل أم من المقاول نفسه، في حين يرى أئمة الفقه الإسلامي أنها في الحالة الأولى تكون إجارةً، وفي الحالة الثانية تكون استصناعًا»(٣). كما تقدم ذكره آنفًا.

هـ ـ خصائص عقد المقاولة:

«١ ـ عقدٌ رضائيٌّ؛ فلا يشترط لانعقاده شكلاً خاصًّا، بحيث ينعقد بمجرد التراضي بين طرفيها... على العمل المطلوب تأديته من المقاول، وهو أحد المتعاقدين، والأجر الذي يتعهد به صاحب العمل، وهو المتعاقد الآخر.

---

(١) تقدم ذكرهما، يُنظَر: ٣٩.

(٢) دكتوراه في أصول الفقه من الأزهر، وعضو مجمع الفقه الإسلامي، وعضو هيئة الفتوى في وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، ورئيس رابطة علماء الشريعة بدول مجلس التعاون الخليجي. يُنظَر:

:http://www.dr-nashmi.com/ %D%٨A%٧D%٨٤%٩D%٨B%٣D٨%٩A%D%٨B
%١D%٨A٩-%D%٨A%٧D%٨٤%٩D%٨B%٠D%٨A%٧D%٨AA%D٨%٩A%D%٨A/٩

(٣) يُنظَر: د. النَّشْمي، عَجيل، «**عقد المقاولة**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤٢٥/١٤هـ/ ٢٠٠٤م)، ٩ ـ ٨٤، ٢، ٤٤.

٢ ـ عقد مُعاوَضةٍ، وذلك لأن كلًّا من طرفيه يأخذ مقابلاً لما يُعطي، فالمقاول يقوم بالعمل، ويقدم المواد اللازمة لهذا العمل، وصاحب العمل يدفع الأجر.

٣ ـ عقدٌ ملزِمٌ للجانبين بحيث يترتب منذ نشأته التزاماتٌ على عاتق كلٍّ من طرفيه...

٤ ـ عقد يَرِد على العمل؛ إذ الأداء الرئيسي في العقد مطلوبٌ من المقاوِل، وهو القيام بعملٍ معيَّنٍ... فإن الاعتداد في وصف العقد إنما يكون بالأداء الرئيسي لا المقابِل»[(١)]. والمقابِل هو الثمن؛ فهو لا يحتاج إلى وصف في العقد؛ لأنه من الأشياء المثليَّة[(٢)] التي تتساوى أفرادها في جنسها، بخلاف الأعمال فإنها تختلف من عمل لآخر.

ومما يمكن قوله تعقيبًا على البند الأخير: إذا كان عقد المقاولة موضوعه العمل، فإنه يكون بذلك عقد إجارةٍ ـ كما تقدم ـ، وهذا حينما تكون مواد البناء من حساب ربِّ العمل، وليس على المقاول غير العمل، بخلاف ما إذا تكفَّل المقاول بالمواد والعمل معًا، فحينئذ يكون العقد استصناعًا في صورة مقاوَلة، وتجري عليه أحكام الاستصناع.

و ـ صور عقد المقاولة:

لعقد المقاولة من حيث طرفاه صورٌ ثلاثٌ:

---

(١) يُنظَر: د. الشامِسي، جاسم، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤٢٥/١٤هـ/٢٠٠٤م)، ٨٥ ـ ١٣٦، ٢، ٩٢.

(٢) تقدم الكلام في المثليات، يُنظَر: ٨٠ ـ ٨١، ١١٥ ـ ١١٦.

«١ ـ فقد يُبرَم العقد مباشرة بين المستفيد والمقاول، وهي الصورة المعتادة.

٢ ـ وقد يُبرَم العقد الرئيس بين المستفيد والمقاول، ثم يُبرَم عقد آخر ـ أو عقود أخرى ـ بين المقاول الأصلي وغيره من المقاولين، وقد يطلق عليه عقد مقاولةٍ من الباطن، ويكون ذلك في حال استقلَّ المقاول الثاني بالمشروع استقلالاً تامًا، والعقد بهذا الوصف له حكم عقد الاستصناع وشروطه[١].

أما إذا لم يستغنِ المقاول الأول عن العقد، ولكنه استعان بخبراء ومهندسين وعمال منفِّذين[٢]، فإن هؤلاء ليسوا بمقاولين، وإنما هم أجراء، تَسْري عليهم أحكام الأجير المشترَك فحسب.

٣ ـ وقد يُبرِم المستفيد عقد مقاولةٍ مع مؤسسةٍ ماليةٍ، ثم تُبرِم هذه المؤسسة المالية عقودًا مع مقاولين يلتزمون بتنفيذ المقاولة التي تمَّ الاتفاق عليها مع المستفيد، وهو بوصفه هذا يدعى **عقد مقاولةٍ مُوازي**»[٣].

---

(١) ترتبط علاقة المقاول الثاني ـ من الباطن ـ بالمقاول الأول بناءً على أحكام عقد المقاولة الذي جرى بينهما، وهو عقد أصالةٍ لا وكالةٍ، في حين يكون المقاول الأول مسؤولاً أمام المستفيد ـ ربِّ المال ـ عن تصرفات المقاول الثاني بناءً على أحكام العقد الذي جرى بينهما، وكأن تلك التصرفات صادرةٌ عنه. يُنظَر: د. الزحيلي، وهبة، «**عقد المقاولة**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤٢٥/١٤هـ/٢٠٠٤م)، ٢١٠ ـ ٢٣٨، ٢، ٣١٨ ـ ٢١٩.

(٢) كالقائمين بأعمال الصَّبغ، أو الكهرباء، أو عمل الخُراسانات... د. الشامِسي، جاسم، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤، ٢، ١١٣.

(٣) د. الألفي، محمد، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤، ٢، ١٥٢ ـ ١٥٧. ولعل الصواب هنا: (موازٍ) بدل (موازي).

وهو بمعنى عقد الاستصناع الموازي، الذي تأتي دراسته والبحث فيه لاحقًا.

❊ ❊ ❊

۞ ثانيًا ـ حكم الاستصناع العَقاري المستقل:

يُلحَظ مما سبق أن تطبيقات الاستصناع العَقاري ـ أو صوَره ـ كلَّها أو جُلَّها إنما هي من مفرزات الواقع المعاصر، الذي يشهد تطوُّرًا عِمرانيًّا ظاهرًا لم يكون معهودًا من قبل، الأمر الذي فرض على الفقهاء المعاصرين أن يشمِّروا لبيان أحكام هذا النوع من الاستصناع، فكان منهم القائل بالجواز، وهو القول الأشهر، ومنهم القائل بالمنع، ولكلٍّ منهم دليله:

أ ـ الجواز:

١ ـ الفقهاء المعاصرون: ومنهم

❊ الدكتور حسين شحاتة:

فهو يقول: «في التمويل العَقاري بصيغة الاستصناع أجاز جمهور الفقهاء عقد بيع الاستصناع وعقد المقاولة[(١)]؛ لحاجة الناس إليهما، وقياسًا على بيع السَّلَم الذي أجازه[(٢)] رسول الله ﷺ، كما وضع الفقهاء مجموعةً

(١) تقدم من قريب بعض الفروق بين الاستصناع والمقاولة تحت عنوان: العلاقة بين الاستصناع العَقاري والمقاولة. يُنظَر: ٢٦٣ ـ ٢٦٧.

(٢) تقدمت أدلته وشروطه، تحت عنوان: الاستصناع سلَم، يُنظَر: ٧١ ـ ٧٥.

من الضوابط والمعايير الشرعية لضمان تنفيذه صحيحًا»[1].

*** الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله:**

وهو يقول: «ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصافٍ محددةٍ، فإن بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لا يمكن تسويغه إلا على أساس الوعد الملزِم بالبيع[2]، أو على عقد الاستصناع.

ويُعَدُّ العقد صحيحًا إذا صدرت رخصة البناء، ووُضعت الخريطة، وذُكرت في شروط العقد مواصفات البناء، بحيث لا تبقى جهالةٌ مفضيةٌ إلى النزاع والخلاف، وقد أصبح من السهل ضبط الأوصاف، ومعرفة المقادير، وبيان نوع البناء، سواءٌ بِيع البناء على الهيكل، أم مكسيًّا كامل الكُسوة، مع الاتفاق على شروط الكسوة، وأوصافها، من النوع الجيد أو الوسط أو العادي.

ويتِّم تسديد الثمن عادةً على أقساطٍ ذات مواعيدَ محددةٍ، وتُحتَسب الأقساط جزءًا من الثمن... أما مدة التسليم فيكون ذكرها عادةً على سبيل الاستعجال والتقريب الزمني، والحث على الإنجاز في وقتٍ معقولٍ؛ لأن

---

(١) د. حسين شحاتة ـ أستاذ بجامعة الأزهر ـ، «**صيغ التمويل العَقاري المعاصرة في ميزان الشريعة الإسلامية (الجائز والمنهي عنها شرعًا)**»، في:

(http://www.darelmashora.com).

(٢) تقدم الكلام في هذه المسألة تحت عنوان: مناقشة القول بأن الاستصناع وعدٌ ملزمٌ، يُنظَر: ٥٦ ـ ٥٩.

المتعاقدَين يقدِّران تمامًا مدى المشكلات والعوائق التي تعترض التنفيذ في وقتٍ محددٍ.

ويصعب تصحيح هذا العقد على أساس عقد السَّلَم؛ لأن الثمن يُشتَرط دفعه كله عند العقد...

وأما في مجال المقاولات التي يتم فيها عادةً الاتفاق على مدة التسليم والإلزام بغراماتٍ معينةٍ عند التأخير، فهو ـ أي التغريم ـ جائزٌ أيضًا، وداخلٌ تحت مفهوم ما يسمى قانونًا بالشرط الجزائي، وقد أقرَّه القاضي شُرَيْح، وأيده قرار هيئة كبار العلماء في السعودية سنة ١٣٩٤هـ، قال شُرَيْح[١]: من شرط على نفسه طائعًا غير مكرَه، فهو عليه»[٢].

*** د. مصطفى الخِنْ، د. مصطفى البُغا، علي الشّرْبجي:**

فإنهم يقولون: «نرى أنه يدخل في هذا الموضوع[٣] بيع الشُّقَق على الخارطة؛ فإنها إذا كانت منضبطة الأوصاف، معلومة المقادير الداخلة في الصنع للمتعاقدين، كالإسمنت والحديد ونحو ذلك، وسُلِّم الثمن كله في مجلس العقد، صحَّ العقد، والبيع من باب السَّلَم.

وإذا لم تنطبق شروط السَّلَم على العقد ـ وهذا هو الغالب في تعامل الناس، إذ إننا لا نجد مَن يدفع الثمن كله عند التعاقد، ولا يَعرف أحدٌ

---

(١) مضى قوله هذا، وما قيل فيه عند الحديث عن الشرط الجزائي من شروط عقد الاستصناع. يُنظَر: ٢٠٨ ـ ٢١٤.

(٢) د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٥، ٣٦٥٨.

(٣) عقد الاستصناع.

عنده أيضًا ما يُدخل في البناء من مواد الصنع ـ، كان ذلك عقد استصناع، واعتُبر العقد صحيحًا؛ طالما أن الناس يتعاملون بهذا، شريطة:

أن توضَّح مواصفات البناء عند التعاقد بحيث لا تبقى جهالةٌ تؤدي إلى النزاع.

وأن لا يكون في ذلك شيءٌ من الشروط الباطلة والفاسدة التي لا توافق شرع الله تعالى، وقد تعود على العقد بالبُطلان»[1].

إشكال وجواب:

يطرح الدكتور محمد رأفت سعيد[2] في الاستصناع العَقاري الإشكال الآتي:

«أن تكون مادة المستصنَع في ملك الصانع حين العقد؛ مثلاً لو استصنع رجل عِمارةً، فإن كانت مواد البناء من الحديد والأسمنت والطُّوب وغيرها من المواد موجودةً في ملك الصانع حين العقد، فهذه صورةٌ من صور الاستصناع، ينبغي علينا أن نركِّز عليها، لكنها ليست الصورة التي تمَّ العقد عليها؛ لأن العقد يتِم على الهيئة بعد عملها، على المادة بعد عملها بعمل العامل، أو بعمل الصانع.

الصورة الثانية المهمة، وهي أكثر تعاملات الناس عليها الآن، أن مادة

(١) د. مصطفى الخِنْ، د. مصطفى البُغا، علي الشّرْبجي، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، ٦، ٦٠ ـ ٦١.

(٢) أستاذ الشريعة والدراسات الإسلامية، ووكيل كلية الآداب/جامعة المُنوفية، وعضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.

المستصنَع ليست موجودةً في ملك الصانع حين العقد، فيتعاقد معه على بناء عِمارةٍ من عشرة أدوارٍ أو اثني عشر دَوْرًا، لم يكن في ملك الصانع أو المقاول حين المقاولة لا أسمنت ولا حديد ولا طوب، ولكنه يأتي بها بعد ذلك من السوق بعد أن يُصرَف إليه جزءٌ من الثمن، وكذلك في استصناع المُعدات الكبيرة أو الصغيرة من طائراتٍ أو سفنٍ فضائيةٍ أو سفنٍ بحريةٍ أو غيرها من المواد التي تستصنع، في الغالب أن المواد لا تكون في ملك الصانع حين العقد؛ إذن هي متعلقة بذمته.

على كل حال: الحنفية هم أقرب المذاهب إلى هذا، لكن مذهبهم لا يَحُل مشكلة الاستصناع التي وصفُها موجودٌ في السوق الآن، وعليه تعامل الناس.

لماذا لا يَحُله؟ لأنهم ـ الحنفية ـ قالوا: إن المستصنَع ـ أو مادة الاستصناع ـ عقدٌ على عينٍ ـ بعضهم قال: **عينٌ** ـ، [و]عندما عرَّفها قال بأنها عقدٌ على **موصوفٍ** في الذِّمة، أو مبيعٍ في الذِّمة، لكن عندما كيَّفها قال: هي عينٌ. والعين تختلف عن المتعلَّق بالذمة»[1].

لكن الباحث دُبْيان الدُّبْيان قدَّم لهذا الإشكال مخرجًا، يمكن إيجازه بالآتي:

«المراد بالعين عندهم [الحنفية] باعتبار ما سيكون، والذي حملهم على هذا أن كلًّا من العمل والعين متعلقان بالذِّمة، فحتى يبينوا أن المعقود

(١) د. سعيد، محمد رأفت، «**الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة**»، في **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، ٧ (١٤١٢/٧هـ/١٩٩٢م)، ٦٧٩ ـ ٧٢٨، ٢، ٧٧٠ ـ ٧٧١.

عليه هو العين بعقد الاستصناع، وأن العقد عقد بيع، وليس المعقود عليه هو العمل؛ فيكون العقد عقد إجارةٍ، أطلقوا كلمة (عين) على أمرٍ متعلِّق بالذِّمة، وهو اصطلاحٌ خاصٌّ؛ ولذلك يقول ابن عابدين عن عقد الاستصناع: بيع عينٍ موصوفةٍ في الذمة، لا بيعُ عملٍ، أي لا إجارةٌ على العمل.

فقوله: عينٌ موصوفةٌ في الذِّمة، هذا يُفصح عن الموضوع، وأن المراد بالعين: ليس ما يقابل الدين، وإنما المراد بالعين ما يقابل العمل (المنفعة)، وأن المقصود بالعين ليس هي مواد الخام، وإنما عينٌ سوف تتشكل بعد الاستصناع، والله أعلم».

٢ ـ المجامع والهيئات الفقهية: ومنها:

*** مَجْمَع الفقه الإسلامي:**

وهو التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي[(١)]، ومقره في مدينة جُدَّة السعودية، وقد صدر عنه قراران في حكم الاستصناع العَقاري:

---

(١) تأسست منظمة المؤتمر الإسلامي في الرباط في /٢٥/ أيلول/ ١٩٦٩م، إذ عُقد أول اجتماعٍ بين زعماء العالم الإسلامي بعد حريق المسجد الأقصى في /٢١/ آب/١٩٦٩م، حيث طُرح وقتها مبادئ الدفاع عن كرامة المسلمين متمثلةً في القدس وقُبَّة الصخرة. وتصف المنظمة نفسها بأنها الصوت الجماعي للعالم الإسلامي، وهي تجمع /٥٧/ دولة، وان كانت لا تضم كل الدول الاسلامية، وللمنظمة عضويةٌ دائمةٌ في الأمم المتحدة. تم تغيير اسمها إلى منظمة التعاون الإسلامي سنة ٢٠١١م. يُنظَر:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D9%86%D8%B8%D9%85%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%A7%D9%88%D9%86_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A
ويُنظَر: http://www.alriyadh.com/٦٤٥٩٣٣

○ القرار الأول:

«... قرار رقم (٦/١/٥٢) بشأن التمويل العَقاري لبناء المساكن وشرائها: إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجُدَّة، في المملكة العربية السعودية، من ١٧ إلى ٢٣ (شعبان) ١٤١٠هـ، الموافق ١٤ ـ ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: (التمويل العَقاري لبناء المساكن وشرائها)، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر:

١ ـ إن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان، وينبغي أن يوفَّر بالطرق المشروعة بمالٍ حلالٍ، وإن الطريقة التي تسلكها «البنوك» العَقارية والإسكانية ونحوها، من الإقراض بفائدةٍ قلَّت أو كثرت، هي طريقة محرَّمةٌ شرعًا؛ لما فيها من التعامل بالربا.

٢ ـ هناك طرق مشروعة يُستَغنى بها عن الطريق المحرَّمة لتوفير المسكن بالتملك (فضلًا عن إمكانية توفيره بالإيجار)، منها:

(أ) أن تقدم الدولة للراغبين في تملك مساكن قروضًا مخصصةً لإنشاء المساكن، تستوفيها بأقساطٍ ملائمةٍ بدون فائدة، سواءٌ أكانت الفائدة صريحةً، أم تحت ستار اعتبارها (رسم خدمة)، على أنه إذا دعت الحاجة إلى تحصيل نفقاتٍ لتقديم عمليات القروض ومتابعتها، وجب أن يُقتَصر فيها على التكاليف الفعلية لعملية القرض على النحو المبيَّن في الفقرة (أ)

من القرار رقم (١) للدورة الثالثة لهذا المجمع[١].

(ب) أن تتولَّى الدول القادرة إنشاءَ المساكن، وتبيعها للراغبين في تملُّك مساكن بالأجل والأقساط بالضوابط الشرعية المبينة في القرار (٦/٢/٥٣) لهذه الدورة.

(ج) أن يتولَّى المستثمرون من الأفراد أو الشركات بناء مساكن تباع بالأجل.

(د) أن تُملَّك المساكن عن طريق عقد الاستصناع ـ على أساس اعتباره لازمًا ـ وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساطٍ يُتَّفَق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميَّزوه عن عقد السَّلَم.

ويوصي:

بمواصلة النظر لإيجاد طرقٍ أخرى مشروعةٍ توفِّر تملُّك المساكن للراغبين في ذلك»[٢].

○ القرار الثاني:

«قرار رقم ١٢٩ (١٤/٣) بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره.

---

(١) يُنظَر: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، العدد ٣، ١، ٣٠٥.

(٢) **المصدر نفسه**، العدد ٦، ١، ١٨٧ ـ ١٨٨.

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) ٨ ـ ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ ـ ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاةً لأدلة الشرع وقواعده ومقاصده، ورعايةً للمصالح العامة في العقود والتصرفات. ونظرًا لما لأهمية عقد المقاولة ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالاتٍ واسعةٍ للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.

قرر ما يلي:

(١) عقد المقاولة: عقدٌ يتعهَّد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا، أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهَّد به الطرف الآخر، وهو عقدٌ جائزٌ سواءٌ قدَّم المقاوِل العمل والمادة، وهو المسمَّى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدَّم المقاول العمل، وهو المسمَّى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

(٢) إذا قدَّم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣)[١] بشأن موضوع الاستصناع.

(٣) إذا قدم المقاول العمل فقط، فيجب أن يكون الأجر معلومًا.

---

(١) يُنظَر القرار، مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، العدد ٧، ٢، ٧٧٧ ـ ٧٧٨. وبالرجوع إلى الأصل تبيَّن أن الصواب في رقم القرار هو: ٦٧ (٧/٣).

(٤) يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

أ ـ الاتفاق على ثمنٍ بمبلغٍ إجماليٍّ على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصفات المحددة بدقة[١].

ب ـ الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وَحدةٍ قياسيةٍ[٢]، يحدَّد فيها ثمن الوحدة والكمية، وطبقًا للرسومات والتصميمات المتفق عليها.

ج ـ الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة رِبْحٍ مئوية. ويَلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بياناتٍ وقوائمَ ماليةً دقيقةً ومفصَّلةً، وبمواصفاتٍ محددةً بالتكاليف، يرفعها للجهة المحدَّدة في العقد، ويستحق حينئذٍ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها[٣].

(٥) يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطًا جزائيًّا، بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروفٌ قاهرةٌ، ويطبَّق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم ١٠٩ (١٢/٣)[٤].

---

(١) وهو ما يتعلق بالمنشآت التي يصعب تجزئتها. يُنظَر: د. النَّشْمي، عَجيل، «**عقد المقاولة**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤/١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ٩ ـ ٨٤، ٢، ٦٠.

(٢) كالمتر المُربَّع، ونحوه. يُنظَر: د. وهبة الزحيلي، «**عقد المقاولة**»، ٢، ٢٢٢.

(٣) أفاد الدكتور وهبة الزحيلي أن مستند هذه الفقرة هو المذهب الحنبلي، وعزاه إلى المغني ـ ٥، ٢٦ ـ ٢٧ ـ قياسًا على مشروعية إعطاء نسبةٍ مئويةٍ من الربح في شركة المضاربة. يُنظَر: «**عقد المقاولة**»، ٢، ٢٢١. لكنْ قد يكون هذا قياسًا مع الفارق؛ ففي عقد المضاربة تكون النسبة من الربح الخالص، أما في عقد المقاولة فالربح نسبةٌ من رأس المال المصروف، يضاف إلى ما سبق ذريعة تلاعب المقاول في فواتير الصرف، أو تعمُّده شراء المواد بأغلى الأسعار؛ لأن ذلك يحقق له ربحًا أكبر!.

(٤) يُنظَر القرار، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، العدد ١٢، ٢، ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٦) يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساطٍ لآجالٍ معلومةٍ، أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.

(٧) يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.

(٨) إذا أجرى المقاوِل تعديلاتٍ أو إضافاتٍ بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجرةٍ، فللمقاول عِوَضُ مثلِه.

(٩) إذا أجرى المقاول تعديلاتٍ أو إضافاتٍ دون اتفاقٍ عليها، فلا يستحق عوضًا زائدًا على المُسمَّى، ولا يستحق عوضًا عن التعديلات أو الإضافات.

(١٠) يضمن المقاول إذا تعدَّى أو فرَّط أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها، ولا يضمن ما كان بسببٍ من ربِّ العمل، أو بقوةٍ قاهرةٍ.

(١١) إذا شرط رب العمل على المقاوِل أن يقوم بالعمل بنفسه، فلا يجوز له أن يتفق مع مقاولٍ آخر من الباطن[١].

(١٢) إذا لم يَشْرِط رب العمل على المقاوِل أن يقوم بالعمل بنفسه، جاز له أن يتفق مع مقاولٍ من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصودًا أداؤه من المقاول نفسه؛ لوصفٍ مميَّزٍ فيه مما يختلف باختلاف الأُجَراء[٢].

---

(١) ويسمى أيضًا: المُوازي، كما يأتي تفصيله في الفصل التالي.

(٢) كاستئجار ناسخٍ لمُصحفٍ أو كتابٍ، أو خطَّاطٍ لعمل إعلانات، أو طبيبٍ بعينه، ونحو ذلك مما يختلف باختلاف الأجراء. د. النَّشْمي، عَجيل، «**عقد المقاولة**»، في **مجلة مجمع**=

(١٣) المقاول مسؤولٌ عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تُجاه ربِّ العمل قائمةً وَفق العقد.

(١٤) لا يُقبَل في عقد المقاولة اشتراط نَفْيِ الضمان عن المقاول.

(١٥) يجوز اشتراط الضمان لفترةٍ محددةٍ.

(١٦) لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد...

والله أعلم»[1].

*** هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي:**

وقد صدر عنها بعض الفتاوى في موضوع المقاولة، فكان منها:

السؤال الآتي، وهو برقم (٦٤٩)، وموضوعه: **المقاولة على إقامة بناءٍ في أرض المالك**، ونصه:

«يتقدم إلينا بعض مُلاك الأراضي طالبين منا أن نقوم ببناء بعض

= **الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤/١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ٩ ـ ٨٤، ٢، ٦٩.

ويؤكد ما ذهب إليه الدكتور النَّشْمي قولُ ابن قُدامة ﷺ: فإن كانت الإجارة على عملٍ في الذِّمَّة لكنْ لا يقوم غير الأجير مَقامه ـ كالنَّسْخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط ـ، لم يكلِّف إقامةَ غيره مقامَه، ولا يَلزم المستأجِرَ قبولُ ذلك إن بذله الأجير؛ لأن العِوَض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه. عبد الرحمن بن قُدامة، **الشرح الكبير على متن المقنع**، ٦، ١١٣ ـ ١١٤.

(١) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، العدد ١٤، ٢، ٢٨٧ ـ ٢٨٩.

أراضيهم التي يمتلكونها، سواءٌ كان ملكًا كاملاً، أو بالشراء بالأجل، بشرط أن نتحمَّل جميعَ نفقات البناء، التي تشمل الإنفاق على تنفيذ المشروع، والاتفاقَ مع المقاول، والإشرافَ على تنفيذه للعمل حسب المواصفات المطلوبة، ثم استلامَ البناء بعد الانتهاء منه، وتسليمه لمالك الأرض.

ويتم الاتفاق بيننا وبين المالك على قيمةٍ مقطوعةٍ لإنهاء البناء وتسليمه إليه جاهزًا، على أن يدفع لنا ٢٥٪ من هذه القيمة مقدَّمًا وقبل البدء بالأعمال، والباقي على أقساطٍ شهريةٍ أو سنويةٍ، قد تمتد إلى ثلاث سنواتٍ، فما الرأي[١] الشرعي في ذلك؟.

