الاسْتِصْنَاعُ الْمُوَازِي

دِرَاسَةٌ فِقْهِيَّةٌ مُقَارَنَةٌ

إِعْدادُ:

د/ محمد بـن مطر السهلي

أستاذ الفقه المشارك

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية/ جامعة أم القرى

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

{يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَآءً وَاتَّقُواْ اللَّهَ الَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً}(١).

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ}(٢).

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا(٧٠) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا}(٣)(٤)

أما بعد.

فإنَّ الشريعة الإسلامية جعلها الله خاتمة الشرائع ومهيمنةً عليها، ولذلك نَجِدُ فيها من السَّماحة واليسر ما تحقق حاجةَ الناس لتيسير أمورهم بدون مشقةٍ أو عَنَتٍ، مادام أنها لم تتعد الحدودَ التي حُدِّدَتْ لها، وأن المتأمل لواقع

(١) سورة النساء: آية رقم ١.

(٢) سورة آل عمران: ١٠٢.

(٣) سورة الأحزاب: الآيتان رقم ٧٠، ٧١.

(٤) خطبة الحاجة، تمام المنة في التعليق على فقه السنة (١ / ٩).

الناس يجد بأن معاملاتِهِمُ الماليةَ دَخَلَهَا كثير من التعقيد، ومن ذلك المشاريع الضخمة التي تُكَلِّفُ مليارات الريالات، كبناء محطات توليد الكهرباء، أو محطات تحلية المياه، أو المطارات، وغيرها من المشاريع الضخمة التي تحتاج إلى وقت طويل لتنفيذها قد يصل إلى عدة سنوات، وهي بحاجة لفريق عمل ضخم من العمال المهرة والمشرفين المتخصصين، فأصبحَ يَشُقُّ على الشركاتِ الضَّخْمَةِ المتخصِّصةِ القيامُ بهذه الأعمال لوحدها فضلاً عن الشركات الصغيرة والمتوسطة، فأصبحت هذه الشركات تقسم هذا المشروع الضخم إلى مشاريع جزئية صغيرة، يطلق عليها(sub project) وهذه المشاريع الصغيرة تسند إلى شركات أخرى متخصصة، بعقد جديد مع الشركة الأم المتعاقدة مع الدولة أو مع الجهة التي طلبت تنفيذَ هذه المشاريع، وتكون هذه المشاريع الجزئية تنفذ بواسطة الشركات الأخرى بعقود جديدة وبنفس شروط العقد الأول، وتحت إشراف ومسؤولية الشركة الأم. هذه العقود الجزئية يطلق عليها في الفقه الإسلامي عقود الباطن أو الاستصناع الموازي.

وفي الآونة الأخيرة انتشرت هذه العقود وبكثرة؛ نتيجة التوسع في المشاريع وعدم قدرة الشركات الأمِّ القيام بها، فَتُبْرِمُ عقودًا مع شركات أخرى تسترزق منها، وتستفيد وتفيد من هذه العقود، فأحببت أن أكتب في هذا الموضوع؛ لقلة من كتب فيه، تحت هذا المُسَمَّى: (الاستصناع الموازي).

أسأل الله الإخلاصَ والإعانةَ والتوفيقَ والسدادَ.

وقد انتظم البحثُ في مُقَدِّمَةٍ ومَبْحَثَيْنِ، وخاتمة، وفهارس.

فالمقدمة تحتوي على أهمية الموضوع وأسباب اختياره والدراسات

السابقة وخطة البحث.

أولا: أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع في النقاط التالية:

١- كثرة الشركات التي تتوجه نحو عقود الاستصناع الموازي.

٢- وجود عدد كبير من المؤسسات والشركات الصغيرة قائمة على هذه العقود.

٣- ضخامة المشاريع المطروحة في السوق، والتي تعجز شركة واحدة عن القيام بها.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع

١- المساهمة في إثراء موضوع الاستصناع الموازي[١].

٢- قلة البحوث المتخصِّصَة في هذا الموضوع.

ثالثاً: الدراسات السابقة

وقفت على بعض البحوث التي تطرقت للموضوع بطريق غير مباشر منها:

١- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة للدكتور مصطفى الزرقا، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي في العدد التاسع ٢/ ٢٢٥.

٢- عقد الاستصناع للدكتور وهبة الزحيلي ضمن مجلة مجمع الفقه

(١) البحوث التي وقفت عليها كانت في الاستصناع.

الإسلامي العدد التاسع ٢/ ٣١٦، والخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢/ ٥١١.

٣- عقد الاستصناع، للدكتور علي السالوس، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ٧، ج ٢.

٤- عقد الاستصناع، للدكتور محيي الدين القره داغي، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ٧، ج ٢.

٥- الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي (ص: ٢٦٣).

٦- الاستصناع. للدكتور: سعود بن مسعد الثبيتي، دار ابن حزم – بيروت – لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ- ١٩٩٥م).

٧- العقود المضافة إلى مثلها، عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع – الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ.

منهج البحث

١-عرض المسألة بأدلتها وذلك كما يلي:

أ- جعل المسألة مباحث وفروع المسألة مطالب.

ب- ذكر أدلة كل مسألة مع ذكر وجه الدلالة.

ج-ذكر ما ورد على الأدلة من مناقشات إن وجدت.

٢-عَزْوُ الآياتِ القُرآنية إلى مواضعها في المصحف الشريف بذكر اسم السورة ورقم الآية.

٣-تخريج الأحاديث والآثار الواردة في البحث من المصادر الحديثية، فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت به، وإن كان في غير الصحيحين خرجته من كتب السنة المعتمدة بالقدر الذي يفي بالغرض مع بيان درجته.

المبحث الأول: تعريف الاستصناع الموازي لغةً واصطلاحًا، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاستصناع لغةً واصطلاحًا، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الاستصناع لغةً.

الفرع الثاني: تعريف الاستصناع اصطلاحًا.

الفرع الثالث: تعريف الموازي لغة:

الفرع الرابع: تعريف الموازي اصطلاحاً.

المبحث الثاني: حكم الاستصناع الموازي وشروط صحته، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم الاستصناع.

المطلب الثاني: حكم الاستصناع الموازي.

المطلب الثالث: شروط صحة الاستصناع الموازي.

المطلب الرابع: خطوات عقود الاستصناع الموازي.

المطلب الخامس: نطاق استخدام الاستصناع.

الخاتمة، وفيها:

أولاً: أهم النتائج.

ثانياً: أهم التوصيات.

الفهارس.

المبحث الأول: تعريف الاستصناع الموازي لغة واصطلاحا، وفيه مطلبان

المطلب الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحا، وفيه فرعان

الفرع الأول: تعريف الاستصناع لغةً:

الصاد والنون والعين أصلٌ صحيحٌ واحدٌ، وهو عمل الشيء صنعًا[١].

والاستصناع لغة: طلب العمل[٢].

وقيل: هو سؤال الصنع أو طلبه[٣].

واصطنع فلانٌ خاتمًا إذا سأل رجلًا أن يصنع له خاتمًا[٤].

والاستصناع مصدر استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه.

ويقال: اصطنع فلانا بابا: إذا سأل رجلا أن يصنع له بابا، كما يقال: اكتتب أي أمر أن يكتب له[٥].

والاستصناع على وزن استفعال من الصّناعة ويتعدى لمفعولين[٦].

