عقد الاستصناع وتطبيقاته في التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية

أحمد ذياب شويدح*

تقديم

في ظل الحصار المفروض على الدول الإسلامية والعربية، وخاصة الحكومة والشعب الفلسطيني، يجدر بنا أن نفكر في ما يمكن أن يكسر طوق هذا الحصار الظالم وذلك بتنشيط الحركة الاقتصادية من خلال المساهمة في تطبيق عقد الاستصناع الموازي في أعمال التمويل والاستثمار التي تقوم بها المصارف الإسلامية وخاصة في فلسطين.

ولما كانت المصارف الإسلامية في فلسطين ما تزال تتعامل بعقد المرابحة للآمر بالشراء فقط، رأيت من الضروري بيان كيفية التعامل بعقد الاستصناع من خلال معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة به، وذكر الأركان، والشروط، والضوابط، والتوضيح بالتطبيق العملي التفصيلي من خلال هذا البحث.

هذا وتواجه الدراسة مشكلة أساسية تتمثل في قلة، إن لم يكن عدم التعامل بعقد الاستصناع، وخاصة في فلسطين تتعامل بعقد المرابحة للآمر بالشراء فقط، فإذا تعاملت بعقد الاستصناع فإنّ ذلك سيساهم في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل والاستثمار، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي، وسيساعد في حل مشكلة البطالة، وحل

* الأستاذ المشارك في كلية الشريعة والقانون قسم الشريعة الإسلامية، وعميد كلية الشريعة والقانون.

مشكلة الأموال المعطلة عند أصحابها، وإيجاد علاقة بين أصحاب رؤوس الأموال وبين أصحاب الحرف والمهن والخبرات في جميع المجالات المختلفة. وبالتالي تتبع أهمية البحث في بيان كيفية التعامل بهذا العقد من خلال الوقوف على الأحكام الشرعية المتعلقة به، من خلال تعريفه، وذكر أركانه، وشروطه، وضوابطه، والجانب التطبيقي العملي.

وتتمثل فروض البحث في التقاط الآتية:

1. شرع عقد الاستصناع لتحقيق رغبات الناس وحاجاتهم من صانع ومستصنع حسب كل زمان ومكان.
2. عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناع، وحل مشكلة البطالة، ويؤدي إلى عدم ركود السلع.

وأما أهداف البحث فهي:

1. الوقوف على الأحكام المتعلقة بعقد الاستصناع.
2. تشجيع التعامل بعقد الاستصناع، كأداة ربط بين الأيدي العامل المعطلة وبين رؤوس الأموال وذلك من خلال رؤية شرعية.
3. رفع الحرج عن الناس من خلال تعاملهم بعقد الاستصناع.

أما المنهجية التي سار عليها فتتمثل في المنهج الوصفي، حيث تم جمع البيانات الخاصة بعقد الاستصناع من المصادر والمراجع القديمة والحديثة وما يتعلق به من مسائل وأحكام، ثم تلا عرض لخطوات تطبيق هذا النوع من العقود، وتقديم نماذج لعقود الاستصناع للعمل بها من قبل المصارف في اللتعامل مع العملاء.

هذا وإن موضوع عقد الاستصناع وتطبيقاته في المصارف الإسلامية بحثه عدد من العلماء المعاصرين، وهو يطبق في مصارف بعض الدول الإسلامية والعربية. ولكن حتى كتابة هذا البحث لم يطبق في فلسطين، فأحببت أن أنقل هذا النوع من المعاملات إلى مصارف فلسطين في هذا الوقت العصيب الذي يفرض فيه عليها حصار اقتصادي كبير، عسى أن يكون ذلك إسهاماً في تطوير المصارف والمعاملات الإسلامية في بلد الإسراء والمعراج.

وقد شملت الدراسة نماذج مصرفية من عقد الوعد الملزم، وعقد الاستصناع، وعقد الاستصناع الموازي.

تعريف عقد الاستصناع، والحكمة من مشروعيته

تعريف الاستصناع

الاستصناع لغة: طلب صنع الشيء،[1] يقال: اصطنع فلان خاتماً، إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتما.[2] والصِّناعة بالكسر، حرفة الصانع، وعمَلُه الصَّنْعةُ، وأيضاً هي ما تستصنع من أمر.

الاستصناع شرعاً: جعل الحنفية –عدا زفر– الاستصناع عقداً مستقلاً يختلف عن السلم، وقد عرفوه بالحد، ومنهم من عرفه بالرسم. أما تعريفهم للاستصناع بالحد فقد اختلفت عباراتهم فيه، فعرفوه بعدة تعريفات، منها:

أ. قال في بدائع الصنائع: "هو عقد على مبيع في الذمة".[3]

ب. وأما ابن عابدين فقال: "هو طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص".[4]

ج. ونقل عن آخرين: "هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل".[5]

فالتعريف الأول يقتضي أن الصانع لو أحضر عيناً كان صنعها قبل العقد، ورضي

---

[1] الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، **المصباح المنير** (القاهرة: دار الحديث، ط1، 1426هـ)، ص209؛ الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط** (بيروت: دار إحياء التراث الإسلامي، ط2، 1424هـ)، ج7، ص419؛ وإبراهيم أنيس وغيره: **المعجم الوسيط** (بيروت: دار المعارف، ط2، 1392هـ)، ج1، ص535.

[2] الفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ج7، ص420؛ الرازي، محمد بن أبو بكر عبد القادر، **مختار الصحاح** (بيروت: مكتبة لبنان، 1985م)، ص155.

[3] الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** (بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ)، ج6، ص84.

[4] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر عبد العزيز، **رد المحتار على الدر المختار** (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج7، ص365.

[5] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص84.

به المستصنع جاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي.

أما التعريفان الآخران فهما أصح من التعريف الأول؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني في الأصل، وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع جاز بالعقد بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما، لا بالعقد الأول.[1]

أما تعريف الاستصناع بالرسم فقد ذكر فقهاء الحنفية له أيضاً عدة تعريفات، منها:

أ. قال ابن نجيم: "أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صُفاراً؛[2] صنّع لي خفاً طوله كذا، وسعته كذا، أو دستاً -أي برمة- تسع كذا، ووزنها كذا، على هيئة كذا بكذا، ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئاً فيقبل الآخر منه".[3]

ب. وقال الكاساني: "أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صُفار أو غيرهما: اعمل لي خفاً أو آنية من أديم[4] أو نحاس من عندك، بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره، وصفته، فيقول له الصانع: نعم".[5]

ما ذكر هنا من صور للصناعات كصناعة الخف أو الدست ونحو ذلك إنما هو على سبيل المثال لا الحصر، مما كان معروفاً في زمن الفقهاء القدامى. أما في وقتنا الحاضر فقد تقدمت الصناعات وأصبح الناس يستصنعون الطائرات والبواخر

---

[1] المرجع نفسه.

[2] الصُفار: بالضم هو نحاس أصفر يعمل منه الأواني. الرازي، **مختار الصحاح**، ص153.

[3] ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، **شرح فتح القدير** (بيروت: دار الفكر، ط4، 1405 هـ)، ج7، ص114؛ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ)، ج6، ص283.

[4] **الأديم**: الجلد. الرازي، **مختار الصحاح**، ص4.

[5] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص84.

والسيارات وغيرها من الصناعات الحديثة.

