عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي

د. عمر الجيلاني الأمين حماد *

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسولنا الكريم وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد : فإن الصناعة إذا استغلت في الخير حرفة فاضلة ، لأنها تخرج للناس ما ينتفعون به في كل مجال من مجالات الحياة .

وكفاها مدحاً أن الله تعالى أثنى على نفسه بها ، فقال- بعد أن ذكر خلق الجبال " صنع الله الذي أتقن كل شيء " [1] وأمر بها نبيه نوحاً عليه السلام فقال " واصنع الفلك بأعيننا ووحينا " [2] وأخبرا أن نوحاً فعل الصناعة التي أمر بها فقال " ويصنع الفلك وكلما مر عليه ملأ من قومه سخروا من " [3] وحمد نفسه على أن علم بعض رسله بعض الصنائع النافعة ، فقال في حق داود عليه السلام " وعلمناه صنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسكم فهل أنتم شاكرون " [4] وفي حق سليمان " يعملون له ما يشاء من محاريب وتماثيل وجفان كالجواب وقدور راسيات اعملوا آل داود شكراً وقليل من عبادي الشكور " [5] وقد كتبت في هذا الموضوع " عقد الاستصناع " لإحيائه إذ إنه غير معروف للكثيرين ، ولأهميته ، ولما يترتب عليه من مصالح كبيرة في تنشيط التجارة والصناعة والزراعة ، وقد قسمت بحثي هذا على ثلاثة فصول ، وخاتمة شملت أهم النتائج .

---

*) أستاذ مساعد- كلية التربية سيئون – جامعة حضرموت

الفصل الأول : مفهوم الاستصناع وتكييفه شرعاً

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول : تعريف الاستصناع

المطلب الأول : تعريف الاستصناع لغةً :

الاستصناع طلب الصنعة ، وقد جاء في لسان العرب : " أن الاستصناع من صنع يصنع صنعاً .... يقال اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً يصنع له خاتماً ... وأمر أن يصنع له كما تقول اكتتب أي أمر أن يكتب له ، والطاء بدل من تاء الافتعال لأجل الصاد ، وأستصنع الشيء دعا إلى صنعه ... والصناعة حرفة الصانع وعمله الصنعة ، والصناعة ما تستصنع من أمر رجل ، ورجل صنع اليدين ... أي صانع حاذق[6] ، وقد ورد لفظ صنع ومشتقاته في القرآن الكريم عشرين مرة للدلالة على معانٍ مختلفة ، منها المادية والمعنوية : " كصناعة السفن والآلات ، وصناعة الذنوب ، وصناعة السحر[7] .

المطلب الثاني : التعريف الاصطلاحي لعقد الاستصناع :

الاستصناع هو عقد مع صانع علي عمل شئ معيّن في الذمة : أي العقد علي شراء ما سيصنعه الصانع ، وتكون العين والعمل من الصانع ، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً .

الاستصناع في اصطلاح الفقهاء : أن يطلب انسان من أخر شيئاً لم يصنع بعد ، ليصنع له طبق مواصفات محددة ، بمواد من عند الصانع مقابل عوض محدد ، ويقبل الصانع ذلك .

الاستصناع بيع موصوف بالذمة : وهو طلب العمل في شئ خاص علي وجه مخصوص[*] .

شرح التعريف : إذن الاستصناع أن يطلب المحتاج للصنعة من الصانع أن يصنع له شئ بمادة خام من عند الصانع ، كأن يطلب من الخياط أن يصنع له ثوباً والقماش من الصانع ، أو يطلب من مقاول البناء أن يبني له بيتاً بمواصفات محددة ، والمواد علي حساب المقاول ، سواء طلب بناءه جزئياً ، كما لو طلب انجاز بناء الهيكل فقط (العظم) أو مع التشطيبات كلها علي أن يدفع الثمن عند التعاقد أو بعد التسليم ، أو عند أجل معين .

التعريف المختار : عقد الاستصناع : (عقدٌ يشتري به شئ مما يصنع صنعاً ، يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً ، بمواد منه ، بأوصاف معينة ، وبثمن محدد ، يدفع عند التعاقد ، أو بعد التسليم ، أو عند أجل معين) .

وعليه أبين بعض الصور التي لم تدخل في الاستصناع عند الفقهاء أجماعاً :-

- الصانع قد يصنع الأشياء لحساب نفسه ثم يعرض ما صنعه منها للبيع ، لا يعد ذلك استصناعاً

- وقد يتعاقد الصانع مع المشتري بطريق السلم ، بأن يبيعه شيئاً موصوفاً في الذمة دون أن يشترط كونه من صنعته ، ويضرب للتسليم أجلاً ، ويقبض الثمن مقدماً لا يعد ذلك استصناعاً .
- وقد يأتيه المحتاج للصنعة بالمواد الخام ، ويطلب أن يصنعها له شيئاً محدداً ، كأن يحضر له قماش ويطلب عمله ثوباً مقابل أجر معلوم ، فذلك إجارة لا استصناعاً .
- لا يجب في عقد الاستصناع تعجيل الثمن ، كما لا يدخل فيه أيضاً صناعة الأشياء التي لم يجري فيها التعامل ، كما ينبغي أن يكون الشيء المصنوع مما يصنع صنعاً ، بالتالي لا تدخل الأشياء الموزونة والمزروعة والعددية والمتقاربة .

المبحث الثاني : مدى مشروعية عقد الاستصناع :

اختلف الفقهاء حول جواز الاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً بذاته ، فذهب الجمهور منهم إلى عدم جوازه كعقد مستقل ، وذهب الحنفية ـ عدا زفر منهم ـ إلى جواز الاستصناع كعقدٍ مستقل بذاته وفيما يلي تفصيل رأي الفريقين ووجه ما استدل به كل فريق منهم .

المطلب الأول : مذهب الجمهور : ذهب الجمهور من الفقهاء إلى عدم جواز عقد الاستصناع كعقد مستقل بذاته، لأنه بمقتضى القياس ألا يجوز الاستصناع ، لأنه بيع لمعدوم ، وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ولما رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر " [9] ووجه الاستدلال بهذا الحديث : أن بيع المعدوم يدخل تحت بيع الغرر المنهي عنه ، والشيء المصنوع يكون معدوماً حال التعاقد فيدخل تحت الغرر المنهي عنه .

وبالتالي يصح الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة ، على أساس عقد السلم أي تحت عقد السلم وعرف الناس ويشترط فيه ما يشترط في السلم .

المطلب الثاني : مذهب الحنفية : ذهب فقهاء الحنفية ـ عدا زفر منهم ـ إلى أن الاستصناع جائز شرعاً باعتباره عقداً مستقلاً بذاته ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : أدلتهم من السنة : من الأحاديث التي استدلوا بها ما أخرجه البخاري في صحيحه عن عبدالله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم " اصطنع خاتماً من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه ، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب فرقى المنبر فحمد الله واثنا عليه فقال . إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه فنبذه فنبذ الناس " [10] وبما أخرجه البخاري في صحيحه عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه قال " بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى امرأة أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهن " [11] .

ثانياً : الإجماع : ويقصد به الإجماع العملي أو الفعلي من الفقهاء على التعامل بالاستصناع من غير نكير من أحد منهم ، قال الزيلعي : " وصح الاستصناع في نحو خف ، وطست للإجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم

إلى يومنا هذا ،وهو من أقوى الحجج ، وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً ومنبراً . وقال محمد ، الاستصناع جائز بإجماع المسلمين " [12] .

ثالثاً : الاستحسان : وقد استدل به الجمهور من الحنفية ، على جواز الاستصناع ، فقالوا : يجوز الاستصناع استحساناً لأن القياس عدم جوازه لأنه بيع المعدوم ، وهذا ما صرح به فقهاؤهم ، حيث جاء في تبيين الحقائق " والاستصناع جائز استحساناً والقياس أن لا يجوز لأنه بيع المعدوم وهو منهي عنه ، ولكن ترك العمل به بما ذكرنا ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ، والاحتجام بأجرة وطلبه شربة ماء من السقيا بفلس كل ذلك جائز للتعامل ، وإن كان القياس يأباه للجهالة[13].

الترجيح : إن الأوضاع المتعارف عليها في الاستصناع لا تصلح مع جعله سلماً ، كما ذهب إليه غير الحنفية ، لأن المعتاد للناس عدم الالتزام بتعجيل الثمن ، ولأنهم في الغالب يطلبون كون الصنعة من عمل الصانع نفسه ، وذلك يفسد به السلم ، فلو شرط في السلم أن تكون المواد المشتراه من إنتاج الزارع نفسه أو عمل الصانع نفسه أو عمل صانع معين ، فسد السلم ، ولأن في الاستصناع خيار الرؤية على القاعدة العامة في بيع الغائب ، كما بينه أئمة الحنفية بخلاف السلم فليس فيه خيار الرؤية ، وعليه فإن الباحث يرى أن الاستصناع جائز شرعاً عقداً مستقلاً بذاته لما في ذلك من التيسير على الناس في معاملاتهم ورفع الحرج والضيق عنهم ، ولما فيه من جلب المصالح للمسلمين ودرء المفاسد عنهم ، وتلك من أهم القواعد في الشريعة الإسلامية ومن أهم مقاصد الشرع في بناء الكثير من الأحكام .

المبحث الثالث : التكييف الشرعي لعقد الاستصناع عند الحنفية :

اختلف الفقهاء من الحنفية حول تكييف عقد الاستصناع هل هو عقد أم وعد ؟ وهل هو بيع أم إجارة ، وهل المعقود عليه في هذا العقد هو العمل أم العين ؟ .

