عقد الاستصناع

دراسة فقهية مقارنة

فارس فضيل عطيوي

العلمية للمطبوعات

عنوان کتاب: عقد الاستصناع: دراسة فقهية مقارنة

پدیدآور[ان]: عطیوی، فارس فضیل

نام ناشر: العارف للمطبوعات

جلد[ها]: 1

نام و نام خانوادگی کاربر: پژوهشگاه مطالعات فقه معاصر

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتالی نور

تاریخ دانلود: 1404/7/21

تعداد صفحات دانلود شده: 295

عقد الإستصناع

«دراسة فقهية مقارنة»

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

فارس فضيل عطيوي

عقد الإستصناع

« دراسة فقهيّة مقارنة »

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

العارف للمطبوعات

عقد الإستصناع (دراسة فقهية مقارنة)

فارس فضيل عطيوي

الطبعة الأولى 1436 هـ - 2015 م
القياس: 17 × 24
عدد الصفحات: 296
ISBN: 978-614-441-065-3

نشر وتوزيع
شركة العارف للأعمال ش.م.م

العارف للمطبوعات

بيروت ـ لبنان
00961 70839503

العراق ـ النجف الأشرف
00964 780 1327828
Trl: www. alaref. net

التوزيع في الجزائر والمغرب العربي:
دار الأبحاث للطباعة والنشر والتوزيع
الجزائر هاتف: 744281 - 21 (00213)
البريد الالكتروني: www. alabhaath@com

التوزيع في الأردن:
دار المناهج للنشر والتوزيع
الأردن ـ هاتف/ فاكس 4650624 00962
البريد الإلكتروني: info@daralmanahej. com

جميع حقوق النشر محفوظة للمؤلف، ولا يحق لأيّ شخص أو مؤسسة أو جهة إعادة إصدار هذا الكتاب، أو جزء منه، أو نقله بأيّ شكل أو واسطة من وسائط نقل المعلومات، سواء أكانت إلكترونية أو ميكانيكية، بما في ذلك النسخ أو التسجيل أو التخزين والاسترجاع، دون إذن خطي من أصحاب الحقوق.

© All rights reserved. No part of this book may be reproduced, or transmitted in any form or by any means, electronic or mecha- anical, including photocopyings, recoding or by any information storage retrieval sys- tem, without the prior permission in writing of the publisher

قال تعالى

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾

الإهداء

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

إلى الرسول الأكرم محمّد (صلى الله عليه وآله وسلم)

المقدّمــة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسّلام على أشرف المرسلين محمد(صلى الله عليه وآله)، وعلى أهل بيته الطاهرين، وصحبه المنتجبين.

حتّم الواقع المعاصر أهميّة كثيرٍ من البحوث في شتّى المجالات، وليس ذلك ممّا يستثنى منه مجال الشريعة والعلوم الإسلاميّة، فإلى هذا وغيره ترجع أهميّة البحث في (عقد الإستصناع – دراسة فقهيّة مقارنة)، ولبيان أسباب اختيار الموضوع وأهميته ومكانته البحثية لابدّ من تقديمٍ يوضّح ذلك.

وعليه انبثقت فكرة الموضوع، وتسبب اختياره عن جهتين مهمتين، الأولى: اتساع أهميّة الإستصناع الحاليّة، والثانية: محدوديّة الدراسات الفقهيّة المعالجة لمعاملته من ناحيتين، الأولى: محدوديّة الطرح الفقهي المبحوث في عقد الإستصناع، والثانية: محدوديّة المعالجة الفقهيّة التي قدّمها بعض العلماء والباحثين سواء على مستوى الاستقراء غير المكتمل للآراء الفقهيّة ومدارسها أم على مستوى التحليل والمناقشة وما استجدّ من أدوار وتطبيقات تتصل بعقد الإستصناع ومشكلاته بما يصبّ في ضرورة دراسته وأهمية مناقشته التي آمل أن تسدّ فراغاً ملحوظاً وبائناً في العرض الفقهي المتخصص في هذا المجال، وهنا لابدّ أن يُشار إلى أهم الدراسات السابقة وفاء للمنهج العلمي والأمانة العلميّة، وهي كما يأتي:

1. عقد الإستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلاميّة المعاصرة، الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد الزرقا، وهي محاضرة قُدمت للبنك الإسلامي للتنمية في شهر رمضان المبارك بمكة المكرّمة لسنة (1414 هـ) وقد اشتملت على محاور ثلاثة.

2. عقد الإستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكيّة، حسام الدين خليل، باحث في كلية الدراسات الإسلامية – مركز القرضاوي - قطر، وهي دراسة قدمها الباحث كحلّ للتخلّص من المعاملات البنكية الربويّة.

3ـ البحوث المنشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع الخاص بالإستصناع، وكذلك ما نشر في كتابي البشارة في شرح الإجارة لأستاذنا الشيخ باقر الإيرواني، وقراءات فقهيّة معاصرة للسيد محمود الهاشمي بخصوص الموضوع.

وقد حرصتْ الشريعة الإسلاميّة على يد معلمها الأوّل النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) على هداية هذه الأمة باتخاذ الموضوعيّة والحياديّة وعدم التعصّب، وتقديم البرهان المناسب، مُدعماً بالدليل للوصول إلى الحقيقة العلميّة الرصينة.

وعليه، كان المنهج المتّبع في بحثي المقارن بين المذاهب الإسلاميّة الثمانية (الحنفيّة، المالكيّة، الشافعيّة، الحنابلة، الإماميّة، الظاهريّة، الزيديّة، الإباضيّة) من خلال تحرير المسألة تحريراً موضوعيّاً بعرض الرأي الشرعي والدليل المعتمد ومناقشته، ومن ثمّ الخروج بالرأي توافقاً – بحسب معطيات البحث – بالاعتماد على وسائل البحث العلمي الممكنة.

ومن هنا لم أتخذ – منهجيّاً - ما اشتهر بين الباحثين من جعل التصنيف مذهبيّاً وأُدرج تحته آراء منتميه كأن أقول (الإستصناع عند الحنابلة) أو (الإستصناع عند الحنفيّة)؛ فإن هذه الطريقة تُشعر بوجود الهوّة والفجوة بين أبناء الدّين الحنيف. مستعيناً بكلّ ما تيسر من مصادر التشريع والاجتهاد الفقهي المتنوعة ذات الصلة بالبحث من كتب فقهيّة وحديثية وأصوليّة وعلميّة ولغوية؛ بغيّة الوصول إلى نتائج جيّدة.

وفي سبيل البحث واجه الباحث عدد من المشكلات أهمّها:

1ـ قلّة المصادر التي تناولت الموضوع عموماً، فقد تجد المطولات الفقهيّة والبحوث الاستدلاليّة إلا أنها نادراً ما تشير للموضوع، وهذا ما يشكّل عقبة في طريق

تحصيل المعلومة، وإخراجها بصورة واضحة.

2. عدم تنقيح صغريات الموضوع، بل أكثر من ذلك الاضطراب الواضح في تنقيح كبريات الموضوع عند من بحثوه، وهذا ما سيلاحظ في ثنايا البحث.

وقد انتظم البحث في مقدّمة ومبحث تمهيدي وثلاثة فصول وخاتمة منتهياً بأبرز المصادر والمراجع.

فالمقدّمة: اشتملت على بيان أسباب اختيار الموضوع، أهميته، أهم المشكلات البحثية، منهجيّة البحث وخطته. والمبحث التمهيدي: تضمّن أربعة مطالب: التعريف بالمفهوم، أهميته، أنواعه والتأصيل الاصطلاحي للمفهوم.

أمّا الفصل الأوّل: ففيه مبحثان، المبحث الأوّل: جواز الإستصناع: وقد اشتمل على التكييفات الفقهيّة المجوّزة لعقد الاستصناع وتخريجاته. والمبحث الثاني: عدم جواز الإستصناع: بيّن أهم التتكييفات الموجّه لعدم الجواز.

وقد تناولت في الفصل الثاني مشروعيّة عقد الإستصناع في ثلاثة مباحث، المبحث الأوّل: الأدلة على مشروعيّة الإستصناع، والمبحث الثاني: أركان عقد الإستصناع ثمّ المبحث الثالث: شروط عقد الإستصناع وآثاره.

وتطرّق الفصل الثالث لأهم تطبيقات الإستصناع المعاصرة والأمور المجعولة فيه، وفيه مبحثان، المبحث الأوّل: تطبيقات عقد الإستصناع، والمبحث الثاني: الأمور المجعولة فيه.

أمّا الخاتمة والملاحق: فاستعرضتُ فيهما أهم النتائج التي أفرزها البحث وأنتجتها معايير البحث العلمي، والاستفتاءات المقدّمة من قبل الباحث لفقهاء الإمامية المعاصرين لقلّة ما ورد عنهم بخصوص موضوع البحث في المصادر والمراجع. منتهياً بأبرز المصادر والمراجع المعتمدة في البحث.

وهنا أتقدّم بالشّكر والثناء لله تبارك وتعالى لما وفقني إليه، وكل من سعى في بلورت هذا البحث، والله تعالى وليّ التوفيق.

المبحث التّمهيدي

الإستصناع: مفهومه، أهميته، أنواعه، تأصيله

- المطلب الأوّل: المفهوم اللغوي والفقهي لعقد الإستصناع
- المطلب الثاني: أهمية الإستصناع
- المطلب الثالث: أنواع الإستصناع
- المطلب الرابع: التأصيل الفقهي لمصطلح الإستصناع

المطلب الأوّل

المفهوم اللغوي والفقهي لعقد الاستصناع

لبيان مفهوم الاستصناع يُلاحظ ما ورد في اللغة والاصطلاح الفقهي؛ ليتسنى معرفة المراد منه، وكما يأتي:

أوّلاً: في اللغةً

هو طلب الفعل والصّنعة، يقال اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتما(1) واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه، والاستصناع هو استفعال من صنع، فالألف والسين للطلب، يقال: استغفار لطلب المغفرة، ومنه قوله تعالى ﴿وَٱصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِى﴾[2]. وصنع إليه مَعْروفاً كمنَع، صُنعاً بالضم وصنع به صنيعاً قبيحاً: فعله والشيء صنعاً بالفتح والضم: عمله وما أحسن صُنع اللّه بالضم وصنيع اللّه عندك. والصّناعة ككتابة: حرفة الصانع وعمله: الصّنعة(3). إذاً، الاستصناع لا يعدو عن كونه طلب الفعل والصنعة من الغير.

---

(1) ينظر: لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، الناشر: دار الكتب العالمية – بيروت، ط 1، ت: 1418 هـ - 1998 م: 8 / 209 مادة (صنع).

(2) طه: 41.

(3) ينظر: القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار العلم للجميع (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1306 هـ: 1 / 954 مادة (صنع).

ثانياً: في الاصطلاح الفقهي

يُلاحظ التعريف بمفهوم الاستصناع - بحسب الاصطلاح الفقهي – أنه قد ذكره عددٌ من المعرّفين نختار بعضاً منهم، وكما يأتي:

1. علاء الدين السمرقندي (ت: 539 هـ)، وقد عرّفه بقوله: «هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع»[1].

2. أبو بكر الكاساني (ت: 587 هـ)، إذ ذكر في تعريفه: «هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل»[2].

3. ابن عابدين (ت: 1252 هـ) عرّفه قائلاً: «فهو طلب العمل منه في شئ خاص على وجه مخصوص يعلم ما يأتي»[3].

4. مصطفى الزرقا إذ اختار في تعريفه ما نصّه: «هو عقد يُشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده، بأوصاف معينة، وبثمن محدود»[4].

5. محمود الهاشمي قال معرّفاً إياه: «الاستصناع هو اتفاق مع أرباب الصنائع على عمل شيء معين للمستصنع كالثوب والسرير والباب ونحوها، ويكون العين والعمل كلاهما على الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع له كان إجارة، وإن كان

---

(1) تحفة الفقهاء، علاء الدين محمد السمرقندي، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، ط2، ت: 1414 هـ - 1993 م، 2/ 326.

(2) بدائع الصنائع، علاء الدين بن مسعود الكاساني، المكتبة الحبيبية – باكستان، ط1، ت: 1409 هـ - 1989 م، 5 / 2.

(3) حاشية رد المحتار، محمد أمين بن عمر المعروف ابن عابدين، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (بيروت – لبنان)، ط1، ت: 1995 م، 5 / 352.

(4) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مصطفى أحمد الزرقا، نشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب – جدّه، ت: 1420 هـ: 19.

ما يريده المستصنع له جاهزاً بالفعل يأخذه منه كان بيعاً وشراءً»[1].

تعقيب وترجيح

بالإمكان الملاحظة والتعقيب والترجيح في ضوء التعريفات السابقة وكالتالي:

1ـ من الواضح أن أغلب التعريفات المذكورة هي لمشهور فقهاء الحنفيّة، أما بقيّة المذاهب من المالكيّة[2] والشافعيّة[3] والحنابلة[4]، وكذلك متقدمي الإماميّة[5] فلم يذكروا له تعريفاً خاصاً؛ لدخول بعض صوره في السّلم، ولعدم جواز مثل هكذا عقود عندهم؛ لأن المستصنع فيه، معدوم وبيع المعدوم لا يجوز[6].

2. كان تعريفُ السمرقندي مختصراً من حيث الصيغة إلا أنه لم يذكر اشتراط الثمن في التعريف، والكلام ذاته يرد على تعريف أبي بكر الكاساني.

---

(1) قراءات فقهيّة معاصرة، محمود الهاشمي، طبع ونشر: مؤسسة الفقه ومعارف أهل البيت (عليهم السلام)، ط1، ت: 1433 هـ - 2011 م، 2/ 265.

(2) يُنظر: الشرح الكبير، سيدي أحمد الدردير، المطبعة: دار إحياء الكتب العربيّة، لاط، لا ت: 3/ 217. وكذلك يُنظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 3/ 217.

(3) يُنظر: الأم، محمّد ابن ادريس الشافعي المطلبي، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط2، ت: 1403 هـ - 1983 م: 3/ 156.

(4) يُنظر: الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي (بيروت – لبنان)، تح: محمد حامد الفقي، لا ط، لا ت، 5/ 87. ويُنظر: الإقناع لموسى بن أحمد الحجاوي: 2/ 64. ويُنظر أيضاً: كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي: 3/ 165. وينظر: الفروع وتصحيح الفروع لمحمد بن مفلح المقدسي: 4/ 18.

(5) المبسوط في فقه الإماميّة، محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق وتعليق وتصحيح: محمد تقي الكشفي، الناشر: المكتبة الرضوية لإحياء آثار الجعفريّة، ط1، ت: 1415 هـ: 2/ 345.

(6) يُنظر: مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع – الجزء الثاني، لا ط، لا ت، الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناع أو عقد سلم، حسن علي الشاذلي: 461.

3ـ ما يخص تعريف ابن عابدين فهو غير مانع؛ لدخول الإجارة فيه[1].

4ـ يردُ على ما ذكره الشيخ الزرقا كون الاستصناع بيعاً إذ قال: (هو عقد يشترى... يلتزم البائع...) مع أنه اختار أن يكون عقداً جديداً في تخريجه وتكييفه.

5ـ الملاحظ على تعريف الهاشمي إن التعبير بالإتفاق يُشعر بعدم لزوم هذا العقد، مضافاً إلى عدم ذكر الثمن واشتراطه، وعدم معلومية الأوصاف.

ويضاف على مجموع الملاحظات السابقة عدم اشتراط الأجل[2] في الاستصناع؛ إذ لازم عدم اشتراط المدّة تضييع وقت المنفعة ولو في بعض حالات الاستصناع، كمن يتفق مع صانع أجهزة تبريد مثلاً – والتي وقت حاجتها الفعلية في الصيف – ليصنع له، فعدم تسليم الأجهزة في وقتها يسبب الضرر على المستصنع له، وهو منهي عنه في الإسلام.

ولأجل تلكم الملاحظات ينبغي تعريفه كالآتي: (هو عقد بموجبه يلتزم الصانع بصنع شيء معيّن بمواد من عنده وفق أوصاف معيّنة للمستصنع بثمن معيّن وبمدّة زمنيّة محدّدة).

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(1) يُنظر: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، لا ط، ت: 1420 هـ: 19.

(2) الأجل: هو أمر محقق الوقوع، أو مدّة مستقبليّة مضافاً إليها أمر من الأمور. ينظر: الأجل في الفقه الإسلامي، صاحب محمد حسين نصّار، الناشر: المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، المطبعة: نكار – طهران، ط 1، ت: 1430 هـ: 20.

المطلب الثاني

أهميّـــة الإستصنـــاع

لمعاملة الاستصناع أهمية كبيرة تدخل في مختلف الميادين الحياتية، الصناعيّة منها والزراعية، والاقتصادية وتطوير البلاد بشتى المستويات بحيث يكاد لا يخلو أي نظام بل أي مؤسسة وورشة عمل من طبيعة هذا العقد، حتى أصبح اليوم واحداً من الأنظمة التي لا يُستغنى عنها بحال من الأحوال؛ ويرجع السبب في ذلك إلى سهولته وعدم الكلفة الكبيرة فيه، والسرعة في انجاز العمل وإلى غير ذلك. وعليه فيمكن رصد أهميته الكبيرة في ما يأتي:

أوّلاً: أهميته الاجتماعيّة

تتضح أهمية الاستصناع في الحياة البشريّة كونه يمثّل حاجة مهمّة في مجالاتها المختلفة، إذ بيّن الله تعالى أن البشر متفاوتون فيما بينهم تسخيرا منه سبحانه لبعضهم البعض: ﴿ أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَوٰةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ ﴾[1]. ومن صور التعامل والتعاون المشترك بين الناس: معاملة الاستصناع؛ إذ المستصنع له محتاج لمن يصنع له حاجته بالشكل الذي يريد، والصانع يحتاج إلى المال الذي يأخذه مقابل صنعته ليستعين به على مصارف الحياة.

---

(1) الزخرف / 32.

ثانياً: أهميته الاقتصاديّة

تتلخص الأهميّة الاقتصاديّة للاستصناع بعدد من النقاط، هي:

1 ـ من جهة الصانع

كون ما يصنعه جرى التعاقد عليه مسبقاً، وتحقق ربحه فيه، وعرف مقدار الربح، فهو يعمل بطمأنينة، أما بغير عقد الاستصناع فإن الصانع قد يحتاج إلى مدة لتسويقه وقد يتطلب تكاليف كبيرة، وقد يُصيب البضاعة الكساد فتكون الخسارة مضاعفة – من جهة العمل ومن جهة المواد – لحين البيع.

2 ـ من جهة المستصنع له

إن حصول المُستصنع على ما يريد بالصفة والنوع، لا يضطره لشراء ما قد لا يناسبه من البضائع الجاهزة؛ إذ إن بعض الأمور لا توجد جاهزة بل لا بد من طلب صنعها من الصانع فتصنع حسب الطلب، كبعض البيوت والأبنية، كما أن المستصنع له يكون مطمئناً بالاستصناع لكونه يتابع الصنع بنفسه، فيتأكد من عدم وجود غرر أو تدليس في المصنوع، مما يجعله مرتاح النفس مطمئناً.

3 ـ من جهة المجتمع

تتحرك الأموال من جهة إلى أخرى بالاستصناع مما ينعش الحركة الاقتصادية في البلد، ولذلك يدعو كثير من الاقتصاديين المسلمين إلى أهمية جعل أطراف الاستصناع من المسلمين لتنعش اقتصادهم وتزيد من مصادر دخلهم، كما أن فيه استفادة لأصحاب التخصصات في تخصصاتهم، فلو أن عالماً أراد أن يبني بيتاً ولم يجد من يصنع له، لكان في ذلك ضرر كبير على المجتمع بإشغال هذا العالم مما يحرم المجتمع من علمه ونفعه، ومثل ذلك الطبيب والمفكر وغيرهم[1].

---

(1) ينظر: "انترنت"، ورقة عمل منشورة بعنوان: بحث في سبل تطوير البدائل التمويلية للمشاريع الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مداني أحمد، نشر بتاريخ: 24 – 45 / نوفمبر / 2008 م.

ثالثاً: أهميته التجاريّة

1.لم يبقَ عقد الاستصناع منحصراً، كما كان في الماضي في نطاق الاحتياجات الفرديّة الشخصيّة التي كانت هي العامل الأساسي في وجوده وتعارفه حين يحتاج الشخص إلى شيء بمواصفات خاصة لا توجد عادة في المتدوال العام من السلع، وأصبح من الممكن أن ينطلق الاستصناع إلى آفاق المصنوعات في نطاقها الواسع في عصر الانفجار الصناعي، وبالكميات الضخمة الهائلة من المصنوعات المثلية التي تنقلها التجارة إلى مختلف بلاد العالم بشتى درجات الرقي التي يحتاجها الإنسان في كل وسائل حياته، وكذلك في غذائه الضروري فهو يحتاج – في الجملة - إلى منتوجات العالم الصناعي ومصنوعاته.

2.إن معاملة الاستصناع قد جمعتْ بين خاصيتين: خاصيّة بيع السّلم في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد (سيصنع فيما بعد) وخاصيّة البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمانياً لا يجب تعجيله كما في السّلم[1] وهذا يوفّر مرونة أكبر في المعاملة مقارنة بأشكال البيع الأخرى.

وللاستصناع أهميّة كبيرة في المجالات المعاصرة، منها:

أ.يجعل الصانع يزيد من مصنوعاته كلما زاد الطلب، وهو بذلك يلبي حاجة المستصنع له.

ب.أصبح وسيلة هامة من وسائل التمويل الإسلامي في عصرنا الحاضر.

جـ.يساعد على التطوير والتعديل على الصناعات المختلفة، وإرضاء الأذواق المختلفة، وتحقيق المصالح الخاصة والعامة على وفق المقاييس المناسبة والملائمة.

د.يزيد من تنشيط بناء العقارات، وصنع الطائرات والصواريخ، وتصنيع المباني الجاهزة وفقاً للمعايير المطلوبة[2].

---

(1) ينظر: عقد الاستصناع، أحمد الزرقا: 23.

(2) ينظر: موسوعة القضايا الفقهيّة المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي أحمد السالوس، الناشر: مكتبة دار القرآن بمصر + دار الثقافة في الدوحة، ط 7، ت: 1424 هـ - 2002 م: 833.

المطلب الثالث

أنــواع الاستصنــاع

أوّلاً: الإستصناع التقليدي

المراد منه الحالة الطبيعيّة والمعروفة للاستصناع، بأن يأتي طالب الصنعة (المستصنع له) إلى الصانع ويطلب منه أن يستصنع له شيئاً معيّناً كأن يكون جهازَ تبريد – مثلاً – بمواصفات محددة وثمن محدد.

وعليه، فالإستصناع بهذه الحالة قائم على طرفين لا غير من دون وسيط بينهما، أعني المستصنع والصانع.

ثانياً: الإستصناع الموازي

هو أن يبرم البنك معاملةُ إستصناعٍ بصفته صانعاً مع عميل يريد صنعة معينة، فيجرى العقد على ذلك، و تتعاقد المؤسسة مع عميل آخر باعتباره مستصنعاً، فتطلب منه صناعة المطلوب بالأوصاف نفسها.

والغرض منه: بناءً على التغير الكبير الذي يحدث في المجتمعات، ونظرا للحاجة الكبيرة لدعم الاقتصاد بمشاريع ضخمة وبرؤوس أموال كبيرة، فقد أصبح الاستصناع من المعاملات ذات الأهمية الكبيرة للمصارف تلبية لاحتياجات ورغبات الجماعات والأفراد[1]، التي لا يمكن تمويلها بعقود البيوع الأخرى وذلك من خلال تصنيع السلع وسداد الثمن مؤجلاً أو على أقساط، وفقاً لقدرات المستصنع له

---

(1) ينظر: بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلاميّة، محمد الأشقر، الناشر: دار النفائس – عمّان، ط 2، ت: 1415 هـ - 1994 م: 172.

وموافقة الصانع على ذلك[1].

وقد أُشترِط في الاستصناع الموازي شروطاً خاصة- إضافة إلى شروط الإستصناع - وذلك لئلا يكون حيلة إلى الربا، ومن تلك الشروط:

1. يبرم عقد البنك مع المستصنع له منفصلاً عن عقدها مع الصانع.

2. يجب أن تكون السلعة ملكاً للبنك، وتقبضها قبل بيعها على المستصنع.

3- يتحمل البنك نتيجة إبرامه عقد الاستصناع بصفته صانعاً كل تبعات المالك، ولا يحق له أن يحولها إلى العميل الآخر في الاستصناع الموازي[2].

فالإستصناع الموازي قائم بدوره على عناصر ثلاثة وهي: المستصنع له والبنك والصانع، فتشكّل هذه الثلاثة بمجموعها هذا النوع من الإستصناع.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(1) ينظر: الجعالة والإستصناع "تحليل فقهي واقتصادي"، شوقي أحمد دنيا، ط 2، ت: 1419 هـ: 44 - 45.

(2) يُنظر: عقد الاستصناع، مصطفى الزرقا: 33 وما بعدها.

المطلب الرابع

التأصيل الفقهي لمفهوم الإستصناع

لمعرفة التأصيل الشّرعي – بوجه عام – للوقائع والمفاهيم الشرعيّة عدّة مزايا، لعلّ من أبرزها التأثير الواضح في فهمها وتكوينها وصيرورتها بحالة من الأحوال[1]، وبمعنى آخر فإن معرفة البعد الشّرعي لا أقل يقوم بتنقيح صغريات الموضوع، وقد يقوم – أيضاً – بتشخيص الموضوع كبروياً.

ومن هذا المنطلق فالبأس منتفيٌ في بيان التأصيل الشرعي لمفهوم "الإستصناع" بحسب المذاهب الإسلاميّة، وكما يلي:

أوّلاً: تأصيل مصطلح الإستصناع عند الحنفيّة

تناول فقهاء المذهب الحنفي مفهوم الإستصناع بشكل كبير؛ بحيث توجد أوفر دراسة للموضوع عندهم كما سيلاحظ من خلال استعراض ممن تناوله من فقهائهم:

1. محمد بن أحمد السرخسي (ت: 483 هـ) في كتابه المبسوط[2].
2. علاء الدين السمرقندي (ت: 539 هـ) في تحفة الفقهاء[3].

---

(1) ينظر: دروس تمهيديّة في تاريخ علم الرجال عند الإماميّة، حيدر عبد الله، تقرير: أحمد بن عبد الجبار السّمين، دار الفقه الإسلامي، ط1، ت: 2012 م – 1433 هـ: 7.

(2) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي، الناشر: دار المعرفة للنشر والتوزيع والطباعة – بيروت – لبنان، ط 2، ت: 1406 هـ - 1986 م:

(3) ينظر: تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي: 2/ 52.

3. أبو بكر الكاساني (ت: 587) في بدائع الصنائع[1].

4. ابن نجيم المصري (ت: 970 هـ) في البحر الرائق[2].

5. علاء الدين الحصفكي (ت: 1088 هـ) في الدر المختار[3].

6. محمد بن حسين القادري (ت: 1138 هـ) في تكملته[4].

7. ابن عابدين (ت: 1252 هـ) في حاشيته[5].

8. محمد علاء الدين أفندي (ت: 1306 هـ) في تكملة الحاشية[6].

ومن خلال ما كتبه فقهاء الحنفيّة حول موضوع الإستصناع يمكن التوصّل إلى نقطتين هامتين:

الأوّلى: استطاعوا دراسة هذا المفهوم دراسة شاملة؛ إذ تناولوه من جوانب متعددّة وهذا ما لا يُلاحظ عند بقيّة المذاهب.

الثانية: إعطاء مفهوم الإستصناع استقلاليّة تامّة، بحيث وصل إلى ذروته على أيديهم.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع، علاء الدين بن مسعود الكاساني: 5 / 2.

(2) ينظر: البحر الرائق، زين الدّين بن ابراهيم ابن نجيم المصري، تح: زكريا عميرات، الناشر: محمد علي بيضون، المطبعة: دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1418 هـ - 1997 م: 6/ 285.

(3) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد علاء الدين الحصفكي، دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1415 هـ: 5 / 353.

(4) ينظر: تكملة البحر الرائق، محمد بن حسين الطوري القادري الحنفي، الناشر: منشورات محمد علي بيضون، تح: زكريا عميرات، المطبعة: دار الكتب العلمية (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1418 هـ - 1997 م: 2/ 41.

(5) ينظر: حاشية ردّ المحتار، محمد أمين ابن عابدين: 5 / 353.

(6) ينظر: تكملة حاشية رد المحتار، محمد علاء الدين أفندي، دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1415 هـ: 2/ 118.

ثانياً: تأصيل مصطلح الإستصناع عند المالكيّة

تناول الكثير من فقهاء المالكيّة مفهوم الإستصناع منهم:

1. الإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت: 179 هـ) في مدونته[1].
2. خليل بن اسحاق الجندي (ت: 767 هـ) في مختصره[2].
3. الحطاب الرعيني (ت: 954 هـ) في مواهبه[3].
4. شمس الدين الدسوقي (ت: 1230 هـ) في حاشيته[4].
5. أبو البركات سيدي أحمد الدردير (ت: 1302 هـ) في شرحه الكبير[5].

وعند متابعة ما كتبه فقهاء المالكيّة يمكن ملاحظة الأمور الآتية:

الأمر الأوّل: لم يتناول فقهاء المالكيّة مفهوم الإستصناع بشكل مستقل كما فعل فقهاء الحنفيّة، بل أدخلوه في باب السّلم في الصناعات، واشترطوا فيه شروط السّلم.

الأمر الثاني: الذي يظهر من خلال متابعة ما كتبه فقهاء المذاهب الإسلاميّة إن أوّل من أشار إلى مسألة الإستصناع – حسب التسلسل التاريخي – هو المذهب

---

(1) ينظر: المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المطبعة: السعادة – مصر، لا ط، ت: 1323 هـ: 4/ 18.

(2) ينظر: مختصر خليل، خليل بن اسحاق الجندي، دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1416 هـ: 218.

(3) ينظر: مواهب الجليل، محمّد بن محمّد بن عبد الرحمن الحطّاب الرعيني، تح: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1416 هـ - 1995 م: 6/ 517.

(4) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير، شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، تح: سيدي الشيخ محمد عليش، المطبعة: دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1330 هـ: 3/ 217.

(5) ينظر: الشرح الكبير، سيد أحمد الدردير أبو البركات: 4/ 57.

المالكي على يد الإمام مالك في مدونته.

الأمر الثالث: لم تتضح معالم المصطلح عندهم بشكل واضح، بل أقصى ما يستظهر هو ذكر صورته فقط.

ثالثاً: تأصيل مصطلح الإستصناع عند الشافعيّة

من علماء الشافعيّة الذين ذكروه:

1. الإمام محمد بن ادريس الشافعي (ت: 204 هـ) في كتابه الأم[1].
2. تقي الدين علي السّبكي (ت: 756 هـ) في كتابه الفتاوى[2].

يُلاحظ على المذهب الشافعي في مسألة تناوله الإستصناع أمور، منها:

الأمر الأوّل: تناول الشافعي مفهوم الإستصناع في باب بيع السّلم وقد اختلف نظره في بيان المسألة وتخريجاتها.

الأمر الثاني: لقد بحث بعض فقهاء الشافعيّة مفهوم الإستصناع تحت باب الإجارة – كما فعل تقي الدين السّبكي -، بحيث لم يظهر للمصطلح وجود استقلالي عندهم أكثر من بيان حكمه والوقوف عنده.

رابعاً: تأصل مصطلح الإستصناع عند الحنابلة

ممّن تناوله من فقهاء الحنابلة هو:

1. علي بن سليمان المرداوي (ت: 885 هـ) في الإنصاف[3].

---

(1) الأم، محمّد ابن ادريس الشافعي المطلبي، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط 2، ت: 1403 هـ - 1983 م: 3 / 134.

(2) ينظر: فتاوى السبكي، تقي الدين علي السبكي، دار المعرفة – بيروت، بلا ط، بلا ت: 1 / 447.

(3) ينظر: الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي (بيروت – لبنان)، تح: محمد حامد الفقي، ط 2، ت: 1406 هـ: 4 / 300.

2. منصور بن يونس البهوتي (ت: 1051 ت) في كشاف القناع[1].

ممّا يُلاحظ على فقهاء الحنابلة الذين تناولوا الإستصناع إنهم ذكروا الموضوع في كتاب البيع أثناء بحثهم لشروط البيع والمبيع كما صنع المرداوي والبهوتي. وبالتالي لم تتضح حقيقته عندهم وكل ما يتعلّق به لا من قريب ولا من بعيد.

خامساً: تأصيل مصطلح الإستصناع عن الإماميّة

تأصيل مفهوم الإستصناع عند الإماميّة يتضح من خلال متابعة ذلك عندهم حسب الفترات الزمنية للفقهاء، وكما يأتي:

1ـ فترة الفقهاء المتقدّمين

يقال لهذه الفترة – أيضاً – بعصر القدماء، وتمتد هذه الفترة على ما يبدو من سنة (260 هـ) أي من بداية الغيبة الصغرى للإمام المهدي عليه السلام إلى زمان السيد أحمد بن طاووس (ت: 673 هـ) وهو الرجالي المعروف الذي حصل في زمنه التقسيم الرباعي بعدما كان ثنائياً أو إلى زمان المحقق الحلي (602 – 676 هـ)[2].

أ. محمد بن الحسن الطوسي (ت: 460 هـ) في كتابه الخلاف مسألة 33، إذ قال: «إستصناع الخفاف، والنعال، والأواني من الخشب والصفر والرصاص والحديد...»[3].

ب . فضل بن الحسن الطّبرسي (ت: 548 هـ) في المؤتلف؛ حيث قال: «إستصناع

---

(1) ينظر: كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تح: كمال عبد العظيم العناني ومحمد حسن الشافعي، الناشر: محمد علي بيضون (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1418 هـ – 1997 م: 3/ 190.

(2) ينظر: كليات في علم الرجال، جعفر السبحاني، مؤسسة النشر الإسلامي – قم، ط 8: ت: 1428 هـ: 358.

(3) الخلاف، محمد بن الحسن الطوسي، تح: علي الخرسان، جواد الشهرستاني، مهدي طه نجف، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي – قم، ط 1، ت: 1411 هـ: 3/ 315.

الخفاف، والنعال، والأواني من الخشب والصفر والرصاص والحديد»[1].

جـ ـــ ابن حمزة الطوسي (ت: 560 هـ) ذكره في كتابه الوسيلة قائلاً: «ومن استصنع شيئا قُبِل»[2].

2 ـ فترة الفقهاء المتأخرين

تمتد هذه الفترة من زمان السيد بن طاووس (ت: 673 هـ) أو من زمان جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي (ت: 676 هـ) حتى زمان السيّد محمد صاحب المدارك (946 – 1009 هـ)[3]، وقد تناول مصطلح "الإستصناع" من الفقهاء المفلح بن حسن الصيمري (القرن السابع)؛ إذ ذكره في كتابه التلخيص قائلاً: «إستصناع الخفاف والنعال والأواني من الخشب والصفر والحديد والرصاص...»[4].

3 ـ فترة متأخري المتأخرين

تطلق هذه الفترة على العلماء الذين تأخروا عن زمان السيد محمد صاحب المدارك[5]. وممّن ذكر مصطلح "الاستصناع" ما يلي:

---

(1) المؤتلف من المختلف بين أئمة السّلف، فضل بن الحسن الطبرسي، تح: مهدي الرجائي، الناشر: مجمع البحوث الإسلاميّة، المطبعة: سيد الشهداء ﷺ، ط 1، ت: 1410 هـ: 1/ 536.

(2) الوسيلة إلى نيل الفضيلة، محمد بن علي المعروف بـ (ابن حمزة الطوسي)، تح: محمود الحسون، المطبعة: الخيام – قم، ط 1، ت: 1408 هـ: 257.

(3) ينظر: ضوابط علم الحديث والرجال، فاضل البديري، دار الضياء – النجف الأشرف، ط 1، ت: 14133 هـ: 101.

(4) تلخيص الاختلاف وخلاصة الاختلاف، المفلح بن حسن الصيمري (القرن السابع)، تح: مهدي الرجائي، إشراف: محمود المرعشي، الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي العامة – قم المقدسة، المطبعة: سيد الشهداء – قم، ط 1، ت: 1408 هـ: 2/ 90.

(5) ينظر: مقدمة مؤسسة آل البيت لإحياء التراث على كتاب "ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة" للشهيد الأول (ت: 734 – 486 هـ)، إيران – قم المقدسة، مطبعة: ستارة، ط1، ت: 1419هـ: 6.

أ . محمد حسين كاشف الغطاء (ت: 1373 هـ) فقد ذكر في تحرير المجلة ما يلي: «كما ان تقطيع الثوب على أن السلعة من الخياط إستصناع»[1].

ب ـ محمد علي الأنصاري (معاصر) حيث جاء في موسوعته: «الإستصناع... لم يتعرض فقهاؤنا لهذا العنوان إلا القليل منهم، كالشيخ، وابن حمزة، وابن سعيد...»[2].

جـ ــ علي أصغر مرواريد (معاصر) فقد ذكر في موسوعته ما يلي: «استصناع الخفاف، والنعال، والأواني من الخشب والصفر والرصاص والحديد...»[3].

وسيأتي في مطارح البحث مجموعة من العلماء المعاصرين الذي بحثوا الإستصناع وأفردوا له مبحثاً خاصاً وإن كان مختصراً، فذلك يُعدّ توسعاً ملحوظاً في دراسة مفهوم الإستصناع بعدما كان يقتصر في بحثه على كلمات معدودة كما هو الحال عند الشيخ محمد بن الحسن الطوسي وغيره. وممّن تناوله من فقهاء الامامية المعاصرين ما يأتي:

أ. محمود الهاشمي (معاصر) وقد بحثه في كتابه قراءات فقهيّة معاصرة وقد تناوله بشكل جيّد.

ب . باقر الإيرواني (معاصر) إذ بحثه في كتابه البشارة في شرح الإجارة.

تعقيب ومناقشة

بعد هذا الاستعراض لمن تناول الإستصناع من فقهاء الإماميّة، يمكن ملاحظة عدّة أمور ينبغي الإشارة إليها، وكما يلي:

الأمر الأول: لم يتناول فقهاء الإماميّة مصطلح "الإستصناع" كباقي المفاهيم

---

(1) تحرير المجلّة، محمد حسين كاشف الغطاء، المطبعة: الحيدرية – النجف الأشرف، ب ت ط، ت: 1360 هـ: 2/ 131.

(2) الموسوعة الفقهيّة الميسرّة، محمد علي الانصاري، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، المطبعة: مؤسسة الهادي، ط 1، ت: 1418 هـ: 2/ 324.

(3) الينابيع الفقهيّة، علي أصغر مرواريد، مؤسسة فقه الشيعة – بيروت، ط 1، ت: 1413 هـ – 1992 م: 35/ 143.

الشرعيّة التي كانت لها واقع ما بإزاء في الخارج، بل اكتفوا بذكر المصطلح فقط مع بيان حكمه وعلّته.

الأمر الثاني: الذين تناولوه منهم هم قليلون جداً بالمقارنة مع مجموع الفقهاء، وقد يُلاحظ – أيضاً – مرور أكثر من مائة عام بين من ذكروه.

الأمر الثالث: لم تتضح معالم مصطلح الإستصناع عندهم بحيث تتحدد أبعاده، وما يترتب عليه.

سادساً: تأصيل مصطلح الإستصناع عند الظاهرية

لم يتناول فقهاء الظاهرية مسألة الإستصناع لا من قريب ولا من بعيد[1]، بل قد يقال: إن استنطاق رأيٍ خاصٍ بهم في المسألة بحاجة إلى دليل مثبت. إلا بعض معاصريهم[2] حاول الإشارة إلى حكم الإستصناع وتخريجه.

ومن الجدير بالذكر انه لم يكن لمصطلح الإستصناع موقع من البحث عند فقهاء الزيديّة[3]، فلذلك لم تظهر له قيمه بحثية في مصنّفاتهم العلميّة[*] من خلال عدم التعرّض له.

---

(1) ينظر: المحلّى، علي بن أحمد ابن حزم الظاهري، تح: محمود أحمد شاكر، دار الفكر – بيروت، بلا ط، بلا ت: 9/ 82.

(2) ينظر: فتاوى المعاملات، أحمد الخليلي، بلا ط، بلا ت: 3/ 194.

(3) ينظر: نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، دار الجليل – بيروت، بلا ط، ت: 1973 هـ: 5/ 255. وينظر: سبل السلام، محمد بن اسماعيل الصنعاني، تح: محمد عبد العزيز الخلوي، الناشر: مكتبة الحلي – مصر، ط 4، ت: 1960 هـ: 3/ 171.

(*) قدّم الباحث استفتاء بخصوص موضوع البحث إلى المواقع الرسميّة للمذهب الزيدي بغية الحصول على رأيهم الفقهي لكن لم يتلقّ الرد على ذلك.

الفصل الأوّل

حكم الإستصناع

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

❁ المبحث الأوّل: الحكم بجواز الإستصناع

❁ المبحث الثاني: الحكم بعدم جواز الإستصناع

المبحث الأوّل

جـــواز الإستصنـــاع

لبيان الحكم الفقهي لجواز الاستصناع ومدى توثيقه شرعيّاً يُكيّف على تسعة مطالب وكما يأتي:

المطلب الأوّل: التكييف بالوعد

المطلب الثاني: التكييف على أنه أمر بالصُنع على وجه الضمان

المطلب الثالث: التكييف بالجُعالة

المطلب الرابع: التكييف بالصُلح

المطلب الخامس: التكييف بالعقد المركّب

المطلب السادس: التكييف بالبيع

المطلب السابع: التكييف بالسّلم

المطلب الثامن: التكييف بالإجارة

المطلب التاسع: التكييف بالعقد المستقلّ

توطئة:

اختلفت آراء الفقهاء في الاستصناع من حيث الجواز والعدم على قولين، وكل قولٍ له تكييفاته الخاصة لتوجيهه حسب مبناه، وعليه سيكون البحث ضمن هذين القولين وتخريجات كل منهما. وانتظم البحث في دراسة كلّ قول منهما ضمن عدد من المطالب، يشتمل الواحد منها على تكييف فقهي معيّن، وكان البحث والدراسة فيها موضوعيّاً، باختيار التكييف المعيّن وعرض أقوال المذاهب الإسلاميّة الواردة فيه وأهم الاعتراضات عليه – إن وجدت -.

وقد تستلزم الدراسة - في بعض الأحيان – تجزئة العبارة الواحدة الواردة في الموضوع تبعاً لحاجة المطلب؛ إذ الفقهاء عند بحثهم للموضوع يذكرونه دفعة واحدة بجميع تفرعاته وتقسيماته والأدلة على ذلك إلا أن طبيعة المنهجية التي وضعت للبحث اقتضت التفصيل، بهدف الابتعاد عن الطريقة التقليديّة التي تناولت الموضوع[1] مندمجاً على أساس كل مذهب، بحيث يُعنون الموضوع – مثلاً – الاستصناع عند الحنفية، أو عند المالكيّة، أو عند الشافعيّة أو.... وهكذا، بل جعلت التكييف المعيّن هو محور البحث والدراسة ضمن أقوال وآراء فقهاء المذاهب الإسلاميّة المختلفة؛ إذ التكييف واحد وإن تعددت منابعه. وغير خفي إن دراسة الموضوع بهذه الكيفيّة إنما هي بلحاظ استقراء ما كتبه فقهاء المذاهب الإسلاميّة على تنوعهم بهذا الجانب. وفي ضوء ما تقدّم يقال:

ذهب بعض الفقهاء من الحنفيّة والشافعيّة والمالكيّة والحنابلة والإماميّة إلى جواز عقد الاستصناع، لكنهم اختلفوا في التكييف العلمي للجواز، ولبيان ذلك تتوزع الدراسة على تسعة مطالب:

---

(1) كما في البحوث المقدّمة الى مجمع الفقه الإسلامي بخصوص الإستصناع.

المطلب الأوّل

التكييف بالوعد[1]

من التكييفات الفقهيّة للاستصناع هو التوجيه بالوعد، وسوف تتناول دراسة هذا المطلب بيان هذا التوجيه والدليل عليه، والمناقشات في ذلك وأهم الاعتراضات عليه، وكما يأتي:

أوّلاً: بيان الرأي ودليله

ذهب بعض فقهاء الحنفيّة[2] إلى أن جواز معاملة الاستصناع تتمّ بناء على كونه وعداً لا عقداً[3]. وقد استدلوا على ذلك بما يأتي:

1. الصّانع له ألّا يعمل، وبذلك كان ارتباطه مع المُستصنع له ارتباط وعد لا عقد؛

---

(1) الوعد: هو الاخبار بايصال الخير في المستقبل. ينظر: عمدة القارئ في شرح البخاري، محمود بن أحمد العيني، بيروت – دار إحياء التراث العربي، ب ت ط، ب م ط: 11 / 174. والوعد – ايضاً –: أن يقوم إنسان لانسان آخر بتصرف من التصرفات الفعليّة أو القوليّة يعود على الموعود بفائدة. ينظر: الأجل في الفقه الإسلامي: 396.

(2) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي، الناشر: دار المعرفة للنشر والتوزيع والطباعة – بيروت – لبنان، ط 2، ت: 1406 هـ – 1986 م: 12 / 138. وينظر: تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي: 2 / 52. وينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر الكاشاني: 5 / 2.

(3) يُنظر: شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، محمد بن عبد الوهاب السيواسي، دار الفكر (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1315 هـ: 5 / 355.

لأنّ كلّ ما لا يلزم به الصّانع مع إلزام نفسه به يكون وعدًا لا عقدًا.

2. الصّانع لا يجبر على العمل بخلاف السّلم – مثلاً -، فإنّه مُجبر بما التزم به.

3. المُستصنع له الحقّ في عدم تقبل ما يأتي به الصّانع من مصنوع، وله أن يرجع عمّا استصنعه قبل تمامه ورؤيته، وهذا علامة أنّه وعد لا عقد[1].

4. إنه لو كان عقداً لما صح؛ لأنه بيع للمعدوم[2].

5. يبطل الاستصناع بموت الصانع، والعقود في المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها[3].

هذا هو جلّ ما استدلّ به القائلون بالوعد، إلا أن هذا الرأي قُوبل بعدّة مناقشات واعتراضات، وكما يأتي:

ثانياً: مناقشة دليل التكييف بالوعد

وقد نوقش دليل التكييف بالوعد بعدّة مناقشات، نوضحها كالآتي:

1. القول بأنه وعد لا يصحّ؛ لأنه يستلزم الضرر على الصانع والمُستصنع[4].

أما من جهة الصانع فالمُستصنع له لو أبى عن شراء المادة المستصنعة للزم كساد السلعة على الصانع – ولو في الجملة – فقد تكون المواصفات المطلوبة لا تروق لشخصٍ غير المستصنع له. وأما من جهة المستصنع له فعدم الإلتزام بصنع ما يريد يلزم منه الإخلال بالنظام العام ولو في بعض الحالات وهو كافٍ لسقوط هذا

---

(1) يُنظر: الموسوعة الفقهيّة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، المطبعة: وزارة الأوقاف، ط 2، ت: 1417 هـ: 3 / 337.

(2) ينظر: شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، محمد بن عبد الوهاب السيواسي: 5 / 355.

(3) ينظر: حاشية ردّ المحتار، ابن عابدين: 5 / 353.

(4) ينظر: شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، محمد بن عبد الوهاب السيواسي: 5/ 356.

القول.

2. إثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع يدلُّ على أنه وعد غير صحيح، إذ الخيار كما يثبت في العقد فهو ثابت بالوعد[1].

ألا ترى أن في بيع المقايضة[2] لو لم يرَ كل من العاقدين عين الآخر كان لكل منهما الخيار، فلم يخرجه إلى أن يكون وعداً.

3. القول بأن المعدوم لا يصلح أن يكون بيعًا، منتقض ببيع السّلم فإنه وإن كان المثمن فيه غير موجود إلا إنه قام الدليل على جوازه[3] وبقي على الجواز، - وأيضاً – إن المعدوم قد يُعتبر موجوداً حكماً[4] كالناسي للتسمية عند الذبح.

4. القول ببطلانه بموت الصانع، مردود؛ إذ العقود لا تبطل بموت أحد المتبايعين لقيام الوارث لكل واحد منهما مقام مورثه[5].

وهذه المناقشات لدليل القول بالمواعدة كفيلة لنقضِ القول به وعدم الأخذ به.

ثالثاً: أهم ما يعترض به على التكييف بالوعد

تُسجَّل على هذا التكييف مجموعة من الاعتراضات – فضلاً عن نقاش دليله

---

(1) ينظر: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، محمد حسن النجفي، تح: علي الآخوندي، الناشر: دار الكتب الإسلاميّة – طهران، ط 9، ت: 1368 ش: 23 / 271.

(2) بيع المقايضة: هي بيع العين بالعين ويصدق على كل واحدة من السلعتين أنها مبيع وثمن. ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت (عليهم السلام)، عبد الرحمن الجزيري – محمد الغروي – ياسر مازح، الناشر: دار الثقلين للطباعة والنشر، ط 1، ت: 1419 هـ: 196.

(3) ينظر: إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، قطب الدين البيهقي، تح: ابراهيم البهادري، المطبعة: اعتماد – قم، ط 1، ت: 1416 هـ: 203.

(4) شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، محمد بن عبد الوهاب السيواسي: 5 / 355.

(5) ينظر: القواعد الفقهيّة، حسن بن علي أصغر البجنوردي، تح: مهدي المهريزي ومحمد حسين الدرايتي، الناشر: الهادي – قم، ط 1، ت: 1419 هـ - 1377 ش: 5 / 273.

المذكور – وهذه الاعتراضات كالآتي:

1ـ ما أورده في المحيط البرهاني: «إذا جاز استحساناً فإنما يجوز معاقدة لا مواعدة بدليل إن محمداً[1] رحمه الله ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مواعدة لجاز قياساً واستحساناً، والدليل عليه: أنه فصل بين ما للناس فيه تعامل وبين ما لا تعامل للناس فيه، ولو كانت مواعدة لجاز في الكل. والدليل عليه: أن محمداً رحمه الله قال في "الكتاب": إذا فرغ الصانع من العمل، وأتى به كان المستصنع له بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره، فقد سماه شراء، وكذلك قال: إذا قبض الآخر فإنه يملكه، ولو كانت مواعدة لكان لا يصير الآخر ملكاً له، فدل أنه ينعقد لا مواعدة»[2].

وهو وجيه من حيث إن القياس والاستحسان لا يكون في المواعدات، وثبوت خيار الرؤية الذي لا يكون إلا في البيوع، وإن المواعدة لا يجري فيها التقاضي لأنها ليس بواجب[3].

2ـ القول بأنه وعد يترتب عليه كثير من الأضرار على الصانع والمستصنع فالصانع قد يتلف متاعه وأدواته ولا يجد من يرغبها بتلك الصفات التي طلبها المستصنع له، والمستصنع أيضًا قد يتضرر بسبب مضي الوقت وعدم حصوله على حاجته ولا شك أن الشريعة الإسلامية من مبادئها الشرعية وقواعدها العامة مبدأ رفع الضرر ودفعه عن المكلفين مع ثبوت خيار الرؤية إذا ظهر أن المصنوع على

---

(1) هو محمد بن الحسن بن فرقد. نسبته إلى بني شيبان بالولاء. أصله من (حرستا) من قرى دمشق، منها قدم أبوه العراق، فولد له محمد بواسط، ونشأ بالكوفة. إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف. من المجتهدين المنتسبين. هو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة. ولي القضاء للرشيد بالرقة، ثم عزله واستصحبه الرشيد في مخرجه إلى خراسان، فمات محمد بالري سنة (189 هـ). ينظر: الأعلام، الزركلي: 6/ 309.

(2) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، محمود بن أحمد النجاري، تحقيق ونشر: دار إحياء التراث العربي، ب ت ط، ب م ط: 7/ 298.

(3) ينظر: مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الاستصناع، علي محي الدين القره داغي: 347.

خلاف الصفات التي طلبها الصانع[1].

وعليه، فالتخريج المذكور ممّا لا يمكن التمسّك به لإثبات التخريج الفقهي لجواز الاستصناع؛ لوجود الضرر فيه وقد نهى الإسلام عن ذلك.

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الاستصناع تعريفه، تكييفه، حكمه، شروطه، أثره في تنشيط الحركة الاقتصاديّة، سعود بن مسعد الثبيتي: 639.

المطلب الثاني

التّكييف على أنه أمر بالصُنع على وجه الضمان

يُمكن ايضاح تخريج الاستصناع على أنه أمر بالصنع على وجه الضمان في ما ذهب إليه بعض المعاصرين من فقهاء الإماميّة[1] كالآتي:

أوّلاً: بيان التكييف

من الأمور التي توجب الضمان هو الأمر بالعمل على وجه الضمان، أو الأمر بإتلاف المال كذلك، وعلى هذا الأساس قد يقال: بأنّ الاستصناع من هذا الباب أي يكون الصانع مأموراً بأن يصنع للمستصنع على وجه الضمان بما يتّفقان عليه، فإذا صنعه للمستصنِع كان ضامناً لتلك القيمة في قبال تملّك المصنوع[2]: لقضاء السيرة العقلائية بذلك[3].

ثانياً: أهم الإيرادات عليه

التكييف المذكور وجّه له عدة إيرادات مانعة من الأخذ به، منها:

1. توقّف صحّته على توسعة مدّعاة في باب الضمان بالأمر، وتوضيح ذلك: إنّه لا إشكال في ضمان الآمر للعمل، كما إذا أمره بأن يخيط ثوبه، وكذلك لا إشكال في الضمان بالأمر بالإتلاف، كما إذا قال له: ألقِ مالك في البحر وعليَّ ضمانه، أو أعطه

---

(1) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 650.

(2) ينظر: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام): 11 / 388.

(3) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 650.

الحيوان ليأكله وعليّ ضمانه. كما لا إشكال عقلائيّاً في تعيّن ضمان المسمّى إذا اتّفقا عليه، ولعلّ من هذا الباب الجُعالة أيضاً. إلّا أنّ هذه الموارد كلّها من باب الإتلاف للمال[1] فيكون ضامناً.

2. التكييف يوجّه لنا ضمان أجرة المثل مع عدم تعيين الأجرة المسمّاة، ولكن لا يفسّر لنا وجه ملكيّة العين المصنوعة، وعليه فإن الأمر بالصُنع يوجب ملكيّة المأمور للأجرة دون العين المصنوعة[2].

ثالثاً: تصحيح التّكييف بدفع الإشكالات المذكورة

ما ذُكر من إشكالات على التخريج بالضمان ممّا يمكن دفعه كالآتي:

1ـ ما يخص الإيراد الأوّل فإنه يمكن الإجابة عليه بأنّ القاعدة المذكورة أوسع من ذلك عند العقلاء، فتشمل موارد الإتلاف على المالك ولو لم يكن إتلافاً للمال. وهذه التوسعة لها تطبيقان[3]:

الأوّل: ما إذا كان إتلافاً للملكيّة وسيطرة المالك على المال، إمّا حقيقةً أوشرعاً كما إذا قال له: أوقف مالك للفقراء أو تصدّق به أو اعتق عبدك وعليّ ضمانه، أو عرفاً كما إذا أمره بأن يُرى ماله للسلطان فأخذه منه غصباً، فإنّه يضمن الآمر قيمة ماله جزماً؛ لأنّه أتلفه عليه عرفاً، أي أتلف ملكيّته له.

الثاني: ما إذا لم يكن إتلافاً للملكيّة وسيطرة المالك على ماله، ولكنّه كان إتلافاً للهيأة التي كان عليها المال وكانت متعلّقة لغرض المالك فكان يريده بها، كما إذا قال لبائع اللحم: اشوِ لي هذا اللحم، فشواه له، فإنّه خرج بذلك عن كونه لحماً، فيكون ضامناً لقيمة اللحم أو ما اتّفقا عليه من المسمّى، ويكون المشوي له ولو بعد دفع بدله.وقد يُقال هذا في مورد الغصب أيضاً، فمن أخذ مال الغير غصباً وغيّره ولم تنزل قيمته السوقيّة بذلك ولكنّه كان بنحو لا يريده مالكه كان من حقّ المالك

---

(1) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 388 – 389.

(2) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 650.

(3) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 388.

المطالبة بقيمة أصل ماله أو بمثله في قبال ما غيّره عليه، بل قيل - في مثل حمل متاع الغير ونقله إلى مكان آخر-: إنّ الغاصب ضامن لنقله إلى مكانه الأوّل لو أراده المالك فيه ولو لم تتغيّر قيمة المتاع في المكانين[1]، فضمان ما يتغيّر من خصوصيّات المال المطلوبة عقلائيّاً ولو لم تكن مؤثّرة في الماليّة بالتصرّف أو بالأمر مطابق مع الارتكاز العقلائي.

2ـ ويجاب على الإشكال الثاني: بأنه بالإمكان أن ندّعي وجود شكلين للسيرة، أحدهما: سيرة تقتضي ضمان الأجرة للصانع، وهي السيرة المتعارفة، وثانيهما: سيرة ندّعيها وهي تقتضي ملكيّة العامل للأجرة، وملكيّة الآمر للعين المصنوعة، فصحيح تلك السيرة، لو اقتصرنا على نطاقها الضيّق لا تنفعنا في ما نحن فيه، ولكن لِمَ لا ندّعي من الآن سعتها لما نحن فيه[2].