صورة الاستصناع

من تعريف الاستصناع بالرسم تتضح صورته، وهي: أن يقول إنسان (ويسمى المستصنع) لشخص آخر (ويسمى الصانع): اصنع لي أثاث مترل، مع بيان جميع المواصفات والمقاييس التي يريدها المستصنع بثمن معين في مدة محدودة (شهر مثلاً)، فيقبل الصانع بذلك، وكان الخشب من النجار، أما إذا كان الخشب من المستصنع فهو إجارة.

حكمة مشروعية الاستصناع

الاستصناع يحقق رغبات الناس ومتطلباتهم، من صانع ومستصنع؛ نظراً لتطور الصناعات تطوراً كبيراً، فالصانع يحتاج إليه لإنجاز العمل والإنتاج والاكتساب، والمستصنع يحتاج إليه للحصول على مصنوعات خاصة من جنس محدد، وفق صفات معينة. وحيث إنه قلما يجد ذلك مصنوعاً وجاهزاً في الأسواق، فيذهب إلى من لديه الخبرة والابتكار لاستصناعه.[1]

تكييف عقد الاستصناع، ومذاهب الفقهاء في مشروعيته، وحكمته

مذاهب الفقهاء في مشروعيته، وتكييفه

اتفق الفقهاء على أن عقد السلم جائز شرعاً، واختلفوا في عقد الاستصناع إلى رأيين، هما:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء، وهم المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من

---

[1] ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج6، ص285؛ محمد أبو يحيى وآخرين، **فقه المعاملات** 1 (فلسطين: طباعة جامعة القدس المفتوحة)، ص151.

الحنفية، إلى أن الاستصناع إن كان بشروط السلم صح وكان سلما.[1]

الرأي الثاني: ذهب الحنفية –عدا زفر– إلى صحة الاستصناع، وأنه ليس سلماً، ولا يجب فيه مراعاة أحكام السلم.[2] لكنهم اختلفوا فيما بينهم في تكييف الاستصناع، أهو بيع أم وعد بالبيع، أم إجارة؟ وإذا كان بيعاً هل المبيع هو العين المصنوعة أو العمل الذي قام به الصانع؟ والراجح عند الحنفية أن الاستصناع عقد بيع للعين المصنوعة لا لعمل الصانع، وهو ليس وعداً ببيع ولا إجارة على العمل.

والصحيح أن الاستصناع عقد جديد مستقل، ليس بيعاً، ولا وعداً، ولا إجارة، ولا سلماً، وإن كان له شبه بالبيع، وبالإجارة، وبالسلم. فلا يعد بيعاً؛ لأن البيع لا يتضمن عملاً، ولا إجارة؛ لأن الإجارة لا تتضمن تقديم أعيان.

سبب خلاف الفقهاء في عقد الاستصناع

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في حكم عقد الاستصناع إلى وصفه، فمنهم من رأى أنه يشبه السلم بشروطه، ومنهم من رأى أنه عقد جديد مستقل.

وقد استدلّ الجمهور ببعض الأدلة، ومنها:

1. عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ».[3] ووجه الدلالة أن نهي رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ نهيٌ عن بيع الدين بالدين، والاستصناع بيع مؤجل بمؤجل، فالبيع مؤجل في الذمة وكذا الثمن، ولا يصح بيعه إلا بقبض الثمن في المجلس.

---

[1] ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد، **الكافي** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1407هـ)، ص337؛ الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، **الإقناع** (بيروت: دار الفكر، د. ت)، ج2، ص29؛ ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله ابن أحمد، **المغني** (بيروت: دار الفكر، ط1، 1405هـ)، ج4، ص185.

[2] السرخسي، شمس الدين، **المبسوط** (بيروت: دار المعرفة، ط2، د. ت)، ج12، ص139.

[3] البهيقي، أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبرى** (بيروت: دار الفكر)، ج5، ص290. قال الألباني: "حديث ضعيف"، الألباني، محمد ناصر الدين، **ضعيف الجامع الصغير** (بيروت: المكتب الإسلامي: ط3، 1990م)، ص873.

2. وعن حكيم بن حزام، قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: «لا تبع ما ليس عندك».[1] ووجه الدلالة فيه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع المعدوم؛ لأنه مما لا يملكه الإنسان ولا يقدر على تسليمه، والاستصناع بيع معدوم فحرام شرعا.

وأما الحنفية القائلون بجواز عقد الاستصناع، فقد استدلوا بعدة أدلة، أهمها:

1. عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب وكان يلبسه فيجعل فَصَّهُ في باطن كَفِّهِ، فصنع الناس خواتيم ثم إنه جلس على المنبر، فنزعه، فقال: «إني كنت ألبس هذا الخاتم وأجعل فَصَّهُ من داخل»، فرمى به، ثم قال: «لا والله لا ألبسه أبداً، فنبذ الناس خواتيمهم».[2]
2. وعن أنس بن مالك ﷺ "أنه رأى في يد رسول الله ﷺ خاتماً من ورق يوماً واحداً، ثم إن الناس اصطنعوا الخواتيم من وَرِق، ولبسوها، فطرح رسول الله ﷺ خاتمه فطرح الناس خواتيمهم".[3]

الحديثان يدلان دلالة صريحة على أن النبي ﷺ استصنع خاتماً من ذهب، ثم رماه ولبس خاتماً من فضة، وكذا فعل الصحابة رضوان الله عليهم، ولكن السؤال: كيف لبس النبي ﷺ الذهب وهو محرم؟

الجواب: إن الاحتمالات كثيرة جداً، ولكن أقواها هو أن يكون تأويله أنه اتخذ

---

[1] محمد بن عيسى الترمذي، **سنن الترمذي**، دار ابن حزم (بيروت: ط1، 2002م)، ص383، رقم: 1235، وقال الألباني: حديث صحيح، الألباني، محمد ناصر الدين، **صحيح الجامع الصغير** (بيروت: المكتب الإسلامي ط3، 1988م)، ج2، ص1209.

[2] البخاري، محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، كتاب: الأيمان والنذور، باب: من حلف على الشيء (القاهرة: مكتبة الصفا، ط1، 1423هـ)، ج3، ص276، الحديث 6651.

[3] البخاري، **صحيح**، كتاب: اللباس، رقم 5868، ج3، ص113.

خاتماً من فضة على لون من ألوان الذهب، وكره أن يتخذ غيره مثله، فلما اتخذوه رمى به حتى يرموا ، ثم اتخذ بعد ذلك ما اتخذه ونقش عليه ما نقش يختم به.[1]

وقيل: يمكن الجمع بأنه لما عزم النبي ﷺ على تحريم خاتم الذهب اتخذ خاتم فضة، فلما لبسه أراه الناس في ذلك اليوم ليعلموا إباحته، ثم طرح خاتم الذهب وأعلمهم تحريمه فطرح الناس خواتيمهم من الذهب، ولكن الاحتمال الأول هو الأصح والأقوى، والله أعلم.[2]

يجوز الاستصناع استحساناً، لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يتعاملون بذلك في سائر الأعصار من غير نكير.[3]

يقول الزرقا: "ثبت عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»، هذا النص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون المبيع فيها موجوداً في ملك البائع، سوى السلم الذي استثناه لما فيه من مصلحة باستسلاف الثمن للاستعانة على الإنتاج، فعقد الاستصناع يشمله بالمنع عموم النص المانع، وإن لم يكن وارداً فيه خصيصا. ولكن الاستصناع عقد قد تعارفه جميع الناس في كل البلاد لاحتياجهم إلى طريقته، ولاسيما في الأحذية ونحوها مما فيه مقاييس، وأوصاف، يختلف فيها الشخص عن غيره. فلذلك أقر الاجتهاد جواز عقد الاستصناع للعرف الجاري فيه، واعتبر هذا العرف مخصصاً لعموم النص العام المانع، فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع ضمناً، كما استثني السلم صراحة، وبقي العمل بالنص في غير ذلك من أنواع بيع المعدوم".[4]

الرأي الراجح

بعد عرض آراء الفقهاء في عقد الاستصناع وذكر أدلتهم يتضح رجحان رأي

---

[1] ابن حجر، أحمد بن علي، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** (القاهرة: دار الريان، ط1، 1407هـ)، ج10، ص332.

