عقد الاستصناع
وفق المعايير الشرعية
دراسة فقهية

Istisna contract according to Sharia standards
jurisprudence study

م.د. بشار صبيح محمد قدوري
الجامعة العراقية / كلية العلوم الاسلامية
M.D. Bashar Sobeih Muhammad Qaddouri
Iraqi University / College of Islamic Sciences

aLbaghdady78@gmail.com
07506304272

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي-الجامعة العراقية
كلية التربية للبنات

ملخص

عنوان البحث: ((عقد الاستصناع وفق المعايير الشرعية- دراسة فقهية))

عقد الاستصناع من العقود المهمة في عصرنا الحالي، فالتقدم الصناعي قد نشط وازدهر بين الأفراد والشعوب، مما حدا بالحاجة إلى التعاقد من أجل استصناع شيء ما مما يحتاجه الأفراد والدول فأردتُ أن أكشف عما جاء في الفقه الإسلامي بما يتعلق بهذا الموضوع، فجاء بحثي بعنوان (عقد الاستصناع وفق المعايير الشرعية- دراسة فقهية) لبيان مدى تحقق معايير الجودة في هذا العقد، وقمت بتقسيم الموضوع على ثلاثة مباحث؛ في المبحث الاول تحدثت عن الاستصناع في اللغة والاصطلاح وتكييفه الفقهي وأهم الألفاظ ذات الصلة به، وفي المبحث الثاني تحدثتُ عن الخلاف الفقهي في عقد الاستصناع وبيّنتُ ذلك في أربعة مسائل، وفي المبحث الثالث بيّنتُ المعايير الشرعية للاستصناع على ثلاثة مسائل.

Abstract

Research title: ((Istisna contract according to Sharia standards - a jurisprudence study))

The Istisna contract is one of the important contracts in our current era. Industrial progress has been active and flourished among individuals and peoples, which led to the need for contracts in order to manufacture something that individuals and countries need. Istisna'a according to Sharia standards - a doctrinal study) to show the extent to which quality standards have been achieved in this contract, and I divided the subject into three sections; In the first topic I talked about Istisna' in language and terminology and its jurisprudential adaptation and the most important terms related to it, and in the second section I talked about the doctrinal dispute in the Istisna' contract and I clarified this in four issues, and in the third topic I showed the legal standards of Istisna'a on three issues.

المقدمة

الحمد لله ..والصلاة والسلام على رسول الله،

وبعد:

عقد الاستصناع من العقود المهمة في عصرنا الحالي، فالتقدم الصناعي قد نشط وازدهر بين الأفراد والشعوب، مما حدا بالحاجة إلى التعاقد من أجل استصناع شيء ما مما يحتاجه الأفراد والدول فأردتُ أن أكشف عما جاء في الفقه الإسلامي بما يتعلق بهذا الموضوع، فجاء بحثي بعنوان (عقد الاستصناع وفق المعايير الشرعية- دراسة فقهية) لبيان مدى تحقق معايير الجودة في هذا العقد.

أهمية البحث:

١- إن التعامل بعقد الاستصناع وتفعيله يساهم بشكل مباشر في تحقيق الاكتفاء الذاتي والأمن الاقتصادي.

٢- إن دراسة عقد الاستصناع ضرورية لكل باحث في الاقتصاد الإسلامي؛ لما يتميز به من خصوصية عن سائر العقود.

مشكلة البحث:

هي بيان مدى تحقق معايير وضوابط الجودة في عقد الاستصناع .

منهجية البحث:

اتبعتُ في هذا البحث منهجاً استقرائياً مجملاً مقارناً ترجيحياً، فاستقصيتُ أقوال الفقهاء واللغويين في جميع مفاصل البحث، واستخلصتُ الراجح منها والأقرب الى ما يتطلبه تغيّر الزمان وما يتوافق مع حاجة الناس غيرَ مخلٍّ بأصول الفقه.

خطة البحث:

اقتضى الموضوع أن يُقسّم على مقدمة وثلاثة مباحث:

في المبحث الاول تحدثت عن الاستصناع في اللغة والاصطلاح وتكييفه الفقهي وأهم الألفاظ ذات الصلة به.

وفي المبحث الثاني تحدثتُ عن الخلاف الفقهي في عقد الاستصناع وبيّنتُ ذلك في أربعة مسائل.

وفي المبحث الثالث بيّنتُ المعايير الشرعية للاستصناع على ثلاثة مسائل.

ثم الخاتمة والمصادر والمراجع

المبحث الاول

معنى عقد الاستصناع

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الاول: الاستصناع لغة واصطلاحا

مفهوم الاستصناع: لكي نحدّد معناه يقتضي التمييز بين التعريف اللغوي والتعريف الفقهي والتعريف القانوني والتعريف الاقتصادي، وكما مبين بما يأتي:

الاستصناع، لغةً: مصدر من «اسْتَصْنع» أي: طلبَ الصَنْعَة، واسْتَصْنَعَ الشَّيْء: دَعَا إِلَى صُنْعه، واستصنع فلانا كذا: طلب منه أن يصنعه له، واصطنع

خاتما: أمر أن يصنع له. [1]

وأصل الكلمة من صنَعَ يصنَعُه صنعاً، وصُنعاً بالفتح والضم أي: عَمِله، ومنه قوله تعالى: ﴿ صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ﴾ [2] والصناعَةُ ككِتَابة حِرْفة الصانع، وعمله الصنعة. [3]

الِاسْتِصْنَاعُ: طَلَبُ الصُّنْعِ وَسُؤَالُهُ. [4]

واصطلاحاً: «العقدُ على مبيعٍ موصوف في الذمة اشترط فيه العمل» [5]

وعرفوه أيضاً: «بَيْعُ عَيْنٍ شُرِطَ فِيهِ الْعَمَلُ» [6]

وأخذ أحد المعاصرين هذا التعريف وأضاف إليه قيداً وجيهاً فأصبح التعريف على الشكل التالي: «عقدٌ على مبيعٍ في الذِمّة يُشْتَرط فيه العمل على وجه مخصوص» [7]

وقد وضّح مفهوم الاستصناع الفقهي الدكتور حسين حامد حسان قائلاً: «عقدٌ بينَ بائعٍ يُسمى الصانع ومشترٍ يُسمّى المستصنع على بيعِ سلعةٍ موصوفة في الذِمّة يصنعها البائع بمادة من عنده في مقابل ثمنٍ حالٍ أو مؤجل أو على أقساط» [8]

فيتبيّن لنا مما مضى أنّ:

أ. الاستصناع يقوم على: صانعٍ ومستصنع وشيء مصنوع وثمن.

ب. الاستصناع عقد أي اتفاق بين بائع «صانع» ومشتر (مستصنع)، فلابد من توافر شروط البيع المطلق (العادي).

ج. المبيع ليس موجودا في ملك البائع (الصانع) بل هو شيء معدوم يلتزم البائع بتصنيعه وإيجاده في المستقبل وهذا معنى قول الفقهاء: مبيع في الأمة».

د. الشيء المطلوب صناعه ينبغي ضبط مواصفاته بما يكفي ليصير معلوما سالما من الجهالة والغرر المفضيان إلى الخلاف والنزاع.

ح – الاستصناع يجري في المواد التي تصنع، ولا يتحقق في المواد التي لا تدخلها الصناعة غالبا،

(١) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده – أبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م: ١/ ٤٤٢، ولسان العرب، لابن منظور– أبي الفضل محمد بن مكرم المصري (ت: ٧١١هـ) دار صادر، بيروت، ط١، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م، مادة (صنع): ٨/ ٢٠٨.

(٢) سورة النمل، من الآية/ ٨٨.

(٣) لسان العرب، مادة (صنع): ٨/ ٢٠٨.

(٤) طلبة الطلبة، للنسفي– أبي حفص عمر بن محمد بن أحمد (ت: ٥٣٧ ه) دار القلم، بيروت ط١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م: ص/ ١٧١.

(٥) بدائع الصنائع، للكاساني – أبي بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٧٨ هـ)، تحقيق: محمد ياسين درويش، نشر مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م: ٥/ ٢.

(٦) المبسوط، للسرخسي– أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)،، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م: ١٥/ ٨٤.

(٧) عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي، كاسب عبد الكريم بدران، دار الدعوة، الاسكندرية: ص/ ٥٩.

(٨) الاستثمار الاسلامي وطرق تمويله، حسين حامد حسان، بحث منشور على موقع مجمع فقهاء الشريعة بامريكا: ص/ ٦٦.