ولذلك فقد خصصت هذا المبحث للإجابة على تلك التساؤلات ، بالإضافة إلى توضيح الفرق بين الاستصناع وعقد السلم ، وذلك كما يلي :

المطلب الأول : الاستصناع بين البيع والوعد بالبيع :

اختلف فقهاء الحنفية حول كون الاستصناع عقداً من عقود البيع ، أو مواعدة بالبيع ، فذهب الجمهور منهم إلى أن الاستصناع عقد بيع وليس مواعدة بالبيع إلا أنه يختلف عن البيع المطلق في إثبات خيار الرؤية في العقد ، واشتراط العمل على الصانع ، وعدم وجوب تعجيل الثمن ، [14] وذهب بعضهم ، إلى أن الاستصناع وعد بالبيع وليس عقداً ، لكنه عند الفراغ من العمل ينعقد بيعاً بالتعاطي ، [15] وقد استدل كل فريق منهم بما يؤيد ما ذهب إليه ، وفيما يلي دليل كل فريق منهم ووجه ما ذهب إليه .

أولاً : الجمهور ، ووجه ما استدلوا به :

1 / إن الاستصناع لا يجوز إلا فيما فيه تعامل بين الناس فقط ، ولا يجوز فيما لا تعامل فيه بين الناس في حين أن الوعد يكون فيما أحله الله ، سواء جرى فيه التعامل بين الناس أو لم يجر .

2 / إن الاستصناع قد أُجرى فيه القياس ، وثبت بالاستحسان ، وهو من الأدلة المختلف فيها وذلك بخلاف الوعد ، فقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع فمن وعد أحد فإنه يجب عليه الوفاء بذلك الوعد إن لم يكن معصية .

3 / اتفاق الفقهاء الأحناف على إطلاق كلمة شراء على الشيء المستصنع ، وذلك عند كلامهم عن إثبات خيار الرؤية في المستصنع بقولهم فإذا راه فله الخيار لأنه اشترى شيئاً لم يره ، فقولهم عليه اشترى دليل على أنه عقد فالشراء لا يكون بالوعد .

4 / إن الصانع يملك الدراهم بقبضها ، وهذا دليل على كونه عقد ، لأن الملك لا يحصل بالمواعدة

5 / إن الصانع في الاستصناع يجبر على عمله بخلاف المواعد فلا يجبر على ما وعد به إلا من باب الوفاء بالوعد إن استطاع ذلك .

6 / إن الاستصناع يجري فيه التقاضي ، والتقاضي إنما يثبت في الواجب بالعقود لا بالموعد ، فإذا وعد شخص آخر فأخلف، فإن ذلك لا يؤدي إلى الذهاب للقضاء وإقامة الدعوى وإن كان يأثم بعدم الوفاء بما وعد به " [16] .

ثانياً : أدلة القائلين بان الاستصناع وعد :

1 / إن المستصنع له الحق في عدم تقبل المصنوع الذي يأتي له من الصانع ، وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته ، وهذا علامة أنه وعد لا عقد ، لهذا قال بعض الفقهاء من أصحاب هذا الرأي : إن الخيار ثابت لكل من الصانع والمستصنع .

2/ إن الصانع يحق له أن لا يعمل ، ولذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لا عقد لأن كل ما لا يلزم الإنسان مع الالتزام به يكون وعداً لا عقداً بخلاف السلم فإنه مجبر بما التزم به.[17]

الترجيح : بعد هذا البيان لأدلة الفريقين ، فإن الباحث يرى بأن الرأي الراجح ما ذهب إليه جمهور الحنفية من أن الاستصناع عقد من عقود البيع مستقل بذاته وليس وعداً بالبيع ، وذلك لقوة أدلتهم ، وضعف أدلة المخالفين ولأن الاستصناع لو كان وعداً لما وقع الخلاف حول مشروعيته بين فقهاء المذاهب الإسلامية ، وذلك لأن الوعد مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

المطلب الثاني : المعقود عليه في الاستصناع بين العمل والعين :

اختلف الفقهاء حول المعقود عليه في عقد الاستصناع هل هو العمل أم العين ، فذهب الجمهور من فقهاء الحنفية : إلى أن المعقود عليه هو العين دون العمل واستدلوا على ذلك بان الصانع لو صنع تلك العين المتعاقد

على صناعتها قبل العقد ، وجاء بها بعده ، فأخذها المستصنع ، فإن ذلك جائز سواء كانت تلك العين من صناعته أو من صناعة غيره ، وكذلك إذا صنعه الصانع بعد العقد ثم باعه من غير المستصنع قبل أن يراه ، فإن ذلك جائز ، ولو كان المعقود عليه هو العمل لما جاز ، كما أن الشارع قد أثبت خيار الرؤية ، وهذا الخيار لا يثبت إلا في العين فكان دليلاً على أن المعقود عليه هو المستصنع وليس العمل . (18)

وخالف في ذلك فقهاء الحنفية ، فذهبوا إلى أن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العمل ، واستدلوا على ذلك بأن الاستصناع استفعال من الصنع ، فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه . (19)

والذي يراه الباحث راجحاً ، هو أن المعقود عليه في عقد الاستصناع كلاً من العين والعمل ، وذلك لكي يتميز عن غيره من العقود كالبيع المطلق الذي يكون المعقود عليه فيه هو العين ، والإجارة التي يكون المعقود عليه فيها هو العمل ، ولا يعني ذلك أن يكون ذلك العمل من عمل الصانع نفسه ، بل يجوز أن يكون من عمل غيره ما دام ذلك المصنوع مطابقاً المواصفات المشروطة التي اتفق عليها المتعاقدان عند ابرام العقد .

المطلب الثالث : الاستصناع بين البيع والإجارة :

اختلف الفقهاء حول تكييف عقد الاستصناع ، هل هو بيع محض أو إجارة محضة ، فذهبت طائفة منهم إلى أن الاستصناع بيع وليس إجارة ، إلا أنه يفارق البيع في بعض الوجوه كاشتراط العمل والصنع وهو ما لا يشترط في البيع المطلق ، وثبوت خيار الرؤية بدون شرط ، بينما لا يثبت هذا الخيار في البيع المطلق إلا إذا اشترط حال العقد ، وعدم وجوب تعجيل الثمن ، بينما يجب ذلك في البيع إذا كانت السلعة غير موجودة حال العقد وإلا كان من باب بيع الدين بالدين ، وهو يشبه الإجارة من جهة أن في الاستصناع طلب الصنع وهو العمل فأشبه الإجارة ، ولذلك فهو يبطل بموت أحد المتعاقدين (20) وذهب البعض منهم إلى أن الاستصناع إجارة محضة ، لأن العمل المطلوب يكون من الصانع ، ولأن العقد يبطل بموت أحد المتعاقدين أو كلاهما ، وقياساً على عمل الصباغ الذي هو الصبغ في العين يصبغها وذلك إجارة محضة ومثله الاستصناع .

وذهب بعضهم إلى أن الاستصناع إجارة ابتداءً وبيع انتهاء أولا يصير بيعاً إلا قبل التسليم بوقت يسير، بدليل أنه إذا مات الصانع بطل العقد ولا يستوفي المصنوع من تركته (21) .

والذي يتبين للباحث هو رجحان الرأي القائل بأن الاستصناع بيع لا إجارة ، لأن حقيقته بيع المصنوع المطلوب قبل صنعه ، فهو نوع من البيوع مطلوب فيه العمل من البائع ، فلا يمكن أن يكون إجارة وإن كان فيه شبه بها من جهة كون الصنعة التي هي العمل المطلوب من الصانع ، فلو كان الاستصناع إجارة ، لكانت المادة الخام من المستصنع سواء سلمها هو للصانع أو اشتراها منه ، أو وكله بشرائها ، ولضمن المستصنع أجرة الصانع في حالة

بطلان العقد بهلاك المصنوع قبل تسليمه بدون إرادة الصانع أو جنايته ولكن الذين رأو أن إجارة لا يقولون بضمان المستصنع للمصنوع إذا ما هلك في يد الصانع ، بدون تقصير منه و لا تعدٍ فالاتفاق قائم على أن المصنوع من ضمان الصانع حتى يسلمه للمستصنع .

المطلب الرابع : الفرق بين الاستصناع والسلم :

من خلال النظر في عقدي السلم والاستصناع نجد أموراً يتفق فيها الاستصناع مع السلم ، كما أن هناك أموراً يختلف فيها الاستصناع مع السلم وذلك كما يلي :

1 / العلم بقدر المعقود عليه ، ونوعه ، وجنسه ، وصفته في كلا العقدين .

2 / المبيع في كلا العقدين معدوماً حساً ، موجوداً حكماً .

3 / لا يجوز اشتمال كلا العقدين على علة الربا كإسلام البر في البر ، أو استصناع أشكال مصنوعة من الذهب برأسمال أو ثمن من الذهب ، إلا أن يكون يداً بيد سواء بسواء .

4 / كلاهما من عقود البيع في الفقه الإسلامي [22] .

ثانياً : أوجه الاختلاف بين الاستصناع والسلم : [23]

1 / يجب تعجيل كل الثمن في عقد السلم ، بينما لا يلزم تعجيل الثمن في عقد الاستصناع ، فيجوز أن يكون عاجلاً، ويجوز أن يكون آجلاً أو مقسطاً .

2 / الاستصناع محصور في مجال الإنتاج الصناعي ، وفيما اعتاد الناس على استصناعه ، بينما السلم يشمل مختلف القطاعات الاقتصادية ويتعداها إلى المنافع والخدمات .