[2] المرجع نفسه، ج10، ص333.

[3] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص85.

[4] الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام** (دمشق: دار الفكر، 1967م)، ج2، ص896، 897.

الحنفية القائل بجواز عقد الاستصناع، للأسباب التالية:

أ. حديث النهي عن بيع الكالىء بالكالىء، ضعفه الألباني في كتابه "ضعيف الجامع الصغير".

ب. أما حديث حكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»، وإن كان الألباني قد صححه، لكن ورد فيه من جهة الإسناد عبد الله بن عمرو وهو مجهول، كما ورد في سنن الترمذي نفسه ، ومن حيث المعنى يجوز بيع الاستصناع وإن لم يكن في ملك الصانع حالة العقد كما في عقد السلم.

وتتمثل قوة أدلة الحنفية في أمرين

أ. حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وحديث أنس بن مالك رضي الله عنه اللذين وردا في صحيح البخاري، وهما يدلان صراحة على جواز عقد الاستصناع لفعله ﷺ.

ب. تعامل الناس بالاستصناع في سائر العصور من غير نكير دليل على أنه جائز بالإجماع العملي.

حاجة الناس تدعو إلى عقد الاستصناع

فقد يحتاج الناس إلى أشياء غير مصنوعة، فيجدون من يصنعها لهم، فلو لم يجز ذلك لوقع الناس في حرج شديد جداً، ومن خصائص الشريعة الإسلامية رفع الحرج عن الناس.

وقد جاء في قرار رقم (7/3/66) من مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة بشأن عقد الاستصناع، ما يلي:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 مايو 1992م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع المنصوص موضوع: (عقد

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

قرر:

1. أن عقد الاستصناع –وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة– ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.
2. يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ. بيان جنس المستصنع ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

ب. أن يحدد فيه الأجل.

3. يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.
4. يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة".[1]

وجاء في توصيات وفتاوى مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات المصارف الإسلامية المنعقد بالمركز الثقافي الإسلامي بالجامعة الأردنية من 21–23 ذو القعدة 1414هـ، ما يلي:

"عقد السلم وعقد الاستصناع:

أ. السلم والاستصناع من العقود المشروعة النافعة، ويوصي المؤتمر المصارف الإسلامية والمؤسسات المالية الإسلامية بإحياء هذين العقدين في التمويل، لما يترتب عليهما من مصالح كبيرة في تنشيط التجارة والصناعة والزراعة.

---

[1] الزحيلي، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته** (دمشق: دار الفكر، ط4، 1418هـ)، ج7، ص5201.

ب. يجب أن يراعى في عقدي السلم والاستصناع الشروط التي اعتمدها الفقهاء وأقرتها المجامع الفقهية؛ لتكون ضماناً في تطبيق هذين العقدين بما يحقق الأهداف المرجوة منهما، ويمنع الضرر.

ج. يُحذِّر المؤتمر من استعمال هذين العقدين بما يؤدي إلى استغلال حالات العوز والحاجة لدى المزارعين وغيرهم من المنتجين، بأن تكون عمليات السلم والاستصناع بأسعار عادلة، ويدعو إلى وضع قواعد ونظم مستمدة من الشريعة الإسلامية للحيلولة دون إساءة استعمال هاتين الصيغتين وغيرهما من صيغ الاستثمار الإسلامي.

ويمكن للدولة التدخل عند ظهور هذا الاستغلال لحماية المنتجين، بالقيام بشراء منتجاتهم بأسعار معقولة، مع مراعاة الدولة القيام بواجب المشجع للإنتاج.

د. يرى المؤتمر جواز استعمال السلم الموازي والاستصناع الموازي مع مراعاة الربط التعاقدي بين العقدين المتوازيين في السلم والاستصناع، وعدم إساءة استعمال هاتين الصيغتين باتخاذهما ذريعة للمحظور.

هـ. يوصي المؤتمر هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية بوضع النماذج والضوابط لعقد السلم والاستصناع، وخاصة السلم الموازي والاستصناع الموازي، بما يتفق مع الأحكام الشرعية؛ لئلا يتحول مع التطبيق العملي غير المنضبط إلى الوقوع في المحظورات الشرعية.

و. يوصي المؤتمر بطرح مسألة استصناع الذهب والفضة في إحدى الندوات القادمة لحل ما فيها من إشكالات، كما يوصي بطرح صيغ تطبيق جديدة لعقدي السلم والاستصناع".[1]

---

[1] الأشقر، **بيع المرابحة**، 182.

أركان عقد الاستصناع، وشروطه، وصفته، والشرط الجزائي

أركان عقد الاستصناع

إذا كان الاستصناع نوعاً من البيع، فإنه ينعقد بما ينعقد به البيع من أركان وشروط تشكل مقومات عقد الاستصناع، وأركان عقد الاستصناع هي:

1. الصيغة: ويعبر عنها بالإيجاب والقبول، فهي تدل على رضا المتعاقدين الصانع والمستصنع، ومثال ذلك: أن يقول المستصنع للصانع: اصنع لي كرسيَّ مكتب من خشب كذا، وبمواصفات معينة، فيقول الصانع: قبلت، ونحو هذا المثال لفظاً أو كتابة. ويشترط في الصيغة ما يشترط في صيغة عقد البيع.[1]

2. العاقدان: وهما طرفا عقد الاستصناع، الصانع والمستصنع، اللذان يصدر عنهما الإيجاب والقبول، ويشترط فيهما ما يشترط في طرفي عقد البيع.[2]

3. المعقود عليه: وهو محل الاستصناع، وقد اختلف فقهاء الحنفية فيه، هل المحل هو العين أو العمل؟

فجمهورهم يرون أن المحل هو "العين"؛ وذلك لأنه لو استصنع رجل في عين، يسلمها له الصانع بعد استكمال ما يطلبه المستصنع، سواء أكانت الصنعة قد تمت بفعل الصانع أم بفعل غيره بعد العقد، فإن العقد يلزم، ولا ترد العين لصانعها إلا بخيار الرؤية، فلو كان العقد وارداً على "العمل" لما صح العقد إذا تمت الصنعة بصنع غيره، وهذا دليل على أن العقد يتوجه على "العين" لا على الصنعة، ويرون أيضاً أن المتفق عليه أن الاستصناع ثبت فيه للمستصنع خيار الرؤية.[3]

---

[1] المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، **الهداية** (بيروت: المكتبة الإسلامية، د. ت)، ج3، ص21؛ الأوقاف الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية** (الكويت: دار الصفوة، ط 1، 1412هـ)، ج3، ص328.

[2] المرجعان السابقان.

[3] رستم، سليم، **شرح المجلة** (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط3، 1406هـ)، ص220.