كالسلع الزراعية من حبوب وخضر وفواكه إذا بقيت على حالتها الطبيعية.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للاستصناع

لقد تنوعت الآراء الفقهية المتعلقة بتكييف الاستصناع؛ ومن أهمها نذكر:

١- الاستصناع عقد مستقل: وهذا رأي جمهور الحنفية من حيث المبدأ، وفي ذلك يقول الإمام السرخسي: «اعلم أنّ البيوع أنواع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دَين في الذمّة بثمن وهو السلم، وبيع عملٍ العينُ فيه تبعٌ وهو الاستئجار للصناعة ونحوها فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ تبع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين...» (١)

٢- الاستصناع سَلَم: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنّ الاستصناع داخل في باب السلم، ومن ثم فيجب أنْ يخضع لشروطه وأحكامه من تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية وغير ذلك من شروط السلم، فهؤلاء لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل. (٢)

٣- الاستصناع بيع: ذهب بعض الفقهاء من الحنفية إلى أنّ الاستصناع بيع ملزم للطرفين، وذهب بعضهم الآخر إلى أنّه بيع ولكن للمشتري فيه حق الخيار. (٣)

٤- الاستصناع وعد (٤) وليس عقدا (٥) وقد نسب هذا القول إلى عدد من فقهاء الأحناف فقد جاء في المبسوط للسرخسي نقلا عن بعض الفقهاء أنّ: «..الاستصناع مواعدة، وإنّما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغا منه» (٦)

والأثر المترتب على كون الاستصناع وعداً أو عقداً: أنه إذا اعتبرنا الاستصناع عقدا فالأصلُ أنْ يكون لازما، وبذلك يترتب عليه الضمان، أما إذا كان وعداً فلا يترتب عليه سوى الإثم على كل من المتواعدين عند عدم الوفاء به. (٧)

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

(١) المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٣٩.

(٢) ينظر: الفقه الاسلامي وأدلته، وهبه الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م: ٤/ ٦٣٢.

(٣) بدائع الصنائع: ٦/ ٨٤.

(٤) الوعد ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال وقد يقع الوعد على عقدٌ أو عمل. ينظر: مصادر الحق في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق السنهوري، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٦٧م: ١/ ٤٥.

(٥) العقد: ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، وفي القانون: اتفاق ارادتين على انشاء حق او على نقله أو على إنهائه. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م: ١/ ٣٨٢.

(٦) المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٣٩.

(٧) عقد الاستصناع، كاسب عبد الكريم البدران، دار صالح، الدمام، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م: ص/ ٧٩.

هو الإجارة.[1]

٦- الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء: ذهب بعضُ الحنفية إلى أنّ الاستصناع إجارة ابتداء وبيع انتهاء فقد جاء في فتح القدير نقلا عن الذخيرة: «هر إجارة ابتداء ربيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنّهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته.[2]

فهذا النقل يوضّح أنّ الاستصناع عقد مستقل خاص مثله مثل السلم والإجارة وإنْ كان لفظ البيع بعمومه اللفظي يشمل الجميع، فالاستصناع «عقد جديد مستقل ليس وعداً وليس بيعا، وليس إجارة، وليس سلما؛ وإنْ كان له شبه بالسلم وبالإجارة والبيع؛ فهو يشبه السلم؛ لأنه عقد على موصوف في الأمة، ويشبه البيع من أجل أنّ الصانع يقدم المواد من عنده مقابل عوض، ويشبه الإجارة من حيث أنّ العمل جزء من المعقود عليه.[3]

وقد أخذ عدد كبير من الفقهاء المعاصرين بهذا التكييف للاستصناع منهم: مصطفى الزرقاء، وكاسب عبد الكريم البدران، ومحمد سليمان الأشقر، وعلي القره داغي، وقد تبنى هذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره السابع المنعقد بجدة في ذي القعدة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.[4]

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة

١- الإجارة: لغةً: الكراء[5]، وفي التعريفات: «عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مالٌ، وتمليك المنافع بعوضٍ إجارةٌ، وبغير عوض إعارةٌ،

وفي التنزيل العزيز: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾»[6].

واصطلاحاً: عقد على المنفعة بعوض هو مال[7].

أو هي: معاملة صحيحة، تورد على منافعَ مقصودةٍ قابلةٍ للبذل والإباحة، على شرط الإعلام مع العوض المبيّن[8].

---

(١) العناية شرح الهداية، للبابرتي- محمد بن محمد محمود أحمد الرومي (ت:٧٨٦هـ)،دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م: ٧/ ١١٥.

(٢) فتح القدير، لابن الهمام- كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد (ت: ٨٦١هـ) دار إحياء العلوم، بيروت ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م: ٧/ ١٠٩.

(٣) ينظر: عقد الاستصناع، محمد سليمان الاشقر، دار النفائس، عمان، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م: ١/ ٢٢٧.

(٤) الملحق رقم ١/ ٢٠٦.

(٥) ينظر لسان العرب، مادة (أجر): ٤/ ١٠.

(٦) الآية من سورة القصص/ ٢٧، وينظر: التعريفات، للجرجاني- أبي الحسن على بن السَّيِّد مُحَمَّد بن على (ت: ٨١٦هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت ط١، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م: ص/ ١٠.

(٧) ينظر: المبسوط، السرخسي: ١٥ / ٧٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي- أحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت: ١/ ٢٥٣

(٨) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني- أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)،حققه وصنع فهارسه: أ. د عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، المدينة المنورة، ط١، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م: ٨/ ٦٥.

ويفترق عن الإجارة هو أنّ الإجارة تكون العين فيها من المستأجر والعمل من الأجير، أما الاستصناع فالعين والعمل كلاهما من الصانع، بمعنى آخر المادة الخام للأشياء المطلوب صناعتها يحضّرها الصانع، فإذا كانت من المستصنع يكون العقد إجارة.[1]

٢- الجعالة: في اللسان: «الجَعالة بالفتح الرَّشْوة عن اللحياني أَيضاً، وخَصَّ مرَّة بالجُعالة ما يُجْعَل للغازي وذلك إِذا وجب على الإِنسان غَزْوٌ، فجعل مكانه رجلاً آخر بِجُعْلٍ يشترطه».

وأضاف: « والجَعالة بالفتح من الشيء تَجْعله للإِنسان، والجِعالة والجعالات ما يَتَجاعلونه عند البُعُوث أَو الأَمْر يَحْزُبهم من السلطان، وفي الحديث: «أَن ابن عمر ذُكر عِنْدَهُ الجَعَائِل، فَقَالَ: لَا أَغْزُو عَلَى أَجْرٍ، وَلَا أَبِيعُ أَجْرِي مِنَ الْجِهَادِ[2] « [3] .

(١) ينظر: عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، أحمد بلخير، كلية الشريعة/ الجزائر، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م: ص/ ٧.

(٢) أورده الزمخشري ولم أجد له تخريجاً . ينظر: الفائق في غريب الحديث والأثر، الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (ت: ٥٣٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت، ط٢: ١/ ٢١٧، وينظر أيضاً النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الجزري، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت: ٦٠٦هـ) تحقيق: طاهر أحمد الزاوى، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م: ١/ ٢٧٦.

(٣) لسان العرب، مادة (جعل): ١١/ ١٠.

وفي الاصطلاح، فهي: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله، وهي عقد على عمل[4].

وتختلف الجعالة عن الإجارة في أمور:

أ- تصح الجعالة مع معين وغير معين، ولا تصح الإجارة إلا مع شخص أو جهة معينة.

ب- تصح الجعالة على عمل معلوم أو مجهول، ولا تصح الإجارة إلا على عمل معلوم.

ج- لا يشترط في الجعالة قبول العامل، أما الإجارة فلا بد فيها من إيجاب المؤجر، وقبول المستأجر.

د- الجعالة عقد جائز غير لازم، أما الإجارة فهي عقد لازم لا تفسخ إلا برضا الطرفين.

ه- الجُعْل يُستحق في الجعالة بعد تمام العمل، أما الإجارة فيجوز تعجيل الأجرة وتأجيلها حسب الاتفاق.

و- الجعالة أوسع من الإجارة؛ لأنها تجوز على أعمال القرب، بخلاف الإجارة فلا تجوز[5] .

(٤) ينظر: التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي)، سليمان بن عمر بن محمد المصري (ت:١٢٢١هـ)، المكتبة الإسلامية، أنقرة، ١٣٦٩هـ/ ١٩٥٠م: ٣/ ٢٣٨.

(٥) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م: ٢ / ٢٥٧، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بيروت: ٢/ ٤٤٠.

٣- السَلَم:

السَلَم لغةً: ما أسلفت به [١]، ومنه أسلم في الطعام أسلف فيه [٢]، وأسلم في البر أسلف من السلم وأصله أسلم الثمن فيه فحذف وقد جاء على الأصل [٣]

واصطلاحاً: هو شراء آجل بعاجل [٤] .

وعرفوه أيضا: أن يسلّم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل [٥] .