الجواب:

يجوز لبيت التمويل عقد مقاولةٍ لإقامة بناءٍ لشخصٍ على أرضٍ مملوكةٍ له على نفقته بعد الاتفاق مع المالك على قيمةٍ مقطوعةٍ لهذا العمل، وعلى تسليم عُرْبون.

وللبيت [بيت التمويل الكويتي] أن يستعين بمن يشاء على سبيل المقاولة الثانية، ويطبَّق على كل مقاولةٍ شروط الاتفاق الخاصة بها، وهذا يعتبر من عقود الاستصناع. ولا مانع شرعًا من تأجيل دفع القيمة أو تقسيطها، وتوصي الهيئة باتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بحفظ حقوق بيت التمويل الكويتي، سواءٌ بالارتهان أو بالكفالة أو غيرها»[٢].

(١) الأَوْلى أن يقال: الحُكم الشرعي؛ لأن الآراء تصيب وتُخطئ، أما الشرع فليس للخطأ سبيلٌ إليه!.

(٢) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، ٢، ٢٧٩.

ويوجَّه بقاء العقد استصناعاً مع أن الأرض مملوكةٌ للمستصنع، وليس للصانع أو المقاول، يوجَّه ذلك «على اعتبار أن المستصنَع فيه هو المباني الموصوفة، وليس المكان المعيَّن»[1].

ويضاف إلى ذلك أن الأرض عَقارٌ ثابتٌ معزولٌ عن مواد البناء الخاصة بالمقاول، فما ينفقه على المشروع هو من ماله الخاص، فتحقق به واحدٌ من شروط المقاولة والاستصناع.

وفي موضوع **بيع المستصنَع قبل تمام صنعه** وُجِّه إلى هيئة الفتوى ـ سابقة الذكر ـ **السؤال** الآتي، وهو برقم: (٦٧١)، ونصه:

«هل يجوز لبيت التمويل الكويتي شراء شُقَّةٍ سكنيَّةٍ من صاحب عَقارٍ، وإعادة بيعها لعميلٍ، وهذه الشُقة تحت الإنشاء، ولكنها محددة السعر والمواصفات من حيث الحجم والمكان في العِمارة وعدد الغرف والمنافع الأخرى وتاريخ التسليم؛ على أن يكون الشراء في البداية بعقدٍ عُرْفيٍّ [غير موثَّقٍ رسميًّا]، يمكن توثيقه، ويتم نقل الملكية بعد الانتهاء من تشطيب الشُّقة؟.

الجواب:

لا يجوز بيع المستصنَع قبل تمامه، وترى الهيئة أنه يجوز تجزئة عقد الاستصناع، ومن ثَمَّ إعادة بيع الجزء الذي تم إنشاؤه على حِدَةٍ حتى تتِمَّ

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المنامة، ط، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ١٤٧.

العِمارة، على أن تُعرَض العقود على الهيئة»[1].

وفي الموضوع ذاته تم توجيه هذا السؤال إلى الهيئة السابقة، ورقمه (٤٧)، ونصه:

«ما الحكم الشرعي في بيع الشُّقَق السكنية التي لم يكتمل بناؤها مع توفر مواد البناء، ووجود الأرض المحددة للبناء عليها، والمخططات الكاملة؟.

الجواب: أصل الفكرة جائزةٌ، وتعتبر من قبيل عقد الاستصناع، وهو عقدٌ مشروعٌ»[2].

ولكن قد يتوهَّم البعض أن ثَمَّةَ تعارضًا بين الجوابين السابقين، وليس الأمر كذلك؛ فبيع المستصنَع قبل تمامه لا يجوز في حق المستصنِع ـ كما ورد في السؤال السابق ـ، وليس الأمر كذلك في حق الصانع؛ فالشرع أجاز للصانع بيع ما سوف يصنعه خلافًا للقياس، وما جاز على خلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس، كما نصت القاعدة الأصولية[3]؛ وعليه فلا يأخذ بيع المستصنِع حكم بيع الصانع قبل إتمام المصنوع واستلامه.

وفي مسألةٍ مشابهةٍ لبيع المستصنِع للمستصنَع قبل تسلُّمه أجابت هيئة الفتوى ذاتها عن السؤال (١٥٩)، وهو في حكم بيع بضاعة السَّلَم ـ المسلَم

(١) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، ٢، ٢٩٦.

(٢) **المصدر نفسه**، ١، ٧٩ ـ ٨٠.

(٣) تقدم ذكرها، يُنظَر: ١١٦.

فيه ـ من قِبَل المُسلِم ـ ربِّ المال ـ قبل أن يستلمها، أجابت بالآتي:

«إن بيع المسلَم فيه قبل قبضه لا نعلم في تحريمه خلافًا. هكذا نُقل عن المغني[1] لابن قُدامة[2]، وهو كتابٌ معتمَدٌ عند العلماء جميعًا؛ لصحة نُقولِه.

والحكمة في ذلك من مثل هذا التصرُّف مما يُثقل كاهل المستهلِكين؛ لأن الصفقة إذا تداولتها الأيدي بالملك قبل الحيازة، تتحمَّل أرباحَ كل بائعٍ، ويتحمل الجميعَ المستهلكُ دون غيره.

وأيضًا فإن هذا النوع من التصرف في الحقيقة من قبيل الربا؛ لأنه يؤول إلى أنه بيع نقدٍ بنقدٍ متفاضِلاً، وبيان ذلك: أن المشتري الأول قد دفع نقدًا، ثم قبل أن يحوز البضاعة باعها بربحٍ، وهكذا فليس في المسألة إلا بيع الدراهم بالدراهم، والدينار بالدينار متفاضلاً، وهو الربا، وهذا ما فهمه

(١) اقتبسته الهيئة، **المغني**، ٦، ٤١٥.

(٢) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة... شيخ الإسلام موفَّق الدين أبو محمد المقدسي الجمَّاعيلي ثم الدمشقي الصالحي الحنبلي، صاحب التصانيف. ولد بقرية جَمَّاعيل [قريبة من القدس] في شعبان سنة (٥٤١هـ/١١٤٦م)، وهاجر فيمن هاجر مع أبيه وأخيه، وله عشر سنين، وحفظ القرآن، واشتغل في صغره... وارتحل إلى بغداد والمَوْصل ودمشق، وسمع من علمائها. وكان إمامًا، حُجةً، مفتيًا، مصنِّفًا، متفننًا، متبحِّرًا من العلوم، كبير القدر. له تصانيف كثيرة في الفقه وغيره، ومن أشهرها: المغني، والكافي، والمُقنع، والعُمدة، وجميعها في الفقه الحنبلي. مات بدمشق سنة (٦٢٠هـ/١٢٢٣م). يُنظَر: أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (٧٤٨هـ/١٣٤٦م)، **تاريخ الإسلام ووَفَيَات المشاهير وَالأعلام**، حققه د. بشار عوّاد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط١، ٢٠٠٣م، ١٣، ٦٠١ ـ ٦٠٣، ٦٠٧.

ابن عباس ﷺ في نهيه ﷺ عن بيع ما لم يُقبَض»[(١)].

ووجِّه إلى الهيئة السابقة **السؤال** الآتي ـ وهو برقم: (٦٦٣) ـ: «على من تقع تَبِعة الهلاك للمواد والأعمال في عقد المقاولة؟.

الجواب:

١ ـ الأعمال المنجَزة التي تم تسليمها[(٢)] من قِبل المالك إذا هلكت تكون تبعة هلاكها على المالك؛ لانتقال ضمان الهلاك إليه بتسلُّمه لها من المقاول.

٢ ـ الأعمال التي لم يستلمها المالك لعدم إنجاز المقاول لها، يكون هلاكها على ضمان المقاول؛ لأن العمل لا يزال في ذِمَّته، ولم يسلَّم للمالك»[(٣)].

ب ـ المنع:

ويمثل هذا الاتجاهَ صالحُ بن العُثَيْمين ﷺ فهو يقول جوابًا عن سؤالٍ في بيع العَقار على الخارطة: «... أما إذا لم يُبْنَ، فهذا علَّة العِلل؛ لأنه:

أولاً: ليس قائمًا.

---

(١) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، ١، ١٦٤. وما عزته الهيئة إلى عبد الله بن عباس ﷺ اقتبسته من، نيل الأوطار [للشوكاني]، ٥، ٢٥٦ ـ ٢٥٩.

(٢) لعل الصواب: تسلُّمها، كما دل السياق.

(٣) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، ٢، ٢٩٠.

ثانياً: رأيْنا أنَّ بعض الناس يلعب بعقول الناس وأموالهم، يَجْبِي الأموال الكثيرة على أنه سيُقيم في هذا مشروعًا، ثم تبقى السنوات بعد السنوات، والناس يطالبونه، وهو يماطل؛ إما لأنه أشغل الدراهم بشيءٍ آخر، وإما لأن المؤونة كثُرت وشَقَّت، أو لغير ذلك، ولهذا نرى أن بيع البيوت والدَّكاكين[1] التي لم تُعْمَر لا يجوز، وما الذي جعله يستعجل؟! ينتظر!.

أما أن يبيعها وهي لم تقم بعدُ، يحصل بهذا مشاكل[2]، وكم من أناس جاؤوا يَشْكون بمثل هذا، يقولون: نحن تبرَّعنا وساهمنا، وما زلنا نطالب صاحب المشروع بإقامته، وهو يماطل!. فتحصُل بهذا مشاكل، وتتعطل دراهم الناس عند هذا الرجل؛ فلهذا ننهى عن ذلك، ونقول: الحمد لله! لا تستعجل، تأنَّ، وإذا تأنّيت، فالغالب أن في التأنِّي السلامة»[3].

ج ـ الترجيح:

حاصل ما اعتمد عليه ابن العُثَيْمين ﷺ في حكمه بعدم جوازه بيع العَقار على الخارطة، هو مبدأ سد الذرائع؛ بمعنى أن كل ما أدى إلى الحرام فهو حرامٌ، والواقع يشهد بحصول حالاتٍ كثيرةٍ من التحايل وأكل أموال الناس بالباطل من جَرَّاء هذا البيع، وما يَعْقُبه من تنازعٍ وتخاصمٍ، وهي أمورٌ محرَّمةٌ شرعًا بلا خلاف.

---

(١) فارسي مُعرَّب، وهي الحَوانيت. يُنظَر: محمد الرازي، **مختار الصحاح**، ١٠٦.

(٢) ويقال: مُشكلات، ولعل هذا هو الأفصح.

(٣) (فتاوى ودروس الحرم)، شريط (٢)، وجه (ب)، دقيقة ٣٧. ٢٠. يُنظَر:
http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=١٤٦٢٣٩

لكن الاحتراز من تلك الذرائع؛ باختيار المقاوِل المشهود له بالعدالة والأمانة، مع إحكام العقد وضبطه بالشروط والمواصفات المطلوبة، وبوجود قضاءٍ عادلٍ؛ يعطي كل ذي حقٍّ حقه، فذلك كله كفيلٌ بأن تزول معه تلك الموانع أو الذرائع، أو تَضيق دائرتها إلى حدٍّ مقبولٍ، والقاعدة تقول: «إذا زال المانع، عاد الممنوع»[1]، أي عاد الممنوع مباحًا بعدما زال عارضُه المحرِّم.

مع ما في الحكم بجواز هذا النوع من البيع من مصالح مرجوَّةٍ: من تنشيطٍ لتقلُّبات الأموال، وتفعيلٍ لليد العاملة، وتيسيرٍ لكل من لا يقدر على دفع ثمن العَقار جملةً واحدةً من أصحاب الدخل المحدود، ونحوهم من متوسطي الدخل، أو مَن دونهم، والله تعالى أعلم.

أما قوله ﷺ بأن البناء ليس قائمًا، أي عند إنشاء العقد، فهو يقصد بذلك أنه بيع للمعدوم، وهو غير جائز.

ويمكن أن يقال جوابًا عنه: يلتحق بيع العَقار على الخارطة ببيع الموجود الموصوف؛ لحاجة الناس إليه، ولما جرت عليه عادتهم، كما تقدم بسطه من قبل[2].

(١) سبق الاستدلال بهذه القاعدة مع بيان مصدرها. يُنظَر: ١٢٨.

(٢) يُنظَر: ١١٧ ـ ١٢٨ عند مناقشة: الاستصناع بيع المعدوم...

المبحث الثالث
الاستصناع الفكري المستقل

۞ أولاً ـ تعريف الاستصناع الفكري:

تقدَّم تعريف عقد الاستصناع، وإن الفارق بين الاستصناع الفكري وما سواه من عقود الاستصناع يكمُن في موضوع العقد أو محلِّه، فالاستصناع الفكري محلُّه ما يُنتجه الفكر من إبداعٍ في مختلِف الأصعدة، فطالبُ العمل الفكري بمقابلٍ ماديٍّ مستصنِعٌ، والمفكِّر المبدع صانعٌ، وما ينتجه هذا الأخير هو المستصنَع، وما قيل سابقًا في شروط الاستصناع وضوابطه يقال في الاستصناع الفكري أيضًا؛ فأغنى السابق عن اللاحق.

۞ ثانيًا ـ أهمية الاستصناع الفكري:

إذا كانت العقود تُعرَف أهميتها من متعلقاتها وآثارها، فينبغي أن يكون الاستصناع الفكري في مقدمة عقود الاستصناع، وذلك لما للأفكار من دورٍ مهمٍّ ومؤسِّسٍ في كل عملية تصنيعٍ!.

وهذا ما فطِن له، ونبَّه إليه الفقيه أبو الحسن الماوردي، فقد قال ﵀ في أهمية الاستصناع الفكري ما نصه: «تنقسم [الصناعة] أقسامًا ثلاثةً: صناعة فكرٍ، وصناعة عملٍ، وصناعةٌ مشتركةٌ بين فكرٍ وعملٍ؛ لأن الناس

آلاتٌ للصناعات، وأشرفهم نفسًا متهيِّئٌ لأشرفها جنسًا، كما أن أرذلهم نفسًا متهيِّئٌ لأرذلها جنسًا؛ لأن الطبع يبعث على ما يلائمه، ويدعو إلى ما يُجانسه... **وأشرف الصناعات صناعة الفكر**»[1].

۞ ثالثًا ـ صور الاستصناع الفكري:

تزداد أهمية الاستصناع الفكري، وتتعدد صوره ومجالاته بتطوُّر معاش الناس، وتشابُك علاقاتهم: الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، والاتصالاتية، وما سواها.

وانطلاقًا مما سبق فإن الاستصناع الفكري فرض نفسه في ساحة التعامل، وبرزت مشكلاته التي فَرضت على علماء الدين ورجال القانون أن يجعلوا له تأصيلاً، ويفرضوا له ضوابطه وشروطه حسمًا لكل نزاعٍ محتمَلٍ.

ولعل من أبرز صور الاستصناع الفكري ما يأتي:

أ ـ الاستصناع في الدراسات الإسلامية والفقهية:

ومنه إعداد البحوث والفتاوى التي تطلبها مجامع البحوث الإسلامية والفقهية ـ بصفتها شخصيةً اعتباريةً ـ من بعض العلماء الأَكْفاء لاعتمادها ونشر أحكامها، كالمَجْمع الفقهي بمكة المكرمة، التابع لرابطة العالم الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي في مدينة جُدَّة، الذي يتبع لمنظمة

(١) أبو الحسن علي بن محمد الماوردي (٤٥٠هـ/١٠٥٨م)، **أدب الدنيا والدِّين**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ١٨٢.

المؤتمر الإسلامي[1].

ومنه أيضًا تلك العقود التي تُجريها دور النشر مع بعض الفقهاء والمفكرين؛ لتصنيف كتبٍ في موضوعاتٍ شتَّى، يقول محمد رشيد رضا[2] ﷺ: «... شأن المؤلِّف... شأن الصانع، يُعاقِد على عمل شيءٍ موصوفٍ بصفاتٍ معينةٍ بثمنٍ معيَّنٍ... فهذا الاشتراك في الكتُب والجرائد من قبيل ما يُعرَف في الفقه بالاستصناع»[3].

مسألة: ثَمَّةَ سؤالٌ يعرض نفسه هنا، ألا وهو: هل يدخل في عقد

---

(١) تغيَّر اسم المنظمة مؤخَّرًا إلى: منظمة التعاون الإسلامي، ولا يزال مجمع الفقه تابعًا لها، وقد تقدم الكلام في حيثيات هذا التغيير أو التعديل، يُنظَر: ٢٧٥.

(٢) ابن علي رضا... القَلَموني، البغدادي الأصل، الحُسيني النسب، أحد رجال الإصلاح الإسلامي. من الكتَّاب العلماء بالحديث والأدب والتاريخ والتفسير. وُلد ونشأ في القَلَمون من أعمال طرابلس الشام، وتعلم فيها، وفي طرابلس. وتنسَّك، ونظم الشعر في صباه، وكتب في بعض الصحف، ثم رحل إلى مصر، فلازم الشيخ محمد عبدُه، وتتلمذ له... ثم أصدر مجلة المَنار؛ لبثِّ آرائه في الإصلاح الديني والاجتماعي. وأصبح مرجع الفتيا في التأليف بين الشريعة والأوضاع العصرية الجديدة... وأنشأ في مصر مدرسة (الدعوة والإرشاد)، ثم قصد سورية في أيام الملك فيصل بن الحسين، وانتُخِب رئيسًا للمؤتمر السوري فيها. وغادرها إلى مصر على أثر دخول الفرنسيين إليها سنة (١٩٢٠م)، ثم رحل إلى الهند والحجاز وأوربا، وعاد فاستقر بمصر إلى أن توفِّي فيها، ودُفن بالقاهرة. أشهر آثاره: مجلة المنار، وتفسير القرآن الكريم، ولم يكمِّله، وتاريخ الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده، والوحي المحمدي، ويُسْر الإسلام وأصول التشريع العام... وللأمير شكيب أرسلان كتاب في سيرته سماه: السيد رشيد رضا أو إخاء أربعين سنة. امتدت حياته ﷺ من (١٢٨٢ ـ ١٣٥٤هـ/١٨٦٥ ـ ١٩٣٥م). يُنظَر: خير الدين الزِّرِكْلِي، **الأعلام**، ٦، ١٢٦.

(٣) رضا، محمد رشيد، «**الانتقاد على محمد فريد أفندي وجدي**»، في **مجلة المنار**، ١٠ (٦، ١٣٢٥هـ/١٩٠٧م)، ٤٥٦ ـ ٤٨٠، ٤٦٧.

الاستصناع الفكري ما تُجريه بعض الهيئات الخيرية من مسابقاتٍ لاختيار أفضل كتابٍ يقدَّم إليها في موضوعٍ محدَّدٍ مقابل مبلغٍ محددٍ يناله الفائز الأول؟.

والجواب في نظري المتواضع أن ذلك لا يُعَدُّ استصناعًا، وذلك لجهالة أحد طرفي العقد عند الإعلان عن المسابقة، وأعني به الفائز بالجائزة، والذي هو بمثابة الصانع لكنه مجهولٌ في عداد المتسابقين، ويبقى على ذلك حتى تحكم لجنة التحكيم بأن كتابه هو الأفضل.

وعدم دخول هذا النوع من العمل في عقد الاستصناع لا يعني أنه لا يجوز مطلقًا ما دام أنه يدخل تحت أصلٍ شرعيٍّ، كأن تكون الجائزة قد تبرَّع بها أحد المحسنين تشجيعًا منه للبحث والإنتاج العلمي النافع!.

ب ـ الاستصناع التعليمي والتربوي:

كأن تتعاقد وزارة التربية والتعليم مع بعض العلماء المختصين لأجل تأليف كتبٍ في شتى العلوم؛ لتقررها في مناهج التعليم، أو كتب أخرى في طرائق التدريس، بعد أن تتفق معهم على أجرٍ معلومٍ.

ويدخل في ذلك إمضاء عقود الاستصناع لإنتاج الوسائل التعليمية والتربوية ـ أو ما يُعرَف بوسائل الإيضاح ـ مع أصحاب المهارات، كالمصوَّرات والرسوم والخرائط ونحوها؛ مما يكون عونًا للطلاب في فَهْم دروسهم؛ لما لها من دورٍ مهمٍّ وبارزٍ في تقريب العلم المجرد أو النظري إلى ما هو واقعٌ ومحسوسٌ.

ج ـ الاستصناع الهندسي:

ويدخل في هذا الاستصناع عموم الهندسات: المدنية، والمِعمارية، و«الكهربائية»، و«الميكانيكية»، والزراعية، وذلك بأن يتقدم المستصنِع ـ فردًا كان أو شركةً أو دولةً ـ إلى المهندس المختص ـ أو إلى مكتبٍ هندسيٍّ ـ؛ ليقدم دراسته أو مخططه لمشروعٍ محدَّدٍ بمقابل أجرٍ معلومٍ؛ ليكون بهذا الوصف هو الصانع.

د ـ الاستصناع الاقتصادي:

ومنه إعداد الدراسات والبحوث من رجال الاقتصاد المختصين إلى الجهات المَعنيَّة ـ عامةً كانت أو خاصةً ـ، وهي تتناول مسائل اقتصادية تتعلق بحركة الأموال، وسير التجارات، والصادرات والورادات، ووضع الحلول للأزمات الاقتصادية، وتضخُّم الأموال، وما سوى ذلك مما هو معلومٌ عند أهل الاختصاص.

وفي القرآن الكريم قصة نبي الله يوسف ـ على نبينا وعليه الصلاة والسلام ـ، وكيف قدَّم لملك مصر دراسةً مُحكَمةً في الاقتصاد؛ أنجتْ أهل مصر من مجاعةٍ محقَّقةٍ، ولو أنه كان قد طلب على ذلك أجرًا، لكنا أمام عقد استصناعٍ!.

أما الآيات الكريمة في هذا السياق فهي في قول الله تعالى: ﴿قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأَبًا فَمَا حَصَدتُّمْ فَذَرُوهُ فِي سُنۢبُلِهِۦٓ إِلَّا قَلِيلًا مِّمَّا تَأْكُلُونَ ﴿٤٧﴾ ثُمَّ يَأْتِي مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ سَبْعٌ شِدَادٌ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ لَهُنَّ إِلَّا قَلِيلًا مِّمَّا تُحْصِنُونَ ﴿٤٨﴾

﴿ثُمَّ يَأۡتِي مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ عَامٞ فِيهِ يُغَاثُ ٱلنَّاسُ وَفِيهِ يَعۡصِرُونَ ٤٩﴾ [يوسف].

هـ ـ الاستصناع الاجتماعي:

ويتمثل هذا النوع من الاستصناع بما تطلبه الهيئات والحكومات من علماء الاجتماع من تقديم دراساتٍ وبحوثٍ وخططٍ حول شريحةٍ اجتماعيةٍ معيَّنةٍ؛ لتكون عونًا على تأمين مصالحها، وتحقيق أهدافها بكل يُسْرٍ ومرونةٍ.

ومن ذلك دراسة الأحوال الاجتماعية في المجتمع، وما يمكن أن يعكِّر صفوها من مشكلاتٍ، وتقديم الحلول المناسبة في حال وقوعها، فهناك الطلاب في مدارسهم، والأيتام في دور كفالتهم، وأوضاع الطفل والمرأة، ومعالجة الإدمان، ونحوها مما هو معلومٌ لدى أصحاب الاختصاص.

و ـ الاستصناع الصحي:

وهو ما يقدمه الأطباء من بحوثٍ طبيةٍ في موضوعاتٍ معيَّنةٍ، تخدُم الصحة العامة، أو تعالج وباءً طارئًا، أو تقدِّم الوسائل الوقائية لأمراضٍ محتملةٍ، لجهةٍ محدَّدةٍ ـ حكوميةٍ أو خاصةٍ ـ بأجرٍ معلومٍ، وبضوابطَ محددةٍ.

ويدخل في ذلك البحوث التي يُطلَب إعدادها في الطِّب البيطري، وكذلك ما يطلب من علماء البيئة من بحوثٍ تخدُم الصحة البيئية، وتحافظ على سلامتها، وتُرشِد إلى ما يمكن أخذه من احترازاتٍ في حال حصول أي تلوُّثٍ بيئيٍّ.

ز ـ الاستصناع الإعلامي:

ويدخل في هذا النوع من الاستصناع إعداد برامجَ إذاعيةٍ أو «تلفزيونية»، وكل ما يمكن عرضه في القنوات الفضائية مما ينفع الناس، ولا يكون في عرضه مخالفاتٌ شرعيةٌ، أو إخلالٌ بالآداب الاجتماعية.

ومنه أيضًا استصناع وسائل الدعاية والإعلان، مثل اللافتات بشتى أنواعها، سواءٌ منها المعلَّق على الجُدُر، أو المطبوع في الجرائد والصحف، وكذلك بطاقات الدعوة في المناسبات، والبطاقات والأختام التي تعرِّف بأصحابها، وأماكن قرارهم، والبرامج الالكترونية، إلى ما هنالك من أمثلةٍ ونماذجَ كثيرةٍ جدًّا.

۞ رابعًا ـ حكم الاستصناع الفكري:

بدايةً لا بد من التنبيه إلى أن الاستصناع الفكري ليس له علاقةٌ بموضوع حقوق التأليف أو حقوق الطباعة والنشر، التي أفرد لها العلماء المعاصرون بابًا مستقلًّا، اختلفت فيه أنظارهم وفتاواهم[1]، فهذه المسألة تعدُّ لاحقةً ومتأخِّرةً عن عقد الاستصناع، وليست محلًّا فيه فيما أعلم، والله تعالى أعلم.

---

(١) يُنظَر: رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة**، ١٩٢ ـ ١٩٥، وقد رجَّح مجلس المجمع الرأي القائل بأن حق التأليف ملكٌ لصاحبه؛ فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه. وهو ما رآه مجمع الفقه الإسلامي في جُدَّة، يُنظَر: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة الخامسة لمؤتمر المجمع، الكويت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م، العدد ٥، ٣، ٢٥٨١.

فالاستصناع الفكري عقدٌ يقدِّم بموجبه المفكِّر أو المبدع ـ الصانع ـ منتوجًا إلى جهةٍ معيَّنةٍ بأجرٍ معلومٍ، وهذه الجهة تتفق معه على طريقة التعامل مع بحثه: نشرًا أو حفظًا.