ومن الحنفية من يرى أن المحل في الاستصناع هو العمل؛ وذلك لأن عقد الاستصناع ينبئ عن أنه عقد على عمل، فالاستصناع لغة طلب العمل، والأشياء التي تستصنع بمنزلة الآلة للعمل، ولو لم يكن عقد الاستصناع عقد عمل لما جاز أن يفرد بالتسمية.[1]

وقد أخذت "مجلة الأحكام العدلية" برأي جمهور فقهاء الحنفية القائل بأن المبيع في الاستصناع هو العين لا عمل الصانع وهو الراجح، جاء في المادة (388) منها: "والمبيع في الاستصناع هو العين في الأصح لا عمل الصانع، فلو أتى الصانع بما عمله غيره أو بما صنعه قبل العقد فأخذه المستصنع صح؛ لأن المبيع العين لا عمله".[2]

وفي هذا الرأي يسر وسهولة للصانع، وفي الوقت نفسه وجود رضا من المستصنع للعين.

ثانياً: الشروط الخاصة للاستصناع

معلوم عند جمهور الفقهاء أن عقد الاستصناع يعد سلماً، وشروط السلم تعتبر شروطاً للاستصناع، أما الحنفية فإنهم يفرقون بينهما، ويرون أن للاستصناع شروطاً خاصة، وهي:

1. أن يكون المستصنع فيه معلوماً، وذلك ببيان جنس المصنوع، ونوعه، وقدره، وصفته؛ لأنه لا يصير معلوماً بدونه، وذلك لرفع الجهالة المفضية للمنازعة.[3]
2. أن يكون المستصنع فيه مما يجري فيه التعامل بين الناس، كالطائرات، والسيارات، والسلاح، والأواني، ونحو ذلك، وهذا يختلف باختلاف الزمان

---

[1] الحصكفي، محمد بن علي بن محمد، **الدر المختار** (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت)، ج7، ص366؛ ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، ص366؛ وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، ج3، ص328.

[2] رستم، **شرح المجلة**، 220.

[3] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص86؛ الخفيف، علي، **مختصر أحكام المعاملات** (القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، ط4)، ص177.

والمكان؛ لأن ما لا تعامل فيه يرجع للقياس فيحمل على السلم ويأخذ أحكامه.

فقديماً كان الاستصناع لا يجوز في الثياب؛ لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جرى جوازه استحساناً لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب قديما.[1] أما الآن ففي تقديري أن الثياب وغيرها مما كان لا يجوز الاستصناع فيها قديماً يجري التعامل فيها بين الناس، فيجوز الاستصناع فيها.

3. عدم ضرب الأجل، فقد ذهب جمهور الحنفية إلى عدم ضرب الأجل في عقد الاستصناع، فإذا ذكر الأجل صار سلماً، ويعتبر فيه شرائط السلم، واستدلوا على ذلك بأن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً، فإذا ما ضرب في الاستصناع أجل صار بمعنى السلم ولو كانت الصيغة استصناعاً، وأيضاً 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.

وخالف في ذلك أبو يوسف ومحمد، فالعرف عندهما جرى بضرب الأجل في الاستصناع، والاستصناع إنما جاز للتعامل، ومن مراعاة التعامل بين الناس أن الاستصناع قد تعورف فيه ضرب الأجل، فلا يتحول إلى السلم بوجود الأجل.[2]

ثالثاً: مدى لزوم عقد الاستصناع

ذهب جمهور الحنفية إلى أن الاستصناع عقد غير لازم، سواء تم أم لم يتم، وسواء أكان موافقاً للصفات المتفق عليها أم غير موافق، وذهب أبو يوسف إلى أنه إن تم صنعه وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها يكون الاستصناع عقداً لازماً، وهو

---

[1] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص86؛ وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، ج3، ص328.

[2] السرخسي، **المبسوط**، ج12، ص139؛ المرغيناني، **الهداية**، ج3، ص78؛ وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، ج3، ص328.

الراجح؛ لأنه يدفع ضرراً كبيراً عن الصانع، ويمنع من المنازعات بين الناس، وهذا ما أخذت به "مجلة الأحكام العدلية".

وأما إن كان الذي تم صنعه غير مطابق لها فهو غير لازم عند الجميع؛ لثبوت خيار فوات الوصف.[1] جاء في المادة (392) من المجلة: "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبنية، كان المستصنع مخيراً لفوات الوصف المرغوب فيه، أما الصانع فلا خيار له مطلقاً؛ لأنه باع ما لم يره، ولا خيار للبائع".[2]

وقد اتفق فقهاء الحنفية على أن الاستصناع عقد غير لازم قبل العمل من المتعاقدين جميعاً، حتى لو كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين ، إن لكل واحدٍ منهما الفسخ؛ لأن القياس يقتضي ألاّ يجوز، وإنما أجزناه استحساناً، لتعامل الناس به، فبقي اللزوم على أصل القياس.[3]

رابعاً: الشرط الجزائي في عقد الاستصناع

إذا اشترط أحد المتعاقدين غرامة تأخير على الآخر في عقد الاستصناع إن لم ينفذ الأول التزاماته، أو تأخر في تنفيذها، لا بسبب قوة قاهرة، وترتب على عدم التنفيذ أو التأخير ضرر، فإن للمتضرر الحق في تعويضه بقدر الضرر الذي وقع عليه ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.[4]

وأجاز كثير من العلماء المعاصرين والهيئات ولجان الفتوى الشرط الجزائي، يقول

---

[1] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص87؛ المرغيناني، **الهداية**، ج3، ص78.

[2] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص87؛ رستم، **شرح المجلة**، 221؛ الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج1، ص456 ؛ وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، ج3، ص329.

[3] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص87؛ رستم، **شرح المجلة**، ص221.

[4] شويدح، أحمد ذياب وآخرين، "الضمانات والجزاءات الشرعية لعقد المناقصة في الفقه الإسلامي"، **مجلة البحرين للعلوم الإنسانية**، 2006م.

الزرقا: "وفي أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أيضاً أساليب التجارة الداخلية والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة، كامتياز المؤلف والمخترع وكل ذي أثر فني جديد في استثمار كتابه أو مخترعاته أو آثاره الفنية، مما سمي بالملكية الأدبية والصناعية، واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات إلى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها، وأظهرت التجارة الخارجية أيضاً حاجة قوية إلى عقود التأمين التي عرفت باسم (السوكرة) لضمان الأخطار على البضائع المشحونة ولاسيما في النقل البحري، واتسع مجال عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية، وكذا عقود التعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية إلى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس، مما سمي "عقود التوريد" وكل ذلك يعتمد على المشارطات في شتى صورها.

وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل.

فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب مصنع تأخر عن تسليمها في الموعد المضروب لتعطل عمل المصنع وعماله، ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة، وكذلك تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته، وكل متعاقد إذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في موعده.

ولا يعوض هذا الضرر القضاءُ على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي؛ لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاوناً منه أو امتناعاً.

ولذلك تأكدت حاجة الناس لأن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على

الطرف الذي يتأخر في تنفيذ التزامه في حينه.

ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي: الشرط الجزائي (Penal Clause).[1]

وبهذا يتضح جواز فرض غرامة تأخير في عقد الاستصناع للطرف المتضرر بقدر ما وقع عليه من ضرر حقيقي، ولكن بشرط أن لا تكون هناك ظروف قاهرة خارجة عن إرادته، والذي يقدر ذلك أهل الاختصاص والخبرة والتجربة.