والفرق بين السَلَم والاستصناع هو أنّ الاستصناع بيع لعين في الذمة مع شرط العمل، وبذلك يتميز عن السلم الذي يكون فيه المبيع أيضا موصوفا في الأمة من غير أن يشترط فيه العمل. و لا يشترط في الاستصناع قبض الثمن في المجلس كما هو الحال في السلم؛ بل يمكن تأجيله كله أو تقسيطه؛ أخذا بالقاعدة العامة في الوفاء بالعرض في عقود المعارضات المالية.[٦]

المبحث الثاني

الخلاف الفقهي في عقد الاستصناع

وفيه أربعة مسائل:

المسألة الأولى: تكييف الِاسْتِصْنَاعُ بيعاً لا عدةً

المسألة الثانية: ثبوت الخيار للمُسْتَصْنعُ فقط عند بيع الصانع الْمُسْتَصْنَعُ قبل أنْ يراهُ المُستصنع

المسألة الثالثة: اختلاف المتعاقدين

المسألة الرابعة: تحالف المختلفين في الصنْعَة.

المسألة الأولى: تكييف الِاسْتِصْنَاعُ بيعاً لا عدةً

أولاً: مفردات المسألة.

١- التكييف، لغةً: مصدر كيّفَ، الإنقاص والأخذ من الأطراف، ومنه كَيَّفتُ منه أي أَكلتُ من جَوانبِه. [٧]

التكييف الفقهي للمسألة: تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر. [٨]

---

(١) ينظر: العين، للفراهيدي- أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو(ت: ١٧٠هـ)، تحقيق د.مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، مكتبة الهلال، الرياض: ٧/ ٢٦٥

(٢) ينظر: مختار الصحاح، للرازي-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر(ت: ٦٦٠هـ) تحقيق: محمود خاطر،مكتبة ناشرون، بيروت، ١٤١٥هـ /١٩٩٥م: ص/١٥٣، والمحكم والمحيط الأعظم: ٨/ ٥١٤

(٣) ينظر: المغرب في ترتيب المعرب، للمطرزي- أبي الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي(ت:٦١٠هـ)، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار،مكتبة أسامة بن زيد، حلب، ط١، ١٣٩٩هـ/ ١٩٨٠م: ص/ ٢٣٤.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٧/ ١٩٥، ورد المحتار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، لابن عابدين - للسيد علاء الدين محمد بن محمد امين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي المعروف بابن عابدين الحنفي (ت:١٢٥٢هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت ط٢، ١٣٨٦ هـ/ ١٩٦٦م:٤/ ٢٠٣.

(٥) ينظر: الكافي في فقه ابن حنبل، للمقدسي-أبي محمد عبدالله بن محمد بن قدامة(ت سنة ٦٢٠هـ) نشر المكتب الإسلامي، بيروت: ٢/ ٦٢ .

(٦) ينظر: عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة: ص/ ٨.

(٧) كتاب الجيم، للشيباني- أبي عمرو إسحاق بن مرّار الشيباني بالولاء (ت: ٢٠٦هـ) المحقق: إبراهيم الأبياري راجعه: محمد خلف أحمد، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٣٩٤ هـ/ ١٩٧٤ م: ص/ ٢١٠.

(٨) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعه جي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس، الظهران، ط١، ١٤٠٤ه/ ١٩٨٤م: ص/ ١٤٣.

كإدراج الولادة بلا بلل في باب الطهارة، وإدراج الاستصناع في باب البيع وليس في باب المواعدة.

٢- العِدَة، لغة: مصدر وعد، أصله الوَعْد حذفت الواو وعوّض عنها التاء المربوطة، ومعناه يستعمل في الخير والشر، ودلالته على الخير والشر مشروط بتعيين الموعود فإذا لم يذكر الموعود أو أُبهم كان مختصاً بالخير.(١)

وفي الاصطلاح: إِخْبَارٌ عَنْ إِنْشَاءِ الْمُخْبِرِ مَعْرُوفًا فِي الْمُسْتَقْبَلِ.(٢)

ثانياً: صورة المَسْألة:

عقد الاستصناع هو تكليف صاحب المال المستصنع بعمل سلعة كصنع باب او شباك فيتفقان على إتمامها مقابل ثمن.

ثالثاً: المذاهب الفقهية

اختلف الفقهاء في حكم هذه المَسْألة على ثلاثة مذاهب:

١- المذهب الأول:

إنّ عقد الاستصناع بيعٌ لا عدة.

وإليه ذهب جمهور الحنفية. (٣)، وهو ما رجحه الشيخ البابرتي(٤)

٢- المذهب الثاني:

إنّ عقد الاستصناع عدةٌ لا بيع.

وإليه ذهب الحاكم الشهيد (٥) ومحمد بن سلمة، (٦) من الحنفية. (٧)

٣- المذهب الثالث:

عقد الاستصناع لا بيع ولا عدة، وهو قسمٌ من أقسام السلم، فلذا تراعى فيه شروط السَلَم.

وهو قول زفر من الحنفية،(٨) والمالكية،(٩)

(١) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي- أبي العباس أحمد بن محمّد بن علي المقري (ت ٧٧٠ هـ) دار الفكر، بيروت، ط١، ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م: ٢/ ٦٦٤.

(٢) ينظر: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لابن عليش- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت: ١٢٩٩هـ)، تحقيق: د. طارق طاطمي، دار الفكر، بيروت: ١/ ٢٥٤.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٩.

(٤) العناية: ٧/ ١١٤

(٥) هو: الحاكم الشهيد: أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد ابن إسماعيل بن الحاكم المروزي الحنفي الوزير الحاكم الشهيد عالم مرو وإمام أصحاب أبي حنيفة(ت:٣٤٤هـ). ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، للقرشي- أبي محمد عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، محيي الدين الحنفي (ت: ٧٧٥هـ) مير محمد كتب خانه، كراتشي: ٢/ ١١٢.

(٦) هو: محمد بن سلمة الفقيه أبو عبد الله تفقه على أبي سليمان الجوزجاني تفقه عليه أبو بكر محمد بن أحمد الإيسكاف (ت: ٢٧٨هـ). ينظر: الجواهر المضية: ٢/ ٥٦.

(٧) العناية: ٧/ ١١٤، وفتح القدير: ٧/ ١١٥.

(٨) ينظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (ت: ١٨٩هـ)، الشارح: محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات (ت: ١٣٠٤هـ)، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦ م: ص/ ٣٢٥.

(٩) ينظر: مواهب الجليل، للرعيني- أبي عبدالله محمد بن محمد الحطاب (ت: ٩٥٤هـ) دار الفكر، بيروت ط٢، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م: ٤/ ٥٣٩، وحاشية الدسوقي: ٣/ ١٩٥.

والشافعية،[1] والحنابلة.[2]

رابعاً: الأدلّة:

١- استدلّ أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أ- إنّ القولَ بأنه بيعٌ دفع الضرر عن الصانع في إفساد أمتعته وآلاته، فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة، ولو قيل ثبوت الخيار لثبت الضرر.[3]

ب- إثبات خيار الرؤية فيه والمواعدة لا تلزم فلا حاجة لخبار الرؤية.[4]

ج- لأنّ جوازه بطريق القياس والاستحسان، وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعِدات.[5]

د- لأنّه جائز فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه، ولو كان مواعدة جاز في الكل.[6]

ه- لأنّ الصانع يملك النقود بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها.[7]

و- إنّه يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى في الواجب لا الموعود.[8]

٢- استدلّ أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

أ- إنّ الصانع له ألا يعمل وهذا لا يكون في العقود، إذ العقود ملزِمة لمن دخل فيها.[9]

ب- إنّ المستصنع له الحق في عدم قبول ما يأتي به الصانع وله الرجوع أيضاً قبل تمام الصناعة

ج- أو رؤيتها وهذا يدلّ على أنه وعد لا عقد.[10]

د- لو كان الاستصناع عقداً لكان عقداً على معدوم، وبيع المعدوم ممنوع، ولكان الاستصناع بيع دين بدين، فالثمن دينٌ في ذمة المستصنع(المشتري) والمبيعُ دينٌ في ذمة الصانع (البائع) وهذا لا يجوز.[11]

ه- لو كان الاستصناعُ عقداً لما بطُل بموت الصنّاع، والعقود في المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها.[12]

٣- أدلة أصحاب المذهب الثالث:

أ- إنّ النبي (ﷺ): «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»[13]

(١) الأم، للشافعي-أبي عبدالله محمد بن إدريس (ت: ٢٠٤هـ/ ٨٢٠ م) نشر دار المعرفة، بيروت ط٢، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م: ٣/ ١٣٤، و نهاية المطلب: ١/ ٤٠.

(٢) الإنصاف في مسائل الخلاف، للمرداوي - أبي الحسن علي بن سليمان (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت: ٤/ ٣٠٠، وكشاف القناع، للبهوتي- منصور بن يونس بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م: ٣/ ١٦٥.

(٣) المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٣٩.

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٣٩، وفتح القدير: ٥/ ٣٥٥.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٩.

(٦) فتح القدير: ٧/ ١١٥.

(٧) المصدر نفسه.

(٨) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٩.