3 / عقد السلم لازم منذ انعقاده ، وحتى انتهائه ، بينما عقد الاستصناع غير لازم ولذلك يثبت فيه خيار الرؤية للمستصنع ، منذ ابتدائه وحتى انتهائه ، عند جمهور الفقهاء من الحنفية سواء أكان المصنوع مطابقاً للمواصفات المتفق عليها أم لم يكن كذلك .

4 / يجوز السلم في كل ما يمكن وصفه وضبطه سواء أجرى به التعامل أم لم يجر فيه التعامل ، أما الاستصناع فضابطه أنه لا يصح إلا في ما يجري فيه التعامل .

5 / السلم عند جمهور الفقهاء يشترط فيه الأجل ـ بينما الاستصناع عند الحنفية لا يشترط فيه الأجل .

المبحث الرابع : الحكمة من مشروعية الاستصناع وأهميته ومدى الحاجة إليه :

إن الحكمة من مشروعية عقد الاستصناع هي مدى الحاجة الماسة إليه ، لأن الإنسان لا بد أن يحتاج في حياته إلى سلعة مصنوعة بأوصاف خاصة ، ومن النادر أن يجدها في الأسواق ، وذلك كالاحتياج إلى الخف أو

الحذاء الذي يوافق قدمه ، أو الخاتم الذي يوافق أصبعه ، وكالاحتياج لسيارة أو الأثاث بمواصفات خاصة ، فالناس في حاجة ماسة للحصول على المنتجات الصناعية باختلاف أنواعها ، كما أن الناس يختلفون فيما يحتاجون إليه ، فالرجل العادي يحتاج إلى بناء منزله ، وصاحب المصنع يحتاج إلى الآلات والمعدات اللازمة لمصنعه ، وشركات الطيران قد تحتاج إلى استبدال طائراتها القديمة بطائرات جديدة ، ومعظم تلك السلع لا تتوفر في الأسواق ، وذلك بسبب خصوصية مواصفاتها واختلاف الناس في أذواقهم وحاجاتهم ، وقد يكون السبب في عدم وجودها جاهزة في الأسواق هو ارتفاع ثمنها ، فإذا ما تأخر شراؤها فإن البائع سيتأثر من جراء ذلك وقد تلحقه الخسارة ، ويتعطل عن العمل بسبب انتظاره نفادها فإذا وجد مشتر لها قبل صنعها فإن الأمر يختلف ، ولذلك فقد شرع الاستصناع لدفع الحاجة ورفع الحرج . (24)

أما أهمية عقد الاستصناع ومدى الحاجة إليه فتبرز في أن هذا العقد يتمتع بالعديد من المزايا التي لا توجد في غيره من عقود البيع ، وهي :

1 / إن في التعامل بعقد الاستصناع رفقاً بكل من الصانع والمستصنع ، فالرفق بالصانع يتمثل في كون ما يصنعه جرى بيعه مسبقاً ، وتحقق أنه ربح فيه ، وعرف مقدار ربحه ، فهو يعمل على هدى وبصيرة ، وأما من جهة المستصنع ، فإنه يستطيع أن يضع الشروط ويحدد المواصفات التي يرغب فيها ، وتلائم حاجته وذوقه فبالاستصناع يحصل على ما يريده بالضبط .

2 / إن التعامل به فيه الكثير من التيسير على المسلمين ، وذلك لأنه لا يشترط فيه تسليم الثمن ولا المثمن ، فهو تكملة لجانبين مهمين هما عقد السلم الذي لا يشترط فيه وجود المسلم فيه ، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس ، وعقد البيع الآجل الذي لا يشترط فيه تسليم الثمن ولكن لا بد فيه من وجود المبيع وتسليمه إلى المشتري ، وهذا قد لا يسد كل الحاجات التي تتغير وتتطور من زمن لآخر ، كما أن الإجارة على العمل لا تسد الحاجات ، لذلك أباح الإسلام عقد الاستصناع لتكتمل به الجوانب الثلاثة .

3 / إن التعامل بعقد الاستصناع وتفعيله يساهم بشكل مباشر في تحقيق الاكتفاء الذاتي والأمن الاقتصادي ، وخاصة مع إتباع الأساليب الإنتاجية الحديثة في مجال الصناعة والتي من شأنها أن تؤدي إلى زيادة الإنتاج الصناعي من حيث كميته وكيفيته وتنوعه . (25)

وبهذا يتبين لنا مدى أهمية عقد الاستصناع ، وماله من آثار إيجابية في الحياة الاقتصادية العامة عقداً تمويلياً استثمارياً يعتمد عليه في تمويل المشروعات الصناعية الكبرى ، دون اللجوء إلى الاقتراض الربوي ، وبالتالي تحقيق الأرباح المجزية دون الوقوع في أي شكل من أشكال المحظورات الشرعية .

الفصل الثاني : أركان عقد الاستصناع وشروطه

لما كان الاستصناع عقداً من عقود البيع ـ فإن أركانه هي نفس الأركان العامة للبيع ، وإن كانت هناك بعض الاستثناءات سنذكرها في موضعها من خلال الحديث عن تلك الأركان في المباحث الآتية :

- الفرع الأول : تعريف الصيغة في اللغة : (صاغ) الشيء من باب قال) (فهو صائغ) و (وصواغ) و (صياغ) أيضاً في لغة أهل العرب . (26)

والصيغة في الاصطلاح الفقهي يقصد بها ، ما يصدر عن العاقدين دالاً على إنشاء العقد من قول ، أو فعل ، أو إشارة ، أو كتابة فهي مجموع الإيجاب والقبول الدالين على الرضا. (27)

وهكذا فإن الإيجاب والقبول هما العنصران اللذان تتكون منهما صيغة العقد ، فهما الدليل والعلامة على الأمر الباطني وهو الرضاء والمعبران عنه .

والإيجاب في اللغة هو : " الإيقاع يقال " وجب البيع يجب جبه ، وأوجبته أوقعته ، والقبول مصدر قبل قبولاً . "(28)

والإيجاب اصطلاحاً هو أول كلام يصدر من أحد العاقدين ، لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف ، أما القبول فهو في الاصطلاح : ثاني الكلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد . (29)

- الفرع الثاني : شروط الصيغة : اشترط الفقهاء لصيغة العقد شروط وهي كالآتي :

1 / اتصال الإيجاب بالقبول : ويقصد بهذا الشرط صدور القبول بعد الإيجاب في مجلس العقد دون أن يفصل بينهما فاصل ، واختلف الفقهاء في هذا الفاصل : فذهب الجمهور إلى جواز تراخي القبول عن الإيجاب وتأخره عنه فليس بالضرورة أن يصدر القبول فوراً ما دام في المجلس (30) وذهبت الشافعية إلى ضرورة صدور القبول عقب الإيجاب مباشرة ، فإذا وجد الفاصل لا ينعقد العقد ، لأن ذلك يعد مانعاً من تلاقي القبول مع الإيجاب (31)

2 / موافقة القبول للإيجاب : وذلك بأن يكون كلاً من الإيجاب والقبول متوافقين ، فإن كان القبول مخالفاً للإيجاب، كأن يقول : بعتك بعشرة ، فيقول الآخر : قبلت بخمسة فإن العقد لا ينعقد (32) ، فإن قال : بعتك بعشرة ، وقال الآخر : قبلت بخمسة عشر فإن العقد يقع صحيحاً لوجود الموافقة الضمنية ، ولا تلزم الخمسة الزائدة إلا بقبولها من البائع في مجلس العقد (33) .

3 / أن لا يرجع الموجب قبل قبول الآخر ، وذلك لأن العقد غير ملزم بصدور الإيجاب وحده ، فبرجوع الموجب يكون الموجب قد سحب إيجابه ،فإذا ورد القبول بعد ذلك كان وارداً على غير إيجاب فلم يتحقق اتفاق الإرادتين . (34)

4 / أن يكون كلاً من الإيجاب والقبول بصيغة الماضي : اتفق الفقهاء على أن يكون كلاً من الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، وعلى عدم انعقاده بصيغة الاستفهام [35] واختلفوا حول انعقاده بصيغة المضارع أو الأمر ، فذهب الجمهور إلى انعقاده بصيغة المضارع أو الأمر [36] وخالف في ذلك الأحناف والحنابلة ، حيث ذهب الأحناف إلى عدم انعقاده بصيغة الأمر وإلى صحة انعقاده بصيغة المضارع والماضي [37] بينما ذهب الحنابلة إلى عدم انعقاده بصيغة المضارع وإلى صحة انعقاده بصيغة الماضي والأمر ، [38]

المطلب الثاني : الوسائل المعبرة عن الصيغة :

الفرع الأول ، انعقاد صيغة الاستصناع بوسيلة النطق والكتابة :

أولاً : انعقاد صيغة الاستصناع بوسيلة اللفظ :

ينعقد الاستصناع بالألفاظ المعبرة عن إرادة المتعاقدين ، فاللفظ من أكثر الوسائل المعبرة عن الإرادة الصريحة للمتعاقدين ، ومن أكثر الوسائل استخداماً ، ويصح بأي لغة أو لهجة يفهمها المتعاقدين ، سواء كان باللغة العربية ، أو غيرها من اللغات التي يفهمها المتعاقدين . [39]

ثانياً : انعقاد صيغة الاستصناع بواسطة الكتابة :

يجوز أن ينعقد الاستصناع بواسطة الكتابة ، سواء كان العاقدان قادرين على النطق أم لا ، لأنها من جملة الوسائل المعبرة عن الرضا وتوافق العاقدين ويثبت للمكتوب إليه خيار المجلس ما دام في مجلس القبول ، ويمتد خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه . [40]

الفرع الثاني : انعقاد الاستصناع بواسطة الإشارة أو المعاطاة :