أوجه الاتفاق والاختلاف بين عقدي الاستصناع والسلم وما ينتهي به

أوجه الاتفاق والاختلاف بين عقدي الاستصناع والسلم عند الحنفية

قبل أن نتحدث عن أوجه الاتفاق والاختلاف بين عقدي الاستصناع والسلم، لابد من الحديث عن أهم ما جاء من أحكام تتعلق بعقد السلم حتى نجري مقارنة بينهما.

1. تعريف السلم

السلم لغة: السلف والاستعجال.[2]

وشرعاً: اختلف الفقهاء في تعريفه تبعاً لاختلافهم في الشروط المعتبرة فيه، فالحنفية والحنابلة الذين شرطوا في صحته قبض رأس المال في مجلس العقد، وتأجيل السلم فيه عرفوه بما يتضمن ذلك على النحو التالي:

عرفه الحنفية بأنه "أخذ عاجل بآجل".[3]

وعرفه الحنابلة بأنه "أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل".[4]

وأما المالكية الذين منعوا السلم الحالّ، ولم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس

---

[1] الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج2، ص710، 711.

[2] الفيومي، **المصباح المنير**، ص172؛ الجرجاني، علي بن محمد، **التعريفات** (بيروت: مكتبة لبنان، 1985م)، ص126.

[3] ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج6، ص258.

[4] ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص185.

العقد، وأجازوا تأجيله إلى يومين وثلاثة، فقد عرفوه: "أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل".[1]

أما الشافعية الذين شرطوا لصحة السلم قبض رأس المال في المجلس، وأجازوا كون المسلم حالاً ومؤجلاً، فقد عرفوه بأنه "بيع موصوف في الذمة".[2]

2. أركان السلم وشروط صحته

أ. أركان السلم: أركان السلم هي أركان البيع، فجمهور الفقهاء على أن أركان السلم هي:

1. الصيغة (وهي: الإيجاب والقبول).
2. العاقدان (وهما: المسلم، والمسلم إليه).
3. المحل (وهو: رأس المال، والمسلم فيه).[3]

وكما هو معلوم فالحنفية خالفوا الجمهور واعتبروا ركن السلم هو الصيغة الدالة على اتفاق الإرادتين وتوافقهما على إنشاء العقد.[4]

ب. شروط صحة السلم: شروط صحة السلم متعددة، وهي كما يلي:

1. **شروط رأس المال**: يشترط في رأس مال السلم أن يكون مقداره معلوماً، وأن يسلم رأس المال في مجلس العقد،[5] وأجاز المالكية تأخير رأس المال إلى

---

[1] ابن قدامة، **الكافي**، ج3، ص108.

[2] الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، **مغني المحتاج** (بيروت: دار الفكر، د. ت)، ج2، ص102؛ المحلي، جلال الدين، **كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين** (القاهرة: مكتبة البابي الحلبي، د. ت)، ج2، ص244.

[3] ابن عبد البر، **الكافي**، ص337؛ الشربيني، **الإقناع**، ج2، ص31؛ ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص185؛ موسى، **أحكام المعاملات**، ص240.

[4] المرغيناني، **الهداية**، ج3، ص21.

[5] المرجع نفسه، ج3، ص71 وما بعدها؛ البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، **البجيرمي علي الخطيب** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ)، ج3، ص344 وما بعدها؛ ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، **الكافي** (بيروت: المكتب الإسلامية)، ج3، ص111 وما بعدها.

أيام قليلة ما لم يكن مشترطاً.[1]

2. **شروط المسلم فيه:** يشترط في المسلم فيه أن يكون ديناً موصوفاً في ذمة المسلم إليه، وأن يكون المسلم فيه معلوماً مبيناً بما يرفع الجهالة، وأن يكون المسلم فيه مؤجلاً،[2] وأجاز الشافعية صحة السلم الحال كما هو جائز مؤجلاً.[3] وأن يكون الأجل معلوماً، وأن يكون المسلم فيه مقدر التسليم عند حلول الأجل، وأما تعيين مكان الإيفاء فقد اختلف الفقهاء إلى عدة اتجاهات.[4]

ونناقش الآن أوجه الاتفاق والاختلاف بين عقدي الاستصناع والسلم، في النقاط الآتية:

يتفق عقد الاستصناع والسلم في الأمور الآتية:

أ. أن كلاً منهما بيع لشيء معدوم، أجازه الشرع لحاجة الناس إليه. فالباعث على عقد الاستصناع تلبية حاجة المستصنع، وتحقيق الربح للبائع الصانع، أما السلم فالباعث هو شدة حاجة البائع إلى المفقود "الثمن" لينفقها على نفسه أو على إنتاجه الزراعي ونحو ذلك.[5]

ب. أن كلاً منهما لابد فيه من بيان المستصنع والمسلم فيه بياناً يمنع من المنازعة، وذلك بالعلم بالمصنوع، والمسلم فيه، بذكر وبيان الجنس، والنوع، والقدر، والصفة، وما يؤثر في الثمن، والرغبات بياناً واضحاً.[6]

---

[1] القيرواني، ابن أبي زيد، **الثمر الداني** (بيروت: دار الفكر، 1424هـ)، ص339.

[2] المرغيناني، **الهداية**، ج3، ص71؛ ابن عبد البر، **الكافي**، ص337؛ ابن قدامة، **الكافي**، ج3، ص111.

[3] الشربيني، **الإقناع**، ج2، ص30؛ عاشور، أحمد عيسى، **الفقه الميسر** (القاهرة: مكتبة القرآن، د. ت)، ص178؛ ابن قدامة، **الكافي**، ج3، ص108.

[4] المرغيناني، **الهداية**، ج3، ص21؛ ابن عبد البر، **الكافي**، ص337؛ الشربيني، **الإقناع**، ج2، ص31.

[5] ابن نجيم، البحر **الرائق**، ج6، ص285؛ الزحيلي، **الفقه الإسلامي**، ج5، ص3652.

[6] السرخسي، **المبسوط**، ج12، ص139؛ البثيتي، سعود بن مسعد، **الاستصناع** (مكة المكرمة: المكتبة المكية، ط1، 1415هـ)، ص80.

ج. أن كلاً من المستصنع أو المسلم فيه يتم تسليمه في محل العقد أو ما شرط بذكر مكان الإيفاء، وكذلك إن كان لعمله مؤونة، فلابد من تحديد موضع التسليم؛ منعاً للخصومة والنزاع.[1]

أما أوجه الاختلاف بينهما فتتمثل فيما يأتي:

أ. المبيع في الاستصناع عين لا دين، كاستصناع أثاث أو خف أو إناء، ونحو ذلك، أما المبيع في السلم فهو دين يثبت في الذمة، فهو كالمكيل، أو الموزون، أو المذروع، أو العددي المتقارب، كالبطيخ والبيض، لذا فالاستصناع لا يدخل في جميع السلع، بل في السلع التي يحتاج إلى تصنيعها، فلا يجري في الإنتاج الزراعي أو المواد الخام مثلاً، أما السلم فيدخل في جميع السلع التي يمكن أن تُستَوعَب أوصافها.

ب. الأجل في الاستصناع مختلف فيه عند الحنفية، فجمهورهم ذهب إلى عدم ضرب الأجل، فإذا ذكر الأجل صار الاستصناع سلماً، وقال الصاحبان: يصح الاستصناع لأجل أو لغير أجل؛ لأن عرف الناس تحديد الأجل فيه. على عكس السلم فإنه يشترط فيه وجود الأجل، فهو لا يصح عند جمهور الفقهاء عدا الشافعية إلا لأجل كشهر فما فوق.