(٩) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٩، والبناية: ٨/ ٣٧٤.

(١٠) ينظر: البناية شرح الهداية، للعيني- أبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (ت: ٨٥٥هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠ هـ/ ٢٠٠٠ م: ٨/ ٣٧٤.

(١١) ينظر: البناية: ٨/ ٣٧٥، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٢٤.

(١٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي- أبي محمد فخر الدين عثمان بن علي (ت: ٧٦٢هـ/ ١٣٦١م)، دار المعرفة، بيروت: ٤/ ١٢٤، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٠٨.

(١٣) المستدرك على الصحيحين، للنيسابوري-أبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم (ت:٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى

أي؛ الدين بالدين. [1]

ب- لما ورد أنّ النبيّ (ﷺ) نهى أنْ يبيع الإنسان ما ليس عنده. [2]

ج- إنّ القياس يأباه؛ لأنه بيع المعدوم. [3]

وأجاب القائلون بالبيع: أن المعدوم قد يعتبر حكما، أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان. والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلاة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما لتعامل الناس، وقد يكون الشيء موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالماء المستحق للعطش، حتى يجوز التيمم مع وجوده. [4]

د- إنّ المستصنَع عين توجد في الثاني، والأعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس. [5]

وأجاب القائلون بأنه بيع: أنّ الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل، فتسميته للمعقود به دليل على أنه هو المعقود عليه، والأديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل، ولكن الأصح أن المعقود عليه هو العين، لأن المقصود هو المستصنع فيه وذكر الصفة لبيان الوصف. [6]

ه- لا يمكن جعْله إجارة لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز فكأنما قال: انقل ملكك الى مكان وأعطيك كذا. [7]

و- إذا جاء مفروغا عنه ينعقد بالتعاطي، ولذا يثبت الخيار لكل واحد منهما، وثبوت الخيار يجعله غير لازم. [8]

ثالثاً: المناقشة والترجيح:

الذي يبدو رجحانه هو ما قال به أصحاب المذهب الأول؛ وذلك لأنّ:

١- ما قال به أصحاب المذهب الثاني بأنّه عدة مردود بتعامل الناس به، وما قال به أصحاب المذهب الثالث بعدم إباحة الاستصناع أصلاً مردود بفعل النبي(ﷺ) وإجماع الناس على فعله من غير نكير.

٢- ثبوت ما يثبت في البيوع من شروط يدلّ على أنّه

عبد القادر عطا، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م، كتاب البيع: ٢/ ٦٥، برقم (٢٣٤٢) قال الذهبي: على شرط مسلم.

(١) شرح معاني الآثار، للطحاوي -أبي جعفر أحمد بن محمد (ت: ٣٢١هـ)، تحقيق: محمد النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م: ٤/ ٢١.

(٢) للحديث الذي رواه الترمذي في الجامع، باب كراهية بيع ما ليس عندك: ٢/ ٥٢٦، برقم (١٢٣٤) بلفظ: «لاَ يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلاَ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلاَ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَلاَ بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» قال الترمذي: حسن صحيح.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٩، وفتح القدير: ٥/ ٣٥٥.

(٤) البناية: ٨/ ٣٧٤.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ٢٠٩.

(٦) البناية: ٨/ ٣٧٤.

(٧) فتح القدير: ٧/ ١١٤.

(٨) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لشيخي زاده- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي (ت: ١٠٧٨هـ)، تحقيق خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م: ٥/ ٤٢٣.

بيعا لا عده.

٣- إنّ العدات لا يتقيد جوازها بشرائط البيوع فجوازه جواز البيوع لا جواز العدات.

٤- الإجماع الثابت بالتعامل به، فإنّ الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل، فكان العمل فيه استحساناً.

٥- تكييفه في الكتب المعتبرة على أنه بيعٌ لا عدة.

٦- ثبوتُ خيار الرؤية فيه.

والله تعالى أعلم.

المسألة الثانية: ثبوت الخيار للمُسْتَصْنعُ فقط عند بيع الصانع الْمُسْتَصْنَعُ قبل أنْ يراهُ المُستصنع

أولاً: صورة المَسْألة:

الاستِصناع هو أن يجيء إنسان إلى صَانع فيقول له اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا مبلغ ويسلم إليه جميع المبلغ أو بعضه أو لا يسلم، فالمستَصنعُ بعد الرؤية بالخيار إنْ شاء أخذه وإنْ شاء تركه؛ لأنّه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار.

ثانياً: المذاهب الفقهية.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المَسْألة على ثلاثة مذاهب:

١- المذهب الأول:

الخيار للمُسْتصنع في رد المُسْتَصنَع. وإليه ذهب محمد من الحنفية،[١] والمالكية،[٢] والشافعية في الجديد،[٣] والحنابلة في قول.[٤]

٢- المذهب الثاني:

الخيار للصانع والمُستَصنع. وإليه ذهب أبو حنيفة،[٥] والشافعي في القديم، [٦] والحنابلة في المذهب الثاني [٧]

٣- المذهب الثالث:

لا خيار لهما.[٨]، وإليه ذهب أبو يوسف. [٩]

ثالثاً: الأدلّة:

١- استدلّ أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أ- قوله (ﷺ): «مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ»[١٠].

(١) بدائع الصنائع: ٥ / ٤، وفتح القدير: ٥ / ١٣٩.

(٢) المدونة الكبرى، للأصبحي- مالك بن أنس بن مالك بن عامر (ت: ١٧٩هـ)، تحقيق زكريا عميرات، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م: ٣/ ٢٥٥، وشرح التلقين: ٢/ ٨٩٦.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري (ت: ٤٥٠هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م: ٥/ ١٥، ونهاية المطلب: ٥/ ٩.

(٤) ينظر: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لابن قدامة-أبي محمد عبدالله بن محمد المقدسي (ت: ٦٢٠هـ) دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م: ٤/ ٧٧، والمبدع شرح المقنع، للحنبلي- أبي إسحق إبراهيم بن محمد بن عبدالله (ت: ٨٨٤هـ) المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م: ٤/ ٢٥.

(٥) بدائع الصنائع: ٥/ ٤، وفتح القدير: ٧/ ١١٥.

(٦) ينظر: الحاوي الكبير: ٥/ ١٥، ونهاية المطلب: ٥/ ٩.

(٧) ينظر: المغني، لابن قدامة: ٤/ ٧٧، والمبدع شرح المقنع: ٤/ ٢٥.

(٨) بدائع الصنائع: ٥/ ٤.

(٩) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٣٩، وبدائع الصنائع: ٥ / ٤، وفتح القدير: ٧/ ١١٧.

(١٠) السنن الكبرى، للبيهقي- أبي بكر أحمد بن الحسين (ت:

وجه الدلالة: لأنّه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار.[1]

قال الجويني: أنّه لا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود، فهو من عموم المجاز، عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود، فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي[2].

ب- ما ورد « أَنَّ عُثْمَانَ بَاعَ مِنْ طَلْحَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَرْضًا بِالْكُوفَةِ، فَقِيلَ لِعُثْمَانَ: إِنَّك قَدْ غَبَنْت، فَقَالَ عُثْمَانُ: لِي الْخِيَارُ لِأَنِّي بِعْتُ مَا لَمْ أَرَ، وَقَالَ طَلْحَةُ: بَلْ لِي الْخِيَارُ لِأَنِّي اشْتَرَيْت مَا لَمْ أَرَى -: فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا جُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ، فَقَضَى: أَنَّ الْخِيَارَ لِطَلْحَةَ لَا لِعُثْمَانَ»[3].

ج- لأنّ فقد رؤية المبيع ليس فيه أكثر من الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع، لا يمنع من صحة العقد عليه، وإنما يثبت الخيار فيه كالمبيع إذا ظهر على عيبه والمفقود للرؤية بقشره.[4]

د- إنّ البائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له.[5]

ه- لأنّ المستصنَع غير لازم في حقّ المستَصنع.[6]

و- لأنّ المصنوع إذا لم يلائمه وطولب بثمنه؛ لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله، ولا يتعذر ذلك على الصانع؛ لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك.[7]

ز- لأنّ المستصنع إذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته؛ لم يحصل ما شرع له الاستصناع - وهو اندفاع حاجته - فلا بد من إثبات الخيار له.[8]

٢- استدلّ أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

أ- دفعا للضرر عنه؛ لأنّه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الجلد وإتلاف الخيط.[9]

ب- إنّ في تخيير كلّ واحدٍ منهما دفع الضرر عنه وإنّه واجب.[10]

ج- لأنّه لو كان للمستصنع الخيار لثبتَ توهّم الزيادة، والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار.[11]

٣- استدلّ أصحاب المذهب الثالث بما يأتي:

أ- أمّا الصانع فلأنه باع ما لم يره ومن هو كذلك لا

٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، المدينة المنورة، ط١، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م، باب مَنْ قَالَ يَجُوزُ بَيْعُ الْعَيْنِ الْغَائِبَةِ: ٥/ ١٩٤، برقم (١٠٧٢٩) عن أبي هريرة(رضي الله عنه).