يؤكد ما سبق ما جاء في أحد قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، وهذا نصه: «أما المؤلِّف أو المخترِع الذي يكون مستأجَرًا من إحدى دور النشر؛ ليؤلِّف لها كتابًا، أو من إحدى المؤسسات؛ ليخترع لها شيئًا لغايةٍ ما، فإن ما يُنتجه يكون من حق الجهة المستأجِرة له، ويُتَّبع في حقه الشروط المتفق عليها بينهما مما تقبله قواعد التعاقد»[(١)].

والأمر اللافت في القرار أنه عدَّ المؤلِّف أو المخترع مستأجَرًا، ولم يبيِّن أهو أجيرٌ خاصٌّ أم مُشتَركٌ[(٢)]؟ وهل يمكن توصيفه بأحدهما في التكييف الفقهي؟.

وكما تقدم[(٣)] فإن الفقهاء يفرِّقون بين عقد استئجار الصانع، وبين عقد الاستصناع، إذ الأول محله عمل الصانع فيما يملكه المستأجِر، كمن قدم حديدًا للحداد ليصنع له بابًا، والمستأجِر في مسألة المؤلِّف أو المخترع لا يملك من ذلك شيئًا، فالأفكار لا تزال مخزونةً لدى كل منهما، وهي غير مملوكةٍ للمستأجِر أصلاً.

---

(١) رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة**، ١٩٤.

(٢) تقدَّم بيان الفرق بينهما. يُنظَر: ٦٤ ـ ٦٥.

(٣) يُنظَر: ٦٥.

فكان الأصوب أن يسمي المجمع كلًّا من المؤلِّف والمخترِع صانعًا بدل أجيرٍ، وأن يسمي العقد الذي يؤسَّس مع أحدهما استصناعًا بدل أن يكون إجارةً، إلا إذا كان المجمَع يقصد بالإجارة كون المؤلف ـ أو المخترع ـ أجيرًا خاصًّا عند الجهة التي يعمل لديها، كأن يكون موظفًا لدى دار نشرٍ بدوامٍ معلومٍ، وأجرٍ معلومٍ؛ لأجل التأليف حين الطلب، والله تعالى أعلم.

ومن الفتاوى ذات الصلة بالاستصناع الفكري فتوى صادرةٌ عن هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، وكانت جوابًا عن سؤالٍ في استصناع المطبوعات، ويقول السؤال:

«هل يجوز شراء مطبوعاتٍ بمواصفاتٍ يُتَّفق عليها، والتسليم مؤجَّلٌ، والثمن مقدَّمٌ مسبَقًا مع تخفيض الثمن مقابل تأجيل الاستلام؟.

الجواب: يجوز شراء مطبوعاتٍ منضبطةٍ، يُتَّفق عليها مع تأجيل التسليم إلى أجلٍ معلومٍ، أما الثمن فيجوز هنا تعجيله ـ كما هو الحال في السَّلَم ـ، كما يجوز تأجيله لوجود الصناعة؛ فيكون من قبيل عقد الاستصناع الذي لا يُشترَط فيه تعجيل الثمن تشبيهًا بالإجارة، ولا مانع شرعًا أن يكون الثمن مخفَّضًا بسبب تأجيل استلام البضاعة، بل هو الغالب في هذه البيوع»[1].

مسألة: يحسن ختم هذا المبحث بهذه المسألة المعاصرة، التي تولَّى

(١) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، ١، ١٤٥.

طرحها والإجابة عنها الدكتور محمد سليمان الأشقر ﷾، وهي في موضوع استصناع العُملات الورقية، وهل يجوز تأخير دفع أثمانها إلى وقت استلامها دون الوقوع في الربا؟.

يقول الدكتور الأشقر: «أما استصناع العُملات الورقية فالأمر فيها سهلٌ، فإذا احتاج «البنك» المركزي إلى طباعة (١٠) ملايين ورقةٍ نقديَّةٍ مثلاً، وكلَّف بذلك إحدى الشركات المختصة على أساس عقد الاستصناع، فلا فرق بين ذلك وبين طباعة (١٠) ملايين بطاقة معايدة مثلاً، فكلاهما جائزٌ دون تحفُّظٍ، وليس فيها شبهة ربا؛ لأن هذه الأوراق النقدية ليس لها أية قوةٍ ثمنيةٍ قبل أن يتسلمها «البنك» المركزي ممن قام بطبعها؛ لأن قوتها الثمنية إنما تأخذها من اعتراف «البنك» المركزي بها، وهو لا يعترف لها بقيمةٍ قبل استلامها وإدخالها في سجلاته وخزائنه تمهيدًا لطرحها للتداول، فمتى فعل ذلك، أصبح لها قوةٌ ثمنيةٌ، ودخلتها أحكام الربا، والله أعلم.

هذا رأيٌ مبدئيٌّ، وليس فتوى نُفتي بها...»[1].

(١) د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ١، ٢٤٤.

الفصل الثاني
الاستصناع الموازي

تمهيد:

أفرز هذا التطور السريع، والتوسع العريض، والطموح الزائد في إقامة المشروعات الصناعية والعَقارية، أفرز معاملاتٍ جديدةً لم تكن معروفةً في العهود الفقهية السابقة، فكان منها الاستصناع الموازي، فما الاستصناع الموازي؟ وما صورته؟ وما أهميته؟ وما حكمه؟.

وهو ما سيتِم بحثه في ثلاثة مباحث:

* صورة الاستصناع الموازي وأهميته.
* حكم الاستصناع الموازي.
* مسائل في الاستصناع الموازي.

المبحث الأول

صورة الاستصناع الموازي وأهميته

۞ أولاً ـ تعريف الاستصناع الموازي:

هو: «عقدُ استصناع سلعةٍ معيَّنةٍ، محدَّدة الصفات، تنطبق مواصفاتها على السلعة والبضاعة التي يكون قد استصنعها في العقد الأول دون ربطٍ بين العقدين»[(١)].

«ويُلْحَظ أن تسمية الموازي تدل على عدم الربط [بين العقدين]، لأن الخطَّيْن المتوازيين لا يلتقيان»[(٢)].

هذا، وإن للاستصناع الموازي بعض المصطلحات المرادفة له، منها: الاستصناع بالباطن، و«استصناع الصانع، والمقاولة بالباطن»[(٣)]، والقاعدة الفقهية تقول: «لا مُشَاحَّةَ في الاصطلاح»، كما تقدم من قبل[(٤)].

---

(١) د. عبد الله الطيّار، د. عبد الله المطلق، د. محمد الموسى، **الفقه الميسَّر**، ١٠، ٥٤. ويُنظَر: د. وهبة الزحيلي، «**عقد المقاولة**»، ٢١٩ ـ ٢٢٠.

(٢) هيئة **بنك التقوى**، سويسرا، رقم الفتوى ٨.

(٣) عبد الله طاهر، **العقود المضافة إلى مثلها**، الرياض، دار كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م، ٦.

(٤) يُنظَر: ٣٩.

۞ ثانيًا ـ صورة عقد الاستصناع الموازي، وإجراءات تنظيمه:

أ ـ صورة عقد الاستصناع الموازي:

أما صورته فيلخصها الدكتور محمد جبر الألفي[1] بقوله:

«قد يُبرَم العقد الرئيس بين المستفيد والمقاوِل، ثم يُبرَم عقدٌ آخر، أو عقودٌ أخرى بين المقاوِل وغيره من المقاوِلين الذين يلتزمون بصنع شيءٍ، أو أداء عملٍ من أعمال المقاولة الأولى.

وقد يُبرِم المستفيد عقد مقاولةٍ مع مؤسسةٍ ماليةٍ، ثم تُبرِم هذه المؤسسة المالية عقودًا مع مقاولين، يلتزمون بتنفيذ المقاولة التي تم الاتفاق عليها مع المستفيد»[2].

بناءً على ما سبق فالاستصناع الموازي إما أن يكون تامًّا، وإما أن يكون جزئيًّا، ويكون تامًّا حينما تقوم الجهة المموِّلة لمشروع المستفيد ـ بوصفها صانعًا ـ بالتعاقد مع الصانع الحقيقي ـ فردًا كان أو شركةً ـ على تنفيذ مضمون العقد كله بلا زيادةٍ ولا نقصانٍ.

كما يكون استصناعًا موازيًا جزئيًّا، وذلك حينما تتعاقد تلك الجهة المموِّلة ـ فردًا كانت أو مؤسسةً ـ لمشروع المستفيد مع أكثر من جهةٍ صانعةٍ لتنفيذ مضمون عقد الاستصناع الذي وقَّعته مع المستفيد.

---

(١) أستاذ في المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.

(٢) د. الألفي، محمد، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤، ٢، ١٥٢ ـ ١٥٧.

وعليه يمكن تصوُّر الاستصناع الموازي بالآتي:

أن يَعقد صاحب مشروع ـ صناعيًّا كان المشروع أم عَقاريًّا ـ مع المصرِف ـ أو مع جهةٍ ماليةٍ أخرى ـ عقد استصناعٍ، يكون فيه صاحب المشروع مستصنِعًا، والمصرِف صانعًا، ثم يقوم المصرِف بتوقيع عقد استصناعٍ آخر مع صانعٍ حقيقيٍّ، بحيث يكون مضمون العقد بينهما إنتاج مصنوعٍ يحمل المواصفات ذاتها التي تضمنها العقد الأول، مع مراعاة أجل تسلُّم المصنوع المضروب في العقد الأول.

وبذلك يكون المصرِف قد أخذ دور الصانع مع العاقد الأول، ودور المستصنِع مع الصانع الحقيقي في العقد الثاني.

وبعد أن يقبِض المصرِف المادة المصنَّعة قبضًا شرعيًّا، بوصفها مملوكةً له، يقوم هو بتسليمها إلى صاحب المشروع الذي أمضى معه العقد الأول.

أما الثمن فهو في الأغلب يكون مؤجَّلاً في العقد الأول، ومعجَّلاً وأقلَّ من الثمن الأول في العقد الثاني، وبذلك يحقق المصرِف ربحًا مشروعًا ناتجًا عن بيع وشراء بما فيه من غُنْمٍ وغُرْمٍ، ويستغني بذلك عن الأرباح الرِّبوية التي تنشأ عن القرض المباشِر.

ثم إن عقد الاستصناع الموازي بالنظر إلى محله قد يكون استصناعًا عَقاريًّا يتعلق بالأراضي وما يُشاد عليها، أو ما يُرَمَّم فيها، وقد يكون صناعيًّا يتصل بالصناعة والتصنيع بكل مجالاته.

أما عقد الاستصناع الموازي من حيث الجهة الممولة له، فإنه إما أن

يكون مصرِفيًّا، بأن يكون المصرِف طرفًا فيه، وإما أن يكون غير مصرِفي؛ بأن تتولى الإنفاق عليه أي جهةٍ ليست بمصرِف.

وبناءً على ماسبق، وللمزيد من التوضيح؛ فإن عقد الاستصناع الموازي يؤسَّس من ثلاث جهاتٍ:

١ ـ جهةٍ طالبةٍ للعمل (المستصنِع).

٢ ـ جهةٍ منفِّذةٍ (الصانع أو المقاوِل).

٣ ـ جهةٍ مموِّلةٍ (المصرِف في الأغلب).

وتتميز الجهة الأخيرة عن سابقتيها بأن مسؤوليتها العَقْديَّة مزدوجةٌ، فهي ترتبط مع كلٍّ منهما بعقد استصناعٍ منفصلٍ عن الآخر، دون أن يكون بين الجهتين الأولى والثانية أي ارتباطٍ أو التزامٍ عَقْدي.

ب ـ إجراءات تنظيم عقد الاستصناع الموازي:

وأما الإجراءات التنظيمية التي ينبغي مراعاتها عند إنشاء عقد الاستصناع الموازي، فقد رسمها الدكتور أحمد جابر بدران للمصرِف الإسلامي بالآتي:

«أ ـ يتقدم المتعامل «للبنك» الإسلامي بطلب استصناع سلعةٍ معيَّنةٍ بكميَّاتٍ، ومواصفاتٍ محدَّدة.

ب ـ يقوم «البنك» بدراسة هذا الطلب:

من الناحية الاقتصادية: تحليل السوق للسلعة المطلوبة من جميع

الجوانب: العَرْض والطلب الحالي والمحتمَل، [و]المنتجين الأساسيين للسِّلْعة، والقيود والضوابط في التعامل بها...

ومن الناحية الائتمانية: الجدارة الائتمانية للمتعامل.

ج ـ بعد الانتهاء من الدراسة السابقة بقرار التعامل في هذه السلعة مع منتِجٍ معيَّنٍ، وتوفيرها للمتعامل، يتِم استيفاء الأوراق والمستندات من المتعامِل، ومنها الضمانات التي يطلبها «البنك».

د ـ يتِم الاتفاق مع المتعامِل على سعر الصفقة ـ الثمن الذي سيدفعه «البنك» للمُنتِج الأصلي مضافًا إليه رِبح «البنك» ـ، والكمية، وميعاد التسليم.

هـ ـ يتم الاتفاق مع المنتج على شراء المصرِف للسلعة الموصوفة من جميع الجوانب، ومنها الكميات والمواصفات وموعد التسليم، والضمانات المطلوبة من المنتِج للوفاء بالتزاماته في موعدها.

و ـ يتم توقيع عقد بيع السِّلعة بين المصرِف والمتعامِل وَفْق المواصفات السابقة، وبالسعر الذي يتضمن رِبْح «البنك» في العملية، ويحدَّد التسليم في موعدٍ متزامنٍ أو لاحقٍ للموعد المحدد في الاتفاق مع المنتِج.

ز ـ في الموعد المحدَّد يتسلَّم «البنك» السِّلعة، ويجوز له أن يوكِّل المتعامِل في تسلُّمها نيابةً عن «البنك»، والذي من حقه التأكد من مطابقة المبيع للمواصفات التي طلبها في عقد الاستصناع مع «البنك»»[1].

(١) **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، ٨٤ ـ ٨٥. ويُنظَر: د. حسين حسان، وآخرون، **فتاوى هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية لبنك دُبَي الإسلامي**، د. م، د. ت، دار البشائر الإسلامية، ١، ٣٧٠ ـ ٣٧١.

وتلك الاجراءات ـ وكل ما في معناها ـ وإن كانت شكليةَ في ظاهرها؛ إلا أنه لا بدَّ منها كإجراء احترازي؛ تتحقق معه آثار العقد بكل يُسْرٍ ومرونةٍ. وأَلفِت هنا إلى أن الاستصناع غير الموازي أو المستقل قد تقدم بسط الكلام فيه بأقسامه الثلاثة: الصناعي والعَقاري والفكري[1].

❁ **ثالثًا ـ أهمية عقد الاستصناع الموازي**: وتتجلى في النقاط الآتية:

أ ـ تأمين احتياجات غير القادرين:

يقول الدكتور محمد جبر الألفي: «قد يحتاج شخصٌ ـ طبيعيٌّ أو معنويٌّ[2] ـ لعملية إنشاءٍ أو تعميرٍ، كبناء مسكنٍ أو مصنعٍ أو مجمَّعٍ تجاريٍّ، وليس لديه التمويل الكافي الذي يمكِّنه من التعاقد مع أحد المقاوِلين؛ فيلجأ إلى مؤسسةٍ ماليةٍ تقوم بهذه العملية عن طريق تعاقدها مع مَن تتعاقد معهم من المقاوِلين والمهندسين على أساس المواصفات والتصاميم المبيَّنة في العقد المُبرَم بين المؤسسة المالية والمستفيد، وبعد إتمام العمل تتسلَّمه المؤسسة المالية، وتقوم بتسليمه إلى المستفيد...»[3].

ب ـ منافسة المصارف الربوية:

لقد تناول مصطفى الزرقا المسألة هذه، وكان مما قاله فيها: «إن عقد

---

(١) يُنظَر: ٢٤٥ ـ ٢٩٨.

(٢) ويسمى أيضًا: شخصًا اعتباريًّا، وقد تقدم الكلام في الشخصية الاعتبارية، يُنظَر: ٢٥٤ ـ ٢٥٦.

(٣) د. الألفي، محمد، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤، ٢، ١٥٨.

الاستصناع لم يبقَ محصورًا ـ كما كان في الماضي ـ في نطاق الحاجات الفردية الشخصية، التي كانت هي العامل الأساسي في وجوده وتعارفه حين يحتاج الشخص إلى شيءٍ بمواصفاتٍ خاصةٍ، لا توجد عادةً في المتداوَل العام من السِّلَع، بل... أصبح من الممكن أن ينطلق عقد الاستصناع إلى آفاق المصنوعات في نطاقها الواسع في عصر الانفجار الصناعي هذا، وبالكميات الضخمة الهائلة من المصنوعات المِثْلية[1] التي تنقلها التجارة إلى مختلِف بلاد العالم...

أهمية الاستصناع في طريق الاستثمار الإسلامي اليوم كبيرةٌ جدًّا؛ إذا مورس بخبرةٍ تجاريةٍ وبصيرةٍ في الأسواق، وأن مدى أهميته هذه واسعٌ غيرُ محدودٍ، وفي طريقٍ إسلاميٍّ سليمٍ، ونقول: (إذا مورس الاستصناع بخبرةٍ تجاريةٍ وبصيرةٍ في الأسواق)؛ لأن «البنوك» الإسلامية اليوم ـ التي هي مصبُّ المدَّخَرات لكثيرٍ من المسلمين الملتزمين؛ لأجل استثمارها بواسطة هذه «البنوك» الإسلامية، بطرقٍ بعيدةٍ عن الربا وشُبُهاته ـ قد أهملت الطريق الذي خُلقت لأجله، وهو أن تكون تجارةً مضارِبةً تَنْطح في الأسواق، وتتصيَّد الفرص المناسبة التي تَرْصُدها بمنظارٍ وعيونٍ مفتَّحةٍ في الأسواق على الأسعار والسِّلَع، ويكون لها مخازن ومعارض ككل مُتاجِرٍ برأس ماله، ومُضارِبٍ مشارِكٍ بعمله؛ فتَجني أرباحًا مضاعفةً عن سعر الفائدة الذي تربحه «البنوك» الرِّبوية في قروضها.

وهكذا تَضرب المثلَ الصالح للنظام الإسلامي في طريق المشاركة

(١) تقدَّم الكلام في معنى الأشياء المِثْليَّة، يُنظَر: ٨٠ ـ ٨١، ١١٥ ـ ١١٦.

الذي يباركه الله بدلاً من طريق التمويل الربوي المشؤوم...»[1].

ولقد تقدم بعض الكلام في أهمية الاستصناع المستقل؛ وما قيل هناك يمكن أن يقال هنا أيضًا؛ فالاستصناع الموازي يُسهم إلى حدٍّ كبيرٍ في تنشيط الصناعة، وتحجيم البَطالة؛ بإتاحة فرصٍ للعمل والتوظيف والإدارة.

كما تبرز أهميته بإغناء السوق المحلية بما يلبي حاجة الناس من المصنوعات، وهو ما يغنيهم عن الاستيراد من الخارج، الذي غالبًا ما تكون كلفته أكبر، على ما فيه من مخاطرَ محتمَلةٍ، وضرائبَ متوقَّعةٍ في النقل والتوريد.

كما أن الطاقة المالية لدى المصارف تكون ـ في الأغلب ـ أعظم من طاقة الأفراد، فما يعجِز عنه الصانع الفرد، يكون ميسَّرًا لدى المصرِف، وربما كان المصنوع عنده أرخص؛ لأن قدرته على الإنتاج ـ كمًّا وكيفًا ـ أكبرُ من طاقة الفرد.

وإن أغلب عقود الاستصناع الموازي تكون المصارف الإسلامية طرفًا فيه، وإذا كان المصرِف يقبل أن يكون له عملاء مستثمرون كما هو الحال في الشركات المساهِمة، فإن ذلك من شأنه أن يغني كثيرًا من أفراد المجتمع، كما يكون أيضًا هو البديل المشروع عن ادخار الأموال في المصارف الربوية.

---

(١) **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة**، محاضرةٌ (١٢) ضمن سلسلة محاضرات العلماء البارزين، مقدمةٌ في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، التابع للبنك الإسلامي للتنمية، ٢٩ ـ ٣٠.

وما قيل في أهمية عقد الاستصناع العَقاري المستقل يقال أيضًا في العقد الموازي منه، فهو «يؤدي إلى حل الأزمات الإسكانية، إذ يطلب المستصنِع مسكنًا معيَّنًا بمواصفاتٍ ومقاييس يحددها حسب رغبته وحاجته، ويدفع من ثمنها، أو لا يدفع إلا بعد الاستلام على أقساطٍ محدَّدةٍ، حسب استطاعته، وبذلك تخِف الأزمات الإسكانية أو تنعدم، وهذا يؤدي بدوره إلى الرَّفاهِ الاجتماعي، ورواج التجارة، ونشاط وحركة الأيدي العاملة»[1].

ج ـ توسيع النشاط الصناعي:

يقول الدكتور أحمد جابر بدران ما ملخصه: «يعتبر عقد الاستصناع وسيلةً فعَّالةً في تنمية وتوسيع النشاط الصناعي، ومن ثَمَّ المساهمة في تدعيم الاقتصاد القومي، وذلك من خلال الجوانب التالية:

١ ـ تشجيع الطلب على المنتجات الصناعية:

وذلك لإمكان عقد الصفقات على شراء تلك المنتجات بأنواعها على أساس دفع الثمن في المستقبل دُفعةً واحدةً، أو على أقساطٍ، فلا يقف عدم توافر الثمن في الحال عائقًا يَحول دون إتمام تلك الصفقات، وهو ما يؤدي إلى ارتفاع حجم الطلب الفعَّال؛ بما يُسهِم في رفع مستوى النشاط الاقتصادي، وتوفير مجالات توظيف الموارد الاقتصادية المعطَّلة، وإحداث الرَّواج الاقتصادي، واتِّساع الأسواق.

---

(١) د. سعود الثبيتي، «**الاستصناع**»، ٢، ٦٧١.

٢ ـ توفير التمويل للأنشطة الصناعية، واستقرار الأسعار:

وذلك عندما يدفع طالب السلعة ثمنها مقدَّمًا، وهذا ما يوفِّر للمنتِج تغطية تكاليف كافة العملية الإنتاجية، وبذلك تُتاح الفرصة للأنشطة الصناعية للنمو والازدهار، واستغلال الطاقات الإنتاجية، واستقرار ظروف الإنتاج، وأسعار السِّلَع الصناعية.

٣ ـ تدعيم التخصص الصناعي:

وذلك؛ لأن من شروط صحة عقد الاستصناع: أن يكون محل التعاقد سِلْعةً تجري فيها الصَّنعة، وهذا الشرط لا يتوفر إلا بالتخصص في إنتاج تلك السِّلَع، وهو بدوره يؤدي إلى الكفاءة في استخدام الموارد الاقتصادية، والمساهمة في التقدم «التكنولوجي» في الصناعة.

٤ ـ المساهمة في استغلال الموارد الاقتصادية:

لا يُشترَط لصحة عقد الاستصناع أن يتولَّى الصانع تصنيع السلعة محلِّ التعاقد، بل يلتزم بتوفيرها بالمواصفات والكمية، وفي الأجَل المحدد في العقد، ومن شأن ذلك أن يسمح بدخول أطراف أخرى في العملية كالمقاوِلين والوسطاء والمسوِّقين والمروِّجين؛ مما ينتج عنه توسيع الأنشطة الاقتصادية والصناعية، التي لم تُعتبَر في الماضي سِلَعًا صناعية، كصنعة تغليف المواد الزراعية وحفظها، وتمويل المرافق والخِدْمات العامة التي تدخلها الصنعة في أي مرحلةٍ من مراحلها، مثل إنشاء الطرق والسدود والمشافي والمصانع ونحوها، مما يُسهم في ازدهار النشاط الاقتصادي،

وبالتالي استغلال الموارد الاقتصادية للمجتمع في أنشطةٍ إنتاجية.

٥ ـ القضاء على البَطالة، واكتساب المهارات:

وذلك من خلال استغلال الموارد التي تدخل ضمن عقد الاستصناع، وتوجيه الأيدي التي يمكن استخدامها والاستفادة منها إلى الصناعة.

٦ ـ رفع الحرج والمشقة عن المكلفين:

ويكون ذلك من خلال إشباع رغباتهم الشخصية؛ بتوفير السِّلَع الصناعية التي يحتاجونها»[(١)].

(١) يُنظَر: **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، ٥٤ ـ ٥٨. ويُنظَر: أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الاقتصادية، د. سعود الثبيتي، «**الاستصناع**»، ٢، ٦٧٠ ـ ٦٧١.

المبحث الثاني

حكم الاستصناع الموازي

الاستصناع الموازي عقدٌ مباحٌ[1]، فهو في ذلك كحكم الاستصناع المستقل، كما تبين من قبل، وكل ما في الأمر أن الاستصناع المستقل عقدٌ واحدٌ، بينما الاستصناع الموازي عقدان مستقلان، وما جاز بالإفراد لا يَحْرُم بالتعدد والتَّكرار.

وقد جاء في كتاب الفقه الميسَّر: «يجوز التعامل بعقد الاستصناع الموازي؛ لأنه عقدٌ مستقلٌّ لا علاقة له بالعقد الأول، وهو عقدٌ جديدٌ اقتضته حاجة الناس في الوقت المعاصر...»[2].

وما جاز في حق الأفراد فإنه يجوز في حق المؤسسات المالية بوصفها شخصيةً اعتباريةً، يمكنها التعاقد مع الآخرين ممثَّلةً بهيئتها الإدارية، وعليه فإنه «يجوز أن تُجري المؤسسة بصفتها صانعًا عقد استصناعٍ مع عميلٍ بثمنٍ مؤجَّلٍ، وتتعاقد مع صانعٍ أو مُقاوِلٍ للشراء منه بالاستصناع

(١) المباح ـ في أشهر تعريفاته ـ هو: ما خُيِّرَ فيه بين الفعل والترك. إبراهيم الشاطبي، **الموافقات**، ١، ٢٣٣. وكثيرًا ما يعبَّر عن المباح بالجواز. والكلام هنا بناءً على قواعد المذهب الحنفي، بخلاف الجمهور ـ المالكية والشافعية والحنابلة ـ الذين لا يبيحون الاستصناع إلا سلَمًا.

(٢) د. عبد الله الطيّار، د. عبد الله المطلق، د. محمد الموسى، **الفقه الميسَّر**، ١٠، ٥٤.

الموازي لمصنوعاتٍ أو مَبانٍ بنفس المواصفات بثمنٍ حالٍّ، بشرط عدم الربط بين العقدين»[(١)]. كما سيأتي في شروط الجواز.