ج. الاستصناع عقد غير لازم عند جمهور الحنفية غير أبي يوسف، فيجوز لكل من العاقدين فسخه. أما السلم فإنه عقد لازم لا يجوز فسخه إلا بتراضي المتعاقدين واتفاقهما معاً على الفسخ.

د. لا يشترط في الاستصناع قبض رأس المال في مجلس العقد، فقد يدفعه كله أو جزء منه، وقد لا يدفع منه شيء، ويكون ديناً حتى يسلم المصنوع. أما في السلم فيشترط قبض رأس مال السلم كله في مجلس العقد.[2]

---

[1] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، ص86؛ الزحيلي، **الفقه الإسلامي**، ج5، ص3652.

[2] الزحيلي، **الفقه الإسلامي**، ج5، ص3653؛ الأشقر، **بيع المرابحة**، ص154.

ثالثاً: ما ينتهي به عقد الاستصناع

ينتهي عقد الاستصناع بتمام الصنع، وتسليمه، وقبوله، وقبض الثمن، كذلك ينتهي الاستصناع بموت أحد العاقدين، لشبهه بالإجارة".[1]

تطبيقات عقد الاستصناع في أعمال التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية، والخطوات العملية لتنفيذه

أولاً: تطبيقات عقد الاستصناع في أعمال التمويل التي تقوم بها المصارف الإسلامية

ذكرنا سابقاً أن الاستصناع ساعد الناس في الماضي على تحقيق رغباتهم ومتطلباتهم فأفاد الصانع والمستصنع، فالصانع قدم خبرته ومهارته، واستطاع أن يبدع من خلال تطوير وتحسين صنعته، فاكتسب المال، والمستصنع حصل على ما يرغب ويرضي ذوقه ويحقق مصلحته.

وقد انتشر الاستصناع انتشاراً واسعاً في وقتنا الحاضر، فلم يعد مقصوراً على صناعة الأحذية وأثاث المنازل وغير ذلك، بل شمل صناعات متطورة ومهمة جداً في الحياة المعاصرة كالطائرات، والسفن، والقطارات، والسيارات، وغيرها، مما أدى إلى تنشيط الحركة الصناعية وتطويرها، وهذا أسهم في تلبية رغبات الناس وتحقيق مصالحهم بتوفير حاجاتهم.

ولا يقتصر الأمر على الصناعات المختلفة السابقة، وإنما يشمل إقامة المباني وتوفير المساكن المرغوبة، وقد ساعد كل ذلك على التغلب على أزمة المساكن. ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات للاستصناع، بيع الدور والمنازل والشقق السكنية على الخارطة ضمن أوصاف وضوابط محددة، ويعد العقد صحيحاً إذا صدرت رخصة البناء، ووضعت

---

[1] ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، ص365؛ رستم، **شرح المجلة**، ص221؛ وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، ج3، ص329.

الخريطة، وذكرت في شروط العقد مواصفات البناء، بحيث لا تبقى جهالة مفضية إلى التراع والخلاف. وقد أصبح من السهل ضبط الأوصاف، ومعرفة المقادير، وبيان نوع البناء، سواء بيع البناء على الهيكل، أم مكسياً كامل الكسوة، مع الاتفاق على شروط الكسوة، وأوصافها، من النوع الجيد أو الوسط أو العادي، ويتم تسديد الثمن عادة على أقساط ذات مواعيد محددة، وتحتسب الأقساط جزءاً من الثمن.[1]

ونستطيع أن نقول بناءً على ما سبق إنه يمكن تطبيق عقد الاستصناع في أعمال التمويل والاستثمار التي تقوم بها المصارف الإسلامية أو غيرها على كل ما دخلت فيه الصناعة من سيارات، وطائرات، وبواخر، وكذلك بناء العقارات، والأبنية الجاهزة، وغيرها، إلى صنع الأواني والثياب والأحذية ونحو ذلك. وفي هذا مجال واسع للمصارف الإسلامية وخاصة في فلسطين التي يتم التعامل فيها بعقد المرابحة للآمر بالشراء بنسبة كبيرة جداً تصل إلى فوق 90٪.

وعقد الاستصناع يمكن أن ينشط الحركة الاقتصادية، ويكسر طوق الحصار المضروب على الدول الإسلامية وخاصة فلسطين، ويحصل المصرف والمستصنع على المال والحاجة حسب الاتفاق المبرم بينهما. وبذلك يزول الحرج، فيضمن عدم ركود السلع، وتحل الأزمات وخاصة السكن، فيطلب المستصنع عيناً بمواصفات وشروط محددة حسب رغبته، ويدفع الثمن أو جزءاً منه أو لا يدفعه إلا بعد التسلّم على أقساط حسب الاتفاق الذي يتم بينهما. وهذا كله يؤدي إلى تنشيط الاقتصاد والتجارة ويقضي على البطالة بتمويل من المصرف الإسلامي هذه الأعمال على أساس عقد الاستصناع الموازي.[2]

---

[1] الزحيلي، **الفقه الإسلامي**، ج5، ص3658؛ داغي، علي محيي الدين القرة، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة** (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط1، 2001م)، ص156.

[2] الاستصناع الموازي أن يتقدم المستصنع للمصرف الإسلامي بطلب لشراء شقة مثلاً بمواصفات معينة وشروط يتم الاتفاق عليها بينهما (وهذا يسمى بعقد الاستصناع)، فيطلب المصرف الإسلامي من شركة مثلاً أن تبني له العقار بنفس المواصفات والشروط التي طلبها المستصنع فيوافق حسب شروط يتفقان عليها (وهذا يسمى بعقد الاستصناع الموازي.

ثانياً: الخطوات العملية التنفيذية لعقد الاستصناع الموازي في المصارف الإسلامية

إذا أردنا أن نستغل موارد العالم الإسلامي من ذهب، وفضة، ونحاس، وخشب، ومواد بترولية، التي تدخل في التصنيع فسنحقق مصالح الناس بالنفع العام الذي يعود عليهم، ويسد احتياجاتهم. وهذا يحصل بالربط والعمل التكاملي بين أصحاب الخبرة وأصحاب الأموال، ويقضي على البطالة المنتشرة، وخاصة في العالم الإسلامي، وخير من يقوم بهذا العمل هو المصارف الإسلامية عن طريق الاستصناع الموازي، بهذه الخطوات العملية التالية:

1. يبدي المستصنع رغبة في شراء سلعة، ويتقدم للمصرف الإسلامي بطلب استصناعه بمواصفات وشروط يرغب فيها.
2. إذا وافق المصرف الإسلامي على طلب المستصنع يوقع الأخير عقد وعد ملزم بالشراء ثم يلتزم المصرف الإسلامي بتصنيع السلعة، وتسليمها له في المدة المتفق عليها.
3. يطلب المصرف الإسلامي من صانع استصناع هذه السلعة الذي التزم بها للمستصنع في عقد الاستصناع الأول بنفس المواصفات والشروط، ويتفق مع الصانع على الثمن والأجل.
4. يسلم الصانع السلعة إلى المصرف الإسلامي مباشرة أو إلى جهة أو مكان يحددهما المصرف في العقد حسب الاتفاق.
5. يقوم المصرف الإسلامي بتسليم السلعة المستصنعة إلى المستصنع مباشرة أو عن طريق جهة أخرى أو في مكان تم الاتفاق عليه في العقد، ومن حق المستصنع التأكد من مطابقة السلعة للمواصفات التي تم الاتفاق عليها في عقد الاستصناع الأول.
6. يتم إبرام عقد الاستصناع الأول، ثم إبرام عقد الاستصناع الموازي بنفس

الشروط والمواصفات مع إضافة شرط قبول المستصنع الأول بالسلعة المستصنعة، طالما أنها مطابقة للمواصفات والشروط، وتعتبر موافقته للصانع موافقة نهائية منهية للخيار.