قال البيهقي: « فيه ابن أبي مريم، وهو ضعيف»، وقال الدارقطني: عمر بن إبراهيم هذا(أحد رواته) يقال له الكردي، يضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح لم يروه غيره.

(١) المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٣٩، والعناية: ٧/ ١١٦، وفتح القدير: ٧/ ١١٥.

(٢) ينظر: نهاية المطلب: ٥/ ٩.

(٣) رواه البيهقي(١٠٧٢٧) ٥/ ١٩٣ كتاب البيع، باب مَنْ قَالَ يَجُوزُ بَيْعُ الْعَيْنِ الْغَائِبَةِ، عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ.

(٤) الحاوي الكبير: ٥/ ١٥.

(٥) العناية: ٧/ ١١٦، وفتح القدير: ٧/ ١١٥.

(٦) المصدران أنفسهما.

(٧) بدائع الصنائع: ٥/ ٤.

(٨) المصدر نفسه.

(٩) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٣٩، وبدائع الصنائع: ٥/ ٤.

(١٠) بدائع الصنائع: ٥/ ٤.

(١١) المغني، لابن قدامة: ٤/ ٧٧.

خيار له، وأما المستصنع فلأنّ الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل إلى بدله، فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع؛ لأن غيره لا يشتريه بمثله.[1]

ب- لأنّ الخيار كان ثابتا لهما قبل الإحضار؛ لما ذكرنا أن العقد غير لازم، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه؛ فبقي خيار صاحبه على حاله، فإذا ما تمّ العمل وأنفق الصانع فيه ما أنفق سقط خيار المستصنع في الرد.[2]

رابعاً: الترجيح:

* الذي يبدو راجحاً هو ما قال به أصحاب المذهب الأول بأنّ الخيار للمستصنع؛ وذلك لأنّ:

١- ورود نص في المَسْألة وهو قوله (ﷺ):«مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ» والاستصناع لونٌ من ألوان البيوع.

٢- لأنّ الاستصناع إنما أبيح للضرورة وحاجة الناس فإنْ نحن أسقطنا خيار المستصنع سقطت الضرورة والإباحة.

٣- لأنّ الخيار وإنْ كان ثابتاً لهما قبل الإحضار، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه؛ فبقي خيار المستصنع على حاله. والله تعالى أعلم.

المسألة الثالثة: اختلاف المتعاقدين

أولاً: صورة المسألة:

إنْ اختلفا في قدر المبيع أو ثمنه بأن قال: المستصنع اتفقنا على ألف، وقال الصانع: بل ألفين، أو اختلفا في شرط الخيار، أو في قدره، أو في الأجل، أو في قدره، أو في الرهن، أو في قدره، .. ففي المسألة اختلف الفقهاء على مذهبين:

ثانياً: المذاهب الفقهية.

١- المذهب الأول:

لا يتحالفان، بل القول قول من ينفيه مع يمينه.

وإليه ذهب الحنفية[3]، والحنابلة.[4]

٢- المذهب الثاني:

أنهما يتحالفان في ذلك كله. وإليه ذهب المالكية[5]، والشافعية[6]:

ثالثاً: الأدلة:

١- استدلّ أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أ- قوله (ﷺ)-: «اليمين على المدعى عليه»[7].

وجه الدلالة: أنهما اختلفا في صفة العقد القائم

(١) العناية: ٧/ ١١٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٥/ ٤.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: ٦/ ٢٢٤، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ٣٦.

(٤) ينظر: المبدع، لابن مفلح: ٨/ ٣٩٨، والفروع، للمرداوي: ٦/ ٢٧٣.

(٥) ينظر: بداية المجتهد:٣/ ٢٠٧، ومنح الجليل شرح على مختصر خليل لمحمد عليش، (ت: ٩٢٦هـ) دار الفكر، بيروت ط١، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م:٥/ ٣٢٥.

(٦) ينظر: الأم:٧/ ٤٠، والمهذب، للشيرازي-أبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: ٤٧٦ هـ) دار الكتب العلمية، بيروت: ٢/ ٦٧.

(٧) رواه البخاري، بَاب إِذَا اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ وَنَحْوُهُ فَالْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: ٣/ ١٤٣، برقم (٢٥١٤) عن ابن عباس (رضي الله عنهما).

بينهما، ولا بينة، فتحالفا، كما لو اختلفا في الثمن[1].

ب- حديث ابن مسعود أن رسول الله (ﷺ) قال: «أيما بيّعين تبايعا، فالقول قول البائع، أو يترادان»[2].

وجه الدلالة: أن رسول الله عليه الصلاة والسلام لم يذكر ان يحلف أحدهما .

٢- استدلّ أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

أ- قوله (ﷺ)-:«الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى ا وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ»[3].

وجه الدلالة: أنّ البائع هو المدعي، والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين، أما المشتري فلا يدعي لنفسه شيئا على البائع؛ لأنّ المبيع مملوك له مسلم إليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال قيام السلعة أيضا ولكنا تركناه بالنص، وهو قوله (ﷺ): «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»[4].

ب- أنّه ينكر حق الفسخ والبينة للمشتري؛ لأنّه مدع.

الترجيح:

الذي يبدو راجحاً هو ما قال به أصحاب المذهب الأول فهو الموافق لنصّ الحديث، والله تعالى أعلم.

المسألة الرابعة: تحالف المختلفين في الصنْعَة

أولاً: مفردات البحث:

التحالف: مصدر تحالف، ومن معانيه في اللغة: طلب كل من المتداعيين يمين الآخر، وهذا المعنى هو الموافق للشرع. غاية الأمر أن التحالف يكون أمام القضاء[5].

ثانياً: صورة المسألة:

اذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن، كأن يقول البائع بعت بألفين ويقول المشتري اشتريت بألف تحالفا، واختلف الفقهاء فيمن يبدأ بالحلف.

ثالثاً: الآراء الفقهية:

١- المذهب الأول:

يبدأ بالمستصنع. وإليه ذهب الحنفية. [6]

٢- المذهب الثاني

يحلف الصانع . وإليه ذهب جمهور الفقهاء من

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني- أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم (ت: ٥٥٨هـ)،تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط١، ١٤٢١ هـ/ ٢٠٠٠م: ٥/ ٣٦٠.

(٢) الموطأ للإمام مالك- أبو عبدالله مالك بن أنس (ت: ١٥٩هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، دبي ط١ ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م، بَاب بَيْعِ الْخِيَارِ: ٤/ ٩٦٩، برقم (٢٤٧٤) عن عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ (ﷺ) مرفوعا.

(٣) سنن الدار قطني، الدارقطني- أبو الحسن علي بن عمر (ت:٣٨٥هـ)، تحقيق: السيد عبدالله بن هاشم يماني، نشر دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م، كتاب الحدود: ٤/ ١١٤، برقم (٣١٩١)، والبيهقي في الكبرى، بَابُ أَصْلِ الْقَسَامَةِ وَالْبِدَايَةِ فِيهَا مَعَ اللَّوْثِ بِأَيْمَانِ الْمُدَّعِي: ٨/ ٢١٣، برقم (١٦٤٤٥)، قال الزيلعي في نصب الراية: ٤/ ٩٦: فيه مسلم بن خالد.

(٤) مشكل الآثار، باب مشكل ما روي عن النبي(ﷺ) في البيوع: ٦/ ١٦١، برقم (٢٣٨٩).

(٥) المصباح المنير، للكفوي(٢/ ٤٣٢) مادة حلف.

(٦) ينظر: العناية، للبابرتي(٨/ ٢١٠)، والبحر الرائق، لابن نجيم(٦ / ١١٤).

المالكية والشافعية والحنابلة [1]

٣- المذهب الثالث:

ليس هناك إشكال فيمن يبدأ الحلف سواء كان الصانع أو المستصنع. وإليه ذهب بعض الشافعية[2]

رابعاً: الأدلّة:

١- استدلّ أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أ- قوله (ﷺ): «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ»[3].

وجه الدلالة: أنّ المنكر هنا هو المستصنع فوجَب أن يحلف أولا.

ب- إنّ جنبته أقوى قبل التحالف؛ لأنّ المبيع على ملكه، فكانت البداية به أولى، كما لو ادّعى رجل دارًا في يد آخر.