الفرع الثاني: تعريف الاستصناع اصطلاحا:

لـم تتعـرض المـذاهب الفقهيـة عـدا الأحنـاف؛ لتعريـف الاستصـناع

(١) مقاييس اللغة، مادة صنع ٣/ ٣١٣، السان العرب ٨/ ٢٠٨، القاموس المحيط ١/ ٩٥٥.

(٢) القاموس المحيط، ص ٧٣٨ – ٧٣٩، المصباح المنير ١/ ٣٤٨.

(٣) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص: ٥٥).

(٤) لسان العرب، ١٠/ ٧٦ – ٧٧، القاموس المحيط، ص ٧٣٨ – ٧٣٩،.

(٥) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ١٤١).

(٦) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (١/ ١٥٤).

وتفصيلاته بصورة مستقلة، وإنما بحثوه في أبواب السلم والبيع بالصفة[١].

وقد اختلف الفقهاء في كون الاستصناع عقد أم وعد؟ على قولين:

القول الأول: أنه عقد، وبه قال الجمهور من الحنفية في الراجح عندهم[٢]، والمالكية[٣]والشافعية[٤]والحنابلة[٥].

والقول الثاني: أنه وعد وليس بعقد، وبه قال بعض الحنفية[٦]، ومن المعاصرين الشيخ علي السالوس[٧][٨].

---

(١) عقد الاستصناع لكاسب بدران (ص ٦٣)، وعقد الاستصناع للدكتور علي السالوس ضمن مجلة الفقه الإسلامي العدد التاسع ٣/ ٢٨٩، نوازل الزكاة (ص: ٣١٩).

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢، فتح القدير ٥/ ٣٥٥.

(٣) مواهب الجليل ومعه "التاج والإكليل" ٦/ ٥١٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٢١٧.

(٤) الأم ٣/ ١٣٣، المهذب ١٣/ ٢٢٠.

(٥) الفروع ٦/ ١٤٧، الإنصاف ١١/ ١٠٥.

(٦) المحيط البرهاني (٨/ ١٧٣)، بدائع الصنائع ٥/ ٣٤٢، فتح القدير ٥/ ٣٥٥،.

(٧) علي بن أحمد علي السالوس، ولد عام ١٣٥٣ هـ، عالم وفقيه، تنقل للتدريس في الجامعات العربية بين مصر والعراق والكويت، ثم استقر للتدريس بكلية الشريعة في جامعة قطر منذ عام ١٤٠١ هـ حتى الآن، وهو أستاذ في الفقه والأصول، بالإضافة لكونه خبيراً في الفقه والإقتصاد بمجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، له من المؤلفات مايزيد عن سبعين كتابا.

الموسوعة الحرة، ويكيبيديا، على الرابط https: //ar. wikipedia. org/wiki/

(٨) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة ص ٨٣٤.

قال الكاساني[١]: "فَقَدِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ، قَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ مُوَاعَدَةٌ وَلَيْسَ بِبَيْعٍ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ بَيْعٌ، لَكِنْ لِلْمُشْتَرِي فِيهِ خِيَارٌ"[٢].

ثم اختلف القائلون بأنه عقد في نوع هذا العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه نوع من عقود السلم، وبه قال الجمهور من المالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥].

القول الثاني: أنه عقد بيع، لكنه بيع خاص، له تعريفه الخاص به، وأحكامه الخاصة به، وبه قال الحنفية[٦] ، واختاره بعض المعاصرين[٧].

القول الثالث: أنه عقد إجارة، وبه قال بعض الحنفية[٨].

وثمرة الخلاف في كون الاستصناع عقدا أو وعدا ما يلي[٩]:

---

(١) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، ملك العلماء عَلَاء الدّين الحنفي، مصنف بدائع الصنائع، توفي يوم الاحد، عاشر رجب في سنة سبع وثمانين وخمسمائة. بغية الطلب فى تاريخ حلب ١٠/ ٤٣٥٣، ، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٢/ ٢٤٤، تاج التراجم لابن قطلوبغا ص: ٣٢٨.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ٢).

(٣) مواهب الجليل ومعه "التاج والإكليل" ٦/ ٥١٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٢١٧.

(٤) الأم ٣/ ١٣٣، المهذب ١٣/ ٢٢٠.

(٥) الفروع ٦/ ١٤٧، ٣١٩ – ٣٢١، الإنصاف ١١/ ١٠٥.

(٦) بدائع الصنائع ٥/ ٢، فتح القدير ٥/ ٣٥٥.

(٧) الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٥١٦.

(٨) المحيط البرهاني (٨/ ١٧٣)، فتح القدير ٥/ ٣٥٥، بدائع الصنائع ٥/٢.

(٩) عقد الاستصناع، وهبة الزحيلي ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع =

١– الاختلاف في الأركان والشروط بين العقد والوعد.

٢– إذا كان الاستصناع عقداً؛ فإنه يكون عقدا لازما، لا يحق لأحد المتعاقدين فسخه؛ وأما القول بانه وعد، يبقى كل طرف مختارًا في التنفيذ وعدمه.

٣– القول بأنه عقد فانه يجب لنشوئه بين طرفين أن يتوافر فيه ركن التعاقد، وهو التراضي الذي يظهره الإيجاب والقبول، وكذلك جميع شرائط الانعقاد العامة في العقود.

الترجيح:

والذي يترجح هو القول بأن الاستصناع عقد، وذلك لما يلي:

١– أن الأصل في العقود المعاوضات، والقول بأنّه وعد مفاده المنع من عقد الاستصناع[١].

٢– أن الاستصناع من عقود المعاوضات، وهي التي يقصد بها تحصيل المنافع وإدرار الربح، وهذا ما لا يوجد في المواعدة[٢].

٣– الاستصناع هو في طبيعته وحقيقته من قبيل البيع، وليس مجرد وعد؛ ولذلك يشترط فيه التراضي الذي يظهره الإيجاب والقبول[٣].

= ٢/٣٠٨، عقد الاستصناع، علي القره داغي، المرجع السابق ٢/ ٣٣٦.

(١) عقد الاستصناع، وهبة الزحيلي ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع ٢/٣١٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) عقد الاستصناع، علي القره داغي، المرجع السابق ٢/ ٣٣٨.

٤- أن هذا القول هو الذي أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة؛ حيث نص قراره رقم: (٧/٣/٦٦) على: (أن عقد الاستصناع – هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط)[١].

وبناء على تكيفهم للاستصناع هل هو عقد أم وعد؟ ، وعلى القول أنه عقد بيع، فأيّ أنواع العقود هو؟

وبعد الاستقراء والتقصي، وجدت أنهم اختلفوا في تعريفه على أربعة أقوال:

الأول: أنه عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا، فالعامل صَانِعٌ والمشتري مُسْتَصْنِعٌ والشيء مصنوع، وهو المنصوص عليه في مجلة الأحكام العدلية العثمانية في المادة ١٢٤[٢].

الثاني: الاستصناع هُوَ: عقد على مَبِيع فِي الذِّمَّة، وَشرط عمله على الصَّانِع، وبه قال بعض الحنفية[٣].

الثالث: أنه طلب العمل من الصانع لصنع شيء مخصوص على وجه

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٣/ ٤٨٧)

(٢) مجلة الأحكام العدلية (ص: ٣١)، الْمَادَّةُ ١٢٤، و الْمَادَّةُ ٣٨٨)، ص٧٦، والمواد ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ص٧٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٩٧).