أولاً : انعقاده بواسطة الإشارة : ينعقد الاستصناع بواسطة الإشارة من الحركات كهز الرأس ، أو الإيماء بالشفتين أو الحاجبين ، أو العينين أو اليدين ، ويشترط في الإشارة أن تكون مفهومة للطرف الآخر ، وقد فسر الإمام القرطبي قوله تعالى (قال رب اجعل لي آية قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً) [41] (بأن الرمز هو الإشارة فالرمز في اللغة : الإيماء بالشفتين وقد يستعمل في الإيماء بالحاجبين والعينين واليدين ، وأصله الحركة وهذه الآية دليل على أن الإشارة تنزل منزلة الكلام ... وهو قول عامة الفقهاء . [42]

ثانياً : انعقاده بواسطة المعاطاة : المعاطاة تقتضي أن يدفع المشتري الثمن ويأخذ المبيع ، وذلك غير ممكن في عقد الاستصناع لتأخر تسليم المبيع فيه ، أما البيع المطلق فالمعاطاة ممكنة فيه لوجود الثمن والمثمن حال العقد ، لهذا ذهب الجمهور من فقهاء المالكية والحنفية والحنابلة والزيدية إلى صحة البيع بالمعاطاة . [43] وذهب الشافعية إلى أن البيع بالمعاطاة لا ينعقد ، وفي رواية أخرى أنه ينعقد في المحقرات فقط كرطل خبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطاة. [44]

الفرع الثالث : انعقاد صيغة الاستصناع بوسائل الاتصال الحديثة :

سبق الكلام عن صحة انعقاد الاستصناع بوسيلة المراسلة أو الكتابة ، وذلك لتحقق التوافق بين إرادة المتعاقدين الغائبين بأبدانهما عن مجلس العقد الحاضرين بعبارتيهما ، وذلك بالربط بينهما بالاتصال الحكمي في مجلس العقد الذي هو عبارة عن الزمان والمكان ، اللذين يتم فيهما الإيجاب والقبول ، وإذا نظرنا إلى التعاقد بالهاتف أو الفاكس ، أو الانترنت فسنجد أن المتعاقدين غائبان بأبدانهما عن المجلس ، ولكنهما حاضران بعبارتيهما - فيصح تعاقدهما بتلك الوسائل قياساً على صحة انعقاده بوسيلة الكتابة والمراسلة ، والتعاقد بين غائبين يجوز في عقد السلم والذي يجب فيه تعجيل ثمن المسلم فيه . [45] فمن باب أولى أن يصح ذلك في عقد الاستصناع وذلك لعدم وجوب تعجيل دفع رأس المال فيه .

المبحث الثاني : العاقدان وما يتعلق بهما من شروط :

ويقصد بالعاقدين البائع والمشتري وفي عقد الاستصناع ، الصانع الذي يقوم بالعمل والمستصنع الذي يطلب العمل بصفة معينة ، فالعاقدان هما الأساس في تكوين العقد ونشأته وعلى عبارتيهما تترتب آثار العقد وأحكامه ، وقد اتفق الفقهاء على صحة البيع من كل عاقل بالغ مطلق التصرف ، وعلى عدم صحة بيع المجنون والصبي وغير المميز . [46] واختلفوا في بعض الفروع الداخلة تحت مطلق الأهلية والولاية كبيع المكره ، والصبي المميز ، وبيع الفضولي والمحجور عليه ، وسنتكلم بإيجاز عن الخلاف حول تلك الأمور الفرعية فيما يلي :

أولاً : الصبي المميز والسفيه والمعتوه : اختلف الفقهاء حول انعقاد بيع كل من الصبي المميز والسفيه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء ، فذهب المالكية والحنفية إلى صحة البيع من الصبي المميز والمحجور عليه كالسفيه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء إلا أن بيعهم لا يلزم إلا إذا أجازه الولي [47] . وذهب الحنابلة إلى صحة البيع من الصبي المميز والسفيه والمعتوه ، الذي يعقل التصرفات ، ولكنهم اشترطوا الإذن السابق للعقد من قبل الولي وما لم يحصل ذلك الإذن فإن العقد يقع باطلاً . [48]

وخالف في ذلك الشافعية ، فذهبوا إلى عدم جواز بيع الصبي المميز أو السفيه والمعتوه ، سواء أذن لهم الولي بإنشاء العقد أم لم يأذن . [49]

ثانياً : بيع المكره : سبق الحديث أن البيع هو الرضا ، وأن المعبر عنه هو الإيجاب والقبول والإكراه عكس الرضا ، ولذلك فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز بيع المكره ، لعدم وجود الرضا القائم عليه العقد ، وأنه يقع فاسداً، لا يحصل به الملك سواء اتصل به القبض أم لم يتصل [50] وخالف في ذلك الحنفية فذهبوا إلى نفوذ بيع المكره ، مع اعترافهم بفساده ، وثبوت الملك به إذا اتصل به القبض وإلا فلا ، وأثبتوا للمكره حق الرجوع في ذلك البيع. [51]

ثالثاً : بيع الفضولي : الفضولي هو الذي يتصرف تصرفاً لا شأن له به ، وليست له ولاية إصداره كمن يبيع ملك غيره ، أو يرهنه أو يؤجره بدون إذن منه أو ولاية عليه [52] وقد اختلف الفقهاء حول صحة العقد من الفضولي ، فذهب الجمهور منهم إلى انعقاد ما يجريه الفضولي من بيع ، ولكنه يتوقف على المالك أو صاحب الشأن في ذلك التصرف ، فإن أجازه انعقد ذلك البيع ، وإن لم يجزه المالك أو صاحب الشأن ، فإنه لا ينعقد [53] واستدلوا على مذهبهم هذا بحديث عروة البارقي " أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له شاة فاشترى له شاتين فباع احداهما بدينار فأتي النبي صلى الله عليه وسلم بدينار وشاة ، فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبركة ، قال : فكان لو اشترى التراب لربح فيه " [54]

وذهب الشافعية إلى عدم جواز تصرف الفضولي بالبيع والشراء ، وأنه باطل سواء أجازه المالك أم لا ، وإذا أراد صاحب الشأن إنفاذه فعليه تجديد العقد . [55] أما الحنابلة فقد ذهبوا في الرواية الأولى عنهم ، إلى عدم صحة تصرف الفضولي لغيره ببيع أو شراء ، واستثنوا من ذلك إذا ما اشترى الفضولي لشخص لم يسمه ـ فإنه يصح سواء نقد الثمن من مال الغير أم لا ، لأن ذمته قابلة للتصرف ويتوقف ذلك على إجازة المشتري ، فإن أجازه المشتري له ، وإلا لزم الفضولي وتحمل مسؤولية تصرفه ، وروى عن أحمد صحة تصرف الفضولي بكل حال مع توقف ذلك على إجازة المالك وصاحب الشأن والرواية الأولى أصح . [56] .

والذي يراه الباحث هو صحة بيع الفضولي ، إذا أجازه صاحب الشأن أو المالك وكان في ذلك العقد مصلحة للطرفين ، لأنه صلى الله عليه وسلم قد أجاز هذا العقد في حديث عروة البارقي ، ولأن عقد الفضولي كالعقد المقترن بخيار الشرط ، لا يلزم ولا تترتب عليه آثاره إلا بعد موافقة صاحب الشأن .

المبحث الثالث : المعقود عليه في عقد الاستصناع وما يتعلق به من شروط :

المعقود عليه في عقد الاستصناع هو المصنوع ، والعمل ، والثمن ، وقد اشترط الفقهاء للمعقود عليه في هذا العقد عدد من الشروط بعضها يدخل تحت الشروط العامة للبيع وبعض منها يختص بها عقد الاستصناع دون غيره من عقود البيع ، وسنذكرها فيما يلي :

1 / بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفاته : جاء في بدائع الضائع ما نصه : (وأما شرائط جوازه فمنها : بيان جنس المصنوع ، ونوعه ، وقدره ، وصفته لأنه مبيع فلا بد أن يكون معلوماً ....) [57] بيان جنس المصنوع يكون ببيان المطلوب صنعه ، وذكر اسمه كلباس أو إناء ، أو سيارة ، أو غير ذلك من الأجناس التي يجوز استصناعها ، أما بيان نوع المصنوع فيكون بذكر الصنف والمادة التي يصنع منها ، كسيارة من الحديد المقاوم للصدأ ، صالحة للمناطق الحارة ، مخصصة للشحن أو للركاب ، ونحو ذلك من الصفات ، وأما بيان الصفة

والقدر ، فيكون بذكر الأوصاف التي تميزه عن غيره ، وتخرجه عن الجهالة ، كسيارة موديل كذا ، بثمن مقدر بالعملة التي يتفق عليها العاقدان ، وغير ذلك من الصفات التي يجب ذكرها وتحديدها في الشيء المطلوب صنعه مما يحول دون التنازع عند تسليم المصنوع.[58] .

2 / أن يكون المراد صنعه مما يجري فيه التعامل والمقصود بهذا الشرط هو أن الاستصناع لا يكون إلا في سلع اعتاد الناس على استصناعها ، ولا يجوز الاستصناع عند فقهاء الحنفية ، فيما لا يدخل تحت مجال التعامل بين الناس ، وقد ذكر فقهاء الحنفية أمثلة لبعض ما اعتاد الناس استصناعه في عصرهم قال الكاساني " ..... وأن يكون مما فيه للناس تعامل كالقلنسوة والخف والآنية ، ونحوها ، فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه ، كما إذا أمر حائكاً يحوك له ثوباً بغزل نفسه ، ونحو ذلك مما لا تعامل فيه ، لأن جوازه ثبت على خلاف القياس ، وذلك بتعامل الناس ، فيختص بما لهم فيه تعامل ، ويبقى الأمر فيما وراء ذلك موكولاً للقياس "[59] .