ملحق
نماذج مقترحة من عقود الاستصناع في المصارف الإسلامية

النموذج الأول
عقد بيع استصناع

حرر هذا العقد وتم بعون الله وتوفيقه بين كل من:

الطرف الأول: (الصانع)

المصرف الإسلامي الفلسطيني، ويمثله .....

والمسمى فيما بعد "المصرف"

الطرف الثاني: (المستصنع)

السيد/ السادة ..... ويمثله .....

المسمى/ المسمون فيما بعد "العميل"

أقر الفريقان بأهليتهما الشرعية والقانونية للتعاقد والاتفاق.

تمهيد

تقدم العميل إلى المصرف بطلب يعلن فيه عن رغبته في إنشاء مشروع موضوع العقد وفق المخططات والرسومات وجداول الكميات وشروط التوريد والتسليم والموصوف في ملحق وصف المشروع.

ويتضمن الملحق المذكور الوصف التفصيلي للمشروع موضوع العقد، والمخططات والرسومات وجداول الكميات، ومراحل تنفيذ المشروع، وشروط التوريد والتسليم.

وقد وافق المصرف على طلب العميل، وذلك وفقاً للشروط الواردة في البنود التالية:

البند الأول

يعتبر التمهيد الوارد أعلاه جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد.

البند الثاني

يحق للمصرف التعاقد مع مقاول (الصانع) أو أكثر لتنفيذ المشروع موضوع التعاقد كلياً أو جزئياً، كما يحق له استبدال المقاول (الصانع) وفق ما يراه المصرف مناسباً، ويقبل العميل، قبولاً غير قابل للنقض أو الإلغاء، اختيار المصرف للمقاول (الصانع) أو المقاولين (الصانعين) سواء كانوا بأنفسهم أو عن طريق مقاولة الغير من الباطن.

البند الثالث

يعين العميل، بموافقة المصرف، مستشاراً ليكون وكيلاً عنه في الإشراف على تنفيذ المشروع والتأكد من أن الأعمال المنجزة نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها في ملحق وصف المشروع، وكذلك لاعتماد شهادات الإنجاز ولتسلم المشروع بعد إتمام التنفيذ بالكامل.

يكون اعتماد المستشار لشهادات الإنجاز بتوقيعه عليها بوصفه وكيلاً عن العميل بمثابة شهادة من العميل بتسلم الأعمال المنجزة وقبوله لها وإقراراً نهائياً منه بأنها نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها، كما ويكون استلام المشروع بعد إتمام تنفيذه بالكامل ملزماً بصورة نهائية للعميل.

البند الرابع

قيمة هذا العقد ..... فقط .....

ويلتزم العميل بدفع للمصرف وعلى النحو التالي:

.....

.....

.....

البند الخامس

يلتزم العميل بتسديد قيمة العقد للمصرف في المواعيد المحددة في البند السابق.

البند السادس

يلتزم المصرف بتوريد وتنفيذ المشروع موضوع العقد خلال المدة المحددة في ملحق وصف المشروع، وفي حال تأخره، فإنه يلتزم بتحمل غرامة تأخير تقدر حسب الضرر الذي يلحق العميل من جراء التأخير، وذلك ما لم يكن التأخير ناتج عن أسباب قهرية خارجة عن إرادة المصرف.

البند السابع

في حالة وجود أي أعمال إضافية أو تعديلات يقترحها العميل مما قد يؤثر على قيمة هذا العقد أو يؤخر التسليم، فإنه لابد، قبل البدء بالتنفيذ، من الاتفاق مع المصرف على ذلك التعديل، كما ويشترط حصول موافقة المستشار عليه.

البند الثامن

تعتبر المرفقات التالية جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ومكملة له:

1. الشروط العامة للتعامل.

2. ملحق وصف المشروع.

البند التاسع

حرر هذا العقد على نسختين أصليتين موقعتين من قبل الفريقين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخه أدناه، إقراراً بصحته، وإنفاذاً لمضمونه، والتزاماً بأحكامه، ويكون لكل نسخة ذات حجية الأخرى، ومن المفهوم أن واقعة التوقيع على الصفحة الأخيرة من هذه الشروط بمثابة التوقيع على سائر الصفحات والتي تشكل وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة.

حرر ووقع في .....

بتاريخ ..... هج، الموافق ..... م.

المصرف	**العميل**
المصرف الإسلامي الفلسطيني	الاسم: .....
التوقيع:	التوقيع: .....

النموذج الذاني

عقد استصناع موازي

حرر هذا العقد وتم بعون الله وتوفيقه بين كل من:

الطرف الأول: (المستصنع)

المصرف الإسلامي الفلسطيني، ويمثله .....

والمسمى فيما بعد "المصرف"

الطرف الثاني: (الصانع)

السيد/ السادة ..... ويمثله .....

المسمى/ المسمون فيما بعد "الصانع"

أقر الفريقان بأهليتهما الشرعية والقانونية للتعاقد والاتفاق.

تمهيد

بالإشارة إلى عقد الاستصناع المبرم بين المصرف والعميل والمرفق طيه نسخة عن العقد، والذي أعلن فيه عن رغبته في أن يقوم المصرف بتمويل وتنفيذ المشروع الموصوف في ملحق وصف المشروع.

ويتضمن الملحق المذكور الوصف التفصيلي للمشروع موضوع العقد، والمخططات والرسومات وجداول الكميات، ومراحل تنفيذ المشروع، وشروط التوريد والتسليم.

وقد وافق الصانع على طلب المصرف، وذلك وفقاً للشروط الواردة في البنود التالية.

البند الأول

يعتبر التمهيد الوارد أعلاه جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد.

البند الثاني

1. يلتزم الصانع بتوريد وتنفيذ المشروع موضوع العقد حسب المواصفات والجدول الزمني وخلال المدة المحددة في ملحق وصف المشروع، وفي حال تأخره، فإنه يلتزم بتحمل غرامة تأخير بحسب لائحة غرامات التأخير المبينة في ملحق وصف المشروع وطبقاً للضرر الذي يلحق المصرف من جراء ذلك، مع عدم الإخلال بحق المصرف في فسخ العقد وتكليف مقاول آخر لتنفيذ أو

استكمال تنفيذ المشروع حسب الشروط الواردة في ملحق وصف مشروع.