وفي الحقيقة إن ما أُجيب به عن الإشكالين المتقدّمين ما هو إلا محض اعتبار شخصي عند المعتبر وليس هو قضيّة عامة ليتمسك بها في مورد التوسعة المدّعاة، وعليه فلا يمكن التمسّك بالتكييف المذكور لتوجيه معاملة الإستصناع.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(1) ينظر: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام): 11 / 389.

(2) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 651.

المطلب الثالث

التّكييف بالجُعالة(*)

إن إحدى صور تخريج الإستصناع كونه جُعالة؛ إذ إن كلّ منهما عقد شُرِط فيه العمل، ولبيان ذلك ينتظم البحث فيه كالآتي:

أوّلاً: بيانه

إن المُنشأ بالاستصناع هو ملكيّة عمل الصانع للمستصنع، ومحلّ المعاملة حينئذٍ هو عمل الصانع لا العين المصنوعة. وعلى هذا التكييف يكون عمل الصانع مضموناً على المستصنع له حيث كان بأمره، فيضمن للصانع أجرة مثل عمله التي قد تساوي قيمة ذلك المصنوع بخصوصيّاته. كما إنّه مسؤول عن الخسارة الواردة على الصانع عند ظهور بطلان العقد بعد نهاية العمل، وعلى هذا فيطابق هذا التخريج من هذه الجهة لما هو المرتكز في باب الاستصناع من ضمان المستصنع لعمل الصانع ومسؤليّته قبال الخسارة الواردة على الصانع[1]، وبذلك يُكيّف الإستصناع على أنه جعالة.

(*) الجُعالة: صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما. ينظر: الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة، زين الدّين بن علي العاملي، المطبعة: أمير – قم، ط 1، ت: 1410 هـ: 4/ 439.

(1) ينظر: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام): 11/ 384.

ثانياً: الاعتراض عليه

التكييف المذكور بهذه الكيفيّة يمكن أن يُسجّل عليه عدد من الملاحظات والإيرادات، وكما يأتي بيانها:

1ـ اللازم من ذلك كون تلف المصنوع قبل تسليمه من مال المستصنِع لا الصانع، وهو خلاف الارتكاز في باب الاستصناع.

2ـ التخريج بالجُعالة غير وافٍ بغرض المستصنع له؛ إذ هو يريد تملّك العين المصنوعة مضافاً إلى تملّك العمل؛ وذلك لأنّ الجُعالة سبب لتملّك العمل لا العين، فيكون نقل العين المصنوعة حينئذٍ بحاجةٍ إلى سببٍ ناقل آخر غير الجُعالة[1].

3ـ الجعالة وإن كانت تتّفق مع الاستصناع في أنّها عقد شُرط فيه العمل. لكنها تفترق في كونها عامّة في الصّناعات وغيرها، بينما الاستصناع خاص في الصّناعات، كما أنّ الجعالة قد يكون العمل فيها معلوماً، وقد يكون مجهولاً، في حين لابدّ أن يكون الاستصناع معلومًا[2]. ويضاف إلى ذلك إن الجعالة عقد يقع على العمل فقط بينما الاستصناع يقع على العين والعمل.

ثالثاً: وجه تملّك العين المستصنعة بالجُعالة

وبسبب هذه الاعتراضات الواردة لابدّ من القيام بمحاولة فنيّة لتقرّب كينونة الإستصناع من الجعالة، وذلك من خلال التوجيهين الآتيين:

1. اعتبار العين المصنوعة بمثابة نتيجة العمل وثمرته ونمائه، فتكون ملكاً لمالك العمل بقانون التبعيّة، وإنّ من ملك الأصل ملك النماء، نظير ما يقال في الأجير على الحيازة: من أنّ ما يحوزه يكون ملكاً للمستأجر، أو في ثمار البستان والشجرة المستأجرة التي تكون للمستأجر تبعاً لملك منفعة البستان.

2. الصانع في الاستصناع - مضافاً إلى كونه أجيراً على الصنع - يكون أجيراً على

---

(1) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 50 – 51.

(2) يُنظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتية: 3 / 326.

تمليكه العين المصنوعة للمستصنِع، وعليه فيكون في قبال مجموع ذلك مستحقّاً للأجرة المسمّاة المتّفق عليها بينهما[1].

رابعاً: عدم صحة تملّك العين بالجُعالة

ما ذُكر كتوجيه لتقريب تملّك العين المصنوعة، يمكن إيراد عدد من النقوض التي تمنع من التمسّك بالوجه المذكور، وهي:

1. إنّ قاعدة التبعيّة - وهي من ملك شيئاً ملك نماءه[2] - ليس عليها دليل من الكتاب والسنّة، وإنّما مدركها هو السيرة العقلائية والارتكاز العرفي الممضى شرعاً في مثل الثمر والشجر واللبن ونحو ذلك ممّا يكون أحد المالين متولّداً من الآخر ذاتاً وامتداداً له، وهذا بخلاف العين المصنوعة، فإنّها ليست متولّدة من العمل ولا نماءً له حقيقةً، والسيرة لا تسع مثل ذلك، ولا أقلّ من الشكّ في سعتها له، فيجب الاقتصار فيها على القدر المتيقّن. وأمّا الهيئة المصنوعة فهي حيثيّة تعليليّة لازدياد ماليّة العين، فلا تكون مالًا مستقلًّا في قبال المادّة. وأما قياس المقام بالحيازة في التبعيّة ففير تامّ؛ لأنّ الصحيح فيها أيضاً عدم التبعيّة.

2. التخريج المذكور يستلزم وجود عقد وتمليك آخر زائد على التعامل الأوّل، فيكون الاستصناع مركّباً من عقدين لا عقد جُعالة مجرد. ومن جهة أخرى: عدم صحة الجُعالة على التمليك ونحوه[3]؛ لأنّ عمل التمليك لا ماليّة له مستقلًّا عن العين المملّكة، وإلّا أمكن إرجاع كلّ بيع إلى جُعالة على التمليك، وهو واضح البطلان.

---

(1) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 50 – 53.

(2) ينظر: غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، محمد بن مكي العاملي، تح: مركز الدراسات والأبحاث الإسلاميّة، طبع ونشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 1، ت: 1420 هـ - 1378 ش: 3 / 131.

(3) ينظر: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام): 11 / 385 – 387.

المطلب الرابع

التّكييف بالصُلح

يُكيّف الإستصناع على أنه عقد صلح بين طرفين؛ وقد ذهب إلى هذه الرأي بعض فقهاء الإماميّة المعاصرين[1]؛ من خلال استفتاء قدّمه الباحث[2]، مع عدم الإشارة إلى بيان دليل التخريج المذكور - وعلى أي حال - فلبيان التخريج بالصُلح وما يرد عليه يتنوّع البحث كما يأتي:

أوّلاً: وجه التكييف بالصُلح

بداية لم يُبيّن أصحاب هذا القول المستند فيه، بل اكتفوا بذكر حكمه وتخريجه، ولكن لا بأس بمحاولة تنقيح المناط عن وجه ذلك، فيقال:

1ـ كون الصُلح من العقود الجائزة التي تقع بين طرفين إنكاراً وإقراراً[3]، وما دامت معاملة الإستصناع أُقرّت بين الطرفين فلا مانع حينئذ من جريانها وفقاً لضوابط الصلح.

---

(1) وهما: السيّد محمد صادق الروحاني، والشيخ محمد جواد فاضل اللنكراني في أحد رأييهما وكلاهما (معاصران).

(2) ينظر: الملحق في آخر الرسالة: 244.

(3) ينظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، نجم الدّين جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي، تح: عبد الحسين محمد علي بقال، مؤسسة المعارف الإسلاميّة، ط 2، ت: 1420 هـ: 2/ 141.

2. عقد الصُلح ما دام لا يحلل حراماً ولا يحرّم حلالاً فلا مانع منه[1]، وبالتالي فالإستصناع مشتمل على هذه الميزة، ويساعد على ذلك كونه معاملة عقلائية وقعت بين طرفين.

3. كون الإستصناع مشتملاً على الجهالة فهو داخل تحت مبررات عقد الصلح؛ لأنه يجري مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه. ومع جهالتهما بما وقعت المنازعة فيه، سواء كان ديناً تنازعا أو عيناً[2].

ثانياً: الإعتراض على التّكييف بالصُلح

لا يخلو التكييف بالصُلح عن بعض الإيرادات التي توجّه إليه، وكما يأتي:

1. شُرّع عقد الصُلح لقطع التجاذب والإختلاف[3]، وهذا ما لا يوجد بداية في الإستصناع؛ إذ المستصنع له هو من يأتي برغبته إلى الصانع ليطلب منه أن يصنع له الشيء الكذائي، بالصفة الكذائية. وعليه فالمصحح لجريان عقد الصُلح غير موجود، وبعبارة أخرى: القضية سالبة بانتفاء الموضوع. ولو تنزلنا وقلنا بأن الصُلح يقع من دون الإختلاف، فيعارض بما ذكره الفقهاء؛ إذ جاء في المجموع ما نصّه: «إن صالح عن المال على مال، فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار، ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر، والجهالة، والربا، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة،لأنه باع ماله بمال، فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه، وإن صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح، لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض»[4] وبالتالي عدم وجاهة التخريج بالصُلح سواء قلنا بوقوع الصُلح ابتداءً أو لا.

---

(1) ينظر: اللمعة الدمشقيّة، محمد بن مكي العاملي، دار الفكر – إيران، ط 1، ت: 1411 هـ: 127.

(2) ينظر: المقتصر من شرح المختصر، ابن فهد الحلي، تح: مهدي الرجائي، المطبعة: سيد الشهداء – قم، ط 1، ت: 1410 هـ: 198.

(3) ينظر: فتح العزيز شرح الوجيز، عبد الكريم الرافعي، دار الفكر – بيروت، بلا ط، بلا ت: 10 / 294.

(4) المجموع شرح المهذب، محي الدّين النووي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، ت: 1417 هـ: 13 / 383.

2ـ إن دعوى التكييف بالصُلح دعوى سيّالة، أي إنه بالإمكان إجراء عقد الصلح بدلاً عن العقود والإيقاعات بقول مطلق إلا ما دلّ الدليل على عدم إمكان ذلك كالنكاح – مثلاً -، وبالتالي إلغاء خصوصيّة هذه المعاملات، وعليه فما الحاجة – حينئذٍ – إليها مع وجود ما يقوم مقامها ؟!.

3ـ إذا وقع الصُلح ابتداء فهو بيع[1]، والإستصناع ليس بيعاً كما سيأتي في مطلب التكييف البيعي. هذا ما يُمكن إيرده على التخريج بالصُلح، وعليه فالتكييف المذكور غير مجدي ونافع لتوجيه المعاملة الحاليّة للأسباب المتقدّمة.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(1) ينظر: المهذّب البارع، ابن فهد الحلّي، تح: مجتبى العراقي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي – قم، ط 1، ت: 1411 هـ: 2/ 539.

المطلب الخامس

التكييـــف بالعقـــد المركّـــب

يُكيّف الاستصناع على أنه عقد مركب[1]، وبذلك ينحلّ على عقدين بنحو القضية الخارجيّة[2]، وطبيعي إنما هذا بلحاظ الجهة الخارجيّة، أمّا بلحاظ الجهة الداخليّة للتركيب، فقد اختلفت كلمات الفقهاء فيه على أنحاء مختلفة من التركيب، وكما يأتي:

أوّلاً: مركّب من بيع وإجارة.

ثانياً: مركّب من وكالة وإجارة.

ثالثاً: مركّب من إلتزامين.

رابعاً: مركّب من إجارة إبتداء وبيع انتهاء. وتفصيلها كالآتي:

---

(1) العقود المركبة هي العقود المتعددة التي تجتمع في عقد على سبيل الاشتراط أو الاجتماع بحيث تعتبر جميع الآثار المترتبة عليها بمثابة آثار العقد الواحد. ينظر: "انترنت" بحث منشور بعنوان العقود المركبة، أ. د عبد الله المبارك، تاريخ النشر: 30 / 12 / 2012، رابط الموضوع: /http://www.alukah.net/Web/Abdullah-ibn-Mubarak/11509/48477 .

(2) القضيّة الخارجية: حقيقتها هو الحكم على الأفراد الخارجية بالخصوص، دون شمولها لغيرها، فقولنا: أكرم كل من في الدار إنما هو حكم على زيد وعمرو وبكر خاصة، ويكون العنوان مشيرا إليها لا يتعدى إلى غيرها، فالقضية الخارجية عبارة عن أحكام متعددة بتعدد الأفراد المحكوم عليها. ينظر: دليل العروة الوثقى، تقرير بحث الشيخ حسين الحلّي لحسن سعيد، المطبعة: النجف، ط 1، ت: 1379 هـ: 1 / 128.

أوّلاً: مُركّب من بيع وإجارة

يُكيّف التركيب في الاستصناع على أنه بيع وإجارة من حيث إن الصانع يبيع المستصنع له الشيء المراد صنعه، وبعد إتمام البيع يقوم المستصنع له بإيجار الصانع على الصنع، وبالتالي يكون الاستصناع مشتملاً على عقدين في الوقت ذاته، ولبيان ذلك ينتظم البحث فيه كما يأتي:

1ـ ما أورده الفقهاء بهذا الرأي

أشار بعض فقهاء المسلمين إلى هذا التركيب، فقد ذكر ابن رشد الجدّ (ت: 520هـ) في المقدّمات صورتين لهذا التركيب، هما:

الأولى: في حال عُيّن الشيء المعمول منه والعامل

فقد ذكر في مسألة اشتراط المُسْلم عمل ممّن يعمل له، وتعيين ما يعمل منه، قوله: «فالقسم الثاني: وهو أن يشترط عمله ويُعيّن ما يعمله منه، وهذا ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع...»[1].

وعليه، فإذا لم يكن سَلَما فإنه يكون من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع ... فإن كان يعرف وجه خروج الشيء من العمل، أو تمكن إعادته للعمل (كالنّحاس) وعمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع في العمل بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك ... فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى ثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط ... حتى يشرع في العمل[2]. فإن انتفى معرفة وجه خروج الشيء من العمل

---

(1) المقدمات الممهدات، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، ط 1، ت: 1408 هـ - 1988 م: 2/ 32.

(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناع أو عقد سلم، حسن علي الشاذلي:460.

(صفته من كونه جيدا أو رديئا) أو إمكان إعادته فلا يجوز.

الثانية: في حال عُيّن المعمول منه دون العامل

فقد ذكر القرطبي في بيانها: «وأما القسم الثالث: وهو أن لا يشترط عمله بعينه ويعين على ما يعمل منه فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره»[1]. وهذا الذي ذُكِر ما هو إلا ما نصّ عليه الدردير (ت: 1201 هـ) في الشرح الكبير؛ إذ أورد ما نصّه: «وقد جعل عج[2] وعبق[3] وشارحنا هذه المسألة تبعا لابن الحاجب والتوضيح من باب اجتماع البيع والإجارة وهو مغاير لأسلوب المصنّف...»[4]؛ لأن المسلم فيه (المثمن) لا بد من أن يكون دينا في الذمة، ولا يصلح أن يكون معيناً، فإذا عين كما في هذه الصورة فإنه لا يصح السلم. وإذا لم يصح السلم فإنه يكون أيضا من باب البيع والإجارة في المبيع – على الوجه الذي ذكرناه في القسم الثاني – إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام، بتعجيل النقد وتأخيره[5].

ومن خلال ذلك يتضح بأن الرأي المذكور هو ممّا قاله بعض فقهاء المالكيّة كما تقدّم؛ إذ يجوز عندهم إجتماع عقد البيع مع الإجارة.

---

(1) المقدمات الممهدات، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: 2/ 32.

(2) العجّ: نوع من الطعام يصنع من البيض. ينظر: الصحاح، اسماعيل بن حماد الجوهري، تح: أحمد عبد الغفور العطار، دار العلم للملايين – بيروت، ط 4، ت: 1407 هـ: 2/ 554.

(3) العبق: شيء من السمن. ينظر: الصحاح: 4/ 1519.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير، شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، تح: سيدي الشيخ محمد عليش، المطبعة: دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1330 هـ: 3/ 215.

(5) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناع أو عقد سلم، حسن علي الشاذلي: 460.

2ـ توجيه التكييف

يوجّه الرأي القائل باجتماع عقدين في مورد واحد وهما (البيع والإجارة) من خلال الآتي: أما إنه من باب البيع؛ فلأن السلعة المطلوب تصنيعها موجودة حال التعاقد، وقد تعاقد مع صاحبها على صنعها . وأما كونه من باب الإجارة؛ فلأنه قد تعاقد مع صاحب السلعة على صنعاتها شيئاً معيناً من هذه المادة[1]، ومنه يتضح التركيب المذكور.

3ـ توجيه دخول الاستصناع في الصفقة الواحدة

وقوع معاملة صفقة واحدة مشتملة على (بيع وإجارة) يمكن توجيهه بما يلي: أن يبيع صاحب المعمل – مثلاً – ذهبه المصوغ على التاجر بموجب طلبه منه حسب المواصفات التي اتفق عليها ويضيف إلى ثمنه أجور الصياغة فيعتبرها جزءاً منه لا معاملة أخرى في ضمن صفقة واحدة وهذا جائز شرعاً؛ لأنه إذا اتفق التاجر وصاحب المعمل على صياغة معيّنة – بأجور محددة مسبقاً في ضمن إجارة – جاز أخذ أجور الصياغة منه[2].

فإذا ما أردنا توجيه الاستصناع بذلك، فيقال: إن المستصنع يشتري مادة الصُنع من الصانع ومن ثمّ يؤجره على صنعها فتكون عمليّة الاستصناع مشتملة على (بيع وإجارة)، ومثل هذه الكيفيّة مذكورة في كتب الفقهاء، فقد ذكر الشيخ الطوسي (ت: 460 هـ) ما نصّه: «وأما بيع وإجارة فمثل أن يقول بعني هذا الثوب وتخيطه لي بألف، أو قال بعني هذه الحنطة وتطحنها بألف... يصح»[3].

فإذا ما أوقع المكلّف هذه المعاملة بهذه الكيفيّة فلا اشكال في صحتها، لكنّ البحث في أن ما موجود اليوم في الخارج ليس من هذا القبيل، بل يأتي مريد

---

(1) ينظر: المصدر نفسه:464.

(2) ينظر: المسائل المستحدثة، محمد اسحاق الفيّاض، بلا ط، بلا ت: 72. وسيأتي في المطلب التاسع أن للشيخ الفيّاض رأياً آخراً في الإستصناع بيّنه في الاستفتاء الذي قدّمه الباحث إليه.

(3) المبسوط في فقه الإمامية، محمد بن الحسن الطوسي: 4/ 289.

الصنعة إلى الصانع ويطلب منه أن يصنع له كرسيّاً – مثلاً – بمواصفات معينة وهذا هو معنى الاستصناع الشرعي المختلف في توجيهه. ومنه يستفاد أن توجيه الاستصناع بالبيع والإجارة ممّا لا يمكن التمسك به لتخريج معاملة الاستصناع؛ لما تقدّم من أن الموجود في الخارج يختلف عمّا يخرّج به التركيب المذكور. نعم، إذا فُرِض أن المستصنع اشترى المادة من الصانع ومن ثم آجره لصنعها صحّ ذلك إلا أنه خارج عن موضوع البحث.

ثانياً: مركّب من وكالة وإجارة

إن تكييف الاستصناع على أنه عقد مركّب من (وكالة وإجارة) يرجع إلى آراء الإمامية من قبل بعض فقهائهم المعاصرين[1]، وبيان الوجه في ذلك كما يأتي:

1- بيان التكييف

كون الاستصناع مشتملًا على توكيل الصانع بشراء مادّة الصنع له، يستلزم اشتماله أوّلًا على وكالة، ثمّ شراء للمادّة الأصليّة بالوكالة للمستصنع ثانياً، ثمّ هو أجير على صنعها بالنحو الذي يريده المستصنع له بالأجرة المتّفق عليها بينهما ثالثاً[2]، فهو يوكله أوّلاً في شراء مادة الصنع، ثم يستأجره للصنع، فهناك في المرحلة الأولى توكيل في الشراء وتمليك المادة الأصلية، ومن ثم ايجار على العمل والصنع.

2 - الإيراد على التكييف

التكييف بالوكالة والإجارة كعقد مركّب للإستصناع، أُورد عليه إشكالات خمسة:

الأوّل: ما ذُكر خلاف المرتكز العرفي فالذي يذهب إلى النجار – مثلاً – ليطلب صنع كرسي له، لا يقصد التوكيل في تمليك الخشب له، ومن ثمّ استئجاره للصنع

---

(1) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 53 – 54، وموسوعة الفقه الإسلامي: 11 / 388، والبشارة: 642، ومجلّة الفقاهة، الاستصناع، عبد الحسن البقشي: 84.

(2) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 53.

والعمل.

الثاني: استلزام التوكيل عدم ضمان الصانع لو تلفت المادة، بل يكون الضمان على المستصنع له؛ لأن الخشب ملكه فيلزم أن تكون الخسارة عليه، والحال إن المتداول في عقد الاستصناع ليس كذلك بل الضمان يكون على الصانع، وهذا دليل على عدم تحقق التوكيل في التمليك أوّلاً.

الثالث: رجوع المادة المستصنعة إلى المستصنع له في حالة رجوعه عن قصده لأي سبب من الأسباب، وهذا ما لا يوجد بأزاء ما في الخارج.

الرابع: بناءً على وجود الوكالة في الشراء والتمليك، فإنه يلزم عدم جواز تبديل مواد الصنع بفرد آخر؛ إذ الخشب الذي اشتراه الصانع يكون ملكاً للمستصنع، والحال إن سيرة الصنّاع جارية على ذلك، وليس ذلك بمستنكر عليهم شرعاً، وهذا كاشف عن عدم تحقق التوكيل في الشراء.

الخامس: لو اتضح شراء الصانع للمواد بثمن مجهول، ومن ثمَّ صنعها، وعلم المستصنع بذلك فلا يجب عليه ضمان لعمل الصانع[1]، أي لا يحق له المطالبة بالأجرة المتفق عليها في عقد الاستصناع؛ لأن الشراء ما دام باطلاً فالعين ليست مملوكة للمستصنع.

3 ـ ردّ الإيرادات

بعد الإطلاع على الإشكالات والإيرادات السابقة على التخريج المذكور، تقدّم أستاذنا الشيخ باقر الإيرواني للإجابة عليها وردّها بما يأتي:

الأوّل: إشكال مخالفة التخريج المذكور للمرتكز العرفي ليست واضحة خصوصاً إذا لم يكن لدى الصانع المواد المطلوبة للصنع، وهذه قضيّة متعارفة الحصول، فلا يبقى مجال للمخالفة المدعاة.

الثاني: ما يخصّ إلزام المستصنع له بضمان التلف والخسارة وجيه عقلائياً؛ خصوصاً ما إذا كان التلف من دون تعدٍّ وتفريط.

---

(1) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 643 – 646.

الثالث: يكون إلزام المستصنع بقبول الخشب في حالة رجوعه عن قصده لا محذور فيه، ولا يبعد لدى العقلاء إلزام المستصنع بدفع قيمة المواد، وفي الوقت ذاته يعذر العقلاء الصانع لو طلب ذلك من المستصنع له.

الرابع: هناك إمكانيّة في التغلّب على عدم جوازية تبديل أي فرد من أفراد مواد الصنع من خلال إفتراض إجازة مسبقة من قبل المستصنع في إبدال مواده بمواد أخرى ما دامت الصفات متساوية؛ إذ المهم هي المواد وصنع المادة، وليس المهم هذا الفرد من المواد أو ذاك.

الخامس: يمكن الإلتزام بعدم وجوب ضمان المستصنع له لعمل الصانع وكذلك لا يضمن أجرة الصانع حينئذ للمخالفة في ذلك، وهو أمر بالإمكان التمسك به.

وعليه فتخريج الاستصناع على ضوء التركيب من عقدي الوكالة والإجارة أمر وجيه[1]، ويمكن الإلتزام به في ضوء ما سبق.

ومن خلال ما تقدّم من ردّ للإشكالات الواردة يتّضح أن بعضها قابلة للردّ والنقاش، وبعضها وجيه ولا يؤثر على التخريج المذكور كما في الإشكال الثاني والثالث.

4 ـ المناقشة في ردّ الإيرادات

يظهر ممّا قدّمه أستاذنا الشيخ باقر الإيرواني – بل ما صرّح به - كون التخريج بالوكالة والإجارة أمر وجيه إلا أن الأمر بالوجاهة يمكن النقاش فيه وكما يأتي:

1ـ المعروف بين الأصوليين إن الأحكام تابعة لموضوعاتها[2]، بمعنى إن الحكم يدور مدار الموضوع أينما وجد وبالتالي فهو محكوم بموضوعه، فإذا ما أردنا توجيه هذا الكلام حول معاملة الاستصناع، فيقال: ما هو موضوع الاستصناع المختلف

---

(1) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 643 – 646.

(2) ينظر: دروس في مسائل علم الأصول، الميرزا جواد التبريزي، الناشر: دار الصدّيقة، المطبعة: نكين – قم، ط 2، ت: 1429 هـ: 3 / 168.

فيه ؟ كان الجواب عن ذلك: إن موضوعه بيع المادة المستصنعة بأوصاف خاصة لمريدها، فأين هذا عمّا خرجه الشيخ الإيرواني ؟!.

2. لو تنزلنا بأن التخريج المذكور أمر وجيه فلا يعني ذلك باطلاقه، بل هو خاص بأولئك الأفراد الذين يأتون الصانع فيوكلونه بالشراء ثمّ يؤجرونه للصنع. وهذه الصورة – بناء على تماميتها – خارجة عن موضوع البحث. وبالتالي فإن التخريج المذكور غير نافع لتوجيه الاستصناع المبحوث عنه.

ثالثاً: مركّب من إلتزامين

من التكييفات المذكورة لتركيب الاستصناع، كونه مركباً من إلتزامين، من جهة الصانع ومن جهة المستصنع له. ولبيان هذا الإلتزام المتقابل من الطرفين، ينتظم البحث فيه كالآتي:

1- بيان التكييف

يلاحظ التكييف من خلال توجيه الاستصناع على أنه مركّب من التزامين، أحدهما: يلتزم بالصُنع، والآخر: يلتزم بالشراء بعد الصُنع، وحيث إن أحد هذين الإلتزامين مرتبط بالآخر، فيكون المورد من مصاديق العقد، ويثبت آنذاك وجوب الشراء، لو تمّ الصُنع، ويحرم تكليفاً التخلّف.

نعم: لا تحصل الملكيّة إلا بالشراء، فالحكم الوضعي – وهو الملكيّة – لا يترتب بمجرد عقد الاستصناع، وإنما يترتب حكم تكليفي بوجوب الوفاء بالشراء والصُنع[1].

والتخريج بهذه الطريقة مرتكز عرفاً في باب الاستصناع - ولا أقلّ في كثير من موارده - فإنّه يحصل بإنشائه نوعاً من الالتزام والتعاقد والمسئوليّة بين الطرفين، بحيث يكون الصانع ملزماً عند العرف والعقلاء بصنع المتاع المطلوب وإعداده في الوقت المقرّر، كما إنّ المستصنع له يكون ملزماً بأخذه وقبوله من الصانع وضمانه له، ومن هنا يعتبر المستصنِع لدى العرف والعقلاء مسئولًا عمّا يرد على الصانع من

---

(1) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 653.

خسائر.

وعلى هذا فما يقع بين الصانع والمستصنع له ليس مجرّد وعد من جانب المستصنِع بالشراء على تقدير الصنع أو مع الوعد في مقابله بتسليم المصنوع بعد صنعه؛ لأنّه لو كان كذلك لما كان المستصنِع ملزماً بأخذ المصنوع ولا مسئولًا في قبال الضرر والخسارة الواردة على الصانع بعد إتمام العمل، كما إذا كان المصنوع كثيراً أو على ذوق وسليقة خاصّة قد لا يرغب فيها الآخرون، وهذا ما يرفضه الارتكاز العرفي في الاستصناع[1]. بل الارتكاز العرفي يرى أن كلا الطرفين ملزم بأداء ما عليه تجاه الطرف الآخر، وحصيلة هذا الإلتزام المتقابل هو الاستصناع على صفة معيّنة.

2ـ ما يعترض به على التكييف

الاعتراض الأوّل: إن مفهوم العقد ليس مجرد الالتزام الجازم بفعل الآخر مطلقاً أو مع التزام في مقابله، وإلا كان كل تعهّد جازم بفعل الآخر عقداً يجب الوفاء به، كما إذا التزم أن يخرج في اليوم الفلاني في قبال أن يخرج أيضاً في نفس اليوم أو يوم آخر، إذ إن مثل هذا لا يُسمّى عقداً؛ لأن العقد هو الالتزام والتوافق بين الطرفين على إيجاد حق لأحدهما أو لكليهما كالملكية والزوجيّة وغيرهما من الحقوق الاعتباريّة[2]. والاستصناع يوفّر هذا الحقّ وملكيّة ما يُصنع كالكرسي الذي يُصنع من الخشب – مثلاً -، وبناء على التخريج المذكور لا يكون الاستصناع عقداً، بل هو وعد بالشراء على تقدير الصُنع[3].

الاعتراض الثاني: ما جرت عليه السيرة في ما يراد تصحيحه، وتخريجه الفني، هو طلب الاستصناع، بنحو تكون الملكيّة ثابتة بداية من حيث طلب الاستصناع، وأما الوعد بالشراء الموجب لحصول الملكيّة فيما بعد فهو خارج عن موضوع البحث[4]. وبعد بيان هذه الاعتراضات يتضح أن التكييف المذكور غير نافع؛ باعتبار

---

(1) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 38 – 39.

(2) المصدر نفسه: 1 / 41 – 42.

(3) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 655.

(4) ينظر: المصدر نفسه: 655.

كونه ناظراً إلى ما هو خارج عن موضوع البحث.

رابعاً: مركّب من إجارة ابتداء وبيع انتهاء

يخرّج التركيب العقدي للاستصناع على أنه مكوّن من إجارة ابتداء وبيع انتهاء، وقد تبنى هذا الرأي بعض فقهاء الحنفيّة[1]، ولبيانه وأهم ما سُجل عليه من ايرادات، ينتظم البحث فيه كما يأتي:

1ـ بيان التكييف

يُمكن أن يوجّه الاستصناع بهذا النحو من التركيب بما يأتي: بأن يُؤجّر المستصنع له الصانع على صُنع شيء معيّن، فإذا تمّ العمل يقوم الصانع ببيعه عليه، وقد أشار ابن نجيم المصري (ت: 970 هـ) إلى التخريج المذكور بقوله: «وفي الذخيرة[2] هو إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل قولهم إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته»[3].

2ـ أهم الاعتراضات عليه

التخريج بهذه الكيفيّة قد ترد عليه مجموعة من الإشكالات التي تخدش بصحة توجيه الاستصناع بهذه الصورة، وهي كما يأتي:

الأوّل: فيما لو انعقد إجارة لأجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمّى[4]، وهذا خلاف ما هو عليه في الخارج.

---

(1) ينظر: شرح فتح القدير على الهداية، محمد بن عبد الوهاب السيواسي: 5 / 257، وحاشية رد المحتار: 4 / 213.

(2) كتاب الذخيرة هو أحد مصنفات الإمام أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي (ت: 684 هـ).

(3) البحر الرائق، زين الدّين بن ابراهيم ابن نجيم المصري، تح: زكريا عميرات، الناشر: محمد علي بيضون، المطبعة: دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1418 هـ - 1997 م: 6 / 285.

(4) ينظر: حاشية ردّ المحتار، ابن عابدين: 5 / 353.

الثاني: إن الفرد لا يكون أجيراً إلا إذا كانت المواد لغيره، وأما إذا كانت له، كان العمل له ولا يستحق أجرة من أحد[1].

الثالث: إذا كان العقد ينتهي بالبيع كما هو مؤدى التركيب، فما هو التوجيه الفني لإعطاء أجرة العمل إلى الصانع ؟.

ومع وجود هذه الإيرادات على التوجيه المذكور فإن صاحب المحيط البرهاني حاول توجيه المسألة بطريقة فنيّة لبيان مؤدى التخريج قائلاً: «ثم كيف ينعقد معاقدة ؟ نقول ينعقد إجارة ابتداء ويصير بيعاً انتهاء متى سلم قبل التسليم بساعة بدليل أنهم قالوا: إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع ولا يستوفي المصنوع من تركته»[2].

وفي الحقيقة إن ما ذكره هو عين دعوى التخريج المذكور بلا فرق، ولم يأتِ بأكثر من كلام الماتن كما تقدّم وهذا أول الكلام، ومن جهة أخرى كون التخريج المذكور مخالف لما عليه الاستصناع في الخارج؛ إذ إنه طلب صنعة شيء معيّن بمواصفات خاصّة، والتخريج المذكور لا يتناسب مع الطبيعة الخارجيّة.

وعليه، فإن فكرة رجوع الاستصناع إلى الإجارة ابتداءً والبيع انتهاءً ممّا لا يمكن التمسك بها لتكييف معاملة الاستصناع.

---

(1) ينظر: ما وراء الفقه، محمد الصدر، الناشر: هيئة تراث السيّد الشهيد الصدر، المطبعة: دار الأضواء – النجف الأشرف، ط 1، ت: 1430 هـ - 2009 م: 4 / 300.

(2) المحيط البرهاني، محمود بن أحمد النجاري: 7 / 298.

المطلب السادس

التكييـــف بالبيـــع

مـن التكييفـات الفقهيّـة لجـواز معاملـة الاستـصناع أن يكـون بيعـاً، كمـا إذا اشترط المشتري على البائع منفعة خاصة كأن يصنع له الحديد سكيناً أو نحو ذلك، فإن هذه الشروط صحيحة يلزم البائع فعلها إلا إذا كانت مجهولة[1]، وممن ذهب إلى هذا الرأي بعض المالكيّة[2] وبعض معاصري فقهاء الإماميّة: إذ اعتبره بيع صرف ولا خصوصيّة له إلا طلب صفات خاصّة[3].

ونحـو سـابقاتها فـأن هـذه المحاولـة قـد وجهـت إليهـا – أيـضاً – مجموعـة مـن الاعتراضات، ولكي يتضح الحال ينتظم البحث فيها كالآتي:

أوّلاً: بيان التكييف

تكييف الاستصناع على أنه بيع، يمكن تصوّره في حالتين:

الحالة الأولى: كونه بيعاً لشيء حالي، وذلك فيما إذا وُجِد هناك شيء بالفعل، أما قسم من المصنوع كمقدار من السجاد قبل إكماله أو مادة له كالحديد والخشب فيشتريه المستصنع ويشترط على الصانع ان يجعله سريراً مثلاً أو أن يكمل صنع

---

(1) ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت (عليهم السلام)، الجزيري – الغروي – مازح: 280.

(2) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير: 2/ 216.

(3) ينظر: الملحق آخر الرسالة: 188، والمعاصرون هم: السيد السيستاني، والشيخ بشير النجفي في أحد آراءه والسيد محمد حسين فضل الله.

السجاد. وهذا من البيع الشخصي، الذي لا يشترط فيه شرائط السلم كإقباض الثمن في مجلس العقد.

ذكر الدردير: «إن ما وجد صانعاً شرع في عمل تور مثلاً فاشتراه منه جزافاً[1] بثمن معلوم على أن يكمله له جاز، فإن اشتراه على الوزن لم يضمنه مشتريه إلا بالقبض، وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيمنع... لإمكان إعادة التور إن جاء على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة، بخلاف الثوب إلا أن يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة»[2]. إذاً، فالسبب وراء الجواز هو قدرة البائع على الوفاء بأداء ما التزم به حسب المواصفات التي طُلبت منه.

الحالة الثانية: كونه بيعاً كلياً في الذمة، فيشتري المستصنع من الصانع متاعا كلياً بمواصفات معينة ولتكن إحداها انه من صُنْعه لا صُنع غيره. وهذا هو الغالب في موارد الاستصناع، إذ قد لا يكون هناك عين بالفعل لدى الصانع[3].

ومن هنا ذكر بعض فقهاء المالكية صورتين جمع بينهما إن المعقود عليه يُسلَّم في المستقبل وكذا الثمن، وبيانهما كما يأتي:

الصورة الأولى: الشّراء من دائم العمل

فقد ذكر في مواهب الجليل هذه الصورة، إذ قال « والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع وإن لم يدم فسلم" ش[*]: هذه تسمى بيعة أهل المدينة لاشتهارها بينهم والمسألة في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة وفي أوائل السلم قال في كتاب التجارة: وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم يأخذ كل يوم شيئا معلوما ويشرع في الاخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء، وكذلك كل ما يباع في الأسواق ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمي ما يأخذ كل يوم وكان العطاء يومئذ مأمونا ولم يروه دينا بدين

---

(1) الجزاف: الذي لا يعلم كيله أو وزنه أو عدده. ينظر: معجم المصطلحات الفقهيّة، ابراهيم اسماعيل الشهركاني، المطبعة: الروح الأمين، ط 1، ت: 1430 ه: 457.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير: 2/ 216.

(3) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1/ 45.

(*) اختصار لكلمة "شرح".

واستخفوه »[1]. وليس ذلك محض سلم، ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه فيه، ولا شراء شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله.

الصورة الثانية: الشراء من غير دائم العمل

ذهب بعض فقهاء المالكيّة إلى أن شراء سلعة تصنع من غير دائم العمل هو سلم يأخذ أحكامه فلا يعيّن العامل ولا المعمول منه، ويكون ديناً في الذمّة[2]، ومن هنا أورد في حاشية الدسوقي: «"وإن لم يدم" بأن كان انقطاعه أكثر من عمله أو تساوي عمله وانقطاعه وحاصله أن الشراء من غير دائم العمل جائز وهو سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وعدم تعيين العامل والمعمول منه فإذا عينا أو أحدهما كان فاسدا»[3].

ثانياً: أهم الاعتراضات

الاعتراض الأوّل:

يلزم في أصل تكييف الاستصناع على أساس البيع انه لو ظهر بطلان البيع بعد انجاز الصانع ما عليه أن لا يكون المستصنع له مسؤولاً عن خسارته إذا كسدت السلعة المصنوعة في يده نتيجة كونها قد صنعت حسب رغبة المستصنع وذوقه، مع انه في العرف الخارجي يعتبر المستصنع مسؤولاً عن ذلك. وهذا يناسب تخريج الإجارة وشبهها لا البيع وان عمل الصانع كأنه مضمون على المستصنع حيث كان

---

(1) مواهب الجليل، محمّد بن محمّد بن عبد الرحمن الحطّاب الرعيني، تح: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1416 هـ - 1995 م: 6/ 516.

(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي من في صورة عقد استصناع أو عقد سلم، حسن علي الشاذلي: 457.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير: 3/ 217.

بأمره[1].

الاعتراض الثاني:

توجيه الاستصناع في نحو البيع يخالف الارتكاز العرفي في موارد الاستصناع: لأنّه لو لم يصنع الباقي ولم يكمله فإنّ لازمه أن يكون المستصنع له مالكاً للناقص، غايته أنّ له خيار الفسخ لتخلّف الشرط، مع أنّ الاستصناع ليس كذلك في الارتكاز العرفي: لأنّ غرض المستصنع له ليس إلّا المصنوع النهائي، فيكون الباقي كالمصنوع قيداً وجزءاً للمبيع، فعند عدم تكميل ما يطلبه المستصنع تنفسخ المعاملة قهراً بلا حاجة إلى الفسخ لارتفاع موضوع العقد، فالتكييف أجنبيّ عن باب الاستصناع.

الاعتراض الثالث:

استلزام هذا التخريج كون التلف قبل إتمام الصنع بلا تعدّ وتفريط من مال المستصنع له لا الصانع؛ لأنّه كالأجير تكون العين في يده أمانةً، وهذا أيضاً خلاف الارتكاز العرفي في الاستصناع من عدم كون التلف من مال المستصنع ما لم يصنع الصانع ما يريده المستصنع له؛ إذ لا يكون حينئذٍ حقّ للصانع على المستصنع[2].

الاعتراض الرابع:

الاستصناع لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد العاقدين، كما أن الاستصناع بيع للمعدوم.

الاعتراض الخامس:

يقوم الاستصناع بمخالفة البيع في اشتراط العمل، وفي اشتراط خيار الرؤية كذلك لأن مثل هذا لا يوجد في البيع[3].

---

(1) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 50.

(2) ينظر: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام): 11 / 382.

(3) ينظر: مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الاستصناع، علي محي الدين القره داغي: 345.

النتيجة:

إنّ سيرة العقلاء لا تساعد على تحقق البيع والمعاوضة إذا كان كلا العوضين في الذمة أو مؤجلين، فكأنه مواعد على البيع فيما بعد عند تحقق احد العوضين وقبضه. وأما البيع عند العرف فعلاً، فلابدّ فيه من فعلية وجود احد العوضين من الثمن أو المثمن، وأمّا ما يخص بيع السّلم والنسئة فلوجود دليله الخاص.

نعم، يمكن تخريجه على أنه بيع الشخصي[1] حتى في الحالة الثانية على أساس بيع المعدوم كما نقل عن أكثر فقهاء الحنفيّة بان لا يكون المبيع كلياً في ذمة الصانع، بل المبيع شخصي أي يشتري المصنوع الذي يصنعه الصانع خارجاً والذي هو متعين خارجا ولو بمادته، أو بنحو الكلي في المعين الذي هو خارجي أيضاً إذا كان ما يصنعه أكثر ممّا يريده المستصنع، وباعتبار تعارفه والاطمئنان بتحققه من جهة التزام الصانع بالصنع لا يكون باطلاً، فان وجه البطلان ليس عقليا، بل هو لزوم الغرر ونحو ذلك مما يرتفع بالتعارف المذكور والاطمئنان بالصنع[2]. وبهذا يتّضح أن تكييف الاستصناع على أساس البيع لا يمكن التمسّك به؛ لاستلزامه الضرر على الصانع والمستصنع له فيما لو ظهر بطلان البيع، مضافاً إلى أنه خلاف ما عليه الاستصناع في الخارج.

---

(1) البيع الشخصي: عبارة عن بيع المال الموجود المعيّن بثمن معيّنٍ نقداً أو نسيئة، وبما أنّ للمال هنا ميّزات وتشخّص فيعبّر عنه حينئذٍ بالمال الشخصي، كبيع كتاب بدراهم معدودة. ينظر: فقه المعاملات، محمد كاظم المصطفوي، نشر ومطبعة: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط 1، ت: 1423 هـ: 10.

(2) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 48.

المطلب السّابع

التكييـــف بالسّـــلم[1]

ذهـب جمهـور الفقهـاء مـن المالكيّـة والـشافعيّة والحنابلـة وبعـض معاصـري الإباضـية إلى أن الاستـصناع داخـل في الـسلّم؛ وهـو مـشروط بـشروط وضـوابط خاصّـة، وبعـض فقهـاء الإماميّـة كمـا سـيأتي. فالاستـصناع – عنـدهم - يُكيّـف على كونه عُقد سلم، وهذا الرأي هو أحد التكييفات الفقهيّة للعقد المذكور. ولبيان هذا التوجيه ودليله، وأهم الاعتراضات، ينتظم الكلام فيه كالآتي:

أوّلاً: بيان التّكييف ودليله

لم يعترف بعض الفقهاء في المذاهب المذكورة بأن الاستصناع عقد مستقل بل أدخلوه في باب السلم، وكما يأتي:

1ـ جـاء في المدونـة الكبرى مـا نـصّه: «قلـت: مـا قـول مالـك في رجـل استـصنع طستا[2]... وضرب لذلك أجلاً بعيدا وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً أيكون هذا سلفاً

---

(1) بيع السَّلَم ويقال له: بيع السَّلف (بفتح السين واللام): هـو بيـع موصـوف في الذمـة إلى أجـل محروس من الزيادة والنقصان إما بالشهور والأيام أو السنين والأعوام، ومن شرط صحته قـبض الأثمان قبل التفرّق من المجلس، بخلاف بيع الأعيان، فالسلف على هذا جـائز في جميـع المبيعـات التي تضبط بالصفات إذا جمع شروطاً معينة. ينظر: السرائر، محمد بن ادريس الحلّي، طبـع ونـشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 2، ت: 1410 هـ: 3 / 427

(2) الطست: آنية من صفر أو نحاس. ينظر: لسان العرب: 2 / 58 مادة (طست) فصل الطاء المهملة.

أو تفسده... (قال) أرى في هذا إنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يريه يعمله منه ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين ولم يضرب لرأس المال أجلاً فهذا السلف جائز وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الاجل على صفة ما وصفا (قلت) وان ضرب لرأس المال أجلا بعيدا والمسألة على حالها فسد وصار دينا في دين في قول مالك قال نعم (قلت) وإن لم يضرب لرأس المال أجلا واشترط أن يعمله هو نفسه أو اشترط عمل رجل بعينه (قال) لا يكون هذا سلفا لان هذا رجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل وشرط عليه عمل نفسه وقدم نقده فهو لا يدرى أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الاجل فيعمله له أم لا فهذا من الغرر وهو ان سلم عمله له وان يسلم ومات قبل الاجل بطل سلف هذا فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلا (قلت) فإن كان إنما أسلفه كما وصفت لك على أن يعمل له ما اشترط عليه من حديد قد أراه إياه أو طواهر أو خشب أو نحاس قد أراه إياه (قال) لا يجوز ذلك (قلت) لم (قال) لأنه لا يدري أيسلم ذلك الحديد أو الطواهر أو الخشب إلى ذلك الأجل أم لا ولا يكون السلف في شئ بعينه فلذلك لا يجوز في قول مالك»[1]. ومن هذا النص يظهر أن مالك بن أنس جعل إحدى صور الاستصناع سلمًا، وبقية صوره الثلاث إما من باب البيع والإجارة - كما في النوع الثاني، والثالث، وإما باطل كما في النوع الرابع - كما سبق - كما جعلوا بعض صوره بيعا[2]. وبالتالي يكون الاستصناع عندهم سلماً يشترط فيه شروطه.

2. ما ذكره أحمد بن محمد الخلوتي (ت: 1241 هـ)، حيث قال: «قوله: [كاستصناع سيف]: أي كما أن استصناع السيف والسرج سلم سواء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا كأن يقول لإنسان: اصنع لي سيفا أو سرجا أو بابا صفته كذا بدينار، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وأن لا يعين العامل

---

(1) المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المطبعة: السعادة – مصر، لا ط، ت: 1323 هـ: 4/ 18 – 19 وقد نقلنا النصّ على طوله لتوضيح الغرض بشكل سليم وواضح.

(2) ينظر: مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الاستصناع، علي محيي الدين القره داغي: 337.

ولا المعمول منه إلى آخر شروط السّلم...»[1]. وهو واضح في كون الاستصناع داخل في السلم ضمن الشروط التي ذكرها له.

3. ما ذكر من أنه: «يجوز السّلم في الزجاج، والطين، والجص، والنورة، وحجارة الأرحية، والأبنية، والأواني، فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها، ولا يشترط الوزن»[2]. فما صح من السّلم فيما ذكر بسبب وجود الصفات، وبالتالي يجوز استصناع هذه المواد في حدود ذلك.

4. ما عن المغني للحنابلة: «والذي يجمع أخلاطا على أربعة أضرب أحدها مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من قطن وكتان ، أو قطن وإبريسم فيصح السلم فيها لأن ضبطها ممكن»[3]. فإن في مثل هذا لا يكون فيه مانعاً من الصحة، وإن كان مختلطاً؛ إذ التمييز موجود بين تلك الأخلاط وهذا بخلاف ما إذا كانت الأخلاط غير متميّزة فإن مثله لا يجوز، ولذا أورد بعد ذكره الأضرب الأربع قوله: «وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ، ورقته وغلظه وبلده وقديم الطبع أو محدث ، ماض أو غيره ويصف قبضته وجفنه»[4].

ومن العبارة المتقدّمة يظهر بشكل واضح أن الاستصناع يدخل ضمن السّلم شريطة ضبط الصفات للشيء المستلف، كنوع الحديد والطول والعرض والرقة والغلظة بالنسبة للسيف.

5ـ ذكر الشيخ أحمد الخليلي (معاصر) من أن الإستصناع يدخل تحت بيع السّلم، وتشترط فيه جميع شروطه المصححة لعقديّة السّلم[5].

---

(1) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الخلوتي المعروف بالصاوي، المطبعة: دار المعارف – بيروت، لاط، لات: 2/ 103.

(2) روضة الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي المعروف بمحي الدين أبو زكريا، تح: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي – قم المقدسة، ط 3، ت: 1412 هـ - 1991 م: 4/ 27.

(3) المغني، ابن قدامة، دار الكتاب العربي – بيروت، ط 1، ت: 1403 هـ: 4/ 314.

(4) المصدر نفسه: 4/ 317.

(5) ينظر: فقه المعاملات، أحمد الخليلي: 3/ 194.

6ـ ما ذكره الشيخ باقر الإيرواني (معاصر) في آخر كتابه البشارة: «التخريج الثالث: أن يكون عقد الاستصناع راجعاً إلى عقد السّلم... فالتخريج المذكور وجيه ولكن كما قلنا يفصّل، بين التسليم الفعلي للثمن، فيحكم بكونه سلماً، وبين عدم ذلك، فيُحكم بكونه بيعاً حقيقة»[1].

وبهذا يكون الاستصناع داخلاً في السّلم شريطة التسليم الفعلي للثمن، وعليه فعند انتفاء الشرط المذكور يخرج الاستصناع عن كونه سلماً لا أكثر.

7ـ ما أورده عبد الحسن البقشي (معاصر): «فيشترط فيه ما نشترطه في بيع السلم من تسليم كل الثمن أو بعضه في مجلس العقد وغير ذلك من الشرائط ولا إشكال هنا إلا من جهة أن الواقع الخارجي على تأخير الثمن أيضاً إلى ما بعد إكمال العمل وهذا لا يناسب بيع السّلم الذي قالت الإمامية فيه باشتراط الثمن حالاً. أي في مجلس العقد... لا يوجد إشكال في هذا التخريج إلا من جهة اشتراط دفع الثمن حالاً في بيع السلم وهو غير حاصل في عقد الاستصناع، نعم إذا أمكن القول بعدم تمامية هذا الاشتراط في السلم لعدم الدليل التام عليه صح التمسك بهذا الوجه»[2].

8. ما ذكره الميرزا يد الله دوزدوزاني[3] وكذلك العلامة على الأمين[4] في جوابهما على استفتاء الباحث. فالاستصناع يُشترط فيه ما يُشترط ببيع السلم من تسليم الثمن في مجلس العقد وبالتالي لا تبقى مشكلة من هذه الناحية، إلا إن المشكلة فيما هو موجود بالخارج؛ إذ إن الثمن في معاملة الاستصناع يؤجل بعد إكمال الصنع – ولو في الجملة - وهذا لا يتلائم مع حقيقة السّلم. نعم، قد يُناقش

---

(1) البشارة في شرح كتاب الإجارة، تقرير بحث الإيرواني بقلم أحمد الاحسائي، الناشر: مؤسسة أم القرى – بيروت، ط 1، ت: 1421 هـ: 650.

(2) مجلة الفقاهة، مجلة فصليّة تصدر عن مركز الفقاهة للدراسات والبحوث الفقهيّة، العدد السادس، السنة الثانية، خريف 2007 م – 1426 هـ عنوان البحث:الاستصناع: عبد الحسن البقشي: 78 – 86.

(3) أحد مراجع الدين في مدينة تبريز الإيرانيّة.

(4) أحد علماء جبل عامل المعاصرين في لبنان.

كبروياً[1] من حيث إن دليل اشتراط كون الثمن في مجلس العقد غير ثابت كما هو متسالم في بيع السلم، والنتيجة تكون هي هي فيدخل – أيضاً – تحت السّلم.

ثانياً: أهم الإعتراضات

التخريج بكون الإستصناع سَلَماً سُجلّ عليه عدّد من الملاحظات، منها:

1. إن الأدلّة الدالة على مشروعيّة الاستصناع من السنة والاستحسان كعقدٍ مستقل تمنع من دخوله تحت بيع السّلم[2].

2. يشترط في الاستصناع كون العين والعمل من الصانع وقوعه فيما تعامل به الناس، وإلا كان سلماً إذا عيّن له مدّة، أو عقداً فاسداً إذا لم تُعيّن مدّته[3].

3. كون المبيع في السّلم دين تتحمله الذّمة وهو إما مكيل أو موزون أو معدود مقارب أو مذروع، والمبيع في الاستصناع هو عين لا دين كاستصناع أثاث أو حذاء[4].

4. من اللازم لذلك تحديد عقد الاستصناع، وتضييقه بما إذا سُلّم الثمن؛ لأن ذلك شرط في باب السّلم، بينما الواقع الخارجي ليس كذلك؛ إذ قد يُطلب من النجار – مثلاً – صنع كرسي، ويُقال له: سوف نأتي لك بالثمن بعد يوم أو يومين، ويلزم من ذلك بطلان التخريج المذكور؛ كون الدليل أخص من المدعى[5]. وهذه هي أهم الاعتراضات التي سُجّلت على التخريج المذكور، ولا يخفى رجوعها في الواقع إلى خلافين:

---

(1) النقاش الكبروي: هو ما يكون في نفس الدليل الذي يدلّ على شيء معيّن، أو ما يُعبّر عنه بمناقشة دليل الاشتراط أو المنع أو ما يقرب من هذه التعبيرات. ينظر: مباحث الأصول، تقرير بحث الصدر للحائري، طبع ونشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 1، ت: 1407 ه: 3 / 319.

(2) ينظر: مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الاستصناع، علي محيي الدين القره داغي: 347.

(3) ينظر: المصدر نفسه ، عقد الاستصناع، عبد الله محمّد عبد الله: 393.

(4) ينظر: م. ن، عقد الاستصناع، كمال الدين جعيط: 535.

(5) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 646 – 647.

الأوّل: ثبوتي[1]، وهو كون الأدلّة المذكورة على الاستصناع من السّنّة والاستحسان غير ثابتة وعلى فرض ثبوتها تظلّ قابلة للنقاش فيرجع الخلاف إثباتي.

الثاني: كبروي، إذ إن دليل اشتراط تثبيت الثمن في بيع السّلم يكون في مجلس العقد قابل للتأمل والنقاش[2].

النتيجة:

عدم إمكان تكييف الإستصناع بكونه سَلَمَاً؛ لأن الطبيعة الخارجيّة للاستصناع تأبى الدخول تحت عنوان السّلم. وأما المناقشة في دليل اشتراط تعجيل الثمن فهو خلاف مبنائي وبالتالي خروج تنقيحه عن محل البحث.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(1) عالم الثبوت: عالم الواقع ونفس الأمر وفي علم الله تعالى وارادته. ينظر: الدروس (شرح الحلقة الثانية)، تقرير بحث السيد كمال الحيدري لعلاء سالم، المطبعة: ستارة – قم، ط1، ت: 1428 هـ - 2007 م: 1 / 359.

(2) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 647 – 650.

المطلب الثامن

التّكييـــف بالإجـــارة[1]

من التكييفات الفقهيّة للاستصناع التكييف على أنه إجارة، حيث ذكر هذا الرأي صاحب العناية[2]، وذكره في فتح القدير[3]، ومال إلى هذا الرأي بعض فقهاء الشيعة المعاصرين[4]، وبعض اساتيذ الحوزة العلميّة في النجف[5]، وورد في الموسوعة الفقهيّة كون الاستصناع تطبيقاً من تطبيقات الإجارة وصورة من صورها[6]. ولبيان وتوضيح هذا الرأي والدليل عليه، وأهم النقاشات فيه، يترتّب

---

(1) الإجارة: هي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. ينظر: المختصر النافع في فقه الإماميّة، جعفر بن الحسن الحلّي، نشر وتوزيع: مؤسسة البعثة، ط 3، ت: 1410 هـ: 152.

(2) شرح العناية على الهداية، محمود بن أحمد البابرتي، المطبعة: الأيرية - بولاق، ب ت ط، ب م ط: 7 / 116.

(3) شرح فتح القدير، محمد بن عبد الوهاب السيواسي: 5 / 355.

(4) منهم: الشيخ بشير حسين النجفي – في احد آراءه – من خلال استفتاء قدّمه الباحث حول عقد الاستصناع، فكان الجواب: أن التعبير المذكور يعني لغة طلب صنعة شيء من الآخر، وليس هذا من عقد السّلم إنما هو من نوع الاستيجار، فهو موضوع للأحكام الشرعية التكليفية والوضعية، والله الموفق. ينظر: الملحق في آخر الرسالة لعرض الاستفتاء.

(5) "مقابلة شخصيّة" الشيخ جواد مهدوي، أستاذ في الحوزة العلمية، النجف الأشرف، بتاريخ: 18 / جمادي الآخرة: 1434 هـ - 18 / 4 / 2013 م، الساعة الحادية عشرة صباحاً وثلاثين دقيقة قبل الظهر في مكتب الشيخ الفياض.

(6) ينظر: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام)، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي، تحقيق ونشر: مؤسسة دائرة المعارف، المطبعة: بهمن، ط 1، ت: 1426 هـ - 2005 م: ج4 / 16.