3 / اشتراط عدم ذكر الأجل في عقد الاستصناع : فإن حدد فيه أجل لتسليم المصنوع ، انقلب العقد سلماً عند أبي حنيفة ، حتى تشترط فيه شروط السلم ، مثل قبض البدل في المجلس ، وأنه لا خيار لأحد العاقدين إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي اشترط عليه في العقد ، ودليله : أن العاقد إذا حدد أجلاً فقد أتي بمعنى السلم، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ . ولهذا إذا حدد أجل فيما لا يجوز الاستصناع فيه كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قميصاً بغزل نفسه ينقلب العقد سلماً ، كما 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.[60]

وقال الصاحبان : ليس هذا بشرط ، والعقد استصناع على كل حال حدد فيه أجل أو لم يحدد[61]

واستدلوا على رأيهم هذا بما يلي :

1 / إن العرف والعادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع ، وإنما جاز للتعامل فالقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة من المستصنع، فلا يخرج به هذا عن كونه استصناعاً، بينما القصد من السلم تأخير المطالبة ، ولذلك شرط فيه التأجيل .

2 / إن اللفظ حقيقة في الاستصناع ، فيحمل على حقيقته ، فذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون إلا عقد استصناع ، لأن اللفظ حقيقة وهو ممكن العمل . أما ذكر الأجل فيقتضي أن يكون سلماً لكنه ليس بمحكم فيه ، بل يحتمل أن يكون استصناعاً ويحمل على التعجيل وبهذا الاحتمال يكون الأجل من مقتضيات الاستصناع وليس خاصاً بالسلم[62] .

الترجيح : الذي يراه الباحث راجحاً هو ما ذهب إليه الصاحبان ومن وافقهما ، وذلك لأن كثير من الصناعات في عصرنا الحاضر تحتاج إلى الأجل ، حتى يستكمل صنعها ، بل إن الأجل قد يكون ضرورياً لمنع الجهالة المفضية إلى المنازعة فقد يتقاعس الصانع ، أو يتكاسل عن صناعة السلعة المطلوبة منه ، والمستصنع يطالبه بسرعة تجهيزها وإكمال ذلك المصنوع المتعاقد عليه وليس هناك ما يرجعان إليه في تحديد المدة التي قد تستغرقها صناعة تلك السلعة ، ولذلك فإن تحديد الأجل هنا ضروري للالتزام به والاحتكام إليه ، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي [63] لقربه من المقاصد العامة للشريعة الإسلامية .

3 / الشرط الثالث من شروط المعقود عليه في عقد الاستصناع : أن تكون المواد المستخدمة في السلعة المصنوعة من الصانع ، فإذا كانت تلك المواد من المستصنع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً . [64]

4 / أن يكون المعقود عليه موجوداً يستطاع تسليمه وإذا نظرنا إلى عقد الاستصناع وجدنا أن السلعة المتعاقد على استصناعها معدومة حساً ، لكنها موجودة حكماً ، فقد جاء في البدائع ما نصه (... ولأن المعقود عليه وهو المستصنع ، وإن كان معدوماً حقيقة لكنه ، جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً) [65]

وجاء في البحر الرائق (وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيه المعدوم موجوداً وهو كثير في الشرع : كطهارة صاحب العذر ، وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود ، وقراءة المأموم) [66]

5 / أن يكون المعقود عليه مملوكاً : وذلك بان يكون البيع مملوكاً لمن يقع عليه العقد له فإن باشر العقد بنفسه فليكن له ، وإن باشره لغيره فليكن بولاية أو وكالة ، ويصح بيع ما لم ير المتعاقدان ، كما في عقد الاستصناع - إن ذكر جنسه ووصفه ، لأن العبرة في ذلك هي القدرة على التسليم وهي موجودة في الاستصناع كما ذكرنا [67]

6 / أن يكون البدلان مالاً مقوماً : وبما أن الاستصناع من عقود البيع ، فلا بد أن يكون فيه كل من الثمن والمصنوع من الأموال المتقومة ، والمال المتقوم يستعمل في معنيين الأول منهما " بمعنى ما يباح الانتفاع به ، فلا يجوز بيع الخمر أو استصناعه " والثاني " بمعنى المال المحرز ، فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز " [68] .

الفصل الثالث : الآثار المترتبة على عقد الاستصناع

وفيه ثلاثة : مباحث

المبحث الأول : مدى لزوم عقد الاستصناع :

هو عقد غير لازم قبل الصنع ، وبعد الفراغ من الصنع ، ولكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه و العدول قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع ، فلو باع الصانع المصنوع قبل أن يراه المستصنع جاز لأن

العقد غير لازم ، والمعقود عليه ليس هو عين المصنوع ، وإنما مثله في الذمة .

فإذا جاء الصانع بالشيء المصنوع إلى المستصنع فقد سقط خياره ، لأنه رضي بكونه للمستصنع ، حيث جاء به إليه ، وحينئذ إذا رآه المستصنع فله الخيار : إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه ، ويفسخ العقد عند أبي حنيفة ، ومحمد لأنه اشترى شيئاً لم يره فكان له خيار الرؤية ، بخلاف الصانع فهو بائع ما لم يره فلا خيار له .

وقال أبو يوسف : العقد لازم إذا رأى المستصنع المصنوع ، ولا خيار له ، إذا جاء موافقاً للطلب والشرط ، لأنه مبيع بمنزلة المسلم فيه فليس له خيار الرؤية ، لدفع الضرر عن الصانع في فساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقاً لطلب المستصنع ، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة ، ورد عليه بأن ضرر المستصنع بإبطال الخيار له أكثر من ضرر الصانع إذ لا يتعذر عليه بيع المصنوع على أية حال . (69)

وفي تقديرنا أن رأى أبو يوسف هذا هو الرأي السديد منعاً لوقوع المنازعات بين المتعاقدين ، ودفعاً للضرر عن الصانع ، إذ أن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً ونوعاً وكيفية ، ولأن هذا الرأي يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة ويتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن جداً كالسفن والطائرات وخطوط السكك الحديدية والجسور والمباني الضخمة ، فلا يعقل أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم ، وأيضاً بالإضافة إلى الضرر الذي يصيب الصانع إذا عدل المستصنع عن قبول المصنوع له ، وربما يتقاعس القادرون على الصناعة في هذه المجالات عن تلبية حاجات الناس خوف هذه الأضرار ، وهذا أيضاً ينعكس على النشاط الصناعي فيصيبه بالشلل ، ولكن من ناحية أخرى نرى أنه لا بد من قصر هذا الحكم على الحالات التي يحصل بها للصانع ضرر جسيم ، أما في الأحوال المعتادة والمصنوعات اليسيرة كالحذاء والثوب ونحو ذلك ، فينبغي أن يبقى خيار الرؤية حقاً للمستصنع على القاعدة العامة في البيوع وخاصة حيث يتمكن الصانع من بيع المصنوع بيسر وسهولة .

المبحث الثاني : الخيار في عقد الاستصناع

الخيار هو طلب خير الأمرين ، إما إمضاء عقد الاستصناع أو فسخه وسوف أتكلم عن ذلك في المطلبين التاليين كما يلي :

المطلب الأول : ثبوت خيار الرؤية في عقد الاستصناع :

خيار الرؤية هو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد ، من فسخ العقد أو إمضاءه وثبوت هذا الخيار لسبب عدم رؤية المحل عند إنشاء العقد أو قبله ، ويثبت هذا الخيار في عقد الاستصناع للمستصنع مطلقاً ، وذلك بعد رؤيته للسلعة المصنوعة ، سواء أكانت تلك السلعة مطابقة للمواصفات والشروط المتفق عليها ، أم لم

تكن مطابقة ، وهذا هو الصحيح عند الجمهور من فقهاء الحنفية [70] ويرى أبو يوسف في الرواية الأخرى عنه أن للمستصنع الخيار إذا رأى المصنوع وكان مخالفاً للمواصفات المتفق عليها ، وليس له حق الخيار إذا رأى المصنوع وكان مطابقاً للمواصفات المتفق عليها ، لأن في إثبات الخيار في هذه الحالة إضراراً بالصانع . [71] أما ما يتعلق بإثبات الخيار للصانع ، فإن فقهاء الحنفية قد اتفقوا على أنه لا خيار للصانع بعد إحضار المصنوع إلى المستصنع ورؤيته له ، ولذلك فإنه لا يحق له بيعه من غير المستصنع بعد إحضاره ، لأنه قد أسقط خياره بإحضاره للمصنوع. [72]

المطلب الثاني : ثبوت خيار العيب في عقد الاستصناع :

الفرع الأول : تعريفه وحكمه : ويقصد بهذا الخيار ، ما يثبت للعاقدين من حق فسخ العقد ، بسبب ما وجدا من عيب في محل العقد تنقص به قيمته المالية في عرف التجار ، كمن اشترى أو استصنع ثوباً أبيض ، فوجد أن لون الخيوط التي طرز بها ذلك الثوب سوداء ، أو أن الثوب لا يستر الجسم ، فله الحق في فسخ العقد ورد ذلك الثوب إلا إذا رضي به بما فيه من عيب وذلك لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد . [73]

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت خيار العيب ، لمن وجد عيباً في المبيع ، وأن له الحق في فسخ العقد ، وأخذ رأس ماله . [74]

وبما أن الاستصناع عقد من عقود البيع المستقلة بذاتها عند الحنفية الذين يتفقون مع عامة الفقهاء في المذاهب الإسلامية ، على ثبوت خيار العيب في البيع ، فإن هذا الخيار يثبت في عقد الاستصناع ، كما يثبت في غيره من عقود البيع .