ويمكن تأصيل مادة هذا المبحث بالنقاط التالية:

۞ أولاً ـ مستنَد الحكم بجواز عقد الاستصناع الموازي:

يستند حكم جواز الاستصناع الموازي على أن الأصل في عقد الاستصناع المستقل عدمُ تعيُّن الصانع، إلا أن يكون ذلك مشروطًا، يقول المرغيناني ﵀: «... إذا شَرَط [المستصنِع] على الصانع أن يعمل بنفسه، فليس له أن يستعمل غيره، وإن أطلق له العمل، فله أن يستأجِر مَن يَعمله»[(٢)]. أي: يستأجِر على عمل المصنوع محلِّ العقد.

وفي كتاب المُغْني لابن قُدامة ﵀ فصلٌ بعنوان: «يَتقبَّل العملَ من الأعمال، يُقَبِّلُه بأقلَّ من ذلك؛ أيجوز له الفضل؟... وقياس المذهب جواز ذلك، سواءٌ أعان فيها بشيءٍ، أو لم يُعِنْ؛ لأنه إذا جاز أن يُقَبِّلَه بمثل الأجر الأول أو دونه، جاز بزيادة عليه، كالبيع، وكإجارة العين»[(٣)].

ومعنى العبارة[(٤)] أن المستأجَر على عملٍ ما، كخياطة ثوبٍ ـ مثلاً ـ له أن يستأجِر على خياطته خيَّاطًا آخر بأقلَّ من أجرته، ويربح هو المبلغ

---

(١) حسام الدين عفانة، **يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة**، ٣٠٤.

(٢) علي المرغيناني، **بداية المبتدي**، ١٨٧.

(٣) عبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٥، ٣٥٦.

(٤) يُنظَر: **المكان نفسه**.

الفاضل، سواءٌ أكان عمل في الثوب قبل أن يدفعه إلى الأجير الثاني شيئًا ـ كتقطيعه أو خياطة بعضه ـ أم لم يعمل، وسواءٌ أقدَّم له شيئًا من أدوات خياطته ـ كالخيط والإبرة ـ أم لم يقدِّم له من ذلك شيئًا.

وكذلك الأمر في الاستصناع الموازي حينما يُحوِّل الصانع عمله إلى صانعٍ آخر، بثمنٍ أقلَّ أو مساوٍ أو أكثرَ من المتفق عليه في العقد الأول، إلا أن يمنع الصانعَ من ذلك شرطُ المستصنِع؛ ليكون هو بعينه الذي يباشر مضمون العقد، كما صرحت بذلك عبارة المرغيناني ﵀ السابقة.

ويمكن أيضًا القول بجواز الاستصناع الموازي تخريجًا على عقود: الوديعة والإيجار والوكالة، وفي ذلك يقول الدكتور جاسم الشامِسي[(١)] «...جاء في (عِقْد الجواهر الثمينة)[(٢)] لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس[(٣)]:... وله [للوديع، ويقال: المودَع] أن يودِع عند العجز عن الرد إلى المالك.

---

(١) جاسم علي سالم الشامِسي، أستاذ قانون المعاملات المدنية، ووكيل كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات.

(٢) مكان الاقتباس، ٢، ٧٢٢.

(٣) الشيخ، الإمام، العلامة، شيخ المالكية، جلال الدين، أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس... الجُذامي، السَّعدي، المصري، المالكي، مصنف كتاب: الجواهر الثمينة، في فقه أهل المدينة، جوَّده، ونقَّحه، وسارت به الرُّكْبان. ودرَّس بمصر، وأفتى، وتخرج به الأصحاب، وكان مقبلاً على الحديث، مُدمِنًا للتفقه فيه، ذا ورعٍ، وتَحَرٍّ، وإخلاصٍ، وتَأَلُّهٍ [تعبُّدٍ]، وجهادٍ. وبعد عَوْده من الحج امتنع من الفتوى إلى حين وفاته، وكان من بيت حِشْمة وإمْرة [إمارة]. مات غازيًا بثَغْر «دِمْياط» سنة (٦١٦هـ/١٢١٩م) ﵀. يُنظَر: محمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ٢٢، ٩٨ ـ ٩٩.

وجاء في حكم المستأجِر من الباطن أنْ ذكر ابن قُدامة[1]: يجوز للمستأجِر أن يؤجِّر العين المؤجَّرة إذا قبضها، نص عليه أحمد، وهو قول... الشافعي وأصحاب الرأي[2]...

وقد ذكر ابن رجب الحنبلي[3] بأن إجارة المستأجَر جائزةٌ على المذهب الصحيح بمثل الأجرة وأكثرَ وأقلَّ...

وجاء في المادة /٥٨٦/ من مجلة الأحكام العدلية: للمستأجر إيجار المأجور لآخر **قبل القبض** إن كان عَقارًا، أما إن كان منقولاً، فلا.

---

(١) مكان الاقتباس، **المغني**، **ويليه الشرح الكبير**، ٦، ٥٣.

(٢) هم أهل العراق، هم أصحاب أبي حنيفة النعمان بن ثابت... وإنما سُمُّوا أصحاب الرأي؛ لأن أكثر عنايتهم بتحصيل وجهِ القياس، والمعنى المستنبَط من الأحكام، وبناءِ الحوادث عليها، وربما يقدِّمون القياس الجلي على آحاد الأخبار. أبو الفتح، محمد بن عبد الكريم الشهرستاني (٥٤٨هـ/١١٥٣م)، **المِلَل والنِّحَل**، حققه أمير مهنا، وعلي فاعور، بيروت، دار المعرفة، ط٣، ١٩٩٣م/١٤١٤هـ، ١، ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

(٣) مكان الاقتباس، **القواعد لابن رجب الحنبلي**، ١٩٧، القاعدة، ٨٧.
أما ابن رجب فهو: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي، ثم الدمشقي الحنبلي، الحافظ زين الدين، وُلد ببغداد سنة (٧٣٦هـ/١٣٣٥م)، مَهَر في فنون الحديث، وصنَّف: شرح الترمذي، فأجاد فيه في نحو عشرة أسفار، وشرح قطعة كبيرة من [صحيح] البخاري [١٥ كتابًا: من كتاب الإيمان إلى كتاب السهو من أصل ٩٧ كتابًا، وأسماه: فتح الباري]، وشرح الأربعين للنووي، وله كتاب اللطائف في وظائف الأيام، وطبقات الحنابلة، وكان صاحب عبادةٍ وتهجُّدٍ... وكان قد ترك الإفتاء بآخرةٍ... وكان لا يخالط أحدًا، ولا يتردد إلى أحدٍ، مات في رمضان سنة (٧٩٥هـ/١٣٩٣م) رحمه الله. يُنظَر: أبو الفضل، أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، **إنباء الغُمْر بأبناء العُمْر**، حققه د. حسن حبشي، القاهرة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ط، ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م، ١، ٤٦٠ ـ ٤٦١.

وفي عَقْد الوكالة جاء في (الكافي)[1] لابن قُدامة المقدسي: وإن أذن لوكيله في توكيل آخر، فهما وكيلان للموكِّل، لا ينعزل أحدهما بعزل الآخر، ولا يمكن للأول عزل الثاني...

كل ما ذكرناه يؤيد فكرة جواز نقل العقد من المتعاقِد إلى الآخر ومشروعيته، وأيضًا مشروعية المقاولة من الباطن»[2]. وهي بمعنى المُقاوَلة الموازية، أو الاستصناع الموازي، كما تقدم ذكره.

۞ ثانيًا ـ الفتاوى المعاصرة بجواز عقد الاستصناع الموازي:

ذهب أغلب العلماء المعاصرين، ومعظم المجامع الفقهية، وهيئات الفتوى والرَّقابة الشرعية إلى جواز التعامل بالاستصناع الموازي، وفيما يلي عرضٌ لبعض ما جاء منها في ذلك مع بعض التعليقات حين اللزوم:

أ ـ مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي:

ومما جاء في القرار «رقم ١٢٩ (١٤/٣) بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره.

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة المؤتمر

---

(١) مكان الاقتباس، ٢، ٢٥٠، وأضاف إليه: **فتح القدير**، ٨، ١٣، **المجموع شرح المُهَذَّب**، ١٤، ٢١٤ [للمطيعي]، **بُلْغة السالك لأقرب المسالك** للشيخ أحمد الصاوي المالكي، ٢، ٧٢٦.

(٢) د. الشامِسي، جاسم، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤، ٢، ١١١ ـ ١١٣.

الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قَطَر) ٨ ـ ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ ـ ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م...

قرر ما يلي:...

إذا لم يَشْرِط ربُّ العمل على المقاوِل أن يقوم بالعمل بنفسه، جاز له أن يتفق مع مقاولٍ من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصودًا أداؤه من المقاول نفسه؛ لوصفٍ مميَّزٍ فيه مما يختلف باختلاف الأُجَراء»[(١)].

ب ـ هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي:

وكان حكمها بجواز الاستصناع الموازي في الجواب عن السؤال الآتي:

«إذا كانت هناك مُعِدَّاتٌ مملوكةٌ لإحدى الشركات، وتعاقدت هذه الشركة مع بيت التمويل في تركيبها بثمنٍ متفقٍ عليه، ومن جهةٍ أخرى يتعاقد بيت التمويل الكويتي مع أحد المقاوِلين في تركيب هذه المعدات بثمنٍ معيَّنٍ؛ فهل يجوز القيام بمثل هذا العمل شرعًا؟.

الجواب: إن القيام بمثل هذا العمل جائزٌ شرعًا، لا غبارَ عليه ما دام أن هناك انفصالاً تامًّا بين العقدين...»[(٢)].

---

(١) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، العدد ١٤، ٢، ٢٨٩. وللمزيد من البيان في مسألة تعيُّن الصانع، يُنظَر: ٢٨٠ من هذه الأطروحة.

(٢) **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، د. م، ٢، ١٩٧.

ومما جاء عنها أيضًا:

«التاريخ ٢٥ ذو القعدة ١٤٣٣هـ/ الموافق ١١ أكتوبر ٢٠١٢م.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمةً للعالمين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد،

اطَّلعت الهيئة الشرعية على هيكلة وعقدِ منتَج الاستصناع المقدَّم من بيت التمويل الكويتي ـ البحرين ـ وعلى شروطه وأحكامه، والمستخدمِ في تمويل العَقارات المراد إنشاؤها في المستقبل، أو التي في قيد الإنشاء، أو التي بدأت الإنشاء وتعثرت وبحاجةٍ لبدايةٍ جديدةٍ، أو استصناعِ غير العَقارات من المنقولات، ويكون ذلك بناءً على مخطَّطٍ ومواصفاتٍ معيَّنةٍ للعَقار، أو غير العَقار المراد استصناعه، فيقوم بيتك[1] بإبرام عقد الاستصناع مع العميل، وتحديد قيمته، وطريقة سدادها، وتاريخ تسليم المستصنَع، وبناءً عليه يتعاقد بيتك مع مقاولين بالباطن؛ لاستصناع طلب العميل دون ربطٍ بين العقدين، ويمكن أن يكون المقاول من اختيار العميل، كما يمكن أن يتولى العميل الإشراف على تنفيذ العمل، سواءٌ كان بأجرٍ أو بغير أجرٍ، فإذا سلَّم المقاوِل المستصنَع لبيتك، سلَّمه بيتك للعميل.

وعليه ترى الهيئة جواز العمل بهذا المنتَج.

هذا والله أعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

---

(١) بيتُك: اختصار لجملة: بيت التمويل الكويتي، والكلمة هذه مُتداوَلة جدًّا في الكويت.

الشيخ الدكتور/ عَجيل جاسم النَّشْمي، رئيس الهيئة الشرعية.

الشيخ الدكتور/ خالد مذكور المذكور[1]، عضو الهيئة الشرعية.

الشيخ الدكتور/ محمد عبد الرزاق الطَّبْطَبائي[2]، عضو الهيئة الشرعية»[3].

ج ـ مؤتمر المُستجِدَّات الفقهية في معاملات «البنوك» الإسلامية:

«ومن توصيات وفتاوى مؤتمر المستجِدات الفقهية في معاملات «البنوك» الإسلامية، المنعقد بالمركز الثقافي الإسلامي ـ الجامعة الأردنية، من ٢١ ـ ٢٣ ذو القعدة ١٤١٤هـ:

... يرى المؤتمر جواز استعمال السَّلَم الموازي، والاستصناع الموازي

---

(١) دكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الأزهر ١٩٧٨م، رئيس اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالكويت [سابقًا]، وعضو هيئه التدريس في كلية الشريعة بالكويت، وعضو اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت. يُنظَر:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D%٨AE%D%٨A%٧D%٨٤%٩D%٨AF_%D%٨A%٧D%٨٤%٩D%٨٥%٩D%٨B%٠D%٨٣%٩D%٨٨%٩D%٨B١

(٢) دكتوراه في الفقه وأصوله من جامعة محمد بن سعود الإسلامية، عميد كلية الشريعة سابقًا، عضو هيئة الفتوى في دولة الكويت، وعضو الهيئة الشرعية لبيت الزكاة، وبيت التمويل الكويتي. يُنظَر:
http://site.islam.gov.kw/eftaa/Fatwa/CurrentFatwa/Pages/CurrentFatwa٠٩.aspx
وهو الآن رئيس اللجنة العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية في الكويت.

(٣) **فتاوى هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية لمنتجات بيت التمويل الكويتي ـ البحرين**، د. م، د. ت، ٢٦.

مع مراعاة عدم الربط التعاقدي بين العقدين في السَّلَم والاستصناع، وعدم إساءة استعمال هاتين الصيغتين؛ باتخاذهما ذريعةً للمحظور»[1].

د ـ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية:

وقد صرحت بالآتي:

«يجوز أن تُبْرِم المؤسسة بصفتها **مستصنِعًا** عقد استصناعٍ مع الصانع للحصول على مصنوعاتٍ منضبطةٍ بالوصف المُزيل للجهالة، وتدفع ثمنها نقدًا عند توقيع العقد؛ لتوفير السيولة للصانع، وتبيع لطرفٍ آخر بعقد استصناعٍ موازٍ مصنوعاتٍ تلتزم بصنعها بنفس مواصفات ما اشترته، وإلى أجلٍ بعد أجل الاستصناع الأول، وهذا بشرط[2] عدم الربط بين العقدين...

يجوز أن تُجري المؤسسة بصفتها **صانعًا** عقد استصناعٍ مع عميلٍ بثمنٍ مؤجَّلٍ، وتتعاقد مع صانعٍ أو مقاولٍ للشراء منه بالاستصناع الموازي لمصنوعاتٍ أو مَبانٍ بنفس المواصفات بثمنٍ حالٍّ، بشرط عدم الربط بين العقدين...»[3].

هـ ـ هيئة الرَّقابة الشرعية «لبنك» سبأ الإسلامي:

تحت عنوان (تمويل السِّلَع المصنَّعة) أجابت هيئة الرَّقابة الشرعية

---

(١) د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ١، ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

(٢) تُفرَد شروط الاستصناع الموازي فيما بعد بعنوانٍ خاص.

(٣) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، ١٥٠.

«للبنك» عن الاستفتاء الآتي: «هل يجوز «للبنك» شراء السلع الصناعية قبل صناعتها، وبأي صيغة تمويلٍ؟.

فكان الجواب: يجوز «للبنك» شراء السلع الصناعية قبل صناعتها كأثاث النِّجارة وغيرها، ولكن بصيغة عقد الاستصناع إذا كانت منضبطةً بالوصف والكمِّ والنوع، ويجوز له بيعها للغير مُرابَحةً بالآجل بعد قبضها من الصانع، أو بيعُ ذلك بصيغة الاستصناع الموازي»[1].

۞ ثالثًا ـ شروط جواز عقد الاستصناع الموازي وضوابطه:

إن من أهمِّ محظورات الاستصناع الموازي «أن يتحول إلى عملية إقراضٍ بالفائدة؛ بأن ينتظر المصرِف الإسلامي حتى يأتيه شخصان قد اتفقا فيما بينهما: أحدهما صانعٌ، والآخر مستصنِعٌ، يريد تمويلاً ليُدفَع إلى الصانع مقدَّمًا، فيدخل المصرِف بينهما مُقرِضًا بالفائدة بعباءة الاستصناع الموازي.

بل على المصرِف أن يأخذ بزِمام المبادرة؛ بأن تكون لديه دائرةٌ خاصةٌ بالعمليات الاستصناعية، يأتي إليها المحتاجون لبناء المباني، أو لصيانتها، أو تعبيد الطرق، أو مدِّ السِّكَك الحديدية، أو إنشاء المطارات، أو غير ذلك؛ فيطلبون استصناع هذه الأعمال، ويكون لتلك الدائرة الخاصة بالاستصناع علاقاتٌ مع الصانع والمقاولين ممن يستطيع تنفيذ مثل هذه الأعمال»[2].

---

(١) يُنظَر: هيئة الرَّقابة الشرعية، **الفتاوى الشرعية للمعاملات المصرِفية في بنك سَبَأ الإسلامي للفترة من ١٩٩٧ حتى ٢٠١٠م**، د. م، د. ن، ط١، ٢٠١١م، ٤٩.

(٢) د. أحمد بدران، **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، ٨٩ ـ ٩٠.

وحسمًا لذريعة الربا فقد وضع المجيزون لعقد الاستصناع الموازي شروطًا[١] وضوابط تُبقيه في حدود الإباحة، فكان منها الآتي:

١ ـ «لا يجوز الربط بين عقد الاستصناع وعقد الاستصناع الموازي، ولا يجوز التحلُّل من التسليم في أحدهما إذا لم يقع التسليم في الآخر، وكذلك التأخير، أو الزيادة في التكاليف...»[٢].

أما «عدم الربط بين العقدين المتوازيين فهو مطلِبٌ شرعيٌّ؛ لتجنُّب بيعتين في بيعة...»[٣]، وقد جاء في ذلك نهيٌ صريحٌ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»[٤].

وعليه، فالمتعامِل مع المصرِف ـ أو مع غيره من الجهات المُمَوِّلة ـ ليست له أيُّ علاقةٍ أو التزامٍ مع الصانع، والعكس منه صحيح، ولكن لكلٍّ منهما مع المصرِف عقدٌ مستقلٌّ عن الآخر.

---

(١) هذه الشروط هي خاصَّةٌ بعقد الاستصناع الموازي، إلا أنها لا تلغي الشروط الخاصة بعقد الاستصناع المستقِل، بل تضاف إليها، وقد مضى الكلام فيها مفصَّلاً، يُنظَر: ١٩٩ ـ ٢١٤.

(٢) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، ١٥٠.

(٣) يُنظَر: **هيئة بنك التقوى**، سويسرا، رقم الفتوى ٨.

(٤) الترمذي، **السُّنَن**، كتاب البيوع (١٢)، باب ما جاء في النهي بيعتين في بيعة (١٨)، حديث (١٢٣١)، ٣، ٥٢٤، وقال: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وقد فسَّر بعض أهل العلم، قالوا: «بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ» أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقدٍ بعشَرة، وبنَسيئةٍ بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقه على أحدهما، فلا بأس إذا كانت العُقْدة على أحدٍ منهما. قال الشافعي: ومن معنى نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجبَ لي غلامك، وجبَ لك داري...

«٢ ـ أن يتملَّك السِّلعة ويَقْبِضها قبضًا حقيقيًا قبل أن يسلِّمها للمستصنِع في العقد الموازي.

٣ ـ إبعاد العقدين عن التعامل بالربا المحرَّم»[(١)]، كما تقدمت صورته من قريب.

٤ ـ «يجب أن تتحمل المؤسسة نتيجةَ إبرامها عقد استصناعٍ بصفتها صانعًا تبعاتِ المالك، ونفقاتِ الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى المستصنِع (العميل)، ولا يحق لها أن تحوِّل التزاماتها مع العميل إلى الصانع في عقد الاستصناع الموازي»[(٢)].

٥ ـ «حتى لا يتعثر الاستصناع الموازي فإن ذلك يستدعي قيام الجهات المسؤولة عن الفتوى الشرعية «للبنوك» الإسلامية بوضع خطواتٍ تفصيليةٍ وضوابطَ محدَّدةٍ؛ تقلِّل جدًّا من إمكانية الخطأ في التطبيق، آخذةً بعين الاعتبار أن الموظف العادي لم يَصِلْ في بعض المصارِف الإسلامية إلى درجة معرفة التصرُّف الممنوع شرعًا ووجه منعه؛ ليُوكَل إليه أمر التمييز بين الممنوع والجائز في هذا الميدان وأمثاله.

ويستدعي أيضًا قيام المصارف الإسلامية ببذل مزيدٍ من العناية للبلوغ بموظفيها إلى درجةٍ عاليةٍ في الفقه المتعلِّق بخصوص أعمالهم، مع التدريب العملي المنضبط بإشراف هيئات الرَّقابة الشرعية»[(٣)].

---

(١) د. عبد الله الطيّار، د. عبد الله المطلق، د. محمد الموسى، **الفقه الميسَّر**، ١٠، ٥٤.

(٢) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، ١٥٠.

(٣) يُنظَر: د. محمد سليمان الأشقر، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، ١، ٢٤١ ـ ٢٤٢.

المبحث الثالث

مسائل في الاستصناع الموازي

هناك مسائل كثيرة في الاستصناع الموازي عُنيت بها المجامع الفقهية وهيئات الفتوى، ولعل من أبرزها المسائل الآتية:

۞ المسألة الأولى:

ما حكم تفاوض الجهة المموِّلة مع المقاول بالباطن؛ لخفض السعر لصالحها؟.

وُجِّه إلى هيئة الفتوى والرَّقابة ببيت التمويل الكويتي السؤال الآتي:

«نُكلَّف في بعض الأحيان من قِبل بعض الجهات بتنفيذ بعض الأعمال، ونقوم بدورنا باستجلاب عروضٍ من مقاولي الباطن لتنفيذ هذه العملية، ونحدِّد أسعارنا على ضوء هذه العروض.

فهل يجوز بعد تقديم عرضنا إلى الجهة المالكة أن نقوم بالتفاوض مع مقاولي الباطن؛ لتخفيض السعر لصالحنا دون أن يتأثر سعر المالك؟.

الجواب:

إذا كانت العمليتان منفصلتين ـ أي الاتفاق مع المالك مقطوع الصلة

عن اتفاقنا مع المقاول من الباطن ـ فإن ما يحصل عليه البيت من تخفيض سعر المقاول هو من خالص حق البيت...»[1].

المسألة الثانية:

«هل يحق لطالب الاستصناع أن يختار المقاول من قِبَله، والاتفاق الشفوي معه على قيمة المشروع ومدته قبل الحضور إلى «البنك» وطلب استصناع المشروع؟.

الجواب:

ليس من حق المتعامل المستصنع أن يختار المقاول، بل إن ذلك حقٌّ خالصٌ «للبنك» الصانع.

ولا يجوز شرعًا الاتفاق في عقد الاستصناع على أن يتولَّى العمل مقاول المستصنِع؛ لأن هذا الاتفاق يجعل المعاملة مجرد قرضٍ مع زيادةٍ في مقابل الأجل.

كما لا يجوز الاتفاق في عقد الاستصناع على أن يتولَّى المستصنِع العمل بنفسه بصفته مقاولاً «للبنك» الصانع؛ لأن المعاملة في هذه الحالة تتمخض أيضًا عن قرضٍ مع زيادةٍ في مقابل الأجل، والعقد لغوٌ؛ إذ إن المستصنِع هو الذي يقوم بالعمل فعلاً، و«البنك» يموِّل بطريق القرض مع زيادةٍ في الأجل، «فالبنك» يدفع للمتعامل ثمن الاستصناع في مدة التنفيذ باعتبار المتعامل مقاولاً صانعًا، ثم يسترد هذا الثمن مع زيادةٍ مقابلَ التأجيل

(١) **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، د. م، ٢، ٢١١.

أو التقسيط، وذلك شبيهٌ ببيوع العِينة[1] التي يبيع الشخص فيها سلعةً بثمنٍ حالٍّ، ثم يشتريها ثانيةً من مشتريها الأول بثمنٍ مؤجَّلٍ يزيد عن ثمن البيع الأول في مقابل الأجل.

والاستصناع هو بيع شيءٍ موصوفٍ مع شرط الصنعة فيه بموادَّ من عند الصانع، فالمستصنِع ـ أي المتعامِل ـ مع «البنك» مشترٍ للشيء المصنوع الموصوف، والصانع ـ أي «البنك» ـ بائعٌ لهذا الشيء، فإذا اتفق الصانع ـ أي «البنك» ـ مع المستصنِع ـ أي المتعامل ـ على أن يقوم المتعامل المستصنِع بالصنعة بوصفه مقاولاً مقابلَ ثمنٍ يُدفَع له أثناء تنفيذ المقاولة، صار البائع بثمنٍ مؤجَّلٍ مشتريًا نفس الشيء المبيع بثمنٍ حالٍّ أقلَّ منه، وذلك هو الربا»[2].

۞ المسألة الثالثة:

طرح القاضي محمد تقي العثماني[3] على مجمع الفقه الإسلامي

---

(١) من تعريفات بيع العِينة: أن يبيع شيئًا من غيره بثمن مؤجَّل، ويسلِّمه إلى المشتري، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقلَّ من ذلك نقدًا. أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد الرافعي (٦٢٣هـ/١٢٢٦م)، **العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير**، حققه علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م، ٤، ١٣٥ ـ ١٣٧.

ولبيع العينة تعريف مختصر مفيد، وهو: (قرضٌ في صورة بيعٍ؛ لاستحلال الفضل). وهو غير جائزٍ عند جمهور الفقهاء. يُنظَر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ٩، ٩٦.

(٢) د. حسين حسان، وآخرون، **فتاوى هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية لبنك دُبَي الإسلامي**، ١، ٣٨٠ ـ ٣٨١.

(٣) عضو مجلس مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي،=

مسائلَ عدةً، كان منها هذه المسألة إلا أنه لم يقدِّم لها جوابًا، وهي «أن الاستصناع حينما يُستخدَم في العمليات المصرِفية[1]، فقد تقع هناك عدةُ عقودٍ متتاليةٍ على شيءٍ مصنوعٍ واحدٍ، مثلاً يأتي زيدٌ فيستصنِع من خالدٍ شيئًا، وخالدٌ ليس صانعًا بنفسه، ولكنه يستصنِع نفس ذلك الشيء من عمرٍو، وعمرٌو من حامدٍ، فالصانع الأخير هو حامدٌ، والمستصنِع الأول هو زيدٌ.