المطلب كالآتي:

أوّلاً: دليل التكييف

لم يكن الدليل واضحاً على أن الاستصناع يُعدُّ إجارة أكثر من كونه تخريج حكمي، وعليه يمكن صياغته كالآتي:

1ـ المنشأ بالاستصناع هو ملكيّة عمل الصانع للمستصنِع، ومحلّ المعاملة حينئذٍ هو عمل الصانع لا العين المصنوعة، وعلى هذا التكييف يكون عمل الصانع مضموناً على المستصنع له فقد حصل بأمره، فيضمن للصانع اجرة مثل عمله التي قد تساوي قيمة ذلك المصنوع بخصوصيّاته، وكذلك هو مسئول عن الخسارة الواردة على الصانع عند ظهور بطلان العقد بعد نهاية العمل، وعلى هذا فيطابق هذا التخريج - كون الاستصناع إجارة من هذه الجهة - لما هو المرتكز في باب الاستصناع من ضمان المستصنِع لعمل الصانع ومسئوليّته قبال الخسارة الواردة على الصانع[1].

2ـ الملاحظ في الإجارة جنبة العمل دون المواد بشكل واضح ومسلّم هذا من جهة، ومن جهة ثانية ذكر الفقهاء في آواخر عقد الإجارة هذه المسألة: كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر، كالخيوط في الخياطة، والمداد في الكتابة. ويدخل المفتاح في إجارة الدار، لأن الانتفاع لا يتم إلا بها[2]. وذكر في مفاتيح الشرائع ما نصّه: «كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر، ومنه الخيوط في الخياطة، والمداد في الكتابة. وقيل: بل الواجب عليه إنما هو العمل. أما الأعيان الذاهبة فلا تدخل إلا في شواذ، كالاسترضاع والاستحمام، فالرجوع إلى العرف أولى، ومع عدمه فعلى المستأجر. أما عمارة الحيطان والسقوف وعمل الأبواب ومجرى الماء، فعلى الموجر قطعا. وكذلك كل ما جرت العادة بالتوطئة به للركوب، أو الاستعانة بالنسبة

---

(1) يُنظر: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام): 11 / 384.

(2) يُنظر: مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، زين الدين بن علي المعروف بـ(الشهيد الثاني)، تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الإسلامية (قم – ايران)، المطبعة: دانش، ط1، ت: 1414 هـ: 5 / 230.

(*) البرذعة: كساء أو أكفاف توضع على ظهر الدابة وتحت الرّحل. ينظر: لسان العرب: 8 / 8.

إلى نوع الدابة المعينة، فيجب السرج لذات السرج، والبرذعة(*) لمن يعتاده، وكذا اللجام والزمام وغيرهما من الآلات، والسائق والقائد، والإعانة على الركوب والنزول، كل ذلك مع قضاء العادة به، وكذلك سقي الدابة وعلفها على الأصح، لأصالة عدم وجوبهما على غير المالك، فان كان حاضرا والا استأذنه، أو الحاكم في الإنفاق ورجع عليه. ويسقط الاستيذان مع التعذر والاشهاد»[1].

وما يفهم من هذه العبارة: إن المواد على المستصنع له وليس على الصانع إلا ما حكم به العرف. وعليه فإن الصانع وإن أحضر المواد فعلى المستصنع أن يتحملها عنه، وبالتالي يمكن تكييف الاستصناع على أنه إجارة.

3ـ الاستصناع شبيه بالإجارة، ويتضح هذا الشبه في الصباغ حيث يقوم بصباغة الثوب ونحوه بمادة من عنده، ففيه شبه كبير بالاستصناع[2].

تنبيه: أورد الشيخ سيدي أحمد الدردير أبو البركات (ت: 1302 هـ) من المالكيّة في كتابه الشرح الكبير مسألة استصناع شيء في باب الإجارة، وحكم الضمان إذا خالف الصانع، وما يتعلّق بالمسألة من هنا وهناك، وهو بذلك لا يريد الاستصناع المبحوث عنه في مسألتنا بل يريد من الاستصناع بالمعنى اللغوي الصرف، أعني طلب الصنعة على صفة مخصوصة، مع بقاء المواد على المستصنع، فذكر: «لأن الشأن فيما يدفع للصانع الاستصناع، والايداع نادر فلا حكم له، "أو خولف" الصانع "في الصفة" عطف على المعنى أي القول للصانع إن خولف في الاستصناع أو خولف في الصفة يعني أنهما إذا اتفقا على أنه دفعه له ليصنعه واختلفا في صفة الصنعة فالقول للصانع إن أشبه فإن لم يشبه حلف ربه»[3].

وعليه، فالتعبير "بما يدفعه" صريح في كون المادة على المستصنع له وليس على الصانع، ودخول هذا في الإجارة المتعارفة ممّا لا ريب فيه.

---

(1) مفاتيح الشرائع، محمد محسن الفيض الكاشاني، تح: مهدي الرجائي، الناشر: مجمع الذخائر الإسلاميّة، المطبعة: الخيام – قم، ط 2، ت: 1401 هـ: 3/ 112.

(2) يُنظر: بحث عقد الاستصناع، كتبه أبو زيد، ب ت ط، ب م ط: 12.

(3) يُنظر: الشرح الكبير، سيدي أحمد الدردير: 4/ 56.

ثانياً: أهم الاعتراضات

ناقش الفقهاء القول بالإجارة في باب الاستصناع بعدّة مناقشات، وقد أوردوا عليه مجموعة من الملاحظات والاعتراضات، تُلخّص بنقاط:

1. الاعتراض في وجه تملّك المصنوع الذي هو عين خارجية، مع إنّ الإجارة تمليك للمنافع لا الأعيان[1].

2. استلزام كون تلف المصنوع قبل تسليمه من مال المستصنع لا الصانع، وهو خلاف الارتكاز في باب الاستصناع[2]؛ إذ إن المرتكز العرفي له أن يكون التلف على الصانع.

3. إنّ هذا التخريج غير وافٍ بغرض المستصنع له؛ إذ هو يريد تملّك العين المصنوعة مضافاً إلى تملّك العمل؛ وذلك لأنّ الإجارة سبب لتملّك المنفعة أو العمل لا العين، فيكون نقل العين المصنوعة حينئذٍ بحاجةٍ إلى سببٍ ناقل آخر غير الإجارة[3]. هذه هي أهم الإيرادات والاعتراضات على القول بالإجارة.

ويتحصّل من ذلك إن التكييف بالإجارة لا يكون مجدياً ونافعاً؛ لاشتمال الاستصناع على المادة والعمل، والإجارة مختصة بالمنافع دون غيرها، ولو أمكن ارجاع الاستصناع إليها للزم إرجاع كافة العقود إلى الإجارة المشروطة وهو غير صحيح.

---

(1) يُنظر: قراءات فقهيّة معاصرة، محمود الهاشمي، طبع ونشر: مؤسسة الفقه ومعارف أهل البيت (عليهم السلام)، ط 1، ت: 1433 هـ - 2011 م: 2/ 265.

(2) يُنظر: موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام): 11 / 384.

(3) يُنظر: كتاب الإجارة، تقرير بحث السيد محمود الهاشمي الشاهرودي، مؤسسة الفقه ومعارف أهل البيت (عليهم السلام)، ط 2، ت: 1425 هـ: 1 / 50 – 51.

المطلب التّاسع

التّكييـــف بالعقـد المستقـل

من خلال السّبر المتقدّم يلاحظ أن المحاولات السابقة لتكييف الاستصناع لم تخلُ واحدة منها من نقضٍ وإبرام، وإن إدّعى أصحابها الصحة لها، ومن جهة أخرى يلاحظ التكلّف في توجيه بعضها على ما تقدّم في كلّ واحدة منها.

ومن هنا كان التكييف بالعقد المستقل للاستصناع هو التوجيه الفني الذي لاقى قبولاً، وإن واجهته بعض الإيرادات كما سيجيء، وقبل بيانه يُشار إلى أن الإستصناع كمعاملة كانت موجودة حقيقة، غاية الأمر إنها كانت من العقود التي لم تُسمَّ ولم تُصنّف كغيرها من العقود[1] التي أخذت حضها من التصنيف والتسميّة. ومن هنا وجّه الباحث تسمية الاستصناع بالعقد المستقل من حيث كونه معاملة لها جذورها العمليّة في زمان المعصوم عليه السلام وغيره بيد إنها كانت من العقود غير المسمّاة[2]. ويمكن الاستئناس لذلك بما يأتي من الأمثلة:

المثال الأوّل:

ما ذكره محمد بن جرير الطبري (ت: 310 هـ) في حديثه عن بعض أولاد شيث ابن آدم عليه السلام حيث قال: «وأنه ابتدع صنعة السيوف والسلاح ودل على صنعة

---

(1) ينظر: مصادر الإلتزام، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة "دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية"، محمود المظفر، دار الكتب والوثائق – بغداد، ط 4، ت: 2010 م: 61.

(2) ينظر: الإستفتاء المقدّم الى المرجعين كمال الحيدري وصالح الطائي في آخر الرسالة: 181 – 182.

الإبريسم والقز وغيره... ونحت السروج والأكف»[1].

المثال الثاني:

ما ورد من أن النبي (صلى الله عليه وآله) أمر بأن يُصنع له شبه المنبر من أحداج الإبل، وصعد وخطب الناس[2]... من دون أن يقول استصنعوا لي منبراً.

المثال الثالث:

ما ورد عن محمد بن عيسى بن عبيد عن أبي القاسم الصيقل وولده قال: كتبوا إلى الرجل عليه السلام جعلنا الله فداك إنا قوم نعمل السيوف وليست لنا معيشة ولا تجارة غيرها...[3].

وعقّب السيّد الخميني (ت: 1410 هـ) على هذه الرواية بأن عمل القوم بالسيوف صنعتها، وهو عمل مستقل في تلك الأزمنة وفي غاية الأهميّة[4].

ومن الأمثلة المتقدّمة[5] يُلاحظ بأن الاستصناع كمعاملة كانت موجودة ومنتشرة بين الناس على مرّ العصور، لكنها لم تكن مسمّاة كبقيّة العقود المعروفة.

---

(1) تاريخ الطبري، محمد بن جرير الطبري، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات (بيروت - لبنان)، ط 4، ت: 1403 هـ: 1 / 119.

(2) ينظر: محاضرات السيّد الخوئي في المواريث، محمد علي الخرسان، مؤسسة السبطين العالمية – قم، ط 1، ت: 1424 هـ: 42.

(3) ينظر: تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد، محمد بن الحسن الطوسي، تعليق: علي أكبر الغفاري، الناشر: دار الكتب الإسلامية، المطبعة: مروى – طهران، ط 1، ت: 1384 ش: 6 / 376، حديث (1100).

(4) ينظر: المكاسب المحرّمة، روح الله الخميني، مؤسسة اسماعيليان للطباعة والنشر – قم، ط 3، ت: 1410 هـ: 1 / 50.

(5) من الواضح دأب المحصلين على عدم العبرة بالمثال ؛ لاشتماله على بعض النقوض الداخليّة كما هو واضح.

ولبيان هذا التكييف وما يرد عليه ينتظم المطلب فيه على ثلاثة أقسام كالآتي:

أوّلاً: بيان التكييف ودليله

أن يُدّعى الاستصناع عقد مستقل، فلا هو إجارة ولا هو بيع ولا بيع سلم، بل شيء مستقل بنفسه، وبشمله إطلاق﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[1]. فإنه لا يختص بالعقود المتعارفة، بل يعمّ كلّ عقد ولو حدث في المستقبل، ولم يكن في زمن ورود النصّ[2]. وهذا الرأي هو ما ذهب إليه مشهور فقهاء الحنفيّة[3] وبعض فقهاء الإماميّة المعاصرين[4].

فقد ورد في البدائع قوله: «ثُمَّ اختلفت عباراتهم عن هذا النّوع من البيع. قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذّمّة ، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذّمّة شُرِط فيه العمل. وجه القول الأوّل: إنَّ الصّانع لو أحضر عيناً ، كان عملها قبل العقد ، ورضي به المستصنع ؛ لجاز ، ولو كان شرط العمل من نفس العقد ؛ لما جاز ؛ لأَنَّ الشّرط يقع على عمل في المستقبل - لا في الماضي - وَالصحيح هو القول الأخير ؛ لأَنَّ الاستصناع طلب الصّنع ، فما لم يُشترط فيه العمل لا يكون استصناعًا ؛ فكان مأخذ الاسم دَلِيلا عليه ؛ وَلأَنَّ العقد عَلَى مبيع فِي الذّمّة يُسَمَّى سَلَمًا ، وهذا العقد يُسَمَّى اسْتِصْنَاعًا ، وَاختلاف الأَسَامِي دليل اختلاف المعاني فِي الأَصل وَأَمَّا إذَا أَتَى الصّانع بعين صنعها قبل العقد ، ورضي به المستصنع ؛ فإنّما جاز لا بالعقد الأوّل ، بل بعقد

---

(1) المائدة / 1.

(2) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 651.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر الكاساني: 5 / 2، المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 15 / 84.

(4) وهم: الشيخ باقر الإيرواني في كتابه البشاره: 652، والشيخ اسحاق الفيّاض، والسيد محمد صادق الروحاني والشيخ محمد جواد اللنكراني من خلال استفتاء قدّمه الباحث. ينظر: الملحق في آخر الرسالة: 250.

آخر ، وهو التّعاطي بتراضيهما»[1]. فالإستصناع بهذا التوجيه العلمي يكون بيعاً مستقلاً يُشترط فيه العمل مضافاً إلى طلب الصُنعة.

والتخريج المتقدّم قد يستظهر من كلام الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء (ت: 1373 ه) إذ قال : «حيث إن إعطاء السلعة للخياط مثلا ليخيط ثوباً يصير إجارة على العمل كما أن تقطيع الثوب على أن السلعة من الخياط استصناع»[2]. وفي الحقيقة ليس صفة الاستصناع إلا ما ذُكر من اشتراط العمل والمادة، وكأن الشيخ كاشف الغطاء أراد أن يقول: إن العمل على شيء معيّن له لحاظان، الأوّل: إذا لم تكن المادة على الصانع فهو إجارة وإن سمّي استصناعاً تبعاً للاستعمال اللغوي، والثاني: إذا كانت على الصانع فهو عقد مستقل يسمّى (عقد الاستصناع) في قبال عقد الإجارة وليس مندرجاً تحته.

ثانياً: أهم ما يرد عليه

سيكون تكييف الإستصناع على أنه عقد مستقل ليس بمنأى عن النقض والإبرام؛ إذ سُجلّت عليه مجموعة من الإشكالات والإيرادات، منها:

1. إن الاستصناع لو كان عقداً مستقلاً، فما هو المنشأ له ؟ فإن كان العمل أو الصنع فهو إجارة، وإن كان تمليك العين المصنوعة فهو بيع، وإن كان المنشأ طلب الصُنع فهذا ليس بيعاً بل طلباً بالصُنع لا أكثر[3].

2. ما يخصّ حريّة التعاقد: فهل إن العقود المدونة في كتب الفقه هي وحدها التي أمضاها الشارع، بمعنى أن كل إلزام أو تصرف إذا لم يكن مصداقاً لواحد من تلك العقود لا تترتب عليه الآثار المقصودة للطرفين بنظر الشارع، وبالتالي فإن تصحيح مثل هذه العقود غير ممكن، أو إن هذه العقود قد أقرها التشريع الإسلامي كتاباً وسنة ودونها الفقهاء في مجامعهم لا لخصوصية بها، بل لأن التعامل بين الناس في

---

(1) بدائع الصنائع، أبو بكر الكاساني: 5 / 2.

(2) تحرير المجلّة، محمد حسين كاشف الغطاء، المطبعة: الحيدرية – النجف الأشرف، ب ت ط، ت: 1360 هـ: 2 / 131.

(3) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 653 – 654.

الغالب في عصور التشريع وما بعده لم يتعدّ هذه الأنواع من العقود ؟، ولازم ذلك أن الظروف والحضارات التي تختلف باختلاف العصور إذا اقتضت نوعاً آخر للتعامل والاتجار لا يخل بالنظام ولا بالآداب العامة يكون مصداقاً للعقود التي أقرها التشريع الإسلامي في الكتاب والسنة[1].

ثالثاً: التوجيه العلمي لدفع الإيرادات المذكورة

ما سُجّل كإيراد على التكييف المذكور بالإمكان التخلّص منه؛ إذ أن الفقهاء ذكروا في قباله في مقام الجواب ما يأتي:

1. ما يخص الإيراد الأوّل: فإنه بالإمكان الإلتزام بشق رابع، وهو أن يكون المُنشأ تمليك العمل وما يحصل به وهو العين المصنوعة، ولا يكون المُنشأ هو تمليك العمل فقط أو تمليلك العين فقط ليرد ما تقدّم، بل هو تمليك لهما معاً وهذا معنى كونه عقداً مستقلاً جديداً في مقابل بقيّة العقود[2] وبالتالي الحصول على معاملة جديدة مستقلّة مشمولة لأدلة الوفاء بالعقود.

2. كون النصوص الإسلامية لم يرد فيها ما يقتضي حصر العقود في نوع أو صنف بخصوصه، ولم تعين نوع العقد والبيع والتجارة بل أمرت بالوفاء بالعقود وأحلت التجارات، وفرضت على المسلمين أن يلتزموا بشروطهم والتزاماتهم من غير التعرّض لأنواع تلك العقود وأصنافها ولا لماهية التجارة وكيفيتها، ولا لشكل الالتزام وموضوعه، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[3]، وقال: ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ

---

(1) ينظر: نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات، هاشم معروف الحسني، دار التعارف للمطبوعات – بيروت –، ط 1، ت: 1416 هـ - 1996 م: 133.

(2) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 652.

(3) المائدة / 1.

الرِّبَوٰاْ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوٰاْ ﴾ [1] وقال: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾[2].

وقال النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله): «المسلمون عند شروطهم»[3] إلى غير ذلك من النصوص المشتركة في هذه الناحية، ومعلوم إن الناس قبل عصر التشريع كانوا يتعاملون بينهم بالبيع والشراء ويتعاقدون بجميع الأنواع الشائعة في ذلك العصر وقبله، فلا بد أن يكون الذي يجب عليهم الوفاء به والبيع الجائز لهم والتجارة المسوغة لأكل المال، والإلزام الذي يجب تنفيذه، هو ما يسميه الناس عقداً وبيعاً وتجارة والتزاماً في عصرهم وفي جميع العصور حسب حاجات الزمن ومقتضيات الحياة، وكل ما في الأمر إن الحاجة لم تدعوا في عصر التشريع وقبله إلا لتلك الأصناف من العقود، فإذا دعت في عصر من العصور إلى صنف من العقود كما حدث بالفعل في عصورنا المتأخرة، يكون المستحدث فرداً للعقد الذي يجب الوفاء به بمقتضى نص الآية.

وبتعبير أكثر وضوحاً هو انه بعد فرض إن المشرع لم يخترع أنواعاً وأصولًا للتعامل تسمى عقداً وبيعاً - كما هو الحال في العبادة المخترعة ليتعين الوقوف عندهما فيما لو وردت في آية أو رواية - فلا بد ان يكون المراد منها إذا وردت في آيات الكتاب أو في المرويات عنه (صلى الله عليه وآله) هو ما يراه العرف بيعاً وعقداً وتجارة.

وما دام الأمر متروكا إلى العرف فكل ما يستعمله الناس ويسمونه عقداً يكون مشمولًا بتلك الأدلة العامة التي جاءت لإمضاء ما هو متعارف بين الناس في مقام التعامل والاتجار[4]. وعليه فالتخريج المذكور وجيه من هذه الناحيّة[5].

---

(1) البقرة / 275.

(2) النساء / 29.

(3) الفروع من الكافي، محمد بن يعقوب الكليني، تعليق: علي أكبر الغفاري، الناشر: دار الكتب الإسلامية، المطبعة: الحيدرية – طهران، ط 6، ت: 1387 ش: 5 / 404.

(4) ينظر: نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات، هاشم معروف الحسني: 135.

(5) ينظر: البشارة في شرح كتاب الإجارة، باقر الإيرواني: 653.

الرأي المختار:

بعد الإطلاع على التكييفات الفقهيّة المجوّزة للاستصناع[1]، يتوجّه البحث إلى الرأي الراجح منها. فيقال: إن المختار من بين تلكم التكييفات هو كون الاستصناع عقداً مستقلاً بكيانه[2] - لكن لا للنكتة العلميّة التي جعلت فقهاء الحنفيّة يجعلونه عقداً جديداً كما سيتضح ذلك في البحث عن مشروعيته[3] -، لما يأتي:

1. شموله من قبل عموم قوله تبارك ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[4]، ويدلّ على لزومه ووجوب الوفاء به من كلا الطرفين، حتى أنّه يجب على الصانع صنع المقدار المتوافق عليه وعرضه على المستصنع له، كما يجب على الآخذ أن يشتريه بقيمته العادلة وعلى ما توافقا عليه، فلو لم يف واحد منهما بما التزم به فيلزم بالعمل بعقده والوفاء بالتزامه، كما في سائر موارد العقود والالتزامات[5].

2. لا يرد عليه ما يرد على التخريجات السابقة، مضافاً إلى التكلّف في إدخاله ضمن تلك العنوانات الفقهيّة المذكورة، ولا موجب لذلك.

أمّا لماذا كونه عقداً مستقلاً لا للنكتة العلميّة التي أفادها فقهاء الحنفيّة،

---

(1) من خلال ما قدّمه الباحث من استفتاءات لفقهاء الإماميّة المعاصرين لوحظ أن بعض من ذهب إلى جواز الاستصناع لم يُبيّن نوع التكييف ودليله حتى يتسنى بحثه بشكل طبيعي كما في بقيّة التكييفات المذكورة، وعليه اكتفى الباحث بذكر آرائهم في الملحق من دون التعرض لها في البحث، ينظر: الملحق في آخر الرسالة: 195 – 196 – 197.

(2) وقد اختار هذا التكييف – أيضاً – السيد صادق الشيرازي والشيخ محمد أمين المامقاني، ينظر: الملحق في آخر الرسالة: 247 – 248.

(3) ينظر: المبحث الثاني من الفصل الثاني من الرسالة: 137.

(4) المائدة / 1.

(5) ينظر: كلمات سديدة في مسائل جديدة، محمّد المؤمن القمّي، الناشر: مؤسسة تحقيقات معارف أهل البيت (عليهم السلام) – قم المقدّسة، ط 1، ت: 1415 هـ: 194.

وذلك لأنهم يعترفون بأن الإستصناع مستثنى من أصل ممنوع، والأصل الممنوع عندهم هو (لا تبع ما ليس عندك، بيع المجهول،...)، إذاً فالأصل هو عدم بيع ما كان كذلك، وعليه فالاستصناع نوع من أنواع البيوع الممنوعة إلا إنه أُستثني للحاجة والاستحسان.

وعليه فيلزم أن يكون الاستصناع عندهم - حسب هذا الاستثناء من الأصل الممنوع – بيعاً لا عقداً جديداً، وإلا فكيف يصحّ استثنائه من البيع وهو ليس ببيع؟!.

وما يُدلل على مقصودنا أكثر إن بيع السّلَم (السّلف) مستثنى من أصل ممنوع - فهو بيع ما ليس بموجود -؛ لورود الدليل الخاص على صحته، ومع ذلك يُسمّى بيعاً، فلماذا لم يُسمَّ عقداً جديداً ؟ !.

وعليه فتخريج الاستصناع – عند فقهاء الحنفيّة – على أنه عقد جديد لا يتناسب مع استثنائهم له من الأصل الممنوع؛ لأن تكييف الاستصناع على أنه عقد جديد قائم على كون المنشأ به هو تمليك العمل والمادة. فهو معاملة مستقلة قائمة بكيانها.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المبحث الثاني

عدم جواز الإستصناع

لبيان الحكم الفقهي لعدم جواز الاستصناع ومدى توثيقه شرعيّاً يُكيّف على أربعة مطالب

- ❁ المطلب الأوّل: جهالة المبيع
- ❁ المطلب الثاني: بيع ما ليس عنده على غير وجه السّلم
- ❁ المطلب الثالث: بيع الدّين بالدّين
- ❁ المطلب الرابع: بيع الغرر

بعد معرفة عقد الاستصناع بما هو عليه من مفهوم له حكمان، الأوّل: الجواز وقد اتضح خلال المبحث السابق الحكم بجواز الإستصناع ومناقشة تكييفاته، والآن البحث عن الحكم الثاني له من عدم الجواز، وبيانه، ودليله، والمناقشة في ذلك.

فإذا ما أردنا توجيه ذلك، فإن السبب في تخريج الحكم بالعدم يُناط بأحد أمور، يتعرّض البحث لها وبيانها وأهم ما يقال فيها ضمن المطالب الآتية:

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الأوّل

جهالـــة المبيـــع

من خلال البحث في دليل المانعين عن صحة الاستصناع، تبيّن أن أحد الأسباب المنتجة للحكم العدمي هو جهالة المبيع. وبيانه بما يأتي:

1ـ دليل القائلين

استدلّ القائلون بعدم الجواز بدليل الجهالة في المبيع: كونها المانع من صحة المعاملة المشتملة على هذه الصفة، وهذا ما يظهر واضحاً فيما أورده محمد بن الحسن الطوسي (ت: 460 هـ) في كتابه الخلاف، إذ أورد ما نصّه: «استصناع الخفاف، والنّعال، والأواني من الخشب والصفر والرصاص والحديد، لا يجوز، دليلنا على بطلانه: أنا أجمعنا على أنه لا يجب تسليمها، وأنه بالخيار بين التسليم ورد الثمن، والمشتري لا يلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحا لما جاز ذلك، ولأن ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة، ولا موصوف في الذمة، فيجب المنع منه»[1].

وعليه، فإن وجه البطلان عند الشيخ الطوسي هو مجهوليّة المبيع وعدم معلوميته، وعدم وجود الوصف الرافع للجهالة. وطبيعي هذا ما يفهم من منطوق كلامه. وهذه الكبرى لا خلاف في اشتراطها عند الفقهاء[2]، بل الخلاف واقع في ما

---

(1) الخلاف، محمد بن الحسن الطوسي، تح: علي الخرسان، جواد الشهرستاني، مهدي طه نجف، إشراف: الشيخ مجتبى العراقي، مطبعة ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط 1، ت: 1411 هـ: 3/ 215.

(2) ينظر: نهاية المحتاج في شرح المنهاج، محمّد بن أحمد بن حمزة الرملي الشافعي الصغير، طبع ونشر: دار احياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي – بيروت، ط 3، ت: 1413 هـ 5/ 279.

يدخل تحتها.

وللشيخ الطوسي عبارة أخرى في المبسوط، جاء فيها: «واستصناع الخف والنعل والأواني من خشب أو صفر أو حديد أو رصاص لا يجوز، فإن فعل لم يصح العقد، وكان بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء منعه، فإن سلمه كان المستصنع بالخيار إن شاء رده وإن شاء قبله»[1].

إذ إن هذه العبارة ممّا وقع الخلاف في بيانها بين مَن تعرّض لها؛ إذ علّق المفلح بن حسن الصيمري المتوفى في القرن السابع على عبارة الطوسي قائلاً: «ومراده بعدم الجواز عدم اللزوم»[2]. وذكر محمد علي الأنصاري في موسوعته إلى أن الظاهر من كلامه (قده) كونه عقداً فاسداً[3]. وذهب الشيخ عبد الحسن البقشي إلى أن الذي يظهر من كلام الشيخ الطوسي هو عدم كونه عقداً من الأساس[4].

وذكر محمود الهاشمي: «وهذا يعني أن الاستصناع لا يمكن تخريجه على أساس ضمان الأمر بلا عقد في البين. كما أنه لا يرجع إلى عقد مستقل جديد، بل إما أن يرجع إلى بيع السلم بشروطه وأحكامه أو إلى التجميع بين عقدين أو أكثر من شراء المادة للمستصنع من قبل الصانع وكالةً واستئجاراً لصنعه من قبل المستصنع والذي لا بحث في جواز ذلك بلا تداخل أو تردد بين البيع والإيجار. ولعلّ هذا مقصود الشيخ الطوسي قدس سرّه من بطلان الاستصناع، والله العالم بحقائق الأمور»[5]. وعليه فالاستصناع لا يمكن الحكم عليه بالجواز نظراً إلى جهالة المبيع.

---

(1) المبسوط في فقه الإماميّة، محمد بن الحسن الطوسي: 2/ 194.

(2) تلخيص الاختلاف وخلاصة الاختلاف، المفلح بن حسن الصيمري، تح: مهدي الرجائي، إشراف: محمود المرعشي، الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي العامة – قم المقدسة، المطبعة: سيد الشهداء – قم، ط 1، ت: 1408 هـ: 2/ 90.

(3) ينظر: الموسوعة الفقهيّة الميسّرة، محمد علي الانصاري، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، المطبعة: مؤسسة الهادي، ط 1، ت: 1418 هـ: 2/ 324.

(4) ينظر: مجلة الفقاهة، الاستصناع، عبد الحسن البقشي: 78 – 86.

(5) كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1/ 58.

2ـ عدم إنطباق مفهوم الجهالة على الاستصناع

بعد بيان سبب المنع من جواز الاستصناع – هنا – والذي هو جهالة المبيع، وبالتالي فاشتماله على الجهالة موجب لعدمه. يبقى البحث عن مدى انطباق عنوان الجهالة على الاستصناع.

ولبيان ما إذا كان ذلك العقد مشمولاً لمفهوم الجهالة يُلاحظ المعنى لها، فيقال: الجهل في اللغة نقيض العلم، والجهالة هو أن تفعل فعلاً بغير علم[1].

وأما في اصطلاح الفقهاء: فإنّ استعمال الفقهاء لهذين اللّفظين يشعر بالتّفريق بينهما، فيستعملون الجهل - غالبًا - في حالة ما إذَا كان الإنسان موصوفًا به في اعتقاده أو قوله أو فعله.

أمَّا إذَا كان الجهل متعلّقا بخارج عن الإنسان - كبيع وشراء وإجارة وإعارة وغيرها، وكذا أركانها وشروطها - فإنّهم في هذه الحالة غَلّبوا جانب الخارج، وهو الشّيء المجهول، فوصفوه بالجهالة، وإن كان الإنسان متّصفًا بالجهالة أيضا[2].

فيتضح أن المراد من جهالة المبيع هو: ما إذا كان الشيء غير قابل للوصف بأحد الأوصاف الموجبة لرفع صفة الجهالة عنه. والجهالة بهذا المعنى مفهوم مشكك، له مراتب مختلفة، ومن هنا قُسّم مفهومها على ثلاث مراتب:

الأولى: الجهالة الفاحشة

وهي الجهالة التي تفضِي إلى النزاع وهي تمنع من صحة العَقد، ومن شروط صحة العقد أن يكون المعقود عليه معلوماً علماً يمنع من المنازعة.

الثانية: الجهالة اليسيرة

وهي الجهالة التي لا تؤدي إلى المنازعة، وهي جائزة اتفاقاً وتصحّ معها العقود وذلك كأساس الدار وحشوة الجبة ونحو ذلك.

---

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: 11 / 129 مادة (جهل).

(2) ينظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتية: 16 / 167.

الثالثة: الجهالة المتوسّطة

ما كانت دون الفاحشة وفوق اليسيرة. وقد اختلف فيها الفُقهاء هل تلحق بالمرتبة الأولى أو الثانية ؟ وسبب اختلافهم فيها أنها لارتفاعها عن الجهالة اليسيرة ألحقت بالجهالة الفاحشة ولانحطاطها عن الكثيرة ألحقت باليسيرة[1].

فإذا ما بان المقصود من الجهالة ومراتبها، فهل يكون بمكان إدعاء الإستصناع من بيع المجهول ؟ من الطبيعي لا يمكن ذلك؛ لأن الإستصناع اليوم له من الأوصاف والتقديرات والقياسات الدقيقة ما لا يمكن ثبوت وصف الجهالة مع وجودها ويشهد لذلك ما موجود بالخارج على نحو القضية الخارجية وهذا كافٍ في سقوط الدعوى المتقدّمة.

نعم، لو كان لازم الإستصناع عدم معرفة مقادير الصّنعة وصفات المصنوع فما ذكره في كتاب الأم يكون وجيهاً، إذ أورد هناك: «ولو شرط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد أو نحاس ورصاص لم يجز؛ لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ في الثوب ؛ لأن الصبغ في ثوبه زينة لا يغيره أن تضبط صفته وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع قال وهكذا كل ما استصنع»[2] لكن هذا أوّل الكلام.

ومن هنا قد يوجّه قول الشافعي بأن الاستصناع ممّا لا يمكن ضبط مقاديره في تلك الأزمنة السالفة؛ نظراً لما عليه، وبالتالي يكون الحكم المذكور مقصوراً في حدود المعطيات الزمنية لإصدار الحكم، ولا يشمل غيره فيما إذا بقيت تلك المعطيات ثابتة ولم تتغيّر، ولكن ما عليه اليوم يُشكل بقاء ما كان على ما كان عليه.

---

(1) ينظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتية: 16/ 179.

(2) الأم، محمّد ابن ادريس الشافعي، 3/ 134.

المطلب الثاني

بيع ما ليس عنده على غير وجه السّلم

أحد الأسباب المانعة من صحة الاستصناع وجوازه هو كونه من قبيل أن يبيع المكلّف ما ليس عنده[1]. وعليه، فإذا وقعت المعاملة والحال هذه، وقعت منهيّاً عنها وبالتالي فساد المعاملة؛ لأن النهي بداعي الإرشاد إلى مانعيّة الشيء في المعاملة يكون دالاً على فسادها عند الإخلال لدلالة النهي على اعتبار عدم المانع فيها، فتخلفه تخلّف للشرط المعتبر في صحتها[2].

وهذا الوجه من المنع اختاره مالك (ت: 179 هـ) في المدونة الكبرى، كما جاء فيها: «لا يجوز لأنه يبيع ما ليس عنده فلا يجوز ذلك ألا ترى أن البائع باع سلعته بطعام أو بعرض وليس الطعام ولا العرض عند المشترى فصار البائع كأنه اشترى من المشترى بسلعته ما ليس عند المشترى فصار كأنه باع ما ليس عنده ولا يجوز أن يشترى من رجل طعاما ولا عرضا ليس عنده إلا إلى أجل على وجه التسليف»[3]. وبالتالي فالاستصناع لا يجوز عندهم إلا بشروط بيع السّلف كما يظهر من منطوق العبارة المتقدمة.

---

(1) ينظر: الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي: 4/ 33.

(2) ينظر: أصول الفقه، محمد رضا المظفر، تح: عباس علي الزارعي السبزواري، المطبعة والنشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 4، ت: 1427 هـ - 1385 ش: 2/ 310.

(3) ينظر: المدونة الكبرى لامام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي: 4/ 231.

(*) القاضي: هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، شيخ الحنابلة في وقته. وعالم عصره في الأصول والفروع وأنواع الفنون. من أهل بغداد. ولاه القائم العباسي قضاء دار الخلافة والحريم وحران وحلوان. ينظر: الأعلام للزركلي: 6/ 231.

واختير – أيضاً - في كشف القناع: «ولا يصح "استصناع سلعة" بأن يبيعه سلعة يصنعها له. "لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم" ذكره القاضي(*) وأصحابه»[1].

فإن المنع من الجواز ما هو إلا مؤدى بيع ما ليس عنده[2]، ومن هنا أكّد الدكتور مصطفى الزرقا على كون الإستصناع مشمولاً بعموم النهي العام، وإن لم يكن وارداً فيه خصيصاً[3]. ولبيان الوجه في ذلك، وأهم ما يتمسّك به، ينتظم البحث فيه كما يأتي:

أوّلاً: بيان مدرك التكييف

أقصى ما يتمسّك به أصحاب هذا المنع هو قوله(صلى الله عليه وآله): «لا تبع ما ليس عندك»[4]. وبالتالي فإن المعاملة المتعلّق بها النهي مع احتمال كونه يقتضي عدم ترتب أثرها عليها، فالقاعدة الأولية تقتضي عدم ترتب الأثر على تلك المعاملة؛ للشك في حصول النقل والانتقال في هذه المعاملة؛ لاحتمال كون النهي موجباً لعدم ترتب الأثر، فاستصحاب عدم تحقق النقل والانتقال محكم لليقين السابق بأن المثمن ملك للبايع والثمن للمشتري ونشك في انتقالهما بهذه المعاملة والأصل عدم الانتقال[5].

---

(1) ينظر: كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تح: كمال عبد العظيم العناني ومحمد حسن الشافعي، الناشر: محمد علي بيضون (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1418 هـ - 1997 م: 3/ 190.

(2) ينظر: الفصول في الأصول، أحمد بن علي الرازي الجصّاص، تح: عجيل جاسم النشمي، ط 1، ت: 1405 هـ: 4/ 249.

(3) ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق، ط 3، ت: 2012 م: 2/ 916.

(4) سنن الترمذي: الإمام محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تح: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي: 3/ 534 برقم: 1232.

(5) ينظر: بداية الوصول في شرح كفاية الأصول، محمد طاهر آل راضي، تح: عبد الحكيم الموسوي، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1425 هـ - 2004 م: 3/ 249.

هذا من جهة بيان دليل المنع، لكن يبقى البحث حول سند الحديث ودلالته وما يفهم منه، وكما سنلاحظ ذلك.

ثانياً: سند الحديث

بداية يُشار إلى أن حديث (لا تبع ما ليس عندك) ورد بألفاظ وأسانيد مختلفة، تتبعها العلامّة الدكتور علي محي الدين القره داغي وبحثها بحثاً جيّداً متتبعاً أقوال الفقهاء والمحدّثين في ذلك، وخرج بنتيجة علميّة قائلاً: «الخلاصة: إن حديث "لا تبع ما ليس عندك" حديث صحيح حكم بصحته كبار النقّاد من علماء الجرح والتعديل»[1]. وعقّب السيد الخوئي على الحديث المذكور بكونه مستفيضاً عند العامة والخاصة إلا إنه غير نقي السّند ولا منجبر بشيء حتى يمكن التمسّك به لاثبات حكم شرعي[2]. وبالتالي فتمكين الإستدلال به متوقف على المبنى العلمي للجرح والتعديل بين الفقهاء.

ثالثاً: دلالة الحديث النبوي الشريف

تباينت أنظار الفقهاء في توجيه دلالة الحديث الشريف على دلالات متعددة وبالتالي فإن الحكم الشرعي يتغيّر تبعاً لتبدّل مستوى الدلالة المستوحاة من الحديث. والعمدة في ذلك الإختلاف هو ما يُفهم من عبارة (لا تبع ما) الواردة في الحديث، وكما يلي:

1- توجيه الدكتور علي محي الدّين

أوجز الدكتور القره داغي دلالة (لا تبع) الواردة في الحديث النبوي - بمختلف الصيغ التي ورد بها - بمعنيين:

---

(1) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، علي محي الدّين القره داغي، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط 2، ت: 2013 م: 64.

(2) ينظر: مصباح الفقاهة، أبو القاسم الخوئي، الناشر: مكتبة الداوري – قم، المطبعة: العلمية – قم، ط 1، ت: 1403 هـ: 2/ 717، 720.

أ ـ لا تبع شيئاً لم يكن حاضراً عندك حضوراً محسوساً، وهذا المعنى غير مراد أبداً؛ لأن الأدلة الشرعيّة طافحة بجواز بيع الإنسان ماله الذي لم يكن حاضراً في مجلسه أو بيته.

ب ـ لا تبع عيناً (أي: شيئاً معيناً بذاته) ما دمت لا تملكه وأنت على غرر منه، وهو المعنى المراد؛ فالعندية هنا هي عنديّة الملك والتمكين، وليست عنديّة المشاهدة، والنتيجة فمعنى الحديث ينحصر في النهي عن بيع شيء معيّن بذاته لا يملكه[1].

2ـ توجيه السيّد الخوئي

ذكر السيّد الخوئي في بيان دلالة الحديث ومناقشته ما يأتي:

أ . كون المراد من الموصول من قوله(صلى الله عليه وآله): لا تبع ما ليس عندك، إنما هو بيع العين الشخصية عن نفسه ثم يشتريها البائع من مالكها ويسلمها إلى المشتري، وذلك لقيام الاجماع والضرورة على بيع الكلي[2] في الذمة عن نفسه سلفاً أو حالاً، والشاهد على ذلك من الرواية ما ذكره في التذكرة من أن النبي(صلى الله عليه وآله) ذكر هذا الكلام جواباً لحكيم بن حزام[3] حين سأله عن بيع الشئ ثم يمضي ويشتريه ويسلمه، وعليه فيختص الحديث الشريف بالبيع الشخصي.

ب . إنا لو سلّمنا الجمود في ظاهر الموصول وإرادة المنع عن بيع ما لم يكن في يد البايع - سواء أكان مملوكا له أم لا، وسواء أكان كليا في الذمة أم كان جزئيا خارجيا، وسواء أكان مقدور التسليم أم لا - فلا بد من تخصيصه بالنصوص الظاهرة في جواز بيع الكلي الذي ليس عنده.

---

(1) ينظر: بحوث في فقه المعاملات المعالية المعاصرة، علي محي الدّين القره داغي: 69 – 70.

(2) البيع الكلّي: هو عبارة عن بيع المال الكلّي الّذي يصدق على أكثر من مصداق واحد حالاً أو سلماً بثمن معيّن، وبما أنّ للمال هناك مصاديق شتّى فيسمّى حينئذٍ بالمال الكلّي. ينظر: فقه المعاملات، محمد كاظم المصطفوي:

(3) هو حكيم بن حزام بن خويلد الأسدي ابن أخي خديجة بنت خويلد. ينظر: الاستعياب، ابن عبد البرّ، تح: علي محمّد البجاوي، الناشر: دار الجيل (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1412 هـ: 1 / 362.

جـ. نهي المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على إلغائه بالنسبة إلى المالك[1].

3ـ توجيه الشيخ محمد سند

ذكر الشيخ محمد سند (معاصر) في بيان دلالة الحديث مستويات أربع:

أ. عدم بيع ما ليس تقدر عليه بالقدرة الجامعة بين الشرعيّة والعرفيّة.

ب. ما لا يكون المراد منه حاضراً لديك.

جـ. كون المراد: ما لا تملك، وأمّا إذا ملكته فبعه، وإن لم تقدر على التسليم.

د ـ احتمال معناه بما لا يقدر عليه عرفاً، أي لا بدّ من القدرة العرفيّة وإن لم يملكه شرعاً[2].

فدلالة المنع الواردة في الحديث متعلقها هو المبيع الشخصي الذي هو تحت يد الغير وملكه، فليس للإنسان بيع مال غيره الذي لا يملكه، فأين هذا المعنى عن معنى الإستصناع المبحوث عنه ؟![3]. ومن هنا يتضح كون الحديث الشريف ممّا لا يمكن التمسّك باطلاقه، بل يلاحظ فيه ما إذا كان المبيع شخصي فيثبت المنع، وإذا كان كليّاً صح لذلك.

ويشهد لذلك ما ورد في الرواية الآتية: «... قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني يطلب المتاع فأقاوله على الربح ثم اشتراه فأبيعه منه، فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك، قلت: بلى، قال: لا بأس به، فقلت: إن عندنا من يفسده، قال: ولمَ، قلت: باع ما ليس عنده، قال: فما تقول في السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده، فقلت: بلى، قال: فإنما صلح من قبل أنهم يسمونه سلما، إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل

---

(1) ينظر: مصباح الفقاهة، أبو القاسم الخوئي: 2 / 720.

(2) ينظر: فقه المصارف والنقود، محمد سند، تح: مصطفى الاسكندراني، المطبعة: سرور، ط 1، ت: 1428 هـ - 2008 م: 304.

(3) ينظر: أصول الفقه المقارن فيما لا نصّ فيه، جعفر السبحاني، طبع ونشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، ط 1، ت: 1425 هـ: 169.

متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه»[1].

والرواية صريحة في أن المبيع إذا كان كلياً فإنه يصحّ البيع فيه، وإلا لم يصح بيع السلم فضلاً عن غيره كالاستصناع.

تعقيب

من الجدير بالتعقيب هنا إن الذي يظهر من فقهاء الإماميّة هو عدم الركون لهذه الرواية، فانه مضافاً إلى إرسالها، قصور دلالتها عن إرادة مطلق المنع كما تقدّم، ولا يعني ذلك أنهم يجيزون بيع ما لا يُملك بل إن هذه الرواية فقط ما لا يمكن التمسّك بها في هذا المورد، وقد اعتمدوا على غيرها من الروايات التي تمنع بيع ما لا يملك بالمعنى المتقدّم، وقد ورد في التهذيب مجموعة من الروايات الوافية بالغرض[2].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(1) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، محمد بن الحسن الحر العاملي، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث – قم، المطبعة: مهر – قم المشرفة، ط 2، ت: 1414 هـ: 18 / 48 الحديث 3 باب: إن يبيع ما ليس عنده حالاً.

(2) ينظر: تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد، محمد بن الحسن الطوسي: 6 / 390 وما بعدها، كتاب الكاسب والمعايش.

المطلب الثالث

بيـع الدّيـن بالدّيـن

من الموانع الموجبة لعدم جواز الاستصناع هو كونه من باب "بيع الدّين بالدّين" الذي نهى عنه رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلّم).

وقبل البدء ببحث التكييف المذكور أعلاه يُشار إلى أن تلك الكبرى (بيع الدين بالدين)[1] ممّا لا يمكن الخدشة فيها[2] ولا كلام في ذلك، وإنما البحث في أن تلك الكبرى هل تعمّ وتشمل الإستصناع وبالتالي يترتب عليها عدم جوازه أو لا ؟ وطبيعي يتوجّه البحث إلى أن الإستصناع إذا كان مصداقاً لهذه القضية فيحكم بعدم جوازه، وإذا لم يكن من مصاديقها فلا يحكم بعدمه. ولبيان ذلك وأهم ما يُستدلّ به، يفصّل بما يأتي:

1ـ بيان التكييف ودليله

وبيانه أن يقال: إن طبيعي[3] الاستصناع – على ما موجود في الخارج – يلاحظ فيه أن الثمن تارة يكون معجّلاً، وأخرى مقسّطاً، وثالثة نسيئة، فإذا كان كذلك فإن الإشكال عليه ببيع الدّين بالدّين يكون وجهاً لا أقل على فرض نسيئة الثمن؛ إذ أنّ المثمن فيه مؤجّل وكلّي على ذمّة البائع فيصير من بيع الدين بالدين الذي ورد

---

(1) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة: 18 / 298 ح 2 باب 8.

(2) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 46.

(3) الطبيعي: هو عبارة عن المفهوم الموجود في ضمن أفراده الخارجيّة. ينظر: المعجم الأصولي، محمّد صنقور علي، مؤسسة التاريخ العربي (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1432 هـ - 2011 م: 2/ 422

النهي عنه[1]، وبالتالي يقع البيع منهيّاً عنه لقوله(صلّى الله عليه وآله وسلّم): « لايباع الدين بالدين»[2] وهو ظاهر في بطلان بيع الدين بالدّين.

2ـ دلالة الحديث الشريف

دلالة الحديث الشريف واضحة في إفادة البطلان لجميع ما يصدق عليه العنوان؛ إذ إن صدق العنوان على المعنون يستدعي صدق القضيّة[3] وبالتالي بطلان ما اتصف به، وواضح بأن الحكم بالبطلان يعمّ أقسام الدّين الثلاثة التالية:

الأول: بيع الكلي المؤجل بالكلي المؤجل.

الثاني: أن يبيع ديناً سابقاً على العقد قبل حلوله أو بعده بدين كذلك.

الثالث: أن يبيع ديناً سابقاً بكلي مؤجل أو بالعكس[4]. وما يُفاد من لسان الدليل هو ذلك ولا كلام فيه، وإنما البحث في جهة صدق الكبرى على هذا المصداق المشخّص الآتي بيانه في النقطة القادمة.

3ـ خروج الإستصناع عن الكبرى المانعة

غير خفي إن المورد الذي نحن فيه من موارد الشك في دخول المصداق تحت مفهوم العام، أعني الشك بدخول طبيعي (الإستصناع) تحت عموم العام (بيع الدّين بالدّين)، وبالتالي يُشكّ بأن الاستصناع هل هو فرد من أفراد العام فيحكم ببطلانه أو لا يدخل تحت طائلة العموم وحينئذ لا يشمله حكم العام ؟.

وإذا كان الإستصناع بمعناه المبحوث عنه ما هو إلا طلب الصنعة على صفة

---

(1) ينظر: ينظر: كلمات سديدة في مسائل جديدة: 196، وينظر: الاستفتاء المقدّم للشيخ محمد جميل العاملي – الذي ذهب لعدم جواز الاستصناع بهذه الصورة – في آخر الرسالة: 196.

(2) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة: 18 / 298 ح 2 باب 8.

(3) صدق القضيّة: هو مطابقة الخبر للواقع. ينظر: المعجم الأصولي: 2 / 253.

(4) ينظر: مهذّب الأحكام في بيان الحلال والحرام، عبد الأعلى السبزواري، الناشر: مكتب آية الله العظمى السبزواري، المطبعة: ياران، ط 4، ت: 1416 هـ: 17 / 262.

مخصوصة – كما تقدّم –، فما الرابط الثبوتي بينه وبين بيع الدّين بالدّين ؟ كيف وإن المراد من بيع الدين هو: الدّين المؤجل الثابت قبل إنشاء العقد لا الحال أو الحاصل بالعقد ؟ وعليه فالشك في الشمول يكفي في عدم صدق العام عليه[1]. وينتج هنا أنه على صاحب دعوى دخول الإستصناع تحت المنع من بيع الدّين بالدّين إثبات ذلك.

وعليه، فإذا ما أُشكل على الإستصناع بأنه مشمول لنهي بيع الدّين بالدّين إذا أجّل الثمن ولم يُقبض في المجلس، يرد عليه ما يأتي:

1. كون الّدين هو غير عدم الإقباض وبينهما عموم من وجه، إذ قد يكون الثمن مالاً خارجياً من دون إقباض في المجلس بل يقبضه بعد ذلك، وقد يكون الثمن ديناً ويقبضه في المجلس، فكيف يصحّ الاستدلال على شرطيّة إقباض الثمن في صحة السلف بالنهي عن بيع الدّين بالدّين ؟.

2. قد يكون ظاهر بيع الدّين بالدّين ما إذا كان المبيع والثمن أو المبيع على الأقلّ ديناً بقطع النظر عن ذلك البيع، فلا يشمل ما يصبح ديناً بالبيع نفسه كما في مقامنا[2]. وعليه يكون الإستصناع غير داخل من الأساس تحت مفهوم بيع الدّين بالدّين، وغير مشمول بحكمه.

ويُلحق ببيع الدين ما ورد عن الّنبي (صلى الله عليه وآله) نهيه عن بيع الكالئ بالكالئ[3]؛ لرجوعه في المحصّلة إلى بيع الدّين بالدّين، والكالئ بالهمزة اسم فاعل أو مفعول من المراقبة، لمراقبة كلّ واحد من الغريمين صاحبه لأجل دَينه، وصفته: أن يكون له دين على إنسان ولآخر دَين على ذلك الإنسان فباع أحدهما ماله عليه بما لصاحبه عليه وقبل الآخر، وهو باطل نصّاً وإجماعاً[4].

---

(1) ينظر: مهذّب الأحكام في بيان الحلال والحرام، عبد الأعلى السبزواري: 18 / 31.

(2) ينظر: كتاب الإجارة، محمود الهاشمي: 1 / 47.

(3) ينظر: المستدرك على الصحيحين، محمّد بن محمّد الحاكم النيسابوري، تح: يوسف عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة – بيروت، ب ت ط، ت: 1406 هـ: 2 / 57.

(4) ينظر: رياض المسائل، علي الطباطبائي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1419 هـ – 1998 م: 211.

المطلب الرابع

بيــع الغــرر

من الموانع التي يُتمسك بها للقول بعدم الجواز هو: كون الاستصناع بيعاً غررياً، لاشتماله على صفة الغرر المنهي عنها في البيع، ولبيان ذلك ومدى انطباق صفة الغرر عليه، لابدّ من توضيح مفهومه والدليل الذي خرج عليه:

أوّلاً: مفهوم الغرر

1ـ لغة:

الغَرَر بفتحين بمعنى الخطر[1]، والتغرير حمل النفس على الغرر، وقد غرّر بنفسه تغريراً وتغرّة كما يقال حلّل تحليلاً وتحلّة وعلّل تعليلاً وتعلّة[2]، أي عرّضها للهلكة[3]. وعليه فإن الغرر هو حمل النفس على الهلكة.

2ـ اصطلاحاً:

اختلفت كلمات الفقهاء في تعريف الغرر وبيانه على مستويات مختلفة، نختار منها ما يأتي:

---

(1) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمّد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلميّة – بيروت، ط 2، ت: 2001 م: 2/ 445.

(2) ينظر: لسان العرب: 5/ 11 مادة (غرر).

(3) ينظر: القاموس المحيط: 1/ 577 مادة (غرر).

أ. تعريف السرخسي (ت: 483 هـ): الغرر ما يكون مستور العاقبة[1].

ب. تعريف ابن عابدين (ت: 1252 هـ): الغرر الشك في وجود المبيع[2].

جـ. تعريف النووي (ت: 676 هـ): ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته[3].

دـ تعريف الشافعي الصغير (ت: 1004 هـ): ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما[4].

وإلى غير ذلك من التعريفات التي أوردها وناقشها الدكتور الصديق محمد أمين الضرير في كتابه[5]؛ حيث خَلُص في بحثه إلى أن التعريفات الواردة في الغرر على اتجاهات ثلاثة، وكما يأتي:

أحدها: مَن يجعل الغرر مقصوراً على ما لا يدري أيحصل أم لا يحصل، ويخرج عن المجهول.

ثانيها: مَن يجعل الغرر مقصوراً على المجهول، ويخرج عنه ما شُكّ في حصوله.

ثالثها: مَن يجمع بين الاتجاهين.

وقد اختار الدكتور الضرير من تلكم التعريفات تعريف السرخسي؛ لأنه أجمعها للفروع الفقهيّة التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر مع قلّة كلماته[6].

---

(1) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد السرخسي: 12 / 194.

(2) ينظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين: 4 / 147.

(3) ينظر: المجموع شرح المهذّب، محيي الدين بن شرف النووي، دار الفكر – بيروت، لا ط، لا ت: 9 / 257.

(4) ينظر: نهاية المحتاج في شرح المنهاج: 3 / 405.

(5) ينظر: الغرر وأثره في العقود "في الفقه الإسلامي"، الصدّيق محمد الأمين الضرير، ط 2، ت: 1416 هـ - 1995 م: 53 – 54.

(6) ينظر: الغرر وأثره في العقود "في الفقه الإسلامي"، الصدّيق محمد الأمين الضرير: 54.

ثانياً: النهي عن بيع الغرر

بعد الإطلاع على مفهوم الغرر يتّجه البحث صوب دليل المنع؛ إذ ورد عن النبي (صلى الله عليه وآله) النهي عن بيع الغرر[1]، وبما أن النهي يوجب فساد المعاملة فبيع الغرر فاسد بالجملة[2]، وعليه فإذا ما وقع البيع كذلك وقع منهيّاً عنه. والنهي الوارد يشمل جهات الغرر المتعدد سواء كان ذلك بذات المحل أو جنسه أو نوعه أوصفته أو مقداره أو أجله أو مع عدم القدرة على التسليم[3].

ثالثاً: عدم صدق الغرر على الاستصناع

بعد المعرفة إن مستند المنع واضح في عدم صحة البيع الغرري عند وقوعه، فهل بالإمكان إدعاء وقوع الاستصناع على صفة الغرر وبالتالي عدم صحته ؟ هذا ما قد يخطر في الذهن. وفي مقام الجواب عنه، يمكن الإجابة بوجهين:

الأوّل: نقضي

وحاصله: إن البائع سلفاً لا يقدر على اقباض المثمن حال العقد، والبائع الفضولي عاجز عن إعطاء الإجازة في البيع، ومع ذلك لا يسمّى البيع غررياً[4] وهذا نقض واضح على دعوى الغررية.

الثاني: حلّي

هو إن الاستصناع على سلعة معينة يخلو من الجهات المتقدّمة الموجبة للغرر؛

---

(1) ينظر: مسند أحمد، الإمام أحمد بن حنبل، دار صادر (بيروت – لبنان)، ط 3، ت: 2003 م: 1 / 302.

(2) ينظر: كتاب المكاسب، مرتضى الأنصاري، إعداد وتحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، المطبعة: خاتم الأنبياء – قم، ط 12، ت: 1429 هـ: 4 / 75.

(3) ينظر: الغرر وأثره في العقود "في الفقه الإسلامي": 175.

(4) ينظر: نهج الفقاهة، محسن الحكيم، الناشر: دار الفقه – قم، ط 1، ت: 1421 هـ – 1379 ش: 402.

لأنه عقد على موصوف بالذمّة، وبالتالي فما دام موصوفاً فإن صفة الغرر لا يمكن أن تلحق به. والحاصل إن الاستصناع غير مشمول ببيع الغرر، وليس محكوماً بحكمه.

إيراد عام

وفي نهاية هذا المبحث يُسجّل على مجموع ما تقدّم - من موانع وأسباب - لعدم جواز الإستصناع ما يأتي: هو كون الإستصناع ليس بيعاً كي يناقش الفقهاء في صدق الموانع السابقة ومدى انطباقها عليه، بل هو معاملة مستقلّة قائمة بذاتها.