الفرع الثاني : وقت ثبوت خيار العيب :

أما وقت ثبوت هذا الخيار ، فإنه يثبت متى علم المشتري بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به عند العقد ، ويثبت له هذا الخيار ، وإن لم يشترط سلامته من ذلك العيب ، فهذا الخيار يثبت بالشرط دلالة ، لأن السلامة من العيوب شرط ضمني في العقد ، ولذا صار0 كالمشروط نصاً . [75] إلا أن الفقهاء اختلفوا في الرد بالعيب بعد العلم به هل يثبت على الفور بمجرد العلم به ، أم أنه لا يثبت إلا على التراخي ؟ فذهب فقهاء الحنفية إلى أن خيار الرد بالعيب يكون على التراخي ، فإن علم بالعيب وأخر الرد ، فإن حقه في الخيار لا يبطل حتى يوجد منه ما يدل على الرضاء[76].

وذهب المالكية والشافعية إلى أن الرد بالعيب يثبت على الفور ، فلا يجوز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام ، وإلا سقط حق الرد [77] .

والرأي الراجح في نظر الباحث ما ذهب إليه الأحناف من أن الرد بالعيب يثبت على التراخي، فهو المناسب لعقد الاستصناع ، لأن بعض الآلات والمعدات التي يجري استصناعها لا تكتشف عيوبها إلا بعد فترة من تشغيلها واستعمالها ، وقد يتطلب ذلك أكثر من ثلاثة أيام حتى يتم شحنها وإعادتها إلى صانعها ، بل أن المباني والمنازل التي تبنى عن طريق عقد الاستصناع لا تكتشف العيوب فيها إلا بعد فترة تتراوح ما بين خمس سنوات إلى عشر ، ولذا كان رأي الحنفية هو الأنسب لعقد الاستصناع لما فيه من التخفيف على الناس ورفع الحرج عنهم .

الفرع الثالث : شروط ثبوت خيار العيب :

ويشترط لثبوت خيار العيب ما يلي :

1 / أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع ، بنقص ثمنه في عرف التجار نقصاً يفوت به غرض صحيح .

2 / أن يكون البيع تحت ضمان البائع ، وقت حدوث العيب ، وذلك بأن يكون العيب قديماً في السلعة المباعة ، قبل انتقالها إلى ملك المشتري ، ودخولها تحت ضمانه فإذا انتقلت السلعة إلى ملك المشتري وحدث العيب فيها بعد ذلك فلا يثبت له خيار العيب ، لأنها قد دخلت تحت ضمانه .

3 / أن يكون المشتري غير عالماً بالعيب حال العقد ، وأن لا يرضى به حين القبض ، فإذا كان عالماً به حين العقد أو قبل القبض فلا خيار له ، وذلك لتمام الرضا بالعين المبيعة التي لم يشرع الخيار إلا لفقدان الرضا بها .

4/ أن يبقى العيب إلى أن يتم الفسخ بسببه ، فإن زال العيب قبل الفسخ فلا خيار فإن عاد العيب بذلك السبب نفسه ثبت الخيار [78]

الفرع الرابع : مسقطات الرد بالعيب :

ويسقط خيار الرد بالعيب ، إذا وجد سبب من الأسباب الآتية :

1 / الرضا بالعيب بعد العلم به ، وذلك لأن الرضا يعد دليلاً على أن السلامة للمحل من ذلك العيب غير مطلوبة، ويمكن التعبير عن هذا الرضا صراحة كقوله أنا راضٍ بهذا المبيع على ما فيه من عيوب ،أو دلالة كالتصرف فيه باستهلاكه أو بيعه أو غير ذلك من التصرفات المشروعة.

2 / هلاك المعقود عليه قبل القبض في يد البائع ، وذلك لفوات المحل .

3 / أن يطرأ على محل العقد عيب ، وهو في يد المشتري ، كان يكون المبيع معيباً ، ثم يحدث له عيباً آخر ، وهو تحت ضمان المشتري وفي ملكه ، إذ ليس من المقبول أن يخرج المبيع من ملك البائع بعيب واحد ، ثم يرجع إليه بعيبين، ولذلك كان على المشتري أخذ الأرش عن العيب الأول ، وليس له حق الرد لتعذره مع حدوث العيب الثاني .

4 / زيادة المحل في يد المشتري زيادة متصلة غير متولدة منه كإجراء المستصنع بعض التحسينات على السيارة أو الآلة المستصنعة ، أما الزيادة المنفصلة غير المتولدة كاستثمار تلك السلعة المصنوعة ، فإنها لا تمنع الرد ، قياساً على كسب العبد المعيب ، فهي للمشتري في مقابلة ضمانه ، لأنه لو هلك ذلك المبيع في يد المشتري ـ لكان ضامناً لها سواء هلكت بفعله أم بفعل غيره .

5 / تصرف المشتري في المبيع تصرفاً يخرجه عن ملكه وهو غير عالم بعيبه وذلك ببيعه أو هبته ، أو وقفه ، فإن عاد إليه فأراد رده بالعيب الأول فليس له رده (79) .

وفي هذا الشرط نظر لتنافيه مع الحكمة التي شرع من أجلها خيار العيب ، وهي رفع الضرر لعدم الرضا بذلك المبيع، فالمشتري هنا لم يعلم بذلك العيب إلا بعد أن باع تلك السلعة ، التي أرجعت إليه بسبب ذلك . ولذلك فإن الباحث يرى في هذه المسألة أن الخيار لا يسقط ، ما دام قد رجع ذلك المبيع أو المصنوع المعيب إلى ملكه، وهو قادر على رده ، وأن بيعه له مع عدم علمه بعيبه لا يعد دليلاً على الرضا بذلك العيب .

المبحث الثالث : انتهاء عقد الاستصناع :

إذا انعقد الاستصناع مستوفياً لشروطه وأركانه ، وقام كل من المتعاقدين بالوفاء بما التزم به كانت نهايته إيجابية ، وقد تكون نهايته سلبية نتيجة لظروف طارئة قد تكون خارجة عن إرادة المتعاقدين ، وقد تكون من صنع أحدهما ، وسوف أتناول في هذا المبحث النهائة الإيجابية والسلبية لهذا العقد . وذلك في مطلبين .

المطلب الأول : النهاية الإيجابية لعقد الاستصناع :

وسوف أتكلم في هذا المبحث في ثلاثة فروع : يخصص الأول منها لذكر الأمور التي ترجع إلى الصانع ، والثاني منها إلى ذكر الأمور التي ترجع إلى المستصنع ، أما الثالث فسيكون لبيان وجهة نظر الحنفية في موت أحد المتعاقدين وأثر ذلك في عقد الاستصناع ، وبيان الرأي الراجح في ذلك :

الفرع الأول : الأمور التي ترجع إلى الصانع وهي :

1 / إتمام المادة الخام ـ التي تكون من عند الصانع ـ وتشكيلها طبقاً للمواصفات المتفق عليها بينه وبين المستصنع .

2 / تسليم المطلوب صنعه إلى المستصنع .

3 / استلام الثمن المتفق عليه بينهما .

الفرع الثاني : الأمور التي ترجع إلى المستصنع :

ذكر الفقهاء الأمور التي يجب أن يقوم بها المستصنع كي ينتهي عقد الاستصناع نهاية إيجابية وهي :

1 / إعطاء الصانع مواصفات السلعة المطلوب صنعها عند التعاقد .

2 / استلام المطلوب صنعه .

3 / دفع الثمن المحدد للصانع في الموعد الذي اتفقا عليه ، سواء أكان قبل الصنع ، أو بعده ، أو كان على التقسيط .

الفرع الثالث : موت أحد المتعاقدين وأثره على عقد الاستصناع :

يرى فقهاء الحنفية أن موت أحد المتعاقدين يعد منهياً لعقد الاستصناع ، وسندهم في ذلك القياس ، قياس الاستصناع على الإجارة ، بجامع الشبه بينهما ، حيث أن الاستصناع يبدأ وكأنه إجارة ، لأن الصانع عندما يحول المادة المطلوب صنعها يكون عمله هذا من قبيل المنفعة التي يقدمها للمستصنع ، فهو عامل من هذه الجهة قبل التسليم ، فإذا ما تم صنع تلك المادة فإنه يسلمها للمستصنع ويأخذ الثمن المتفق عليه الذي هو عبارة عن قيمة المادة الخام وأجرة الصنع ، وبهذا ينتهي بالبيع ، ولكن إذا مات الصانع فكأنه لا زال في مرحلة الإجارة والإجارة عند الحنفية تبطل بموت العامل [80] .

ولكن الباحث هنا لا يسلم ببطلان الاستصناع بموت أحد المتعاقدين وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : إن الاستصناع ليس كالإجارة من كل وجه ، ولذلك فإن قياسه عليها لا يصح لأن ذلك قياسٌ مع الفارق ، فالمعقود عليه في الإجارة هو العمل فقط ، بينما المعقود عليه في الاستصناع هو العين والعمل معاً ، وحتى الحنفية أنفسهم قد أثبتوا للاستصناع أحكاماً تختلف عن أحكام الإجارة ، كخيار الرؤية وعدم اللزوم .