(٣) تحفة الفقهاء (٣٦٢/٢)، بدائع الصنائع ٢/٥، الغش وأثره في العقود ٣٦٤/١ – ٣٦٥.

مخصوص، وبه قال ابن عابدين[١] من الحنفية[٢].

الرابع: أنه عقدٌ يشترى به في الحال شيءٌ مما يصنع صنعًا يلتزم به البائع بتقديمه مصنوعًا بمواد من عنده، بأوصاف معينة، وبثمن محدد، وهو التعريف الذي اختاره الدكتور مصطفى الزرقا من المعاصرين[٣].

والتعريف المختار هو: أن الاستصناع عقد على عين موصوفة في الذمة مما تدخله الصنعة يلتزم به البائع بتقديمه مصنوعًا بمواد من عنده، بأوصاف معينة، بثمن معلوم.

الفرع الثالث: الموازي لغة:

التَّوازِي مصدر تَوازَى[٤].

وازى يوازي، وازٍ، مُوازاةً، فهو مُوازٍ، والمفعول مُوازًى[٥].

المُوازاةُ: المقابلة والمماثلة والمُواجَهةُ[٦].

---

(١) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، المفسر المحدث الفقيه النحوي اللغوي، إمام الحنفية في عصره، والمرجع عند اختلاف الآراء في مصره. صاحب التصانيف المفيدة، منها حاشيته الشهيرة رد المحتار على الدر المختار، توفي سنة ١٢٥٢ هـ. حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر (ص: ١٢٣٠)، الأعلام للزركلي (٦/ ٤٢).

(٢) حاشية ابن عابدين ٧/ ٥٠٠.

(٣) مجلة الفقه الإسلامي ع ٧ ج ٢ ص ٢٣٠، قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٦٧ (٧/ ٣)، عام ١٤١٢، الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٥١١ – ٥١٢.

(٤) معجم الغني (٣/ ٤٩٤).

(٥) معجم اللغة العربية المعاصرة (٣/ ٢٤٣٥).

(٦) لسان العرب (١٥/ ٣٩١).

يقال: فلان عمله مواز لعمل زميلهِ، أي مقابل له ومماثل، وجاء عمله موازة لعمل أقرانه، أي جاء بعمل مماثل ومقابل لعملهم[١].

ومنه قَول الْعَلّامَة عبد الله بن عَليّ الْوَزير[٢] – رحمه الله –:

لمجد الدّين فِي الْقَامُوس مجد وفخر لَا يوازيه موازي
أصح من الصِّحَاح بِغَيْر شكّ وَإِن خلط الْحَقِيقَة بالمجاز[٣]

الفرع الرابع: تعريف الموازي اصطلاحًا.

الموازاة: هو اتحاد في الوضع، وتسمّى بالمحاذاة أيضًا.

وتوازي النقاط كونها على سمت واحد لا يكون بعضها أرفع وبعضها أخفض[٤].

وقيل الموازاة: عدم اختلاف البعد بين الشيئين[٥].

وقيل التوازي: كَون الْبعد بَين الشيئين أقصر الخطوط الواصلة

---

(١) معجم الغني (٢٤/ ٥٣٣).

(٢) عبد الله بن علي بن أحمد بن محمد الحسني، المعروف بالوزير: مؤرخ، أديب، يماني، من رجال الإفتاء، مولده ووفاته بصنعاء. من كتبه: طبق الحلوى وصحاف المن والسلوى، مخطوط، جامع المتون في أخبار اليمن الميمون، مخطوط، أنباء الزمن في أخبار اليمن، أقراط الذهب في المفاخرة بين الروضة وبئر العزب، مخطوط. وله كذلك ديوان شعر، توفي عام ١١٤٧هـ. الأعلام للزركلي (٤/ ١٠٧)

(٣) فلك القاموس (ص: ٤٦).

(٤) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (٢/ ١٦٦٥).

(٥) دستور العلماء(٣/ ٢٥٧).

بينهما[1].

وهذه التعريفات كلها لها مدلول واحد وهو كون الشيئين يسيران متزامنين باتجاه واحد.

الفرع الخامس: تعريف الاستصناع الموازي اصطلاحا.

الاستصناع الموازي: هو إنشاء عَقْدَيْ استصناع متوازيين دون ربط بينهما، فالمستصنع يتعاقد مع المصنع، والمستصنع نفسه ربما يكون صانعاً أمام مستصنع آخر.

وقيل هو: أن يعقد الطرف الأول مع الثاني، المصرف –مثلًا– عقد استصناع سلعة معينة، ثم يعقد الطرف الثاني مع جهة أخرى عقد استصناع بمواصفات هذه السلعة المطلوبة في العقد الأول، فالمصرف صانعٌ في العقد الأول مستصنِعٌ في العقد الثاني، فإذا تسلم المصرفُ السلعة من الجهة الأخرى بمقتضى العقد الثاني قام بتسليمه للطرف الأول بمقتضى العقد الأول[2].

وقيل الاستصناع الموازي: هو الاتفاق مع المقاولين لتنفيذ المشروع بنفس المواصفات التي تم الاتفاق عليها بينها وبين الطرف الأول طالب السلعة[3].

والتعريف المختار هو: أن يعقد الطرف الأول مع الثاني عقد

(١) المرجع السابق العلماء (١/ ٢٥١)

(٢) العقود المضافة إلى مثلها (ص: ١١٩).

(٣) استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة (ص: ١٨).

استصناع لسلعة معينة بثمن معين ومواصفات معينة في زمن محدد، ثم يعقد الطرف الثاني عقدا مع جهة أخرى عقدا لتصنيع هذه السلعة بنفس المواصفات وبثمن معين وزمن محدد[١].

مثاله: أن يعقد الطرف الأول مع الطرف الثاني عقداً لصناعة منتج معين، ثم يعقد الطرف الثاني عقدا لصناعة هذا المنتج مع طرف ثالث بنفس المواصفات المتفق عليها مع الطرف الأول سابقا، فالطرف الثاني صانع بالنسبة للطرف الأول ومستصنع في العقد الثاني، وبعد أن يستلم الطرف الثاني المنتج من الطرف الأول، يقوم بتسليمه الى الطرف الأول.

وفي الغالب أن مثل هذه العقود تكون في المصنوعات باهظة الثمن كمحطات توليد الكهرباء ومحطات تحلية المياه، وغيرها من المشاريع الكبيرة، ولا مانع أن تكون في المصنوعات الأخرى الصغيرة والمتوسطة كصناعة خزائن الملابس والطاولات والمقاعد.

(١) العقود المضافة إلى مثلها (ص: ١١٩).

المبحث الثاني حكم الاستصناع وشروط صحته، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم الاستصناع:

اتفق الفقهاء على جواز وصحة عقد الاستصناع إذا توفرت فيه شروط السلم[1]، واختلفوا بعد ذلك في صحته عند تخلف شرط من هذه الشروط على قولين:

القول الأول: لا يلزم توفر شروط السلم في عقد الاستصناع، وبهذا القول قال الحنفية[2]، وبعض الحنابلة[3] ، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار ٦٧ (٧/ ٣) في جلسته الرابعة، عام ١٤١٢هـ.