والخلاصة ممّا تقدّم يتضح أن للاستصناع حكمين، الأوّل: هو الجواز وتكيّف ضمن مطالب تسعة، اختار الباحث فيها التكييف على أنه عقد مستقل، والثاني: هو عدم الجواز ويترتب ضمن أربعة مطالب تكفّل البحث بمناقشتها وردها. وبذلك تتجه معطيات البحث إلى ترجيح الحكم بجواز عقد الإستصناع لسلامة التكييف المستقل عند مناقشته.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الثّاني

مشروعيّة عقد الإستصناع

- المبحث الأوّل: أدلّة عقد الإستصناع
- المبحث الثاني: أركان عقد الإستصناع
- المبحث الثالث: شروط عقد الإستصناع وآثاره

المبحث الأوّل

أدلّة عقد الإستصناع

- المطلب الأوّل: الدليل اللفظي
- المطلب الثاني: الدليل اللبّي
- المطلب الثالث: أدلّة الفقهاء

بعد اتضاح مفهوم الإستصناع، وتخريجه على أنه عقد مستقل ضمن القول بجوازه يتّجه البحث حول مشروعيته، وأهم ما يُستدلّ به عليه، فينتظم البحث فيه كما يأتي:

المطلب الأوّل

الدليـــل اللفظـــي

ويشمل الدليل اللفظي القرآن الكريم والسنة الشريفة؛ باعتبار قيام اللفظ في دلالته، وعليه فيقع البحث في كل منهما:

المقصد الأوّل

القـرآن الكريـم

من الآيات الكريمة التي يستدلّ بها على صحة معاملة الإستصناع هو ما يأتي:

1. قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[1].

وجه الاستدلال: لمّا كان الاستصناع من المعاملات المستحدثة التي لم يرد فيها نصّ صريح على وجه المباشرة، إلا إن كونه عقداً يُنشأ بين طرفين، فالآية تدلّ بالمطابقة على وجوب الوفاء به والإلتزام بصحته، وتقييد الآية الكريمة بالعقود

---

(1) المائدة / 1.

المتعارفة منفي بالإطلاق كما هو واضح[1]. وعليه، يفيد دليل "أوفوا بالعقود" أمرين:

الأوّل: المطابقة، وهو لزوم كلّ ما صدق عليه العقد عرفاً كيف ما كان، فإنّ الأمر بالإيفاء ليس أمرا مولويّا بحيث يوجب مخالفته استحقاق العقاب، و لا يوجب رفع اليد عن التزامه محرّماً من المحرّمات، بل الأمر أمر إرشاديّ يرشد إلى لزوم العقد وعدم ارتفاعه وافتكاكه برفع اليد والفكّ عنه.

الثاني: الالتزام، وهو صحّة كلّ عقد شرعاً، فإنّ الشارع لا يأمرُ بإيفاء ما يكون باطلاً عنده، ومن خلال أمره بالإيفاء بكلّ عقد نستكشف صحّة كلّ عقد أيضاً[2].

فيظهر ممّا تقدّم أنّ "أوفوا بالعقود" دليل على صحّة كلّ معاملة ولزومها، ويتمسّك به في موارد الشكّ في الصحّة أو اللزوم. والدليل المذكور ممّا يُتمسّك به في حالة وجود الدليل الخاص على الاستصناع أو مع عدمه؛ نظراً لشموله لكل التزام بين طرفين جائز شرعاً.

2ـ قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾[3].

من الآيات التي يُستدلّ بها على صحة الإستصناع هي الآية الكريمة الآنفة الذكر، ووجه الاستدلال: هو أن الأكل كناية عن التملّك، وهو يدلّ على جواز كلّ ما صدق أنه (تجارة عن تراض). وحيث إن الإستصناع عقد مستقلّ مركّب من الإيجاب والقبول وقد حصل التراضي بين الطرفين فيكون مشمولاً لعموم الآية[4]. فالمناط في الاستثناء المذكور التراضي، وقد تحقق بالاختيار والقصد.

---

(1) ينظر: الفقه الإستدلالي، باقر الإيرواني، المطبعة: الأميرة (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1433 هـ - 2012م: 2/ 7.

(2) ينظر: الهداية في الأصول، تقرير بحث الخوئي للشيخ حسن الصافي، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1417 هـ: 1/ 114.

(3) النساء/ 29.

(4) ينظر: المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني، الناشر: دار الكتاب – قم، المطبعة: فروردين، ط 4، ت:1414 هـ: 68.

ولا يخفى الفارق بين هذه الآية وسابقتها؛ فإن السابقة يصحّ التمسّك بها في كلّ عقد بخلاف هذه فإنها تختص بما كان تجارة عن تراضٍ، فمعاملة التأمين – مثلاً – لا يصدق عليها ذلك جزماً، فلا يصحّ التمسّك لها بهذه الآية، بل يكفي الشك في الصدق؛ لعدم جواز التمسّك بالعام مع الشّك بالمفهوم أو المصداق؛ إذ الحكم ناظر إلى إثباته عند تحقق موضوعه لا إلى إثبات الموضوع فلابدّ من إحرازه بدليل من الخارج[1]. والنتيجة إن الآية الكريمة يمكن التمسّك بها لإثبات مشروعيّة الإستصناع وصحته مع الإغماض عن دليله الخاص.

وقد يُشكل على ما تقدّم: بأن التمسّك بالآيتين الكريمتين لإثبات مشروعيّة الإستصناع هو من قبيل التمسّك بالعام بالشبهة المصداقية وذلك غير صحيح؛ لأن الإستصناع ليس من قبيل الفرد المردد دخوله تحت حكم العام، بل الترديد في تكييف الإستصناع تحت أحد العنوانات الفقهيّة المعروفة أو هو عقد جديد كما تقدّم، ومجموع التكييفات المذكورة هي عقد من الأساس فلا يتوجّه إليها الإشكال المتقدّم.

نعم، من يرى كون الإستصناع وعداً يكون الإشكال ثابتاً في حقه، ومن هنا كان الباحث في منأى عن الإشكال المذكور بعد تحقق ملاك العقديّة في الإستصناع.

ومن البعيد ما استدلّ به بعض معاصري الإماميّة[2] على مشروعيته من خلال قوله تعالى: ﴿ قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾[3]؛ إذ الآية اجنبيّة عن مورد البحث كما هو واضح.

---

(1) ينظر: الفقه الاستدلالي، باقر الإيرواني: 2/ 8–9.

(2) ينظر: الملحق في آخر الرسالة، الاستفتاء المقدّم للشيخ صالح الطائي: 246.

(3) الكهف / 94.

المقصد الثاني

السّنــــة الشريـــفة

يُستدلّ على مشروعيّة الإستصناع من السّنة الشريفة بما يأتي:

الحديث الأوّل:

ما أورده البخاري (ت: 256 هـ): «إن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً من ذهب ويجعل فصّه في بطن كفّه إذا لبسه فاصطنع الناس خواتيم من ذهب فرقى المنبر فحمد الله وأثنى عليه فقال إني كنت اصطنعته واني لا ألبسه فنبذه فنبذ الناس»[1].

بداية يُشار إلى أن هذا الحديث لم يرو عن طريق الإماميّة، بل هو منقول في صحاح المسلمين وغيرها، كما يلاحظ ذلك. وللتثبّت من الدليل المذكور يُلاحظ فيه السّند والدلالة، وكما يأتي:

أ- من ناحية السّند

سند الحديث المذكور وصف بأوصاف منها: هذا حديث صحيح ثابت وله طرق في الصِحَاحِ[2]، متفق عليه[3]. وبالتالي فإنه لا مشكلة من هذه الناحية تبعاً لمبنى جمهور العامة في ذلك.

---

(1) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، الناشر: عالم الكتب – بيروت، ط 5، ت: 1406 هـ - 1985 م: 7 / 53، باب (من جعل فص الخاتم في بطن كفّه). وينظر: صحيح مسلم: 6 / 149. وسنن النسائي: 8 / 198.

(2) ينظر: الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار، محمد بن موسى الحازمي، تح: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية – باكستان، ط 2، ت: 1410 هـ: 1 / 232.

(3) ينظر: تخريج أحاديث إحياء علوم الدين، زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي، الناشر: دار العاصمة – الرياض، ط 1، ت: 1408 هـ - 1987 م: 1 / 198.

ب ـ من ناحية الدلالة ووجه الاعتراض

الحديث المذكور يشتمل على عدد من الدلالات يُسَلط الضوء عليها لبيانها، وما يرد عليها من اعتراضات:

أوّلاً: دلالة الحديث

أما ما يخصّ الدلالات المستوحاة من الحديث فمنها ما ذكره صاحب تيسير العلّام شرح عمدة الأحكام، إذ قال :

1. فيه دليل على استحباب التّختّم، وأنه من زينة النبي (صلى الله عليه وآله).

2. أن يجعل فصّه من قبل الراحة ليقبض عليه في المحال القذرة، إذا كان فيه اسم الله تعالى

3. إن التّختم بخاتم الذهب كان مباحاً للرجال أولاً، ثم نسخ.

4. تحريم التّختم بخاتم الذهب للرّجال، ونزع النبي (صلى الله عليه وآله) الخاتم الذهبي ورَمْيه به، وقسمه ألا يلبسه أبداً[1].

5. يدلّ على جواز الإستصناع[2].

وفي المتواري على أبواب البخاري أنه (صلى الله عليه وآله) قصد تأكيد الكراهة عندهم للتختم بالذهب[3]، ويدلّ قوله على نبذ النبي لخاتمه إنه ليس على سبيل الحرمة بل على سبيل الكراهة. وعلي أي حال ليس هذا مورد البحث، بل المورد وجه الاستدلال بالنبوي على الاستصناع.

---

(1) ينظر: تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح البسّام، تح: محمد صبحي بن حسن حلاق، الناشر: مكتبة الصحابة – الإمارات، ط 10، ت: 1426 هـ: 1 / 734.

(2) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 12 / 140.

(3) ينظر: المتواري على صحيح البخاري، أحمد بن محّد ابن المنيّر الاسكندراني، تح: صلاح الدين مقبول الدين، الناشر: مكتبة المعلا – الكويت، ط 1، ت: 1407 هـ: 1 / 222.

ثانياً: وجه الاعتراض

بعد اتضاح تماميّة الحديث من ناحية السند والمتن من طرق العامّة، فهل يمكن الاستدلال به على مشروعيّة الاستصناع ؟ إن هذا متوقف على كون المراد من لفظ "اصطنع" في الحديث هو المعنى المبحوث عنه في هذه الدراسة.

ولكي نحدد الموقف من ذلك يُلاحظ المعنى المراد من لفظ "اصطنع" ومن ثمّ مقارنته بغرض البحث، فيقال ذكر في لسان العرب: اصطَنَعَ فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يَصنع له خاتماً[1]. وفي النهاية إن المراد من "اصطنع النبي خاتماً": أي أمر أن يصنع له، كما تقول اكتب: أي أمر أن يكتب له. والطاء بدل من تاء الافتعال لأجل الصاد[2]. فيكون المراد من "اصطنع" هو طلب الصُنع من الغير.

وبعد بيان ذلك، فهل إن "اصطنع" بمعنى "الاستصناع" حتى يمكن الاستدلال بالنبوي المذكور؟ إن أقصى ما يقال إنهما متحدان في المعنى اللغوي والذي يدلّ على ذلك هو ما موجود في كتب اللغة كما تقدّم، لكن ليس هذا مورد البحث، بل مورد البحث المعنى الاصطلاحي. وإذا كان كذلك فتحميل النبوي المذكور أكثر من ذلك يحتاج إلى دليل، فعلى من يستدلّ به تقديم ذلك.

وإذا سلمّنا بأن النبوي المذكور يشمل المعنى الاصطلاحي، فهو – أيضاً – لا يأبى المعنى اللغوي، وبالتالي ينطبق على كلا المعنيين، وإرادة أحدهما يحتاج إلى قرينة معينة، وهي مفقودة في المقام، فيعود النبوي الشريف مجملاً من هذه الناحية فلا يمكن الاستدلال به لإثبات مشروعيّة الاستصناع. ومن هنا يُلاحظ أن فقهاء الحنفيّة[3] لم يستدلّوا بهذا الحديث – لوحده - على مشروعية الاستصناع بل

---

(1) ينظر: لسان العرب: 8 / 209.

(2) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدّين ابن الأثير، تح: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، الناشر: مؤسسة اسماعيليان – قم، ط 4، ت: 1364 هـ: 3 / 56.

(3) ينظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي: 2 / 362. وينظر: بدائع الصناع، أبو بكر الكاشاني: 5 / 2. وينظر: البحر الرائق، ابن نجيم المصري: 6 / 283. وينظر: تكملة البحر الرائق، محمد بن حسين القادري: 2 / 41. وينظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين: 5 / 208.

تمسّكوا بأدلة أخرى لإثباته كما سيأتي في المطلب الثالث[1].

الحديث الثاني:

ما رواه البخاري – أيضاً - قائلاً: «حدثنا أبو حازم بن دينار إن رجالاً أتوا سهل بن سعد الساعدي وقد امتروا في المنبر ممّ عوده فسألوه عن ذلك فقال والله إني لا عرف مما هو ولقد رأيته أول يوم وضع وأول يوم جلس عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة امرأة قد سماها سهل مري غلامك النجار أن يعمل لي أعوادا اجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته فعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعت ههنا ثم رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى عليها وكبر وهو عليها ثم ركع وهو عليها ثم نزل القهقري فسجد في أصل المنبر ثم عاد فلما فرغ اقبل على الناس فقال أيها الناس إنما صنعت هذا لتأتموا بي ولتعلموا صلاتي»[2].

وهذا الحديث على فرض تماميّة السّند والدلالة لا يعتبر نصاً صريحاً يدلّ على تجويز الرسول(صلى الله عليه وآله) للاستصناع؛ لأن الروايات مختلفة في الصنع: أهو رغبة من الرسول(صلى الله عليه وآله) وإنجاز من المرأة والغلام، أو هو تبرع من المرأة ؟ وهذا لا يدلّ على أنه عقد إستصناع أو هو عقد إستصناع من الرسول نفذته المرأة؟[3]. ويضاف إلى ذلك أنه لو كان الدليل المذكور ثابتاً لما ذهب فقهاء الحنفيّة إلى دليل الاستحسان مع وجود الدليل اللفظي الصريح.

الحديث الثالث:

ما عن البخاري: «عن أنس بن مالك رضي الله عنه انه رأى في يد رسول الله صلى الله وسلم خاتما من ورق يوما واحد ثم إن الناس اصطنعوا الخواتيم من ورق

---

(1) ينظر: المطلب الثالث من الفصل الثاني: 86.

(2) صحيح البخاري: 1 / 220 من كتاب الجمعة.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مصطفى كمال التارزي: 569.

ولبسوها فطرح رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتمه فطرح الناس خواتيمهم»[1].

الحديث الرابع:

ورد في مسند أحمد بن حنبل (ت: 241 هـ) «عن أنس بن مالك قال اصطنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما فقال انا قد اصطنعنا خاتما ونقشنا فيه نقشا فلا ينقش أحد عليه»[2].

فالحديثان الشريفان - بناء على تماميّة سندهما - لا يمكن التمسّك بهما لإثبات مشروعية الاستصناع؛ إذ أن (الاصطناع) كما ينطبق على المعنى الاصطلاحي ينطبق على المعنى اللغوي، وبالتالي يكون الحديثان مجملين من هذه الناحية. وأعراض الفقهاء عنهما كافٍ لعدم صحة الاستدلال بهما.

ونتيجة هذا المطلب إن الآيتين الكريمتين ممّا يمكن التمسّك بهما لإثبات مشروعيّة الاستصناع، أمّا ما ادُعِي وروده من السّنّة الشريفة في هذا المجال فلا يمكن التمسّك به لوجود الموانع المتقدّمة.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(1) صحيح البخاري: 7/ 52 كتاب اللباس.

(2) مسند أحمد: 3/ 101.

المطلب الثاني

الدليـــل اللبّـــي

المراد منه الدليل الذي لا لسان له، لتُعرف بواسطته سعة دائرة مدلوله أو ضيقها، ولهذا يُطلق الدليل اللبي في مقابل الدليل اللفظي. وهو ما يكون من قبيل الإجماعات والسّير العقلائية والمتشرعيّة والشهرة وغيرها[1].

وهذه الأمور المذكورة تشترك جميعها في عدم إمكان التعرّف على سعة مدلولها بأكثر من القدر المتيقّن – كما في قضيّة دخول الحمام بدون تعيين مقدار الماء[2] -، ففعل الرسول الكريم (صلى الله عليه وآله) في واقعة ما لا يجب أن يعدوها تقرير الحكم لغيرها إلا بدليل، فيقتصر آنذاك على القدر المتيقن لا أكثر. وعلى العموم فقد يُستدلّ على مشروعيّة الاستصناع من خلال الدليل اللبّي، ولغرض بيانه ينتظم البحث فيه كما يأتي:

المقصد الأوّل

السّيـــرة

من الأدلّة اللبيّة التي يُستدلّ بها على مشروعيّة الاستصناع هي السيرة، ولبيان ذلك ينبغي التعريف بها مع بيان حجيتها، ومن ثم بيان وجه الاستدلال بها على الاستصناع، وكما يأتي:

---

(1) ينظر: المعجم الأصولي، محمّد صنقور علي: 2/ 136.

(2) ينظر: الفصول في الأصول، أحمد بن علي الرّازي الجصّاص: 2/ 38.

أوّلاً: مفهوم السيرة وحجيتها

لبيان مفهوم السيرة وحجيتها يترتب البحث كالآتي:

أ- مفهوم السيرة

1- لغة

السِّيرَةُ هي السّنة أو الطريقة، يقال سارَ بهم سِيْرَةً حَسَنَةً، والسَّيرَةُ أي الهيئة[1]، قال تعالى: ﴿قَالَ خُذْهَا وَلَا تَخَفْ ۖ سَنُعِيدُهَا سِيرَتَهَا الْأُولَىٰ ﴿٢١﴾ وَاضْمُمْ يَدَكَ إِلَىٰ جَنَاحِكَ تَخْرُجْ بَيْضَاءَ مِنْ غَيْرِ سُوءٍ آيَةً أُخْرَىٰ﴾[2].

والسيرة الحالة التي عليها الناس حسنة أو قبيحة[3]. فالسيرة هي الحالة أو الطريقة التي يكون عليها الإنسان.

2- اصطلاحا

المقصود من السيرة – عقلائية كانت أو متشرعيّة – هو التعارف على سلوك معيّن في شأن من الشئون بحيث لا يشذّ عن هذا السلوك أحد إلا وكان معرّضاً للنقد والتوبيخ، وهذا لا يتفق إلا عندما يكون السلوك مستنداً إلى نكتة عقلائية أو شرعيّة[4]. وعليه، فإن مصدر السيرة هو السلوك الخارجي، سواء كان مستنداً لنكتة عقلائية أو لنكتة شرعيّة، ومن حيث هذا الاستناد قُسّمت إلى عقلائية وشرعيّة.

---

(1) ينظر: لسان العرب: 4/ 489 مادة (سير).

(2) طه/ 21–22.

(3) ينظر: المصباح المنير: 1/ 299 مادة (سير).

(4) ينظر: المعجم الأصولي، محمّد صنقور علي: 2/ 180–184.

ب ـ حجيتها

ما يخص حجيّة السيرة فهي مبتنية على أمرين ضروريين:

الأمر الأوّل: إثبات معاصرتها مع زمن يكون فيه المعصوم عليه السلام ظاهراً يتّخذ المواقف الفقهية تجاه أمثالها إثباتاً أو نفياً.

الأمر الثاني: فحص الموقف الملائم الذي أقلّه السكوت ليرى ما هي الحدود التي يمكن أن يُستكشف منها الإمضاء وكيفيّته[1].

وإثبات هذين الأمرين متوقف على وصول السيرة المعيّنة إلينا مع عدم الردع عنها وإنكارها، وفحص الموقف لتلك السيرة بحيث لا يحدّها زمان ولا مكان. فإذا ما ثبُت ذلك يتوجّه البحث حول وجه الاستدلال بالسيرة على مشروعيّة الاستصناع.

ثانياً: وجه الاستدلال بالسيرة على الاستصناع

لمّا كان الإستصناع من المسائل الداخلة في ابتلاء الناس كثيراً، وهذا السلوك الذي يُراد إثباته سلوك لا يكون خلافه من الواضحات لدى الناس والمتشرّعة مع عدم تكثّر السؤال والجواب عنها على مستوى الروايات والأدلّة الشرعية، فإنّه في مثل ذلك يستكشف أنّ ذلك السّلوك كان ثابتاً في زمان المعصوم عليه السلام أيضاً، وإلاّ لزم إمّا أن يكثر السؤال عنه أو يكون خلافه من الواضحات عند الناس عادةً، وكلاهما خلف[2]؛ لأنه لو وُجد في زمان المعصوم لبان واشتهر، ولو كان ما موجود يناقض الاستصناع لزم اجتماع النقيضين وهو محال، وهو – أيضاً – خلاف ما موجود في الخارج. إذاً، الاستدلال بالسيرة على مشروعيّة الإستصناع يتوقف على نقطتين:

النقطة الأوّلى: كون الإستصناع معاملة وسلوك غير مختص بزمان ولا مكان، وإلا لم يمكن الاستدلال عليه بالسيرة.

---

(1) ينظر: الظن، كمال الحيدري، تح: محمود نعمة الجياشي، الناشر: دار فراقد، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1429 هـ: 210.

(2) ينظر: الظن، كمال الحيدري: 212.

النقطة الثانية: شمول السيرة لكلّ سلوك خارجي مع عدم الردع عنه أو وجود خلافه.

وبالتالي يكون الإستصناع عبارة عن معاملة وسلوك خارجي جرت سيرة المسلمين على التعامل به مع عدم الردع عنه. وبالتالي يكون جريانها كاشفاً عن موافقة المعصوم عليه السلام لهذه المعاملة.

المقصد الثاني

الإجماع العملي

يُستدلُّ على مشروعيّة الإستصناع من خلال الإجماع العملي؛ إذ إنه أحد الأدلّة اللبيّة المبحوث عنها، ولبيانه ينتظم البحث فيه كما يأتي:

أوّلاً: مفهوم الإجماع العملي وحجيته

أ ـ مفهوم الإجماع العملي

لمعرفة مفهوم الإجماع العملي يعرّف بحسب اللغة والاصطلاح وكما يأتي:

1ـ لغة: الإجماع من جمع جمعاً، وأجمع القوم اتفقوا، وأجمع أمره على شيء عزم عليه، وأجمع الشيء جعله غير منتشر[1]. وبالتالي فالإجماع الإتفاق.

2ـ اصطلاحاً: يراد من الإجماع العملي هو: عمل الناس في جميع الأمصار والأعصار على شيء معيّن[2]. وهذا العمل أعمّ من كون المدرك فيه سيرة المتشرعة بما هم ملتزمون أو سيرة العقلاء بما هم متفقون. وقد عبّر بعضهم عن الإجماع

---

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: 8 / 53.

(2) ينظر: مشارق الأحكام، محمد النراقي، تح: حسن الوحدتي الشبيري، المطبعة: سلمان الفارسي – قم، ط 2، ت: 1422 هـ: 411.

العملي بالسيرة نظراً إلى أنهما يشتركان في أن كل منهما سلوكاً وحالة خارجيّة[1].

وعلى هذا لا يكون هناك فرقاً بينهما لأن الملاك فيهما واحد وبالتالي لا يصحّ جعلهما قسمين متقابلين بل هما قسم واحد. إلا إن البحث يتوجّه إلى كون الملاك في السيرة هو إقرار المعصوم وفي الإجماع العملي كونه أحد المجمعين. ويشهد لذلك ما ذكره في المحكم من أن الإجماع العملي يتصوّر في ثلاثة أمور:

الأول: إجماع العلماء على العمل به في مقام الفتوى واستنباط الحكم الشرعي.

الثاني: إجماع المسلمين بما هم مسلمون متدينون على العمل به والرجوع إليه في معرفة الحكم، وهو المعبر عنه في كلامهم بسيرة المتشرعة.

الثالث: إجماع العقلاء بما هم عقلاء على العمل به[2].

ومن هنا يمكن القول: إن بين السيرة والإجماع العملي خصوص وعموم من وجه فهما يشتركان في العقل والتشريع، ويفترقان من ناحية العلماء، وهذا المقدار كافٍ في اختلافهما وجعل أحدهما مقابل الآخر.

ب ـ حجيّة الإجماع العملي

تبتني حجيّة الإجماع العملي على كشف قول المعصوم أو فعله أو تقريره[3]، وعليه فلا يكون الإجماع إجماعاً عملياً ما لم يكن المعصوم عليه السلام هو أحد المجمعين على فعل معيّن بأي صورة، سواء كانت فعلاً أو تقريراً؛ إذ إن إحراز أيٍّ منها يكون كاشفاً عن إمضاء المعصوم لها.

---

(1) ينظر: النور الساطع في الفقه النافع، علي كاشف الغطاء، مطبعة الآداب – النجف الأشرف، ط 1، ت: 1381 هـ - 1961 م: 1 / 81.

(2) ينظر: المحكم في أصول الفقه، محمد سعيد الحكيم، الناشر: مؤسسة المنار، المطبعة: جاويد، ط 1، ت: 1414 هـ: 3 / 267.

(3) ينظر: منتهى الدراية في توضيح الكفاية، محمد جعفر المروّج الجزائري، المطبعة: أمير – قم، ط 3، ت: 1414 هـ: 4 / 512.

ثانياً: بيان الاستدلال بالإجماع العملي على الاستصناع

ثبوت مشروعيّة الاستصناع من خلال الإجماع العملي يتوقف على بيان مقدمتين:

المقدمة الأولى: كون الاستصناع من المعاملات التي تتخطى طابع الزمان والمكان وتصل إلى زمان المعصوم عليه السلام.

المقدمة الثانية: أن يكون المعصوم عليه السلام هو أحد المجمعين على هذه المعاملة، ليثبت الجواز فيها. فإذا ما ثبُت ذينك المقدمتين يتحصّل كون الاستصناع من المعاملات الجائزة في الشريعة الإسلاميّة، وبالتالي ثبوت مشروعيّة هذه المعاملة.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثالث

أدلّـــة الفقهـــاء

يُستدلّ على مشروعيّة الاستصناع من خلال أقوال الفقهاء بما يأتي:

أوّلاً: الاستحسان

استدلّ مشهور فقهاء الحنفيّة[1] على جواز الاستصناع – مع إن القياس لا يجوز في مثله – بالاستحسان، ولبيانه والوجه في ذلك ينتظم البحث فيهما كالآتي:

أ- مفهوم الاستحسان

1. **لغة:** الاستحسان مشتق من الحسن، والحسن - محركة - ما حَسُن من كل شئ: فهو استفعال من الحسن[2]، ويطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه، حسيًا كان هذا الشئ أو معنويا، وإن كان مستقبحاً عند غيره[3]. فالاستحسان حالة اعتبارية لمعتبرها وإن لم يعتبرها غيره.

2 ـــ **اصطلاحاً:** للاستحسان تعريفات عديدة تختلف من حيث التعميم

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع: 6 / 2677. وينظر: تحفة الفقهاء: 2 / 538. وينظر: المبسوط للسرخسي: 12 / 138 وغيرهم.

(2) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد الزبيدي، تح: علي شيري، دار الفكر – بيروت، لا ط، ت: 1414 هـ: 18 / 144.

(3) الأصول العامة للفقه المقارن، محمد تقي الحكيم، المطبعة: سليمان زاده، ط 1، ت: 1428 هـ: 247.

والتخصيص، نختار منها ما ذكره الآمدي (ت: 631 هـ) في الإحكام حيث قال: «هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول»[1]. فترك الحكم الأوّل نتيجة لطروء ما هو أقوى منه في موضوع الحكم.

ب ـ حجيّة الاستحسان

تباينت آراء المذاهب الإسلاميّة في حجيّة الاستحسان على قولين: يتضمن أحدهما نفي الحجية عنه، والآخر إثباتها له، وكما يأتي:

اختلف الأصوليّون في قبول الاستحسان، فقبله الحنفيّة، وردّه الشّافعيّة وجمهور الأصوليّين. أمّا المالكيّة فقد نسب إمام الحرمين[*] القول به إلى مالكٍ، وقال بعضهم: الّذي يظهر من مذهب مالكٍ القول بالاستحسان لا على ما سبق، بل حاصله: استعمال مصلحةٍ جزئيّةٍ في مقابلة قياسٍ كلّيٍّ، فهو يقدّم الاستدلال المرسل على القياس. وأمّا الحنابلة فقد حكي عنهم القول به أيضاً. والتّحقيق أنّ الخلاف لفظيٌّ؛ لأنّ الاستحسان إن كان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليلٍ فهو باطلٌ، ولا يقول به أحدٌ، وإن كان هو العدول عن دليلٍ إلى دليلٍ أقوى منه، فهذا ممّا لا ينكره أحدٌ[2].

وهذه النتيجة التي خرجت بها الموسوعة الفقهيّة الكويتية تكاد تتفق لفظاً مع ما

---

(1) الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي، الناشر: مؤسسة الحلبي – مصر، لا ط، ت: 1387 هـ: 4/ 58.

(*) إمام الحرمين: هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب ضياء الدين، المعروف بإمام الحرمين. من أعلم أصحاب الشافعي. ولد في جوين، مجتمع على إمامته وغزارته، تفقه على والده، وأتى على جميع مصنفاته وتصرف فيها حتى زاد عليه في التحقيق والتدقيق. جاور بمكة أربع سنين وبالمدينة يدرس ويفتي ويجمع طرق المذهب، فلهذا قيل له إمام الحرمين. وتولى الخطابة بمدرسة النظامية بمدينة نيسابور، وفوض إليه الأوقاف وبقي على ذلك ثلاثين سنة. ينظر: الأعلام، الزركلي: 4/ 306.

(2) ينظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة: 3/ 218.

توصّل إليه السيّد محمد تقي الحكيم إذ ذكر: «والخلاصة: إن كان المراد بالاستحسان هو خصوص الأخذ بأقوى الدليلين فهو حسن ولا مانع من الأخذ به، إلا أن عده أصلاً في مقابل الكتاب والسنة ودليل العقل لا وجه له وان كان كما يقول ابن القفال(*): "ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه من أصل ونظير فهو محظور والقول به غير سائغ"[1]»[2]. بيد إن الاستدلال بالاستحسان – عند من يقول به – يُظهر أنه لا يريد الأخذ بأقوى الدليلين.

ثانياً: إجماع الناس

إذ إنهم يتعاملون بذلك في سائر الأعصار والأمصار[3]، وأفاد بدر الدين الزركشي (ت: 794 هـ) بأن مثل هذا الإجماع يُسمّى بـ (إجماع الناس من غير نكير) وهو يقرب من الإجماع السكوتي من غير ورود تقرير النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) على الفعل المعيّن، بل من غير نكير يقوم مقام التصريح بالتجويز؛ لأن النهي عن المنكر لازم للأمة[4]. ويُتمسّك بما يأتي من الأحاديث في بيان وجه الإجماع، وكالآتي:

(*) ابن القفال: هو محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر، فخر الإسلام الشاشي، القفال، الفارقي، المعروف بالمستظهري. ولد بميا فارقين - أشهر مدينة بديار بكر - فقيه شافعي. كان حافظا لمعاقد المذهب وشوارده. وتفقه على القاضي أبي منصور الطوسي ثم قدم بغداد ولازم أبا إسحاق الشيرازي. انتهت إليه رئاسة الشافعية في عصره. تولى التدريس بالمدرسة النظامية بمدينة بغداد واستمر إلى أن مات سنة (507 هـ). ينظر: الأعلام، الزركلي: 6/ 210.

(1) ينظر: ارشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الناشر: دار السلام، لا ط، ت: 1418 هـ - 1998 م: 223.

(2) الأصول العامّة للفقه المقارن، محمد تقي الحكيم: 363.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، محمد رأفت سعيد: 693.

(4) ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين الزركشي، تح: محمد محمد ثامر، ط 1، ت: 2000 م: 4/ 356.

الحديث الأوّل

عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «إن الله نظر إلى قلوب العباد فاختار له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رأى المسلمون حسنًا فعند الله حسن، وما رأوا سيئًا فهو عند الله سيء»[1] فإذا ما ثبُتت صحة الحديث سنداً ودلالة – ولم يك مانع من الأخذ به - ثبُت أن الإجماع العملي للمسلمين حجة، وبالتالي فإن حجيّته تكون مصححة للعديد من الأفعال التي يقوم بها المسلمون، ومن تلك الأفعال والممارسات هو الاستصناع. بيد إن الحديث المذكور بالإمكان النقاش فيه من ناحيتين:

الناحية الأوّلى: سنداً

أما من حيث سنده فقد وُصف الحديث بأنه "موقوف[*] حسن"[2]، وذكر ابن حزم (ت: 456 هـ) قائلاً: وأما حديث (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)، فهذا لا نعلمه ينسند إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم من وجه أصلاً، وأما الذي لا شك فيه، فإنه لا يوجد البتة في مسند صحيح وإنما نعرفه عن ابن مسعود[3]. ووصفه الزيلعي (ت: 762 هـ) إنه حديث مرفوع[**] إلى النبي (صلى الله عليه وآله)[4] وفي مورد

---

(1) مسند أحمد بن حنبل: 1 / 379 رقم الحديث (3600) (مسند المكثرين من الصحابة).

(*) الحديث الموقوف: ما روي عن الصحابي من قول أو فعل متصلاً كان أو منقطعاً، وقد يُستعمل في غير الصحابي مقيّداً نحو: وقفه مالك على نافع. ينظر: قواعد في علم الحديث، حبيب أحمد الكيرانوي، دار الفكر العربي – بيروت، ط 1، ت: 1990 م: 19.

(2) ينظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين: 5 / 293.

(3) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، تح: أحمد محمد شاكر، دار الجيل – بيروت، ط 2، ت: 1407 هـ - 1987 م: 6 / 759.

(**) الحديث المرفوع: هو ما أضيف إلى المعصوم ﷺ من قول أو فعل أو تقرير بلفظ رفعه وذلك عن طريق الصحابي. ينظر: مذاهب الإسلاميين في علوم الحديث، حسن عيسى الحكيم، لسان الصدق – قم المقدسة، ط 1، ت: 2006 م: 220.

(4) ينظر: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي، تح: أيمن صالح عثمان، الناشر: دار الحديث – القاهرة، ط 1، ت: 1415 هـ - 1995: 1 / 20.

آخر بأنه غريب(*) مرفوع ولم أجده إلا موقوفا على بن مسعود[1].

وعقّب ابن حجر (ت: 852 هـ) عليه بقوله: «لم أجده مرفوعاً وأخرجه أحمد موقوفاً على ابن مسعود بإسناد حسن»[2]. وذكر الإمام الألباني (ت: 1420 هـ) بأن حديث "ما رآه المسلمون" موضوع لا أصل له[3].

والنتيجة إن حديث (ما رآه المسلمون) حديث موقوف غريب مرفوع لا أصل له – بناء على ما أفاده الفقهاء والمحدثون – ومن هنا لا يمكن التمسّك به – من هذه الناحية - لإثبات الإجماع المذكور، وبالتالي إثبات مشروعيّة الإستصناع.

الناحية الثانيَة: دلالة

إطلاق لفظ الحسن على الاستحسان بالمعنى المصطلح في هذه الرواية لا دليل عليه؛ لكونه من المعاني المستحدثة لدى المتأخرين، فكيف يصح نسبة مضمونها إلى عبد الله ابن مسعود؟!

والظاهر إن هذه الرواية - لو صحّ ورودها عن النبي (صلى الله عليه وآله) – فإنما هي لتأكيد قاعدة الملازمة بين حكم العقل وحكم الشرع، أي ما أطبق العقلاء على حسنه فهو عند الله حسن، وهذا إنما يتم إذا أردنا من لفظة (المسلمين) المسلمين - بما إنهم عقلاء -.

وأما إذا اعتبرنا خصوصية لهذه اللفظة (المسلمين) فهي تصلح ان تكون من أدلة

(*) الحديث الغريب: هو ما تفرّد برواية متنه واحد. ينظر: الرعاية في علم الدراية، زين الدين بن علي بن أحمد الجعبي العاملي، تح: عبد الحسين محمد علي بقال، المطبعة: كل وردي – قم، ط 3، ت: 1433 هـ: 107.

(1) ينظر: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية: 5 / 288.

(2) الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، تح: هاشم اليماني المدني، طبع ونشر: دار المعرفة – بيروت، لا ط، ت: 1384 هـ: 2 / 187.

(3) ينظر: السلسلة الضعيفة والموضوعة، الإمام محمد ناصر الدين الألباني، دمشق، ط2، ت: 1384 هـ: 2 / 533.

الاجماع بعد حملها على العموم المجموعي. ومن الواضح أن العموم الاستغراقي[1] لا يمكن أن يراد منها، وإلا لأوقعتنا بألف مفارقة لانهائها إلى أن استحسان أي مسلم - ولو كان عاميا لا يحسن إقامة الرأي - يكون تشريعا وكاشفا عن الحكم الواقعي (فهو عند الله حسن) مع ما في ذلك من فوضى لا حد لها[2]. وبالتالي فإن الرواية – على أفضل أحوالها – لا يمكن الاستدلال بها على حجيّة الاستحسان، وبه على مشروعيّة الاستصناع. نعم، لو فُرض كون أحد المجمعين هو المعصوم عليه السلام صحّ الاستدلال بما ذكر، لكنه بالمحصّلة يرجع إلى سيرة المتشرّعة فتكون الحجيّة ليست للاستحسان بل إلى السيرة الكاشفة عن رأي المعصوم، الراجعة إلى إقرار المعصوم، وهذا لا يُراد من كلمات فقهائهم قطعاً.

الحديث الثاني

عن ابن عمر إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «إن الله لا يجمع أمتي - أو قال أمة محمد - على ضلالة، ويد الله على الجماعة، ومن شذّ شذّ إلى النّار»[3].

ممّا يُستدلّ به على حجيّة إجماع الناس هو الحديث المذكور، فإذا ما صحّ سنداً ودلالة ولم يك ثمة مانع من الأخذ به، كان بالإمكان الاستدلال به على صحة الأفعال التي أجمع عليها المسلمون ومنها الاستصناع باعتباره كذلك. إلا إنه وقع البحث في الحديث المذكور من ناحيتين – أيضاً -:

الناحية الأولى: سنداً

فقد وصفه الترمذي (ت: 279 هـ) في سننه قائلاً: (حديث غريب من هذا

---

(1) العموم المجموعي هو الذي يكون مفاده ثبوت الحكم لجميع أفراد الطبيعة بحيث يكون المجموع هو موضع الحكم، بينما العموم الاستغراقي ما يستغرق جميع أفراد الطبيعة لكن لا على نحو المجموع. المعجم الأصولي: 2/ 245.

(2) ينظر: الأصول العامة للفقه المقارن، محمد تقي الحكيم: 375.

(3) سنن الترمذي: 3/ 315 ح 2255 باب (لزوم الجماعة).

الوجه)[1]، ومع اعتراف الحاكم النيسابوري (ت: 405 هـ) بأن هذا الحديث ممّا أُختلِف في سنده إلا إنه اختار الصحة فيه[2]. بيد إن أبا طالب القاضي (ت: 570هـ) في علل الترمذي وصفه بأنه حديث منكر[3].

وذكر السيد كمال الحيدري (معاصر) – من خلال تقريرات بحثه - مناقشاً سند الحديث قائلاً: أمّا من طرقنا فإنّ ما ورد من هذه الروايات لا تتوفّر فيه شرائط الحجّية بل جميعها أخبار مرسلة لا ترقى إلى مستوى الحجّية، ومن ثمّ يختصّ البحث في ما ورد من الروايات عن كتب العامّة، وهي تنتهي جميعاً إلى ثلاثة طرق : فطائفة منها تنتهي إلى ابن عمر، وطائفة تنتهي إلى ابن عبّاس، وثالثة تنتهي إلى أنس بن مالك. ثمّ إن الطرق جميعها إلى هؤلاء غير صحيحة ولا تامّة[4]. وبالتالي فإن الحديث من هذه الناحيّة (ناحية السّند) لا يمكن التمسّك به لإثبات حجيّة الإجماع العملي وبه على مشروعيّة الإستصناع.

الناحية الثانية: دلالة

أما ما يخص جهة الدلالة فإن محور البحث يدور حول عبارة (لا تجتمع أمتي) في ما يُراد منها؛ إذ يوجد احتمالان:

الاحتمال الأوّل: كون هذه الفقرة هي إنشاء للحجّية.

الاحتمال الثاني: أن يُقال بأنّ ذلك إخبار عن الحجّية لا إنشاء لها، أي أنّ النبيّ(صلّى الله عليه وآله) يخبر عن حقيقة وهي إنّ الأمّة إذا اجتمعت على شيء فلا يمكن أن يكون ذلك على ضلالة[5].

---

(1) ينظر: المصدر نفسه: 3/ 315.

(2) ينظر: المستدرك على الصحيحين، الحاكم النيسابوري: 1/ 116.

(3) ينظر: علل الترمذي الكبير، أبو طالب القاضي، تح: صبحي السامرائي، أبو المعاطي النوري، محمود محمد خليل، الناشر: عالم الكتب – بيروت، ط 1، ت: 1409 هـ: 324.

(4) ينظر: الظن، كمال الحيدري: 386.

(5) ينظر: الظن، كمال الحيدري: 385.

والفرق بين الاحتمالين إنّ الإجماع بناءً على الأخبار يكون كاشفاً عن الواقع بنفسه مباشرةً، أي أنّهم إذا لم يجتمعوا على ضلالة فلا محالة يكون إجماعهم على الحقّ والواقع، إذ لا واسطة بين الحقّ والضلال. أمّا بناءً على الإنشاء فلا يكون كذلك بل يحتاج أن يكون المعصوم عليه السلام أحد المجمعين ؛ لأنّ جعل الحجّية لشيء أعمّ من المطابقة للواقع كما هو واضح.

وهذا المعنى المذكور لعبارة (لا تجتمع أمتي) هو نفسه ممّا احتجّ به الإمام علي عليه السلام على الخليفة الأوّل أبي بكر الصدّيق عندما استشهد بهذا الحديث كما جاء ذلك في رواية طويلة نأخذ منها موضع الحاجة «فقال له عليه السلام: فما حملك عليه إذا لم ترغب فيه ولا حرصت عليه ولا وثقت بنفسك في القيام به، وبما يحتاج منك فيه ؟ فقال أبو بكر: حديث سمعته من رسول الله صلى الله عليه وآله " إن الله لا يجمع أمتي على ضلال " ولما رأيت اجتماعهم اتبعت حديث النبي وأحلت أن يكون اجتماعهم على خلاف الهدى وأعطيتهم قود الإجابة ولو علمت أن أحدا يتخلف لامتنعت، قال: فقال علي عليه السلام: أما ما ذكرت من حديث النبي صلى الله عليه وآله " إن الله لا يجمع أمتي على ضلال " أفكنتُ من الأمة أو لم أكن ؟ قال: بلى، قال: وكذلك العصابة الممتنعة عليك من سلمان وعمار وأبي ذر والمقداد وابن عبادة ومن معه من الأنصار ؟ قال: كلٌّ من الأمة، فقال علي: فكيف تحتج بحديث النبي وأمثال هؤلاء قد تخلفوا عنك وليس للأمة فيهم طعن ولا في صحبة الرسول ونصيحته منهم تقصير، قال: ما علمت بتخلفهم إلا من بعد إبرام الأمر وخفت إن دفعت عني الأمر أن يتفاقم إلى أن يرجع الناس مرتدين عن الدين...»[1].

وعليه فإن اجتماع الناس على أمر معيّن من دون أن يكون المعصوم عليه السلام معهم ليس له قيمه شرعيّة، وبالتالي لا تثبت له الحجيّة.

---

(1) الخصال، محمد بن علي بن الحسين الصدوق، تح: علي أكبر الغفاري، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1403 هـ: 549.

ثالثاً: الحاجة

يُستدلّ على مشروعيّة الإستصناع من خلال الحاجة كونها تدعو إليه، لان الإنسان قد يحتاج إلى الخفّ أو النعل[1] من جنس مخصوص ونوع مخصوص وعلى قدر مخصوص وصفة مخصوصة قلّما يتّفق وجوده مصنوعاً، فيحتاج إلى أن يستصنع فلو لم يَجُز لوقع الناس في الحرج[2]. إذاً، الدليل الرافع لعدم جواز الإستصناع – لحاجته - هو دليل رفع الحرج.

فإذا ما أردنا توجيه ذلك ينبغي معرفة مضمون قاعدة رفع الحرج ومدى شمولها للأحكام، ومن ثمّ تطبيقها على موردنا ليتضح وجه الاستدلال، وكالآتي:

أ- مضمون قاعدة رفع الحرج

هو نفي كلّ حكم يستلزم ثبوته على العباد الحرج، فوجوب الوضوء أو الغُسل أو حرمة كشف المرأة عورتها أمام الطبيب للفحص أو... إذا استلزم الحرج يكون مرفوعاً[3]. ودليلها من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَجَٰهِدُواْ فِي ٱللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِۦ هُوَ ٱجْتَبَىٰكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ هُوَ سَمَّىٰكُمُ ٱلْمُسْلِمِينَ مِن قَبْلُ وَفِي هَٰذَا لِيَكُونَ ٱلرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ فَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱعْتَصِمُواْ بِٱللَّهِ هُوَ مَوْلَىٰكُمْ فَنِعْمَ ٱلْمَوْلَىٰ وَنِعْمَ ٱلنَّصِيرُ﴾ [4] وهو كافٍ في إثبات القاعدة المذكورة.

---

(1) من الواضح إنه لا خصوصيّة لهذه الأمثلة (الخفّ، النعل) بقدر ما إنها تمثل حاجة الناس آنذاك، أما اليوم فالحاجات تكثّرت وتغيّرت وأمثلتها كثيرة لا حصر لها.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر الكاساني: 5 / 3.

(3) ينظر: دروس تمهيديّة في القواعد الفقهيّة، باقر الإيرواني، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، المطبعة: برهان، ط 3، ت: 1426 هـ: 1 / 172.

(4) الحج / 78.

ب ـ سعة مضمون قاعدة رفع الحرج

لا إشكال في شمول القاعدة للأحكام التكليفيّة[1] وإنما الإشكال في شمولها للأحكام الوضعيّة، والظاهر عدم شمول القاعدة لتلكم الأحكام؛ لعدم الإلزام في الحكم الوضعي، فكأن المستفاد من كلمة (عليكم) في الآية الشريفة نوعاً من الإلزام، أو فقل: تسلّط الرفع على خصوص الأحكام الملزمة لأنها هي التي تناسب كلمة (عليكم)[2]. نعم، لو كانت الأحكام التكليفية من آثار الأحكام الوضعيّة – كالزوجيّة والملكيّة – فحينئذ ترفع حتى الوضعيّة فيما إذا تسبب عنها حرج[3].

وعليه فقاعدة رفع الحرج تكون شاملة للأحكام التكليفيّة، والأحكام الوضعيّة فيما إذا كانت سبباً للأحكام التكليفيّة – كالزوجيّة – ونشأ الحرج عنها فحينئذ تكون مرفوعة تبعاً لملاك القاعدة.

جـ ـ عدم شمول دليل رفع الحرج للحاجة

بعد معرفة كون دليل رفع الحرج شاملاً للأحكام التكليفيّة والوضعيّة بالكيفيّة المتقدّمة، يبقى البحث حول شموله لحاجة الشخص لصنع شيء معيّن التي كانت سبباً لرفع حكم المنع، وفي سبيل ذلك يقال: إن دليل رفع الحرج هو دليل نفي وليس دليل اثباتي، ومورد الحاجة مورد اثباتي، وعليه فكيف يُستدلّ على اثبات الحاجة بدليل النفي ؟ ومن جهة أخرى كون قاعدة رفع الحرج مختصّة بالأحكام وليست الحاجة من الأحكام بشيء.

ومن هنا فإن الحاجة لشيء معيّن ما هي إلا إرادة نفسيّة يبرزها الطلب لهذا

---

(1) ينظر: القواعد الفقهيّة، ناصر مكارم الشيرازي، طبع ونشر: مدرسة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام، ط 3، ت: 1411 هـ: 1 / 162.

(2) ينظر: القواعد العامة في الفقه المقارن، محمد تقي الحكيم، تع: وفي الشناوة، الناشر: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلاميّة، المطبعة: نكار – طهران، ط 1، ت: 1429 هـ: 194.

(3) ينظر: القواعد الفقهيّة، حسن البجنوردي، تح: مهدي المهريزي ومحمد حسين الدرايتي، طبع ونشر: دار الهادي – قم، ط 1، ت: 1419 هـ: 1 / 254.

الشيء، ومن الواضح إن الطلب ليس حكماً شرعيّاً، ولو كان كذلك للزم أن يكون كلّ طلب حكماً وهو باطل بالوجدان، فإن الفرد يجد في نفسه العديد من الاحتياجات فإبرازها لا يُصيّرها حكماً شرعيّاً. وعليه، فإذا لم تكن حكماً لا تكون مشمولة لأدلة رفع الحرج، وبالتالي تبقى الحاجة ليس لها دليل يدلُّ عليها لإثبات مشروعية الاستصناع بها.

والنتيجة: بقاء القول بالحاجة قولاً بلا دليل يدلّ على حجيته، وبالتالي عدم التمكّن من الإستدلال بها على صحة عقد الإستصناع.

رابعاً: العـــادة

من الأدلة على مشروعيّة الاستصناع هي العادة؛ إذ جرت على العمل به من دون نكير على ذلك، فقد ذكر محمود بن أحمد العيني (ت: 855 هـ) ما نصّه: «... وكذلك هذا في الخراز والصباغ إذا كان يخرز بخيوطه ويصبغ هذا بصبغة على العادة المعتادة فيما بين الصنّاع، وجميع ذلك فاسد في القياس إلاّ إن النبي صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها، إذ لو طولبوا بغيرها لشق عليهم، فصار بمعزل من موضع القياس والعمل به ماضٍ صحيح لما فيه من الإرفاق»[1]. وبالتالي يُستكشف منها المشروعيّة عليه، إلا إن ذلك متوقف على معرفة العادة ومدى مشروعيتها وصلوحها لإثبات حكم شرعي.

1 ـ مفهوم العادة ودليل اعتبارها

لبيان مفهوم العادة يُلاحظ ما ورد عنها في اللغة والاصطلاح، وكالآتي:

أ ـ لغة: من عاد يعود عوداً وعودة، أي رجع مرّة بعد أخرى، والعادة الاعتياد على شيء معيّن[2]. ومعناها واضح مستفاد من الاعتياد على شيء معيّن سواء كان حسناً أو قبيحاً.

ب ـ اصطلاحاً: من خلال التتبع لكتب الفقهاء يُلاحظ أنهم استعملوا لفظ

---

(1) عمدة القارئ في شرح البخاري، محمود بن أحمد العيني: 11 / 211.

(2) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: 3 / 319 مادة (عيد).

العادة والعرف لمعنى واحد، فيعطفون أحدهما على الآخر عطفاً تفسيرياً[1]. وقد تختص العادة بالقول والعرف بالعمل، وقد يكون بينهما عموم وخصوص بينهما فالعادة اعم منه؛ إذ تطلق على العادة الجماعية (العرف) وعلى العادة الفردية فكل عرف عادة ولا عكس[2]. ومن يتتبع كتب الفقهاء على مرّ العصور يُلاحظ ذلك واضحاً في استعمالهم للعادة سيما في مورد اتحادها مع العرف.

وعلى أي حال فتعريفها في الاصطلاح: «عبارة عمّا استقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطبائع السليمة»[3].

أمّا دليل اعتبارها – كما عن الموسوعة الفقهيّة الكويتية – هو حديث (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) وقد عقّب الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء على الدليل المذكور بقوله: «على فرض صحته لا يدل على حجية العادة واعتبارها دليلاً شرعياً لإثبات حكم شرعي وليس كل حسن عند الناس حسنا واقعا أو شرعا وان حسن العمل به مداراة ومجاملة مع أبناء جنسه أو أبناء وطنه»[4]. وقد اتضحت – أيضاً - المناقشة فيه سنداً ودلالة، وبالتالي عدم إمكان التمسّك بالحديث المذكور لإثبات حجيّة العادة.

2 ـ حجيّتها

بعد اتضاح إن دليل الإثبات لا ينهض لإثبات حجيّة العادة كدليل مستقل، أي إنها لا تُشكّل كبرى كليّة تقع في طريق استنباط الحكم لتكون أصلاً في مقابل

---

(1) ينظر: الخلاف، محمد بن الحسن الطوسي: 3 / 80، المهذب، القاضي ابن البراج: 2 / 342، منتهى المطلب في تحقيق المطلب، الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، ط 3، ت: 1413 هـ: 2 / 382.

(2) ينظر: قاعدة العادة محكمة "دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية"، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد –الرياض، بلا ط، بلا ت: 49.

(3) الاشباه والنظائر، زين الدّين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم، دار الكتب العلمية – بيروت، بلا ط، بلا ت: 1 / 126.

(4) تحرير المجلّة، محمد حسين كشف الغطاء: 1 / 31.

الأصول، وإنما وظيفتها تنقيح الصغريات لموضوع الحكم الكلّي[1]. وعليه، فلا تصلح العادة لإثبات حكم شرعي وإنما تُشخّص صغريات موضوع الحكم كما في كثير من المجالات التي ترك الشارع المقدّس تحديدها للعادة والعرف كما في نفقة الزوجة وغيرها.

وبالتالي لا يمكن التمسّك بها لإثبات مشروعيّة الاستصناع بهذه الكيفيّة لما اتضح من عدم حجيتها، وعدم كونها دليلاً مستقلاً في قبال باقي الأدلة.

3 ـ تصحيح الاستدلال بالعادة

بالإمكان تصحيح الاستدلال بالعادة على مشروعيّة الاستصناع من خلال التوجيه الآتي: وهو أن تكون العادة الجارية بين الناس - من أفعال خاصّة وغيرها – ممّا أقرّها النبي (صلى الله عليه وآله) ولم يعترض عليها، بأن رأى المسلمين يتعاملون – مثلاً – على استصناع شيء معيّن ولم يُنكِر فعلهم عليهم، فإنه يُستكشف رضاه عن هذه المعاملة أو هذه العادة التي جرت بينهم وبالتالي صحتها وجوازها.

بيد إن التوجيه المذكور يرجع في الحقيقة إلى السنّة التقريرية، أي ما أقره النبي (صلى الله عليه وآله) وأمضاه وليس إلى عادة الناس وتعارفهم على شيء معيّن، فالكاشف عن صحة المعاملة ليست العادة بل هو إقرار النبي (صلى الله عليه وآله).

وبهذا تُلاحَظ مشروعيّة الإستصناع في الإيجاز الآتي:

أما عن طريق الدليل اللفظي فتتمّ من خلال القرآن الكريم؛ إذ يكون الاستصناع مشمولاً لإطلاق أدلة الوفاء بالعقود؛ لأن عموميّة النظرية القرآنية لإيفاء العقود تحتّم شمول العقود المسمّاة وغير المسمّاة، وإن محاولة إرجاع تكييف العقود المستحدثة إلى فصائل مسمّاة لا يفيد حصرها بل تصنيفها، وإن ترك تسمية بعض العقود في المعاملات كان بسبب عدم أهميتها أو وضوحها أو ندرة التعامل بها وقت وضع التشريع، وهذا لا يمنع بلوغ بعض العقود أهمية تلك العقود

---

(1) ينظر: الأصول العامة للفقه المقارن، محمد تقي الحكيم: 412.

الهامّة والمسمّاة ممّا يُرجّح تنظيمها تشريعيّاً[1]، فلا فرق بين العقود والاستصناع إلا من حيث التسميّة[2] وعدمها، فلا يختلف عن العقود المعهودة إلا من حيث طبيعة التعامل وهذا ما يميّزه عن غيره.

أمّا السنّة الشريفة فلا يمكن التمسّك بها لإثبات مشروعيته؛ إذ قد يراد من الحديث المعنى اللغوي دون الاصطلاحي وهو ينطبق على غير الاستصناع – أيضاً – مع الإغماض عن السند والدلالة.

وأمّا عن طريق الدليل اللبّي فبالإمكان التمسّك به لإثبات المشروعيّة شريطة أن تكون المعاملة ممّا تتعدى طابع الزمان والمكان، وأن يكون المعصوم عليه السلام هو من أقرها أو كان أحد المجمعين عليها.

وأمّا بواسطة أدلّة الفقهاء المذكورة فلا يمكنها إثبات مشروعيته نظراً لعدم ثبوتها من الأساس، وضعف المستند عليها كما تقدّم. نعم، بناء على كون الخلاف مبنائي بين المذاهب الإسلاميّة وبين الإماميّة في حجيّة أدلّة الفقهاء فالمتبع هو المبنى حينئذ. وبعد معرفة مشروعيته ينبغي البحث تالياً عن أركانه وشروطه؛ لتتضح صورة العقد بشكل كامل.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(1) ينظر: شرح القنون المدني "العقود المسمّاة"، سليمان مرقس، مطبعة النهضة – مصر، ت: 1968 م: 2. وكذلك ينظر: العقود التجارية في قانون التجارة العراقي الجديد، طالب حسن موسى، دار الحريّة – مطبعة الحكومة – بغداد، ط 1، ت: 1973 م: 9.