فهل تجوز هذه العقود البسيطة فيما بين أصل المستصنِع وأصل الصانع أو لا تجوز؟.

هذه نقطة مهمة لم أَرَ أحدًا من الباحثين تعرَّض لها، وبما أن الوقت الآن على وشْكِ النهاية؛ فأرجو من لجنة الصياغة التي تتكوَّن لدراسة هذا الموضوع أن تأخذ هذه النواحي بعين الاعتبار، وشكرًا»[2].

الجواب:

الذي أراه أن ذلك جائزٌ على ألا يتجاوز الالتزام العَقْدي طرفي العقد الواحد، وعلى ألا يكون في العقود التالية للعقد الأول الأساس ما لا يتفق مع مضمونه، والله تعالى أعلم.

= وعضو المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرَّمة، ونائب رئيس جامعة دار العلوم بكراتشي. يُنظَر:
http://www.alukah.net/culture/0/931/#ixzz4eTnwpGuk

(١) يريد من العمليات المصرِفية تلك التي تكون المصارف طرفًا فيها، وليس المقصود تبادل الأموال في عمليات الصرف، والله تعالى أعلم.

(٢) **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة لمؤتمر المجمع، جدة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، العدد ٧، ٢، ٧٧٣ ـ ٧٧٤.

۞ المسألة الرابعة:

هل يجوز أن يُزاد في ثمن المستصنَع بسب تأخر السَّداد؟.

الجواب:

أجابت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالآتي: «لا يجوز زيادة الثمن لتمديد أجل السداد. أما تخفيض الثمن عند تعجيل السداد فيجوز؛ إذا كان غير مشترَطٍ في العقد»[1].

وأرى أن هذا المنع من الزيادة إنما يكون عند حلول أجل السداد، وليس عند إنشاء عقد الاستصناع، فإنه حين إنشائه لا مانع شرعًا من مراعاة عامل الزمن في تحديد الثمن قياسًا على بيع التقسيط الذي أجازه أكثر الفقهاء، والله تعالى أعلم.

۞ المسألة الخامسة:

هل يشترط في الاستصناع كون من يتعاقد معه المستصنِع صانعًا؟.

الجواب:

لا يشترط ذلك، إلا إذا كان المستصنِع قد أجرى عقده مع صانعٍ، واشترط عليه إنجاز المصنوع المتفق عليه بنفسه، دلَّ عليه حديث أخرجه البخاري عن عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبْزَى[2]، وَعَبْدِ اللهِ بْنِ أَبِي أَوْفَى ﷺ قَالَا:

---

(١) **المعايير الشرعية**، ١٤٨.

(٢) عبد الرحمن بن أَبْزى الخُزاعي، سكن الكوفة، واستعمله علي ﷺ على خراسان، أدرك=

«كُنَّا نُصِيبُ المَغَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ[1] مِنْ أَنْبَاطِ الشَّامِ، فَنُسْلِفُهُمْ فِي الحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرِ، وَالزَّبِيبِ، إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى»، قَالَ: قُلْتُ[2]: أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ؟ قَالَا: «مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ عَنْ ذَلِكَ»[3].

والجملة الأخيرة من الحديث هي موطن الشاهد؛ فكما أنه لا يشترط في السَّلَف كون المُسْلَف إليه مزارعًا، وكذلك الأمر في عقد الاستصناع؛ فلا يشترط فيه كون أحد طرفيه صانعًا، والله تعالى أعلم.

۞ المسألة السادسة:

هل يجوز إبرام عقد الاستصناع مع الصانع قبل أن تتوافر لديه مواد التصنيع؟.

الجواب:

أجابت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

= النبي ﷺ، وصلَّى خلفه، كان قارئًا لكتاب الله تعالى، فقيهًا في الدين، عالمًا بالفرائض، قال فيه عمر بن الخطاب ﷺ: عبد الرحمن بن أبزى ممن رفعه الله بالقرآن!. عاش ﷺ إلى سنة نَيِّفٍ وسبعين من الهجرة فيما ظهر للذهبي. يُنظَر: علي ابن الأثير، **أُسْد الغابة في معرفة الصحابة**، ٣، ٣١٨ ـ ٣١٩، وأحمد ابن حجر العسقلاني، **الإصابة في تمييز الصحابة**، ٤، ٢٣٩، ومحمد الذهبي، **سِيَر أعلام النبلاء**، ٣، ٢٠٢.

(١) أهل الزراعة من أهل الشام. محمود العيني، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، ١٢، ٦٦.

(٢) القائل: محمد بن أبي مُجَالِد، كما أثبته البخاري في سند الحديث.

(٣) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب السَّلَم (٣٥)، باب السَّلَم إلى أجل معلوم (٧)، حديث (٢٢٥٤)، ٢، ١٢٧.

بالآتي: «يجوز إبرام عقد الاستصناع بين المؤسسة والمستصنِع، ولو لم يسبق ذلك تملُّك المؤسسة للمبيع أو للمواد المكوِّنة له»[1].

ويصلح الحديث السابق في السَّلَف دليلاً على ما ذهبت إليه الهيئة هنا؛ فالحديث لم يشترط وجود المُسْلَم فيه عند إبرام عقد السَّلَم، ومعلومٌ أن بين الاستصناع والسَّلَم وجهَ شبَهٍ من حيث إنهما بيعٌ لما هو موصوفٌ في الذمة، فكما لم يشترَط وجود المسلم فيه لعقد السَّلَم، فكذلك لا يشترط وجود مواد التصنيع لعقد الاستصناع، والله تعالى أعلم.

۞ المسألة السابعة:

هل يجوز للمؤسسة الصانعة توكيل المستصنِع بالإشراف على إنجاز المصنوع؟.

الجواب:

أجابت عن هذا السؤال هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، فقالت: «يجوز للمؤسسة بصفتها صانعةً توكيلُ المستصنِع بعقد توكيلٍ مستقلٍّ عن عقد التصنيع للقيام بالإشراف على إنجاز المصنوع طبقًا للمواصفات المتعاقَد عليها»[2].

لكن كان الأَوْلى أن ينص جواب الهيئة على أن عمل المستصنِع بوصفه وكيلاً لا بد أن يكون بمقابل أجرٍ معلوم، تدفعه له المؤسسة المالية

(١) المعايير الشرعية، ١٤٦.

(٢) المصدر نفسه، ١٤٩.

بوصفها صانعةً في هذا العقد الموازي، وحاله في هذا كحال أي وكيلٍ مستقلٍّ؛ لأن عمله بلا أجرٍ فيه شبهة ربا؛ من حيث إنه يَجُرُّ إلى المؤسسة نفعًا مقابل المال الذي تدفعه لإنتاج مصنوعه.

وأَوْلى الأَوْلى أن لا يكون المستصنِع وكيلاً: بأجرٍ أو بغير أجرٍ دفعًا للشبهة، وهناك من اعتبر عزل المستصنع عن ذلك أمرٌ واجبٌ، يقول الدكتور محمد جبر الألفي: «ونظرًا لأن المستفيد متعاقدٌ مع مؤسسة مالية، لا تقوم بنفسها بالإنشاء والتعمير؛ فيجب يجب مراعاة الفصل التام بين المستفيد والمقاول الذي تعاقد مع المؤسسة المالية على تنفيذ المشروع، وذلك بعدم الربط بين العقدين، أو توكيل المستفيد في الإشراف أو التسلُّم أو غير ذلك؛ حتى لا تتحول العملية إلى مجرد قرضٍ غير حسنٍ»[1]. والله تعالى أعلم.

۞ المسألة الثامنة:

«هل يجوز شرعًا مطالبة المستصنِع... بالفروقات الناتجة عن تغيُّر سعر الصرف؟ وهل يجوز أن يُنَص في عقد الاستصناع على تحمُّل المستصنِع أيِّ زيادةٍ ناتجةٍ عن تغيُّر سعر الصرف؟ وأخذِ «شيك» مفتوحٍ لمواجهة تلك الزيادة غير المعلومة عند التعاقد؟.

الجواب:

لا يجوز شرعًا النص في عقد الاستصناع على تحمُّل المستصنِع أي

(١) د. الألفي، محمد، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤، ٢، ١٥٧ ـ ١٥٨.

زيادة ناتجة عن تغير سعر الصرف عند قيام «البنك» بالدفع لمقاول الباطن، فإذا ما تم توقيع عقد الاستصناع مع المتعامل، وحُدد في هذا العقد ثمن الاستصناع بعُملةٍ معيَّنةٍ، فإن المتعامل يلتزم بالدفع بهذه العُملة في المواعيد المحددة في عقد الاستصناع، وإذا أراد المتعامِل أن يدفع بعُملةٍ أخرى، فله ذلك إذا وافق «البنك»، وبشرط التعامل على سعر الصرف وقت الدفع، ولا يتحمَّل المتعامِل بحالٍ فرقَ سعر الصرف وقت الدفع، ولا يستفيد منه كذلك.

وأما علاقة «البنك» بمقاول الباطن فلا صلة لها بعلاقة «البنك» بالمستصنِع، «فللبنك» أن يتعاقد مع مقاول الباطن بنفس العُملة، أو بعُملة أخرى، ويتم دفع «البنك» لمقاول الباطن بنفس العُملة، أو بعُملةٍ أخرى بسعر صرف يوم الدفع»[1].

المسألة التاسعة[2]:

هل من الجائز شرعًا ما تقوم به بعض شركات المقاولة من مشروعاتٍ ضخمةٍ لجهاتٍ معيَّنةٍ، كالتنقيب عن النفط واستخراجه، أو إنشاء مطارٍ، أو ملعبٍ ونحو ذلك، على أن يكون أجرها استثمارًا للمشروع الذي أنجزته لمدةٍ يتمُّ الاتفاق عليها بالعقد؟.

---

(١) د. حسين حسان، وآخرون، **فتاوى هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية لبنك دُبَي الإسلامي**، ١، ٤٧٠.

(٢) وجَّه إلي هذا السؤال الأستاذ الدكتور علي دحروج في جلسة مناقشة الأطروحة، ورغب أن أضيفه إلى مادتها، فجزاه الله خيرًا!.

الجواب:

لا يجوز هذا العقد استصناعًا كان أو إجارةً، وذلك لجهالة العِوَض الذي تتلقاه الشركة المصنِّعة في المدة المسمَّاة؛ لأن المدة ترفع الجهالة عن الزمن، ولا ترفعها عن العِوَض أو المقابل المادي، وبالجهالة هذه يختلُّ مبدأ الرضا، الذي هو ركنٌ أساسٌ لصحة العقود، فالشركة قد لا تجد النفط أصلاً، أو تجده ولكن بكميةٍ هي أقلُّ من المتوقَّع؛ ولا أحد يدري كم سيكون إنتاجها في تلك المدة، وما يقال في النفط يقال في استثمار المطار والملعب، ونحوهما؛ فالغَبْن في ذلك ممكن، والجهالة قائمةٌ، والله تعالى أعلم.

وما ذكرته في جوابي هذا أكده فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد الحجي الكردي[1]، ووافق عليه، حفظه الله تعالى.

وألفت هنا إلى أن المسألة هذه لا يصلح أن تُخرَّج على مسألة أجازها الحنابلة، ونصها: «لا بأس أن يَحصُد الزرعَ، ويَصْرِم النخلَ بسُدُسِ ما يخرج منه»[2]. أو أي نسبةٍ أخرى، وذلك لوجود الفارق بين المسألتين:

فالمسألة هذه محل العقد فيها موجودٌ تحت النظر زرعًا كان أو نخلاً أو ما سواهما، وهو ما أفاده ابن قدامة رحمه الله في تعليقه على المسألة ذاتها، حيث قال: «إنما جاز هاهنا؛ لأنه إذا شاهده [الزرع أو النخل]، فقد علمه

(١) اتصال هاتفي أجريته مع فضيلته بتاريخ: الجمعة /٢/٨/١٤٣٨هـ، /٢٨/٤/٢٠١٧م/ الساعة ١،١٥ ظهرًا.

(٢) عبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٥، ٣٦٧.

بالرؤية، وهي أعلى طرق العلم، ومن علم شيئًا، علِم جُزأه المُشاع؛ فيكون أجرًا معلومًا»[1]. فالمستأجِر هنا يمكنه أن يقدِّر أجرته، وفارق التقدير إن وُجد فإنه في الأغلب يسيرٌ مغتفَرٌ.

أما المسألة السابقة فمحل العقد فيها استخراج نفطٍ أو ـ أو ما في معناه ـ وهو معدومٌ ساعة العقد، والأجرة جزءٌ منه، وفضلاً عن جهالة الأجرة فإن العقد برُمَّته هو للإجارة أقرب منه إلى الاستصناع، الذي هو ـ على الراجح ـ بيعٌ بثمنٍ معلومٍ، يُلزِم الصانعَ بتأمين المصنوع صُنعًا بيده، أو شراءً من السوق. والله تعالى أعلم.

(١) عبد الله ابن قُدامة، **المغني**، ٥، ٣٦٧.

الخَاتِمَة

تألفت مادة هذا الباب من فصلين وعدة مباحث:

ففي الفصل الأول تمت دراسة (الاستصناع المستقل)، وهو ما يكون بين المستصنِع والصانع مباشرةً، وقد بينتُ فيه أنواعه من حيث الموضوع، والجهة العاقدة: فردًا كانت أو مصرِفا أو شخصيةً اعتباريةً، كما بينت حكمه وهو الإباحة أصلاً، كما هو مقررٌ في مذهب الحنفية.

والاستصناع المستقل ثلاثة أصناف: صناعيٌّ، وعَقاريٌّ، وفكريٌّ، وقد بينت صورها وأحكامها وبعض مسائلها.

وأما الفصل الثاني فكان بعنوان (الاستصناع الموازي)، وقد أظهرت الدراسة فيه صوره، وإجراءاته التنظيمية، وأهميته، وحكمه، وبعض المسائل المطروحة فيه، وما صدر في جوازه من فتاوى وقرارت.

النتائج والمقترحات

۞ أولاً ـ النتائج:

أ ـ في الدين الإسلامي لا تتعارض مصالح الدنيا مع مصالح الآخرة، بل في كلٍّ منهما عونٌ للأخرى.

ب ـ الاستصناع: عقدٌ على مبيعٍ موصوفٍ في الذِّمَّة، يُشترَط فيه عمل الصانع بموادَّ من عنده، على وجهٍ مخصوصٍ.

ج ـ وهو جائز شرعًا ـ في مذهب الحنفية ـ بشهادة الأدلة النصية ـ في عمومها ـ، وبالإجماع العملي والعُرْف، والاستحسان، وقواعد الفقه؛ فالأصل في العقود الإباحة، وهو أيضًا جائز عند الجمهور، ولكن بصيغة عقد السَّلَم.

د ـ وهو عقدُ بيعٍ مخصوصٍ، فهو ليس بإجارةٍ ولا سلَمٍ.

هـ ـ وهو على الراجح مُلزِمٌ لطرفيه من ساعة توقيعه، فهو ليس بوعدٍ ولا مُواعَدة.

و ـ وما دام أنه عقدٌ، فلا بدَّ له من أركانٍ وشروطٍ وآثارٍ وخِياراتٍ وانتهاءٍ؛ أسوةً بسائر العقود المالية.

ز ـ والاستصناع المعاصر إما أن يكون مستقلاً، وإما أن يكون موازيًا.

ح ـ الاستصناع المستقل: ما يتِم بين الصانع والمستصنِع مباشرةً، وقد يكون الصانع أو المستصنِع فردًا أو شركةً أو مصرِفًا؛ فالشخصية الاعتبارية لها حكم الشخصية الحقيقية في مباشرة العقود.

ط ـ من الاستصناع المستقل: الصناعي، والعَقاري ـ المقاولات ـ، والفكري، ولكل واحدٍ مسائله، وأحكامه.

ي ـ الاستصناع الموازي: عقدُ استصناع سلعةٍ معيَّنةٍ محدَّدةِ الصفات، تنطبق مواصفاتها على السلعة والبضاعة التي يكون قد استصنعها في العقد الأول دون ربطٍ بين العقدين.

ك ـ ينشأ الاستصناع الموازي من قِبل جهاتٍ ثلاثٍ: الجهة الطالبة (المستصنِع)، والجهة المنفِّذة (الصانع)، والجهة المموِّلة (المصرِف) في الأغلب، وهو الذي يرتبط مع الصانع والمستصنِع بعقدين متوازيين، لا علاقة لأحدهما بالآخر.

ل ـ حكم الاستصناع الموازي كحكم الاستصناع المستقل، وهو الإباحة؛ لأنه في حقيقة أمره ناشئٌ عن عقدين مستقلِّين صحيحين.

م ـ للاستصناع الموازي أهميته وصوره وأحكامه، وقد صدرت فيه فتاوى وقرارات تنظِّمه، وتبيِّن شروطه ومحظوراته.

❊ ❊ ❊

۞ ثانيًا ـ المقترحات:

أ ـ على الفقهاء المعاصرين أن يراقبوا الله ـ ﷻ ـ في فتاواهم؛ فلا ينظروا إلى كل ما يفرضه الواقع من معاملاتٍ ماليةٍ مُحْدَثةٍ أو مشبوهةٍ على أنه ضرورةٌ يُباح لأجلها المحظور!.

ب ـ أنصح بعقد مؤتمرٍ يضُم جميع المجامع الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي أو جُلَّها؛ لأجل دراسة كل مسألةٍ مستجدَّةٍ في المعاملات المالية ـ ومنها الاستصناع ـ كي يقوموا بإثبات أحكامها، وترتيب موادها، وتذليل صعابها، لتُعرَض فيما بعد في كتاب عرضًا مبسَّطًا، يفهمه عوام الناس فضلاً عن خواصهم، ولتُحْسَم به مادة الخلاف.

وقد وجدت من خلال المتابعة محاولةً مختصرةً في هذا السبيل[1]، وهو جهدٌ مشكورٌ، لكنه لا يفي بالحاجة.

ج ـ لمَّا كان عقد الاستصناع ـ بالصورة التي مرت في هذه الدراسة ـ لا يتفق مع مذهب الجمهور حُكمًا؛ فالذين أجازوه هم الحنفية فحسب ـ على خلافٍ فيما بنيهم في التأسيس والتفصيل ـ فالأَوْلى بالفقهاء المعاصرين أن يأتوا بالبدائل المباحة التي لا خلاف فيها، أو الخلاف فيها قليلٌ، كالوصول إلى المصنوع بعقدَيْ البيع والإجارة متفرِّقيْن، أو مجتمعَيْن في عقدٍ واحدٍ، كما سبق تفصيله، ودعوت إليه[2].

---

(١) هو: كتاب **المعايير الشرعية**، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وهو من مصادر هذه الأطروحة.

(٢) يُنظَر: ١٧٩ ـ ١٨٥.

د ـ الأَوْلى بالمصارف الإسلامية أن تنشط في كسب الحلال، وتنافس المصارف الربوية في تحقيق الأرباح، حتى يجد الناس فيها البديل الشرعي الرابح، وفي هذا دورٌ دعويٌّ ظاهرٌ؛ تؤجر عليه!.

كما أتمنى على تلك المصارف أن تُولِي عقد الاستصناع مزيداً من الاهتمام والممارسة، ولا تكتفي بالمُرابَحة؛ على اعتبار أن المغامرة فيها أقلُّ، والرِّبح فيها محقَّق؛ لأن أبواب الكسب كلما زادت، كان خيرها على المجتمع أعمَّ، والله تعالى أعلم.

هـ ـ كما أوصي جميع أصحاب القرار والهيئات الخيرية بفتح باب القرض الحسن الموثَّق أمام ذوي المهارات وأصحاب الحِرَف، الذين أقعدهم العُسْر عن متابعة طموحاتهم وأنشطتهم في الابتكار الصناعي الذي يسعد به العباد، وتنتفع به البلاد!.

❊ ❊ ❊

هذا، والله تعالى أعلم وأحكم، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمدٍ خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وتابعيهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.

الأحد: /١٠/٤/١٤٣٨هـ، /٨/١/٢٠١٧م.

كمال الدين جمعة بكرو

الفهارس العامة

❊ فهرس الآيات القرآنية.

❊ فهرس الأحاديث النبوية.

❊ فهرس الأعلام المترجم لهم.

❊ فهرس الأماكن.

❊ فهرس القواعد والأصولية.

❊ فهرس المصطلحات.

❊ فهرس المصادر والمراجع.

❊ فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية	الصفحة
١.	﴿ءَاتُونِى زُبَرَ ٱلْحَدِيدِ﴾	١٥، ١٥٤
٢.	﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ﴾	١١
٣.	﴿أَتُمِدُّونَنِ بِمَالٍ فَمَآ ءَاتَىٰنِۦَ ٱللَّهُ خَيْرٌ مِّمَّآ ءَاتَىٰكُم ۖ بَلْ أَنتُم بِهَدِيَّتِكُمْ تَفْرَحُونَ ﴿٣٦﴾﴾	١٥٥
٤.	﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَٰٓؤُا۟ شَرَعُوا۟ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنۢ بِهِ ٱللَّهُ﴾	١٧٤
٥.	﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ بَيْنَ ٱلسَّدَّيْنِ وَجَدَ مِن دُونِهِمَا قَوْمًا لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا...﴾	١٣٥
٦.	﴿رِجَالٌ لَّا تُلْهِيهِمْ تِجَٰرَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَإِقَامِ ٱلصَّلَوٰةِ...﴾	١٣
٧.	﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	٦٣، ١٤٥، ١٤٩
٨.	﴿فَأَعِينُونِى﴾	١٥٥
٩.	﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ ﴿١٧﴾ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥ﴾	١٤٦
١٠.	﴿قَالَ ٱنفُخُوا۟﴾	١٥٤
١١.	﴿قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأَبًا فَمَا حَصَدتُّمْ فَذَرُوهُ فِى سُنۢبُلِهِۦٓ إِلَّا قَلِيلًا مِّمَّا تَأْكُلُونَ﴾	٢٩٣
١٢.	﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا﴾	١٧٤
١٣.	﴿قُلْ تَعَالَوْا۟ أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ﴾	١٧٥
١٤.	﴿لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا﴾	١٣٧
١٥.	﴿لِيَأْكُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ ۖ أَفَلَا يَشْكُرُونَ ﴿٣٥﴾﴾	١٤

الرقم	الآية	الصفحة
١٦	﴿مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ﴾	١٣٧، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦
١٧	﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾	١٧٢، ١٧٦
١٨	﴿وَٱبْتَغِ فِيمَآ ءَاتَىٰكَ ٱللَّهُ ٱلدَّارَ ٱلْءَاخِرَةَ ۖ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنْيَا ۖ﴾	١١، ١٢
١٩	﴿وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم﴾	١٤٦
٢٠	﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾	١٥٣
٢١	﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾	١٤
٢٢	﴿وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ۝٢٤ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ۝٢٥﴾	١٣
٢٣	﴿وَٱلسَّمَآءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ ٱلْمِيزَانَ ۝٧ أَلَّا تَطْغَوْاْ فِي ٱلْمِيزَانِ ۝٨﴾	١١
٢٤	﴿وَٱصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي ۝٤١﴾	٣٢
٢٥	﴿وَٱصْنَعِ ٱلْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا وَوَحْيِنَا﴾	١٤
٢٦	﴿وَأَنزَلْنَا لَهُ ٱلْحَدِيدَ ۝١٠﴾	١٤
٢٧	﴿وَعَلَّمْنَٰهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِتُحْصِنَكُم مِّنۢ بَأْسِكُمْ ۖ فَهَلْ أَنتُمْ شَٰكِرُونَ ۝٨٠﴾	١٤
٢٨	﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾	١٧٥
٢٩	﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾	١٢، ١٩٩
٣٠	﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ﴾	١١٤
٣١	﴿وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ ۝١٤﴾	١٧٣
٣٢	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾	٥٣، ٩٣، ٢١٣
٣٣	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾	١٤، ١٩٦، ٢١٠، ٢١٦

الرقم	الآية	الصفحة
٣٤.	﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾	٧٢
٣٥.	﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقۡنَٰكُمۡ﴾	١٧٦
٣٦.	﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُواْ مِمَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ حَلَٰلٗا طَيِّبٗا﴾	١٧٦
٣٧.	﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ﴾	١٤٦
٣٨.	﴿يَعۡمَلُونَ لَهُۥ مَا يَشَآءُ مِن مَّحَٰرِيبَ وَتَمَٰثِيلَ وَجِفَانٖ كَٱلۡجَوَابِ وَقُدُورٖ رَّاسِيَٰتٍ﴾	١٤
٣٩.	﴿ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ﴾	١٧٣

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	الحديث	الصفحة
١.	أَدْخِلْ رِكابَك	٢٠٨
٢.	إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ، فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ	٢١٩
٣.	إِذَا بَاعَ أَحَدُكُمُ الشَّاةَ أَوِ اللَّقْحَةَ، فَلَا يُحَفِّلْهَا	٢٢٩
٤.	إِنَّ اللهَ أَجَارَكُمْ مِنْ ثَلَاثِ خِلَالٍ	١١٣
٥.	إِنَّ أُمَّتِي لَا تَجْتَمِعُ عَلَى ضَلَالَةٍ	١١٣
٦.	إِنْ شِئْتِ	١٤٠
٧.	إِنَّا صَنَعْنَا حِلْقًا	١٣٧
٨.	إِنَّا قَدِ اصْطَنَعْنَا خَاتَمًا، وَنَقَشْنَا فِيهِ نَقْشًا؛ فَلَا يَنْقُشْ عَلَيْهِ أَحَدٌ	١٣٨
٩.	إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ	١٩٦
١٠.	أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ	١٢٦
١١.	البَيِّعَانِ بِالخِيار مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا	٢١٧
١٢.	خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ	١٤٩
١٣.	دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ	١٣
١٤.	ذِمَّةُ المُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ، يَسْعَى بِهَا أَدْنَاهُمْ	٢٥٥
١٥.	سَأَلْتُ اللهَ ـ ﷻ ـ أَنْ لَا يَجْمَعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ؛ فَأَعْطَانِيهَا	١١٣