2. يلتزم الصانع باستعمال المواد المحددة في ملحق وصف المشروع، ولا تعفي موافقة المفوضين عن المصرف الخطية على استعمال مواد مغايرة من مسئولية الصانع عن ضمان المواد.
3. يضمن الصانع جميع الأعمال المنفذة، ويكون مسئولاً عن أي خلل أو عيب ينشأ عن العمل أو المواد أو طريقة التنفيذ، ويتحمل العميل جميع الأضرار الناتجة عن ذلك الخلل أو العيب مهما كانت أسبابها.
4. يلتزم الصانع بأن يقدم للمصرف قبل تاريخ ..... كفالة دفع صادرة عن مصرف آخر ويفضل أن يكون إسلامياً مقبولاً من المصرف وغير مشروطة بقيمة .....٪ من قيمة هذا العقد، وذلك لضمان السلفة النقدية المقدمة من المصرف للمقاول. تكون هذه الكفالة سارية المفعول من تاريخ إصدارها ولمدة لا تقل عن 3 شهور بعد تاريخ التسليم النهائي المحدد في ملحق وصف المشروع.
5. يلتزم الصانع بأن يقدم للمصرف قبل تاريخ ..... كفالة دفع صادرة عن مصرف آخر مقبول ويفضل أن يكون إسلامياً وغير مشروطة بقيمة .....٪ من قيمة هذا العقد، وذلك لضمان حسن تنفيذ المشروع. تكون هذه الكفالة سارية المفعول من تاريخ إصدارها ولمدة لا تقل عن 3 شهور بعد تاريخ التسليم النهائي المحدد في ملحق وصف المشروع.
6. يلتزم الصانع بأن يقدم للمصرف، بتاريخ التسليم النهائي الفعلي للمشروع، كفالة دفع صادرة عن مصرف آخر مقبول من المصرف ويفضل أن يكون إسلامياً وغير مشروطة بقيمة .....٪ من قيمة هذا العقد، وذلك لضمان صيانة المشروع.
7. يلتزم الصانع بالتأمين على موقع العمل وعلى سلامة العمال ضد جميع

الأخطار، ويكون مسئولاً وحده عن الأضرار التي قد تصيب موقع العمل مثل السرقة والحريق والتي قد تصيب العمال مثل إصابات العمل، وذلك مهما كان سبب الأضرار.

8. يحق للصانع، بالموافقة الخطية للمفوضين عن المصرف، التنفيذ الجزئي للمشروع عن طريق مقاولة الغير من الباطن. ولا تعني موافقة المصرف إعفاء العميل من مسئوليته المطلقة عن عمل مقاول الباطن أو تقليل تلك المسئولية.

البند الثالث

يعين المصرف مستشاراً ليكون وكيلاً عنه في الإشراف على تنفيذ المشروع والتأكد من أن الأعمال المنجزة نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها في ملحق وصف المشروع، وكذلك لاعتماد شهادات الإنجاز ولتسلم المشروع بعد إتمام التنفيذ بالكامل.

البند الرابع

قيمة هذا العقد مبلغ ..... فقط ..... يدفع المصرف منه للصانع بتاريخ توقيع العقد قيمة السلفة النقدية بواقع .....٪ من قيمة العقد، أي مبلغ ..... فقط ...... ويلتزم المصرف بدفع المبلغ المتبقي للصانع على دفعات بحسب إنجاز العمل بموجب شهادات إنجاز معتمدة من المستشار وبحسب الشروط الواردة في ملحق وصف المشروع، وبمراعاة اقتطاع المبالغ التالية من قيمة كل دفعة:

- المبلغ المعادل لاسترداد السلفة النقدية، وبحسب نسبة قيمة الدفعة إلى قيمة العقد.
- المبلغ المعادل لما نسبته .....٪ من قيمة الدفعة، لحجزه لدى المصرف ضماناً لسلامة الأداء. بتاريخ الاستلام النهائي للمشروع، يدفع المصرف للصانع

رصيد حقوقه وفقاً لشروط هذا العقد وملحق وصف المشروع.

البند الخامس

في حالة وجود أي أعمال إضافية أو تعديلات يقترحها المصرف مما قد يؤثر على قيمة هذا العقد أو يؤخر التسليم، فإنه لابد قبل البدء بالتنفيذ من الاتفاق مع العميل على ذلك التعديل، كما ويشترط حصول موافقة المستشار عليه.

البند السادس

تعتبر المرفقات التالية جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ومكملة له:

1. الشروط العامة للتعامل.
2. ملحق وصف المشروع.

البند السابع

في حال توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفة الصانع، يكون جميع الموقعين مسئولين متكافلين متضامنين في تنفيذ التزامات العميل.

البند الثامن

1. إذا طرأ خلاف ناشئ عن تطبيق أحكام هذا العقد، يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الإسلامية.
2. يحق للمصرف عرض الخلاف على مؤسسة تحكيم متخصصة أو على لجنة تحكيم تشكل من ثلاثة محكمين يختار المصرف أحدهم، ويختار الصانع حكماً آخر، أما الحكم الثالث فيختاره المحكمان الأولان. يكون حكم المؤسسة أو اللجنة، سواء صدر بالإجماع أو بالأغلبية، ملزماً للفريقين وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانوناً. وفي حال عدم

الفصل في النزاع عن طريق التحكيم بسبب عدم توفر الأغلبية اللازمة للحكم، يحال الخلاف موضوع التحكيم إلى المحاكم النظامية المختصة للفصل في أي طلبات و/أو قضايا بمقتضى التحكيم و/أو ناشئة عنه و/أو متعلقة به و/أو بهذا العقد.

3. يسري على هذا العقد أحكام القوانين والأنظمة المعمول بها في بلد توقيعه، ويخضع تفسيره للأنظمة واللوائح والأعراف التجارية السارية، فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الفريقين، وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.
4. تكون العناوين الموضحة أدناه موطناً مختاراً للمصرف وللصانع لتلقي كافة التبليغات والإخطارات والإشعارات والمراسلات، وتتم عن طريق تسليم اليد أو بالبريد المسجل أو الممتاز أو بالبرق أو بالتلكس أو أي وسيلة الكترونية أخرى، وتعتبر أي طريقة من تلك الطرق وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات التسليم قانوناً.

البند التاسع

حرر هذا العقد على نسختين أصليتين موقعتين من قبل الفريقين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخه أدناه، إقراراً بصحته، وإنفاذاً لمضمونه، والتزاماً بأحكامه، ويكون لكل نسخة ذات حجية الأخرى. ومن المفهوم أن واقعة التوقيع على الصفحة الأخيرة من هذه الشروط بمثابة التوقيع على سائر الصفحات والتي تشكل وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة.

حرر ووقع في .....

بتاريخ ..... هج، الموافق ..... م.

المصرف	العميل
المصرف الإسلامي الفلسطيني	الاسم: .....
التوقيع:	التوقيع: .....

الخاتمة

من خلال ما مضى من بيان في هذا البحث، يمكن أن نخلص إلى النتائج والتوصيات الآتية:

- إن الاستصناع عقد بيع للعين المصنوعة، لا لعمل الصانع، وهو ليس وعداً ببيع، ولا إجارة على العمل، بل هو عقد جديد مستقل.
- جاء الاستصناع ليحقق رغبات الناس ومتطلباتهم من صانع ومستصنع، نظراً لتطور الصناعات تطوراً كبيراً في وقتنا الحاضر.
- يشترط في الاستصناع أن يكون المستصنع فيه معلوماً، ومما يجري فيه التعامل بين الناس وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان.
- يجوز عدم ضرب الأجل في الاستصناع على رأي جمهور الحنفية، وخالف في ذلك الصاحبان واعتبرا ضرب الأجل في الاستصناع هو العرف.
- الراجح أن الاستصناع عقد لازم إذا تم صنعه وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها بين المتعاقدين.
- يتفق الاستصناع والسلم في أمور، منها: أن كلاً منها بيع لشيء معدوم، أجازه الشرع لحاجة الناس إليه، وتعاملهم به، ويختلفان في أمور كثيرة على رأي الحنفية.
- ينتهي الاستصناع بتمام الصنع وتسليمه، وقبوله، وكذلك ينتهي بموت أحد العاقدين.