(2) المقصود من التسميّة: هو كون بعض العقود مسمّاة، وبعضها غير مسمّى.

المبحث الثاني

أركـــان عقـــد الإستصناع

❁ المطلب الأوّل: محلّ العقد

❁ المطلب الثاني: المتعاقدان

❁ المطلب الثالث: الصّيغة

المطلب الأوّل

محـــلّ العقـــد

وقع الخلاف في تحديد محلّ العقد من الاستصناع، وبالتالي كان سبباً في اختلاف التكييفات الفقهيّة لهذا العقد، وقبل بيان الأقوال في تحديد محلّ العقد، يُلاحظ المراد منه:

ففي اللغةً:

المَحلّ – بفتح الحاء – مصدر ميمي هو المكان الذي يُحَلّ فيه[1]، وعليه فالمَحَلّ هو المكان. وأمّا وفي اصطلاحاً:

يُلاحظ في التتبع الاصطلاحي لاستعمال هذا المفهوم إن بعض الفقهاء يستعملونه ويريدون به ما يقع عليه التعاقد[2] هذا أولاً، وثانياً يُراد به الموضع الذي يجري فيه العقد[3] وهذا المفهوم يُناسب المعنى اللغوي، وثالثاً: يُراد منه العوضان[4]، ورابعاً: الذمّة[5]، وخامساً يُراد به حقّ الشراء

---

(1) ينظر: لسان العرب: 11 / 163.

(2) ينظر: مجمع الفائدة، المحقق الأردبيلي، تح: مجتبى العراقي وعلي بناه الاشتهاردي وحسين اليزدي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1412 هـ: 10 / 129.

(3) ينظر: الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع، حسين آل عصفور، تح: محسن آل عصفور، المطبعة: نمونة – قم، ب ت ط، ب م ط: 11 / 345.

(4) ينظر: فقه الإمام جعفر الصادق (عليه السلام) "عرض واستدلال"، محمد جواد مغنية، المطبعة: نكين – قم، ط 7، ت: 1428 هـ: 3 / 117.

(5) ينظر: المصدر نفسه: 3 / 267.

وحقّ البيع[1]، وسادساً: الحصّة الشائعة من أصول شركات الأسهم[2].

ومن الواضح إنّ ما يخصّ بحثنا هو المعنى الأوّل أي ما يقع عليه التعاقد، وهذا المعنى ما أراده بعضهم[3] من قوله "محل التعاقد"؛ لأن المراد منه: «هو الشيء الذي يدور حوله التعاقد»[4] مع الإغماض عن مناقشة بقيّة المعاني والاستعمالات لهذا المصطلح. وبعد التعرّف على المعنى المراد من "محل العقد" دراسة ومراجعة يتّجه البحث عن الآراء التي بيّنت المحل من عقد الإستصناع.

أوّلاً: العمل

من الأمور التي جُعلت محلاً لعقد الاستصناع هو ما أشار إليه السّرخسي في مبسوطه، إذ ذكر قائلاً: «ثم كان أبو سعيد البردعي[*] يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع اشتغال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه »[5]. وبيانه وما يُلاحظ عليه بما يأتي:

---

(1) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري، الناشر: مجمع الذخائر، المطبعة: كوثر – قم، ط 1، ت: 1427 هـ: 4/ 390.

(2) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، بلا ط، بلا ت: 133.

(3) ينظر: فقه السّنة، سيد سابق، الناشر: دار الكتاب العربي – بيروت، ط 1، ت: 1391 هـ: 3/ 51.

(4) مصادر الإلتزام، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة "دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية"، محمود المظفر: 187.

(*) أبو سعيد البردعي: هو أحمد بن عبد العزيز فقيه حنفي درس ببغداد وشرح الجامع الكبير للشيباني توفى سنة (ت: 317 هـ). ينظر: موسوعة طبقات الفقهاء، اللجنة العلمية، إشراف: جعفر السبحاني، المطبعة: اعتماد – قم، ط 1، ت: 1418 هـ: 4/ 83.

(5) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 12/ 139.

(**) المقصود هو الفقيه أبو سعيد البردعي.

1ـ التوجيه بالعمل

يوجّه محلّ الإستصناع بالعمل بوصفه طلب الصنعة على وجه مخصوص، فالملحوظ أوّلاً وبالذات هو العمل، ومن ثمّ المادة المستصنعة، فقصد المستصنع له العمل دون غيره، وأما تصنيف وتشكيل المادة فيبقى تحت شرطه في العمل.

2ـ الدليل على كون العمل محلاً للعقد

لم يُصاغ الدليل على كون العمل محلاً للعقد بشكل صريح من قبل بعض الفقهاء(**) الذين تبنوا هذا الرأي، إلا إن ذلك لا يمنع من صياغته كما يأتي:

أ. ذكر الفقهاء في أواخر عقد الإجارة: كون خيوط الخياطة على الخائط، والمداد في الكتابة على الكاتب[1]، فإنه مع كون الخياط أو الكاتب أجيراً إلا إن مواد الخياطة والكتابة عليهما.

ب ـ الاستصناع يبطل بموت الصانع كما ذكر ابن نجيم المصري «وإنما يبطله بموت الصانع لشبهه بالإجارة»[2].

3ـ ـ الاعتراض على الدليل

إن ما ذُكر كدليل على كون محلّ العقد هو العمل يُلاحظ عليه ما يأتي:

أ ـ أما ما يخص مثال الخيّاط والكاتب وغيرهما فقد جرت السيرة من زمان النبي (صلى الله عليه وآله) إلى هذا اليوم على كون الخيوط والمداد على الخياط والكاتب، والسيرة بما هي تكون كاشفة عن موافقة النبي (صلى الله عليه وآله) لمثل هذه الأمور[3]، وإلا كان على النبي (صلى الله عليه وآله) بيانه والاعتراض عليه.

---

(1) ينظر: مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، زين الدين بن علي المعروف بالشهيد الثاني: 5 / 230.

(2) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم المصري: 6 / 284.

(3) ينظر: إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، جواد التبريزي، مؤسسة اسماعيليان – قم، ط 2، ت: 1416 هـ: 2 / 235.

ب. أمّا كون الاستصناع يبطل بموت أحدهما، فالحديث فيه يكون من جهتين:

الجهة الأولى: المستصنع

أمّا من جهة المستصنع له فلا يبطل الاستصناع بموته؛ لأنه عقد لازم فبموته ينتقل إلى الورثة من بعده[1]، وبالتالي جريان الالتزامات جميعها على الورثة.

الجهة الثانيّة: الصانع

يحتاج بيانه إلى منطلق، حاصله: كون التعاقد في الاستصناع تارة يكون شخصي، أي: مع شخص معين ومحدد وهو من يقوم بالصُنع لوحده (كأن يكون بشرط المباشرة)، وتارة يكون جهتي، أي: مع جهة تصنع له ما يُريد كأن تكون شركة أو ما شابه ذلك.

فبموت الصانع يبطل الإستصناع فيما إذا كان شخصيّاً؛ لكونه أحد ركني العقد، وكما يعبّر الأصوليون بأن القضية سالبة بانتفاء الموضوع[2]، فبانتفاء الموضوع لا يبقى مجال للحكم عليه؛ إذ الحكم يدور نفياً وإثباتاً على موضوعه، والمفروض أن لا موضوع، فلا يبقى الحكم كما كان عليه، والسبب في ذلك هو كون الاستصناع مشتملاً على العمل والمادة معاً، فإذا مات الصانع المشخّص المعين – ولو من ناحية الاشتراط - فمَن يقوم مقامه ؟ وعليه فهو من هذه الناحية شبيه بالإجارة في بطلانها بموت الأجير.

وأمّا إذا كان الإستصناع جهتي أو ما يُعبّر عنه بالشخصيّة الإعتبارية[*]،

---

(1) ينظر: نهاية المرام، محمد العاملي، تح: مجتبى العراقي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1413 هـ: 1 / 92.

(2) ينظر: حقائق الأصول، محسن الحكيم، الناشر: مكتبة بصيرتي – قم، ط 5، ت: 1408 هـ: 2 / 117.

(*) الشخصيّة الاعتبارية: هي أن تكون للشركة أو المؤسسة شخصيّة قانونية مستقلة عن ذمم أصحابها أو شركائها. ينظر: دور نظام الوقف الإسلامي في التنمية الاقتصادية المعاصرة، أحمد عبد العظيم الجمل، دار السلام للطباعة والنشر – القاهرة، ط 1، ت: 2006 م: 54.

فالاستصناع لا يبطل بموت الصانع؛ إذ الأفراد فيه تتبدل باستمرار فلا معنى لبطلانه بعد اتضاح إن الركن الذي يقابل المستصنع له هو الجهة لا الشخص المعيّن.

بعد اتضاح ذلك يُعلم أن كون العمل محلاً للعقد لا يمكن اعتماده؛ لضعف المستند فيه، مع مخالفته للارتكاز العرفي للاستصناع، مضافاً إلى ترتّب بعض الأضرار على القول به، التي هي من قبيل ما لو ترك الصانع عمله لأي سبب كان ولم يُتمّه، فإنه وإن كان يستحق أجرة المثل إلا إن المستصنع يتضرر جرّاء ذلك.

ثانياً: العين المستصنعة

الثاني من الأمور التي جُعلت محلاً لعقد الإستصناع هي العين المستصنعة، وهو ما ذهب إليه مشهور فقهاء الحنفيّة[1]، وفيما يأتي يتّضح الوجه في ذلك:

1 ـ بيان كون العين محلاً للعقد

وذلك بتوجيه إن المستصنع له عندما يأتي إلى الصانع - لصنع شيء معيّن – يكون غرضه الأساسي الحصول على المصنوع بالمواصفات المطلوبة والمرغوب بها عنده، وهذا المطلوب لا يتمّ إلا من اجتماع عنصرين في وقت واحد، هما: المادة والعمل، وعليه فلو أخلّ بأحدهما لم يكن المستصنع له ملزماً بأخذه.

2 ـ الدليل على كون العين محلاً للعقد

إن ما ذهب إليه مشهور فقهاء الحنفيّة من كون العين محلاً للعقد يستدلّ عليه بما يأتي:

أ ـ لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعته، أو من صنعته قبل العقد فأخذه

---

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي: 12 / 139، تحفة الفقهاء، السمرقندي: 2 / 362، بدائع الصناع، أبو بكر الكاساني: 5 / 2، البحر الرائق، ابن نجيم المصري: 6 / 284، حاشية ردّ المحتار، ابن عابدين: 5 / 354.

المستصنع كان جائزاً[1]. وهذا النصّ يُشير بوضوح إلى أن الغرض الأساسي من الاستصناع الحصول على العين المستصنعة، وعليه فلو كانت العين المطلوبة حاضرة عنده – سواء كانت من صنعه أم من صنع غيره – فقد تمّ المطلوب.

ب. ثبوت خيار الرؤية في هذه المعاملة[2]، فلو كان محل العقد هو العمل دون العين لما ثبُت هذا الخيار.

3ـ الإيراد على الدليل

ما ذُكر كدليل على كون محلّ العقد هو العين بالإمكان المناقشة فيه كما يأتي:

أ. الدليل المذكور لا ينسجم مع روح الاستصناع ومعناه اللغوي والاصطلاحي، فالمقصود من الاستصناع هو طلب الصنعة على وجه مخصوص، فإذا كانت العين المطلوبة من قبل المستصنع له موجودة – سواء كان الصانع هو من صنعها أم غيره – فمثل هذا بيع اعتيادي ولا مشكلة فيه. بيد إن موضوع البحث ما كانت العين غير موجودة بالفعل، وأراد المستصنع استصناعها بالصفة المعلومة والصفة المقدرة. وأحسب أن الذي أوقع المستدلّ بهذا الإرباك هو اتفاق حصول المستصنع له على غرضه المطلوب، إلا إنه لم يلتفت كون العملية المذكورة بيعاً وشراءاً طبيعياً وليس استصناعاً. ومن هنا لم يرتض الباحث النكتة العلمية التي أفادها فقهاء الحنفيّة لعقديّة الإستصناع كما أشار لذلك في نهاية المبحث الأول من الفصل الأوّل.

ب ـ ثبوت خيار الرؤية لا ملاك له في الاستصناع؛ لأنها معاملة مشروطة والمشروط عدم عند عدم شرطه[3]، فإذا لم يحقق الصانع غرض المستصنع له المطلوب، لم يكن المستصنع ملزماً بقبول العين المستصنعة؛ لانها جاءت خلاف الشرط المتّفق عليه.

---

(1) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 12 / 139.

(2) ينظر: المصدر نفسه.

(3) ينظر: القطع، تقرير بحث السيد كمال الحيدري للشيخ قيصر التميمي، الناشر: دار فراقد، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1427 هـ: 258.

وأورد الشيخ مرتضى الأنصاري (ت: 1281 هـ) ردّاً على من أدعى ثبوت خيار الرؤية في المبيع المقيّد، بناء على كون تلك القيود من قبيل الشروط التي تدفع بأصالة عدم الاشتراط، قائلاً: «لكنه ليس شيئاً مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالأصل، بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفاً بهذا الوصف، وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متصفاً بذلك الوصف، فهو قيد ملحوظ في المعقود عليه نظير الأجزاء، لا شرط ملزم في العقد، فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشئ الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه»[1].

ومنه يتضح أن القيود التي أخذت في معاملة الاستصناع لها مدخيلة في ايجاد الصورة النوعيّة للشيء المُستصنَع، أي تكون داخلة في تكوينه، بخلاف ما إذا كانت شروطاً فلا تكون كذلك وفي مثلها يُتمسك بأصالة اللزوم لدفعها.

بل ربما يُقال أكثر من ذلك: وهو عدم إمكان جريان خيار الرؤية في الاستصناع وإن اعتبرناه داخل ضمن البيع؛ وذلك لأن مورد خيار الرؤية هو العين الشخصية الغائبة إذا بيعت بالوصف وتبيّن خلاف ذلك[2].

وعليه، فعدم إلزام المستصنع بأخذ السلعة المستصنعة – الفاقدة لبعض الشروط - ليس من جهة خيار الرؤية المدّعى، بل هو من جهة عدم الوفاء بالشرط المتّفق عليه حين العقد. نعم، لو رضي المستصنع بالعين الفاقدة لبعض الشرائط المتّفق عليها فشأنه وما يريد طالما ذلك برضاه.

وبذلك يظهر ضعف الدليل المساق لبيان محل العقد، مع الإتفاق على كون المادة المستصنعة هي محل العقد دون غيرها.

والأفضل أن يستدلّ على ذلك بما يأتي:

1. المستصنع له غير ملزم بقبول العين المستصنعة فيما إذا كانت فاقدة لبعض

---

(1) كتاب المكاسب، مرتضى الأنصاري ـ: 4/ 277.

(2) ينظر: فقه الصادق ﷺ، محمد صادق الروحاني، مؤسسة دار الكتاب – قم، ط 3، ت: 1414 هـ: 17/ 270. وينظر: مصباح الفقاهة، أبو القاسم الخوئي: 4/ 545. وينظر: كتاب البيع، السيد الخميني: 4/ 639.

القيـود؛ لكونهـا مخالفـة لمـا اتفقـا عليـه حـين العقـد، وهـذا يكـشف كـون المـادة المستصنعة هي محلّ العقد في الاستصناع، ولو كان غيرها لردّه أيضاً.

2. لو صنع العين شخص آخر بالمواصفات المطلوبة والكيفيات المحددة – كما هو العديد من معاملات الاستصناع – فإن المستصنع له لا يعترض على ذلك - إلا إذا كان العقد متضمناً شرط المباشرة - لأن الغرض المطلوب قد تحقق، وهذا يدلّ على كون المطلوب هو العين المستصنعة لا غيرها.

المطلب الثاني

المتعـــاقـــدان

لمّا كانت المعاملة الحالية متقوّمة بطرفين وليس بطرف واحد كما هو الحال – مثلاً – في الطلاق احتيج البحث عن كليهما؛ إذ إن الفرق بين العقد[1] والإيقاع[2] هو إنّ الأوّل لا يتمّ إلّا بالقبول، والثاني لا يحتاج في تمامه إليه. ومن هنا ينبغي الإشارة إلى ما يُشترط بالمتعاقدين، مع كون هذا المطلب ممّا بُحث بشكل مفصّل في كتب الفقهاء. إلا إن طبيعة البحث العام تقتضي بحثه. فيقال: ذكر الفقهاء جملة من الأمور التي تُشترط في المتعاقدين، وكما يأتي:

أوّلاً: البلوغ

واعتباره في صحّة العقد ممّا لا إشكال فيه، بل لا خلاف فيه، فيبطل بيع الصّبي وكذا سائر عقوده، ولكنّ الحكم بالبطلان مطلقا - ولو في صورة إذن الولي – محل اشكال[3]. فالبلوغ معتبر في العاقد لصحة عقده، أمّا الصبي فلا يصح عقده وإن كان وكيلاً؛ إذ إنه مسلوب العبارة، ومن هنا أورد الشيخ الأنصاري قوله: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد، كإنشاء العقود أصالة ووكالة، والقبض والإقباض، وكل التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو

---

(1) العقد: هو ربط أجزاء التصرّف بالإيجاب والقبول. ينظر: التعريفات، الجرجاني: 196.

(2) الايقاع: هو أن يتقوم باللفظ من طرف واحد فقط. ينظر: النهاية ونكتها، محمد بن الحسن الطوسي والمحقق الحلي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1412 هـ: 1/ 118.

(3) ينظر: حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني، الناشر: دار الصادق للطباعة والنشر، المطبعة: بهمن – قم، ط 1، ت: 1420 هـ: 145.

إيجار[1] وقد يفصّل بين ما إذا كان الصبي مميزاً فيجوز وبيم ما إذا كان غير مميز فلا يجوز.

ثانياً: العقل

فلا يصح عقد المجنون - مطبقاً كان أو إدواريّاً - ولا ايقاعه[2]. لكن الظاهر هناك من ناقش في قضية الجنون غير المطبق، ففي المستمسك: «اعتبار العقل في مقابل الجنون المانع من تحقق القصد واضح. لعدم تحقق العقد، لتقومه بالقصد، والمفروض انتفاؤه. أما الجنون غير المانع من تحقق القصد: فالكلام فيه ينبغي أن يكون هو الكلام في الصبي فإنه محجور عليه، كما يظهر من ملاحظة كلماتهم في كتاب الحجر. وعدم صحة عقده بإذن الولي غير ظاهر من الأدلة»[3].

إذ إن ما يظهر من كلام صاحب المستمسك أن الجنون الإدواري غير مانع من إنشاء المعاوضة وقد عبّر عنه بالجنون غير المانع من تحقق القصد.

ثالثاً: القصد

من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد؛ إذ إن كلمة القصد يستعمل على معانٍ: (أحدها) قصد اللفظ حين استعمالها في المعنى، بمعنى كون التلفظ بها مقصودًا في مقابل النائم والساهي إذا صدر عنهما التلفظ (وثانيها) قصد المعنى من اللفظ حين الاستعمال في مقابل الهازل الذي يقصد في تلفظه إيقاع المعنى، ويتوقف تحقق العقد على القصد بهذين المعنيين معا فلا يصدق العقد على الصادر من النائم والساهي والهازل لعدم قصد اللفظ من الأولين وعدم قصد

---

(1) ينظر: كتاب المكاسب، مرتضى الأنصاري: 3/ 284.

(2) ينظر: العناوين، مير عبد الفتّاح الحسيني المراغي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 3، ت: 1429 هـ: 2/ 684.

(3) مستمسك العروة، محسن الحكيم، مطبعة ونشر: مكتبة آية الله العظمي المرعشي النجفي – قم، ط 1، ت: 1404 هـ: 12/ 6.

المعنى من الأخير[1].

وعليه فلو كان العاقد هازلاً أو نائماً، لا يتحقق منه إيقاع العقد، لأنه لا قصد له، ولا يترتب على قوله أي سبب لنشوء الربط واللزوم.

رابعاً: الاختيار[2]

هو قصد وقوع المنشأ عن طيب النفس. والاختيار يطلق تارة على الإرادة والقدرة على كلّ من الفعل والترك، في قبال المضطرّ والمجبور المسلوب إرادته، كحركة يد المرتعش، وكالصائم المكتّف الذي يصبّ الماء في حلقه بحيث لا قصد له إلى الشرب أصلا، وهو مقهور في فعله بنحو لا يصحّ إسناد الفعل إليه، بل يسند إلى القاهر والحامل له. وأخرى على الرّضا الذي هو أمر نفساني مغاير للقدرة على كلّ من الفعل والترك. وهو أمر زائد عليه، بمعنى أنّه بعد تحقق إرادة فعل في الخارج - وعدم إجبار عليه - تصل النوبة إلى كونه صادرا عن طيب النفس، أو عمّا يقابله من الإكراه الذي يتحقق بتحميل الغير وتوعيده[3].

والفرق بين المعنيين إسناد الفعل إلى المباشر المكره على ما يفعل، لصدور الفعل عن إرادته وإن لم يكن راضيا به، بخلافه في المجبور الفاقد للإرادة. والمقصود بالبحث اشتراط العقد بالاختيار بمعناه الثاني المقابل للمكره، بعد الفراغ عن تحقق الإرادة والقصد إلى الفعل فيه.

---

(1) ينظر: كتاب المكاسب والبيع، تقرير بحث الشيخ النائيني للآملي، نشر وطبع وتحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط 1، ت: 1419 هـ: 1 / 404.

(2) الفرق بين هذه المسألة وسابقتها إنّ القصد المعتبر في تلك المسألة كان للعقد، إذ لا يتحقق إلّا بالقصد إلى اللفظ والمعنى، والقصد المعتبر في هذه المسألة هو كون القصد إلى اللفظ والمعنى ناشئا من طيب النفس والرضا. وبعبارة أخرى: هذه المسألة تتضمن اعتبار منشأ ذلك القصد المقوّم للعقد، وأنّه لا بدّ أن يكون منشؤه طيب النفس، فان لم ينشأ عن الطيب لم يصح العقد وإن لم يكن جبر وإلجاء. ينظر: هدى المكاسب إلى شرح المكاسب، جعفر المرّوج الجزائري، الناشر: دار المجتبى – قم، المطبعة: الجزائري – قلم، ط: 2، ت: 1383 هـ: 4/ 150.

(3) ينظر: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، جعفر الجزائري المرّوج: 4/ 151.

خامساً: المِلك

كون المتعاقدان مالكين للعين المتعامل بها، فلا تقع المعاملة عن غير المالك - إذا لم يكن وكيلا عنه أو وليا عليه، كالأب والجد للأب والوصي عنهما، والحاكم الشرعي ولا من المحجور عليه، لسفه أو فلس، أو غير ذلك من أسباب الحجر، والمراد بعدم الوقوع عن غير المالك - كالفضولي والمحجور عليه عدم اللزوم والنفوذ لا كونه لغوا بحيث لا يقبل الإنفاذ، فلو أجاز المالك العقد الواقع من غير المالك أو أجاز من له الحق العقد الواقع، وهو ما قامت عليه الأدلّة الأربعة[1].

وعليه فعقد الفضولي لا يصح، أي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم. وهذا مراد من جعل الملك وما في حكمه شرطا كما تقدّم[2]، والحال نفسه في الغاصب فإنه لا يمكنه التصرّف بما تحت يده لعدم ملكيته له. والسّفيه فتصرفاته إذا كانت شخصيّة من قبيل خياطة ثوب أو طهي الطعام فلا بأس وإلا لم يجز التصرّف له لأنه محجور عليه.

ومن هنا فغير المالك لا يمكنه المقاولة على ما لا يملكه؛ لأن نقل الملكيّة من مختصات المالك دون غيره، ولذا لو باع الفضولي احتاج إلى إجازة المالك.

---

(1) ينظر: مهذّب الأحكام في بيان الحلال والحرام، عبد الأعلى السبزواري، الناشر: مكتب آية الله العظمى السبزواري، المطبعة: ياران، ط 4، ت: 1416 هـ: 16 / 296.

(2) ينظر: محصّل المطالب في تعليقات المكاسب، صادق الطهوري، الناشر: منشورات كليدر، المطبعة: بهمن – قم، ط: 1، ت: 1420 هـ - 1378 ش: 2 / 239.

المطلب الثالث

الصّيغـــــة

من الأركان المذكورة لعقد الإستصناع هي الصيغة، وسوف يأتي في ثنايا البحث إن ركنيتها في الاستصناع غير ذابتة كون الاستصناع غير متوقف على الصيغة كما في عقد النكاح، وهي معتبرة في العديد من المعاملات، فلذلك يُشترط فيها جملة من الشروط والأحكام، وقبل بيانها ينبغي معرفة مفهومها وحكمها، وكالآتي:

أوّلاً: مفهوم الصيغة

1ـ لغـة : الـصّيغة في اللّغـة مـن الـصّوغ مـصدر صـاغ الـشّيء يـصوغه صـوغاً وصياغة، وصغته أصوغه صياغة وصيغَة[1]، وهذا شيء حسن الصّيغة، أي حسن العمل. وصيغة الأمر كذا وكذا، أي هيئته التي بني عليها. وصيغة الكلمة: هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها، والجمع صيغ، قالوا: اختلفت صيغ الكلام، أي: تراكيبه وعباراته[2]. فالصيغة هي الهيئة الحاصلة جرّاء التركيب.

2 ـــ اصطلاحاً: لم يضع الفقهاء تعريفاً جامعاً للصيغة يشمل صيغ العقود والتصرفات وغيرها، لكنه يفهم من التعريف اللغوي ومن كلام بعض الفقهاء إن الصيغة هي بناء الألفاظ والعبارات بصياغة تُعْرب عن إرادة المتكلّم ونوع تصرّفه[3]. وعليه، فلا يوجد تعريف للصيغة أكثر من وجود الألفاظ التي تُؤدّى بها، كما في

---

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: 8 / 442.

(2) ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيّة، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة للنشر – القاهرة، بلا ط، بلا ت: 2 / 401.

(3) ينظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتية: 28 / 152.

ألفاظ النكاح والبيع وهكذا.

ثانياً: حكم الصيغة وتنوّعها[1]

تُعتبر الصيغة ركناً في كل الالتزامات باعتبارها سبباً في إنشائها باتفاق الفقهاء، وتتنوّع الصيغة بتنوع تلك الالتزامات، وكما يأتي:

1. بعض الالتزامات تتقيّد بصيغة خاصة لا يجوز العدول عنها، ومن أمثلة ذلك الشهادة عند جمهور الفقهاء[2] والنكاح.

2. التزامات لا تتقيد بصيغة معيّنة بل تصح بكل لفظ يدل على المقصود كالهبة والإعارة[3].

وسبب هذا الاختلاف – في الحقيقة – يرجع إلى حقيقة الإنشاء؛ إذ يوجد رأيان في المسألة، الأوّل: صيغ العقود والإيقاعات لها السببيّة لتحقق عنوان المعاملة، والثاني: حقيقة الإنشاء هو الاعتبار والإبراز[4].

والداعي لهذا التنوّع في الصيغة هو كون بعض المعاملات ممّا يُعلم مدخليّة لفظ الصيغة في إنشاء الإلتزام ولا يكفي غيره – في مورد التمكّن من ذلك – كما في صيغة النكاح، والبعض الآخر لا يحتاج إلى صيغة معيّنة ومحددة في إنشاء الإلتزام كما في البيع والإجارة.

---

(1) هذا العنوان مستفاد من الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة الوارد تحت عنوان الصيغة وحكمها: 28/ 153.

(2) ينظر: تحرير الأحكام، العلامة الحلي، تح: ابراهيم البهادري، المطبعة: اعتماد – قم، ط 1، ت: 1420 هـ: 3/ 244.

(3) ينظر: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، زين الدين العاملي: 2/ 165..

(4) ينظر: تحقيق الأصول، علي الميلاني، الناشر: مركز الحقائق الإسلاميّة، المطبعة: وفا – قم، ط 1، ت: 1428 هـ: 4/ 155.

ثالثاً: شروط الصيغة

للصيغة شروط إذا ما أراد المتعاقدان إجرائها بينهما:

1. التلفّظ: يعتبر التلفّظ في جميع العقود بصورة التمكّن منه، وأمّا مع العجز عنه كما في الأخرس ففي فرض عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه، وكذا مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة عدم الاشتراط، لأنّ الاشتراط هو الأصل، بل لفحوى ما ورد من أنّ طلاق الأخرس إشارته، وتخصيصه بفرض العجز عن التوكيل تخصيص بالفرد النادر، فتجزئ الإشارة من الأخرس مطلقاً[1]. فالتلفظ إنما يُعتبر في الصيغة مع القدرة عليه، أما مع عدم القدرة فلا يعتبر؛ لأن لازم التكليف به مع عدمها محال، لأنه تكليف بغير المقدور.

وقوع الإستصناع بالمعاطاة

من المسائل التي قد تُبحث في عقد الإستصناع هي: إمكان وقوعه بالمعاطاة، ومن هنا ذهب بعض الباحثين[2] إلى عدم إمكان ذلك مستدلاً بكون التعاطي لا يحقق شرط الإستصناع من بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره.

الرأي في المسألة

قبل بيان الوجه في المسألة لابدّ من الانطلاق من أمرين:

الأمر الأوّل:

الأفعال تارة تدلّ على المعاني بلا حاجة إلى قرينة كالسجود، فإنّه بذاته يدلّ على الخضوع. وأخرى تدلّ عليها بمعونة قرينة مقامية أو مقاليّة. وهذا هو الغالب. فإذا

---

(1) ينظر: التنقيح في شرح المكاسب من الموسوعة، تقرير بحث الخوئي للغروي، طبع ونشر: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، ط 1، 1425 هـ: 36 / 181.

(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإستصناع والمقاولات في الوقت الحاضر، مصطفى كمال، العدد السابع: 2 / 583.

دلّت على المعاني بالقرائن بحيث عدّت دلالتها من الظهورات العرفية كانت حجة عند العقلاء على حذو حجية ظهورات الألفاظ في معانيها.

الأمر الثاني:

إنّ بناء العقلاء على إنشاء الأمور الاعتبارية بالأفعال المبرزة لها - وإن كان إبرازها بالقرائن -، فكلّ فعل مبرز لمعناه الإنشائي يصح جعله آلة للإنشاء عند العقلاء، إلّا إذا منعه الشارع واعتبر اللفظ المطلق أو الخاص في إنشائه[1]. ومن خلال هذين الأمرين يتضح أن كلّ فعل يدلّ على معناه - سواء بذاته أو بمعونة القرآئن – فالعقلاء يرتّبون عليه آثاره وأحكامه، ومن تلك الأفعال ما يقع في الإستصناع، سواء قلنا بانه يدلّ بذاته على المقصود أو بمعونة القرآئن لا فرق ما دام المقصود واضح.

ومن هنا أفتى الفقهاء بوقوع المعاطاة في غير البيع من العقود والإيقاعات؛ تمسّكاً بأدلتها إلّا إذا لم يكن الفعل ولو بالقرينة آلة لإنشاء ذلك العقد أو الإيقاع عند العقلاء، أو اعتبر الشارع في ذلك العقد أو الإيقاع لفظاً كالنّذر[2]. وعليه فالقول بعدم وقوع الإستصناع بالمعاطاة لا وجه له؛ بعد معرفة كون المعاطاة واقعة في العقود والإيقاعات إلا ما خرج بالدليل كالنكاح والطلاق. وقد يُعتذر لصاحب القول بالمنع من حيث كون نظره إلى الحالة المعتادة من المعاطاة من وجود الشيء حاضراً فيقع عليه التعاطي وأما مع عدم وجوده فلا يتصور وقوعه والحال هذه.

2. الصراحة: بعد معرفة كون اللفظ معتبراً مع القدرة عليه، فصراحته معتبرة – أيضاً – ما دام العرف يفهم المراد منه سواء كان اللفظ حقيقياً أم مجازياً، أم كان اللفظ كناية لا فرق ما دام العرف يرى انعقاده بذلك. لأن العبرة بالدلالة على المقصود سواء كان ذلك بوضع اللغة أم بجريان العرف، لأن الصيغة القولية غير منحصرة بلفظ خاص، بل كل ما يتأدى به المعنى[3]. فالصراحة معتبرة في اللفظ

---

(1) ينظر: هدى الطالب إلى شرح المكاسب، جعفر الجزائري المروّج: 2/ 170.

(2) ينظر: منهاج الصالحين، محسن الحكيم، دار التعارف للمطبوعات – بيروت، بلا ط، ت: 1410 هـ - 1990 م: 2/ 23.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد عرفه الدسوقي: 3/ 3.

القائم بين المتعاقدين؛ لأن الغرض منه التفهيم. والصراحة سواء وجدت في اللفظ المستعمل حقيقة أو مجازاً فالغرض موجود ما دام العرف يفهم منه المراد.

3. **العربية**: من الأمور المختلف فيها هو كون العقد بالعربية للتأسي بما ورد عن النبي (صلى الله عليه وآله)، ورُدّ بأن دليل التأسي لا يشمل حتى كلامه[1]. ومنه يظهر جواز العقد بغير اللغة العربية أيضاً.

4. **الماضويّة**: بناء على ما تقدم من عدم اعتبار العربية في العقد، فمن باب أولى عدم اعتبار كون اللفظ بلفظ الماضي؛ لان الماضوية من مختصات العربية[2].

وأما المضارع المراد به الحال بقرينة لفظيّة مثل: أبيعك الآن أو قرينة حاليّة. كما إذا جرى العرف على استعمال المضارع بمعنى الحال فيقع البيع فيه أيضاً[3]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن الاستصناع ليس بيع سلعة موجودة حتى يقع الكلام في اشتراط الماضوية من عدمها؛ إذ إن ذلك فرع وجودها، وليس مثله في الاستصناع.

5ـ **تقديم الإيجاب على القبول**[4]: اختلفت آراء الفقهاء في وجوب تقديم الإيجاب على القبول على أقوال متعددّة، المشهور بينهم هو لزوم تقديم الإيجاب إذا كان بلفظ (بعتُ) والقبول بلفظ (قبلتُ) في خصوص البيع، أما في غير هذا المورد فيجوز تقديم كل منهما على الآخر[5]. وعليه فيجوز تقديم القبول على الإيجاب في

---

(1) ينظر: التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، مقداد بن عبد الله السيوري، تح: عبد اللطيف الحسيني، المطبعة: الخيام – قم، ب ط، ت: 1404 هـ: 2/ 184، وينظر: المكاسب: مرتضى الأنصاري: 3 / 135.

(2) ينظر: المصدر نفسه: 3/ 139.

(3) ينظر: المناهل، محمد بن علي الطباطبائي، المكتبة الاسلامية – طهران، بلا ط، بلا ت: 3.

(4) الإيجاب: هو ما صدر أوّلاً من أحد العاقدين بِصيغة صالحة لإفادة العقد، والقبول: أن يقبل الطرف الآخر العقد باللفظ أو الفعل. ينظر: معجم المصطلحات الفقهيّة، إبراهيم إسماعيل الشهركاني: 510

(5) ينظر: التعليقة على المكاسب، عبد الحسين اللاري، تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الإسلاميّة، المطبعة: باسدار إسلام – قم، ط 1، ت: 1418 هـ: 1/ 451.

عقد الإستصناع.

6. **المولاة**: تعتبر المولاة في العقود لسببين، الأوّل: إن الغرض من العقود ايجاد العلقة بين العاقدين، فإذا ما وقع الإيجاب يبادر الطرف الثاني بالقبول، والثاني: الإيجاب والقبول بمنزلة الكلام الواحد فلا ينبغي الفصل بينهما[1]. وكون الاستصناع عقداً فتكون المولاة مطلوبة فيه كما في بقيّة العقود.

7ـ **التنجيز**: هو عدم تعليق العقد على شيء معيّن، لأن التمليك الحقيقي والملكية الحقيقية من باب الايجاد والوجود المتحدين بالذات، فمع الجزم بعدم ترتب الملكية الحقيقية أو عدم الجزم بترتبها، كيف يتوجه القصد الجدي إلى إيجادها بعنوانها[2]. فكأنما التعليق يخالف القصد الجدي للمتعاقدين في إرادة كل منهما تمليك الآخر.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(1) ينظر: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني للخونساري، طبع ونشر وتحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1418 هـ: 1 / 251.

(2) ينظر: حاشية المكاسب، محمد حسين الاصفهاني، تح: عباس محمد آل سباع القطيفي، المطبعة العلمية، ط 1، ت: 1418 هـ: 1 / 285.

المبحث الثالث

شروط عقد الإستصناع وآثاره

❁ المطلب الأوّل: شروط عقد الإستصناع

❁ المطلب الثاني: آثار عقد الإستصناع وانتهاؤه

المطلب الأوّل

شروط عقد الإستصناع

لدراسة وبيان شروط عقد الإستصناع ينتظم البحث فيه كما يلي:

المقصد الأوّل

الشّروط الخاصّة بماهية الإستصناع

من الواضح إن للاستصناع شروطاً يختصّ بها، وشروط عامّة لابدّ من تحققها في كلّ عقد. وعليه فمنهجيّة البحث تقتضي البحث عن كليهما، فيقال: لعقد الإستصناع شروط خاصّة تميّز بها عن غيره يتعرّض البحث لها، وكما يأتي:

الشّرط الأوّل: الأجل

اختلفت آراء الفقهاء في اشتراط الأجل في عقد الاستصناع على آراء ثلاثة، وكالآتي:

أوّلاً: عدم تحديد الأجل

أشار بعض الفقهاء – كما سيجيء ذكرهم – إلى أن تحديد الأجل في الاستصناع يقلبه سَلَماً، وعليه تلزم شروط بيع السّلم جميعها لصحته – حينئذ -، ولبيان الدليل على ذلك وما يرد عليه يُلاحظ الآتي:

1ـ بيان الدليل على ذلك

لم يكن الدليل على كون تحديد الأجل والمدّة في الاستصناع تصيّره سَلَماً أكثر من كونه رأياً اجتهادياً كما سيُلاحظ، وعليه فقد أورد الكاساني قوله - الذي نسبه لأبي حنيفة – لبيان الوجه في ذلك: «أن لا يكون فيه أجل فان ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم»[1]. وهو صريح في كون الأجل لا يدخل الاستصناع مطلقاً إلا بالكيفيّة المتقدّمة من اعتباره سلماً بشروطه. وما ذهب إليه أبو حنيفة من عدم اشتراط الأجل في الاستصناع، قد يعلل بأحد أمور:

الأمر الأوّل: إن الاستصناع عقد على مبيع في الذمّة فإذا ضُرب فيه الأجل صار سلماً؛ لانطباقه على حقيقة السّلَم، فالعبرة للمعنى لا للفظ[2].

الأمر الثاني: الأجل لا يثبت إلا في الديون فلمّا ثبت فيه الأجل عرفنا أنه مبيع دين، والمطالبة بالدين في البيع لا تكون إلا في السّلم، والمعتبر ما هو المقصود - الذي يختلف به العقد - لا باعتبار اللفظ[3].

الأمر الثالث: إن الأجل في البيع من الخصائص اللازمة للسّلَم فذكره يكون ذكراً للسّلَم معنى وإن لم يُذكر صراحة[4].

الأمر الرابع: حمل الأجل في البيع على السّلم أولى من حمله على الاستصناع؛ لثبوت السّلم بالكتاب والسنة والإجماع مطلقاً بينما الاستصناع فبالتعامل[5]. فهذا أقصى ما يُقال في بيان وتعليل القول المنسوب لأبي حنيفة لتوجيه رأيه المذكور.

---

(1) بدائع الصنائع، أبو بكر الكاساني: 5/ 3.

(2) ينظر: تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي: 2/ 363.

(3) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 12/ 140.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر الكاساني: 5/ 211.

(5) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم المصري: 6/ 285.

2 ـ الاعتراض على التعليلات السابقة

ما ذُكِر تعليلاً للدليل على كون ضَرِب الأجل في الاستصناع يجعله سلماً بالإمكان الاعتراض، وكالآتي:

الاعتراض الأوّل: كون الأجل يجعل الاستصناع سَلماً - لصيرورتهما حقيقة واحدة بغير الألفاظ - فبعيد لاشتمال الإستصناع على المادة والعمل، بينما السّلَم هو عقد على مبيع في الذمّة بمواصفات محددّة فهو لا يُصنع صنعاً بل هو متحقق خارجاً غايته إنه غير موجود لدى البائع. والإستصناع غير متحقق خارجاً مطلقاً، فالصانع هو من يُوجده من خلال صنعه له. فحقيقة الإستصناع تختلف عن حقيقة السّلَم، وعليه فلا مورد لجريان قاعدة الاعتبار بالمعاني لا بالألفاظ.

الاعتراض الثاني: فيُشْكل عليه بأن دعوى الأجل لا يثبت إلا في الديون، دعوى لا يمكن إثباتها؛ لأن الأجل يثبت في موارد كثيرة، نذكر منها ما يأتي:

1. الأجل في أحكام الأسرة: ويشمل (الأجل في الحمل، الأجل في الرضاع، الأجل في الحضانة).

2. الأجل في عدّ فرقة الزواج: ويشمل (عدة الوفاة، أجل الفرقة بغير الوفاة لذوات الأقراء، أجل الفرقة بغير الوفاة لغير ذوات الأقراء).

3. الأجل في أحكام المفقود والإيلاء: ويشمل (الأجل في أحكام المفقود، الأجل والتربص بالإيلاء).

4. الأجل في المعاملات الماليّة والإجراءات القضائية: ويشمل (الأجل في المعاملات الماليّة، الأجل في الإجراءات القضائية)[1].

الاعتراض الثالث: كون ذكر الأجل ذكراً لبيع السّلم معنى بعيد؛ لأن حقيقة السّلم تتحدد بعدد من الأمور وليس بأمر واحد، ولو كان الأمر كذلك لأمكن القول إن ذكر الأجل هو ذكر لبيع النسيئة – أيضاً – ولا مشكلة في ذلك تبعاً لتلك الدعوى.

---

(1) ينظر: الأجل في الفقه الإسلامي، صاحب محمّد حسين نصّار: 145، 165، 195، 221، 295.

الاعتراض الرابع: الأولوية على حمل الأجل على بيع السّلم لا إشكال فيها فيما إذا كانت حقيقة المعاملة أقرب إليها من غيرها، ومن ضوابط الأولوية كون المادة المتعاقد عليها متحققة بالفعل لكنها غير موجودة عند البائع حتى يمكن المصير إلى ذلك.

هذا كلّه ما يرد – بشكل عام – على القول بعدم تحديد الأجل، بيد إن هنالك إيراد على تلك الأمور، حاصله: إن الأمور المذكورة كتعليل لعدم تحديد الأجل في الإستصناع إنما تستقيم لو كان الإستصناع بيعاً وأحد أنواعه، أمّا اختياره عقداً مستقلاً يجعله في منأى عن هذه الاعتراضات، وهذا ما أكّده الباحث مراراً؛ إذ جعل الإستصناع مستثنى من أصل ممنوع واختياره عقداً جديداً هو ما أوقع بعض الفقهاء في هذه المشكلة السيّالة.

ثانياً: تحديد الأجل

هو ضَرب الأجل في الاستصناع، وقد أشار إليه بعض الفقهاء – كما سيجيء – ولبيانه وما يرد عليه من اعتراض ينتظم البحث كالآتي:

أ. بيان تحديد الأجل

هذا الرأي – أيضاً – ممّا أشار إليه السرخسي في مبسوطه، حيث ذكر: «وهو عند أبي يوسف[1] ومحمد[2] رحمهما الله تعالى إستصناع علي حاله لأنه بدون ذكر الأجل عقد جائز غير لازم فبذكر الأجل فيه لا يصير لازما لعقد الشركة والمضاربة وهذا لان ذكر الأجل تيسر فيه وتأخير المطالبة فلا يتغير به العقد من جنس إلى جنس

---

(1) أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب. القاضي الإمام. من ولد سعد بن حبتة الأنصاري، أخذ الفقه عن أبي حنيفة، وهو المقدم من أصحابه جميعًا، توفى (181 هـ). ينظر: البداية والنهاية، إسماعيل بن كثير الدّمشقي، تح: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، ط 1، ت: 1408 هـ: 10 / 180.

(2) محمّد: هو محمد بن الحسن بن فرقد. نسبته إلى بني شيبان بالولاء. أصله من (حرستا) من قرى دمشق، توفى (186 هـ). ينظر: البداية والنهاية: 10 / 202.

آخر. ولو كان الإستصناع بذكر الأجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الأجل منه إستصناعاً ولو كان هذا سلما لكان سلماً فاسداً لأنه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم»[1]. فما يُفهم من الفقهَيْنِ (أبي يوسف، محمد) كون تحديد الأجل لا يؤثر على حقيقة الاستصناع سلباً وإيجاباً، فسواء ضُرِب الأجل أو لا فالإستصناع باقٍ على حاله وحقيقته، وزادا لو كان تحديد الأجل يجعل الاستصناع سَلَماً لزم من عدم ضربه في السّلَم جعله إستصناعاً. ويمكن تعليل ما ذكره الفقهان بما يأتي:

التعليل الأوّل: ذكر المدّة لا يؤثر على عقد الاستصناع فيما إذا كانت على نحو الاستعجال، أما إذا كانت على نحو الاستمهال فينقلب سَلَماً[2].

التعليل الثاني: ما حكاه السرخسي عن الهندواني[3] من كون تحديد الأجل إذا كان من قبل الصانع فهو سلَمَ، وإذا كان من قبل المستصنع له فهو إستصناع[4].

التعليل الثالث: جرت العادة على ضرب الأجل في الإستصناع؛ لأن القصد منه تعجيل العمل لا تأخير المطالبة[5].

التعليل الرابع: الأجل لا يؤثر في الإستصناع فيما إذا كانت المادة المستصنعة محتملة الإستصناع، أمّا إذا كانت لا تحتمله فينقلب سَلَماً[6].

التعليل الخامس: يصحّ الأجل في الإستصناع إذا كان أقلّ من شهر شريطة

---

(1) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 12 / 140.

(2) المصدر نفسه: 12 / 140.

(3) الهندواني: هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر، أبو جعفر البلخي الهندواني. إمام جليل القدر كان على جانب عظيم من الفقه والذكاء والزهد والورع، ويقال له أبو حنيفة الصغير، المتوفى (362 هـ). ينظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي ابن العماد الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، ط 1، ب ت ط: 3 / 41.

(4) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 12 / 140.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر الكاساني: 5 / 3.

(6) ينظر: المصدر نفسه.

كون المادة المستصنعة ممّا جرى فيها التعامل[1]. هذا ما ذكره بعض الفقهاء تعقيباً على اشتراط الأجل في الإستصناع.

ب ـ الاعتراض على ما تقدّم من تحديد الأجل

الاعتراض الأوّل: إن الأجل ألاستعجالي والأجل ألاستمهالي لا يتعلقان بأصل العقد، بل هي قضيّة تتعلّق بالعاقدين وما يتفقان عليه بخصوص المدّة كما في قضيّة الدُّين والإجارة على عمل معيّن بمدّة محددّة. وعليه فالأجلان (ألاستعجالي والاستمهالي) ليست قضيّة فقهيّة وقفيّة حتى لا يمكن تجاوزها، بل هي قضيّة اعتباريّة تُجعل من قبل العاقدين.

الاعتراض الثاني: كون الأجل من قِبل المستصنع له يجعله استصناعاً لا وجه له، إذ إن ما يُميّزه عن غيره – كالسّلم - ليس الأجل بل هو إستصناع المادة على وجه مخصوص، بينما تحديد الأجل من قبل المُسْلَم إليه فهو ما أجمع عليه الفقهاء[2]، يُضاف إليه إن المسلم إليه لا يصنع بل يُحضر وشتان بينهما، ولذا لا يُسمّى إستصناعاً.

الاعتراض الثالث: العادة على فرض جريانها فهي خاصّة بالموارد التي جرى فيها الاستصناع كالخفّ – مثلاً -، وأمّا الموارد التي لم يُجرَ فيها – وهي كثيرة في عصرنا – فماذا يُجعل لها ؟ وعليه فالعادة لا تنفعنا في إثبات المطلوب.

الاعتراض الرابع: التخصيص بموارد احتمال الاستصناع دون غيرها بلا مخصص، فلا يوجد دليل يدلّ على ذلك حتى يُلتزم به.

الاعتراض الخامس: كون الأجل في الاستصناع أقلّ من شهر، فهذا ممّا لا دليل عليه من الكتاب والسنّة.

---

(1) ينظر: حاشية ردّ المحتار، ابن عابدين: 5 / 352.

(2) ينظر: مفتاح الكرامة، محمد جواد العاملي، تح: محمد باقر الخالصي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 2، ت: 1430 هـ: 13 / 735.

ثالثاً: اشتراط تحديد الأجل مطلقاً (*)

هذا هو الرأي الثالث في المسألة، وقد تفرّد به محمّد علاء الدّين الحصفكي (ت: 1088 هـ) حيث قال: «"والإستصناع" هو طلب عمل الصنعة، "بأجل" ذكر على سبيل الاستمهال لا الاستعجال فإنه لا يصير سلما... جرى فيه تعامل أم لا»[1].

ويلاحظ بأن الرأي المطروح خالف الرأيين الأوليين، إذ الأجل يدخل في عقد الاستصناع، سواء كان ممّا تعومل به أم لم يتعومل، واستعجالاً كان الأجل أم استمهالاً لا فرق أبداً.

وما يُلفت النظر إن رأي الحصفكي لم يذكره غيره ممّن تأخر عنه، أمثال ابن عابدين (ت: 1252 هـ) حتى المعاصرين في بحوثهم[2]. وعليه فلم يجد الباحث – بحسب إطلاعه المحدود – مَن عقّب على قوله من قريب ولا من بعيد. وعلى أي حال يمكن بيان وتوجيه ما ذكره الحصفكي بهذه الصورة:

1 ـ **بيان الرأي المذكور:** الرأي المذكور يُمكن بيانه بما يأتي: إن الإستصناع لمّا كان طلب الصنعة لشيء معيّن، لابدّ أن يكون بأحدهم حاجة في ظرف زمان معيّن، وقبل بيان السبب في كون المدّة شرطاً، يؤخذ مثالين لتوضيح الغرض:

المثال الأوّل: اتفق شخص مع العسّاف ليصنع له خفّاً – من دون تحديد الأجل– ضمن مواصفات معيّنة، فتأخر في صنعه له على خلاف المدّة المتعارفة

(*) من الناحيّة الفنيّة ينبغي جعل هذا القسم ضمن القسم السابق (ثانياً) ؛ إذ إن تحديد الأجل تارة يكون بالتفصيل في موارد الاستصناع (وهو ما ذُكر في ثانياً)، وتارة يكون مطلقاً (وهو هذا القسم المجعول ثالثاً)، لكن لأجل كون هذا المورد ممّا لم يذكر ولم يتعرّض له حتى في الأبحاث التي نُشرت عن الاستصناع فضلاً عن عدم وجوده في كتب الفقهاء المتقدمين فضلاً عن غيرهم (الباحث) أُدرج لوحده.

(1) الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد علاء الدين الحصفكي، دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1415 هـ: 5 / 352.

(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة – العدد السابع – الجزء الثاني الخاص بالاستصناع، حيث اشتمل هذه العدد على (12) بحثاً عن الموضوع من قبل مجموعة من العلماء الأفاضل.

للصنع، لوجدنا المستصنع يحتجّ على الصانع بكون المدّة المتعارفة لصَنع مثله كذا وكذا، ومثل هذه الحالة نجدها في أنفسنا في كثير من الأحوال.

المثال الثاني: لو اتفق مع صانع أجهزة تبريد على صنع جهاز معيّن - قُبيل فصل الصّيف - بمواصفات معلومة فتأخر في صنعه إلى فصل الشتاء محتجّاً بعدم تحديد الأجل بينهما، فيا ترى هل يقتنع المستصنع بذاك ؟ أو يحتج عليه بقرينة فصل الصيف على إرادته فيه للإستفادة منه ؟ إلى غير ذلك من الأمثلة؛ لأن العبرة ليست بالمثال. وعليه فأخذ الزمن في عملية الاستصناع مطلوب وضروري، سواء حُدّد أم لم يحدّد، وكما يأتي بيانه:

أ- من ناحية التحديد

فهو اتفاق بينهما، ويكون – حينئذ – مشمولاً من قبل أدلة الوفاء أو المؤمنون عند شروطهم وغير ذلك، ولا إشكال من هذه الناحية ما دام الشرط مشروعاً ولا يخالف كتاباً ولا سنّة.

ب - من ناحية عدم التحديد

وهنا إذا لم يُحدّد الأجل بينهما فله ثلاث حالات، **الأولى:** أن يعلم تحديده عن طريق خاص كإخبار الثقة – مثلاً - ولا مشكلة فيه، **الثانية:** أن يرجع إلى العرف والمتعارف في تحديد مثله، **الثالثة:** رجوعه إلى أهل الخبرة في مجال هذه الصناعة. ومنه يُعلم أن الأجل مأخوذ في الاستصناع سواء حُدّد صراحة أم لم يُحدد، غايته في الأوّل شرط صريح، وفي الثاني شرط ضمني.

2 - الدليل على اشتراط الأجل

أ - حفظ النظام

فترك الأجل في الاستصناع يلزم منه اختلال النّظام؛ إذ عدم اعتباره يوجب وقوع النّاس في العديد من المشكلات أو تفاقم ذلك عليهم، أو إلغاء ما يتوقف

معاشهم عليه[1] وغير ذلك من الأمور التي يحكم العقل بلزم القيام بها بما يحفظ النظام العام. وهذا الدليل عينه ما استدلّ به بعض الفقهاء على وجوب الصناعات والحرف والمهن لتوقف حفظ النظام عليها[2]. وما دامت الصناعات واجبة بدليل حفظ النّظام فما يُشترط فيها يكون – أيضاً – مشمولاً بالدليل نفسه بطريق أولى.

ب ـ لزوم العبث

إذ الحكمة من عقد الإستصناع هي لسدّ حاجات النأس ومتطلباتهم[3]، فلو لم يكن الأجل شرط - بحيث يكون الصانع بالخيار متى ما أتمّ الصنعة – لزم الإخلال بالغرض وحكمة الإستصناع، فإتيان المادة المستصنعة في غير وقت الحاجة والاحتياج لغواً، وبالتالي يلزم العبثية وهو منافٍ للغرض. وبهذا يتّضح كون الأجل شرطاً في عقد الاستصناع سواء صُرّح به أو لا، غايته في عدم التصريح الرجوع به إلى العرف وما تعارف في صنع هذه المادة أو تلك، أو الرجوع إلى أهل الخبرة في تشخيص المدّة.

ويؤيد هذا قرار مجمع الفقه الإسلامي القاضي بتحديد الأجل في الاستصناع في مؤتمره السابع بجدّة في المملكة العربية السعودية من 7 - 12 ذي القعدة 1412 هـ الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992 م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع[4]، وقد علّق بعض الباحثين على قرار المجمع بقوله: «... ولكن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرر اشتراط تحديد الأجل فيه قطعاً للنزاع والخصومة، وما قرره المجمع أوجه؛ إذ إن من مقاصد الشريعة في المعاملات قطع المنازعات»[5]. وهو عينه ما ذكره محمود المظفر (معاصر) في معرض حديثه عن محل العقود التي توجد في المستقبل، حيث ذهب إلى لزوم تعيين مواصفاته

---

(1) ينظر: منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني للخونساري: 2/ 240.

(2) ينظر: الإجارة، محمد حسين الأصفهاني، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 2، ت: 1409 هـ: 211.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الاستصناع، كمال الدين اجعيّط: 536.

(4) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي: 142.

(5) "انترنت"، بحث منشور بعنوان (الاستصناع "المقاولات")، سعد السبر، بتاريخ: 9/ 4/ 1429 هـ http://www.alkottob.com/kotob.

وطبيعته وزمنه وكل ما من شأنه أن يرفع الجهالة واللبس، ومثّل لذلك بصناعة السفينة[1]. وهذا الرأي اختاره – أيضاً – السيّد كمال الحيدري والشيخ بشير النجفي[2] وعليه فتحديد الأجل في عقد الإستصناع هو الأنسب.

الشرط الثاني: كون المصنوع معلوماً

من الشروط التي تُجعل في عقد الاستصناع هو كون ما يُتّفق على صناعته أمراً معلوماً؛ دفعاً للغرر الذي يحصل نتيجة الجهل الحاصل بالمصنوع، لذا أورد في البدائع ما نصّه: «بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه»[3]، فلو لم يُبيّن تلك الأمور لزم الجهل بالمصنوع، وبالتالي فساد المعاملة بالكليّة. ولبيان ذلك يمكن القول: إن الجهل المتصوّر يمكن ملاحظته على نحوين:

النحو الأوّل: أن يكون الجهل في المصنوع مما لا يترتّب عليه أي لحاظ عرفي، فتكون معلوميته ممّا لا قيمة له في نظر المُستصنع له – كلون البطانة الداخليّة للمصنوع مثلاً -، وليس له أي تأثير مالي في المصنوع، ولا تأثير خاص في رغبة المستصنع، وعليه فالجهل بها لا يضر وهذا ما يُسمى عند بعض الفقهاء بـ (الجهالة غير الفاحشة)[4]، وحكمه: المسامحة والاغتفار والحاكم به العقل والسيرة العقلائيّة[5]. وبالتالي لا يؤثر هذا المقدار من الجهل على معاملة الإستصناع، وحينئذ تبقى المعاملة على صحتها.