الرقم	الحديث	الصفحة
١٦.	فَإِنَّ اللهَ لَنْ يَجْمَعَ أُمَّتِي إِلَّا عَلَى هُدًى	١١٣
١٧.	لَا بَيْعَ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ	١٠٣، ١١٧
١٨.	لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ	٤٨، ١٠٣، ١٠٤، ١١٧، ١٦٥، ١٧١، ٢٢٤
١٩.	لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ	١١٣، ١٤٢
٢٠.	لَا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ	٢٢٨
٢١.	لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ	١٨٢
٢٢.	لَا يَنْقُشْ أَحَدٌ عَلَى نَقْشِ خَاتَمِي هَذَا	١٣٨
٢٣.	مَا خُيِّرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا	١٨٨
٢٤.	مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ	١١٣، ١٥١
٢٥.	مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ، فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَرْطٍ	١٧٣، ١٧٥
٢٦.	مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ	٢٣٠
٢٧.	المُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الخِيارِ	٢١٨
٢٨.	مُرُوا الصَّبِيَّ بِالصَّلَاةِ إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ	١٩٨
٢٩.	مُرِي عَبْدَكِ؛ فَلْيَعْمَلْ لَنَا أَعْوَادَ المِنْبَرِ	١٤٠
٣٠.	مُرِي غُلَامَكِ النَّجَّارَ، يَعْمَلْ لِي أَعْوَادًا، أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ	١٤٠، ١٦٤
٣١.	الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ	٢٢٩
٣٢.	الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ: يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ	٢٢٥
٣٣.	المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ	١٧٥، ٢١٣، ٢١٨، ٢٢٠
٣٤.	مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ	٧١، ٧٢، ٧٣، ١٦٨
٣٥.	مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ، فَهُوَ بِالْخِيارِ إِذَا رَآهُ	٢٢٠

الرقم	الحديث	الصفحة
٣٦.	مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ، أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ	٢٣٥
٣٧.	مَنْ أَكَلَ نَاسِيًا، وَهُوَ صَائِمٌ، فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ، فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللهُ وَسَقَاهُ	١٤٥
٣٨.	مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا	٢٣٠
٣٩.	نِعْمَ الْمَالُ الصَّالِحُ مَعَ الرَّجُلِ الصَّالِحِ	١٢
٤٠.	نهى ﷺ عن بيع ما لم يُقبَض	٢٨٦
٤١.	نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ	١٢٦
٤٢.	نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ... عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ	١٢٢، ١٢٥، ٢٢٤
٤٣.	نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ	٣٢٢
٤٤.	نهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده	٥٨، ١٨٦
٤٥.	نهى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ سِنِينَ	١٢٦
٤٦.	نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ	١٠٥
٤٧.	نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَعْدُومِ	١٠٤
٤٨.	نهى عن بيع وشرط	١٨٢، ١٨٤
٤٩.	نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ	١٨٢
٥٠.	وَأَنْ لَا تَجْتَمِعُوا عَلَى ضَلَالَةٍ	١١٣

فهرس الأعلام المترجم لهم

الرقم	العلم	الصفحة
١.	ابن بطَّال	٢١٠
٢.	ابن تيمية	١٢٥
٣.	ابن حزم	١٧٢
٤.	ابن رجب الحنبلي	٣١٥
٥.	ابن رُشْد	١٢٠
٦.	ابن شاس	٣١٤
٧.	ابن عابدين	٤٢
٨.	ابن العُثَيْمين	١٠٩
٩.	ابن القاسم	١٢٤
١٠.	ابن قَيِّم الجَوْزية	١٠٤
١١.	ابن كثير	١٥٥
١٢.	ابن مازه	٥٣
١٣.	ابن المنذر	٧٣
١٤.	ابن نُجَيْم	٤٤
١٥.	ابن الهُمَام	٥١
١٦.	أبو حامد الغزالي	١٦٨
١٧.	أبو سعيد البَرْدَعِيّ	٦٥
١٨.	أبو يوسف	٨٥
١٩.	البُهوتي	٢٣٦
٢٠.	التُمُرْتاشي	٨٣
٢١.	الجَصَّاص	٢٢٢
٢٢.	الحاكم الشهيد	٤٧
٢٣.	الحَصْكَفي	٨٣
٢٤.	حكيم بْنِ حِزَامٍ	٤٨
٢٥.	الخَطَّابي	١٢٣
٢٦.	زُفَر	١٠١
٢٧.	الزَّيْلَعي	١٦٥
٢٨.	السَّرْخَسي	٤١
٢٩.	سفيان بن عُيَيْنة	١٢
٣٠.	سهل بن سعد بن مالك	١٤٠
٣١.	الشاطبي	١٣٦
٣٢.	شريح	٢٠٨

الرقم	العلم	الصفحة
٣٣.	الشوكاني	١٠٧
٣٤.	طلحة بن عبيد الله	٢٢١
٣٥.	عبد الرحمن بن أَبْزى	٣٢٨
٣٦.	عبد الله بن أبي أوفى	٧٣
٣٧.	علاء الدين البخاري	١٦٨
٣٨.	علاء الدين السمرقندي	٨٧
٣٩.	علي حيدر	٢٥٣
٤٠.	القَرافي	١١٩
٤١.	القَسْطَلَّاني	١٦٤
٤٢.	الكاساني	٣٥
٤٣.	الماوردي	٢٢٤
٤٤.	محمد بن الحسن الشيباني	٥١
٤٥.	محمد رشيد رضا	٢٩١
٤٦.	محمد سليمان الأشقر	١٣٥
٤٧.	المرغيناني	١٤٧
٤٨.	مُنقِذ بن عمرو	٢١٨
٤٩.	موسى بن عُبَيْدة الرَّبَذي	١٠٨
٥٠.	نَافِعٌ	١٠٦
٥١.	النووي	١٣٨
٥٢.	هند بنت عتبة	١٤٩
٥٣.	وهبة الزحيلي	٢٠٤

فهرس الأماكن

الرقم	المكان	الصفحة
١.	أذربيجان	٦٥
٢.	استانبول	٢٥٣
٣.	أفغانستان	١٢٣
٤.	الأندلس	١٧٣
٥.	البحرين	٣١٩
٦.	بردعة	٦٥
٧.	بُرَيدة	٤١
٨.	بُسْت	١٢٣
٩.	بغداد	٦٥، ٨٦، ١٢١، ١٦٩، ٢٢٢، ٢٢٤، ٢٨٥، ٣١٥
١٠.	بُهوت	٢٣٦
١١.	حرستا	٥١
١٢.	حِصْن كَيْفا	٨٣
١٣.	حلب	٣٥، ٥١، ٨٨
١٤.	دبي	٣٠٥، ٣٢٦، ٣٣٢
١٥.	دمشق	٣٦، ٤٢، ٥١، ٨٣، ١٠٤، ١٢٥، ١٣٨، ١٥٥، ١٦٩، ٢٥٨، ٣١٥
١٦.	دِمْياط	٣١٤
١٧.	ديار بكر	٨٣
١٨.	الرقة	٥١
١٩.	سَرْخَس	٤٢
٢٠.	سويسرا	٣٠١، ٣٢٢
٢١.	سيواس	٥١
٢٢.	الغابة	١٤٠
٢٣.	غزة	٨٣
٢٤.	القاهرة	٥١، ١٦٥، ٢٥٨، ٢٩١
٢٥.	قطر	٥٦، ٩٠، ٢٥٠
٢٦.	كاسان	٣٥
٢٧.	الكويت	٤٥، ٥٩، ٨٠، ١٣٦، ٢٠٤، ٢٣٨، ٣١٩
٢٨.	لَبْلَة	١٧٣
٢٩.	الموصل	١٢١، ٢٨٥
٣٠.	نَيْسابور	٧٤

فهرس القواعد الفقهية والأصولية

الرقم	القاعدة	الصفحة
١.	إذا زال المانع، عاد الممنوع	١٢٨، ٢٨٨
٢.	الأصل في الأشياء الإباحة	١٧٦
٣.	الأصل في البيوع الإباحة	١٥٢، ١٥٣، ١٧١
٤.	الأصل في البيوع الحِلِّيَّة حتى يَدُلَّ دليل على خلافه	١٧٢
٥.	الأصل في العقود الشرعية الصحة واللزوم ما لم يوجد معارض	٩٣، ١٧٢
٦.	إعمال الكلام أَوْلى من إهماله	٩٣، ١٥٩، ١٧٩
٧.	الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامةً كانت أو خاصةً	٢٥٤
٨.	الحُكم يدور مع العلة وجودًا وعدمًا	١٢٣، ١٨٧
٩.	العادة مُحَكَّمة	١٥٠
١٠.	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني	٣٩، ١٧٦، ٢٦٧
١١.	العبرة للغالب الشائع لا للنادر	١٦٠
١٢.	قضايا الأحوال إذا تطرَّق إليها الاحتمال، كساها ثوبَ الإجمال، وسقط بها الاستدلال	١٥٧
١٣.	لا مُشَاحَّةَ في الاصطلاح	٣٩، ٢٦٧، ٣٠١
١٤.	لا يَلزم ضمانُ ما لا يُستطاع الامتناع منه	١٩١
١٥.	ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه	٩٣، ١١٦

الرقم	القاعدة	الصفحة
١٦.	المشقة تَجْلُب التيسير	١٨٨
١٧.	المعدوم شرعًا كالمعدوم حِسًّا	١٠٢
١٨.	المعروف بين التجار كالمشروط بينهم	١٥٠
١٩.	المعروف عُرْفًا كالمشروط شرعًا	١٥٠
٢٠.	يُغتفَر في التوابع ما لا يُغتَفر في غيرها	١٥٩

فهرس المصطلحات

الرقم	المصطلح	الصفحة
١.	أثر العقد	٢٣١
٢.	الإجماع	٦٣، ١٤١
٣.	الإجماع السكوتي	١٧٩
٤.	الأجير الخاص	٦٤
٥.	الأجير المشترك	٦٤
٦.	الأَرْش	٢٢٧
٧.	الاستحسان	٥٢، ١٤٣ ـ ١٤٧
٨.	استصناع فاسد	٢٠٣
٩.	أصحاب الرأي	٣١٥
١٠.	الإقالة	٢٣٤
١١.	براءة الاختراع	٢٥٨
١٢.	البيع	٧٠
١٣.	بيع الأعيان	٣٦، ١١٢، ١١٥، ١١٧، ٢٢٣
١٤.	بيع التعاطي	٣٦
١٥.	بيع السِّينين	١٢٦
١٦.	بيع حَبَلِ الحَبَلة	١٢٧

الرقم	العلم	الصفحة
١٧.	بيع الصفات أو المِثْلِيَّات	١١٢، ١١٧، ٢٣٣، ٢٦٨
١٨.	بيع العِينة	٣٢٦
١٩.	البيع الفاسد	٣٢٦
٢٠.	بيع الكالِئ بالكالِئ	١٠٥، ١٢٨
٢١.	بيع المحاويج أو المفاليس	٤٩، ٢٥٣
٢٢.	بيع المرابحة	٥٨
٢٣.	بيع المقايضة	٥٠
٢٤.	التَصْرِيَة	٢٢٨
٢٥.	الثمن	٨٠، ١١٥
٢٦.	الخاص	١٦٧
٢٧.	الخِيار	٢١٥
٢٨.	الدَّيْن	١٠٧
٢٩.	الذِّمَّة	٣٤، ٤١
٣٠.	الركن	١٩٥

الرقم	العلم	الصفحة
٣١.	السَّفيه	١٩٩
٣٢.	السَّلَف	٣٣
٣٣.	السَّلَم	٣٣، ٧١
٣٤.	الشخص الاعتباري	٢٥٤
٣٥.	الشرط	١٩٩
٣٦.	الشرط الجزائي	١٩٠، ٢٠٨ ـ ٢١٤
٣٧.	الصاع	٢٢٨
٣٨.	الصُّبْرة	٢٢٣
٣٩.	صيغة التمريض	١٢٥
٤٠.	ظاهر الرواية	٨٥
٤١.	الظرف الطارئ	٢٣٩
٤٢.	الظرف القاهر	٢٣٩
٤٣.	العام	١٦٧
٤٤.	العبادلة	٢٣
٤٥.	العقد	٣٣
٤٦.	العقد الجائز	٧٩
٤٧.	العقد اللازم	٨٢
٤٨.	العقود غير المسمَّاة	٤٥
٤٩.	العلَّة	١١٩
٥٠.	العين	٣٢، ٣٦، ٤٠، ١١٢
٥١.	الغَرَر	٤٤، ١٠٥
٥٢.	القَبْض الحُكمي	٢٠٧
٥٣.	القياس	٥٢
٥٤.	القياس بالأَوْلى	١٠٥
٥٥.	المباح	٣١٢
٥٦.	المِثْليَّات	٨١، ١١٢، ١١٥
٥٧.	مذهب الصحابي	٢٢٥
٥٨.	المذهب الظاهري	١٧٢
٥٩.	المُرابَحة	٥٨
٦٠.	المُستحَب	٢٣٥
٦١.	مشايخ الحنفية	٥٩ ـ ٦٠
٦٢.	المُطلَق	١٦٧
٦٣.	المعدوم	١٠٢
٦٤.	المقاصد الحاجية	٢٤٩
٦٥.	المقاصد التحسينية	٢٤٩
٦٦.	المقاولة	٢٦١ ـ ٢٦١، ٢٧٧
٦٧.	مقتضى العقد	١٨٤
٦٨.	المقيَّد	١٦٧
٦٩.	المُكثِرون من الرواية	٢٤
٧٠.	المنافع	٦٤
٧١.	النسخ	١٦٧

قائمة المصادر والمراجع

أ ـ القرآن الكريم وعلومه:

١ ـ (١) ابن العربي، أبو بكر، محمد بن عبد الله (٥٤٣هـ/١١٤٨م)، **أحكام القرآن**، علَّق عليه، محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ط٣، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٤ أجزاء.

٢ ـ (٢) ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر (٧٧٤هـ/١٣٧٢م)، **تفسير القرآن العظيم**، حققه سامي بن محمد سلامة، د. م، دار طيبة، ط٢، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ٨ أجزاء.

٣ ـ (٣) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (٦٧١هـ/١٢٧٢م)، **الجامع لأحكام القرآن**، حققه أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، القاهرة، دار الكتب المصرية، ط٢، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م، ٢٠ جزءًا.

ب ـ الحديث الشريف وعلومه:

٤ ـ (١) آبادي، أبو الطيب محمد أشرف بن أمير (١٣١٠هـ/١٨٩٣م)، **عون المعبود شرح سُنَن أبي داود**، حققه عبد الرحمن محمد عثمان، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، ط٢، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، ١٤جزءًا.

٥ ـ (٢) ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد (٢٣٥هـ/٨٤٩م)، **المصنَّف**، حققه كمال يوسف الحوت، الرياض، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٠٩هـ، ٧ أجزاء.

٦ ـ (٣) ابن بطَّال، أبو الحسن علي بن خلف (٤٤٩هـ/١٠٥٧م)، **شرح صحيح البخاري**، حققه أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الرياض، مكتبة الرشد، ط٢، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ١٠ أجزاء.

٧ ـ (٤) ابن بَلْبَان، الأمير علي بن بلبان (٧٣٩هـ/١٣٣٩م)، **الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان**، حققه شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ١٨ جزءًا.

٨ ـ (٥) ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي (٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، حققه السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، بيروت، دار المعرفة ـ بيروت، د. ت، جزءان.

٩ ـ (٦) ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل، أحمد بن علي (٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، رقَّمه، محمد فؤاد عبد الباقي، وصحَّحه محب الدين الخطيب، وعلَّق عليه عبد العزيز بن عبد الله ابن باز، بيروت، دار المعرفة، ١٣٧٩هـ، ١٣ جزءًا.

١٠ ـ (٧) ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد (٢٤١هـ/٨٥٥م)، **المسند**، حققه شعيب الأرنؤوط، وآخرون، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م، ٥٠ جزءًا.

١١ ـ (٨) ابن عبد البَر، أبو عمر يوسف بن عبد الله (٤٦٣هـ/١٠٧١م)، **التمهيد لما في المُوَطَّأ من المعاني والأسانيد**، حققه مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، المغرب، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧هـ، ٢٤ جزءًا.

١٢ ـ (٩) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ/٨٨٨م)، **السُّنَن**، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، د. م، دار إحياء الكتب العربية، د. ت،

جزءان. ونسخة أخرى، حققه شعيب الأرنؤوط وآخرون، د. م، دار الرسالة العالمية، ط١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ٥ أجزاء.

١٣ ـ (١٠) الألباني، محمد ناصر الدين، **سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها**، الرياض، مكتبة المعارف، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، ٧ أجزاء.

١٤ ـ (١١) الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح سنن ابن ماجه**، الرياض، مكتبة المعارف، ط١ للطبعة الجديدة، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ٣ أجزاء.

١٥ ـ (١٢) الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد (٩٢٦هـ/١٥٢٠م)، **مِنْحة الباري بشرح صحيح البخاري**، حققه سليمان بن دريع العازمي، الرياض، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ١٠ أجزاء.

١٦ ـ (١٣) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (٢٥٦هـ/٨٧٠م)، **الجامع الصحيح**، شرحه وحققه محب الدين الخطيب، ورقمه محمد فؤاد عبد الباقي، وراجعه قصي محب الدين الخطيب، القاهرة، المطبعة السلفية ومكتبتها، ١٤٠٠هـ، ٤ أجزاء.

١٧ ـ (١٤) البَغَوي، أبو محمد الحسين بن مسعود (٥١٦هـ/١١٢٢م)، **شرح السُّنَّة**، حققه شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش، دمشق، بيروت، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ١٥ جزءًا.

١٨ ـ (١٥) البوصيري، أبو العباس أحمد بن أبي بكر (٨٤٠هـ/١٤٣٧م)، **مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه**، حققه محمد المنتقى الكشناوي، بيروت، دار العربية، ط٢، ١٤٠٣هـ، ٤ أجزاء.

١٩ ـ (١٦) البيهقي، أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨هـ/١٠٦٦م)، **السُّنَن الكبرى**، حققه محمد عبد القادر عطا، ط٣، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ١٠ أجزاء.

٢٠ ـ (١٧) الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى (٢٧٩هـ/٨٩٢م)، **السُّنَن**، حققه أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة، مصر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م، ٥ أجزاء.

٢١ ـ (١٨) الخطَّابي، أبو سليمان حمد بن محمد (٣٨٨هـ/٩٩٨م)، **معالم السُّنَن**، حلب، المطبعة العلمية، ط١، ١٣٥١هـ/١٩٣٢م، ٤ أجزاء.

٢٢ ـ (١٩) الخَلَّال، أبو بكر أحمد بن محمد (٣١١هـ/٩٢٣م)، **الحثُّ على التجارة والصناعة والعمل والإنكار على من يدعي التوكُّل في ترك العمل والحُجة عليهم في ذلك**، حققه محمود محمد الحداد، الرياض، دار العاصمة، ط١، ١٤٠٧هـ، ٢٣٩ صفحة.

٢٣ ـ (٢٠) الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر (٣٨٥هـ/٩٩٥م)، **السُّنَن**، حققه شعيب الارنؤوط، وآخرون، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م، ٥ أجزاء.

٢٤ ـ (٢١) السِّجِسْتاني، أبو داود سليمان بن الأشعث (٢٧٥هـ/٨٨٨م)، **السُّنَن**، حققه محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، د. ت، ٤ أجزاء.

٢٥ ـ (٢٢) السَّخاوي، أبو الخير محمد بن عبد الرحمن (٩٠٢هـ/١٤٩٧م)، **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة**، حققه محمد عثمان الخشت، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، ٥١٠ صفحة.

٢٦ ـ (٢٣) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (٢٠٤هـ/٨١٩م)، **المسند**، رتَّبه محمد عابد السندي، وصححه وراجع أصوله يوسف علي الزواوي الحسني، وعزت العطار الحسيني، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٣٧٠هـ/١٩٥١م، جزءان.

٢٧ ـ (٢٤) الصنعاني، أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل (١١٨٢هـ/١٧٦٨م)، **التحبير لإيضاح معاني التيسير**، حققه وعلق عليه محمد صبحي حلاق، الرياض، مكتبة الرُّشد، ط١، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ٧ أجزاء.

٢٨ ـ (٢٥) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد (٣٦٠هـ/٩٧١م)، **المعجم الأوسط**، حققه طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، القاهرة، دار الحرمين، د. ت، ١٠ أجزاء.

٢٩ ـ (٢٦) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد (٣٦٠هـ/٩٧١م) ـ **المعجم الكبير**، حققه حمدي السلفي، ط٢، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، د. ت، ٢٥ جزءًا [بعضها لم يطبع بعد].

٣٠ ـ (٢٧) الطَّحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد (٣٢١هـ/٩٣٣م)، **شرح معاني الآثار**، حققه محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، وراجعه ورقمه د.يوسف عبد الرحمن المرعشلي، د. م، عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٥ أجزاء.

٣١ ـ (٢٨) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد (٨٥٥هـ/١٤٥١م)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ت، ٢٥ جزءًا.

٣٢ ـ (٢٩) القرطبي، أبو العباس، أحمد بن عمر (٦٥٦هـ/١٢٥٨م)، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، تحقيق وتعليق محيي الدين ديب مستو وآخرون، دمشق، وبيروت، دار ابن كثير، ودار الكلم الطيب، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م، ٧ أجزاء.

٣٣ ـ (٣٠) القَسْطَلَّاني، أبو العباس، أحمد بن محمد (٩٢٣هـ/١٥١٧م)، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط٧، ١٣٢٣هـ، ١٠ أجزاء.

٣٤ ـ (٣١) الكوراني، أحمد بن إسماعيل (٨٩٣هـ/١٤٨٨م)، **الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري**، حققه أحمد عزو عناية، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ٥، ٣٤٣. ١١ جزءاً.

٣٥ ـ (٣٢) لاشين، موسى، **فتح المنعم شرح صحيح مسلم**، القاهرة، دار الشروق، ط١، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م، ٦، ١٩٥، ١٠ أجزاء.

٣٦ ـ (٣٣) مالك، أبو عبد الله بن أنس (١٧٩هـ/٧٩٥م)، **المُوَطَّأ**، حققه محمد مصطفى الأعظمي، أبو ظبي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٨ أجزاء. **المُوَطَّأ**، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، المكتبة الثقافية، ط، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، جزءان. والأولى هي الأصل، أما الثانية فينبَّه إلى طبعتها عند الاقتباس منها.

٣٧ ـ (٣٤) محمد علي الأثيوبي، **إسعاف ذَوي الوَطَر بشرح نَظْم الدُّرَر في علم الأثَر = شرح أَلْفِيَّةِ السُّيوطي**، المدينة المنورة، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، جزءان.

٣٨ ـ (٣٥) مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج (٢٦١هـ/٨٧٥م)، **صحيح مسلم**، حققه محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، ١٤١٢هـ/١٩٩١م، ٥ أجزاء.

٣٩ ـ (٣٦) النَّسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (٣٠٣هـ/٩١٦م)، **السُّنَن**، حققه عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ٩ أجزاء.

٤٠ ـ (٣٧) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢هـ، ١٨ جزءاً.

٤١ ـ (٣٨) النيسابوري، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله (٤٠٥هـ/١٠١٥م)، **المُستدرَك على الصحيحين**، حققه مصطفى عبد القادر عطا، بيروت،

دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ/١٩٩٠م، ٥ أجزاء.

٤٢ ـ (٣٩) الهيثمي، أبو الحسن علي بن أبي بكر (٨٠٧هـ/١٤٠٤م)، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، حققه حسام الدين القدسي، القاهرة، مكتبة القدسي، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ١٠ أجزاء.

ج ـ أصول الفقه الإسلامي والقواعد الفقهية:

٤٣ ـ (١) الآمِدي، أبو الحسن علي بن أبي علي (٦٣١هـ/١٢٣٤م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، حققه عبد الرزاق عفيفي، بيروت، المكتب الإسلامي، ٤ أجزاء.

٤٤ ـ (٢) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد (٤٥٦هـ/١٠٦٤م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، حققه أحمد محمد شاكر، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ط٢، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ٨ أجزاء.

٤٥ ـ (٣) ابن اللحام، أبو الحسن علي بن محمد (٨٠٣هـ/١٤٠٠م)، **المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، المحقق: د. محمد مظهر بقا، الناشر: جامعة الملك عبد العزيز ـ مكة المكرمة، ١٧٢ صفحة.

٤٦ ـ (٤) ابن نُجَيم، زين الدين بن إبراهيم (٩٧٠هـ/١٥٦٣)، **الأشباه والنظائر**، وضع حواشيه، وخرج أحاديثه زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، ٣٧٣ صفحة.

٤٧ ـ (٥) أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود (٩٧٢هـ/١٥٦٤م)، **تيسير التحرير**، ١٣٥١هـ/١٩٣٢م، مصر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ٤ أجزاء.

٤٨ ـ (٦) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف (٤٧٤هـ/١٠٨٢م)، **الإشارة في أصول الفقه**، يليه له، **الحدود في الأصول**، حققه محمد حسن إسماعيل، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٢١٣ صفحة.

٤٩ ـ (٧) البخاري، عبد العزيز بن أحمد (٧٣٠هـ/١٣٣٠م)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، بيروت، دار الكتاب العربي، د. ت، ٤ أجزاء.

٥٠ ـ (٨) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي (٣٧٠هـ/٩٨٠م)، **الفصول في الأصول**، حققه د. عجيل جاسم النشمي، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٤ أجزاء.

٥١ ـ (٩) د. محمد الحفناوي، **مصطلحات الفقهاء والأصوليين**، القاهرة، دار السلام، ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ٢٧٧ صفحة.

٥٢ ـ (١٠) خلَّاف، عبد الوهاب (١٣٧٥هـ/١٩٥٥م)، **علم أصول الفقه**، د.م، مكتبة الدعوة، ودار القلم، ط٨، د. ت، ٢٣٦ صفحة.

٥٣ ـ (١١) الزرقا، أحمد (١٣٥٧هـ/١٩٣٨م)، **شرح القواعد الفقهية**، صححه وعلق عليه، مصطفى أحمد الزرقا، دمشق، دار القلم، ط٢، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ٥٠٩ صفحات.

٥٤ ـ (١٢) الزركشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (٧٩٤هـ/١٣٩٢م)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، د. م، الناشر: دار الكتبي، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٨ أجزاء.

٥٥ ـ (١٣) الزركشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله (٧٩٤هـ/١٣٩٢م)، **المنثور في القواعد الفقهية**، الكويت، وزارة الأوقاف الكويتية، ط٢، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ٣ أجزاء.