ج- إنّ الأيمان وضعت للنفي كالبينات للإثبات، دلّ على ذلك حديث القسامة « عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ زَعَمَ أَنَّ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ يُقَالُ لَهُ سَهْلُ بْنُ أَبِي حَثْمَةَ أَخْبَرَهُ أَنَّ نَفَرًا مِنْ قَوْمِهِ انْطَلَقُوا إِلَى خَيْبَرَ فَتَفَرَّقُوا فِيهَا وَوَجَدُوا أَحَدَهُمْ قَتِيلًا وَقَالُوا لِلَّذِي وُجِدَ فِيهِمْ قَدْ قَتَلْتُمْ صَاحِبَنَا قَالُوا مَا قَتَلْنَا وَلَا عَلِمْنَا قَاتِلًا فَانْطَلَقُوا إِلَى النَّبِيِّ (ﷺ) فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ انْطَلَقْنَا إِلَى خَيْبَرَ فَوَجَدْنَا أَحَدَنَا قَتِيلًا فَقَالَ الْكُبْرَ الْكُبْرَ فَقَالَ لَهُمْ تَأْتُونَ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ قَالُوا مَا لَنَا بَيِّنَةٌ قَالَ فَيَحْلِفُونَ قَالُوا لَا نَرْضَى بِأَيْمَانِ الْيَهُودِ فَكَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ) أَنْ يُبْطِلَ دَمَهُ فَوَدَاهُ مِائَةً مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ»[4].

٢- استدلّ أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

أ- ما روى ابن مسعود (رضي الله عنه) أن النبي (ﷺ) قال: « إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ فَالْقَوْلُ مَا قَالَ: الْبَائِعُ، وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ»[5].

وجه الدلالة: أنه بدأ بالبائع(الصانع) ثم خير المبتاع (المستصنع).

ب- أن جنبته أقوى لأنّه إذا تحالفا رجع المبيع إليه فكانت البداية به أولى.

ج- أن كلا من المتعاقدَين يذكر في يمينه إثباتا ونفيا ويبدأ بالنفي[6].

٣- استدلّ أصحاب المذهب الثالث بأنّ السلعة يعود ملكها بعد التحالف إلى الصانع، وكذا الثمن يعود ملكه إلى المشتري، فلم يكن لأحدهما على الآخر مزية، كما لو كان في يدهما دارٌ، فادّعى كل واحد منهما ملك جميعها.. فإنهما يتحالفان، ويبدأ الحاكم بيمين من شاء منهما.

(١) ينظر: حاشية الدسوقي(٣/ ١٨٨)، والمهذب، للشيرازي(٢/ ٦٥)، والانصاف، للمرداوي (٤/ ٤٤٧).

(٢) ينظر: المهذب، للشيرازي(٢/ ٦٥)،ومغني المحتاج، للشربيني(٢ / ٩٥).

(٣) سبق تخريجه، ص/ ٢٩.

(٤) صحيح البخاري، باب القسامة:٩/ ٩، برقم (٦٨٩٨) عن سَهْلُ بْنُ أَبِي حَثْمَةَ (رضي الله عنه)

(٥) مسند أحمد: ٧/ ٤٤٥، برقم (٤٤٤٤)، والحاكم في المستدرك: ٢/ ٥٢، برقم (٢٢٩٣) صححه الذهبي.

(٦) ينظر: الإنصاف، للمرداوي: ٤/ ٤٤٧.

قال الشيخ أبو حامد: وهذا القول أقيس، والأول هو ظاهر المذهب[1].

المناقشة والترجيح:

أقول: في المسألة ثلاثة مذاهب، فقول الحنفية يبدأ المشتري بالحلف، وقول الجمهور يبدأ بالصانع، وقول بعض الشافعية: ليس هناك إشكال فيمن يبدأ الحلف.

فالراجح فيما يبدو - والله أعلم - هو قول الجمهور بأنّ القول قولُ الصانع ثم يخيّر المُستصنع وهو الموافق للنصّ وحديث ابن مسعود أصح سنداً من حديث ابن عمرو (رضي الله عنهما).

المبحث الثالث
المعايير الشرعية للاستصناع

وفيه تمهيد وثلاث مسائل:

التمهيد

تعريف المعايير: جمع الْمِعْيَارُ، لغةً: الَّذِي يُقَاسُ بِهِ غَيْرُهُ [2] وَ (عَايَرَ) الْمَكَايِيلَ وَالْمَوَازِينَ (عِيَارًا) [3]

في الاصطلاح: تقدير الشيء بالوزن أو الحجم حسب معايير قياسية معروفة. [4]

أو هو: عبارة عن مقاييس، ومؤشرات، على الطريق يهتدي بها البرنامج أو المشروع أو النظام، ويسعى للوصول إليها إذا ما أراد بلوغ الجودة في أدائه. [5]

أو هو: الوصف الظاهر المنضبط المطرد للأداء الصحيح الذي توافرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه. [6]

المسألة الأولى: تطبيق معايير الجودة في أركان [7] وشروط عقد الاستصناع:

١- الصيغة

وهي الإيجاب والقبول، وهي الركن الأول المتفق عليه عند جميع الفقهاء، وهي الركن الأساسي الوحيد عند الحنفية، فالإيجاب هو أول كلام يصدر من أحد العاقدين، لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف، أما القبول فهو: ثاني الكلام يصدر من أحد العاقدين، لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد. [8]

فالإيجاب أن يقول أصنع لك أو ما يدلّ على ذلك، والقبول أنْ يقول اشتريت أو قبلت ونحوهما،

(١) ينظر: البيان، للعمراني: ٥/ ٣٦٠.
(٢) المغرب: ص/ ٣٣٤.
(٣) مختار الصحاح: ص/ ٢٢٢.
(٤) معجم لغة الفقهاء: ص/ ٤٣٩.
(٥) تقييم أداء الاستاذ الجامعي في ضوء معايير الجودة، د. نادية حسن السيد علي، جامعة عين شمس، مركز تطوير التعليم الجامعي، ٢٠٠٤م: ص/ ٣٦.
(٦) سياسة الجودة الشرعية، د. عبد العزيز بن بسطام، جامعة الامام محمد بن سعود، مجلة العلوم الشرعية، العدد/ ١٩، ١٤٣٢هـ: ص/ ٢٨٣.
(٧) الركن، لغةً: الجانب القوى من كلّ شيء. تاج العروس:٣٥/ ١٠٩، واصطلاحاً: ما لا يقوم ولا يتمّ الشيءُ إلا به وهو داخلٌ في ماهية الشيء. التعريفات: ص/ ١٢٢، والحدود الانيقة والتعريفات الدقيقة، للأنصاري- أبي يحيى، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١: ١/ ٧١.
(٨) ينظر: مجلة الاحكام العدلية: مادة/ ١٠١-١٠٢: ص/ ٢٩.

فإنْ تقدم الايجاب بلفظ الماضي، صح الاستصناع؛ لأنّ لفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما فصحّ كما لو تقدم الإيجاب، خلافا لأبي حنيفة [1] هذا اللفظ الجيد الذي يفيد معناه يحقق الرضا؛ لأنه معيار صحة التبادل التجاري وانتقال الملك، أما إذا كانت الصيغة بغير لفظ الماضي فقد يرد احتمال عدم الرضا، وعند عدم تحقق الرضا يتأثر حكم الاستصناع، قياسا على البيع، وكان للفقهاء فيه أقوال، وفي أقوالهم استجلاء المعيار الجودة التعاقدية ولذلك أثار الفقهاء المسائل الآتية:

الصيغة بلفظ الاستفهام: اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الإيجاب والقبول بصيغة الاستفهام؛ لأنه لا يعد معياراً مناسباً للجودة؛ لأنّ احتمال القبول فيه بعيد وإذا لزم العقد على هذه الصورة تحصل الخصومة.

٢- المعاطاة: [2]

المعاطاة تقتضي أن يدفع المشتري الثمن ويأخذ المبيع، وذلك غير ممكن في عقد الاستصناع، لتأخر تسليم المبيع، أما البيع المطلق فالمعاطاة ممكنه فيه لوجود الثمن والمثمن حال العقد، ولا تختلف شروط الصيغة في البيع عن الصيغة في غيره من العقود المالية.

المسألة الثانية: الجودة في المعقود عليه وما يتعلق به من شروط

المعقود عليه في عقد الاستصناع هو المصنوع، والعمل، والثمن.

وقد وقع الخلاف عند الحنفية في كون المعقود عليه العين أم العمل على قولين: القول الأول: أنّ المعقود عليه هو العين وليست الصنعة التي هي عمل الصانع. وإليه ذهب جمهور الحنفية.[3]

القول الثاني:

أنّ العمل هو المعقود عليه . وهو مذهب بعض الحنفية منهم أبي سعيد البردعي. [4]

الأدلة:

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ١٣٣.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم بيع المعاطاة على قولين: القول الأول: صحة بيع المعاطاة في كثيره وقليله، وبه قال المالكية والحنابلة، والصحيح المعتمد عند الحنفية إن حصل الرضا، بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن من غير تكلم، لزم البيع فيها بالتقابض، لأنّ الفعل يدل على الرضا عرفا، والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه، فلا يشترط القول ويكفي الفعل بالمعاطاة. ينظر: تبيين الحقائق: ٤/ ٤، ومواهب الجليل: ٤/ ٢٤١، كشاف القناع:١٩٩/ ٣.