النحو الثاني: كون الجهل في المصنوع ممّا يوجب الفرق المالي، وتفاوت الرغبة العرفية في تقبّله[6]، بحيث يوجب الغررية على المُستصنع، فإن في مثل هذه الحالة

---

(1) ينظر: مصادر الالتزام، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة، محمود المظفر: 203.

(2) ينظر: الملحق في آخر الرسالة: 245، 253.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر الكاساني: 5 / 3.

(4) ينظر: فقه السنة، سيّد سابق: 3 / 223.

(5) ينظر: قاعدة لا ضرر ولا ضرار، تقرير بحث آغا ضياء الدين العراقي للسيد الخلخالي، تح: قاسم الحسيني، طبع ونشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 1، ت: 1418 هـ: 205.

(6) ينظر: منهاج الهداية، إبراهيم الكلباسي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1412 هـ: 220.

– بدون شك – يلزم الضرر على المُستصنع[1]. وعليه، فالجهل هنا مضر بطبيعي المعاملة، ولا تصحّ معه. وتوجيه الحكم بالمنع يتصوّر في موردين:

المورد الأوّل: يلزم من الجهل به لزوم التنازع بين الطرفين كما يظهر من المغني[2] وكذلك الشرح الكبير[3] وتكملة البحر الرائق[4] وتكملة الحاشية[5] وغيرهم كثير[6].

المورد الثاني: لزوم الضرر سواء على الطرف الواحد أو الطرفين، وما دام الأمر كذلك فيلزم دفعه، وحينئذ فالعقل حاكم بوجوب دفع الضرر، فيجب بحكم العقل دفع الضرر مهما أمكن إلى ذلك سبيلاً[7]. ويمكن التمسّك – أيضاً – بحديث لا ضرر لتوجيه الحكم[8]. وبهذا يتّضح الحكم بجهل المادة المستصنعة، فالجهل إذا كان من النحو الأوّل فلا يضر، وإذا كان من قبيل الثاني فالحكم هو المنع من هذه المعاملة.

---

(1) ينظر: الملحق في آخر الرسالة، الاستفتاء المقدّم للسيد كمال الحيدري والشيخ بشير النجفي: 182، 196.

(2) ينظر: المغني، عبد الله بن قدامة: 10 / 414.

(3) ينظر: الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة، طبع ونشر: دار الكتاب العربي (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1409 هـ: 10 / 432.

(4) ينظر: تكملة البحر الرائق، محمد بن حسين الطوري القادري الحنفي، الناشر: منشورات محمد علي بيضون، تح: زكريا عميرات، المطبعة: دار الكتب العلمية (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1418 هـ - 1997 م: 2 / 290.

(5) ينظر: تكملة حاشية رد المحتار، علاء الدين بن عابدين: 2 / 346.

(6) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم المصري: 5 / 157. وكذلك: بدائع الصانع: أبو بكر الكاشاني: 7 / 223.

(7) ينظر: إفاضة العوائد تعليق على درر الفوائد، محمد رضا الكلبايكاني، الناشر: دار القرآن الكريم، المطبعة: مهر – قم المقدسة، ط 1، ت: 1411 هـ: 2 / 139.

(8) ينظر: الوافي، محمّد محسن الفيض الكاشاني، نشر وتحقيق: مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي (عليه السلام)، المطبعة: نشاط – أصفهان، ط 1، ت: 1412 هـ - 1371 ش: 18 / 1068.

المقصد الثاني

الشروط العامّة بعقديّة الاستصناع

لعقد الإستصناع شروط عامّة تتعلّق بالعوضين، يأتي البحث على بيانها بعد معرفة معنى العوض وما يُراد منه، وكالآتي:

أوّلاً: مفهوم العوض

1ـ لغة: هو البَدَلُ والجمع أَعْواضٌ، وعاضَه منه وبه، والعَوْضُ مصدر قولك عاضَه عَوْضاً وعِياضاً ومَعُوضةً وعَوَّضَه وأَعاضَه وعاوَضَه والاسم المَعُوضةُ[1]، والمستعمل التعويض عوضته من هبته خيراً، واستعاضني: سألني العوض، وعاوضت فلاناً بعوض في البيع والأخذ فأعتضته مما أعطيته[2]. فالعوض ما يُعطى مقابل شيء آخر.

2ـ اصطلاحاً: عند مراجعة الكتب الفقهيّة يُلاحظ عدم وجود تعريف خاص بمفهوم (العوض)، بل يُكتفى بالمعنى اللغوي له، وتبعاً لمعناه اللغوي عرّفه في المطلع بقوله: «هو مطلق البدل، وهو ما يُبذل في مقابلة غيره»[3]، وهنا اصطلاحاً لا يخرج عن معنى اللغة.

---

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور الأفريقي: 7 / 192.

(2) ينظر: كتاب العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، تح: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، الناشر: مؤسسة دار الهجرة، ط 2، ت: 1409 هـ: 2 / 193.

(3) المطلع على أبواب المُقنع، شمس الدّين محمّد بن أبي الفتح البعلي الحنفي، طبع ونشر: المكتب الإسلامي، ب ت ط، ب م ت: 216.

ثانياً: شروط العوضين

يُشترط في عوضي الإستصناع شروط ينبغي التعرّف عليها، وكالآتي:

1. المُلك: يُشترط في العوضين كونهما مملوكين للصانع والمستصنع له[1]، أما من جهة المُستصنع له فواضح، وأما من جهة الصانع فلو لم يكن مالكاً للمادة المرادة تصنيعها مع بقاء العمل في عهدته لزم ذلك انقلاب عنوان الاستصناع إلى عنوان آخر، وبعبارة أخرى: يلزم تبدلّ المفهوم الإصطلاحي إلى المفهوم اللغوي الذي ينطبق عليه.

2. القدرة على التسليم: أن يكون كل من العوضين مقدور على تسليمه[2]، وإلا لم يصح الاستصناع.

3. المنفعة: فلا يصح استصناع ما حرّم الشّرع منفعته كآلات الملاهي، ولا على ما لا منفعة له كرطوبات الإنسان وشعره وظفره[*]، عدا اللبن[3].

4. صلاحيّة التملّك: يُشترط في المصنوع صلاحيته للتملّك[4]، فلا يقع الاستصناع على ما لا صلاحية له.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

---

(1) ينظر: إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، الحسن بن يوسف بن المطهّر الحلي، تح: فارس الحسّون، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1410 هـ: 1 / 361.

(2) ينظر: تذكرة الفقهاء، الحسن بن يوسف بن المطهّر الحلّي، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1420 هـ: 10 / 25.

(*) هذه الثلاث إذا استجدت لها منافع في صناعة الأشياء تخرج عن الحكم المذكور.

(3) ينظر: جامع المقاصد في شرح القواعد، علي بن الحسين المحقق الكركي، نشر وتحقيق: مؤسسة آل البيت العالمية، المطبعة: المهدية – قم، ط 1، ت: 1408 هـ: 4 / 92.

(4) ينظر: فوائد القواعد، زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني، تح: أبو الحسن المطلبي، طبع ونشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 2، ت: 1419 هـ: 536.

المطلب الثاني

آثار عقد الإستصناع وانتهاءُهُ

لبيان ودراسة الآثار المترتبة على الاستصناع وصور انتهاءه ينتظم البحث كما يأتي:

المقصد الأوّل

آثار عقد الإستصناع

بما إن الإستصناع عقد فيترتّب عليه مجموعة من الآثار سواء ما يخصّ العقد أم ما يخصّ العوضين، هي:

أوّلاً: الآثار المترتبة على العقد

اختلفت آراء الفقهاء في الأثر المترتب على عقد الإستصناع – من حيث اللزوم وعدمه – على قولين:

القول الأوّل: عدم لزوم عقد الإستصناع

ذهب مشهور الفقهاء إلى كون الإستصناع عقد غير لازم كما يظهر ذلك من كلماتهم، كما عن ابن حمزة الطوسي (ت: 560 هـ) قوله: «ومن استصنع شيئا قبل، وفعل الصانع كان مخيراً بين التسليم والمنع، والمستصنع بين القبول والرد»[1]. وبمثل

---

(1) الوسيلة إلى نيل الفضيلة، محمد بن علي المعروف بـ (ابن حمزة الطوسي)، تح: محمود الحسون، المطبعة: الخيام – قم، ط 1، ت: 1408 هـ: 257.

ذلك ورد عن ابن سعيد (ت: 690 هـ) حيث قال: «واستصناع شئ كالخف، وفعلة الصانع، غير لازم للمستصنع، وله رده»[1]. وعلى هذا الرأي من عدم اللزوم مشهور فقهاء الحنفيّة[2]. وهنا بيانه وأهم ما يعترض عليه:

1ـ بيان القول بعدم اللزوم ودليله: ما يظهر من كلمات وآراء الفقهاء كون السبب بعدم لزوم الإستصناع هو ما يأتي:

الأوّل: كون المستصنع له اشترى ما لم يره[3].

الثاني: إن الإستصناع قياساً لا يجوز لكن لحاجة الناس وللتعامل به صحّ استحساناً[4].

2 . الاعتراض عليه: بالإمكان الاعتراض على دليل القول بعدم اللزوم بما يأتي:

الاعتراض الأوّل: الإستصناع بما عليه اليوم – كقضيّة واقعية وخارجية – له من الدقّة المتناهيّة في ضبط المواصفات المطلوبة، وبيان المقادير، وعدد الوحدات... وما إلى ذلك، يمنع من وقوع المستصنع له في الغرر أو الجهل.

الاعتراض الثاني: إن تجويز الاستصناع على أساس الاستحسان هو من أوقعهم في هذه المشاكل، أمّا ما ذهب إليه الباحث من كونه عقد مستقل له شروطه الخاصّة، فحينئذ لا مشكلة متوجّهة في البين. نعم، إذا جاءت المادة المستصنعة على غير المواصفات المطلوبة والمشروطة ضمن إبرام العقد، كان الصانع كأن لم يأتِ بشيء؛ لأن المشروط عدم عند عدم شرطه.

---

(1) الجامع للشرائع، يحيى بن سعيد الحلي، إشراف: جعفر السبحاني، المطبعة: العلمية – قم، ط 1، ت: 1405 هـ: 259.

(2) ينظر: المبسوط، السرخسي: 12 / 139، بدائع الصناع، أبو بكر الكاساني: 5 / 4، البحر الرائق، ابن نجيم المصري: 6 / 285، حاشية ردّ المحتار، ابن عابدين: 5 / 352، تحفة الفقهاء، السمرقندي: 2 / 362.

(3) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 12 / 139.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، أبو بكر الكاساني: 5 / 4.

القول الثاني: لزوم الإستصناع

يظهر من كلام القاضي أبي يوسف (ت: 181 هـ) إن الإستصناع لازم لكلا الطرفين، ما لم يأتِ الصانع بخلاف ما اشترط عليه[1]. وعليه فالإستصناع لازم من أوّل الأمر غايته إذا لم يأت الصانع بالمشروط على وجهه، كان كأن لم يأتِ به. نعم، تبقى قضيّة جانبيّة، حاصلها: إذا رضي المستصنع بالعين الناقصة أو غير المستوفية للشروط كان له ذلك ما دام بطيب نفسه.

الرأي المرّجح

هو كون عقد الإستصناع لازماً من أوّل الأمر[2]، ويشهد له ما في المحيط البرهاني، «لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول... أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر على العمل، وأمّا المستصنع له فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع، لأنه عسى لا يشتريه غيره أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر على الصانع»[3].

والوجه في ذلك إن النصوص الشرعيّة دالة بوضوح على وجوب الوفاء بالعقود والعهود والإلتزامات من قبيل أدلة الوفاء بالعقود.

ثانياً: الآثار المترتبة على العوضين

1. ثبوت الملك للمستصنع له في الشيء المُستَصنَع، وثبوت الملك في الثمن المتّفق عليه للصانع. وثبوت كلّ منهما إنما هو بمجرّد العقد؛ لأن الله تعالى أمرنا بالوفاء ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4]، وهذا يعني إن الأثر ثبُت بالإلتزام، ولذلك يجب الوفاء به.

2. حقّ المستصنع له بالمادة المستصنعة فعلى الصانع الإتيان بالشيء المُستَصنَع

---

(1) ينظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي: 12 / 139.

(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الإستصناع، علي محي الدين القره داغي: 363.

(3) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، محمود بن أحمد النجاري: 7 / 299.

(4) المائدة / 1.

في زمنه المحدد، ولذلك لو قام الصانع بصنعه قبل الأجل المحدد له، وباعه لآخر فلا يضر ما دام قادراً على الإتيان بمثله في الزمن المحدد بالعقد؛ لأن عقد الإستصناع يقتضي أداء الشيء المُستَصنَع في الزمن المحدد له، ولا يقتضي تحدد المصنوع بعينه وذاته[1] فذمّة الصانع مشغولة بصنع الشيء المطلوب بالمواصفات المحددة ضمن المدّة المعينة.

3ـ من الآثار المترتبة على الإستصناع ضمان الطرفين[2] حسب الشروط المتفق عليها بين الطرفين.

المقصد الثاني

انتهـــاء عقـــد الإستصنـــاع

ينتهي عقد الإستصناع في موارد، هي:

1. إتمام صنع الشيء، وتقديمه إلى المستصنع له، وقبوله له فإذا تمّ ذلك مَلَك المُستَصنِع الشيء المصنوع، وملك الصانع الثمن.

2. هلاك العين المستصنعة لدى الصانع بمتلف سماوي أو أرضي؛ لوقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه، أمّا إذا كان بالإمكان تحصيل المواد وصنعها مرّة ضمن المدّة المحددة فلا ينتهي حينئذ.

3ـ انتهاء مدّة الأجل المتّفق عليها؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجودها[3].

---

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الإستصناع، علي محي الدّين القره داغي: 356 - 358.

(2) ينظر: الملحق في آخر الرسالة، الاستفتاء المقدّم للشيخ الفياض والسيد صادق الشيرازي: 243، 248.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناع أو عقد سلم، حسن علي الشاذلي: 448.

وينتهي – أيضاً - بموت الصانع فيما إذا كان الإستصناع شخصيّاً ولو من جهة الإشتراط.

كان هذا فصلاً لمناقشة مشروعيّة الإستصناع الواقعة في مناقشة أدلته الفقهيّة - على تنوعها الشرعي والاجتهادي التي تمثّلت بالأدلة اللفظية واللبيّة والقولية للمختصين من الفقهاء - وأركانه وشروطه وما ينتج عنهما من الآثار والإنتهاء.

الفصل الثّالث

تطبيقات عقد الإستصناع والأمور المجعولة فيه

❁ المبحث الأوّل: تطبيقات عقد الإستصناع

❁ المبحث الثاني: الأمور المجعولة في عقد الإستصناع

المبحث الأوّل

تطبيقات عقد الإستصناع

- المطلب الأوّل: دور الاستصناع في التخلص من المعاملات الربوية
- المطلب الثاني: الوساطة المالية لعقد الاستصناع
- المطلب الثالث: التمويل بعقد الاستصناع
- المطلب الرابع: دور الاستصناع في استثمار الوقف ومال اليتيم

توطئة

إن تطوّر الحياة المعاصرة في مختلف جوانبها ومجالاتها الاقتصادية والمالية والمؤسساتية، وما نشأ من علاقات دولية وأقليميّة وتعقّد تراكيبها، يجعل الفرد المسلم أمام جملة من التحديات والمشاكل المتعلقة بواقع الحياة المعاصرة التي قد توقعه – لولا الالتفات الشرعي – في العديد من المشاكل الماليّة عندما لا يجد البديل عنها.

وعليه، فقد انبرى مفكرو الأمّة وفقهاؤها لبيان الموقف الشرعي لتلك المشاكل، وإيجاد الحلول الشرعيّة والمعالجات البديلة لها.

ومن هنا جاء عقد الإستصناع كطريقة شرعيّة لمعالجة الربوية المالية سواء على مستوى الأفراد أم مستوى المؤسسات المالية والعلاقات الدولية إضافة إلى ما يحققه من فوائد وعوائد في المجالات المختلفة.

ومن جانب آخر كان للاستصناع دور كبير في عمليات التمويل المالي والاقتصادي، مضافاً إلى قيمته في عملية الوساطة المالية ومختلف تطبيقاته المعاصرة، فالبحث عنها مفيد وله أثر كبير في بيان الوجه والتخريج الصحيح لها.

إذاً، للاستصناع تطبيقات مختلفة وكثيرة في الواقع الخارجي، فإذا ما أردنا استقصائها وبيانها قد نخرج بذلك عن الوضع العام للبحث ولا نحيط بها، إلا إنه ينبغي دراسة تلك التطبيقات ضمن قواعد ومفاهيم كليّة يندرج تحت كل واحدة منها ما يصلح أن يندرج تحتها، آخذين بنظر الاعتبار كون تلك القواعد هي ممّا شُخّص بلحاظ تلك المصاديق المتوافرة في الواقع الخارجي، وعليه فقد توجد تطبيقات أخرى مستقبلاً يكون للاستصناع فيها دوراً رائداً كما عليه الآن. ولبيان هذا الدور ينتظم البحث في عدد من المطالب:

المطلب الأوّل

دور الإستصناع في التخلص من المعاملات الربوية

كثيراً ما يقع بعض الناس في المعاملات الربوية لسبب أو لآخر، كأن يقترض مبلغاً من شخص معيّن أو من بنك أهلي بشرط الزيادة لكي يستصنع له بيتاً أو جهازاً أو جسراً أو... وبالتالي فإن المعاملة الحالية بين المُقرِض والمُقترض معاملة ربوية صرفة[1].

وعلى الرغم من وجود بعض الحلول للتخلص من طبيعة هذه المعاملات[2]، فإنه يُضاف إليها – أيضاً – معاملة الاستصناع كواحدة من البدائل التي توضع للتخلّص من الربا المحرّم[3].

ولبيان هذا الدور المهم يتفصّل في مسارين:

---

(1) ينظر: بحوث فقهيّة، حسين بن علي الحلي، تح: عز الدين بحر العلوم، الناشر: دار الزهراء – بيروت، ط 2، ت: 1973 م: 78.

(2) ينظر: البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر، دار التعارف للمطبوعات – بيروت، ط 7، ت: 1981 م: 156.

(3) ينظر: أحكام البنوك والأسهم والسندات والأسواق المالية (البورصة)، محمد اسحاق الفيّاض، الناشر: مكتب الشيخ الفيّاض، المطبعة: أمير – قم، ط 1، بلا ت: 49.

المقصد الأوّل

الإستصناع بالأوراق النقديّة المتعارفة

إن الطريقة المتعارفة للاستصناع هي عن طريق الأوراق النقديّة المعمول بها، وهي طريقة تقليدية، ولبيان دور ذلك في التخلص من المعاملات الربوية، يتطلّب عرض المشكلة ودور الإستصناع في حلّها:

أوّلاً: مشكلة القروض الربويّة

من المشاكل المنتشرة بشكل كبير هي القروض الربوية؛ إذ أصبح المُقرِض – بنكاً كان أو صيرفيّاً أو شخصاً آخراً – يتعامل بأي طريقة للحصول على الفوائد، ومن بين تلك الطرق مسألة الإقراض؛ إذ يعمد المقرض إلى إعطاء الأموال لفترة زمنية بشرط الزيادة على رأس المال وقد تنوّعت هذه العملية على صور وأنحاء كثيرة وفقاً للواقع الخارجي[1].

مع إن أصل مسألة الإقراض من المسائل التي أكّدت عليها الشريعة السّمحاء كونها تساعد في معونة المؤمنين وإمهالهم لحين الميسرة، وقد وردت أحاديث كثرة في بيان ذلك، منها: ما روي عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «من أقرض رجلاً قرضاً إلى ميسرة كان ماله في زكاة وكان هو في الصلاة مع الملائكة حتى يقضيه»[2].

بيد إنها أخذت مساراً جديداً مغايراً لما أرادته الشريعة، فبدلاً من أن يُسهم المسلم في قضاء حاجة أخيه المسلم قام باستغلال الوضع بطريقة غير صحيحة.

---

(1) ينظر: محاضرات تأسيسية، مجموعة من المحاضرات التي ألقاها السيد محمد باقر الصدر، إعداد وتحقيق المؤتمر العالمي للشهيد الصدر، المطبعة: شريعت – قم، ط 1، ت: 1431 هـ: 355 وما بعدها.

(2) الكافي، محمد بن يعقوب الكليني: 3 / 558 باب القرض ح 3.

ولأجل ذلك وضعت الشريعة حلولاً كثيرة لمنع وقوع تلك المعاملات، ومن بينها تدخّل عقد الإستصناع في تفادي وقوعها.

ثانياً: دور الإستصناع في هذه المعاملات

تعددت الأسباب الموجبة لاقتراض مقدار من المال، منها احتياجه للمال من أجل صناعة شيء معين كأن يكون جهازاً أو أثاثاً لبيته أو... ولتجنب الوقوع في الربا المحرّم، يقوم من يريد إستصناع شيء معيّن بالإتيان إلى المُقرِض ويطلب منه سلعته المعينة، فيقوم المُقرِض باستصناع تلك السلعة ومن ثمّ بيعها على مريدها، ومن ذلك دور الإستصناع في عمل البنك صانعاً أو مستصنعاً:

1ـ البنك باعتباره صانعاً

قد يتّفق أن يكون البنك الذي رامه مريد الصنعة المعينة هو من يقوم بالصناعات من خلال امتلاكه للأدوات والمواد المطلوبة، فيقوم بصنع المطلوب ضمن المواصفات المطلوبة والشروط المتّفق عليها، فإذا ما تمّ ذلك يقوم ببيعه على مريده.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

2ـ البنك باعتباره مستصنعاً

الكثير من البنوك المنتشرة في العالم لا تمتلك المواد والآلات المطلوبة لصنع المطلوب، فتقوم هي باستصناع المطلوب من شركة مختصّة أو شخص مختص يمتلك الأدوات والمواد اللازمة للصنع، فإذا ما تمّ استصناع البنك، يقوم هو بدوره ببيعه لمريده الأوّل بحسب ما اتفقوا عليه من السعر والشروط.

ومن خلال عقد الاستصناع يُمكن التخلّص من المعاملات الربوية التي تقع في القروض، وفي الوقت ذاته تحقق الأرباح المرجوّة، وتلبّي الاحتياجات المختلفة.

المقصد الثاني

الإستصنـــاع بالصكـــوك

يُعدّ الإستصناع من المعاملات الحركيّة التي تتسع في كلّ يوم بسبب التطور الهائل، وتنوّع احتياجات المجتمع، والطريقة التقليديّة غير كافية لسدّها؛ لكون العديد من الشركات الصناعيّة ليس لديها المبالغ التي تمكنها من مسايرة هذه الاحتياجات، ممّا قادها إلى إنشاء "صكوك" خاصّة لكلّ واحدة منها قيمة ماليّة معلومة، وطرحها عن طريق البنوك ليتم شرائها، ومن خلال ذلك تتمكّن الشركة المعنيّة بالحصول على المبالغ التي تحتاجها في صناعتها. وقد يكون السبب وراء إنشاء تلك "الصكوك" هو سهولة التعامل والتداول بدلاً من الطريقة التقليديّة أو طريقة المستندات[1].

وعملية بيع تلك الصكوك والإكتتاب بها[*] لصالح الشركات إنما تكون عن طريق البنوك؛ إذ يقوم البنك بدور الوسيط في عمليات اكتتاب الأسهم لبعض الشركات فإن الشركة المصدرة للأسهم قد تتفق مع البنك على أن يتولى نيابة عنها إصدار أسهمها ويقوم الاتفاق بين الشركة والبنك على أساس إحدى الطريقتين الآتيتين:

الطريقة الأولى:

إصدار الأوراق من دون ضمان، وفي هذه الحالة لا يكون البنك مسؤولاً عن تغطية الإصدار كاملا، وإنما يتقاضى عمولة فقط لقاء ما استطاع تصريفه من أسهم.

الطريقة الثانية:

إصدار الأوراق بضمان، وفي هذه الحالة يكون البنك ملزما بأن يشتري لحسابه الخاص الأوراق التي لم يتم الاكتتاب فيها. وكل هذا جائز شرعا إذا كان تركيب

---

(1) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 7/ 10.

الشركة صحيحا من الناحية الشرعية ويكون البنك في الحالة الأولى مجرد وكيل في تصريف الأسهم ويكون بإمكانه أخذ أجرة أو جعالة لقاء عمله الذي وكلته الشركة فيه. وفي الحالة الثانية يمكن أن يفترض كون البنك أجيراً من الشركة على ممارسة عمليات الاكتتاب مع شرط في عقد الإيجاز يفرض على البنك أن يشتري ما يتبقى من أسهم عند غلق الاكتتاب، وهو شرط جائز ونافذ وإن لم يكن لدى الطرفين في البداية فكره محددة عن عدد ما يتبقى من الأسهم دون تصريف[1].

وعليه "فصكوك الاستصناع" إنما تستعمل لجمع المال عن طريق بيعها، وقد تستعمل للتداول المربح في الأوساط الصناعيّة، ولأجل بيان دورها ينبغي التعرّف على حقيقتها، وأقسامها، ومشروعيتها والثمرة من إيجادها، وكما يلي:

أوّلاً: حقيقة صكوك الإستصناع

مصطلح "صكوك الإستصناع" من المصطلحات الحديثة، التي لم تكن معروفة، ولأجل بيانها ينبغي بداية بيان معنى "الصكوك" ومن ثمّ بيان المصطلح بشكله التركيبي، وكما يأتي:

1ـ مفهوم الصكوك

للتعرّف على مصطلح "الصكوك" يُلاحظ ما ورد في بيانه في اللغة والاصطلاح:

أ ـ لغة

الصكوك جمع صكّ، والصكّ الضّرب الشّديد بالشّيء العريض، يقال: صكّه صكًا: إذا ضربه في قفاه ووجهه بيده مبسوطة. وقيل: الضّرب عامّة بأيّ شيء كان[2].

(*) الاكتتاب: جمع المال من عدد من الناس لهدف معين عام أو خاص. ينظر: ما وراء الفقه، محمد الصدر: 4/ 131. ويُراد منه – أيضاً – القبول والايجاب على تلك الصكوك، ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 7/ 12.

(1) ينظر: البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: 128.

(2) ينظر: لسان العرب، ابن منظور: 10 / 457 مادة (صكّ).

وعليه فالصكّ هو الضرب الشديد بأي مكان من الجسم.

ب ـ اصطلاحاً

أمّا في الاصطلاح الشرعي فقد عُرّفت بتعريفات متعددّة، نرد منها:

التعريف الأوّل: «هي وسائل الدفع التي تعوّض عن العملة وتساهم في اتساع حركة التبادل ونشاطها»[1].

التعريف الثاني: «سندات تصدرها جهات مخولة قانوناً بقيمة اسمية معينة مؤجلة إلى مدة معلومة، وتبيعها بالأقل منها، مثلا يبيع السند الذي قيمته الاسمية مائة دينار بخمسة وتسعين دينارا نقدا على أن يؤدي المائة بعد سنة مثلا، وقد تتولى البنوك عملية البيع، وتأخذ على ذلك عمولة معينة»[2].

التعريف الثالث: اسم خالص لما هو وثيقة بالحق الواجب، ويطلق – أيضاً - على ما يكتبه القاضي عند إقراض مال اليتيم[3].

تعقيب وترجيح

يُلاحظ على التعريف الأول كونه ناظراً إلى كون الصكوك ما هي إلا وسيلة تعويضيّة عن العملة النقديّة تساعد في حركة التبادل التجاري. وأما التعريف الثاني فهو ناظر إلى ثلاثة أمور، الأوّل: من يقوم بإصدار هذه الصكوك يجب أن تكون جهة قانونيّة مخولّة، والثاني: جواز بيع تلك الصكوك بأقل من قيمتها للحصول على نسبة من الأرباح، والثالث: قد يقوم البنك بعملية بيع هذه الصكوك وأخذ عملة على ذلك. أما وجهة التعريف الثالث فهو النظر إلى الصورة الأولية للصكوك من كونها وثيقة يُثبّت فيها حقّ الآخرين، وتقديمها عند المطالبة.

---

(1) البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر: 9.

(2) فقه الحضارة وفق فتاوى السيد علي السيستاني، إعداد: د. محمّد حسين علي الصغير، دار المؤرخ العربي – بيروت، بلا ط، بلا ت: 73.

(3) ينظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيّة، محمود عبد الرحمن عبد المنعم: 2/ 375.

وعند ملاحظة مجموع ما ذُكر يتبيّن أن التعريف الثاني أوجه من البقيّة؛ لشموليته مع ودقته في تسليط الضوء على الجهة المصدرّة للصكّ وبيان جوازيّة بيعها.

بعد معرفة ماهيّة "الصكوك" ينبغي الآن تعريفها وهي مضافة إلى مصطلح "الاستصناع" ليتضح المراد منها، وعليه فقد عُرّف مصطلح "صكوك الاستصناع" بما يلي:

«وثائق متساوية القيمة يتمّ اصدارها لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في تصنيع سلعة، ويصبح المصنوع ملكاً لحملة الصكوك»[1].

وإذا ما نظرنا في التعريف نجده يشتمل على عدّة أمور:

الأمر الأوّل: تمتلك صكوك الإستصناع قيمة مالية متساوية معروفة لدى المكتتبين.

الأمر الثاني: تستخدم قيمة الصكوك المباعة في تصنيع السّلع.

الأمر الثالث: كلّ شخص اشترى من هذه الصكوك فإنه يملك من السلعة بمقدار ماله.

2ـ أنواع صكوك الإستصناع وخصائصها وأهميتها

أـ أنواع صكوك الإستصناع

تتنوع صكوك الإستصناع باعتبارات متعددة، وكما يأتي:

الأوّل: باعتبار جهة الإصدار

إذ تنقسم صكوك الإستصناع من حيث جهة الإصدار على قسمين: حكوميّة ومحليّة، أما الحكوميّة: هي الصكوك الاستصناعية التي تُصدرها الحكومة. وأمّا

---

(1) أسواق الأوراق الماليّة – البورصة، عصام حسين، الناشر: دار أسامه – الأردن، ط 1، ت: 2008 م: 78.

المحليّة: هي الصكوك التي تُصدرها الهيئات غير الحكوميّة من مصارف وشركات وغيرها.

الثاني: باعتبار مستوى الإصدار

وبهذا اللحاظ فهي تنقسم إلى محليّة وعالمية، فهي إما تكون محدودة ضمن إطار دولة خاصة – سواء كانت حكومية أم أهلية – فهي المحلية، وإما أن تكون غير محدودة فيُتعامل بها ضمن دول العالم وهي العالميّة.

الثالث: باعتبار أجل مشروع التصنيع

بعض المشاريع المراد الاكتتاب عليها قصيرة الأجل، وبعضها متوسط، وبعضها طويل الأمد، فبلحاظ مدة الأجل في هذه المشاريع تُصدّر صكوك الاستصناع[1].

ومن الواضح أن تقسيم صكوك الاستصناع إلى هذه الأقسام قضيّة اعتبارية لا حصريّة وعليه فالإمكان إضافة اعتبارات أخرى لتقسيمها أقساماً أخرى، من قبيل تقسيمها إلى (عسكرية ومدنية) إذا كانت سلعة التصنيع للجيش أو للناس المدنيين، وقد تقسّم – أيضاً – باعتبار المكان والزمان وهكذا إلى غيرها من الاعتبارات.

ب ـ خصائص صكوك الإستصناع

لصكوك الإستصناع مجموعة من الخصائص هي:

الأوّلى: كونها تصدر على أساس عقد الإستصناع فهي خاصّة به[2].

---

(1) ينظر: صكوك الاستصناع من البدائل الشرعية لسندات القروض الربويّة، موسى بلا محمود، بحث مقدّم للمؤتمر الدولي حول المصرفية المالية البنكية سنة 2010: 5 – 6.

(2) ينظر: سوق الأوراق المالية بين النظرية والتطبيق "دراسة حالة سوق رأس المال الإسلامي في ماليزيا"، نبيل خليل طه، وهي رسالة قدمت إلى الجامعة الإسلامية – غزة لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال 2007 م: 158.

الثانية: إنها تصدر لاستخدام حصيلة الاكتتاب في تصنيع سلعة معينة.

الثالثة: يكون إصدارها ضمن الضوابط العامة لأحكام الشريعة الإسلامية[1].

الرابعة: تصدر من جهات رسميّة وقانونية، والغرض من ذلك المحافظة على حقوق المكتتبين.

جـ- أهمية صكوك الإستصناع

لصكوك الإستصناع أهميّة بالغة في مجال التمويل؛ إذ يُمكّن الجهات المستفيدة من هذه الصيغة من تصنيع وبناء مختلف الاحتياجات العصرية[2]، وتمكّن المستثمرين من الانتفاع من الربح الحقيقي الناتج من المشروع بنسبة عادلة[3]، وكذلك يُستفاد منها في تطوير المشاريع مهما اختلف وتعددّت ما دام ينطبق عليها عنوان الإستصناع.

ثانياً: دور صكوك الإستصناع في التخلص من الرّبا

تتجلى أهمية "صكوك الإستصناع" وقيمتها في أمور متعددة أبرزها وأهمها هو التخلّص من المعاملات الربوية؛ إذ بدلاً من تجميع رؤوس الأموال على أساس الفائدة الربوية - للشركات الصناعية - بالإمكان تفادي هذه المشكلة من خلال الصكوك كما يأتي:

1- بيان المشكلة الربوية

تقوم بعض الشركات الصناعيّة – مثلاً - التي بها حاجة إلى سيولة مالية عالية إلى الاقتراض من رؤوس الأموال للاستفادة منها في تمرير صناعتها مع إعطاء ضمانات

---

(1) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي عثماني، دار القلم – دمشق، ط 2، ت: 2011 م: 2/ 261.

(2) ينظر: صكوك الاستصناع من البدائل الشرعية لسندات القروض الربويّة، موسى بلا محمود: 7.

(3) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي عثماني: 2/ 263.

لهم مضافاً إلى الفائدة التي يتقاضونها جرّاء إقراض الشركة لمدّة معلومة. وهذه العملية بواقعها رباً محرّم،إذ يتم الإقراض لمدة معينة في قبال إعطاء بعض الفوائد على رأس المال الأصلي.

2ـ حلّ المشكلة بواسطة الصكوك

كي نتخلص من عملية الربا المحرّم تقوم الشركة الصناعيّة – مثلاً – بإصدار صكوك خاصة بقيمة مالية معلومة وتطرحها للبيع عن طريق البنك – مثلاً – بأقل من قيمتها الواقعية فيقوم الزبائن بشرائها، كأن تكون القيمة الواقعية للصكّ الواحد عشرة دنانير، فتطرحه الشركة بتسعة دنانير، فتكون حصيلة هذا البيع من الأموال هو رأس الشركة التي تحتاجه في عملها.

وعند انتهاء الشركة من الصنع وبيع المنتوجات يكون أمامها طريقين للتعامل مع أصحاب الصكوك، وكما يأتي:

الطريق الأوّل: تقوم بقسمة الربح على أصحاب الصكوك بحسب عدد الصكوك المملوكة للزبائن، وذلك من خلال اتفاق مسبق على نسبة ربح الصك الواحد.

الطريق الثاني: تقوم بشراء تلك الصكوك من الزبائن بأعلى من السعر الذي تمّ فيه البيع.

ومن خلال هذه العملية يُستطاع التخلص من المعاملات الربوية بواسطة "صكوك الإستصناع"، وتحقيق الفائدة المرجوّة للزبائن وأصحاب الأموال من الربح والفائدة، وتوفير مختلف الحاجات العصريّة.

المطلب الثاني

الوساطة المالية لعقد الاستصناع

لبيان هذا الدور لابدّ من ايضاح مفهوم الوساطة الماليّة وطبيعة دور الإستصناع فيها وصلته وتطبيقاته في ما يأتي:

أوّلاً: مفهوم الوساطة المالية وأهميتها

1ـ مفهوم الوساطة الماليّة

عُرّفت الوساطة المالية بتعريفات عديدة، نختار منها:

أ ـ «الشخص أو المؤسسة التي تربط بين المدّخرين والمقترضين، كالبنوك وجمعيّات الادّخار والتسليف والشركات الماليّة، وشركات التأمين التي تعمل على تنمية أموال المدّخرين من خلال عملية الإقراض المالي»[1].

ب. «عمل يتضمن التقريب بين طرفين بقصد الربح»[2].

ومن هنا يتّضح أن المراد بالوساطة الماليّة عملية ربط بين طرفين، والتقريب بينهما لغرض الحصول على الأرباح.

---

(1) معجم المصطلحات الاقتصاديّة والإسلاميّة، علي بن محمد الجمعة، مكتبة العبيكان – الرياض، ط 1، ت: 1421 هـ - 2000 م: 486.

(2) مجلة الاقتصاد الإسلامي، ماهيّة المصرف الإسلامي، سامي إبراهيم سويلم، لندن – الجمعية الدولية للاقتصاد، المجلد العاشر – العدد 1 لسنة 1424 هـ: 1 / 55.

2ـ أهميتها

تتجلى أهمية الوساطة المالية في كونها نابعة من واقع تفاوت الأفراد في المعرفة والمهارة والثروة. فهناك الثري الذي لا يعرف كيف ينمي ثروته، أو لا يستطيع ذلك بسبب أعمال أو التزامات. وهناك رجل الأعمال الذي يملك المهارة والخبرة التجارية، لكنه لا يملك رأس المال. فإذا كان الأول بعيداً عن الثاني، أو لا يستطيع أن يتعرف عليه، تنشأ فرصة لطرف ثالث يعرف الطرفين، ويملك ثقتهما، يتولى التقريب بينهما، وإشباع حاجة كلا الطرفين، في مقابل ربح متفق عليه[1].

وبذلك تتضح الأهمية من الوساطة المالية بكونها تسهم في تحريك رؤوس الأموال والاستفادة منها، مضافاً إلى الإفادة من الخبرات العملية، ومن ثمّ الحصول على مشاريع مختلفة مضمونة الأرباح.

ثانياً: دور الإستصناع في الوساطة الماليّة

لعقد الإستصناع تطبيقات كثيرة وأدوار مهمّة في الحياة العصرية، ومن ذينك المهام التي يتخللها تاركاً بصمة تطبيقيّة وراءه هو دوره في الوساطة المالية، ولبيان هذا الدور الفعّال يتنوّع بيانه كالآتي:

1ـ صلة الإستصناع بالوساطة الماليّة

تتمثّل الصلة التطبيقيّة بين عقد الإستصناع والوساطة الماليّة في الكلام عن الإستصناع الموازي الذي هو أحد أشكال عقود الإستصناع؛ إذ التعامل به يُبيّن مراحل وخطوات الوساطة الماليّة بوجود فئتين: فئة صاحبة رغبة إلى المال الكافي لتمويل وتشييد مشروع ما، وفئة صاحبة فائض ووفرة يمكنها أن تموّل احتياجات الطرف الأوّل وصولاً إلى الوسيط الذي تكون مهمته الجمع بين الأطراف لقاء نسبة

---

(1) ينظر: مجلة الأستاذ، الوساطة المالية في المصارف الإسلامية، وفاء أحمد محمد، العدد 201، لسنة 2012 م: 836 – 837.

الأرباح أو العوائد[1].

وبذلك تتضح الصلة التطبيقيّة بين العقدين المذكورين، فوجود صاحب الرغبة إلى إستصناع شيء معيّن بدون سيولة مالية لا يتمكن من تحقيقها، وكذلك وجود رؤوس أموال معطّلة بدون الاستفادة منها لا جدوى فيها.

وعليه فوجود الوسيط المالي بين الطرفين المذكورين بإمكانه تحقيق كلا الرغبتين لهما من خلال تطبيق فكرة عقد الإستصناع.

2- تطبيق الإستصناع في الوساطة الماليّة

إن تطبيق ذلك يحتاج إلى ثلاثة أطراف: صاحب رغبة معينة لإستصناع شيء معيّن، ووسيط مالي، وصانع على النحو الآتي:

أ- توضيح التطبيق

إن صاحب الرغبة الذي يروم إستصناع شيء معيّن إلا إنه لا يملك المال الكافي لذلك، يأتي إلى وسيط مالي ويطلب منه أن يستصنع له ذلك الشيء باعتباره له القدرة الماليّة، فيذهب الوسيط المالي بدوره إلى الصانع ويستصنع منه الشيء المراد بالمواصفات المطلوبة، فإذا ما تمّ يأتي به إلى مريده الأول (صاحب الرغبة).

ب - تكييف تطبيق المعاملة

طبيعة المعاملة المذكورة والمتكونة من ثلاثة أطراف تُكيّف على أنها إستصناع موازي مشتمل على وسيط مالي يقوم بدفع تكاليف الاستصناع إلى الصانع مقابل عوض معلوم متفق عليه يدفعه إليه صاحب الرغبة، ملتزماً بدفع تكاليف الاستصناع إلى الوسيط حسب الاتفاق المبرم بينهما.

---

(1) ينظر: الوساطة الماليّة "أبرز التطبيقات المعاصرة"، محمد أمين بارودي، دار النوادر – دمشق، ط 1، ت: 1433 هـ - 2012 م: 173.

المطلب الثالث

التمويل بعقد الإستصناع

لبيان دور عقد الإستصناع في عمليّة "التمويل" ينبغي البدء بمفهوم التمويل وأهميته ودوره، ومن ثمّ بيان دور الإستصناع وتطبيقه في هذه العمليّة، وكما يأتي:

أوّلاً: مفهوم التمويل وأهميته

1- مفهوم التمويل

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

أ- لغة

فهو من التموّل، والتموّل من المال، والمراد من المال في الأصل ما يملكه الإنسان من ذهب وفضة ثم أطلق على ما يُقتنى ويُملَك من الأعيان[1]. فالتمويل اقتناء المال وحفظه.

ب- اصطلاحاً

فقد عُرف بأنه «احتفاظ المستثمرين بنقود سائلة في سبيل القيام بمشروعات جديدة»[2]. وهو بذلك عملية اكتناز ماليّة لاستثمار المشاريع. وهناك مصطلح مشتق من التمويل يُسمّى بـ "التمويل الإسلامي" والمقصود به: «تقديم ثروة عينيّة أو نقديّة،

---

(1) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد الزبيدي: 1 / 7524.

(2) الربا فقهيّاً واقتصاديّاً، حسن الجواهري، مطبعة الخيام – قم، بلا ط، ت: 1405 هـ: 419.

بقصد الإسترباح من مالكها إلى شخص آخر يديرها ويتصرّف فيها لقاء عائد تُبيحه الأحكام الشرعيّة»[1].

وهو أسلوب تمويلي يستند إلى قاعدة فقهيّة معروفة، حاصلها: إن الربح لا يستحق في الشريعة الإسلاميّة إلا بالملك والعمل[2].الذي هو في قبال "التمويل الربوي" المقصود منه التمويل على أساس القرض؛ إذ يُقدّم المموّل قرضاً ويفرض عليه فوائد محددة، أو زيادة في مقدار الدّين[3].

وبذلك يكون الفرق واضحاً بين التمويل الإسلامي والربوي؛ إذ يكون الأوّل مستنداً إلى وجه شرعي في الحصول على الأرباح، وأما الثاني فهو معاملة ربوية صرفة كما هو واضح.

2ـ أهميّة التمويل

تتبيّن أهميّة التمويل في تحفيز الجماهير على الادّخار، وبذلك يتوسّع حجم المبادلات التجاريّة والصناعيّة، ويساعد بصورة فعّالة على الاستقرار الاقتصادي والنقدي وفي محاربة تضخم الأموال[4].

بذلك تتحقق رغبة أصاحب رؤوس الأموال في الحصول على الربح، وكذلك أصحاب المشاريع الذين هم بحاجة إلى تلك الأموال لتسيير مشاريعهم.

---

(1) مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي "تحليل فقهي واقتصادي"، منذر قحف، جدّة – السعوديّة، بلا ط، ت: 1425 هـ: 12.

(2) ينظر: مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانيّة، التمويل الإسلامي ودوره في معالجة الأزمة الاقتصادية في الشريعة الإسلاميّة، أركان حيدر عمر الصالحي وجمال فاتح علي، المجلد السابع – العدد الثاني لسنة 2012 م: 14.

(3) ينظر: المصارف وبيوت التمويل الإسلامي، غريب الجمال، دار الشروق للنشر والتوزيع – المملكة العربية السعوديّة، ط 1، ت: 1398 هـ: 56.

(4) ينظر: أهمية التمويل الإسلامي وجذوره التاريخيّة، محمد الأفرحي، الناشر: جامعة الأغواط – الجزائر، ط 1، ت: 2010 م: 3 – 4.

ثانياً: دور الإستصناع في عمليّة التمويل

1- دوره في حلّ بعض الأزمات الاقتصاديّة

يمكن أن يكون للتمويل بالاستصناع دورٌ رئيسي في المصارف الإسلاميّة: لأن هذه المصارف - من خلال الإستصناع - بالإمكان أن تُساهم في صناعات عديدة، إذ تبرم هذه العقود مع عملائها، والمصرف إما أن يكون مستصنعاً أو صانعاً، والمستصنع بمعنى يكون طالباً لمنتجات صناعية ذات مواصفات خاصّة، وقد يموّل المصرف هذه العمليّة من ماله الخاص أو من أموال المودعين، والمصنوعات تُصبح ملكاً للمصرف يتصرف فيها بالبيع أو غير ذلك. وقد يكون المصرف صانعاً بأن يمتلك المصانع والآلات اللازمة لتجهيز المطلوب حسب المواصفات[1].

فيكون للاستصناع دورٌ كبيرٌ في حل العديد من المشكلات الاقتصادية التي تطالها يد الصناعة والتصنيع.

2- دوره في التمويل الصناعي

يعتبر الإستصناع من الطرق التي أصبحت تطبق في تمويل القطاع الصناعي بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بسبب ضعف تطبيقه – في بعض الحالات - بالنسبة للصناعات الكبيرة والضخمة[2]. الذي أصبح اليوم عنصراً فعّالاً في تمويل القطّاع الصناعي وتحريكه نحو الأمام.

---

(1) ينظر: مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانيّة، التمويل الإسلامي ودوره في معالجة الأزمة الاقتصادية في الشريعة الإسلاميّة، أركان حيدر عمر الصالحي وجمال فاتح علي: 23 – 24.

(2) ينظر: تمويل القطاع الصناعي وفق صيغ التمويل الإسلامية "تجربة بعض المصارف السودانية"، عثمان بابكر أحمد، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية بالبنك الإسلامي للتنمية (جدة – السعودية)، ت: 2004 م: 47-48.

3ـ دوره في التمويل العقاري

يمكن تطبيق الإستصناع في التمويل العقاري في تطبيقات مختلفة، كبناء المساكن والعمائر وغيرها، وذلك ببيان موقعها والصفات المطلوبة فيها، كما يمكن أن يكون الإستصناع في تخطيط الأراضي وإنارتها وشق الطرق فيها وتعبيدها، وغير ذلك من المجالات العقارية والتي يمكن الاستفادة من الاستصناع فيها[1]. ومن هنا يُلاحظ كيفيّة الإفادة من الإستصناع في المجالات المعماريّة المختلفة، وليس هذا فحسب بل بطريقة مشروعة خالية من الشوائب الربوية المختلفة.

ثالثاً: التطبيق العملي لتمويل المشروعات بالاستصناع

لعملية التمويل من خلال الإستصناع تطبيقات عمليّة متعدّدة بالإمكان إجمالها بما يلي:

1ـ الصورة الأولى

تتمثّل هذه الصورة بالنقاط الآتية:

أ. يتقدّم صاحب المشروع للمصرف بطلب يُعبّر فيه عن رغبته في شراء سلعة معيّنة محدداً مواصفات هذه السلعة.

ب. يقوم المصرف بدراسة طلب العميل في ضوء دراسة الجدوى المقدمة من العميل، بالإضافة إلى الاستعلام والزيارة الميدانية للعميل.

ج. إذا تبيّن المصرف سلامة موقف العميل، وبالتالي الموافقة على التعامل معه يقوم المصرف بتحرير عقد استصناع بينه وبين صاحب المشروع، بمقتضاه يلتزم المصرف بتسليم السلعة المطلوبة للعميل وفقاً لمواصفاتها المذكورة في طلبه، وبثمن متفق عليه من خلال إبرام عقد بينهما.

---

(1) ينظر: نحو تطبيق عملي مقترح لتمويل المشاريع الصغيرة والمتوسطة بالإستصناع بالجزائر، مداني أحمد، الجزائر – 2008: 10.

د ـ يقوم البنك من خلال معرفته بالسوق وبعملائه الصانعين بالتعاقد معهم بعقد مستقل يقضي بصنعهم للسلعة المطلوبة، وتسليمها في فترة زمنية محددة تسبق الفترة الزمنية المحددة في العقد الأوّل. ويقوم البنك – أيضاً - باستلام السّلعة من عميله الصانع في وقتها المحدد، وتسليمها لعميله المستصنع له حسب الاتفاق بينهما[1].

2ـ الصورة الثانية

وتعتمد بصفة أساسية على قيام المصرف من خلال إدارات الاستثمار والبحوث ودراسات الجدوى وبالتعاون مع اللجهات المعنية بالمشروعات كـ (الصندوق الاجتماعي للتنمية، الهيئة العامة للتصنيع، أكاديميّة البحث العلمي) بدراسة للاسواق المحليّة والخارجية لتحديد السّلع التي يكثر رواجها والأكثر ملائمة لاذواق المستهلكين ومتطلباتهم، وكذلك البحث عن ايجاد سلع جديدة أو سلع موجودة مع إدخال تحسينات أوسع تحل محل الواردات، والترويج لها لجذب المستثمرين، وتمويلهم من خلال عقد استصناع يقضي باسناد البنك تصنيعهذه السلعإلى العديد من المشروعات، مع قيام المصرف بتسويق هذا المنتج بالاشتراك على سبيل المثال مع الصندوق الاجتماعي من خلال مؤسسات تسويقية ذات كفاءة عالية تُنشأ خصيصاً لهذا الغرض وبذلك يتم انتاج ما يمكن تسويقه.

3ـ الصورة الثالثة

يقوم البنك باستصناع السلعة (كالآلات والمعدّات) عن طريق أحد المشروعات الصغيرة ثم تأجيرها لمشروعات صغيرة أخرى، ومن أمثلة ذلك استصناع المصرف لعدد من أنواع الغزل من خلال أحد المشروعات ثمّ تأجيرها تأجيراً تمويليّاً لمشروعات أخرى تقوم بانتاج السجاد اليدوي[2].

---

(1) ينظر: دراسات في الاقتصاد الإسلامي، أشرف محمّد دوابة، دار السلام – جمهورية مصر العربية، ط 1، ت: 2010 م: 324.

(2) ينظر: دراسات في الاقتصاد الإسلامي، أشرف محمّد دوابة: 324 – 325.

وبـذلك يكـون للاستـصناع دورٌ تطبيقـيّ في عمليـة التمويـل المـالي لعمـوم المشروعات التي تدخلها الصناعة التي هي في معرض تلبية مختلف الاحتياجات المطلوبة.

رابعاً: مزايا التمويل بالاستصناع ومخاطره

عملية التمويل بالاستصناع بالإضافة إلى اشتمالها على مجموعة من المزايا والمحسنات فهي تشتمل – أيضاً – على مجموعة من المخاطر، كالآتي:

1ـ مزايا التمويل بالاستصناع

يترتّب على التمويل بالاستصناع عدد من المزايا التي يمتد أثرها ليشمل الصانع والمستصنع والمصرف المموّل والاقتصاد بشكل عام، وأهم المزايا ما يلي:

أـ يقوم الاستصناع على طلب سلع بمواصفات معيّنة ممّا يعني أن هناك احتياج فعلي إليها، وهذا بدوره يؤدي إلى تحقيق التوازن بين العرض والطلب، وبالتالي تحقيق الاستقرار الاقتصادي.

ب ـ التمويل بالاستصناع وسيلة من وسائل تيسير التمويل على أصحاب المشروعات الصغيرة؛ لقدرته على تمويل تلك المشروعات التنموية قصيرة أو متوسطة أو طويلة المدى حسب الدورة الانتاجية لكل مصنوع، فهو يُلائم قطّاع الحرفيين الأكثر احتياجاً للتمويل والأقل ملاءة نقديّة، وبالتالي يستطيع تلبية مطالب وحاجات المعوزين.

جـ. يحقق التكامل بين الخبرات ورأس المال، ويسهم مساهمة فعالة في علاج مشكلة البطالة التي أصبحت تؤرق كل بيت، وتؤثر سلباً على الدولة من الناحيّة السياسية والاجتماعية والأمنية.

د. يؤدي إلى عدم ركود السلع وحسن تصريفها، إذ لا يتمّ صناعة سوى السّلع التي يتمّ طلبها، أو يوجد طلب فعّال عليها.

هـ. يُسهم مساهمة فعّالة في تنمية الصناعات الصغيرة، وتلبية حاجة المستهلك المحلّي، والإحلال محل الواردات، وفتح أسواق للسلع بالخارج في ظل مراعاة عاملي

الجودة والسّعر ممّا ينعكس إيجاباً على الجانب الاقتصادي.

و. يُمكّن المصارف الإسلاميّة من تحقيق الإزدواجية في التمويل وتوسيع قاعدة المستفيدين من خلال تمويلها لكل من الصانع والمستصنع له ممّا يحقق لها ما تهدف إليه من أرباح فضلاً عن المساهمة في تحقيق التنميّة الاقتصاديّة والاجتماعيّة.

ز. تمكينه للمصارف الإسلاميّة - من خلال الاستصناع التفاعل - مع أسواق المال وتوفير مصادر التمويل اللازمة للمشروعات الصغيرة عن طريق إصدار صكوك إستصناع وطرحها للاكتتاب، واستخدام حصيلتها في تمويل وتنميّة المشروعات الصغيرة[1]. وبذلك يتّضح اشتمال التمويل بالاستصناع على كثير من المزايا والمحسنات التي تؤهله لأن يرقى أن يكون واحداً من المعاملات الحركية ذات الطابع التنموي والتضامني وبالتالي توفير خدمات متعددة في مجالات مختلفة.

2. مخاطر التمويل بالإستصناع

عملية التمويل بالاستصناع كما إنها تشتمل على مجموعة من المزايا فهي – أيضاً – معرضة لمجموعة من المخاطر ترتبط بجهتي الإستصناع[2] وكما يلي:

أ. مخاطر مرتبطة بالصانع

ومن أهمها عدم تسليم السلعة في ميعادها، أو عدم مطابقة السلعة للمواصفات، ويمكن تخفيض هذه المخاطر من خلال حسن اختيار الصانع، ومدى مقدرته الفنية والإدارية، وربط الصرف بالتنفيذ، كما يمكن إلزامه من خلال العقد بدفع التعويض اللازم في حال تأخره في تسليم السلعة، أو جعل شرط جزائي عليه.

---

(1) ينظر: دراسات في الاقتصاد الإسلامي، أشرف محمّد دوابة: 327 – 328.

(2) ينظر: الإمام جعفر الصادق ﷺ، عبد الحليم الجندي، تح: محمد توفيق عويضة، مطابع الأهرام التجارية – القاهرة، بلا ط، ت: 1379 هـ - 1977 هـ: 358.

ب ـ مخاطر مرتبطة بالمستصنع له

ومن أهمها مخاطر توقف المستصنع عن تسديد مبالغ الصناعة، أو النكول عن السلعة، ويمكن تخفيض هذه المخاطر من خلال دراسة جدوى المشروع وقدرته على الوفاء بالتزاماته[1]، ودراسة شخصيّة العميل ورغبته في السداد ومقدرته على إدارة مشروعه، والحصول على ضمان عيني إن أمكن، وكذلك الحصول على كفالة شخص، فضلاً عن توقيع العميل على إيصال أمانة وشيكات، وتأمينه ضد المخاطر من خلال شركة تأمين إسلاميّة.

كما إن المتابعة الميدانية للمشروع من العوامل الأساسيّة لتخفيض هذا النوع من المخاطر، وذلك بالتنسيق مع الصندوق الإجتماعي للتنمية من خلال جهاز متخصص للوقوف على تطوّر المشروع، وتقديم المعونة الفنية والتقنيّة والإدارية والتسويقية اللازمة له، والمساعدة في حلّ ما يواجهه من مشاكل أول بأول وقبل تفاقمها[2].

وعليه، فالمخاطر محتملة الوقوع في هذه المجالات فالإحتياط بوضع شرط جزائي أو كفالة أو ما شاكلها أمر ضروري للمحافظة على شفافيّة العمل وصيانة الوقت.

---

(1) ينظر: المصرفية الإسلاميّة "الأسس النظرية وإشكالات التطبيق"، نوري عبد الرسول الخاقاني، عمان – الأردن، ط 1، ت: 2011 م: 274.

(2) ينظر: دراسات في الاقتصاد الإسلامي، أشرف محمّد دوابة: 326 – 327.