القول الثاني: عدم صحة عقد الاستصناع عند عدم توفر شروط السلم، وبه قال بعض الحنفية[4]، والمالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7].

عرض الأدلة:

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٥، فتح القدير ٥/ ٣٥٥، مواهب الجليل ٦/ ٥١٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٢١٧، الأم ٣/ ١٣٣، المهذب ١٣/ ٢٢٠، الفروع ٦/ ٣١٩، الإنصاف ١١/ ١٠٥.

(٢) الاختيار ٢/ ٣٨، تحفة الفقهاء ٢/ ٥٣٨.

(٣) الإنصاف ١١/ ١٠٥.

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ٥، فتح القدير ٥/ ٣٥٥.

(٥) مواهب الجليل ٦/ ٥١٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٢١٧.

(٦) الأم ٣/ ١٣٣، المهذب ١٣/ ٢٢٠ – ٢٢١.

(٧) الفروع ٦/ ٣١٩، الإنصاف ١١/ ١٠٥.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على ضرورة توفر شروط السلم في عقد الاستصناع بالكتاب والسنة والإجماع.

أولاً أدلة الكتاب:

١– قوله تعالى {قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا}[١].

وجه الدلالة:

عرض القوم على ذي القرنين مبلغًا من المال مقابل أن يصنع لهم سدا يحول بينهم وبين خطر يأجوج ومأجوج ويحميهم منه، وهذا هو الاستصناع[٢] واعترض عليه من وجهين:

الأول: أن هذا شرع ما قبلنا، وعندنا في شريعتنا ما يغني عنه.

الثاني: أن الذي حصل من ذي القرنين من عقود التبرعات، فهو تبرع بالعمل لهم، قال تعالى مخبرًا عنه (قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوةٍ}[٣]، على أن يوفروا له المواد ويساعدونه ببعض الرجال، قال تعالى مخبراً عنه{آتُونِي زُبَرَ الْحَدِيدِ حَتَّى إِذَا سَاوَى بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ انْفُخُوا حَتَّى إِذَا جَعَلَهُ نَارًا قَالَ آتُونِي أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا}[٤]، فهذا يدل على أن المواد

(١) الكهف: آية (٩٤).

(٢) البحر المحيط ٦/ ٣٩، (١٠) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ١/ ٢٢٨.

(٣) الكهف: آية (٩٥).

(٤) الكهف: آية (٩٦)

من عندهم، وهذا ليس باستصناع، فالاستصناع، المواد والعمل من عند الصانع، وكذلك قوله تعالى{قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ }[1]، دَلَّ على أنهم شاركوا في العمل، والاستصناع أن العمالة كاملة من عند الصانع.

ثانياً: أدلة السنة:

١– عن عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما – أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – اصطنع خاتمًا من ذهب وجعل فُصَّهُ في بطن كفه إذا لبسه...)الحديث[2].

وجه الدلالة:

هذا الحديث نصٌ في جواز الاستصناع، فقوله: اصطنع خاتمًا من ذهب، أي: أمر من يصنع له خاتما، وهذا هو حقيقة الاستصناع[3].

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الأول: أنه يحتمل أنه أعطاه مادة الخاتم ثم صنعه له، وبذلك تكون إجارة، ويحتمل أن يكون أعطاه الثمن في مجلس العقد فيكون بيعاً،

---

(١) الكهف: آية (٩٥).

(٢) البخاري، ١٥٧/٧، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، حديث رقم ٥٨٧٦، ومسلم، ١٦٥٥/٣ كتاب اللباس والزينة، باب طرح خاتم الذهب، حديث رقم٥٣.

(٣) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة ص ٨٢٩، مجلة مجمع الفقه، العدد السابع، المجلد الثاني، ص ٢٣٣.

ويحتمل أن يكون تبرعا من الصانع، وإذا ورد الاحتمال بطل الاستدلال.

الثاني: الخاتم كان من ذهب، ويشترط في الذهب التقابض يَدًا بِيَدٍ، والاستصناع ليس فيه تقابض، ولذلك لا يصح في الذهب، فدلَّ على أنه لم يكن اصطناع الخاتم استصناعا[١].

وأجيب عن هذا الاعتراض: بأنه ليس كل احتمال يسقط به الاستدلال، ولذلك قيل: إلا احتمال له وجه من النظر، وهو الاحتمال الذي يؤيده الدليل.

٢– عن سهل بن سعد – رضي الله عنهما – قال: بعث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى امرأة: (مري غلامك النجار يعمل لي أعوادًا أجلس عليهن)[٢].

وجه الدلالة:

أنه – عليه الصلاة والسلام – طلب من المرأة أن تطلب من غلامها صنع منبر يخطب عليه، وهذا هو الاستصناع، فَدَلَّ على جوازه[٣].

واعترض عليه:

(١) فقه المعاملات ١/ ٢٦٦.

(٢) صحيح البخاري، ٩٧/١ كتاب الصلاة، باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد، حديث رقم ٤٤٨، وصحيح مسلم، ٣٨٦/١ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب جواز الخطوة والخطوتين في الصلاة، حديث رقم ٥٤٤.

(٣) فقه المعاملات ١/ ٢٦٦.

بأن المرأة هي التي بادرت بالفعل فهو تبرع وليس استصناعًا[1]، بدليل أنها قالت في رواية أخرى (يا رسول الله، ألا أجعل لك شيئًا تقعد عليه فإن لي غلامًا نجارًا. قال: «إن شئتِ »، فعملتِ المنبر)[2].

ثالثًا: الإجماع.

وهو الإجماع العملي على صحة وجواز الاستصناع[3].

واعترض عليه بأن الإجماع غير صحيح، بدليل مخالفة الجمهور[4].

وأجيب عن الاعتراض بأن المقصود هنا الإجماع العملي.

رابعاً: الأدلة العقلية:

١- لا يوجد دليل صحيح صريح يمنع الاستصناع، والأصل في العقود الصحة والإباحة، فيبقى هذا على الأصل حتى يرد المانع.

٢- المعقود عليه في الإجارة وهي المنفعة معدومة حال العقد، والسلم كذلك العين المعقود عليها معدومة حال العقد، والاستصناع كذلك العين المعقود عليها معدومة حال العقد؛ لكن جميع هذه العقود يؤول المعقود عليه إلى الوجود والعلم به[5].

---

(١) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة ص ٨٢٩.

(٢) البخاري، ١/٩٧، كتاب الصلاة، باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد، حديث رقم ٤٤٩

(٣) فتح القدير ٥/ ٣٥٥، المبسوط ١٢/ ١٦٥، الاختيار ٢/ ٣٨.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، المجلد الثاني، ص ٢٣٣.

(٥) بدائع الصنائع ٥/ ٦.

٣- إذا كان الاستصناع يخالف بعض الأصول، فهو يوافقه في أصولٍ أخرى كبيع السلم والإجارة، فالعين المعقود عليها غير موجودة حال العقد.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلون بعدم صحة عقد الاستصناع عند عدم توفر شروط السلم، بما يلي:

١- قال صلى الله عليه وسلم (لاتبع ما ليس عندك)[(١)]

وجه الدلالة:

أن الاستصناع هو بيع مالا يملكه الصانع ، فلا يصح الاستصناع إلا على وجه السلم لثبوت النص في صحته.