ثانياً : لو افترضنا صحة قياس الاستصناع على الإجارة ، فإن الإجارة لا تبطل بموت أحد العاقدين ، عند كل من المالكية والشافعية والحنابلة ، وذلك لأن الميت قد أوجب بذلك حقاً لم يكن له فسخه في حياته إلا بإيفاء حقه ، فينتقل هذا الحق إلى الورثة مثله مثل الرهن ، فإذا مات الراهن وهو عند المرتهن ، فإنه ينتقل إلى وارثه ، ولا يملك ذلك الوارث فسخه إلا بإيفاء الغريم حقه ، فكل من الرهن والإجارة قد أوجب الميت فيهما حقاً لا يمكن فسخه بغير عذر إلا باستيفاء ذلك الحق . [81]

المطلب الثاني : النهاية السلبية لعقد الاستصناع :

قد تستجد بعض الأمور أو الظروف بعد إنشاء العقد ، وقد تحول دون تحقيق ما اتفق عليه العاقدان في هذا العقد ، وعدم استفادتهما الفائدة المرجوة منه ، وذلك كفسخ العقد قبل إتمامه وإكماله ، وقد أطلق الباحث على ذلك اسم النهاية السلبية ، وهذه المستجدات قد تكون نتيجة لظروف قاهرة خارجة عن إرادة المتعاقدين ، وقد تكون أموراً مصطنعة بفعل أحد المتعاقدين ، وتفصيل ذلك فيما يلي :

الفرع الأول : الظروف القاهرة وأثرها على عقد الاستصناع :

والظروف القاهرة مثل نشوب حريق بالمصنع يأتي على كل ما فيه ، أو اندلاع حرب تمنع الصانع من

استيراد المواد الخام ، أو غرق السفينة التي تقوم بنقل المواد الخام ، أو حدوث زلزال ، وغير ذلك من الطوارئ سواء كانت مكتسبة من غير العاقدين أم سماوية .

فإذا ما طرأت تلك الظروف القاهرة بعد انعقاد الاستصناع ، وحالت دون إتمام ما تم التعاقد عليه ، فإن المستصنع بالخيار بين الانتظار أو فسخ العقد [82] ويمكن للمستصنع أن يتحمل ما يستطيعه من الخسارة ، التي أصابت الصانع ، وذلك من باب التعاون والمواساة وفعل الخير ، وانطلاقاً من استحباب وضع الجوائح ، وعدم اقتصار ذلك الاستحباب على البائع الصانع ، بل أن ذلك يتعداه إلى المشتري المستصنع ، لما فيه من تفريج لكرب ذلك الصانع الذي أصابه الضرر بتلك الجائحة ، وجبر مصابه ، والوقوف معه في محنته ، وهذا ما أمر به الإسلام ودعا إليه ، فالمسلم لأخيه المسلم كالبنيان مؤازرة ومساندة [83] .

الفرع الثاني : الظروف المصطنعة :

المراد بالظروف المصطنعة ، ما كان من صنع المتعاقدين كمماطلة الصانع في صنع السلعة المطلوبة منه ، مما يؤدي إلى تفويت مصلحة المستصنع وإلحاق الضرر به ، وقد تكون المماطلة من المستصنع إذا ما تأخر عن دفع أقساط الثمن المتفق عليها في وقتها المحدد ، فما الحكم الشرعي في تلك الظروف ، وما الإجراءات التي يمكن اتخاذها ضد الممتنع المماطل في هذا العقد ؟ .

لقد وضعت الشريعة الإسلامية العديد من الإجراءات الكفيلة بمنع مثل هذه التصرفات فشرعت التعزير بمختلف أنواعه ، كالحبس والتعويض بفرض الغرامة على ما فات من المنافع ، كما شرعت الحجر على أموال المماطل وممتلكاته وبيعها لصالح غريمه المتضرر ، وغير ذلك من الإجراءات الكفيلة بدفع الضرر عن العاقدين ، والمحافظة على حقوق العاقدين [84] .

الخاتمة والنتائج

بعد أن تم البحث عن هذا الموضوع بحمد الله ، فقد توصل الباحث إلى النتائج الآتية :

1 / الاستصناع من عقود البيع المشروعة ، وهو شراء ما سيصنع قبل صنعه ، ويجوز فيه تقديم الثمن ، أو تأخيره ، أو تقسيطه .

2 / الاستصناع عند الجمهور من الفقهاء ، هو الاستصناع عند الحنفية إلا أنهم جعلوه نوعاً من السلم وأوجبوا فيه دفع ثمن السلعة المستصنعة في مجلس العقد .

3 / المبيع في كل من الاستصناع والسلم ثابت في الذمة ، إلا أن الثمن في عقد السلم يجب دفعه كاملاً في مجلس العقد ، بينما لا يشترط تعجيل الثمن في عقد الاستصناع ، إذ يجوز تقديمه أو تأخيره أو تقسيطه ، وبهذا يتميز

عقد الاستصناع عن عقد السلم .

4 / يحتل عقد الاستصناع أهمية كبيرة في عصرنا الحاضر فبه تنشط التجارة والصناعة .

5 / المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العين والعمل ، بناء على ما ترجح للباحث من أقوال الفقهاء ، وذلك لكي يتميز هذا العقد عن غيره من العقود .

6 / يصح التعاقد في الاستصناع بواسطة الوسائل الحديثة كالهاتف والفاكس ، والانترنت ونحو ذلك من الوسائل التي يمكن بواسطتها التعبير عن إرادة المتعاقدين في الإيجاب والقبول.

7 / لا يشترط في عقد الاستصناع أن يكون العمل من عمل الصانع نفسه ، بل يجوز أن يكون من عمل غيره ، ما دام ذلك المصنوع مطابقاً للمواصفات المشروطة في العقد .

8 / يجب أن تكون المادة الخام الداخلة في صناعة المصنوع من عند الصانع ، ويفسد عقد الاستصناع إذا قام المستصنع بتوفير المادة الخام .

9 / يرجح للباحث القول بلزوم عقد الاستصناع منذ إنشائه وانعقاده حتى يتم تسليم المصنوع للمستصنع مطابقاً للمواصفات والشروط التي نص عليها العقد ، وعدم جواز فسخه إلا بموافقة الطرفين ، لما في ذلك من الحفاظ على مصالح المتعاقدين في هذا العقد .

10 / إذا جاء الصانع بالمستصنع مخالفاً للشروط كان للمستصنع الخيار في قبول المصنوع ، أو إرجاعه وأخذ رأس ماله .

المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم :

1. سورة النحل الآية 88
2. سورة هود الآية 37
3. سورة هود الآية 38
4. سورة الأنبياء الآية 80
5. سورة سبأ الآية 13
6. لسان العرب لأبن منظور ، مادة صنع ، ج 8 ص 209 ، دار الفكر بيروت .
7. أنظر المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبدالباقي، المتوفي سنة 1968م، باب الصاد،ص320 وما بعدها، مؤسسة جمال للنشر بيروت
8. بدائع الصنائع ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، ج 5 ص 2 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، فتح القدير الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ج 5 ص 354 ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، الفتاوي الهندية ، للعلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ج 4 ص 504 ، الطبعة الثانية سنه 1310هـ ، الفواكه الدواني ، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي ، ج 22 ص 702 ، المتوفى سنه 1225هـ ، دار الفكر بيروت ، الأم للشافعي (محمد بن إدريس الشافعي) ج 3 ص 123 – 126 ، دار المعرفة بيروت لبنان ، الروض المربع ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، ج 2 ص 133 ، المتوفى سنه 1051هـ ، دار الفكر بيروت .

9. صحيح مسلم ، الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، ج 3 حديث رقم 3276 ص 1153 ، دار الفكر بيروت
10. صحيح البخاري ، للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، حديث رقم 5536 ص 2205 ، تحقيق محمد علي قطب ، المطبعة العصرية ، بيروت لبنان ، 1991م .
11. المرجع السابق ، ج 1 ، ص115
12. تبيين الحقائق ، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، ج 4 ص 123 ، دار الكتب الإسلامي القاهرة .
13. المرجع السابق نفسه .
14. أنظر المبسوط ، مرجع سابق ج 11 ص 139 ، وكذلك تبيين الحقائق ، مرجع سابق .ج 4 ص 124 ، وأنظر الدر المختار مرجع سابق ج 4 ص 225.
15. أنظر المصدر نفسه .
16. أنظر تبيين الحقائق ، مرجع سابق ، ج 4 ص123 .
17. أنظر المصدر السابق نفسه .
18. أنظر المبسوط ، مرجع سابق ج 11 ص139 ، وكذلك تبيين الحقائق ، مرجع سابق ، ج4 ص124 وأنظر الدر المختار مرجع سابق ، ج4 ص225 .
19. أنظر المراجع السابقة والصفحة .
20. انظر فتح القدير ، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي السكندري المعروف بإبن الهمام الحنفي ، ج 4 ص 124، مصطفى الحلبي ، القاهرة ، وكذلك المبسوط ، مرجع سابق ، ج11 ص 140 ، وانظر تبيين الحقائق مرجع سابق ج 4 ص 124 ، وكذلك البحر الرائق ، مرجع سابق ، ج 4 ص 124 ، وكذلك البحر الرائق مرجع سابق ، ج 6 ص 185 .
21. أنظر المصادر السابقة نفسها .
22. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، ج 2 ص 163 – 165 ، المتوفى سنه 595 هـ ، طبعة جديد منقحة ومصححة ، بإشراف مكتب البحوث والدراسات ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
23. أنظر المصدر السابق .
24. أنظر بدائع الصنائع ، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، المتوفي سنة 587 هـ ، ج 5 ص 109 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الثانية 1986 م ، وكذلك تبيين الحقائق ، مرجع سابق ج 4 ص 123 .
25. انظر عقد الاستصناع ، أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، كاسب عبد الكريم ، ص 104 رسالة ماجستير ، المعهد العالي للصناعة – السعودية 1979م .
26. مختار الصحاح ، للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، ص 156 باب الصاد ، طبعة مدققة 1992م طبع في لبنان .
27. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، علي متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النوي ، ج 2 ص 4 ، 5 ، إشراف صدقي محمد جميل العطار ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
28. المطلع على أبواب المقنع ، أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي المتوفي سنة 570، ص227 تحقيق محمد بشير الأدبي، المكتب الإسلامي 1981م .
29. أنظر مجلة الأحكام العدلية ، وضعها لجنة من علماء الدولة العثمانية برئاسة أحمد جودة باشا ، مادة : (101 ـ 102) ص 29 مصطفى البابي الحلبي .
30. أنظر السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، محمد بن علي الشوكاني ، تحقيق ابراهيم زايد ، ج 3 ص 11 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، وكذلك أنظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، ج 2ص 128، دار المعرفة ، بيروت الثامنة 1986م .
31. أنظر روضة الطالبين ، وعمدة المفتين ،لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، ج 3 ص 340 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان 1985 م .
32. مطالب أولى النهى، مصطفى السيوطي المتوفي سنة 243 هـ ، ج 3 ص 4 المكتب الإسلامي دمشق 1961 م
33. أنظر حاشية ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين المتوفى سنة 1252هـ ج4ص11، 402 مصطفى البابي الحلبي مصر.
34. انظر مواهب الجليل ، لشرح مختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ، ج 4 ص 240 ، مكتبة النجاح طرابلس–ليبيا .