المطلب الرابع

دور الإستصناع في استثمار الوقف ومال اليتيم

أوّلاً: دور الإستصناع في استثمار الوقف

ولبيان دور عقد الإستصناع في استثمار أموال الوقف توضع التفاصيل الآتية:

1- مفهوم الوقف

عُرّف الوقف بتعريفات كثيرة، منها:

أ. «تحبيس العين، وتسبيل منفعتها»[1].

ب. «حبس مخصوص على وجه مخصوص بنية القربة»[2].

جـ- «حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح»[3]. إلى غيرها من التعريفات التي تشير إلى معنى واحد وإن اختلف عباراتها من أن الوقف عبارة عن جعل منفعة شيء معين على جهة مخصوصة أو عنوان خاص مع بقاء عين الشيء.

---

(1) هداية العباد، لطف الله الصافي الگلبايگاني، المطبعة: سپهر – قم، ط 1، ت: 1420 هـ: 2/ 179.

(2) شرح الأزهار، أحمد المرتضى، الناشر: مكتبة غمضان (صنعاء – اليمن)، بلا ط، بلا ت: 3/ 458.

(3) فتح الوهاب، زكريا الأنصاري، الناشر: محمد علي بيضون، المطبعة: دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1418 هـ: 1/ 440.

2ـ تمويل الوقف بعقد الإستصناع

يمكن لإدارة الوقف أن تستفيد من عقد الإستصناع لبناء مشروعات ضخمة ونافعة؛ إذ تستطيع الاتفاق مع البنوك الإسلاميّة أو المستثمرين على تمويل المشاريع العقاريّة على أرض الوقف وغيرها عن طريق الإستصناع، وتقسيط ثمن الشيء المُستصنَع على عدّة سنوات؛ إذ إن من مميزات عقد الإستصناع أنه لا يشترط فيه تعجيل الثمن، بل يجوز تأجيله وتقسيطه، ممّا أعطى مرونة كبيرة لا توجد في عقد السّلم – مثلاً -.

وغالباً ما يتمّ الإستصناع في البنوك الإسلاميّة عن طريق الإستصناع الموازي حيث لا تبني هي ولا تستصنع، وإنما تتفق مع المقاولين لتنفيذ المشروع بالمواصفات نفسها التي تم الاتفاق عليها مع إدارة الوقف[1].

فمن خلال الإستصناع بالإمكان تعمير العديد من المباني والمؤسسات والمساجد التي بُنيت على أرض الموقفات؛ إذ بلاد المسلمين مليئة بتلك الأماكن التي هي بحاجة إلى تأهيل وتجديد، فليكن الإستصناع إحدى تلك الأسباب.

ثانياً: دور الإستصناع في استثمار أموال اليتيم(*)

يتبيّن دور الإستصناع في استثمار أموال اليتيم باستبيان أحكامها وكيفيّة استثمارها:

1ـ حكم الاتجار بمال اليتيم

من الأمور التي بحثها الفقهاء هي مسألة الاتجار بمال اليتيم شرعاً لما لها من أهميّة كبيرة في واقع اليتيم، وقد اختلفت آراء الفقهاء في ذلك تبعاً للشخص المتّجر أو المتصرف في المال؛ إذ لا يخلو الشخص المتصرف في ماله من كونه وصيّاً أو

---

(1) ينظر: بحوث في فقه المعاملات الماليّة المعاصرة، علي محي الدّين القره داغي: 519 – 520.

(*) اليتيم: الذي مات أبوه وهو صغير قبل البلوغ. ينظر: معالم المدرستين، مرتضى العسكري، مؤسسة النعمان للطبعة والنشر والتوزيع (بيروت – لبنان)، بلا ط، ت: 1410 هـ: 2/ 120.

أجنبيّاً، وطبيعي فإن الحكم الشرعي يختلف باختلافه.

وقبل بيان حكم التصرّف يُشار إلى أن التصرّف - سواء كان من قبل الوصي أم الولي أم من غيرهما - يُشترط فيه مصلحة اليتيم[1]، وعلى ذلك: فمن خلال الإطلاع على آراء الفقهاء في المسألة تبيّن أن حكم التصرّف مختلف فيه على أقوال متعدّدة، هي:

القول الأوّل: الإباحة

يظهر ذلك عن بعض الشافعيّة وبعض الحنابلة، إذ جاء في مختصر المزني: «"قال الشافعي" وأحب أن يتجر الوصي بأموال من يلي ولا ضمان عليه قد أتجر عمر بمال يتيم وأبضعت عائشة بأموال بني محمد بن أبي بكر في البحر وهم أيتام»[2]، ونقل علي بن محمد الماوردي ما يقرب من هذه العبارة ثم قال: «وليس لهذين في الصحابة مخالف، فكان إجماعاً»[3]، وهذا الوجه يظهر - أيضاً - من كشف القناع[4].

وقد تبنى هذا الوجه من الحكم بعض فقهاء الإماميّة كالشيخ الطوسي[5]، والعلامة الحلي[6]، والمحقق الكركي[7].

---

(1) ينظر: تحرير الأحكام، الحسن بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي: 2/ 241.

(2) مختصر المزني، إسماعيل بن يحيى المزني، دار المعرفة للطباعة والنشر (بيروت - لبنان)، بلا ط، بلا ت: 89.

(3) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1، ت: 1419 هـ: 5/ 362.

(4) ينظر: كشف القناع، منصور بن يونس البهوتي: 3/ 473.

(5) ينظر: المبسوط في فقه الإمامية، محمد بن الحسن الطوسي: 2/ 163.

(6) ينظر: تحرير الأحكام، الحسن بن يوسف: 2/ 541.

(7) ينظر: جامع المقاصد، علي بن الحسن الكركي: 5/ 187.

القول الثاني: الاستحباب

ذهب بعض الفقهاء إلى استحباب الاتجار بمال اليتيم، كما يظهر ذلك من أبي بكر الجصّاص (ت: 370 هـ)[1] وابن تيميّة (ت: 726 هـ)[2] وبعض الشافعيّة[3] ومشهور الإماميّة[4].

القول الثالث: الكراهة

وقد تفرّد بهذا الحكم الحسن البصري محتجّاً بأن خزن المال أحفظ وأبعد له من التلف[5]، ولم يقل به غيره.

القول الرابع: الحرمة

ذهب المالكيّة في المذهب والحنابلة في وجه وبعض الحنفيّة إلى أنه لا يجوز للوصيّ أن يتّجر بمال اليتيم لليتيم، لئلا يحابي نفسه بزيادة من الرّبح[6].

وهناك أقوال أُخَر في المسألة أحصاها الدكتور نزيه حمّاد[7] (معاصر) إلا إنها في الحقيقة ترجع إلى الأقوال المذكورة سلفاً فلا جدوى من ذكرها.

---

(1) ينظر: أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصّاص، تح: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1415 هـ: 2/ 13 – 14.

(2) ينظر: الاختيارات الفقهيّة لشيخ الإسلام بن تيميّة، علي بن محمد بن عباس البعلي الدّمشقي، المطبعة: السنة المحمديّة – مصر، ط 1، ت: 1399 هـ: 138.

(3) ينظر: فتاوى السّبكي، تقي الدّين السّبكي: 1/ 326.

(4) ينظر: مفتاح الكرامة، محمد جواد العاملي: 16/ 115. وينظر: تذكرة الفقهاء: 14/ 245.

(5) ينظر: تذكرة الفقهاء، الحسن بن يوسف المعروف بالعلامة الحلي: 14/ 245.

(6) ينظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة: 43/ 195.

(7) ينظر: قضايا فقهيّة معاصرة في الاقتصاد والمال، نزيه حمّاد، دار القلم – دمشق، ط 2، ت: 1433 هـ - 2012 م: 497 – 500.

مناقشة وترجيح

بعد الإطلاع على الأقوال في مسألة الاتجار بمال اليتيم يتضح ما يلي: كون الرأي القائل بالكراهة والحرمة ممّا يمكن النقاش في دليله ومؤداه فلا يمكن الالتزام به[1]. وعليه، فتنحصر الأقوال في المسألة بين الإباحة والاستحباب وكلاهما لا يتعارض مع فكرة دور الإستصناع في استثمار مال اليتيم ما دام يصب بمصلحة اليتيم.

2- دور الإستصناع في استثمار مال اليتيم

ومع عدم المانع من الاتجار بمال اليتيم وكون ذلك في مصلحته[*]، فبالإمكان استثمار تلك الأموال من خلال فكرة عقد الإستصناع؛ إذ الإستصناع لا يخرج عن عنوان التجارة الوارد في القرآن الكريم والسنة الشريفة، وبالتالي الحصول على عدد من الفوائد، منها:

أ. استثمار رؤوس الأموال والاستفادة منها في مجال تلبية الرغبات المختلفة.

ب. الحصول على الأرباح والفوائد بما يعود بالمنفعة على اليتيم.

جـ ـ المحافظة على رأس مال اليتيم، فالأرباح تكون كافية لسد حاجة اليتيم واحتياجاته.

---

(1) ينظر: قضايا فقهيّة معاصرة في الاقتصاد والمال، نزيه حمّاد: 505.

(*) غير خفي بأن الفقهاء اختلفوا في المبدأ المصحح للتصرف في مال اليتيم، هل هو: عدم المفسدة أو جلب المنفعة أو اختيار الأصلح ؟ بيد إننا لم نسلّط الضوء على هذه القضيّة وغيرها من متعلقات مال اليتيم كونها تخرج البحث عن أصله، فلا ينبغي رمي الباحث بعدم الإلتفات إلى هذه الأمور.

المبحث الثاني

الأمور المجعولة في عقد الإستصناع

❁ المطلب الأوّل: الشرط الجزائي

❁ المطلب الثاني: عقد الصيانة

❁ المطلب الثالث: عقد التوريد

توطئة

يبتغي الباحث - في هذا المبحث - تسليط الضوء على أهم الأمور الخارجيّة(*) التي تُجعل في عقد الإستصناع، وهذه الأمور من الأهميّة بمكان بحيث وقع البحث والكلام فيها، بل اعتبرها بعض الباحثين من المعضلات الفقهيّة في عقد الاستصناع(1)، وما ذاك إلّا لأهميتها في المحافظة على توزان العملية الاستصناعيّة كما سيُلاحظ من خلال الدراسة.

المطلب الأوّل

الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع

عقد الاستصناع بما عليه اليوم من أهميّة كبيرة في العديد من المجالات الحياتيّة، والذي أصبح احتياجاً فعليّاً في سدّ متطلبات الحياة لأصحابها، كان من المهم وضع ما يحفظ حقوق الصانع والمستصنع له فيما لو تخلّف في صنع ما طُلِب منه أو امتنع المستصنع من قبول سلعته المُستصنعة، لأن ذلك يؤدي – بطبيعته – لوقوع التنازع والتخاصم وغير ذلك ممّا تكون نتيجته سلبيّة مثل ما أريد لهذه المعاملة. ومن هنا كان اللازم إيجاد "شرط جزائي" للمحافظة على الثروات العامة والخاصة، ولبقاء الموازنة الاقتصادية مستقرة بما تحفظ حق الآخرين، ولبيان ذلك يتوزّع البحث على ثلاثة مقاصد وكما يأتي:

(*) من الناحيّة الفنيّة قد يُشكل على الباحث تأخر هذه الأمور عن التطبيقات كما هو المتعارف، إلا إن طبيعة هذه الأمور لا تدخل في حقيقة الاستصناع لذا ارتأى تأخيرها تنبيهاً لذلك، وليست غفلة.

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعيّة، محمد عبد اللطيف صالح القرموز، العدد السابع لسنة 1994 م: 2/ 513.

أوّلاً: معنى الشّرط الجزائي وأنحاؤه

عُرّف الشرط الجزائي بعدّة تعريفات تختلف فيما بينها بحسب المباني والأصول التي حدّدها أصحابها، نختار منها:

1. حسن الجواهري (معاصر): «هو التعويض الذي يحدّده المتعاقدان مقدّماً في العقد جزاءً على إخلال أحدهما بما تعاقد عليه أو التزم به أو تعهّده في ضمن العقد، وقد يعبّر عنه بالتعويض الاتفاقي»[1].

2. محمد قلعجي (معاصر): «نص المتعاقدين على مبلغ معين يدفعه من أخل بالالتزام»[2].

وفي ضوء كلا التعريفين فإن المقصود منه ما هو إلا عوض عن التأخير أو الإخلال بمضمون مقتضى العقد الذي بينهما، ومحصّل التعريفين يعود إلى نقطتين رئيسيتين:

الأولى: اتخاذ الشرط الجزائي كوسيلة إجرائيّة للضغط في حالة تسويف المقابل، وعدم إلتزامه[3].

الثانية: اتخاذه كوسيلة لسد النقص الحاصل جرّاء التأخير في الصفقات المختلفة[4].

وعليه، فيمكن وصفه بأنه: ما يجعله أحد الطرفين على الآخر قبالة الإخلال أو الإضرار وما يلحق بذلك من الأوصاف التي تطرأ على مدى التزام الطرفين بمقتضى

---

(1) بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 4/ 205.

(2) معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي، طبع ونشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع (بيروت – لبنان)، ط 2، ت: 1408 هـ – 1988 م: 163.

(3) ينظر: الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، نجاري عبد الله، المطبعة: الدار البيضاء، ط 2، ت: 1995 م: 7.

(4) ينظر: الموجز في شرح القانون المدني أحكام الالتزام ، عبد المجيد الحكيم، المطبعة: الأضواء، ط 2، ت: 1999 م: 2/ 40.

العقديّة. فإذا اتضح المراد، يتوجّه القول بأن الشرط الجزائي يتصوّر ضمن ثلاثة أقسام:

القسم الأوّل: التنقيص من الثمن مقدار معين

تعرض الفقهاء لهذه الحالة في بحث الإجارة، إذ ذكروا ما نصّه: «ما لو استأجره ليحمل له متاعاً إلى موضع معين بأجرة معينة واشترط عليه وصوله في وقت معين فان قصّر عنه نقص عن أجرته شيئاً معيناً»[1]، جاز وفاقاً للأكثر نقلاً وتحصيلاً، بل المشهور كذلك، للأصل وقاعدة: المؤمنون عند شروطهم، وللخبر الصحيح الآتي[2]: عن محمد الحلبي قال: كنتُ قاعداً عند قاض من القضاة وعنده أبو جعفر الإمام الباقر عليه السلام جالس، فأتاه رجلان فقال أحدهما: إني تكاريتُ إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن واشترطتُ عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا لأنها سوق أتخوف أن يفوتني فإن احتبستُ عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وأنه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً. فقال القاضي هذا شرط فاسد، وفيهِ كراه، فلما قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: «شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه»[3].

القسم الثاني: التنقيص من الثمن من دون تعيين

لو كان الشرط الجزائي هو التنقيص من دون ذكر مقداره، فيكون الشرط هنا باطلاً لجهالة الأجرة على تقدير الصنع المتأخر – مثلاً -[4].

---

(1) تذكرة الفقهاء، الحسن بن يوسف بن المطهّر الحلّي: 2/ 294.

(2) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 1/ 273.

(3) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، محمد بن الحسن الحر العاملي:19/ 120، باب 13،ح 2.

(4) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 1/ 273.

القسم الثالث: سقوط الثمن بأكمله

إذا كان الشرط الجزائي هو سقوط الثمن بأكمله إن لم يصنعه في الوقت المعين، فهو شرط باطل لكونه شرطاً منافياً لمقتضى العقد[1].

ثانياً: مشروعيّة الشرط الجزائي

بعد معرفة ما يُراد من الشرط الجزائي، وأنواعه، ينبغي معرفة مدى شرعيّته؛ ليتسنى تطبيقه بالصورة الصحيحة؛ إذ أن هناك بعض أشكاله لا يمكن قيام الدليل الشرعي على صحتها كما سيتضح ذلك. وعليه فبالإمكان الاستدلال على صحته بما يأتي:

الدليل الأوّل: عموم حديث المسلمون عند شروطهم

يُستدلّ على مشروعية "الشرط الجزائي" من خلال حديث (المسلمون عند شروطهم)، الذي ورد بصيغ مختلفة إلا إن مجموعها يدلّ على معنى واحد، وكما يأتي:

أ- ما ورد عن الإمام الصادق عليه السلام أنّه قال: «المسلمون عند شروطهم، إلاّ كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجل فلا يجوز»[2].

ب ــ عن جعفر بن محمد عن أبيه الإمام الباقر عليه السلام قال: «إنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليفِ لها به ؛ فإنّ المسلمين عند شروطهم، إلاّ شرطاً حرّم حلالا أو أحلّ حراماً»[3].

جـ ــ عن العبد الصالح، قال: قلت له: إنّ رجلا من مواليك تزوج امرأة ثمّ طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلى أن يجعل لله عليه ألاّ يطلقها ولا

---

(1) ينظر: المصدر نفسه: 1 / 376.

(2) الوافي، الفيض الكاشاني، تحقيق ونشر: مكتبة أمير المؤمنون علي (عليه السلام)، المطبعة: أفست نشاط إيران، ط 1، ت: 1412 هـ - 1371 ش: 17 / 504.

(3) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، محمد بن الحسن الحر العاملي: 18 / 17.

يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثمّ بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع ؟ فقال: «بئس ما صنع ! وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له فليفِ للمرأة بشرطها ؛ فإنّ رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: المؤمنون عند شروطهم»[1].

ولا يخفى أن قاعدة "المسلمون عند شروطهم" شاملة لكلّ العقود والحقوق المستجدّة - فضلاً عن الموجودة في لسان الشارع - إذا توفّرت فيه الشرائط العامّة، وذلك بالتمسّك بعمومياتها، ويكون مصدراً لتولّد الحقوق العديدة المستجدّة، إذ أنّ مؤدّى الشرط ليس تكليفاً محضاً، بل هو متضمّن للحقّ الوضعي؛ إذ الشرط إلزام لأحد الطرفين على الآخر، والتعبير بـ(اللام)[*] لبيان الاختصاص الحقّي، ومن ثمّ كان للمشروط له أن يُسقط الشرط، بل يتمّ هذا الوجه ولو بنينا على القول الآخر في الشرط من أن مؤدّاه حكم تكليفي محض.

فيكون الاشتراط – في العقد - موجباً لتولّد الحقّ للمشروط له الوضعي أو التكليفي القابل للاسقاط، وأن يبذل بإزاء إسقاطه المال.

نعم، لا بدّ في المشروط أن لا يكون مخالفاً للشّرع بعموم (كلّ شرط جائز إلاّ شرط خالف كتاب الله وسنّة نبيّه)، والمفروض أن الشرط الجزائي ليس مخالفاً للكتاب والسنّة ؛ لأنّه مندرج تحت سلطنة مالك العين، فيكون واجداً لقيود الصحّة العامّة في الشرط ونافذاً، وبالتالي موجباً لتولّد حقّ للمشروط له. والخلاصة إن إجراء قاعدة «المؤمنون عند شروطهم» لا بدّ فيها من ملاحظة أمرين:

الأوّل: أن يكون ذات الشرط لقيود الصحّة العامّة.

الثاني: تعيين مفاد الشرط المذكور أنّه بنحو شرط النتيجة أو شرط الفعل. وهنا يضاف نكتة ثالثة وهي: أنّ صياغة هذا الحقّ المستجدّ يمكن تصويرها بعدّة تصويرات، فيجب التفطّن إلى الصياغة الأنسب كي يكون واجداً لامتيازات ذلك الحقّ بتمامه الجاري عند العرف[2].

---

(1) الاستبصار، محمد بن الحسن الطوسي: 3 / 232.

(*) المراد باللام الواردة في كلمة (فليفِ) في الحديث الثاني والثالث.

(2) ينظر: فقه المصارف والنقود، محمد سند: 489.

فيظهر ممّا تقدّم إمكان التمسّك بحديث (المسلمون عند شروطهم) لاثبات مشروعيّة "الشرط الجزائي" باعتباره شرطاً، مع ملاحظ الموارد التي لا يصحّ فيها في ما يأتي.

الدليل الثاني: خصوص الأحاديث الواردة في الإجارة

وردت مجموعة من الأحاديث الشريفة التي أشارت إلى هذا الشرط في باب الإجارة، نوردها كما يأتي:

1. عن محمّد الحلبيّ قال كنت قاعداً إلى قاض وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس فجاءه رجلان فقال أحدهما إنّي تكاريت إبل هذا الرّجل لِيحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن فاشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا لأنّها سوق أخاف أن يفوتني فإن احتبستُ عَن ذلك حططْتُ من الكراء لكلّ يوم احتبسته كذا وكذا وإنّه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوماً فقال القاضي هذا شرط فاسد وفّه كراه فلمّا قام الرّجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: «شرطه هذا جائز ما لم يحطّ بجميع كراه»[1].

فإن ما يظهر من الحديث أن صاحب المتاع اشترط على المكاري أن يُدخله يوم كذا، فإن حُبس عن ما يريده حطّ من كرائه كذا وكذا (أي مقدار معيّن من أجرة الكراء) وقد أجاز الإمام عليه السلام ذلك الشرط بالتنقيص من الكراء دون حط جميع الكراء.

وعليه، فالشرط الجزائي بنحو التنقيص من الأجرة مع شريطة العلم بالمقدار يصحّ، والشرط الجزائي بنحو الحط للأجرة كلها غير صحيح كما هو ظاهر.

2. عن ابن سيرين قال: قال رجل لكريّه: أدخِل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مئة درهم، فلم يخرج. فقال شريح: «من شرط على نفسه طائعاً غير مكرَه فهو عليه»[2]. حيث يُستدلّ بهذا الحديث على صحة الشرط الجزائي في عقد

---

(1) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، محمد بن الحسن الحر العاملي: 19 / 17.

(2) صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري الجعفي: 3 / 185.

الإجارة[1].

ومن خلال سياق عموم الأدلة المذكورة يُلاحظ بطلان الشرط الجزائي فيما إذا كان مقتضاه سقوط الأجرة كاملة، وكذا لو كان التنقيص منها بمقدار مجهول، ويتوجه القول بالصحة فيما إذا كان التنقيص بمقدار معيّن.

هذا كلّه ما يستظهر من الأدلة، أما لو أُريد أكثر من هذا المقدار فهو بحاجة إلى دليل مثبت إلى الصحة، وإلا لم يمكن العمل به.

تعقيب ومناقشة:

من المؤاخذات التي تؤخذ على الاستدلال بالروايات السابقة: هو كونها واردة في خصوص عقد الإجارة، فالاستدلال بها على غير الإجارة يحتاج إلى دليل، وهو غير موجود.

نعم، لو أمكن الجزم بأنه لا خصوصية لعقد الإجارة لصحة الشرط الجزائي، فإنه يجري – حينئذ - في بقيّة العقود ومنها الاستصناع.

ويمكن تصحيح دعوى الجريان من خلال التمسّك بقاعدة (العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب)[2]، إذ الروايات وإن كانت واردة في باب الإجارة إلا إن ذلك لا يمنع من الاستدلال بها في موارد أخرى طالما ذلك ممكناً.

ثالثاً: أثر الشّرط الجزائي في عقد الإستصناع

بعد تحليل ماهيّة "الشرط الجزائي" وأنحاءه ينبغي ايضاح مدى تأثيره على عقد الاستصناع، وكيفيّة الإفادة منه في سبيل الحفاظ على حق كل من الصانع والمستصنع له وما يلحق بذلك، يتوجّه الكلام في أثره على كل منهما، وكما يأتي:

1. أثر الشرط الجزائي على المستصنع له

---

(1) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 4/ 227.

(2) ينظر: الفصول في الأصول، أحمد بن علي الرازي الجصّاص: 1 / 25. وينظر: تذكرة الفقهاء، الحسن بن يوسف الحلّي: 10: 402.

غير خفي أن الصانع يقدّم – باعتباره طرفاً أساسياً – قضيتين رئيسيتين هما (العمل – المادة) في سبيل صناعة المطلوب منه بما أتفق عليه من وصف وهيأة مخصوصة، وطبيعي أن ما يبذله ليس بالقليل من جانب – كما في الصناعات الخطيرة – ومن جانب آخر قد يكون ما صنعه على تلك الكيفيّة المخصوصة لا يروق لأحد سوى من أرادها؛ بسبب الطبيعة الذوقية، فعليه فلو نكل المُستصنع له لأي سبب كان؛ فإن مثل هذا يسبب في بعض الأحيان – إن لم يكن الغالب – الضرر البالغ على الصانع وتضرره جرائه.

ومن جهة أخرى قد لا يمتنع المستصنع عن قبول السلعة إلا إنه عاجز أو لا يستطيع من دفع المبلغ المتّفق عليه في الوقت المحدد، وعليه سيكون البحث عن هذين الموردين وكما يأتي:

أ- امتناع المستصنع له ونكوله

ففي حالة امتناع المستصنع عن أخذ السلعة المستصنعة له، فهناك حالات ثلاثة بلحاظ السلعة المستصنعة، وكما يلي:

الحالة الأولى:

وجود من يأخذها بالسعر المتّفق عليه بينهما، وحينئذ فالصانع لا يتضرر جرّاء نكول المستصنع، فالشرط الجزائي لا مورد له في هذه الحالة؛ لأن الغرض منه رفع الحيف عمّن تضرر، ولا ضرر موجود.

الحالة الثانية:

إن السلعة المستصنعة يوجد لها ذوق مربد ولا مشكلة من هذه الناحيّة، لكن سعرها آنذاك لا يلتئم مع قيمتها المتفق عليها بين الطرفين؛ فإن مثل هذا يرجع به على المستصنع له، وهنا تأتي قيمة الشرط الجزائي.

الحالة الثالثة:

أن تكون السلعة المصنوعة بوصف خاص لذوق خاص لا يوجد لها مشترٍ مطلقاً، وفي مثل هذه الحالة تستحكم المشكلة؛ إذ أنها لا تباع ولا يرغب فيها أحد لو تأخرت، وهذا يتسبب بالضرر الكبير على الصانع، وتبعاً للشرط الجزائي فإنه يعود به على المُستصنع.

ب ـ امتناع المستصنع له عن الدفع في الوقت المحدّد

في بعض الحالات لا يستطيع المستصنع أن يدفع مبلغ السلعة المستصنعة للصانع في وقتها المحدد، فيقوم الصانع بإمهاله وقت آخر بشرط زيادة السعر كشرط جزائي على التأخير، وهذه العمليّة غير صحيحة فهي ربا محرّم، وبالتالي تشملها أدلّة المنع[1].

2ـ أثر الشرط الجزائي على الصّانع

للشرط الجزائي دور كبير ومؤثر على الصانع فيما لو أراد التخلّف أو النكول عن تقديم ما اتفق معه على صنعه؛ إذ أصبحت الاحتياجات الحياتية تقاس بالثانية والدقيقة، فكيف لو امتنع الصانع من الإلتزام بالصُنع والحال هذه ؟!

وقبل بيان الأثر لهذا الإشتراط يُلاحظ إن عدم إلتزام الصانع سببه أمران:

الأمر الأوّل: موانع خارجة عن إرادة الصانع

وهي تلك الموانع والأسباب التي تكون ليست بإرادة الصانع وقدرته، بل خارجها عنهما كحرق المصنع ، أو غرق السفينة ، أو قطع علاقات مع بعض الدول الموردة للمادة الخام المطلوب صنعها ، فالمستصنع له هنا بالخيار إن شاء انتظر الصانع حتى يتمكن من الإنجاز ، وإن شاء فسخ العقد.

---

(1) ينظر: الربا والبنك الإسلامي، ناصر مكارم الشيرازي، تح: أبو القاسم عليان، نشر وطبع: مدرسة أمير المؤمنين عليه السلام - قم، ط 1، ت: 1422 هـ: 57.

وإلى هذا أشار المجمع الإسلامي بقوله: «يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. والله أعلم»[1].

فما يُفهم من منطوق القرار هو كون جواز الشرط الجزائي إنما هو بلحاظ الظروف التي هي مقدورة وغير قاهرة وغالبة لقدرة الإنسان، وعليه فإذا كانت كذلك لم يجز هذا الشرط.

الأمر الثاني: موانع ناشئة عن إرادة الصانع

وهي تلك الأسباب الناشئة بسببه كسوء التنظيم والعجز عن إدارة الحضيرة أو التقاعس في احترام المواعيد. فإن هذا يسبب تأخيراً في إنجاز المشروع، وضرراً مادياً يلحق بالمستصنع[2].

وقد علّق الشيخ مصطفى الزرقا على مثل هذه الحالة بقوله: «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 معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل العمل وعماله... وهذا قد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي: الشرط الجزائي»[3]، فما يُفهم من كلامه إن الغرض من وضع الشرط الجزائي على الصانع هو دفع الضرر الحاصل جراء ذلك التأخير؛ لما فيه من حفظ حقوق الآخرين.

---

(1) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي: 144.

(2) ينظر: فقه المعاملات، أحمد بن محمد الخليلي: 1 / 292.

(3) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق، ط 1، ت: 1418 هـ: 2 / 386.

المطلب الثاني

عقـــد الصيانـــة

من الأمور التي تجعل ضمن عقد الإستصناع هي عقود الصيانة؛ إذ العديد من المستصنعين يشترطون على الصنّاع صيانة منتوجاتهم التي يصنعونها لهم بحسب الاتفاق المبرم في العقد. وطبيعي هذا في قبال تلك الشركات والمؤسسات الصانعة التي تجعل عقد الصيانة ضمن أولويات منتوجاتها المباعة أو المصنعة لغرض ما.

ولأجل بيان ذلك ينبغي معرفة حقيقة هذه العقود، ومدى مشروعيتها، ومن ثمّ أثرها على عقود الإستصناع المختلفة، وكما يأتي:

أوّلاً: مفهوم الصيانة وأقسامها

غير خفي إن عقد الصيانة من العقود الحديثة، التي أصبحت اليوم ضرورة ملحّة في مختلف الميادين التي تدخلها الصناعة[1]، وعليه فينبغي معرفة حقيقتها وأهميتها ودورها في هذه الميادين، وكما يأتي:

---

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، الصدّيق محمّد أمين الضرير، العدد الحادي عشر – 1419 هـ - 1998 م، بلا ط، بلا ت: 344

1ـ مفهوم الصيانة

أ ـ في اللغة

الصيانة في اللغة من صان يصون صوناً، وصان الشيء حافظ عليه، والصّيان الوعاء الذي يحفظ فيه الشيء[1]، إذن الصيانة هي المحافظة على الشيء.

ب ـ في الاصطلاح الشّرعي

لم يعرّف عقد الصيانة كتعريف بالمعنى المعروف بل ذُكر له عدّة توضيحات، منها:

الأوّل: هي عمل يحفظ الشيء في حالة صحيحة بحيث يمكن الانتفاع به من غير أن يتطرّق إليه الفساد والتلف. ويكون القسم الغالب فيه هو صيانة وقائيّة وعلاجية معاً، فإنّ اللازم من هذا العقد هو بذل كلّ ما تحتاج إليه العين من تبديل بعض القطع ونحوها[2].

ويلاحظ عليه إن عقد الصيانة يشتمل على نقطتين رئيسيتين، هما: الوقاية للمصنوعات، والثانية: توفير قطع الغيار المحتاج إليها في الصيانة.

الثاني: الاتفاق في عقد مستقل أو في ضمن عقد معين بين الشركة أو المتخصص، وبين صاحب المال، للقيام بخدمات الإدامة وإصلاح المال في مدة معينة، لكي يبقى صالحاً للاستفادة المطلوبة في مقابل أجرة معينة[3].

الثالث: عمل يحفظ الشيء في حالة صحيحة بحيث يُنتفع به من غير أن يتعرض للخلل والتلف، إذ المصنع والطائرات والسيارات والقاطرات وغيرها تحتاج

---

(1) ينظر: لسان العرب، مادة (صان): 13 / 250.

(2) موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام)، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي: 4 / 22.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الصيانة، محمد علي التسخيري، العدد 11 – 1419 هـ: 356.

إلى صيانة لتمكّنها من الاستمرار في عملها كاملاً غير منقوص[1].

وهذا المعنى من التوضيح للعقد المذكور يشتمل على جنبة أساسيّة ألا وهي: حفظ الشيء في حالة صحيحة لا أكثر.

الرابع: هو عقد يلتزم الخبير الفني بالقيام على الآلات والتجهيزات في مدة محددة، قياماً يحقق أداءها لوظائفها بكفاءة ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه إن لم تكن ملتزمة من البائع[2]. ويلاحظ على هذا التعريف إن الهدف الرئيسي من الصيانة هي التحقق من أداء الأجهزة بصورة صحيحة.

ومن مجموع تلكم التعريفات يُلاحظ أن عقد الصيانة هو المحافظة على ما تدخل إليه، وهو بهذا المعنى لا يخرج عن دائرة المعنى اللغوي له.

2ـ أقسام الصيانة

ينقسم عقد الصيانة إلى أقسام متعددة:

أ ـ عقود الصيانة الوقائية: ويراد منه فقط التحقق من كفاءة عمل الجهاز وأداؤه.

ب ـ عقود الصيانة العلاجيّة: ويراد منه التغيير لبعض قطع الغيار للتحقق من أداء الجهاز.

جـ. عقود الصيانة الوقائية العلاجية: ما يشمل كلا الأمرين في صيانة الجهاز[3].

بيان ذلك: عقد الصيانة مرّة يراد منه فحص الأجهزة فقط من دون وضع أو إخراج شيء، بل الغرض التحقق من كفائته. وثانية: أن عقد الصيانة يستلزم

---

(1) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 3/ 235.

(2) ينظر: عقود الصيانة وتكييفها الفقهي، محمد المختار السلامي، دار فرقد – لندن، ط 1، ت: 2006 م: 9.

(3) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 3/ 236.

تبديل بعض القطع، فيضع أو يخرج في الأجهزة؛ لسلامة عملها وكفاءتها. وثالثة: ما يستلزم التحقق من عمل وكفاءة الأجهزة مضافاً إلى تبديل ما يحتاج إلى ذلك.

وعليه، فما المراد من عقد الصيانة عند الإطلاق، ذهب الشيخ حسن الجواهري في بحوثه إلى أن العرف التجاري يقصد بعقود الصيانة عند إطلاقها القسم الثالث، وأكثر العقود التي تقع في الخارج هي من هذا القسم أيضاً[1]. وكما هو واضح فالمستند في قوله هو العرف الخاص (التجاري) لا غير.

وما أفاده يمكن الملاحظة عليه بما يأتي:

الملاحظة الأولى:

لا يمكن التسليم بأن العرف التجاري يقصد القسم الثالث فقط، بل العرف التجاري يقصد – أيضاً – القسم الأوّل كما يقصد القسم الثاني، والدليل على ذلك هو الاستعمال الخارجي.

الملاحظة الثانية:

إن الإطلاق في عقود الصيانة يقتضي القسم الأوّل دونهما، كيف وقد وقع الإشكال في التكييف الفقهي لهما دون القسم الأوّل الذي هو إجارة صرفة ؟ هذا، ويمكن التعضيد للمدعى بأن المتبادر من الصيانة هو المعنى الأول دونهما.

بيد إن الشيخ محمد علي التسخيري (معاصر) يرى بأن هذا الإطلاق لا موجب له؛ إذ إن الصيانة لها أشكال مختلفة في الواقع الخارجي، وهي:

الشكل الأول:

الاتفاق على الصيانة كعقد مستقل بين صاحب المال وبين الشركة أو المتخصص، على مجرد عرض خدمات الإدامة، ويكون الإصلاح وتعويض قطع الغيار عند اللزوم بأجرة مستقلة عن أجرة الخدمات المتفق عليها في ذلك العقد.

---

(1) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 3/ 236.

الشكل الثاني:

الصورة السابقة نفسها مع كون أجرة الإصلاح وتبديل قطع الغيار وسائر الخدمات منضماً إلى أجرة الخدمات في عقد واحد.

الشكل الثالث:

كون الصيانة شرطاً في ضمن عقد البيع أو الإيجار، وكان المشروط به هو الاستعداد لتوفير خدمات الصيانة عند الحاجة، مع كون أجرة الإصلاح والخدمات وثمن قطع الغيار مستقلة عن هذا العقد.

الشكل الرابع:

الصورة السابقة نفسها مع كون أجرة الإصلاح والخدمات داخلة في العقد الأول أي عقد البيع والإيجار الذي قد اشترطت فيه الصيانة.

الشكل الخامس:

كون عقد البيع أو الإيجار مشروطاً بتبديل أو إصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ الأجرة أو الثمن على ذلك، وهو ما يسمى بضمانة الصيانة لمدة معلومة. وتفترق هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن الملحوظ فيه هو التحفظ عن العيوب المخفية أو العيوب غير المتوقعة في المبيع. ويكون هذا الشرط بنحو شرط النتيجة، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل أو الإصلاح فيما لو طرأ على المبيع عيب، وهذا بخلاف الصورة السابقة فإن الشرط فيها على نحو شرط الفعل؛ أي تعهد المشروط عليه بالقيام بالفعل وهو التعمير والإصلاح بدون أن يكون هناك اشتغال ذمة – أي ضمان بشيء وضعًا – والملحوظ فيه هو المحافظة على المبيع بإجراء خدمات الإدامة[1]. ومن هنا

---

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الصيانة، محمد علي التسخيري، العدد 11 – 1419 هـ: 455 – 457.

يتضح أن الإطلاق المذكور لا داعي له بعد معرفة كون الصيانة لها أشكال مختلفة. بل ربما يُقال: كون الإطلاق يقتضي الصيانة المجردة من كلّ شيء التي هي (إجارة محضة)؛ إذ إرادة غيرها بحاجة إلى بيان أكثر وهو غير موجود عند الإطلاق.

ثانياً: التكييف الفقهي لعقد الصيانة

بعد الاطلاع على المراد من عقود الصيانة يبقى الكلام في التكييف الفقهي لمثل هذه العقود؛ إذ وقع الخلاف في التكييف الفقهي لعقود الصيانة على أنحاء مختلفة، وكما يأتي:

التكييف الأوّل:

تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة على عمل، ولكن العامل وهو الصائن الذي قد يكون أجيراً خاصاً، وقد يكون أجيراً عاماً (مشتركاً) يؤجر عمله في الصيانة لجهات متعددة[1].

التكييف الثاني:

يُكيّف على أنه جعالة على الصيانة والإصلاح، وبهذا نتمكن من التخلص من إشكال جهالة عمل الصائن الذي هو مسموح به في عقد الجعالة ما دام هناك غاية يطلب تحقيقها من العامل ليستحق الجعل، وهي سلامة الآلة بحيث تؤدي وظائفها المعتادة[2].

التكييف الثالث:

يُكيّف عقد الصيانة على أنه عقد تأمين على التجهيزات يلتزم فيه طالب التأمين دفع مبلغ معين لقاء التزام شركة الصيانة إصلاح العطل وتبديل القطع

---

(1) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 3 / 240.

(2) ينظر: مجلّة الاقتصاد الإسلامي، العدد: 177، السنة الخامسة عشرة / شعبان لعام 1416 هـ ديسمبر 1995 م: 579.

التالفة حيثما لزم ذلك في مدة معينة[1].

التكييف الرابع:

كون عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لها خصوصيات تجعلها متميزة عن العقود الأخرى. فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعا ولا إجارة ولا غيرهما، وإنما هو عقد مستقل له كيانه الخاص وشروطه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر. نعم، باعتباره عقداً لابد من توافر أركانه وهي : المتعاقدان، والمعقود عليه، والإيجاب، والقبول، وكذلك شروطه العامة. ولابد من البحث عن حكمها الشرعي كعقد مستقل مستحدث[2].

ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صوره المتقدّمة، وهو في حقيقته عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم. وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد، يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة تعيينا نافيا للجهالة المؤدية إلى النزاع، وكذلك تبيين المواد إذا كانت على الصائن، كما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات[3].

ومن خلال ما تقدّم يلاحظ أن التكييف الفقهي لعقد الصيانة إنما يكون بلحاظ أشكال وصور الصيانة، فالصيانة المجردة من كلّ شيء إنما تنسجم مع معطيات الإجارة، والصيانة التي يقدّم مواد الصيانة فإما أن تكون على مالك الأجهزة فتكون الصيانة إجارة صرفة، أو تكون على الصائن فتكون الصيانة إما عقد جديد أو إجارة مشروطة؛ إذ يختلف الحكم باختلاف المباني العلميّة.

---

(1) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 3/ 244.

(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الصيانة، محمد علي التسخيري، العدد 11 – 1419 هـ: 359.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عقد الصيانة، محمد علي التسخيري، العدد 11 – 1419 ه: 410.

ثالثاً: أثر الصيانة على عقد الإستصناع

إن الصيانة المقصودة إمّا أن تكون مشترطة أو لا، والمشترطة إما أن تكون على الصانع وإما على المستصنع له، وكما يأتي:

1ـ عدم اشتراط الصيانة في الإستصناع

إن هذه الصورة ممّا لا ينبغي الحديث عنها؛ تبعاً لعدم الاشتراط في أصل العقد، وطبيعي عند إرادة الصيانة من الصانع فإنه يستلزم إنشاء عقد جديد والاتفاق عليه. ولا ينبغي الإشكال من قبل المستصنع له بأن الصيانة أصبحت شرطاً ضمنيّاً وعليه يجب الإتيان به والاقتصار فيه على تقديم المتعارف؛ من حيث أن الشرط إما أن يراد به ما يكون مضمونه مرتبطا بالعقد فلا خصوصية للمقارنة، فيصدق الشرط الضمني على الالتزام المنشأ قبل تحقق العقد لارتباط مضمونه بالعقد اللاحق فلا بد من الالتزام بصحته. وإما أن يراد به ما يقع العقد مبنياً عليه بحيث يتقيد مضمون العقد به ويكون المتعاقد عليه هو الحصة الخاصة الملازمة للشرط[1].

هذا، وقد يضاف إلى ما تقدّم عدم قدرة المُستصنع له على دعوى معلوميّة ذلك من جهة التعارف على ذلك ثمّ التمسك بمورد "المعروف عرفاً كالمشرط شرطاً"[2]؛ فإن مثل هذا ليس بمعروف ومن يدّعي المعروفية والمعلوميّة الضمنية فعليه الإثبات لدعواه.

2ـ اشتراط الصيانة في الإستصناع

مسألة اشتراط الصيانة في عقد الإستصناع إنما تصح – مضافاً للشرائط العامة في كل شرط من قبيل الإباحة وعدم المخالفة للقرآن الكريم والسنة

---

(1) ينظر: المرتقى إلى الفقه الأرقى، محمد صادق الروحاني، الناشر: دار الحلبي، المطبعة: ستارة – قم، ط: 1، ت: 1378 ش، ج1: 150.

(2) ينظر: الأصول العامة للفقه المقارن: 425.

الشريفة – بوجود شرطين بحسب الظاهر، وكما يأتي:

أ ـ اشتراط عدم الجهل

الجهل في المعاملة يكون على قسمين: منه ما لا يضر الجهل به، ومنه ما يضر؛ وذلك تمسكاً بانطلاقات أدلة ممنوعيّة الجهل الواردة في الأدلة[1]، أو لا أقل استلزام الجهل في المعاملة الحاليّة الإضرار الممنوع بأدلة الضرر. بل اشترط الفقهاء في المعلومية أن تكون ليس من قبيل الرؤية بل أن تكون معلومة بالقدر والوصف[2].

ب ـ اشتراط عدم الغرر

ومما يترتب على الشرط الأوّل هو أن تكون المعلوميّة اللازمة في العقد ممّا لا تجرّ إلى الغرر؛ تمسكاً بقاعدة "نفي الغرر" التي يُستدلُّ بها على فساد البيع الغرريّ، بل ربما يستدلّ بها على فساد سائر المعاملات الغررية[3].

وفي ضوء ما تقدّم يجب على الصانع الوفاء بوجوب الصيانة مضافاً إلى عمليّة الإستصناع؛ لأن المشروط عدم عند عدم شرطه[4]. مضافاً إلى أدلة الوفاء[5].

---

(1) للإطلاع على أدلة منع بيع المجهول ينظر: وسائل الشيعة: 12 / 254 باب 4 ح 1- 2- 3.

(2) ينظر: فقه المضاربة، عبد الكريم الموسوي الأردبيلي، الناشر: مؤسسة النشر لجامعة المفيد، المطبعة: اعتماد – قم، ط: 1، ت: 1421 هـ: 39.

(3) ينظر: حاشية المكاسب، محمد تقي الشيرازي، تح: علي اليزدي، طبع ونشر: الشريف الرضي، ط: 1، ت: 14014 هـ: 2/ 65.

(4) ينظر: رسائل الكركي، علي بن الحسين الكركي، تح: محمد الحسون، الناشر: مكتبة آية الله المرعشي النجفي، المطبعة: الخيام – قم، ط 1، ت: 1409: 2/ 122.

(5) ينظر: بلغة الفقيه، محمد بحر العلوم، تح: حسين بحر العلوم، طبع ونشر: مكتبة الصادق – طهران، ط 4، ت: 1984 م – 1362 ش – 1403 هـ: 4/ 10.

المطلب الثالث

التوريد في عقد الاستصناع

بعد معرفة إن الإستصناع معاوضة مُلِحّة في المجتمع بحيث أُدْخِل في مجالات كثيرة ومتعددة، لم يُقتصر الأمر فيها على طلب الصنعة فحسب بصفة مخصوصة بمدّة محدودة، بل توسّع الأمر ليشمل أن تكون صفة المواد المُستخدمة في صُنع شيء ما موصوفة بصفات لا تكاد موجودة في بلد الصنع بل ينبغي توريد هذه المواد من خارج البلد – مثلاً – ليتم من خلالها تصنيع المادة المطلوبة.

وهذه العملية (التوريد) يقوم بها أفراد معينون، ومن هنا قد يتفق أن يكون المورّد نفسه هو الصانع، وقد لا يتّفق ذلك بل يكون المورّد شخص آخر غير الصانع.

وعليه، فينبغي معرفة حقيقة هذه العقود، ومدى شرعيتها والتكييف الفقهي لها، وأثرها على عمليّة الإستصناع، وكالآتي:

أوّلاً: مفهوم التوريد وأقسامه

ليبان ماهيّة التوريد وأقسامه يتنوّع البحث فيه كالآتي:

1ـ مفهوم عقد التوريد

لبيان ماهيّة عقد التوريد وحقيقته ينبغي ملاحظة المعنى اللغوي لهذه اللفظة (التوريد)، ومن ثمّ المعنى الاصطلاحي؛ ليتسنى لنا ملاحظة الفرق بينما – إن وجد – والخروج برؤية واضحة لهذا المفهوم، فيقال:

لغة:

مصدر وردّ بتشديد الرّاء، ذكر في مختار الصحاح: ورد يرد بالكسر ورودا حضر وأورده غيره واستورده أحضره[1]. ويُقال: أورد فلان الشيء، أي: أحضره، واستورد السلعة ونحوها: جلبها من خارج البلد[2]. ومنه يظهر أن المراد من التوريد هو إحضار السلعة واستيرادها وجلبها من خارج البلد.

اصطلاحاً:

عُرّف التوريد بعدد من التعريفات مرتكزة على المعنى اللغوي لهذه اللفظة – كما سيلاحظ -، ولا ينبغي الوقوف عندها لما هو بيّن من أن هذه التعريفات لا تعدوا عن كونها شرحاً للاسم وإن عدّها أصحابها تعريفات في نظرهم، ومن تلك التعريفات نختار ما يلي:

أ ـ «عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورّد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً، يتكرر مدّة من الزمن»[3].

ويدلّ هذا التعريف على أن موضوع عقد التوريد هو باستمرار توريد أشياء منقولة، كالبضائع أو الفحم أو السفن أو المواد الحربية المختلفة[4].

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف ناظر إلى كون المورِّد شخص والمريد شخص آخر وهي صورة عقد التوريد، ويضاف إليها صورة أخرى وهي ما إذا كان المريد هو المورِّد نفسه فيحصل الإتحاد بينهما ومع ذلك يُسمّى "توريد" لكن ليس بعقد كما

---

(1) ينظر: مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي: 366.

(2) ينظر: القاموس المحيط، محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادي، دار العلم للجميع (بيروت – لبنان)، بلا ط، بلا ت: 1 / 334.

(3) الوسيط في شرح القانون الأردني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المطبعة: المكتبة القانونية، ط 1، ت: 1981 م: 6 / 167.

(4) ينظر: الأسس العامة للعقود الإداريّة "دراسة مقارنة"، سليمان محمد الطّماوي، المطبعة: دار الفكر العربي (بيروت – لبنان)، ط 3: 116.

هو واضح؛ حيث أن منشأ العقديّة يحتاج إلى طرفين والموجود طرف واحد.

ب ـ «هو عقد بين طرفين على توريد سلعة أو مواد محدّدة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن معين يدفع على أقساط»[1].

وطبيعي إن إرادة سلعة ما إنما يبتني على رغبة المريد، وبالتالي تكون سلعة موصوفة بصفات، محددة بتاريخ معيّن تبعاً للحاجة والفائدة لقاء مبلغ معيّن.

إن هذه التعريفات حددت بوضوح التزامات المورّد بتقديم السلع أو الخدمات وكذلك التزامات المورد إليه بدفع البدل حيث ترك تحديد زمن دفع البدل إلى الاتفاق أو العرف[2].

إذاً، ماهيّة عقد التوريد هي: جلب الأشياء والسلع إلى المورَّد إليه (المُريد) في ظرف زمان مخصوص.

2ـ أقسام عقد التوريد

ينقسم عقد التوريد بحسب المواد المورّدة على قسمين، وكما يأتي:

القسم الأوّل: عقود التوريد العاديّة

ويُراد منه بأن يقوم المتعاقد بتوريد أصناف معيّنة من البضائع. فوظيفة المورّد في هذه الحالة هي التوريد فقط، أي جلب المواد المتفق عليها دون إحداث شيء فيها.

القسم الثاني: عقود التوريد الصناعيّة

ويُراد منه بأن يقوم المورّد بتوريد المنقولات المتّفق عليها، مع قيامه بنفسه

---

(1) بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 2/ 98.

(2) ينظر: عقود التوريد في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، نمر صالح محمود، وهي رسالة قدّمت لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس سنة: 2004 م – 1425 هـ: 11.

وبإمكانياته بتصنيع البضائع المتّفق على توريدها[1]. ووظيفة المورّد في هذه الحالة هي التوريد مضافاً إلى عملية الإستصناع.

ثانياً: مشروعيّة عقد التوريد

اختلفت الأنظار الشرعية في مدى إمكانه بعد الجزم بوقوعه خارجاً على قولين – كما هو الظاهر – من حيث الجواز وعدمه.

1ـ دليل المانعين

استدل المانعون على عدم جواز عقد التوريد بأربعة وجوه:

الأوّل: المانع من صحة عقد التوريد هو صدق بيع الدّيْن بالدين - الكالي بالكالي - عليه، وقد ورد النهي عن بيع الدين بالدين كما روى ذلك طلحة بن زيد عن الإمام الصادق عليه السلام أنّه قال: «قال رسول (صلى الله عليه وآله): لا يباع الدّين بالدين»[2].

الثاني: الإجماع على عدم جواز المعاملة إذا كانت نسيئة من الطرفين.

الثالث: لأنّها من أبواب الربا.

الرابع: لأنّها شغل لذمتين (ذمة البائع وذمة المشتري) من غير فائدة[3].

فإنها لو صحّ الاستدلال بأحدها لكفى في عدم جواز العقد المذكور. ولكن هذه دعوى لا يمكن لها الثبات من عدّة جهات:

الجهة الأولى:

حديث الدّين بالدّين حديث ضعيف لوجود (طلحة بن زيد) في سنده وهو رجل

---

(1) ينظر: العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، نصري منصور نابلسي، منشورات زيد الحقوقية – طرق صيدا القديمة، ط 1، ت: 2010 م: 137 – 139.

(2) وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، محمد بن الحسن الحر العاملي: 18 / 298.

(3) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري: 2 / 99.

مجهول في كتب الرجال[1]، وعليه فلا يمكن التمسك به لإثبات الحكم الشرعي.

الجهة الثانية:

دعوى الإجماع على تحريم بيع الدين بالدين لم تثبت، فإن ابن القيم قال: «إن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام، ولا إجماع، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ هو المؤخر الذي لم يقبض، كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ»[2].

الجهة الثالثة:

الربا في بيع الدين بالدين لا يدخل في الصورة التي نحن بصددها، لأننا نتكلم عن مبادلة سلعة بنقد، فالبدلان مختلفان[3].

الجهة الرابعة:

وأما القول بأن في تأجيل البدلين انشغال ذمة كل من المتعاقدين من غير فائدة فليس مُسَلَّماً؛ إذ لو كان كذلك لما تعاقد بذلك أحد، وقد يكون للمتعاقدين غرض سليم في تأجيل البدلين[4] وبهذا يظهر ضعف المستند في دليل المانعين.

2ـ دليل المجوزين

استدلّ المجوزون على مشروعيّة هذا العقد بما يأتي:

---

(1) ينظر: المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، محمد بن حبان البستي، تح: محمود إبراهيم زايد، طبع ونشر: دار الباز للنشر والتوزيع – مكة المكرمة، ط 1، ت: 1993 هـ .

(2) أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن القيّم، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، ط: 1، ت: 1411 هـ - 1991 م: 2/ 9.

(3) ينظر: بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري:2/ 100.

(4) مجلة منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد التاسع – الجزء الثاني، بلا ط، بلا ت: 333.

1. عمومات القرآن الكريم من قبيل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾ [1]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا﴾ [2]، ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ وَمَنۡ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [3].

إذ إن هذه المعاملة يصدق عليها إنها عقد وتجارة وبيع فتشملها العمومات المتقدّمة وهي دليل الصحة.

2. الأصل في العقود الصحة والجواز[4] إلا ما نص الشارع على بطلانه[5].

وفي ضوء ما تقدّم تثبت مشروعيّة عقد التوريد وهو الرأي الراجح؛ حيث يمكن تصحيحه فيما ذُكر.

ثالثاً: أثر عقد التوريد على الإستصناع

لا شك أن المعاملات الصحيحة تكون سبباً واضحاً لنشوء المسبب، سواء كانت من طرفين كما في البيع والنكاح أو من طرف واحد كالعتق والوقف، لا فرق فيه؛

---

(1) المائدة: 1.

(2) النساء: 29.

(3) البقرة: 275.

(4) ينظر: الفوائد العليّة، علي البهبهاني، الناشر: مكتبة دار العلم – أهواز، المطبعة: العلميّة – قم، ط 2، ت: 1405 هـ: 1 / 100.

(5) ينظر: المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب وتنظيم وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، المطبعة: الحكوميّة – مكة المكرمة، ط 1، ت: 1418 هـ: 5 / 217.

من حيث كونها سبباً؛ لأنه علّة لوجود شيء آخر.

وليس ذلك إلا لكون السبب مرّة يكون بوجوده التكويني كالنار بالنسبة للإحراق، ومرّة يكون بالجعل الشرعي أو العرفي كما هو الحال بالنسبة إلى العقود والإيقاعات على اختلاف أنواعها، فإن اعتبار العقد مملكاً لكل من البائع والمشتري للمبيع وثمنه إنما هو بالاعتبار العرفي الذي أقرّه الشرع والقانون[1].

وما دام "التوريد" من جملة العقود فله آثاره الخاصة، ومن جملتها ما كان مأخوذاً بعقد الإستصناع؛ إذ يشترط المُستصنع له على الصانع أن تكون المواد التي تُصنع منها السلعة الكذائيّة مورّدة من الخارج، فللشرط المأخوذ حالتان:

الحالة الأولى:

ما إذا كان شرط التوريد مأخوذاً على نحو شرط الصحة فإنه حينئذ لابدّ من الإتيان؛ إذ إن انتفاء شرط الصحة مستلزما لانتفاء المشروط الصحيح، فبانتفائه ينتفي التمكن عن الإتيان بالمطلوب،فيكون انتفاء الشرط من أفراد عدم التمكن الذي خص العام به عقلاً وشرعا قطعا[2]. وعليه، فيجب الإتيان به لتوقف صحة المعاوضة عليه.

الحالة الثانية:

ما إذا كان مأخوذاً على نحو شرط الكمال، وفي مثل هذه الحالة لا يكون مفاد التوريد داخلاً في الصحة، ولا تتوقف الصحة على الإتيان به، بل غاية ما يُقال أن الإتيان به يستلزم زيادة الأجر وعدم الإتيان موجب للنقيصة بمقداره. وعليه، فإنه في مثل هذه الحالة لا يجب الإتيان بالتوريد لعدم التوقف عليه.

---

(1) ينظر: نظريّة العقد في الفقه الجعفري "عرض واستدلال ومقارنات"، هاشم معروف الحسني: 235.

(2) ينظر: مستند الشيعة، محمد مهدي النراقي: 6/ 46.

الخاتمة

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

و

الملاحق

الخاتمة ونتائج البحث

من الضروري أن تكون معطيات البحث والدراسة والاستقصاء والتحليل قد توصّلتْ إلى مجموعة من النتائج في ضوء تلك القضيّة الكبرى التي تعهّد البحث بتقديم علاجٍ لها، وهي:

1. أكّد البحث أهميّة المعاملة بالاستصناع لاتساع مساحته الحياتية فلئن كان يقتصر على استصناع خفّ أو سيف في عصر صدر الإسلام، أصبح اليوم يغطي مساحة واسعة من متطلبات الحياة العصرية للانسان والتقدّم الصناعي والتقني.