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الأول: أن النهي الوارد في الحديث محمول على بيع العين الغير مملوكة للبائع أو بيع مالا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق، وكالطير الهارب

(١) سنن أبي داود (٣/ ٢٨٣)، كتاب البيوع، بابٌ فِي الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم ٣٥٠٣، سنن الترمذي (٣/ ٥٢٦)، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم ١٢٣٢، سنن النسائي (٧/ ٢٨٨)، كتاب البيوع، بيع ما ليس عند البائع، حديث رقم ٤٦١٣، سنن ابن ماجه (٢/ ٧٣٧)، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يُضْمَنْ، حديث رقم ٢١٨٧.
الحديث صحيح. انظر نصب الراية (٤/ ٩)، خلاصة البدر المنير (٢/ ٥١)، التلخيص الحبير ط العلمية (٣/ ١٠).

وكالمغصوب[1]، وأما إذا كان المبيع موصوف في الذمة ومقدور على تسليمه عند حلول الأجل فلا مانع من ذلك[2].

الثاني: بيع ما ليس عند البائع ، هذا في حال البيع الحال، وأما إذا كان التسليم مؤجلا فلا يشترط وجود العين حال العقد كما هو الحال في عقد بيع السلم[3].

٢– عَنِ ابن عمر قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الْكَالِئِ)[4] – وَهُوَ بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ –

وجه الدلالة:

أن الاستصناع عند المجيزين له يصح تأجيل العين والثمن وتعجيلهما، فإذا كانت العين مؤجلة والثمن مؤجل، فهذا دين بدين وهو بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه، فيكون الاستصناع منهي عنه[5].

واعترض على هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

---

(١) العقد من الباطن ص ٢٤٢.

(٢) زاد المعاد ٥/ ٧١٨.

(٣) الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٥٢٣.

(٤) سنن الدارقطني (٤/٤٠)، كتاب البيوع، حديث رقم ٣٠٦١، المستدرك على الصحيحين للحاكم (٢/ ٦٥)، حديث رقم ٢٣٤٢، مصنف عبد الرزاق الصنعاني (٨/ ٩٠)، كتاب البيوع، باب أجل بأجل، حديث رقم ١٤٤٤٠.

قال ابن حجر في إتحاف المهرة لابن حجر (٩/ ٣٥٨): صحيح على شرط مسلم، وانظر التلخيص الحبير ط العلمية (٣/ ٧٠)، نصب الراية (٤/ ٤٠).

(٥) إعلام الموقعين ٣/ ٢٠٦ – ٢٠٧، الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٥٢٤.

الأول: أن هـذا الإجمـاع معـارض بالإجمـاع العملـي علـى جـواز الاستصناع[١]. فيخصِّصه.

الثاني: العين المعقود عليها في الاستصناع متعينة.

٣– العين المعقود عليها في الاستصناع معدومة غير موجودة، وبيع المعدوم لا يصح[٢].

واعترض على الاستدلال بهذا الدليل: النهي الموجود في الحديث هو النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة كما هو النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة.

قال ابن القيم[٣]: "ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله – صلى الله عليه وسلم – ولا في كلام أحد من أصحابه أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/ ٥٢٤ – ٥٢٦، العقد من الباطن ص ٢٣٩ – ٢٤٠، قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي ص ١١٦ – ١٢٠.

(٢) قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي ص ١١٦ – ١٢٠.

(٣) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُّرْعي الدمشقيّ، أبو عبد الله، شمس الدين، كان حسن الخلق محبوبا عند الناس، من تصانيفه إعلام الموقعين، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، شفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل، توفي سنة ٧٥١ هـ. المقصد الارشد (٢/ ٣٨٤)، معجم المفسرين «من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر» (٢/ ٥٠٣)، الأعلام للزركلي (٦/ ٥٦)

في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه"[(١)].

الترجيح:

الذي يترجح –والله أعلم بالصواب– هو القول بجواز الاستصناع، وذلك لما يلي:

١–قوة أدلة القائلين بالجواز وسلامتها من المناقشة.

٢–أدلة القائلين بالمنع لم تقف أمام المناقشات التي طرأت عليها.

٣–الأصل في العقود الإباحة، إلا إذا جاء النص بمنعها، ولم يوجد نص يمنع الاستصناع.

٤–أن ذلك متوافق مع قرار المجمع الفقهي الذي نص على الجواز.

٥–الإجماع على جوازه(٢).

تعاملت الأمة بعقد الاستصناع لسنوات عديدة من غير نكير فصار إجماعًا[(٣)].

المطلب الثاني: حكم الاستصناع الموازي.

ويسمى كذلك استصناع الصانع[(٤)].

---

(١) إعلام الموقعين ٣/ ٢٠٦.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ١٣٢، بداية المجتهد ٧/ ١٥٨، ونقله عن الإمام أحمد: ابن قدامة (المغني ٦/ ١٠٦) وابن حجر (التلخيص الحبير ٤/ ١٧٩٨) وغيرهم.

(٣) فقه النوازل للأقليات المسلمة (٢/ ٧٥٤).

(٤) العقود المضافة إلى مثلها (ص: ٦).

وسمي استصناع الصانع لأن الصانع في العقد الأول سوف يكون مستصنعًا في العقد الثاني.

تحرير محل النزاع:

هل محل العقد العين أو العمل؟ ، وللفقهاء فيها قولان، وكلا القولين للحنفية:

القول الأول:

أن محل العقد في الاستصناع هو العين المعقود عليها والعمل تابعٌ، وهو المذهب عند الحنفية(١).

القول الثاني:

أن محل العقد في الاستصناع هو العمل، وبه قال بعض الحنفية.

ثمرة الخلاف:

وثمرة الخلاف بين القولين، على القول الأول وهو أن محل العقد هو العين، فإن للصانع أن يستصنع من طرف آخر.

وعلى القول الثاني، وهو أن محل العقد هو العمل، فليس للصانع أن يستصنع من طرف آخر؛ لأن عقد الاستصناع وقع على العمل وليس على العين المستصنعة.

الأدلـة:

أدلة القول الأول:

(١) الاختيار ٢/ ٣٨، فتح القدير ٥/ ٣٥٥، حاشية ابن عابدين ٧/ ٥٠٣، مجمع الأنهر ٢/ ١٠٧.

استدل أصحاب القول الأول على أن عقد الاستصناع محله العين المستصنعه بما يلي:

١– عقد الاستصناع فيه شبهٌ بعقد الإجارة من جهة وبعقد البيع من جهة أخرى.

فيه شبه بعقد الإجارة حيث إن المستصنع طلب الصنع، وهو العمل، وفيه شبه بعقد البيع؛ لأن المقصود من العقد هو العين المستصنعة، والأصل في عقد الاستصناع هو قصد العين المستصنعة المملوكة للصانع، والتي ستسلم للمستصنع بعد الصنع فيكون في هذه الحالة بيعًا، لكن هذه العين المستصنعة غير موجودة إلا بالعمل فأشبه عقد الإجارة الذي محله العمل، وعقد الإجارة يبطل بموت أحد المتعاقدين[١].

والقول الآخر أن الإجارة لا تفسخ بموت أحد المتعاقدين، وهو مذهب أحمد[٢]ومالك[٣] والشافعي[٤].

وينبني عليه أن الاستصناع ليس له امتياز عن البيع من هذه الجهة، وليس العمل هو المقصود في الاستصناع بدلالة العرف بل المقصود العين المستصنعة.