المذهب الثاني: لا يصح بيع المعاطاة إلا في بعض السلع، كالخبز، واللحم، دون الدواب، والأراضي، وبه قال جمهور الشافعية . ينظر: المهذب، للشيرازي: ٢/ ٣، والبيان، للعمراني: ٦/ ٥.

ويلاحظ على اختلاف الفقهاء، الاتفاق على جواز التعاطي فيما قل شأنه، لقلة المخاطرة فيه وأثره على التبادل التجاري، هذا من وجه، كما أنّ سعره في متناول العامة فلا غرر في التعاطي فيه، وبذلك يتحقق معيار الجودة من احترز وحصر التعاطي بالقليل.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٥/ ٨٤، وبدائع الصنائع: ٥/ ٤، وتبيين الحقائق: ٤/ ١٢٤.

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٥/ ٨٤، وتبيين الحقائق: ٤/ ١٢٤.

استدل أصحاب القول الأول على أنّ المعقود عليه هو العين بما يأتي:

١- إنّه إذا استصنع رجل عند رجل شيئا، فجاء له بالمصنوع من شخص آخر لكن وفق ما طلب المستصنع، أو من صنعه هو قبل عقده معه، وقبِله فإنّ العقد صحيح، دلّ ذلك على أنّ العقد وارد على العين، فلو كان واردة على العمل لما صح ذلك كله، ولما قبله من غير الصانع الأول. (١)

٢- إنّ خيار الرؤية يثبت للمستصنع، وخيار الرؤية لا يكون إلا في بيع العين، فدل

ذلك على أنّ المعقود عليه هو العين وليس العمل. (٢)

٣- لأن الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه، فأما في الاستصناع المقصود هو العين والعقد يرد عليه. (٣)

٤- إنّ غرض وهدف المستصنع هو العين المصنوعة بالأوصاف التي يريدها، وحسب رغبته، فإذا أخذها كما طلب فقد حقق مراده، وأما الصانع فهو شيء ثانوي بالنسبة إليه. (٤)

ثانيا: استدل أصحاب القول الثاني على أن المعقود عليه هو العمل بما يأتي:

١- إنّ في الاستصناع شبها بالإجارة، ولذلك يبطل بموت أحد المتعاقدين، والمعقود عليه في الإجارة هو العمل، فكذلك الاستصناع.

ورُدّ هذا الاستدلال: بأنه كما في الاستصناع شبه بالإجارة، ففيه شبه بالبيع من جهة أنه يثبت فيه خيار الرؤية، ونحو ذلك، والمعقود عليه في البيع هو العين وليس العمل. (٥)

٢- لأن الاستصناع اشتغال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والأديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل.

ورُدّ هذا الاستدلال: بأنّ المعقود عليه المستصنع فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف فإن المعقود هو المستصنع فيه ألا ترى أنه لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه كان جائزا. (٦)

-3 إنّ المستصنع إنما اختار هذا الصانع من بين الصناع الجودة عمله وإتقانه، فيشترط أن يكون من عمله.

الراجح:

الذي تبين لي راجحاً هو أنّ المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العين ويكون العمل تابعا؛ فالعين هي الغرض الأساسي للمستصنع وهو المقصود الأول له، فإذا جاءته العين المصنوعة كما يريد، وحسب المواصفات المطلوبة، فقد حقق مراده بغض النظر

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٥/ ٤.
(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٥/ ٨٥.
(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٥/ ٨٥.
(٤) ينظر: تبيين الحقائق: ٤/ ١٢٤.
(٥) ينظر: فتح القدير: ٧/ ١١٥.
(٦) المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٣٩.

عن الصانع، فالحاجة لهذه العين هي الداعية لقيام العقد ذاته؛ لهذا حظي بأهمية كبيرة وجعله البعض هو المعقود عليه فقط، وما العمل إلا أداة لتحقيق العين وإحضارها.

المسألة الثالثة: اشتراط الأجل في عقد الاستصناع.

اتفق الحنفية على أنّه إذا كان عقد الاستصناع من غير تحديد لمدة معينة، فهو صحيح بلا خلاف، كما اتفقوا على أنّه إذا كان الأجل المضروب أقل من شهر – وذلك لأنّ أقلْ أجل للسلم عندهم هو الشهر – فهو عقد استصناع بلا خلاف، لأنّ ذكر الأجل هنا للاستعجال لا للاستمهال، أما إذا كان الأجل المضروب شهرة أو أكثر، ففيه الخلاف، هل يصير سلما، أم يبقى استصناعا؟ اختلف فيه الحنفية على قولين:

القول الأول:

أمر واجب خلو عقد الاستصناع من الأجل. وهو مذهب أبو حنيفة ومن وافقه من أصحابه. (١)

القول الثاني:

إنّ تحديد المدة في الاستصناع لا يفسده، ولا يجعله سلما، بل أولى من الإطلاق. وإليه ذهب أبي يوسف ومحمد . (٢)

الأدلّة: استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١– أن التأجيل يختص بالديون؛ لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة؛ إنما يكون في عقد فيه مطالبة، وليس ذلك إلا في السلم إذ لا دين في الاستصناع. (٣)

٢– إنّ الأجل في البيع من الخصائص اللازمة للسلم؛ فذكره ذكراً للسلم معنى وإن لم يذكره صريحاً كالكفالة بشرط براءة الأصل فإنها حوالة معنى، وإن لم يأت بلفظ

الحوالة، فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني. (٤)

٣– إنّ السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلا. فإذا ما ضرب في الاستصناع أجل صار بمعنى السلم ولو كانت الصيغة استصناعا. (٥)

٤– إنّ اشتراط الأجل في عقد الاستصناع، يجعله عقد لازما قبل العمل لا خيار فيه للعاقدين؛ وقد قام الاتفاق على عدم لزومه قبل البدء بالعمل؛ ولهذا فإن اشتراط الأجل يتنافى ويتعارض مع هذا الاتفاق، وينقلب سلما للاتفاق على لزومه بمجرد انعقاده. (٦)

استدلّ أصحاب القول الثاني بما يأتي:

١– إنّ اللفظ حقيقة في الاستصناع، فيحمل على حقيقته؛ فذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون إلا عقد استصناع؛ لأن اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل، أما ذكر الأجل فيقتضي أن يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه، بل يحتمل أن يكون استصناعا ويحمل على

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٤٠، وبدائع الصنائع: ٥/ ٣.

(٢) المصدران أنفسهما.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٤٠.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٢٣.

(٥) بدائع الصنائع: ٥/ ٢١٠.

(٦) ينظر: البحر الرائق: ٦/ ١٨٥.

التعجيل وبهذا الاحتمال يكون الأجل من مقتضيات الاستصناع وليس خاصا بالسلم .[1]

٢- إنّ العرف جارٍ على ضرب الأجل في الاستصناع، وإنما جاز للتعامل فالقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة من المستصنع، فلا يخرج عن كونه استصناعا، بينما القصد من السلم تأخير المطالبة، ولذلك اشترط فيه التأجيل.[2]

الراجح: بالنظر للقولين نرى أنّ ما ذهب إليه الصاحبان من جواز تحديد مدة لعقد الاستصناع هو الأولى وهو ما يبدو راجحاً لما فيه من فائدة كبيرة تعود على المستصنع وهذا يحقق الجودة في العقد، ويقطع النزاع، إذ عدم تحديد مدة يجعل الصانع يقوم بالتسويف في التسليم أكثر من مرة وهذا ضرر بالمستصنع وربما يتعدى الضرر إلى غير المستصنع ممن يستفيد من العين أو ينتظرها، والقاعدة تنص على أنّ الضرر يزال، [3] والشريعة الإسلامية تسد أبواب النزاع، ويؤكد جودة هذا الترجيح قرار مجمع الفقه الإسلامي الذي جاء فيه: أنه يشترط في عقد الاستصناع أن يحدد فيه الأجل .[4]

(١) حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٢٣.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٢/ ١٤٠.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي-أبي الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: سنة٩١١هـ) دار إحياء العلوم، بيروت، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م: ص/ ٧٦.

(٤) الاستصناع، مجلة الفقه الاسلامي، العدد/ ٢، لسنة/ ١٤١٢هـ: ص / ٢٢٣.

الخاتمة

كان موضوع بحثنا حول وجهٍ من وجوه البيع، وإن كان له متعلق بالسلَم وبالجعالة، وبالجائزة، عنوان بحثنا: « عقد الاستصناع وفق المعايير الشرعية دراسة مقارنة»، وقد تبيّن لنا ما يأتي:

١- الاستصناع عرفه الاقدمون بأنه عقدُ على مبيعٍ موصوف في الذمة اشترط فيه العمل، وعرّفه المحدَثون بأنّه عقدٌ على مبيعٍ في الذِمّة يُشْتَرط فيه العمل على وجه مخصوص.