35. أنظر بداية المجتهد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 128 .

36. أنظر المصدر السابق نفسه .

37. أنظر تحفة الفقهاء ، علاء الدين السمرقندي ، ج 2 ص 29 ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .

38. أنظر كشاف القناع : منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، ج 3 ص 148 ، مطبعة الحكومة السعودية ، مكة المكرمة 1394 هـ .

39. أنظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مرجع سابق ج 5 ص 2279 ، وكذلك حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، (أبو السعود الدسوقي) ج 3 ص 7 دار الفكر بيروت ، لبنان.

40. أنظر المراجع السابقة نفسها .

41. سورة آل عمران الآية 41 .

42. الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبدالله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ، المتوفي سنة 671 هـ ج 4 ص 61 ، تحقيق محمد ابراهيم الحفناوي ، دار الحديث القاهرة الثانية سنة 1996 م .

43. أنظر جواهر العقود ، للسيوطي ، وكذلك السيل الجرار ، مرجع سابق ج 3 ص11، وأنظر الفواكه الدواني ، مرجع سابق ج 2 ص 109 ، وكذلك حاشية بن عابدين ، مرجع سابق ج 4 ص 527 .

44. روضة الطالبين ، مرجع سابق ج 3 ص 337 .

45. أنظر بدائع الصنائع ، مرجع سابق ج 5 ص 1138 ، وكذلك المغنى ، لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن احمد بن قدامة ، ج 4 ص 7 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، وأنظر عقد السلم وعقد الاستصناع ، مطهر سيف احمد رسالة ماجستير ، جامعة أم القرى 1993 م.

46. أنظر كفاية الأخيار ، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي ، ص 232 ، تحقيق : علي عبدالحميد بلطجي ، دار الخير ، دمشق الأولى 1994 م ، وكذلك جواهر العقود ، مرجع سابق ، ج 1 ص 49

47. أنظر بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 149 ، وكذلك الفواكه الدواني ، مرجع سابق ، ج 2 ص 73 .

48. أنظر كشاف القناع ، مرجع سابق ج3 ص 152 .

49. أنظر كفاية الأخيار ، مرجع سابق ، ص 232 .

50. أنظر جواهر العقود ، مرجع سابق ج 1 ص 49 ، وكذلك القوانين الفقهية ، لمحمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي ، المتوفي سنة 741 هـ ص 163 ، الدار العربية للكتاب ، تونس ، 1982 م ، وأنظر الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ، عبدالله بن قدامة المقدسي ج 2 ص 243 ، المكتب الإسلامي بيروت .

51. أنظر بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 149 ، وما بعدها .

52. أنظر بداية المجتهد ، مرجع سابق ، ج 2 ص 129 ،

53. أنظر البحر الرائق، مرجع سابق ج6ص160 ، وكذلك بداية المجتهد ، مرجع سابق ، ج 2ص129، وانظر السيل الجرار ، مرجع سابق ج3 ص10 .

54. فتح الباري صحيح البخاري ، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ج 6 ص 632 ، كتاب المناقب باب 28 ، حديث رقم 3642 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

55. أنظر نهاية الزين ، لأبي عبدالمعطي محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي ، ص 225 ، دار الفكر بيروت الأولى .

56. أنظر الفروع ، لأبي عبدالله محمد بن مفلح المقدس ، المتوفي سنة 762 ج 4 ص 273، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي ، دار الكتب العلمية ، بيروت الأولى 1418هـ وكذلك المحرر في الفقه في مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، لمجد الدن أبي البركات ج 1 ص 310 .

57. بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 209 .

58. أنظر المبسوط ، مرجع سابق ج 11 ص125 ، وكذلك البحر الزخار ، مرجع سابق ج 4 ص 399 ، وكذلك أنظر المغنى ، مرجع سابق ج 4 ص 313 ، والمجموع شرح المهذب، ليحيى بن شرف النووي ، ج 12 ص 1212 مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية ط 1 ، وانظر أيضاً مواهب الجليل مرجع سابق ج 4 ص 513 .

59. بدائع الصنائع ، مرجع سابق ج 5 ص 210 .
60. أنظر المرجع السابق ، وكذلك البحر الرائق ، مرجع سابق ج ص 1185 .
61. نفس المراجع السابقة .
62. أنظر المصادر السابقة ، وكذلك تبيين الحقائق ، مرجع سابق ج 4 ص 124 .
63. أنظر فتاوى الاستصناع والمقاولات والسلم ، مجموعة دلة البركة ، شركة البركة للإستثمار والتنمية ، جمع وفهرست احمد محي الدن احمد ص 13 مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة الفقه الإسلامي قرار رقم 27 / 3 / 7 المؤتمر السابع 9 / 5 / 1992 م جدة الأولى 1998 م .
64. أنظر شرح فتح القدير ، مرجع سابق ، ج 7 ص 110 ، وكذلك المبسوط ، مرجع سابق ج 11 ص 140 .
65. البدائع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 210 .
66. البحر الرائق ، مرجع سابق ج 6 ص 185 .
67. أنظر نهاية الزين ، مرجع سابق ، ص 222 .
68. أنظر مجلة الأحكام العدلية ، مرجع سابق ، مادة 127 ص 31 ، أنظر تحقيق المراد ، خليل كيكلدي العلائي المتوفي سنة 761 هـ ص 206 ، تحقيق ابراهيم محمد السفلفيتي ، دار الكتب الثقافية الكويت .
69. المبسوط ، مرجع سابق ج 12 ص 139 ، فتح القدير مرجع سابق ، ج 5 ص 256 بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 3 ، 210 ، رد المحتار مرجع سابق ، ج 4 ص 223 .
70. نظر بدائع الصنائع ، مرجع سابق ج 5 ص 210 .
71. انظر المصدر السابق .
72. أنظر المبسوط للسرخسي ، مرجع سابق ، ج 11 ، ص 139 .
73. انظر أحكام المعاملات الشرعية ، علي الخفيف ، ج 379 ص430، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الأولى ، 1996م
74. أنظر شرح منتهى الإرادات ، مرجع سابق ج 2 ص 92 ، وكذلك حواش الشرواني ج 5 ص 5 ، دار الفكر بيروت ، وانظر بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 286 ، وكذلك حاشية العدوي ، علي الصعيد العدوي المالكي ، تحقيق ، يوسف الشيخ محمد البقاعي ج 2 ص 139 ، دار الفكر بيروت 1412 هـ ، وشرح الأزهار ، لأبن مفتاح ، ج 3 ص 195 ، مطبعة حجازي ، القاهرة ، الطبعة الثانية 1357هـ .
75. أنظر جواهر العقود ، مرجع سابق ج1 ص 99 .
76. أنظر بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج 5 ص 280 .
77. أنظر روضة الطالبين ، مرجع سابق ج 3 ص 476 .
78. أنظر بدائع الصنائع ، مرجع سابق ج 5 ص 280 وما بعدها ، وكذلك جواهر العقود ، مرجع سابق ج 11 ص 99 ، وأنظر أحكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق ص 389 .
79. أنظر بدائع الصنائع ، مرجع سابق ج 5 ص 280 ، وما بعدها ، وكذلك جواهر العقود مرجع سابق ج 11 ص 99 ، وأنظر أحكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق ص 389 .
80. أنظر تبيين الحقائق ، مرجع سابق ، ج 4 ص124 ، وكذلك شرح القدير ، مرجع سابق ، ج 7 ص110
81. أنظر الأم ، مرجع سابق ، ج 4 ص30 .
82. أنظر البحر الرائق ، مرجع سابق ،ج 6 ص172 ، أنظر شرح الكبير ، أحمد الدردير ، تحقيق محمد عليش ، ج 3 ص114 ، دار الفكر بيروت .
83. أنظر المغني ، مرجع سابق ، ج6 ص30 ، وكذلك بدائع الصنائع ، ج4 ص197 .
84. أنظر الإقناع ، محمد الشربيني الخطيب ، تحقيق مكتبة البحوث والدراسات بدار الفكر ، ج22 ص 302 ، دار الفكر بيروت ، وكذلك الفروع لأبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي المتوفى سنة 722هـ ، تحقيق ابو الزهراء ، حازم القاضي ج 4 ص224 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الأولى 1413هـ .