---

(١) العناية ٥/ ٣٥٥، المدونة ٥/ ٣٦٢، الأم ٤/ ٣٦، المهذب ١٦/ ٣٨٥، المغني ٨/ ٤٣، الإنصاف ١٤/ ٤٥٥.

(٢) المدونة ٥/ ٣٦٢.

(٣) الأم ٤/ ٣٦، المهذب ١٦/ ٣٨٥.

(٤) المغني ٨/ ٤٣، الإنصاف ١٤/ ٤٥٥.

٢– الأصل في العقود الجواز، وليس في الاستصناع ضرر ولا حيلة على الشرع، ومباشرة الصانع للعين المستصنعة ليست مقصودة للمستصنع، بل المقصود العين المستصنعة، فَدَلَّ على أن محل العقد العين وليس العمل(١).

٣– يثبت في الاستصناع خيار الرؤية، فمتى جاءت العين المستصنعة على الصفة المشروطة في العقد صح العقد، وكذلك لو أراد تسليم العين المستصنعة قبل الموعد جاز، وهذا يدل على أن محل العقد العين(٢).

٤– عقد الاستصناع يتضمن على ضمان تسليم العين المستصنعة لا على مباشرة العمل(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على أن محل العقد في الاستصناع هو العمل وليس العين بما يلي:

١– عقد الاستصناع مشتق من الصناعة، فاسم العقد يدل على أن محل العقد هو العمل(٤).

واعترض على هذا الدليل: بأن العمل تابعٌ للعين المستصنعة، وكون

(١) الهداية ٥/ ٣، ٥٥، المعايير الشرعية، ١٧٦البند رقم ٢/ ١/٢، ٣/ ١/٥.

(٢) المبسوط ١٢/ ١٦٧، حاشية ابن عابدين ٧/ ٥٠٣.

(٣) المعايير الشرعية، ص١٧٧، البند رقم ٢/ ١/٢، ٣/ ١/٥.

(٤) فتح القدير ٥/ ٣٥٥، مجمع الأنهر ٢/ ١٠٧.

الاستصناع مشتق من الصناعة وهي عمل الصانع فلا دليل فيه، فالبيع كذلك هو عمل البائع، وعلى الرغم من ذلك أن المقصود من البيع والمعقود عليه هو المبيع، وليس البائع أو فعله[1].

٢– أن عقد الاستصناع مشابه لعقد الإجارة من حيث طلب المستصنع من الصانع العين المستصنعة، ولذلك يبطل العقد بموت أحد المتعاقدين.

واعترض على هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن الذي عليه جمهور الفقهاء أن عقد الإجارة لا يبطل بموت أحد المتعاقدين.

الثاني: أن الاستصناع أكثر شبها بالبيع من الإجارة؛ لأن مقصود المستصنع العين وليس العمل، والقاعدة أن ما تردد بين أصلين مختلفين في الحكم يُلحَق بأكثرهما شبهاً[2].

الترجيح:

وبعد عرض الأدلة والمناقشة ظهر لي أن القول الراجح هو صحة عقد الاستصناع الموازي، وذلك لما يلي:

١– قوة أدلة القائلين بأن محل العقد في الاستصناع هو العين المستصنعة، وبناء عليه يجوز أن يستصنع طرفًا آخر.

٢– أن الأصل صحة العقود إلا عند وجود دليل ينقله عن هذا

---

(١) مجمع الأنهر ٢/ ١٠٧.

(٢) شرح قواعد الأصول ومعاقد الفصول (٢٢/ ٢٠)

الأصل[١]، ولا يوجد دليل يمنع عقد الاستصناع الموازي.

٣– أن القول بصحة عقد الاستصناع الموازي يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم[٢].

المطلب الثالث: شروط صحة الاستصناع الموازي.

وعلى القول بصحة عقد الاستصناع الموازي، فلابد من تحقق بعض الشروط لصحة هذا العقد وهي[٣]:

١– تحديد العين المستصنعة بمواصفات دقيقة جدا من حيث بيان كونها محطات كهرباء أو سفن أو طرق. . . الخ، وكذلك بيان النوع من حيث الموديل والطراز والماركة. . إلخ، ويرفق مع العقد جداول خاصة توضح التفاصيل الدقيقة للعين المطلوبة.

٢– تحديد ثمن المنتج في العقدين، وأن يكون ثابتًا لا يتأثر بانخفاض أو ارتفاع أسعار مواد التصنيع أو انخفاض أو ارتفاع أجرة العمال.

٣– توفر شروط عقد الاستصناع في العقدين، وهي:

الأول: أن يكون المستصنَع معلومًا، وذلك ببيان الجنس والنوع

---

(١) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة للدكتور مصطفى الزرقا، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي في العدد التاسع ٢/ ٢٢٩.

(٢) عقد الاستصناع، للدكتور علي السالوس، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ٧، ج ٢.

(٣) العقود المضافة إلى مثلها (ص: ١٢٢)، المعايير الشرعية، ص ١٧٦، فتاوى الهيئة الشرعية للبركة ص ١٢٤، فتاوى ندوات البركة ص ٣٦، الخدمات الاستثمارية في المصارف ٢/٥٣٥.

والقدر.

الثاني: أن يكون مما يجري تعامل الناس فيه عرفًا، مع مراعاة تبدل الأعراف زمانًا ومكانًا.

الثالث: اشترط أبو حنيفة عدم ذكر الأجل وإلا صار سلمًا، وذهب الصاحبان إلى عدم اشتراطه، وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي اشتراط أن يحدد فيه الأجل.

٤- عدم اشتراط المستصنع عمل الصانع بنفسه.

٥- استقلال المستصنع الصانع استقلالا تاما عن المستصنع الأصلي صاحب المشروع، وكذلك عن الصانع الثاني.

٦- ضمان السلعة على المستصنع الصانع في العقد الأول ، فيتحمل تبعات تملك العين المستصنعة وقبضها ونفقات صيانتها.

٧- عدم وجود قرينة تدل على قصد عمل الصانع أو كون التصنيع بعد العقد، كأن يقصده لما امتاز به عن غيره.

٨- انفصال العقدين: عقد الاستصناع بين المستصنع الأصلي والمستصنع الصانع، وعقد الاستصناع بين المستصنع الصانع والصانع الثاني.

٩- تملُّك المستصنع الصانع السلعة تملُّكًا حقيقيًّا قبل أن يدفعها للمستصنع الأصلي بالقبض المعتبر.

١٠- إمكانية إجراء تعديلات وإضافات على المنتج بسعر جديد يتم الإتفاق عليه، في عقود إلحاقية.

المطلب الرابع: خطوات عقود الاستصناع الموازي:

يمر إبرام عقود الاستصناع الموازي بعدة خطوات بين الطرف الأول(المستصنع الأول) والطرف الثاني (الصانع)، وبين الطرف الثاني(المستصنع في العقد الثاني) وبين الطرف الثالث(الصانع)٠

وأطراف عقد الاستصناع الموازي هم:

١– المستصنع: هو الطرف الأول العميل، طالب السلعة.

٢– الصانع: هو الطرف الثاني البنك، الذي سوف يلتزم بصناعة أو توفير السلعة.

٣– المنفذ للعقد: وهو الطرف الثالث، الذي سيبرم معه البنك عقدًا لصناعة أو توفير السلعة.