٢- ترجّح لدينا بأن الاستصناع عقد من عقود البيع، فكونهُ عدة مردود بتعامل الناس به، وما قال به أصحاب المذهب الثالث بعدم إباحة الاستصناع أصلاً مردود بفعل النبي (ﷺ) وإجماع الناس على فعله من غير نكير.

٤- ترجّح لدينا بأنّ الخيار للمستصنع في ردّ المستصنَع؛ لأنّ الخيار وإنْ كان ثابتاً لهما قبل الإحضار، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه؛ فبقي خيار المستصنع على حاله.

٣- في حال الاختلاف في المستصنَع ترجّح لدينا أنْ يحلف المنكِر إذا لم يكن للمدّعي بيّنه؛ لموافقته الدليل.

٤- في حال تحالف المتعاقدَين ترجذح لدينا قول الجمهور بأنّ الصانع يبدأ بالحلف.

٥- في حال ادّعاء عيبٍ كان موجوداً في الصنعة قبل الاستلام ترجّح لدينا قول من أحال تعلّق المسألة بشرط البراءة، فهي محل النزاع.

وصلى الله على محمد وآل محمد

المصادر والمراجع

١- أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

٢- الأم، للشافعي-أبي عبدالله محمد بن إدريس (ت: ٢٠٤هـ/ ٨٢٠ م) نشر دار المعرفة، بيروت ط٢، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

٣- الإنصاف في مسائل الخلاف، للمرداوي - أبي الحسن علي بن سليمان (ت: ٨٨٥هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٤- بدائع الصنائع، للكاساني - أبي بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٧٨ هـ)، تحقيق: محمد ياسين درويش، نشر مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م .

٥- بداية المجتهد، لابن رشد- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م.

٦- البناية شرح الهداية، للعيني- أبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (ت: ٨٥٥هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠ هـ/ ٢٠٠٠ م.

٧- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي- أبي محمد فخر الدين عثمان بن علي (ت: ٧٦٢هـ/ ١٣٦١م)، دار المعرفة، بيروت.

٨- التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي)، سليمان بن عمر بن محمد المصري (ت:١٢٢١هـ)، المكتبة الإسلامية، أنقرة، ١٣٦٩هـ/ ١٩٥٠م.

٩- التعريفات، للجرجاني أبي الحسن على بن السَّيِّد مُحَمَّد بن على (ت: ٨١٦هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت ط١، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

١٠- تقييم أداء الاستاذ الجامعي في ضوء معايير الجودة، د. نادية حسن السيد علي، جامعة عين شمس، مركز تطوير التعليم الجامعي، ٢٠٠٤م

١١- الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (ت: ١٨٩هـ)، الشارح: محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات (ت: ١٣٠٤هـ)، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦ م.

١٢- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، للقرشي أبي محمد عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، محيي الدين الحنفي (ت: ٧٧٥هـ) مير محمد كتب خانه، كراتشي.

١٣- الجيم، للشيباني- أبي عمرو إسحاق بن مرّار الشيباني بالولاء (ت: ٢٠٦هـ) المحقق: إبراهيم الأبياري راجعه: محمد خلف أحمد، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٣٩٤ هـ/ ١٩٧٤ م.

١٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي- أحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي

(ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، بيروت.
١٥- الحاوي الكبير، للماوردي- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري (ت: ٤٥٠هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
١٦- والحدود الانيقة والتعريفات الدقيقة، للأنصاري-أبي يحيى، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١.
١٧- رد المحتار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، لابن عابدين - للسيد علاء الدين محمد بن محمد امين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي المعروف بابن عابدين الحنفي (ت:١٢٥٢هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت ط٢، ١٣٨٦ هـ/ ١٩٦٦م.
١٨- سنن الدار قطني، الدار قطني- أبو الحسن علي بن عمر (ت:٣٨٥هـ)، تحقيق: السيد عبدالله بن هاشم يماني، نشر دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م.
١٩- السنن الكبرى، للبيهقي- أبي بكر أحمد بن الحسين (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، المدينة المنورة، ط١، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.
٢٠- شرح معاني الآثار، للطحاوي -أبي جعفر أحمد بن محمد (ت: ٣٢١هـ)، تحقيق: محمد النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.
٢١- طلبة الطلبة، للنسفي- أبي حفص عمر بن محمد بن أحمد (ت: ٥٣٧ ه) دار القلم، بيروت ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م .
٢٢- عقد الاستصناع، كاسب عبد الكريم البدران، دار صالح، الدمام، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.
٢٣- عقد الاستصناع، محمد سليمان الاشقر، دار النفائس، عمان، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
٢٤- عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي، كاسب عبد الكريم بدران، دار الدعوة، الاسكندرية.
٢٥- العناية شرح الهداية، للبابرتي- محمد بن محمد محمود أحمد الرومي (ت:٧٨٦هـ)،دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
٢٦- العين، للفراهيدي- أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو(ت: ١٧٠هـ)، تحقيق د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، مكتبة الهلال، الرياض.
٢٧- الفائق في غريب الحديث والأثر، الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (ت: ٥٣٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت، ط٢.
٢٨- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لابن عليش- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت: ١٢٩٩هـ)، تحقيق: د. طارق طاطمي، دار الفكر، بيروت.
٢٩- فتح القدير، لابن الهمام- كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد (ت: ٨٦١هـ) دار إحياء العلوم، بيروت ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
٣٠- الفقه الاسلامي وأدلته، وهبه الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٣١- الكافي في فقه ابن حنبل، للمقدسي-أبي محمد

عبدالله بن محمد بن قدامة(ت سنة ٦٢٠هـ) نشر المكتب الإسلامي، بيروت.

٣٢- كشاف القناع، للبهوتي- منصور بن يونس بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

٣٣- لسان العرب، لابن منظور-أبي الفضل محمد بن مكرم المصري (ت: ٧١١هـ) دار صادر، بيروت، ط١، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م .

٣٤- المبدع شرح المقنع، للحنبلي- أبي إسحق إبراهيم بن محمد بن عبدالله (ت: ٨٨٤هـ) المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

٣٥- المبسوط، للسرخسي- أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)،، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

٣٦- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لشيخي زاده- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي (ت: ١٠٧٨هـ)، تحقيق خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

٣٧- المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده - أبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١ هـ/ ٢٠٠٠ م.

٣٨- مختار الصحاح، للرازي-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر(ت: ٦٦٠هـ) تحقيق: محمود خاطر،مكتبة ناشرون،بيروت، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

٣٩- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

٤٠- المدونة الكبرى، للأصبحي- مالك بن أنس بن مالك بن عامر (ت: ١٧٩هـ)، تحقيق زكريا عميرات، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.

٤١- المستدرك على الصحيحين، للنيسابوري-أبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم (ت:٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م.

٤٢- مصادر الحق في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق السنهوري، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٦٧م.

٤٣- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي- أبي العباس أحمد بن محمّد بن علي المقري (ت ٧٧٠ هـ) دار الفكر، بيروت، ط١، ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م.

٤٤- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعه جي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس، الظهران، ط١، ١٤٠٤ه/ ١٩٨٤م.

٤٥- المغرب في ترتيب المعرب، للمطرزي- أبي الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي(ت:٦١٠هـ)، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار،مكتبة أسامة بن زيد، حلب، ط١، ١٣٩٩هـ/ ١٩٨٠م.

٤٦- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لابن قدامة- أبي محمد عبدالله بن محمد المقدسي (ت: ٦٢٠هـ) دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

٤٧- المهذب، للشيرازي-أبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: ٤٧٦ هـ) دار الكتب العلمية، بيروت.

٤٨- الموطأ للامام مالك- أبو عبدالله مالك بن أنس (ت: ١٥٩هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، دبي ط١ ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م.

٤٩- مواهب الجليل، للرعيني- أبي عبدالله محمد بن محمد الحطاب (ت: ٩٥٤هـ) دار الفكر، بيروت ط٢، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.

٥٠- النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الجزري، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت: ٦٠٦هـ) تحقيق: طاهر أحمد الزاوى، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.

٥١- نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني- أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)،حققه وصنع فهارسه: أ. د عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، المدينة المنورة، ط١، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.

الرسائل والاطاريح والمجلات والمواقع:

١- الاستثمار الاسلامي وطرق تمويله، حسين حامد حسان، بحث منشور على موقع مجمع فقهاء الشريعة بامريكا.

٢- الاستصناع، مجلة الفقه الاسلامي، العدد/ ٢، لسنة/ ١٤١٢هـ.

٣- سياسة الجودة الشرعية، د. عبد العزيز بن بسطام، جامعة الامام محمد بن سعود، مجلة العلوم الشرعية، العدد/ ١٩، ١٤٣٢هـ.

٤- عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، أحمد بلخير، كلية الشريعة/ الجزائر، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.