٥٦ ـ (١٤) السُّبْكي، أبو نصر عبد الوهاب بن تقي الدين (٧٧١هـ/١٣٧٠م)، **الأشباه والنظائر**، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م، جزءان.

٥٧ ـ (١٥) السَّرْخَسي، أبو بكر محمد بن أحمد (٤٨٣هـ/١٠٩٠م)، **أصول السَّرْخَسي**، بيروت، دار المعرفة، د. ت، جزءان.

٥٨ ـ (١٦) السيوطي، أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر (٩١١هـ/١٥٠٥م)، **الأشباه والنظائر**، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩٠م، ٥٤٢ صفحة.

٥٩ ـ (١٧) الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (٧٩٠هـ/١٣٨٨م)، **الموافقات**، حققه أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، د. م، دار ابن عفان، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ٦ أجزاء.

٦٠ ـ (١٨) الشوشاوي، أبو علي الحسين بن علي (٨٩٩هـ/١٤٩٤م)، **رفع النقاب عن تنقيح الشهاب**، حققه د. أحمد بن محمد السراح، الرياض، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٦ أجزاء.

٦١ ـ (١٩) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (٤٧٦هـ/١٠٨٣م)، **التَّبْصِرة في أصول الفقه**، حققه د. محمد حسن هيتو، دمشق، دار الفكر، ط١، ١٤٠٣، ٥٣٧ صفحة.

٦٢ ـ (٢٠) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (٥٠٥هـ/١١١١م)، **المستصفى**، حققه محمد عبد السلام عبد الشافي، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ٣٨٣ صفحة.

٦٣ ـ (٢١) الغزي، محمد صدقي، **موسوعة القواعد الفقهية**، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ١٢ جزءًا.

٦٤ ـ (٢٢) الفرَّاء، أبو يعلى محمد بن الحسين (٤٥٨هـ/١٠٦٦م)، **العُدَّة في أصول الفقه**، حققه د. أحمد بن علي المباركي، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، د. ن، ط٢، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، ٥ أجزاء.

٦٥ ـ (٢٣) القَرافي، أبو العباس، أحمد بن إدريس (٦٨٤هـ/١٢٨٥م)، **الفُروق**، د. م، عالم الكتب، د. ت، ٤ أجزاء.

٦٦ ـ (٢٤) القُونَوِي، قاسم بن عبد الله (٩٧٨هـ/١٥٧٠م)، **أنيس الفقهاء في**

تعريفات الألفاظ المُتداوَلة بين الفقهاء، حققه يحيى حسن مراد، د. م، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م، ١١٧ صفحة.

٦٧ ـ (٢٥) المَـرْداوي، أبـو الحسـن علـي بـن سـليمان (٨٨٥هـ/١٤٨٠م)، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، حققه د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، الرياض، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ٨ أجزاء.

د ـ الفقه الإسلامي:

٦٨ ـ (١) ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (٧٢٨هـ/١٣٢٨م)، **نظرية العقد**، مصر الجديدة، مركز الكتاب للنشر، د. ت، ٢٤٨ صفحة.

٦٩ ـ (٢) ابن الجَلَّاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين (٣٧٨هـ/٩٨٨م)، **التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس**، حققه سيد كسروي حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، جزءان.

٧٠ ـ (٣) ابن الحاجب، أبو عمرو، عثمان بن عمر (٦٤٦هـ/١٢٤٨م)، **جامع الأمهات**، حققه الأخضر الأخضري، دمشق، اليمامة، ط٢، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ٦٣٢ صفحة.

٧١ ـ (٤) ابن حجر الهَيْتَمي، أبو العباس أحمد بن محمد (٩٧٤هـ/١٥٦٧م)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، بيروت، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، د. ت، ١٠ أجزاء.

٧٢ ـ (٥) ابن رشد، أبو الوليد، محمد بن أحمد (٥٩٥هـ/١١٩٩م)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، القاهرة، دار الحديث، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٤ أجزاء.

٧٣ ـ (٦) ابن الرِّفْعة، أبو العباس أحمد بن محمد (٧١٠هـ/١٣١٠م)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، حققه مجدي محمد سرور باسلوم، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٩م، ٢١ جزءًا.

٧٤ ـ (٧) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (١٢٥٢هـ/١٨٣٦م)، **رد المحتار على الدر المختار**، بيروت، دار الفكر، ط٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ٦ أجزاء.

٧٥ ـ (٨) ابن قُدامة، أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد (٦٨٢هـ/١٢٨٣م)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، أشرف عليه محمد رشيد رضا، د. م، دار الكتاب العربي، د. ن، ١٢ جزءًا.

٧٦ ـ (٩) ابن قُدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد (٦٢٠هـ/١٢٢٣م)، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٤ أجزاء.

٧٧ ـ (١٠) ابن قُدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد (٦٢٠هـ/١٢٢٣م)، **المغني**، د. م، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، ١٠ أجزاء.

٧٨ ـ (١١) ابن قيم الجوزية، أبو بكر محمد بن أيوب (٧٥١هـ/١٣٥٠م)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، حققه محمد إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩١م، ٤ أجزاء.

٧٩ ـ (١٢) ابن مفلح، أبو عبد الله محمد (٧٦٣هـ/م)، **الفروع**، حققه عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. م، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ٦، ١٤٧، ١١ جزءًا.

٨٠ ـ (١٣) ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم (٣١٩هـ/٩٣١م)، **الإشراف على مذاهب العلماء**، حققه صغير أحمد الأنصاري، رأس الخيمة، مكتبة مكة الثقافية، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ١٠ أجزاء.

٨١ ـ (١٤) ابن نُجَيم، زين الدين بن إبراهيم (٩٧٠هـ/١٥٦٣م)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، د. م، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د. ت، ٨ أجزاء.

٨٢ ـ (١٥) ابن الهُمام، محمد بن عبد الواحد (٨٦١هـ/١٤٥٧م)، **فتح القدير**، د. م، دار الفكر، د. ت، ١٠ أجزاء.

٨٣ ـ (١٦) أحمد، عثمان، **تمويل القطاع الصناعي وفق صيغ التمويل الإسلامي، تجربة بعض المصارف السودانية**، «البنك» الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط٢، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، بحث رقم، ٤٩، ١ ـ ٩٢.

٨٤ ـ (١٧) الأشقر، محمد، وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، دار النفائس، عمان، الأردن، ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م، جزءان.

٨٥ ـ (١٨) الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، **أبحاث هيئة كبار العلماء**، الرياض، دار الزاحم، ط٢، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ٧ أجزاء.

٨٦ ـ (١٩) الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد (٩٢٦هـ/١٥٢٠م)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، د. م، دار الكتاب الإسلامي، د. ت، ٤ أجزاء.

٨٧ ـ (٢٠) الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد (٩٢٦هـ/١٥٢٠م)، **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**، د. م، دار الفكر، ط، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، جزءان.

٨٨ ـ (٢١) البابرتي، أبو عبد الله محمد بن محمد (٧٨٦هـ/١٣٨٤م)، **العناية شرح الهداية**، د. م، دار الفكر، د. ت، ١٠ أجزاء [مع فتح القدير].

٨٩ ـ (٢٢) باشا، محمد قدري (١٣٠٦هـ/١٨٨٨م)، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، ط٢، ١٣٠٨هـ/١٨٩١م، ١٥٧ صفحة.

٩٠ ـ (٢٣) البخاري، أبو المعالي محمود بن أحمد (٦١٦هـ/١٢١٩م)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، حققه عبد الكريم سامي الجندي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م، ٩ أجزاء.

٩١ ـ (٢٤) بدران، أحمد جابر، **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، الكويت، سلسلة رسائل «البنك» الصناعي، العدد ٧٢، مارس ٢٠٠٣م، ١٨٣ صفحة.

٩٢ ـ (٢٥) البدران، كاسب، **عقد الاستصناع أو «عقد المقاولة» في الفقه الإسلامي**، د. م، د. ن، ط٢، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ٢٥٤ صفحة.

٩٣ ـ (٢٦) البغدادي، أبو زيد عبد الرحمن بن محمد (٧٣٢هـ/١٣٣٢م)، **إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك**، وبهامشه: تقريرات مفيدة لإبراهيم بن حسن، مصر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، د. ت، ١٤٠ صفحة.

٩٤ ـ (٢٧) البغدادي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي (٤٢٢هـ/١٠٣١م)، **المعونة على مذهب عالِم المدينة**، حققه حميش عبد الحق، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، د. ت، ١٧٦٥ صفحة.

٩٥ ـ (٢٨) البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود (٥١٦هـ/١١٢٢م)، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، حققه عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، ٨ أجزاء.

٩٦ ـ (٢٩) البكري، أبو بكر عثمان بن محمد شطا (١٣١٠هـ/١٨٩٣م)، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، د. م، دار الفكر، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ٤ أجزاء.

٩٧ ـ (٣٠) البُهوتي، أبو السعادات منصور بن يونس (١٠٥١هـ/١٦٤١م)، **دقائق أولي النُّهى لشرح المُنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، د. م، عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ٣ أجزاء.

٩٨ ـ (٣١) البُهوتي، أبو السعادات منصور بن يونس (١٠٥١هـ/١٦٤١م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د. م، دار الكتب العلمية، د. ت، ٦ أجزاء.

٩٩ ـ (٣٢) البُهوتي، أبو السعادات منصور بن يونس (١٠٥١هـ/١٦٤١م)، **الروض المُرْبع شرح زاد المستقنع**، بحاشية ابن العثيمين، وتعليقات عبد الرحمن

السعدي، وخرج أحاديثه عبد القدوس نذير، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٢٦/٢٠٠٥م، ٧٣٥.

١٠٠ ـ (٣٣) بيت التمويل الكويتي، **دليل المصطلحات الفقهية والاقتصادية**، د. م، د. ن، ط١، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ٣٠٢ صفحة.

١٠١ ـ (٣٤) الجَصَّاص، أبو بكر أحمد بن علي (٣٧٠ هـ/٩٨١م)، **شرح مختصر الطحاوي**، حققه، أ. د. سائد بكداش، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ٨ أجزاء.

١٠٢ ـ (٣٥) الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله (٤٧٨هـ/١٠٨٥م)، **نهاية المطلَب في دراية المذهب**، حققه أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب، جُدَّة، دار المنهاج، ط١، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، ٢٠ جزءًا.

١٠٣ ـ (٣٦) الحَجَّاوي، أبو النجا موسى بن أحمد (٩٦٨هـ/١٥٦١م)، **الإقناع في فقه الإمام أحمد ابن حنبل**، حققه عبد اللطيف السبكي، بيروت، دار المعرفة، د. ت، ٤ أجزاء.

١٠٤ ـ (٣٧) الحَجَّاوي، أبو النجا موسى بن أحمد (٩٦٨هـ/١٥٦١م)، **زاد المستقنع في اختصار المقنع**، حققه عبد الرحمن العسكر، الرياض، دار الوطن، د.ت، ٢٩٣ صفحة.

١٠٥ ـ (٣٨) حسان، حسين، وآخرون، **فتاوى هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية لبنك دُبَي الإسلامي**، د. م، د. ت، دار البشائر الإسلامية، ٤ أجزاء.

١٠٦ ـ (٣٩) الحطَّاب، أبو عبد الله محمد بن محمد (٩٥٤هـ/١٥٤٧م)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، د. م، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ٦ أجزاء.

١٠٧ ـ (٤٠) حيدر، علي (١٣٥٣هـ/١٩٣٤م)، **دُرَر الحكَّام شرح مجلة**

الأحكام، عرَّبه فهمي الحسيني، الرياض، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ٤ أجزاء.

١٠٨ ـ (٤١) الخِنْ، مصطفى، د. البُغا، مصطفى، الشّرْبجي، علي، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، دمشق، دار القلم، ط٤، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م، ٨ أجزاء.

١٠٩ ـ (٤٢) الدُّبْيَان، دُبْيَان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، ط٢، ١٤٣٢هـ، ٢٠ جزءًا.

١١٠ ـ (٤٣) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد (١٢٠١هـ/١٧٨٦م). **أقرب المسالك لمذهب مالك**، متن، **بلغة السالك لأقرب المسالك** [عنده يكون تفصيل النشر].

١١١ ـ (٤٤) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (١٢٣٠هـ/١٨١٥م)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. م، دار الفكر، د. ت، ٤ أجزاء.

١١٢ ـ (٤٥) الدَّمِيري، أبو البقاء محمد بن موسى (٨٠٨هـ/١٤٠٦م)، **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، جُدَّة، دار المنهاج، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ٤، ١٠ أجزاء.

١١٣ ـ (٤٦) رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة**، ط٢، د. ت، ٣٥٨ صفحة، وفيه ختامه ملحق بقرارات الدورة (١٧)، ٥٨ صفحة.

١١٤ ـ (٤٧) الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد (٦٢٣هـ/١٢٢٦م)، **العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير**، حققه علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ١٣ جزءًا.

١١٥ ـ (٤٨) الرصاع، أبو عبد الله محمد بن قاسم (٨٩٤هـ/١٤٨٩م)، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، د. م، المكتبة العلمية، ط١، ١٣٥٠هـ، ٥٤٣ صفحة.

١١٦ ـ (٤٩) الزحيلي، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دمشق، دار الفكر، ط٤، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ١٠ أجزاء.

١١٧ ـ (٥٠) الزرقا، مصطفى، **المدخل الفقهي العام**، دمشق، دار القلم، ط٢، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، جزءان.

١١٨ ـ (٥١) الزرقا، مصطفى، **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، دمشق، دار القلم، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ٣٦٦ صفحة.

١١٩ ـ (٥٢) الزرقا، مصطفى، **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة**، محاضرة (١٢) ضمن سلسلة محاضرات العلماء البارزين، مقدمة في المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، التابع للبنك الإسلامي للتنمية، ٥٢ صفحة.

١٢٠ ـ (٥٣) الزرقا، مصطفى، **عقد البيع**، دمشق، دار القلم، ط٢، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ١٧٦ صفحة.

١٢١ ـ (٥٤) الزرقاني، أبو محمد، عبد الباقي بن يوسف (١٠٩٩هـ/١٦٨٨م)، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، ضبطه عبد السلام محمد أمين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م، ٨ أجزاء.

١٢٢ ـ (٥٥) زرُّوق، أبو العباس أحمد بن أحمد (٨٩٩هـ/١٤٩٤م)، **شرح زرُّوق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني**، اعتنى به أحمد فريد المزيدي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، جزءان.

١٢٣ ـ (٥٦) الزَّيْلَعي، عثمان بن علي (٧٤٣ هـ/١٣٤٢م)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، ط١، ١٣١٣هـ، ٦ أجزاء.

١٢٤ ـ (٥٧) السالوس، علي، **موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي**، بيروت، مؤسسة الريان، وغيرها، ط١١، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٨م، ٩٦٠ صفحة.

١٢٥ ـ (٥٨) السَّرْخَسي، أبو بكر محمد بن أحمد (٤٨٣هـ/١٠٩٠م)، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة، ط: ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ٣٠ جزءًا.

١٢٦ ـ (٥٩) السمرقندي، أبو بكر محمد بن أحمد (نحو ٥٤٠هـ/١١٤٥م)، **تحفة الفقهاء**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، ٣ أجزاء.

١٢٧ ـ (٦٠) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (٢٠٤هـ/٨١٩م)، **الأم**، بيروت، دار المعرفة، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، ٨ أجزاء.

١٢٨ ـ (٦١) الشِّبْرامَلِّسِي، أبو الضياء، علي بن علي (١٠٨٧هـ/١٦٧٦م)، **حاشية الشِّبْرَامَلِّسِي على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** للرَّمْلي ـ متن الحاشية ـ، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ٨ أجزاء.

١٢٩ ـ (٦٢) شحاتة، حسين، «**صيغ التمويل العَقاري المعاصرة في ميزان الشريعة الإسلامية (الجائز والمنهي عنها شرعًا)**»، في

(**http://www.darelmashora.com**).

١٣٠ ـ (٦٣) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (٩٧٧هـ/١٥٦٩م)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، د. م، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ٦ أجزاء.

١٣١ ـ (٦٤) الشوكاني، أبو عبد الله محمد بن علي (١٢٥٠هـ/١٨٣٤م)، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، بيروت، دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ١٠٢٧ صفحة.

١٣٢ ـ (٦٥) الشوكاني، أبو عبد الله، محمد بن علي (١٢٥٠هـ/١٨٣٤م)

نيل الأوطار، حققه عصام الدين الصبابطي، مصر، دار الحديث، ط١، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م، ٨ أجزاء.

١٣٣ ـ (٦٦) شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد (١٠٧٨هـ/١٦٦٧م)، **مجمع الأَنْهُر في شرح ملتقى الأبحر**، د. م، دار إحياء التراث العربي، د. ت، جزءان.

١٣٤ ـ (٦٧) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (٤٧٦هـ/١٠٨٣م)، **المهذب في فقة الإمام الشافعي**، د. م، دار الكتب العلمية، د. ت، ٣ أجزاء.

١٣٥ ـ (٦٨) الصاوي، أبو العباس، أحمد بن محمد (١٢٤١هـ/١٨٢٦م)، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، حققه د. مصطفى كمال وصفي، القاهرة، دار المعارف، د. ت، ٤ أجزاء.

١٣٦ ـ (٦٩) طاهر، عبد الله، **العقود المضافة إلى مثلها**، الرياض، دار كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م، ٣١٤ صفحة.

١٣٧ ـ (٧٠) الطَّحْطاوي، أحمد بن محمد (١٢٣١هـ/١٨١٦م)، **حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح**، حققه محمد عبد العزيز الخالدي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ٧٥٨ صفحة.

١٣٨ ـ (٧١) الطُّوري، محمد بن حسين (بعد ١١٣٨هـ/١٧٢٦م)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق: التكملة** [مع البحر الرائق].

١٣٩ ـ (٧٢) الطيّار، عبد الله، د. المطلق، عبد الله، د. الموسى، محمد، **الفقه الميسَّر**، الرياض، مَدَار الوطن للنَّشر، ط٢، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ١٣ جزءًا.

١٤٠ ـ (٧٣) العاصمي، عبد الرحمن، **مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية**، المدينة المنورة، مُجَمَّع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م، ٣٥ جزءًا.

١٤١ ـ (٧٤) العثيمين، محمد (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، الدَّمَّام، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٢هـ ـ ١٤٢٨هـ، ١٥ جزءًا.

١٤٢ ـ (٧٥) العطار، أبو السعادات حسن بن محمد (١٢٥٠هـ/١٨٣٤م) **حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع**، د. م، دار الكتب العلمية، د. ت، ٢، ٢٤٣، جزءان.

١٤٣ ـ (٧٦) عفانة، حسام الدين، **يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة**، القدس، المكتبة العلمية ودار الطيب، ط١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ٣١٧ صفحة.

١٤٤ ـ (٧٧) عُلَيْش، أبو عبد الله محمد بن أحمد (١٢٩٩هـ/١٨٨٢م)، **مَنْح الجليل شرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، ط، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ٩ أجزاء.

١٤٥ ـ (٧٨) العِمْراني، أبو الحسين يحيى بن سالم (٥٥٨هـ/١١٦٣م)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، حققه قاسم محمد النوري، جُدَّة، دار المنهاج، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ١٣ جزءًا.

١٤٦ ـ (٧٩) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد (٨٥٥هـ/١٤٥١م)، **البناية شرح الهداية**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، ١٣ جزءًا.

١٤٧ ـ (٨٠) القَرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس (٦٨٤هـ/١٢٨٥م)، **الذخيرة**، حققه محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م، ١٤ جزءًا.

١٤٨ ـ (٨١) القره داغي، علي، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط٢، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ٤٤٧ صفحة.

١٤٩ ـ (٨٢) قلعه جي، محمد رواس، **معجم لغة الفقهاء**، بيروت، دار النفائس، ط٢، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، ٥١٦ صفحة.

١٥٠ ـ (٨٣) الكاساني، أبو بكر بن مسعود (٥٨٧هـ/١١٩١م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ٧ أجزاء.

١٥١ ـ (٨٤) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، **مجلة الأحكام العدلية**، كراتشي، د. ت، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، ٣٧٦ صفحة.

١٥٢ ـ (٨٥) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد (٤٥٠هـ/١٠٥٨م)، **الحاوي الكبير**، حققه علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، ١٨ جزءًا.

١٥٣ ـ (٨٦) المجموعة الشرعية بمصرِف الراجحي، **قرارات الهيئة الشرعية بمصرِف الراجحي**، الرياض، ط١، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، جزءان.

١٥٤ ـ (٨٧) المَرْداوي، أبو الحسن علي بن سليمان (٨٨٥هـ/١٤٨٠م)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، د. م، دار إحياء التراث العربي، ط٢، د. ت، ٦، ٧٠، ١٢جزءًا.

١٥٥ ـ (٨٨) المرغيناني، أبو الحسن علي بن أبي بكر (٥٩٣هـ/١١٩٧م)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، حققه طلال يوسف، بيروت، دار احياء التراث العربي، د. ت، ٤ أجزاء.

١٥٦ ـ (٨٩) المرغيناني، أبو الحسن علي بن أبي بكر (٥٩٣هـ/١١٩٧م)، **بداية المبتدي**، القاهرة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، د. ت، ٢٦٧ صفحة.

١٥٧ ـ (٩٠) مُلَّا خسر، محمد بن فرامرز (٨٨٥هـ/١٤٨٠م)، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، د. م، دار إحياء الكتب العربية، د. ت، جزءان.

١٥٨ ـ (٩١) المَوْصِلِّي، أبو الفضل عبد الله بن محمود (٦٨٣هـ/١٢٨٤م)، **الاختيار لتعليل المختار**، تعليق محمود أبو دقيقة، القاهرة، مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م، ٥ أجزاء.

١٥٩ ـ (٩٢) النَّفَراوي، أبو العباس، أحمد بن غُنَيْم (١١٢٦هـ/١٧١٤م)،

الفواكه الدَّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د. م، دار الفكر، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م. جزءان.

١٦٠ ـ (٩٣) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، حققه زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، ط٣، ١٤١٢هـ/١٩٩١م، ١٢ جزءًا.

١٦١ ـ (٩٤) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (٦٧٦هـ/١٢٧٧م)، وأبو الحسن علي بن عبد الكافي السُّبْكي (٧٥٦هـ/١٣٥٥م) ومحمد نجيب المطيعي، **المجموع شرح المهذب، مع تكملتي السُّبْكي، والمطيعي**، د. م، دار الفكر، د. ت، ٢٠ جزءًا.

١٦٢ ـ (٩٥) هيئة الرَّقابة الشرعية، **الفتاوى الشرعية للمعاملات المصرِفية في بنك سَبَأ الإسلامي للفترة من ١٩٩٧ حتى ٢٠١٠م**، د. م، د. ن، ط١، ٢٠١١م، ٧٠ صفحة.

١٦٣ ـ (٩٦) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية، **فتاوى هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية لمنتجات بيت التمويل الكويتي ـ البحرين**، د. م، د. ت، ٣١ صفحة.

١٦٤ ـ (٩٧) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، الكويت، دار الضياء، ط١، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ٥ أجزاء.

١٦٥ ـ (٩٨) هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، د. م، ط٢، ١٤٠٥/١٤٠٦هـ، ١٩٨٥/١٩٨٦م، جزءان.

١٦٦ ـ (٩٩) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المنامة، ط، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ٥٧٥ صفحة.

١٦٧ ـ (١٠٠) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، مصر، دار الصفوة، ط٤، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، ٤٥ جزءاً.

هـ ـ العقيدة والفكر المعاصر:

١٦٨ ـ (١) أبو زهرة، محمد، **تاريخ المذاهب الإسلامية**، القاهرة، دار الفكر العربي، د. ت، ٦٨٨ صفحة.

١٦٩ ـ (٢) الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، **الموسوعة العربية الميسَّرة**، صيدا وبيروت، المكتبة العصرية، ط١، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ٧ أجزاء.

١٧٠ ـ (٣) الشهرستاني، أبو الفتح محمد بن عبد الكريم (٥٤٨هـ/١١٥٣م)، **المِلَل والنِّحَل**، حققه أمير مهنا، وعلي فاعور، بيروت، دار المعرفة، ط٣، ١٩٩٣م/١٤١٤هـ، جزءان.

و ـ السِّيَر والتراجِم:

١٧١ ـ (١) ابن الأثير، أبو الحسن علي بن محمد (٦٣٠هـ/١٢٣٣م)، **أُسْد الغابة في معرفة الصحابة**، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ٦ أجزاء.

١٧٢ ـ (٢) ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل، أحمد بن علي (٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، **إنباء الغُمْر بأبناء العُمْر**، حققه د. حسن حبشي، القاهرة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ط، ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م، ٤ أجزاء.

١٧٣ ـ (٣) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي (٨٥٢هـ/١٤٤٨م)، **الإصابة في تمييز الصحابة**، حققه عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ، ٨ أجزاء.

١٧٤ ـ (٤) ابن العماد، أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد (١٠٨٩هـ/١٦٧٨م)، **شذرات الذهب في أخبار مَن ذهب**، حققه محمود الأرناؤوط، وخرج أحاديثه

عبد القادر الأرناؤوط، دمشق وبيروت، دار ابن كثير، ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ١١ جزءاً.

١٧٥ ـ (٥) ابن فَرْحون، أبو الوفاء إبراهيم بن علي (٧٩٩هـ/١٣٩٧م)، **الدِّيباج المُذَهَّب في معرفة أعيان علماء المذهب**، حققه د. محمد الأحمدي أبو النور، القاهرة، دار التراث، د. ت، جزءان.

١٧٦ ـ (٦) ابن قُطْلُوبغا، أبو الفداء قاسم بن قُطلُوبغا (٨٧٩هـ/١٤٧٤م)، **تاج التراجِم**، حققه محمد خير رمضان يوسف، دمشق، دار القلم، ط١، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م، ٣٦٧ صفحة.

١٧٧ ـ (٧) ابن قيِّم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (٧٥١هـ/١٣٥٠م)، **زاد المَعاد في هدي خير العباد**، حققه شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٣١٨هـ/١٩٩٨م، ٥ أجزاء.

١٧٨ ـ (٨) البغدادي، إسماعيل (١٣٩٩هـ/١٩٧٩م)، **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، استانبول، وكالة المعارف الجليلة، ١٩٥١م، جزءان.