٤– العين المستصنعة: وهو ما تم عليه التعاقد، لتوفيره أو صناعته أمام المقاول المنفِّذ في العقد الثاني (الاستصناع الموازي).

وهذه الخطوات كالتالي:

١– يتقدم العميل (المستصنع) طلبا للبنك يبدي فيه رغبة في شراء سلعة معينة (العين المستصنعة) بمواصفات محددة.

٢– يتم العقد بين الطرف الأول العميل (المستصنع) والطرف الثاني البنك (الصانع) لصناعة العين المطلوبة، موضحًا فيه المواصفات، والسعر سواء كان حالًا أو مؤجلًا، وسواء كانت دفعةً واحدةً أو مقسطة أقساطا على مدة محددة.

٣– يعقد بعد ذلك البنك(المستصنع وهو الصانع في العقد السابق)

عقدا مع (مع طرفٍ ثالثٍ) (وهو الصانع في العقد الثاني) لصناعة العين المستصنعة المطلوبة والمحددة مواصفاتها في العقد الأول المبرم مع العميل.

٤- بناءً على التغيرات الكبيرة في حجم وقيمة المشروعات التي تتطلبها احتياجات التنمية سواء التي تقوم بها الحكومات أو تلك التي يتم إسنادها للقطاع الخاص لتنفيذها، وفي ظل ندرة السيولة و عدم كفاية مصادر التمويل لتنفيذ هذه المشاريع بالإضافة إلى قلة الخبرات اللازمة لتنفيذها، فقد ظهرت حاجة ماسة إلى صيغة تمويل جديدة تتوافق مع المفاهيم الشرعية.

المطلب الخامس: نطاق استخدام الاستصناع الموازي:

يستخدم الاستصناع الموازي في المشاريع الكبيرة التي تحتاج الى تمويل مالي ضخم قد تعجز عنه الشركة المستصنعة، وكذلك تكون بحاجة إلى فريق عمل ضخم ذي مهارات مهنية عالية، وهذه المشاريع مثل محطات توليد الطاقة الكهربائية، الطرق السريعة، المستشفيات، صناعة السفن الكبيرة، صناعة الطائرات.

وهذه المشاريع من الصعب جدًّا تنفيذها بالطرق التقليدية المباشرة.

الخاتمة

أولاً: أهم النتائج:

١- إمكانية تطبيق الاستصناع الموازي في مشاريع مختلفةء محطات الكهرباء ومحطات تحلية المياه والمطارات وغيرها من المشاريع الضخمة، وكذلك إمكانية تطبيقها في المشاريع الأهلية كبناء المساكن، وذلك بعد ضبط شروطها ومواصفاتها.

٢- العمل بعقود الاستصناع الموازي يساعد على تحريك عجلة النمو الاقتصادي، وإشراك الشركات والمؤسسات الوطنية في الاستفادة ماديًّا ومهنيًّا.

٣- عقد الاستصناع هو الإطار الشرعي المناسب لتمويل مشروعات البنية التحتية والمشاريع الكبيرة التي تحتاج إلى تمويلات ماليَّة ضخمة.

٤- عقد الاستصناع عقد يجوز فيه بيع ما لا يوجد عند التعاقد.

٥- الغرر اليسير الذي قد يوجد في عقد الاستصناع معفو عنه نظرًا لطبيعة هذا العقد وللحاجة الماسة له.

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

٧- لا بأس في الاستصناع تأجيل الثمن المتفق أو تقسيطه كله، أو تقسيطه.

٨- عقود الاستصناع لا يمكن أن يقال إنها بيع ما ليس عندك، بل هي تلحق ببيع الموصوف في الذمة. .

٩- عقد الاستصناع عقد لازم إذا جاءت العين المستصنعة على الصفة المتفق عليها، حتى يطمئن الناس ولا يلحق الضرر بالمتعاقدين.

ثانياً: التوصيات:

١- العناية بالقرارات الفقهية التي تصدرها المجامع والهيئات العلمية الفقهية خاصة المتعلقة بالعقود والمعاملات المالية. .

٢- ضبط عقود الاستصناع بالشروط والمواصفات المطلوبة ووقت التسليم.

٣- أن تتضمن عقود الاستصناع شروطاً جزائية حتى لا يقع التسويف والمماطلة.

وصلِّ اللهم وسلِّم على عبدك ورسولك محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المراجع

١) الإجماع ، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، المتوفى سنة: ٣١٩هـ ، تحقيق ، فؤاد عبد المنعم أحمد ، دار المسلم للنشر والتوزيع.

٢) الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، المتوفى سنة: ٦٨٣هـ ، مطبعة الحلبي – القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية – بيروت، وغيرها)

٣) استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة ، علي محيي الدين القرة داغي.

٤) الاستصناع ، سعود بن مسعد الثبيتي، دار ابن حزم – بيروت – لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ– ١٩٩٥م).

٥) إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، دار الجيل للنشر والتوزيع والطباعة.

٦) الأم ، محمد بن إدريس المطلبي القرشي ، المتوفى سنة: ٢٠٤هـ ، دار المعرفة ، بيروت.

٧) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي ،المتوفى سنة: ٨٨٥هـ، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية.

٨) البحر المحيط، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة: ٧٩٤هـ،دار الكتبي.

٩) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، محمد سليمان الأشقر– محمد عثمان شبير–ماجد محمد أبو رخية –عمر سليمان الأشقر، سنة

النشر: ١٤١٨ – ١٩٩٨.

١٠) بداية المجتهد، محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،المتوفى سنة: ٥٩٥هـ ، دار الحديث ، القاهرة.

١١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني المتوفى سنة: ٥٨٧هـ ، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية.

١٢) البناية شرح الهداية ، محمود بن أحمد العيني ،أيمن صالح شعبان،دار الكتب العلمية.

١٣) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف المواق، دار الفكر، الطبعة الثالثة.

١٤) تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد السمرقندي، المتوفى سنة: ٥٤٠هـ، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية.

١٥) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.

١٦) حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ،المتوفى سنة: ١٢٥٢هـ ، دار الفكر–بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م.

١٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المتوفى سنة: ١٢٣٠هـ، دار الفكر، بدون طبعة.

١٨) الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي (ص: ٢٦٣)، خالد بن عبد الله المصلح.

١٩) الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الاسلامي ، يوسف بن عبدالله الشبيلي، دار ابن الجوزي، طبعة ٢٠٠٥.

٢٠) خطبة الحاجة، محمد ناصر الدين الألباني ،المتوفى سنة: ١٤٢٠هـ، ،مكتبة المعارف، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

٢١) درر الحكام شرح غرر الأحكام ، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا – أو منلا أو المولى – خسرو ، المتوفى سنة: ٨٨٥هـ ، دار إحياء الكتب العربية.

٢٢) دروس الأكاديمية الإسلامية المفتوحة ، عدة مؤلفين ، هذه الدروس قد تم تدريسها على قناة المجد العلمية شارك فيها نخبة من المشايخ والعلماء الأفاضل وقد فرغها الإخوة في القناة على موقع الأكاديمية الإسلامية.

٢٣) دستور العلماء ، القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري ، المتوفى سنة: ق ١٢هـ ، دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت.

٢٤) زاد المعاد ،محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية ،المتوفى سنة: ٧٥١هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت ،مكتبة المنار الإسلامية، دولة الكويت ، الطبعة: السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ /١٩٩٤م

٢٥) شرح قاعد الأصول ومعاقد الفصول ، سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري ، عبد الناصر بن عبد القادر البشبيشي ، سنة النشر: ١٤٢٧ – ٢٠٠٦

٢٦) صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، بيت الأفكار

الدولية، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ.

٢٧) عقد الاستصناع، كاسب بن عبد الكريم البدران.

٢٨) عقد الاستصناع ، وهبة الزحيلي ، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع ٢/ ٣١٦، والخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢/ ٥١١.

٢٩) عقد الاستصناع، علي السالوس، ضمن مجلة الفقه الإسلامي العدد التاسع ٣/ ٢٨٩.

٣٠) عقد الاستصناع، محيي الدين القره داغي، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد ٧، ج ٢.

٣١) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مصطفى الزرقا، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي في العدد التاسع ٢/ ٢٢٥.

٣٢) العقود المضافة إلى مثلها، عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع – الرياض، الطبعة:

٣٣) الغش وأثره في العقود ، عبد الله ناصر السلمي ، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، تاريخ النشر: ٠١/٠١/١٩٠٠

٣٤) فتح القدير، محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام ، المتوفى سنة: ٨٦١هـ، دار الفكر، بدون طبعة.

٣٥) الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي الرامينى الصالحي الحنبلي ، المتوفى سنة: ٧٦٣هـ، تحقيق عبد الله بن عبد

المحسن التركي، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ.
٣٦) فقه النوازل للأقليات المسلمة ، محمد يسري إبراهيم ، دار اليسر، القاهرة – جمهورية مصر العربية.
٣٧) فلك القاموس ، عبد القادر بن أحمد بن عبد القادر الكَوْكَبَاني الشافعي، المتوفى سنة: ١٢٠٧هـ ، إبراهيم السامرائي ، دار الجيل – بيروت.
٣٨) القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب الفيروزآبادى ،المتوفى سنة: ٨١٧هـ ، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان.
٣٩) قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي ، سامي بن إبراهيم السويلم.
٤٠) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، محمد علي التهانوي ، تحقيق ، رفيق العجم – علي دحروج ، مكتبة لبنان ، سنة النشر: ١٩٩٦
٤١) لسان العرب، محمد بن مكرم بن على بن منظور الأنصاري، المتوفى سنة: ٧١١هـ، دار صادر، الطبعة الثالثة.
٤٢) المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة بيروت ،١٤٠٦هـ.
٤٣) مجلة الأحكام العدلية ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.
٤٤) مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد السابع، المجلد الثاني.

٤٥) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، إبراهيم بن محمد الحَلَبي،المتوفى سنة: ٩٥٦هـ، تحقيق خليل عمران، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.

٤٦) المحيط البرهاني ، محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مَازَةَ البخاري الحنفي ،المتوفى سنة: ٦١٦هـ ، تحقيق ، عبد الكريم سامي الجندي ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

٤٧) المدونة ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ،المتوفى سنة: ١٧٩هـ ، دار الكتب العلمية.

٤٨) المصباح المنير ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المتوفى سنة: نحو ٧٧٠هـ، المكتبة العلمية – بيروت

٤٩) المعايير الشرعية ،التي تم اعتمادها حتى صفر ١٤٣٧، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

٥٠) معجم الغني الزاهر ، عبد الغني أبو العزم، مؤسسة الغني للنشر، طبعة ٢٠١٣.

٥١) معجم اللغة العربية المعاصرة ، أحمد مختار عمر ، عالم الكتب – القاهرة ، سنة النشر: ١٤٢٩ – ٢٠٠٨

٥٢) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ، نزيه حماد ، دار القلم – الدار الشامية ، سنة النشر: ١٤٢٩ – ٢٠٠٨

٥٣) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر

٥٤) المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى سنة: ٦٢٠هـ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، مكتبة القاهرة.

٥٥) مقاييس اللغة ، أحمد بن فارس بن زكريا،تحقيق ، عبد السلام محمد هارون،: دار الفكر ، سنة النشر: ١٣٩٩ – ١٩٧٩

٥٦) المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المتوفى سنة: ٤٧٦هـ ، دار الكتب العلمية.

٥٧) مواهب الجليل، شمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي ، المتوفى سنة: ٩٥٤هـ ،دار الفكر الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ.

٥٨) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة ، علي السالوس ، مكتبة دار القرآن، سنة النشر: ٢٠٠٢

٥٩) الهداية شرح البداية ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني ، المتوفى سنة: ٥٩٣هـ.

٦٠) بغية الطلب في تاريخ حلب، عمر بن أحمد بن هبة الله بن أبي جرادة العقيلي، كمال الدين ابن العديم (المتوفى: ٦٦٠هـ)تحقيق: د. سهيل زكار، دار الفكر

٦١) الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي (المتوفى: ٧٧٥هـ) الناشر: مير محمد كتب خانه – كراتشي

٦٢) تاج التراجم، أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطلُوبغا

السودوني (نسبة إلى معتق أبيه سودون الشيخوني) الجمالي الحنفي، (المتوفى: ٨٧٩هـ)، تحقيق، محمد خير رمضان يوسف، دار القلم – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ –١٩٩٢م

٦٣) حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، عبد الرزاق بن حسن بن إبراهيم البيطار الميداني الدمشقي، (المتوفى: ١٣٣٥هـ)، حققه ونسقه وعلق عليه حفيده: محمد بهجة البيطار – من أعضاء مجمع اللغة العربية، دار صادر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣ م

٦٤) الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، (المتوفى: ١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر – أيار / مايو ٢٠٠٢م

٦٥) الموسوعة الحرة، ويكيبيديا، على الرابط: (https: //ar. wikipedia. org/wiki/)

فهرس الموضوعات

المقدمة ..... – ١٥٧ –
أولا: أهمية الموضوع ..... – ١٥٩ –
ثانياً: أسباب اختيار الموضوع ..... – ١٥٩ –
ثالثاً: الدراسات السابقة ..... – ١٥٩ –
منهج البحث ..... – ١٦٠ –
المبحث الأول: تعريف الاستصناع الموازي لغة واصطلاحا، وفيه مطلبان ..... – ١٦٣ –
المطلب الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحا، وفيه فرعان ..... – ١٦٣ –
الفرع الأول: تعريف الاستصناع لغةً: ..... – ١٦٣ –
الفرع الثاني: تعريف الاستصناع اصطلاحا: ..... – ١٦٣ –
المبحث الثاني حكم الاستصناع وشروط صحته، وفيه خمسة مطالب: ..... – ١٧٢ –
المطلب الأول: حكم الاستصناع: ..... – ١٧٢ –
المطلب الثاني: حكم الاستصناع الموازي ..... – ١٨٠ –
المطلب الثالث: شروط صحة الاستصناع الموازي ..... – ١٨٥ –
المطلب الرابع: خطوات عقود الاستصناع الموازي: ..... – ١٨٧ –
المطلب الخامس: نطاق استخدام الاستصناع الموازي: ..... – ١٨٨ –
الخاتمة ..... – ١٨٩ –
فهرس المراجع ..... – ١٩١ –
فهرس الموضوعات ..... – ١٩٩ –