١٧٩ ـ (٩) التميمي، تقي الدين بن عبد القادر (١٠٠٥هـ/١٥٩٧م)، **الطبقات السَّنِيَّة في تراجم الحنفية**، حققه د. عبد الفتاح محمد الحلو، القاهرة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م، ٤ أجزاء.

١٨٠ ـ (١٠) حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله (١٠٦٧هـ/١٦٥٧م)، **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د. ت، جزءان.

١٨١ ـ (١١) الحَمَوي، أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله (٦٢٦هـ/١٢٢٩م)، **معجم البلدان**، بيروت، دار صادر، ط٢، ١٩٩٥م، ٧ أجزاء.

١٨٢ ـ (١٢) الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (٧٤٨هـ/١٣٤٦م)، **تاريخ الإسلام وَوَفَيَات المشاهير والأعلام**، حققه د. بشار عوّاد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط١، ٢٠٠٣م، ١٥ جزءًا.

١٨٣ ـ (١٣) الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد (٧٤٨هـ/١٣٤٧م)، **سِيَر أعلام النبلاء**، أشرف على تحقيقه شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، ٢٥ جزءًا.

١٨٤ ـ (١٤) الزركلي، خير الدين (١٣٩٦هـ/١٩٧٦م)، **الأعلام**، بيروت، دار العلم للملايين، ط١٥، ٢٠٠٢م، ٨ أجزاء.

١٨٥ ـ (١٥) سركيس، يوسف (١٣٥١هـ/١٩٣٢م)، **معجم المطبوعات العربية والمعربة**، مصر، مطبعة سركيس، ١٣٤٦هـ/١٩٢٨م، جزءان.

١٨٦ ـ (١٦) السيوطي، أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر (٩١١هـ/١٥٠٥م)، **تاريخ الخلفاء**، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م، ٨٦٤ صفحة.

١٨٧ ـ (١٧) الشوكاني، أبو عبد الله محمد بن علي (١٢٥٠هـ/١٨٣٤م)، **البدر الطالع بمحاسن مَن بعد القرن السابع**، بيروت، دار المعرفة، د. ت، جزءان.

١٨٨ ـ (١٨) العَيْدَرُوس، أبو بكر عبد القادر بن شيخ (١٠٣٨هـ/١٦٢٩م)، **النور السافِر عن أخبار القرن العاشر**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ، ٤٢٨ صفحة.

١٨٩ ـ (١٩) القُرَشي، أبو محمد عبد القادر بن محمد (٧٧٥هـ/١٣٧٤م)، **الجواهر المُضِيَّة في طبقات الحنفية**، حققه د. عبد الفتاح محمد الحلو، الجيزة، هجر للطباعة والنشر، ط٢، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م، ٥ أجزاء.

١٩٠ ـ (٢٠) كحَّالة، عمر (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م)، **معجم المؤلِّفين**، بيروت، مكتبة المثنى، ودار إحياء التراث العربي، د. ت، ١٣ جزءًا.

١٩١ ـ (٢١) اللَّكْنوي، أبو الحسنات محمد عبد الحي بن محمد (١٣٠٤هـ/ ١٨٨٧م)، **الفوائد البهية في تراجم الحنفية**، صححه وعلق عليه السيد محمد بدر الدين النعساني، مصر، مطبعة السعادة، ط١، ١٣٢٤هـ، ٢٤٩ صفحة.

١٩٢ ـ (٢٢) المُحِبِّي، محمد أمين بن فضل الله (١١١١هـ/١٦٩٩م)، **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر**، بيروت، دار صادر، د. ت، ٤ أجزاء.

١٩٣ ـ (٢٣) مخلوف، محمد (١٣٦٠هـ/١٩٤١م) **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، علق عليه عبد المجيد خيالي، لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، جزءان.

ز ـ الأخلاق:

١٩٤ ـ (١) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد (٤٥٠هـ/١٠٥٨م)، **أدب الدنيا والدِّين**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ٣١٨ صفحة.

ح ـ اللغة العربية ومصطلحاتها:

١٩٥ ـ (١) ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد (٦٠٦هـ/١٢٠٩م)، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، حققه طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، بيروت، المكتبة العلمية، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، ٥ أجزاء.

١٩٦ ـ (٢) ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مُكَرَّم (٧١١هـ/١٣١١م)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، ط٣، ١٤١٤هـ، ١٥ جزءًا.

١٩٧ ـ (٣) الأنباري، أبو بكر محمد بن القاسم (٣٢٨هـ/٩٤٠م)، **الزاهر في معاني كلمات الناس**، حققه د. حاتم صالح الضامن، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، جزءان.

١٩٨ ـ (٤) التَّهانوي، محمد علي بن علي (١١٥٨هـ/١٧٤٥م)، **كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، حققه د. علي دحروج، تعريب من الفارسية عبد الله

الخالدي، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م، جزءان.

١٩٩ ـ (٥) الجُرْجاني، أبو الحسن علي بن محمد (٨١٦هـ/١٤١٣م)، **التعريفات**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ٢٦٢ صفحة.

٢٠٠ ـ (٦) الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد (٣٩٣هـ/١٠٠٣م)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، حققه أحمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملايين، ط٤، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ٦ أجزاء.

٢٠١ ـ (٧) الحميري، أبو سعيد نشوان بن سعيد (٥٧٣هـ/١١٧٨م)، **شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكُلوم**، حققه د. حسين بن عبد الله العمري، وغيره، بيروت، ودمشق، دار الفكر المعاصر، ودار الفكر، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ١١ جزءاً.

٢٠٢ ـ (٨) الرازي، أبو الحسين، أحمد بن فارس (٣٩٥هـ/١٠٠٥م)، **معجم مقاييس اللغة**، حققه عبد السلام محمد هارون، د. م، دار الفكر، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، ٦ أجزاء.

٢٠٣ ـ (٩) الرازي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (٦٦٦هـ/١٢٦٨م)، **مختار الصحاح**، حققه يوسف الشيخ محمد، بيروت، المكتبة العصرية ـ ط٥، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ٣٥٠ صفحة.

٢٠٤ ـ (١٠) عمر، أحمد مختار، **معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي**، القاهرة، عالم الكتب، ط١، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، جزءان.

٢٠٥ ـ (١١) الفَيْروزآبادي، أبو طاهر محمد بن يعقوب (٨١٧هـ/م)، **القاموس المحيط**، حققه محمد نعيم العرقسُوسي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٨، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥، ١٣٥٧ صفحة.

٢٠٦ ـ (١٢) الفَيُّومي، أبو العباس، أحمد بن محمد (نحو ٧٧٠هـ/١٣٦٨م)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، بيروت، المكتبة العلمية، د. ت، جزءان.

٢٠٧ ـ (١٣) الكَفَوي، أبو البقا أيوب بن موسى (١٠٩٤هـ/١٦٨٣م)، **الكُلِّيَّات**، حققه عدنان درويش، ومحمد المصري، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٩٨م، ١٢٢٦ صفحة.

٢٠٨ ـ (١٤) مصطفى، إبراهيم، وآخرون، **المعجم الوسيط**، القاهرة، دار الدعوة، د. ت، جزءان.

٢٠٩ ـ (١٥) المُطَرِّزِيّ، أبو الفتح ناصر بن عبد السيد (٦١٠هـ/١٢١٣م)، **المُغْرِب في ترتيب المُعْرِب**، د. م، دار الكتاب العربي، د. ت، ٥٤٤ صفحة.

٢١٠ ـ (١٦) المُناوي، محمد عبد الرؤوف بن علي (١٠٣١هـ/١٦٢٢م)، **التوقيف على مُهِمَّات التعاريف**، حققه د. عبد الحميد صالح حمدان، القاهرة، عالم الكتب، ط١، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، ٥٨، ٣٩٣ صفحة.

٢١١ ـ (١٧) النَّسَفي، أبو حفص، عمر بن محمد (٥٣٧هـ/١١٤٣م)، **طِلْبَة الطَّلَبة**، د. م، المطبعة العامرة، ط، ١٣١١هـ، ١٧١ صفحة.

ط ـ الدوريات:

٢١٢ ـ (١) الألفي، محمد، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤/١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ١٣٧ ـ ١٧٨.

٢١٣ ـ (٢) التارزي، مصطفى، «**الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر**»، في **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، ٧ (٧/١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، ٥٥٥ ـ ٦٢٦.

٢١٤ ـ (٣) الشبيتي، سعود، «**الاستصناع**»، في **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، ٧ (٧/١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، ٦٢٧ ـ ٦٧٧.

٢١٥ ـ (٤) جعَيْط، كمال الدين «**عقد الاستصناع**» في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧ (٧/١٩٩٢م)، ٥٢١ ـ ٥٥٤.

٢١٦ ـ (٥) الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، **مجلة البحوث الإسلامية**، فصليَّة، (١٤٠٣/٧هـ)، ٣٠٣ صفحات.

٢١٧ ـ (٦) رضا، محمد رشيد، «**الانتقاد على محمد فريد أفندي وجدي**»، في **مجلة المنار**، ١٠ (٦، ١٣٢٥هـ/١٩٠٧م)، ٤٥٦ ـ ٤٨٠.

٢١٨ ـ (٧) الزحيلي، وهبة، «**عقد المقاولة**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤/١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ٢١٠ ـ ٢٣٨.

٢١٩ ـ (٨) سانو، قطب، «**عقد المقاولة: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤/١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، (١٧٩ ـ ٢٠٧).

٢٢٠ ـ (٩) سعيد، محمد رأفت، «**الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة**»، في **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، ٧ (٧/١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، ٦٧٩ ـ ٧٢٨.

٢٢١ ـ (١٠) الشاذلي، حسن، «**الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة «عقد استصناع» أو «عقد السَّلَم»**»، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧ (٧/١٩٩٢م)، ٤٢٧ ـ ٥٠٣.

٢٢٢ ـ (١١) الشامِسي، جاسم، «**عقد المقاولة: الإنشاء والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤/١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ٨٥ ـ ١٣٦.

٢٢٣ ـ (١٢) عبد الله، عبد الله، «**عقد الاستصناع**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ٧ (٧/١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م)، ٣٧٩ ـ ٤٠٢.

٢٢٤ ـ (١٣) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة الخامسة لمؤتمر المجمع، الكويت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م، العدد ٥، ٤ أجزاء.

٢٢٥ ـ (١٤) مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مَجْمَع الفقه الإسلامي**، الدورة السابعة لمؤتمر المجمع، جدة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، العدد ٧، جزءان.

٢٢٦ ـ (١٥) المرزوقي، صالح، **تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها**، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، (٩/١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م)، ١١٧ ـ ٢٨٠.

٢٢٧ ـ (١٦) النَّشْمي، عَجيل، «**عقد المقاولة**»، في **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٤ (١٤/١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ١١ ـ ٨٤.

ي ـ المكالمات الهاتفية:

٢٢٨ ـ (١) د. أحمد الحجي الكردي، السبت /٢٧/٩/١٤٣٧هـ، /٢/٧/٢٠١٦م/، الساعة ٨،١٥ مساءً.

٢٢٩ ـ (٢) د. أحمد الحجي الكردي، الجمعة /٢/٨/١٤٣٨هـ، /٢٨/٤/٢٠١٧م، الساعة ١،١٥ ظهرًا.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
تقديم ا.د. عبد الفتاح كبارة	٥
تقديم ا.د. أحمد الحجي الكردي	٧
شكر ودعاء	٩
مقدمة البحث	١١
أ ـ أهمية الدراسة	١٥
ب ـ هدف الدراسة	١٥
ج ـ إشكالية الدراسة	١٦
د ـ فرضيات الدراسة	١٦
هـ ـ الصعوبات التي اعترضت الدراسة	١٧
و ـ الدراسات السابقة في الموضوع	١٧
ز ـ المنهج المتبع في الأطروحة	٢١
ح ـ بيان عملي في الأطروحة	٢١
ط ـ خِطَّة الأطروحة	٢٦
❖ **الفصل التمهيدي: تكييف عقد الاستصناع**	٢٩
تمهيد	٣٠

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول: تعريف عقد الاستصناع	٣١
أ ـ عقد الاستصناع في اللغة	٣١
ب ـ عقد الاستصناع في الاصطلاح	٣٣
أولاً ـ تعريف الاستصناع عند الحنفية	٣٣
ثانيًا ـ تعريف الاستصناع عند الجمهور غير الحنفية	٤٠
ثالثًا ـ تعريف مجمع الفقه الإسلامي للاستصناع	٤٠
ج ـ التعريف الراجح	٤٣
المبحث الثاني: الاستصناع بين المُواعَدة والعقد	٤٦
الفرق بين الوعد والمواعدة	٤٦
أ ـ الاستصناع مُواعَدة	٤٧
ب ـ الاستصناع عقد	٥١
ج ـ الترجيح	٥٤
مناقشة القول بأن الاستصناع وعدٌ مُلزِم	٥٦
د ـ محل عقد الاستصناع	٥٩
المبحث الثالث: الاستصناع بين التبعية والاستقلالية	٦٣
أ ـ الاستصناع إجارة	٦٣
ب ـ الاستصناع إجارةٌ ابتداءً، بيعٌ انتهاءً	٦٩
ج ـ الاستصناع بيع	٧٠
د ـ الاستصناع سلَم	٧١

الموضوع	الصفحة

هـ ـ المناقشة والترجيح ٧٥
١ ـ المناقشة ٧٥
٢ ـ الترجيح ٧٦
المبحث الرابع: الاستصناع بين الجواز واللزوم ٧٩
أ ـ الاستصناع عقد جائز ـ أو غير لازم ـ ٧٩
ب ـ الاستصناع عقد لازم ٨٢
إشكال في نقل الكاساني لرواية الإمام أبي يوسف ٨٩
خلاصة المذهب الحنفي في لزوم عقد الاستصناع ٩١
ج ـ الترجيح ٩٣
الخاتِمة ٩٦

الباب الأول مشروعية: عقد الاستصناع وأحكامه

(٩٧ ـ ٢٤٢)

مقدمة ٩٨
❖ **الفصل الأول: المانعون وأدلتهم** ٩٩
تمهيد ٩٩
المبحث الأول: أدلة المانعين ١٠١
أ ـ لا دليل لمشروعية الاستصناع، والقياس يأباه ١٠١
ب ـ الاستصناع بيع المعدوم على غير وجه السَّلَم؛ فهو باطل ١٠٢
ج ـ عموم السُّنَّة ١٠٣

الموضوع	الصفحة

المبحث الثاني: مناقشة أدلة المانعين ١١١
أ ـ لا دليل على مشروعية الاستصناع، والقياس يأباه ١١١
١ ـ الاستحسان ١١١
٢ ـ الإجماع ١١٢
٣ ـ الحاجة ١١٤
٤ ـ الاستصناع لا يأباه القياس ١١٥
ب ـ الاستصناع بيع المعدوم على غير وجه السَّلَم؛ فهو باطل ١١٧
١ ـ حديثا «لا تَبِعْ ما ليس عندَك»، و«لا بيعَ إلا فيما تملك» ليسا في بيوع الآجال ١١٧
٢ ـ الاستصناع مستثنًى من بيع المعدوم ١١٨
٣ ـ قد يعطى بيع المعدوم حكم الموجود في جواز العقد عليه ١١٩
٤ ـ الجواب عن دليل القياس بالأَوْلى في بُطلان عقد الاستصناع على بيع ما هو موجود، وليس في ملك البائع ١٢١
مسألة: إذا لم تكن المعدومية هي العلة في بُطلان بيع المعدوم؛ فما علَّته إذًا؟ ١٢٢
ج ـ مناقشة الاستدلال بحديث: النهي عن بيع الكالِئ بالكالِئ ١٢٨
الفصل الثاني: المجيزون وأدلتهم ١٣٣
تمهيد ١٣٣
المبحث الأول: أدلة المجيزين ١٣٥
أ ـ الأدلة النقلية ١٣٥

الموضوع	الصفحة

١ ـ سد (يأجوج ومأجوج) ١٣٥
٢ ـ خاتَم النبي ﷺ ١٣٧
٣ ـ مِنْبر النبي ﷺ ١٤٠
ب ـ الإجماع ١٤١
ج ـ الاستحسان ١٤٣
د ـ العُرْف ١٤٨
هـ ـ القواعد الفقهية ١٥٢
المبحث الثاني: مناقشة أدلة المجيزين ١٥٤
سدُّ (يأجوج ومأجوج) ١٥٤
خاتَم النبي ﷺ ١٥٦
مسألة: هل يُشتَرط التماثُل والتقابُض في استصناع الذهب والفضة؟ .. ١٥٧
مِنْبر النبي ﷺ ١٦٣
الإجماع ١٦٤
الاستحسان ١٦٦
العُرْف ١٧٠
قاعدة «الأصل في البيوع الإباحة» ١٧١
أوجُه التوفيق والترجيح ١٧٧
❖ **الفصل الثالث: أحكام الاستصناع** ١٩٣
تمهيد ١٩٣
المبحث الأول: الأركان والشروط ١٩٥

الموضوع	الصفحة

أ ـ أركان عقد الاستصناع ١٩٥
مسألة: استصناع الصبي المميِّز ١٩٨
ب ـ شروط عقد الاستصناع ١٩٩
المبحث الثاني: الخِيارات والآثار ٢١٥
أ ـ خِيارات عقد الاستصناع ٢١٥
١ ـ خِيار المجلس ٢١٦
٢ ـ خِيار الشرط ٢١٧
٣ ـ خِيار الرؤية ٢٢٠
٤ ـ خِيار العيب ٢٢٦
٥ ـ خِيار الوصف ٢٣٠
ب ـ آثار عقد الاستصناع ٢٣١
المبحث الثالث: انتهاء عقد الاستصناع ٢٣٤
أ ـ الإقالة ٢٣٤
ب ـ الموت ٢٣٧
ج ـ انتهاء مدة العقد ٢٣٩
د ـ الظرف الطارئ ٢٣٩
الخاتِمة ٢٤٢

الباب الثاني: صور من الاستصناع المعاصر وأحكامه
(٢٤٣ ـ ٣٣٥)

مقدمة ٢٤٤

الموضوع	الصفحة

❖ **الفصل الأول: الاستصناع المستقل** ٢٤٥
تمهيد ٢٤٥
المبحث الأول: الاستصناع الصناعي المستقل ٢٤٧
أولاً ـ صورة الاستصناع الصناعي ٢٤٧
أ ـ الاستصناع من حيث الموضوع ٢٤٨
١ ـ الاستصناع بالصناعات الخفيفة ٢٤٨
٢ ـ الاستصناع بالصناعات الثقيلة ٢٤٨
٣ ـ الاستصناع بالصناعات الحاجية ٢٤٩
٤ ـ الاستصناع بالصناعات التحسينية ٢٤٩
ب ـ الاستصناع من حيث الجهة العاقدة ٢٥٠
ثانيًا ـ حكم الاستصناع الصناعي ٢٥٢
أ ـ حكم عقد الاستصناع لغير الحاجة ٢٥٢
ب ـ حكم عقد الاستصناع إذا كان أحد طرفيه شخصًا اعتباريًّا ... ٢٥٤
١ ـ كون المصرِف هو الصانع ٢٥٦
٢ ـ كون المصرِف هو المستصنِع ٢٥٧
ج ـ حكم براءة الاختراع ٢٥٨
المبحث الثاني: الاستصناع العَقاري المستقل (المقاولات) ٢٦١
أولاً ـ صورة الاستصناع العَقاري المستقل..... ٢٦١
أ ـ تعريف العَقار ٢٦١

الموضوع	الصفحة

ب ـ تعريف الاستصناع العَقاري ٢٦١
ج ـ فائدة الاستصناع العَقاري وأهميته ٢٦٢
د ـ العلاقة بين الاستصناع العَقاري والمقاولة ٢٦٣
هـ ـ خصائص عقد المقاولة ٢٦٧
و ـ صور عقد المقاولة ٢٦٨
ثانيًا ـ حكم الاستصناع العَقاري المستقل ٢٧٠
أ ـ الجواز ٢٧٠
١ ـ الفقهاء المعاصرون ٢٧٠
إشكال وجواب ٢٧٣
٢ ـ المجامع والهيئات الفقهية ٢٧٥
ب ـ المنع ٢٨٦
ج ـ الترجيح ٢٨٧
المبحث الثالث: الاستصناع الفكري المستقل ٢٨٩
أولاً ـ تعريف الاستصناع الفكري ٢٨٩
ثانيًا ـ أهمية الاستصناع الفكري ٢٨٩
ثالثًا ـ صور الاستصناع الفكري ٢٩٠
أ ـ الاستصناع في الدراسات الإسلامية والفقهية ٢٩٠
مسألة: هل تدخل (مسابقة أفضل كتاب) في الاستصناع الفكري؟ .. ٢٩١
ب ـ الاستصناع التعليمي والتربوي ٢٩٢

الموضوع	الصفحة

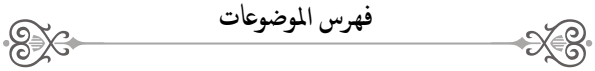
ج ـ الاستصناع الهندسي ٢٩٣
د ـ الاستصناع الاقتصادي ٢٩٣
هـ ـ الاستصناع الاجتماعي ٢٩٤
و ـ الاستصناع الصحي ٢٩٤
ز ـ الاستصناع الإعلامي ٢٩٥
رابعًا ـ حكم الاستصناع الفكري ٢٩٥
مسألة: في استصناع العُملات الورقية ٢٩٧
❖ **الفصل الثاني: الاستصناع الموازي** ٢٩٩
تمهيد ٢٩٩
المبحث الأول: صورة الاستصناع الموازي وأهميته ٣٠١
أولاً ـ تعريف الاستصناع الموازي ٣٠١
ثانيًا ـ صورة عقد الاستصناع الموازي، وإجراءات تنظيمه ٣٠٢
أ ـ صورة عقد الاستصناع الموازي ٣٠٢
ب ـ إجراءات تنظيم عقد الاستصناع الموازي ٣٠٤
ثالثًا ـ أهمية عقد الاستصناع الموازي ٣٠٦
أ ـ تأمين احتياجات غير القادرين ٣٠٥
ب ـ منافسة المصارف الربوية ٣٠٦
ج ـ توسيع النشاط الصناعي ٣٠٩
١ ـ تشجيع الطلب على المنتجات الصناعية ٣٠٩

الموضوع	الصفحة

٢ ـ توفير التمويل للأنشطة الصناعية، واستقرار الأسعار ٣١٠
٣ ـ تدعيم التخصص الصناعي ٣١٠
٤ ـ المساهمة في استغلال الموارد الاقتصادية ٣١٠
٥ ـ القضاء على البطالة، واكتساب المهارات..... ٣١١
٦ ـ رفع الحرج والمشقة عن المكلفين ٣١١
المبحث الثاني: حكم الاستصناع الموازي ٣١٢
أولاً ـ مستنَد الحكم بجواز الاستصناع الموازي ٣١٣
ثانيًا ـ الفتاوى المعاصرة بجواز عقد الاستصناع الموازي ٣١٦
أ ـ مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي ٣١٦
ب ـ هيئة الفتوى والرَّقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي ٣١٧
ج ـ مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية..... ٣١٩
د ـ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية..... ٣٢٠
هـ ـ هيئة الرَّقابة الشرعية لبنك سبأ الإسلامي..... ٣٢٠
ثالثًا ـ شروط جواز الاستصناع الموازي وضوابطه..... ٣٢١
المبحث الثالث: مسائل في الاستصناع الموازي ٣٢٤
المسألة الأولى: ما حكم تفاوض الجهة المموِّلة مع المقاوِل بالباطن لخفض السعر لصالحها؟ ٣٢٤
المسألة الثانية: هل يحق لطالب الاستصناع أن يختار المقاوِل من قِبَله؟ ٣٢٥
المسألة الثالثة: ما حكم تمرير عقد الاستصناع من مقاول لآخر، وهكذا؟ ٣٢٦

الموضوع	الصفحة

المسألة الرابعة: هل يجوز أن يُزاد في ثمن المستصنَع بسبب تأخُّر السَّداد؟ ٣٢٨
المسألة الخامسة: هل يشترَط كون مَن يتعاقد معه المستصنِع صانعًا؟... ٣٢٨
المسألة السادسة: هل يجوز إبرام عقد الاستصناع مع الصانع قبل أن تتوافر لديه مواد التصنيع؟ ٣٢٩
المسألة السابعة: هل يجوز للمؤسسة الصانعة توكيل المستصنِع بالإشراف على إنجاز المصنوع؟ ٣٣٠
المسألة الثامنة: هل يجوز مطالبة المستصنع بالفروقات الناتجة عن تغيُّر سعر الصرف؟ ٣٣١
المسألة التاسعة: هل من الجائز شرعًا ما تقوم به بعض شركات المقاولة من مشروعاتٍ ضخمةٍ على أن يكون أجرها استثمارًا للمشروع لمدة محددة؟ ٣٣٢
الخاتِمة ٣٣٥
النتائج والمقترحات ٣٣٦
أولاً ـ النتائج ٣٣٦
ثانيًا ـ المقترحات ٣٣٨
الفهارس العامة ٣٤١
فهرس الآيات القرآنية ٣٤٣
فهرس الأحاديث النبوية ٣٤٦
فهرس الأعلام المترجم لهم ٣٤٩



الموضوع	الصفحة
فهرس الأماكن	٣٥١
فهرس القواعد الأصولية والفقهية	٣٥٢
فهرس المصطلحات	٣٥٤
قائمة المصادر والمراجع	٣٥٦
فهرس الموضوعات	٣٨٥

صدر للمؤلف

❋ التعليم الشرعي في حلب منذ عام ١٩١٨ إلى عام ١٩٨٥م، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

❋ حكم الانتفاع بالأعضاء البشرية والحيوانية: دراسة في الفقه الإسلامي مقارنةً بالتشريعات اليهودية والنصرانية والقوانين الوضعية (رسالة ماجستير)، ط١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، دار الخير ـ دمشق.

❋ مسائل وأحكام فيما يمَسّ جسد الإنسان، ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، دار الملتقى، حلب.

❋ مسابقات رمضانية ٢٤٠ سؤالاً × ٢٤٠ جوابًا، ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

❋ أحكام التداوي والدواء في الفقه الإسلامي، ط١، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م، دار الضياء، الكويت.

❋ حكم الرقص في الفقه الإسلامي، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، (نشر إلكتروني).