2. لم يكن عقد الاستصناع عقداً مستحدثاً بل كان في ما مضى من العصور من العقود غير المسمّاة لوجود الوقائع على تطبيقاته وأدواره وهي بشكلها البسيط المتيسّر قديماً.

3ـ يكيّف الاستصناع على أساس كونه عقداً مستقلاً بنفسه له شروطه الخاصة لكن لا للأسباب العلمية التي من أجلها أعدّه فقهاء الحنفية عقداً جديداً بل لكونه مشمولاً ومصححاً من قبل أدلة الوفاء بالعقود؛ والأدلّة اللبيّة.

4ـ أثبت البحث بالاستقراء والتتبع إن فقهاء الإماميّة كان لهم دورٌ في تكييف عقد الإستصناع بدراسة الموضوع وبحثه.

5ـ استطاع البحث علاج المشاكل الفقهيّة التي ظهرت من خلال الدراسة لمن أراد اثبات كون الإستصناع عقداً مستقلاً، وأن لا داعي لجعله مستثناً من أصل ممنوع؛ لاستقلاله بالفعل.

6. إن تكييف الإستصناع بواحدة من التكييفات الأخرى يشتمل على عدد من المشاكل، أمثال: التكلّف في التكييف، وعدم وفائها بالغرض المطلوب وعدم تيسّر الوجه المتكيّف ونحوه.

7ـ عدم إمكان إثبات مشروعيّة الإستصناع من خلال الاستحسان والحاجة والعرف وأضرابها؛ كون تلك الكبريات لا تمتلك ثبات حجيّتها، بل أقصى ما تفيده

هو تنقيح صغريات الموضوع.

8ـ ما ذُكر من دليل لفظي خاص – من السنّة الشريفة - على الإستصناع لا يمكن التمسّك به لقصور الدليل على المطلوب، ذلك وإن صححنا أسانيد تلك الأخبار لم يمكن أعتبارها دلالة على المطلوب.

9ـ يمثّل الإستصناع واحدة من القنوات التي تحدّ من المعاملات الربوية المنتشرة، وإن كانت في حدود معطيات هذه المعاملة.

10ـ بالإمكان توظيف هذا العقد لإجراء مختلف الوسائط الماليّة والتعاملات المصرفيّة من خلال فكرة الاستصناع الموازي.

11ـ للاستصناع دور هام في عملية الاستثمار، وبالأخص عمليات التمويل العقاري للإسكان، فيكون من البدائل والحلول التي تُجعل لحل أزمة السكن المنتشرة.

12ـ ما يُجعل في الاستصناع من شرط جزائي مقبول في حدود المحافظة على موضوعيّة العقد بعيداً عن المشاكل وتسويف مصالح العباد والإضرار بهم.

13. جعل الصيانة والتوريد في عقد الإستصناع مقبولاً طالما كانتا وفق الشروط والضوابط الشرعيّة بحيث لا تُستغلّ من خلالها أموال الناس وقدراتهم بسبب الجهل بها – مثلاً -.

وآخر دعوانا ان الحمد لله ربّ العالمين

الملاحـــــق

وتتضمن الإستفتاءات التي قدّمها الباحث لفقهاء الإماميّة المعاصرين، ولم يقدّم الباحث استفتاءات مماثلة لأصحاب السماحة والعلم لبقيّة المذاهب لوجود آرائهم في بحوثهم

ملحق رقم (1) – المراجع الذاهبون للعقديّة المستقلّة

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ محمد إسحاق الفيّاض

- مكتب المرجع الديني سماحة الشيخ الفياض -دام ظله - النجف الأشرف

من: m.kkff@yahoo.com
بتاريخ الإرسال: 12 كانون الأول 2013 08:03 م
إلى: najaf@alfayadh.org
الموضوع: رسالة الكترونية

الإسم الكامل	فارس فضيل
البريد الإلكتروني	m.kkff@yahoo.com
رقم الهاتف	٩٦٤٧٨٠٨٣٨٨/٩٥٨
الدولة	IRAQ
الجنس	ذكر
الى	مكتب النجف الأشرف
موضوع الرسالة	استفتاء بخصوص الاستصناع
نص الرسالة	باسمه تعالى إلى مكتب سماحة آية الله العظمى الحاج الشيخ محمد اسحاق الفيّاض (دام ظله الشريف) السلام عليكم ورحمة الله وبركاته م / أستفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع" في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وعلقت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معتبر، إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو ... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟ هنا يأدامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين

بسمه تعالى

- نعم ، المعاملة صحيحة وهي عقد مستقل معمول بحسب الشروط المتفق عليها من قبل الطرفين .

١٣ صفر ١٤٣٥ هـ

رأي سماحة آية الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني

كد :	٨٨٥٦٠
نام :	فارس فضيل
ايميل :	m.kkff@yahoo.com
سوال :	باسمه تعالى إلى مكتب سماحة آية الله العظمى المرجع الديني السيد محمد صادق الروحاني (دام ظله الشريف) السلام عليكم ورحمة الله وبركاته م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع" في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو ... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟ هذا وأدامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين فارس فضيل

بالسمه جلت لهائه

لا كلام في ان عملية الاصطناع معاملة عقلائية مركبة من ايجاب وقبول فان كان شملها - الصلح - التي حقيقتها هي التراضي والتسالم على امر من تمليك عين او منفعة او حق او فيرد لك ولا شرط فيه كونه مسبوقا بالنزاع بل هو جائز في كل مقام - فهذه العملية داخلة في الصلح - والا فهي معاملة مستقلة - وعقد مستقل مركب من الايجاب والقبول فتشملها عمومات صحة الاختصاص امضاء المعاملات غير المختصة بالعقود التي كانت متعارفة في زمن صدور هاكبلا وجه

٢٥ صفر ١٤٢٥ الروحاني

رأي سماحة آية الله العظمى السيّد كمال الحيدري

بسمه تعالى

سماحة المرجع الديني المفدى السيد كمال الحيدري (دام ظله العالي)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

أفتونا مأجورين:

س / من المسائل التي أنتشرت في انشارا واسعا في العالم ، وكان لها الدور الكبير في الصناعات المختلفة وتوفير العديد من المشاريع هي معاملة الاستصناع والتي تعرف بأنها (اتفاق أو طلب صنعة شيء معين بمواصفات معينة بحيث يكون العمل والمادة على الصانع) ، واستفساراتي هي:-

١- ما هي حقيقة الاستصناع من حيث العقد والوعد؟

٢- إذا كان عقدا فما هو التخريج الفقهي له؟ هل هو : إجارة ، بيع سلم ، عقد بيع ، عقد جديد ،....؟

٣- هل تحديد الأجل شرط في صحته ؟

٤- هل يقع الاستصناع معاطاتيا؟

٥- هل من قائل بالاستصناع من فقهاء الإمامية المتقدمين فضلا عن المتأخرين ومتأخري المتأخرين ؟

الباحث فارس فاضل عطيوي

الجواب:-

بسم الله الرحمن الرحيم

وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته

هذا العقد وامثاله من العقود الجديدة التي لم تسمَّ من قبل، وهي عقود صحيحة لا إشكال فيها إذا لم تحرم حلالاً ولم تحلل حراماً، ومشمولة بقوله (أوفوا بالعقود) وقوله : (إلا ان تكون تجارة عن تراض) وقوله: (المؤمنون عند شروطهم، وهو ليس من العقود المسماة كعقد الإجارة والنكاح وما شابه ذلك.

ولابد فيه من معرفة الجنس والوصف للبضاعة المطلوبة حتى يرتفع الغرر عن الطرفين اشتراط المدة في العقد أو فسخ العقد في حالة عدم توفر البضاعة المطلوبة في الوقت المحدد، نعم يشترط تعيين المدة باعتبار أن الثمن أو المثمن هو متعلق بالذمة وبمنزلة الدين، ويقع الاستصناع معاطاتياً ولا إشكال فيه.

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ صالح الطائي

بسمه تعالى

إلى مكتب سماحة آية الله العظمى المرجع الديني صاحب أحسن تقرير العلامة الشيخ صالح الطائي (دام ظله الوارف) .

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / سؤال

من المسائل التي انتشرت انتشاراً واسعاً في العالم ، وكان لها الدور الكبير في الصناعات المختلفة وتوفير العديد من المشاريع هي معاملة الاستصناع والتي تُعرّف بأنها (اتفاق لو طلب صانعة شيء معيّن بمواصفات معينة بحيث يكون العمل والمادة على الصانع) ، وتتلخص استفساراتي بما يلي :

١ـ ما هي حقيقة الاستصناع من حيث العقد والوعد .

٢ـ وإذا كان عقداً فما هو التخريج الفقهي له ؟ هل هو : إجارة ، بيع سلم ، عقد جديد ، ...؟ .

٣ـ هل تحديد الأجل شرط في صحته ؟

٤ـ هل يقع الاستصناع معاطاتياً ؟

٥ـ هل من قائل بالاستصناع من فقهاء الإمامية المتقدمين فضلاً عن المتأخرين ومتأخري المتأخرين ؟

وهذا وأدامكم الله لخدمة الإسلام والمسلمين

الباحث

فارس فضيل عطيوي

٠٧٨٠٨٢٨٥٩٥٨

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الاستصناع لغة مصدر استصنع الشيء أي ندب نفسه لصنعه ، وهو معاملة عقلائية ليست جديدة وقائمة على القبول والإيجاب والعقد لازم ، ومنهم من قال أنه جائز ، وقال الشيخ النوري (قدس سره) في مستدرك الوسائل بأن القرض بالخيار ، ويمكن أن يستدل عليه بقوله تعالى أن تجعل بيننا وبينهم سداً) سورة الكهف ، وفي المتون نجعل لك خرجاً على (قالوا يا ذا القرنين إن يأجوج ومأجوج مفسدون في الأرض فهل والاستصناع عقد مستقل أقرب إلى البيع ، ومن العقد ، في جعله من السلم ومنهم من جعله من الوجاع ، والمدار على ماهية العقد ، فالوصف ضروري .

وليس تحديد الأجل شرطاً في صحته للوصف المذكور نعم شرطهم بتقريب أن عدم شرط الأجل يعتبر من الشروط بحيث لا يصح إلى الغبن أو الغرر أو الجهالة ، ويصح الاستصناع قصداً وتملكاً وغاية وتمليك بعوض بالفعل وليس بالعوض ، ولكنه يفتقر للقبول والإيجاب وقد بيناه في بحوثنا الفقهية في درس الفقه المقارن (الخارجة)

والعلم عند الله ،

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ محمد أمين المامقاني

إلى مكتب المرجع الديني الكبير سماحة آية الله العظمى الشيخ محمّد أمين المامقاني

(دام ظلّه)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بالاستصناع

في العقود المتأخرة انتشرت معاملة "الاستصناع" بشكل كبير وملفت ، والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معيّنة أو إلى شخص معيّن ويطلب منه أن يصنع له شيئاً معيّناً بمواصفات معيّنة كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو ... بحيث تكون مواد العمل والعمل نفسه على الصانع) فهل هذه معاملة صحيحة ؟ وهل تدخل تحت أحد العقود المعروفة كالبيع أو الإجارة أو ... ؟ أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

فارس فضيل/ العراق

بسمه تعالى شأنه
المعاملة عندي صحيحة وهي عقد مستقل وفيه ضمان على الطرفين :
يضمن أحدهما العمل والمواد الخام التي يتطلبها العمل، ويضمن
الآخر العوض المعين الذي يتفقان عليه حين التعاقد والتراضي
ولابد من تعيين مقدار العوض حين التعاقد .
١٤٢٥/٩/١٧هـ

رأي سماحة آية الله العظمى السيّد صادق الشيرازي

إلى مكتب سماحة آية العظمى المرجع الديني الكبير السيّد صادق الشيرازي (دام ظلّه)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بالاستصناع

في العقود المتأخرة انتشرت معاملة "الاستصناع" بشكل كبير وملفت ، والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معيّنة أو إلى شخص معيّن ويطلب منه أن يصنع له شيء معيّن بمواصفات معيّنة كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو ... بحيث تكون مواد العمل والعمل نفسه على الصانع) فهل هذه معاملة صحيحة ؟ وهل تدخل تحت أحد العقود المعروفة كالبيع أو الإجارة أو ... ؟ أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

هذا ، وأدامكم الله لخدمة الإسلام والمسلمين

فارس فضيل

بسم الله الرحمن الرحيم

الاستصناع عقد مستقل و على كلا الطرفين الالتزام بالأحكام المقررة ، و الضمان يمكن ايضا حسب الاتفاق بين الطرفين ، و الله العالم

والسلام

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ صانعي

Subject: پاسخ نامه شماره [148499] دفتر حضرت آية الله العظمي صانعي

From: istifta@saanei.net (istifta@saanei.net)

To: m.kkff@yahoo.com;

Date: Wednesday, 5 February 2014, 11:53

باسمه تعالى
سلام عليكم؛
ج- هذه المعامله صحيحة والعقد مستقل ولا بأس بها.

الاسم	فارس
اللقب	فضيل
العنوان الالكتروني	m.kkff@yahoo.com
العمر	31
الجواب عبر خدمة الرسائل القصيرة	
البلد	Iraq
الموضوع	إرسال الاسئلة الشرعية
السؤال	إلى مكتب سماحة آية العظمى الشيخ الصانعي (دام ظله) السلام عليكم ورحمة الله وبركاته م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بالاستصناع في العقود المتأخرة انتشرت معاملة \"الاستصناع\" بشكل كبير وملفت، والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معيّنة أو إلى شخص معيّن ويطلب منه أن يصنع له شيء معيّن بمواصفات معيّنة كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو. ..بحيث تكون مواد العمل والعمل نفسه على الصانع) فهل هذه معاملة صحيحة ؟ وهل تدخل تحت أحد العقود المعروفة كالبيع أو الإجارة أو... ؟ أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟ وارجو وان يكن الجواب مختوماً بختم يد السماحة أو المكتب الشريف فارس فضيل /العراق

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ محمّد جواد فاضل اللنگراني

بسمه تعالى

وعليكم السلام ورحمة الله و بركاته

الظاهر ان عقد الاستصناع عقد مستقل عقلائى لا يدخل تحت عنوان البيع او الاجارة او الجعاله نعم يصح ادراجه تحت عنوان الصلح. والمعتبرعندنا فى صحة المعاملات بمعنى هو العنوان السلبى ان لا تكون غرريا و ايضا لا تكون من مصايق الاكل بالباطل و بعبارة اخرى لا يشترط فى صحة المعامله العنوان الايجابى و دخولها فى عنوان البيع اوالتجارة حتى تكون مشمولة لاحل الله البيع او تجارة عن تراض و بناء على ذلک يكون هذا العقد مع وجود الشرطين اى عدم الجهالة و عدم كونه اكلا بالباطل عقدا صحيحا لازما يجرى فيه الضمان المعاوضى اعنى ضمان المسمى فتدبر

محمدجواد الفاضل اللنكرانى

25 صفر المظفر 1435

From: m.kkff@yahoo.com [mailto:m.kkff@yahoo.com]

Sent: Thursday, December 19, 2013 5:25 PM

To: info@lankarani.com

Subject: 53380

53380	سن	جنسيت	اسم	كشور
Arabic	30	مرد	فارس فضيل	Iraq

باسمه تعالى

إلى مكتب سماحة آية الله العظمى المرجع الديني الشيخ محمد جواد اللنكراني (دام ظله الشريف)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع"

في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

هذا وأدامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين

فارس فضيل

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

رأي سماحة آية الله العظمى السيّد محمد علي دستغيب

Subject: RE: پايگاه اطلاع رسانى دفتر حضرت آيت الله حاج سيدعلي محمد دستغيب: استفتاء بخصوص معاملة الاستصناع

From: Daftar (daftar@dastgheib.com)

To: m.kkff@yahoo.com;

Date: Sunday, 23 February 2014, 11:10

بسم الله الرحمن الرحيم

السلام عليكم

المعاملة المعروفة بالإستصناع هو عقد صحيح لازم مستقلّ و لا يدخل تحت العقود المعهودة و إن كان بينه و بين البيع و الإجارة وجوه من التشابه.

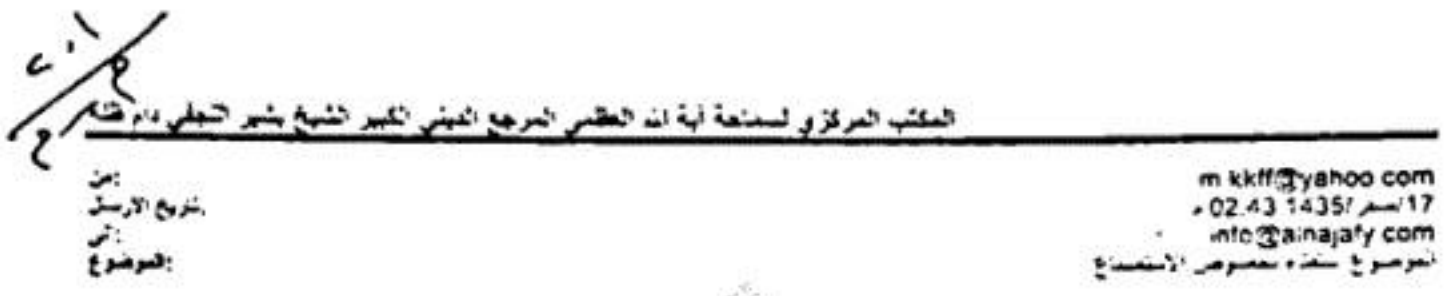
مكتب المرجع الدينى سماحة آية الله العظمى سيّد على محمّد دستغيب الشيرازى

إلى مكتب سماحة آية العظمى السيد محمد علي دستغيب (دام ظلّه) السلام عليكم ورحمة الله وبركاته م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بالاستصناع في العقود المتأخرة انتشرت معاملة "الاستصناع" بشكل كبير وملفت، والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معيّنة أو إلى شخص معيّن ويطلب منه أن يصنع له شيء معيّن بمواصفات معيّنة كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو... بحيث تكون مواد العمل والعمل نفسه على الصانع) فهل هذه معاملة صحيحة ؟ وهل تدخل تحت أحد العقود المعروفة كالبيع أو الإجارة أو... ؟ أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟ وارجو وان يكون الجواب مختوماً بختم يد السماحة أو المكتب الشريف

فارس فضيل/ العراق

ملحق رقم (2) / المراجع الذاهبون للبيعيّة

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ بشير النجفي



المكتب المركزي لسماحة آية الله العظمى المرجع الديني الكبير الشيخ بشير النجفي دام ظله

من:
المرجع المرسل
إلى:
الموضوع:

m.kkff@yahoo.com
17/صفر/1435 02.43 م
info@alnajafy.com
الموضوع: استفتاء بخصوص الاستصناع

الاسم: فارس فضيل
الموضوع: استفتاء بخصوص الاستصناع
الدولة: العراق
المهنة: الصحف
البريد الالكتروني: m.kkff@yahoo.com

السؤال:
يقدم المتسائل مكتب سماحة آية الله العظمى المرجع الديني المجدد الشيخ بشير النجفي (دام ظله الشريف) السلام عليكم ورحمة الله وبركاته / استفتاء بخصوص ما يعرف بـ "الاستصناع" في العقود المتأخرة المتعارف عليه "الاستصناع" تشكل كبير وسعت واسع بين عدد من (من يأتي شخص معين الى شركة معينة او الى شخص معين ويطلب ان يصنع له شيء معين بمواصفات يطلبها كأن يكون سيارة او جهاز تبريد او ... حيث تكون العوده والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن احد العقود المعروفة او هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟ هذا وادامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين فارس فضيل

بسمه سبحانه المعامله صحيحة وتدخل في ثمن البيع والله العالم

رأي سماحة آية الله العظمى السيد عبد الكريم الأردبيلي

From: ardebili@ardebili.org [mailto:ardebili@ardebili.org]

Sent: Thursday, December 19, 2013 4:58 PM

To: istifta@ardebili.org

Subject: استفتاء بخصوص الاستصناع

No: 0009279
زبان: عربى
الاسم: **m.kkff@yahoo.com**

فارس فضيل

العنوان: العراق - النجف الاشرف

الاستفتاء: باسمه تعالى إلى مكتب سماحة آية الله العظمى المرجع الديني السيد عبد الكريم الموسوي الاردبيلي (دام ظله الشريف) السلام عليكم ورحمة الله وبركاته م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع" في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟ هذا وأدامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين

بسمه تعالى هو بيع وشراء ويكون تحويل المبيع فيه مؤجلاً وتحويل الثمن غير محدد فان كانت الشروط الباقية للمعاملة متوفرة فلا بأس به والله العالم

رقم السؤال: ٠٠٠٩٢٧٩

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ محمد محمد طاهر الخاقاني

إلى مكتب سماحة آية العظمى المرجع الشيخ محمد طاهر آل شبير الخاقاني (دام ظله)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بالاستصناع

في العقود المتأخرة انتشرت معاملة "الاستصناع" بشكل كبير ولفت ، والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معيّنة أو إلى شخص معيّن ويطلب منه أن يصنع له شيء معيّن بمواصفات معيّنة كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو ... بحيث تكون مواد العمل والعمل نفسه على الصانع) فهل هذه معاملة صحيحة ؟ وهل تدخل تحت أحد العقود المعروفة كالبيع أو الإجارة أو ... ؟ أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

هذا ، وأدامكم الله لخدمة الإسلام والمسلمين

فارس فضيل

الجواب:
بعون الله تعالى
نعم ان عملية الاستصناع هي عقد واحد
يرجع الى عقدين انضمامين احدهما
يرجع الى المبادئ وثانيهما راجع الى
النتائج فظرف الموجب آن اخذه
نحو المبادئ يكون العقد بيع و
هو في تحت عنوان البيع وان
نظر على نحو النتائج يكون العقد
اجارة وان الميزان عند وجود
الملية في التقابل المعاملي
يظهر في عملية الاستصناع
يرجع الى البيع فان كان الموجب
مشترط استعمال العوادي اللازمة كان

٤ ربيع الثاني
١٤٣٥

رأي سماحة آية الله العظمى الميرزا يدالله دوزدوزاني تبريزي

تاريخ ارسال:	٩٢/١١/١٥	دبيرخانه دفتر حضرت آيت الله العظمى دوزدوزانى تبريزى (مدظله العالى)
كد:	٢٩٥٦٦	
نام:	فارس فضيل	
ايميل:	m.kkff@yahii.com	

سوال:

إلى مكتب سماحة آية العظمى الميرزا يد الله دوزدوزانى (دام ظلّه)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بالاستصناع

فى العقود المتأخرة انتشرت معاملة "الاستصناع" بشكل كبير وملفت . والتى تعنى عندهم (بأن يأتى شخص معيّن إلى شركة معيّنة أو إلى شخص معيّن ويطلب منه أن يصنع له شئ، معيّن بمواصفات معيّنة كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو ... بحيث تكون مواد العمل والعمل نفسه على الصانع) فهل هذه معاملة صحيحة ؟ وهل تدخل تحت أحد العقود المعروفة كالبيع أو الإجارة أو ... ؟ أو هى عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

وارجو وان يكون الجواب مختوماً بختم يد السماحة أو المكتب الشريف

فارس فضيل / العراق

جواب:

المعروض السئوال يدخل فى باب بيع السلم

ويعتبر فيه شرائطه من تسليم الثمن نقداً وغيره يدالله دوزدوزاني تبريزي

٩٢/١٢/١٥

رأي سماحة اية الله العظمى السيد علي السيستاني

Subject: استفتاء بخصوص الاستصناع :RE

From: مكتب السيد السيستاني (دام ظله) - قسم الاستفتاءات (arabic@alsistani.org)

To: m.kkff@yahoo.com;

Date: Monday, 6 January 2014, 10:17

باسمه تعالى

هذا بيع وشراء ولا خصوصية فيه الا طلب صفات خاصة

ودمتم موفقين

السؤال: باسمه تعالى

إلى مكتب سماحة آية الله العظمى المرجع الديني الأعلى الحاج السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله الشريف)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع"

في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

هذا وأدامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين

ip: ١٤:٣٦) Time (Najaf): ٨:٠(- ٣:٣٤Time (Local):
٣٧,٢٣٦,١٦٠,٢٢٧

رأي سماحة آية الله العظمى السيّد محمّد حسين فضل الله

Subject:	m.kkff@yahoo.com
From:	Bayynat (bayynat@bayynat.org.lb)
To:	m.kkff@yahoo.com;
Date:	Thursday, 16 January 2014, 8:56

بسم الله الرحمن الرحيم

From: istif@bayynat.org.lb
To: m.kkff@yahoo.com
No: 21/15 January2014

أمناء مرجعية العلامة المرجع آية الله العظمى السيد محمد حسين فضل الله (رض)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

س) استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع" في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

باسمه تعالى:

ج) هذه تدخل تحت عقد البيع وأحكامه، ويشملها ما يسمى بـ (بيع السلف أو السلم) إن تم دفع تمام الثمن مسبقاً، أو عقد البيع العادي الذي يشترط فيه تأخير تسليم المثمن والثمن معاً. ويكون عقد البيع في الحالتين ملزماً للطرفين عند تمامه بشروطه.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

رأي سماحة العلامة السيّد علي الأمين

Elamine

To Me

Today at 12:14 PM

إلى مكتب سماحة آية الله العلامة السيد على الأمين(دام ظله الشريف)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع"

في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

هذا وأدامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين

فارس فضيل

عليكم السلام ورحمة الله وبركاته

الجواب- الظاهر- والله أعلم - أن "الإستصناع" المذكور في السؤال يندرج تحت عنوان بيع السَّلف الذي يذكره الفقهاء في عقود البيع، وهو شراء لأمرٍ كلّيّ غير ناجز بمواصفات معيّنة تخرجه عن الجهالة.

ملحق رقم (3) / العلماء المتوقفون في بيان عنوانها

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ بشير النجفي

المكتب المركزي لسماحة آية الله العظمى المرجع الديني الكبير الشيخ بشير النجفي دام ظله

[The central office of The Gand Aytollah Sheikh Bashir Alnajafy [english@alnajafy.com

من:
تاريخ الإرسال:
إلى:
الموضوع:
المرفقات:

From: kkff mm [mailto:m.kkff@yahoo.com]
Sent: Sunday, December 22, 2013 2:47 PM
To: english@alnajafy.com
Subject: استفتاء بخصوص الاستصناع

m kkff@yahoo.com

باسمه تعالى

إلى مكتب سماحة آية الله العظمى المرجع الديني المجتهد الشيخ بشير النجفي (دام ظله الشريف)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع"

في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معين إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معين بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو ... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

هذا وادامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين

فارس فضيل

بسم الله الرحمن الرحيم
المعاملة صحيحة اذا استوفت الجوانب
الاخرى ابرزها ان يكون المطلوب شيئا معلوما
والثاني صفات المصنوع التي لها دخل في زيادة
الاجرة للصنعة لتكون واضحة لدى الطرفين
والمدة التي يجب على الصانع لاكمال الصنعة
محددة ومعلومة للطرفين ايضا والسلام عليكم

رأي سماحة آية الله الشيخ شمس الدين الواعظي

إلى مكتب المرجع الديني الكبير سماحة آية الله العظمى الشيخ شمس الدّين الواعظي

(دام ظلّه)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بالاستصناع

في العقود المتأخرة انتشرت معاملة "الاستصناع" بشكل كبير وملفت ، والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معيّنة أو إلى شخص معيّن ويطلب منه أن يصنع له شيئاً معيّناً بمواصفات معيّنة كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو ... بحيث تكون مواد العمل والعمل نفسه على الصانع) فهل هذه معاملة صحيحة ؟ وهل تدخل تحت أحد العقود المعروفة كالبيع أو الإجارة أو ... ؟ أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

فارس فضيل/ العراق

جواب

بسمه تعالى

لا إشكال في هذه المعاملة وهي باب المؤمنون عند شروطهم فيجب الوفاء بالمشروط

رأي سماحة آية الله العظمى كاظم الحائري

Print - Close Window - Click More at the bottom of the email to print a single message

Subject: RE: • البيع

From: مكتب سماحة اية الله العظمى السيد كاظم الحائري دام ظله (Istifta@alhaeri.org)

To: m.kkff@yahoo.com;

Date: Thursday, 30 January 2014, 20:41

بسم الله الرحمن الرحيم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

المعاملة صحيحة. وإن كان المقصود بالضمان: ضمان العوض حال تبيّن فساد المعاملة، فالجواب نعم .المكتب - قم المقدسة

-----Original Message-----

From: m.kkff@yahoo.com [mailto:m.kkff@yahoo.com]

Sent: 21 ربيع الأول 1435 00:30

To: istifta@alhaeri.org

Subject: • البيع

الإسم: فارس فضيل

الدولة: العراق - النجف

العمر: 31

السؤال:

باسمه تعالى

إلى مكتب المرجع الديني الكبير آيةالله العظمى السيد كاظم الحسيني الحائري (دام ظله)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع "

في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

هذا وأدامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين

العراق

فارس فضيل

ملحق رقم (4) العلماء المانعون من صحته

رأي سماحة آية الله العظمى الشيخ محمد جميل العاملي

Subject: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

From: Aletra Center For Studies and Researches (aletra.org@live.com)

To: m.kkff@yahoo.com;

Date: Thursday, 13 February 2014, 1:34

باسمه تعالى

إلى مكتب المرجع الديني الكبير آية الله المحقق الحجة الشيخ محمد جميل حمود العاملي (دام ظله الوارف)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

م / استفتاء بخصوص ما يُعرف بـ "الاستصناع"

في العقود المتأخرة انتشرت عملية "الاستصناع" بشكل كبير وملفت والتي تعني عندهم (بأن يأتي شخص معيّن إلى شركة معينة أو إلى شخص معين ويطلب أن يُصنع له شيء معيّن بمواصفات يطلبها كأن تكون سيارة أو جهاز تبريد أو... بحيث تكون المواد والعمل عليهم) فهل هذه المعاملة صحيحة ؟ وهي تدخل ضمن أحد العقود المعروفة أو هي عقد مستقل ؟ وهل فيها ضمان ؟

هذا وأدامكم الله لخدمة الاسلام والمسلمين

الموضوع الفقهي: عقد الإستصناع هو بيع السلف.

بسمه تعالى

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الإستصناع جائز شرعاً شريطة أن يكون الثمن حالاً، وهو ما يسمى في العقود عندنا ببيع السلف وهو يعني دفع الثمن حالاً والمثمن مؤجلاً، وأما إذا لم يعطِ المشتري الثمن ولا البائع المثمن إلا بعد مدة معينة كمفروض سؤالكم الكريم فإنه يسمى بيع الدين بالدين ويسمى أيضاً بيع الكالي بالكالي، ومعناه لغة المراقبة، والمعنى هنا أن كلاً من الغريمين يرتقب صاحبه من أجل دينه، وهذا البيع باطل شرعاً إجماعاً ونصاً، لأنه بيع ما لا يقبض، وقد نهى النبي الأعظم صلى الله عليه وآله عن بيع الدين بالدين، والأخبار مستفيضة في ذلك، والضمان على المتخلف، والسلام عليكم

حررها العبد الفاني محمد جميل حمود العاملي

بيروت بتاريخ 10 ربيع الثاني 1435هـ.

المصادر والمراجع المعتمدة

أبرز المصادر والمراجع المعتمدة

القرآن الكريم خير ما نبتدئ به.

1. الإجارة، محمد حسين الأصفهاني (ت: 1361 ه)، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 2، ت: 1409 هـ

2ـ الأجل في الفقه الإسلامي، صاحب محمد حسين نصّار (معاصر)، الناشر: المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، المطبعة: نكار – طهران، ط 1، ت: 1430 هـ

3ـ أحكام البنوك والأسهم والسندات والأسواق المالية (البورصة)، محمد اسحاق الفيّاض (معاصر)، الناشر: مكتب الشيخ الفيّاض، المطبعة: أمير – قم، ط 1، بلا ت.

4. الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي (ت: 456 ه)، تح: أحمد محمد شاكر، دار الجيل – بيروت، ط 2، ت: 1407 ه - 1987م.

5ـ الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي (ت: 631 هـ)، الناشر: مؤسسة الحلبي – مصر، بلا ط، ت: 1387 هـ

6ـ أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصّاص (ت: 370 هـ)، تح: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1415هـ

7. الاختيارات الفقهيّة لشيخ الإسلام بن تيميّة، علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي (ت: 803 ه)، المطبعة: السنة المحمديّة – مصر، ط 1، ت: 1399 هـ

8. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، الحسن بن يوسف بن المطهّر الحلي (ت: 726 هـ)، تح: فارس الحسّون، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1410هـ

9. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، جواد التبريزي (معاصر)، مؤسسة اسماعيليان – قم، ط 2، ت: 1416 هـ

10. ارشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: 1255)، الناشر: دار السلام، بلا ط، ت: 1418 هـ - 1998 م.

11. الأسس العامة للعقود الإداريّة "دراسة مقارنة"، سليمان محمد الطّماوي (معاصر)، المطبعة: دار الفكر العربي (بيروت – لبنان)، ط 3، بلا ت.

12. أسواق الأوراق الماليّة – البورصة، عصام حسين (معاصر)، الناشر: دار أسامه – الأردن، ط 1، ت: 2008 م.

13. الاشباه والنظائر، زين الدّين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم (ت: 970 هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، بلا ط، بلا ت.

14. إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، قطب الدين البيهقي (القرن السادس الهجري)، تح: ابراهيم البهادري، المطبعة: اعتماد – قم، ط 1، ت: 1416 هـ

15. الأصول العامة للفقه المقارن، محمد تقي الحكيم (معاصر)، المطبعة: سليمان زاده، ط 1، ت: 1428 هـ

16. أصول الفقه، محمد رضا المظفر (ت: 1383 هـ)، تح: عباس علي الزارعي السبزواري، المطبعة والنشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 4، ت: 1427 هـ - 1385ش.

17. أصول الفقه المقارن فيما لا نصّ فيه، جعفر السبحاني (معاصر)، طبع ونشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، ط 1، ت: 1425 هـ

18. الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار، محمد بن موسى الحازمي (ت: 584هـ)، تح: عبد المعطي أمين فلعجي، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية – باكستان، ط 2، ت: 1410 هـ

19. الأعلام، خير الدين الزركلي (ت: 1410 هـ)، دار العلم للملايين – بيروت، ط 5، ت: 1380 هـ

20. أعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن القيم (ت: 751 هـ)، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، ط: 1، ت: 1411 هـ - 1991 م.

21ـ إفاضة العوائد تعليق على درر الفوائد، محمد رضا الكلبايكاني (ت: 1414هـ)، الناشر: دار القرآن الكريم، المطبعة: مهر – قم المقدسة، ط 1، ت: 1411هـ

22ـ الإقناع، موسى بن أحمد الحجاوي (ت: 960 هـ)، الناشر: محمد علي بيضون – بيروت، ط 1، ت: 1418 هـ

23ـ الأم، محمّد ابن ادريس الشافعي المطلبي (ت: 204 هـ)، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط2، ت: 1403 هـ - 1983 م.

24ـ الإمام جعفر الصادق عليه السلام، عبد الحليم الجندي (معاصر)، تح: محمد توفيق عويضة، مطابع الأهرام التجارية – القاهرة، بلا ط، ت: 1379 هـ - 1977 هـ

25. الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرداوي (ت: 885 هـ)، دار إحياء التراث العربي (بيروت – لبنان)، تح: محمد حامد الفقي، ط 2، ت: 1406 هـ

26. الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع، حسين آل عصفور (ت: 1216 هـ)، تح: محسن آل عصفور، المطبعة: نمونة – قم، بلا ط، بلا ت.

27ـ أهمية التمويل الإسلامي وجذوره التاريخيّة، محمد الأفرحي (معاصر)، الناشر: جامعة الأغواط – الجزائر، ط 1، ت: 2010 م.

28ـ البحر الرائق، زين الدّين بن ابراهيم ابن نجيم المصري (ت: 970 هـ)، تح: زكريا عميرات، الناشر: محمد علي بيضون، المطبعة: دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1418 هـ - 1997 م.

29. البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين الزركشي (ت: 794هـ)، تح: محمد

محمد ثامر، ط 1، ت: 2000 م

30ـ بحوث فقهيّة، حسين بن علي الحلي (ت: 1394 هـ)، تح: عز الدين بحر العلوم، الناشر: دار الزهراء – بيروت، ط 2، ت: 1973 م.

31ـ بحوث في الفقه المعاصر، حسن الجواهري (معاصر)، الناشر: مجمع الذخائر، المطبعة: كوثر – قم، ط 1، ت: 1427 هـ

32ـ بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، علي محي الدّين القره داغي (معاصر)، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط 2، ت: 2013 م.

33ـ بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي عثماني (معاصر)، دار القلم – دمشق، ط 2، ت: 2011 م.

34ـ بداية الوصول في شرح كفاية الأصول، محمد طاهر آل راضي (ت: 1400هـ)، تح: عبد الحكيم الموسوي، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1425 هـ - 2004 م.

35. البداية والنهاية، إسماعيل بن كثير الدّمشقي (ت: 774 هـ)، تح: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، ط 1، ت: 1408 هـ

36ـ بدائع الصنائع، علاء الدين بن مسعود الكاساني (ت: 587 هـ)، المكتبة الحبيبية – باكستان، ط1، ت: 1409 هـ - 1989 م.

37. البشارة في شرح كتاب الإجارة، تقرير بحث الإيرواني (معاصر) بقلم أحمد الاحسائي، الناشر: مؤسسة أم القرى - بيروت، ط 1، ت: 1421 هـ

38ـ بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الخلوتي المعروف بالصاوي (ت: 1241 هـ)، المطبعة: دار المعارف – بيروت، بلاط، بلات.

39ـ بلغة الفقيه، محمد بحر العلوم (ت: 1326 هـ)، تح: حسين بحر العلوم، طبع ونشر: مكتبة الصادق – طهران، ط 4، ت: 1984 م – 1362 ش – 1403 هـ

40. البنك اللاربوي في الإسلام، محمد باقر الصدر (ت: 1980 م)، دار التعارف للمطبوعات – بيروت، ط 7، ت: 1981 م.

41. بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلاميّة، محمد الأشقر (معاصر)، الناشر: دار النفائس – عمّان، ط2، ت: 1415 هـ - 1994 م.

42. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد الزبيدي (ت: 1205هـ)، تح: علي شيري، دار الفكر – بيروت، لا ط، ت: 1414 هـ

43ـ تاريخ الطبري، محمد بن جرير الطبري (ت: 310 هـ)، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات (بيروت - لبنان)، ط 4، ت: 1403 هـ

44ـ تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، الحسن بن يوسف المعروف بالعلامة الحلي (ت: 726 هـ)، تح: أحمد الحسيني وهادي اليوسفي، الناشر: انتشارات فقيه – ايران، ط 1، ت: 1368 ش.

45. تحرير الأحكام، العلامة الحسن بن يوسف الحلي (ت: 726 هـ)، تح: ابراهيم البهادري، المطبعة: اعتماد – قم، ط 1، ت: 1420 هـ

46ـ تحرير المجلّة، محمد حسين كاشف الغطاء (ت: 1373 هـ)، المطبعة: الحيدرية – النجف الأشرف، ب ت ط، ت: 1360 هـ

47ـ تحفة الفقهاء، علاء الدين محمد السمرقندي (ت: 540 هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، ط2، ت: 1414 هـ - 1993 م.

48. تحقيق الأصول، علي الميلاني (معاصر)، الناشر: مركز الحقائق الإسلاميّة، المطبعة: وفا – قم، ط 1، ت: 1428 هـ

49ـ تخريج أحاديث إحياء علوم الدين، زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي (ت: 806 هـ)، الناشر: دار العاصمة – الرياض، ط 1، ت: 1408 هـ - 1987م.

50. تذكرة الفقهاء، الحسن بن يوسف بن المطهّر الحلّي (ت: 726 هـ)، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1420 هـ

51. التعريفات، علي بن محمد بن عربي الجرجاني (ت: 816 هـ)، المطبعة الخيريّة – مصر، ط 1، ت: 1306 هـ

52. التعليقة على المكاسب، عبد الحسين اللاري (ت: 1342 هـ)، تحقيق ونشر:

مؤسسة المعارف الإسلاميّة، المطبعة: باسدار إسلام – قم، ط 1، ت: 1418 هـ

53ـ تكملة البحر الرائق، محمد بن حسين الطوري القادري الحنفي (ت:1138هـ)، الناشر: منشورات محمد علي بيضون، تح: زكريا عميرات، المطبعة: دار الكتب العلمية (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1418 هـ - 1997 م.

54ـ تكملة حاشية رد المحتار، محمد علاء الدين أفندي (ت: 1306 هـ)، دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1415 هـ

55ـ تلخيص الاختلاف وخلاصة الاختلاف، المفلح بن حسن الصيمري (القرن السابع)، تح: مهدي الرجائي، إشراف: محمود المرعشي، الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي العامة – قم المقدسة، المطبعة: سيد الشهداء – قم، ط1، ت: 1408 هـ

56ـ تمويل القطاع الصناعي وفق صيغ التمويل الإسلامية "تجربة بعض المصارف السودانية"، عثمان بابكر أحمد (معاصر)، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية بالبنك الإسلامي للتنمية (جدة – السعودية)، ت: 2004 م.

57. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، مقداد بن عبد الله السيوري (ت: 826 هـ)، تح: عبد اللطيف الحسيني، المطبعة: الخيام – قم، ب ط، ت: 1404 هـ

58. التنقيح في شرح المكاسب من الموسوعة، تقرير بحث الخوئي (ت: 1413 هـ) للغروي، طبع ونشر: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، ط 1، 1425 هـ

59. تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد، محمد بن الحسن الطوسي (ت: 460 هـ)، تعليق: علي أكبر الغفاري، الناشر: دار الكتب الإسلامية، المطبعة: مروى – طهران، ط 1، ت: 1384 ش.

60ـ تيسير العلام شرح عمدة الأحكام، عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح البسّام (ت: 1423 هـ)، تح: محمد صبحي بن حسن حلاق، الناشر: مكتبة الصحابة – الإمارات، ط 10، ت: 1426 هـ

61ـ جامع المقاصد في شرح القواعد، علي بن الحسين المحقق الكركي (ت: 940هـ)، نشر وتحقيق: مؤسسة آل البيت العالمية، المطبعة: المهدية – قم، ط 1،

ت: 1408 هـ

62ـ الجامع للشرائع، يحيى بن سعيد الحلي (ت: 690 هـ)، إشراف: جعفر السبحاني، المطبعة: العلمية – قم، ط 1، ت: 1405 هـ

63ـ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري (ت: 450 هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1419 هـ

64ـ الجعالة والاستصناع "تحليل فقهي واقتصادي"، شوقي أحمد دنيا (معاصر)، ط2، ت: 1419 هـ

65. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، محمد حسن النجفي (ت: 1266 هـ)، تح: علي الآخوندي، الناشر: دار الكتب الإسلاميّة – طهران، ط 9، ت: 1368 ش.

66ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير، شمس الدين محمد عرفه الدسوقي (ت: 1230 هـ)، تح: سيدي الشيخ محمد عليش، المطبعة: دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1330 هـ

67. حاشية المكاسب، محمد تقي الشيرازي (ت: 1338 هـ)، تح: علي اليزدي، طبع ونشر: الشريف الرضي، ط: 1، ت: 14014 هـ

68ـ حاشية المكاسب، محمد حسين الاصفهاني (ت: 1361 هـ)، تح: عباس محمد آل سباع القطيفي، المطبعة: العلمية، ط 1، ت: 1418 هـ

69. حاشية رد المحتار، محمد أمين بن عمر المعروف ابن عابدين (ت: 1252هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (بيروت – لبنان)، ط1، ت: 1995م.

70ـ حاشية كتاب المكاسب، آقا رضا الهمداني (ت: 1322 هـ)، الناشر: دار الصادق للطباعة والنشر، المطبعة: بهمن – قم، ط 1، ت: 1420 هـ

71. حقائق الأصول، محسن الحكيم (ت: 1390 هـ)، الناشر: مكتبة بصيرتي – قم، ط 5، ت: 1408 هـ

72. الخصال، محمد بن علي بن الحسين الصدوق (ت: 381 هـ)، تح: علي أكبر الغفاري، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1403 هـ

73. الخلاف، محمد بن الحسن الطوسي (ت: 460 ه)، تح: علي الخرسان، جواد الشهرستاني، مهدي طه نجف، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي – قم، ط 1، ت: 1411 هـ

74ـ الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد علاء الدين الحصفكي (ت: 1088ه)، دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1415 هـ

75. دراسات في الاقتصاد الإسلامي، أشرف محمّد دوابة (معاصر)، دار السلام – جمهورية مصر العربية، ط 1، ت: 2010 م.

76ـ الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت: 852 هـ)، تح: هاشم اليماني المدني، طبع ونشر: دار المعرفة – بيروت، بلا ط، ت: 1384 هـ

77ـ الدروس (شرح الحلقة الثانية)، تقرير بحث السيد كمال الحيدري (معاصر) لعلاء سالم، المطبعة: ستارة – قم، ط1، ت: 1428 هـ - 2007 م.

78ـ دروس تمهيديّة في القواعد الفقهيّة، باقر الإيرواني (معاصر)، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، المطبعة: برهان، ط 3، ت: 1426 هـ

79. دروس تمهيديّة في تاريخ علم الرجال عند الإماميّة، محاضرات الشيخ حيدر عبد الله (معاصر)، تقرير: أحمد بن عبد الجبار السّمين، دار الفقه الإسلامي، ط1، ت: 2012 م – 1433 هـ

80. دروس في مسائل علم الأصول، الميرزا جواد التبريزي (معاصر)، الناشر: دار الصدّيقة، المطبعة: نكين – قم، ط 2، ت: 1429 هـ

81. دليل العروة الوثقى، تقرير بحث الشيخ حسين الحلّي (ت: 1394 ه) لحسن سعيد، المطبعة: النجف، ط 1، ت: 1379 هـ

82ـ دور نظام الوقف الإسلامي في التنمية الاقتصادية المعاصرة (معاصر)، أحمد عبد العظيم الجمل، دار السلام للطباعة والنشر – القاهرة، ط 1، ت: 2006م.

83ـ ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة"، محمد بن مكّي العاملي المعروف

بالشهيد الأول (ت: 734)، إيران – قم المقدسة، مطبعة: ستارة، ط 1، ت: 1419هـ

84. الربا فقهيّاً واقتصاديّاً، حسن الجواهري (معاصر)، مطبعة الخيام – قم، بلا ط، ت: 1405 هـ

85. الربا والبنك الإسلامي، ناصر مكارم الشيرازي (معاصر)، تح: أبو القاسم عليان، نشر وطبع: مدرسة أمير المؤمنين عليه السلام - قم، ط 1، ت: 1422 هـ

86. رسائل الكركي، علي بن الحسين الكركي (ت: 940 هـ)، تح: محمد الحسون، الناشر: مكتبة آية الله المرعشي النجفي، المطبعة: الخيام – قم، ط 1، ت: 1409.

87. الرعاية في علم الدراية، زين الدين بن علي بن أحمد الجعبي العاملي (ت: 965 هـ)، تح: عبد الحسين محمد علي بقال، المطبعة: كل وردي – قم، ط 3، ت: 1433 هـ

88. الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة، زين الدّين بن علي العاملي (ت: 965 هـ)، المطبعة: أمير – قم، ط 1، ت: 1410 هـ

89. روضة الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي المعروف بمحي الدين أبو زكريا (ت: 676 هـ)، تح: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي – قم المقدسة، ط 3، ت: 1412 هـ - 1991 م.

90. رياض المسائل، علي الطباطبائي (ت: 1231 هـ)، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1419 هـ – 1998 م.

91. سبل السلام، محمد بن اسماعيل الصنعاني (ت: 1182 هـ)، تح: محمد عبد العزيز الخلوي، الناشر: مكتبة الحلي – مصر، ط 4، ت: 1960 هـ

92. السرائر، محمد بن ادريس الحلّي (ت: 598 هـ)، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 2، ت: 1410 هـ.

93. السلسلة الضعيفة والموضوعة، الإمام محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420 هـ)، دمشق، ط2، ت: 1384 هـ

94. سنن الترمذي، الإمام محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت: 279 هـ)، تح: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، ط 2، ت: 1403 هـ

95ـ سوق الأوراق المالية بين النظرية والتطبيق "دراسة حالة سوق رأس المال الإسلامي في ماليزيا"، نبيل خليل طه (معاصر)، وهي رسالة قدمت إلى الجامعة الإسلامية – غزة لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال 2007 م.

96ـ شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي ابن العماد الحنبلي (ت: 1089 ه)، دار إحياء التراث العربي، ط 1، بلا ت.

97ـ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، نجم الدّين جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي (ت: 672 ه)، تح: عبد الحسين محمد علي بقال، مؤسسة المعارف الإسلاميّة، ط 2، ت: 1420 هـ

98. شرح الأزهار، أحمد المرتضى (ت: 840 ه)، الناشر: مكتبة غمضان (صنعاء – اليمن)، بلا ط، بلا ت.

99ـ شرح القنون المدني "العقود المسمّاة"، سليمان مرقس (معاصر)، مطبعة النهضة – مصر، ت: 1968 م.

100ـ الشرح الكبير، سيدي أحمد الدردير (ت: 1302 هـ)، المطبعة: دار إحياء الكتب العربيّة، بلاط، بلا ت: 3 / 217.

101ـ الشرح الكبير، عبد الرحمن بن قدامة (ت: 620 هـ)، طبع ونشر: دار الكتاب العربي (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1409 هـ

102. شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، محمد بن عبد الوهاب السيواسي (ت: 861 ه)، دار الفكر (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1315 هـ

103. الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، نجاري عبد الله (معاصر)، المطبعة: الدار البيضاء، ط 2، ت: 1995 م.

104ـ الصحاح، اسماعيل بن حماد الجوهري (ت: 393 هـ)، تح: أحمد عبد الغفور العطار، دار العلم للملايين – بيروت، ط 4، ت: 1407 هـ

105. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري (ت: 256 ه)، الناشر: عالم الكتب – بيروت، ط 5، ت: 1406 ه - 1985 م.

106ـ صكوك الاستصناع من البدائل الشرعية لسندات القروض الربويّة،

موسى بلا محمود (معاصر)، بحث مقدّم للمؤتمر الدولي حول المصرفية المالية البنكية سنة 2010.

107. ضوابط علم الحديث والرجال، فاضل البديري (معاصر)، دار الضياء – النجف الأشرف، ط 1، ت: 14133 هـ

108. الظن، كمال الحيدري (معاصر)، تح: محمود نعمة الجياشي، الناشر: دار فراقد، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1429 هـ

109ـ عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مصطفى أحمد الزرقا (معاصر)، نشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب – جدّه، ت: 1420هـ

110ـ العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، نصري منصور نابلسي (معاصر)، منشورات زين الحقوقية – طرق صيدا القديمة، ط 1، ت: 2010 م.

111ـ العقود التجارية في قانون التجارة العراقي الجديد، طالب حسن موسى (معاصر)، دار الحريّة – مطبعة الحكومة – بغداد، ط 1، ت: 1973 م.

112ـ عقود التوريد في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"، نمر صالح محمود (معاصر)، وهي رسالة قدّمت لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس سنة: 2004 م – 1425 هـ

113ـ عقود الصيانة وتكييفها الفقهي، محمد المختار السلامي (معاصر)، دار فرقد – لندن، ط 1، ت: 2006 م.

114ـ علل الترمذي الكبير، أبو طالب القاضي (ت: 570 هـ)، تح: صبحي السامرائي، أبو المعاطي النوري، محمود محمد خليل، الناشر: عالم الكتب – بيروت، ط 1، ت: 1409 هـ

115ـ عمدة القارئ في شرح البخاري، محمود بن أحمد العيني (ت: 855 هـ)، بيروت – دار إحياء التراث العربي، بلا ط، بلا ت.

116ـ العناوين، مير عبد الفتّاح الحسيني المراغي (ت: 1250 هـ)، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 3، ت: 1429 هـ

117ـ العناية شرح الهداية، محمود بن أحمد البابرتي (ت: 786 هـ)، المطبعة: الأيرية - بولاق، بلا ط، بلا ت.

118ـ غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، محمد بن مكي العاملي (ت: 786 هـ)، تح: مركز الدراسات والأبحاث الإسلاميّة، طبع ونشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 1، ت: 1420 هـ - 1378 ش.

119. غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، المفلح الصيمري البحراني (ت: 900هـ)، تح: جعفر الكوثراني العاملي، المطبعة: دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، ت: 1420 هـ - 1999 م.

120. الغرر وأثره في العقود "في الفقه الإسلامي"، الصدّيق محمد الأمين الضرير (معاصر)، ط 2، ت: 1416 هـ - 1995 م.

121ـ فتاوى السبكي، تقي الدين علي السبكي (ت: 756 هـ)، دار المعرفة – بيروت، بلا ط، بلا ت.

122. فتاوى المعاملات، أحمد الخليلي (معاصر)، بلا ط، بلا ت.

123. فتح العزيز شرح الوجيز، عبد الكريم الرافعي (ت: 623 هـ)، دار الفكر – بيروت، بلا ط، بلا ت.

124. فتح الوهاب، زكريا الأنصاري (ت: 936 هـ)، الناشر: محمد علي بيضون، المطبعة: دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1418 هـ

125ـ الفروع من الكافي، محمد بن يعقوب الكليني (ت: 328 هـ)، تعليق: علي أكبر الغفاري، الناشر: دار الكتب الإسلامية، المطبعة: الحيدرية – طهران، ط 6، ت: 1387ش.

126. الفروع وتصحيح الفروع، محمد بن مفلح المقدسي (ت: 763 هـ)، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط 1، ت: 2003 م.

127ـ الفصول في الأصول، أحمد بن علي الرازي الجصّاص (ت: 370 هـ)، تح: عجيل جاسم النشمي، ط 1، ت: 1405 هـ

128ـ الفقه الإستدلالي، باقر الإيرواني (معاصر)، المطبعة: الأميرة (بيروت –

لبنان)، ط 1، ت: 1433 هـ - 2012م.

129. فقه الإمام جعفر الصادق (عليه السلام) "عرض واستدلال"، محمد جواد مغنية (ت: 1400 هـ)، المطبعة: نكين – قم، ط 7، ت: 1428 هـ

130ـ فقه الحضارة، وفق فتاوى السيد علي السيستاني (معاصر)، إعداد: د. محمّد حسين علي الصغير، دار المؤرخ العربي – بيروت، بلا ط، بلا ت.

131. فقه السّنة، سيد سابق (معاصر)، الناشر: دار الكتاب العربي – بيروت، ط 1، ت: 1391 هـ

132ـ فقه الصادق عليه السلام، محمد صادق الروحاني (معاصر)، مؤسسة دار الكتاب – قم، ط 3، ت: 1414 هـ

133. فقه المصارف والنقود، محمد سند (معاصر)، تح: مصطفى الاسكندراني، المطبعة: سرور، ط 1، ت: 1428 هـ - 2008 م.

134. فقه المضاربة، عبد الكريم الموسوي الأردبيلي (معاصر)، الناشر: مؤسسة النشر لجامعة المفيد، المطبعة: اعتماد – قم، ط: 1، ت: 1421 هـ

135. فقه المعاملات، أحمد بن محمد الخليلي (معاصر)، بلا ط، بلا ت.

136ـ فقه المعاملات، محمد كاظم المصطفوي (معاصر)، نشر ومطبعة: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط 1، ت: 1423 هـ

137ـ الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت (عليهم السلام)، عبد الرحمن الجزيري – محمد الغروي – ياسر مازح (معاصر)، الناشر: دار الثقلين للطباعة والنشر، ط 1، ت: 1419 هـ

138ـ الفوائد العليّة، علي بن محمد بن علي البهبهاني (ت: 1380 هـ)، الناشر: مكتبة دار العلم – أهواز، المطبعة: العلميّة – قم، ط 2، ت: 1405 هـ

139ـ فوائد القواعد، زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني (ت: 965 هـ)، تح: أبو الحسن المطلبي، طبع ونشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 2، ت: 1419 هـ

140. قاعدة العادة محكمة "دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية"، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين (معاصر)، مكتبة الرشد –الرياض، بلا ط، بلا ت.

141ـ قاعدة لا ضرر ولا ضرار، تقرير بحث آغا ضياء الدين العراقي (ت: 1361هـ) للسيد الخلخالي، تح: قاسم الحسيني، طبع ونشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 1، ت: 1418 هـ

142. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت: 817 هـ)، دار العلم للجميع (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1306 هـ

143. قراءات فقهيّة معاصرة، محمود الهاشمي (معاصر)، طبع ونشر: مؤسسة الفقه ومعارف أهل البيت (عليه السلام)، ط1، ت: 1433 هـ - 2011 م.

144ـ قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي (معاصر)، بلا ط، بلا ت.

145ـ قضايا فقهيّة معاصرة في الاقتصاد والمال، نزيه حمّاد (معاصر)، دار القلم – دمشق، ط 2، ت: 1433 هـ - 2012 م.

146ـ القطع، تقرير بحث السيد كمال الحيدري (معاصر) للشيخ قيصر التميمي، الناشر: دار فراقد، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1427 هـ

147. القواعد العامة في الفقه المقارن، محمد تقي الحكيم (ت: 1423 هـ)، تع: وفي الشناوة، الناشر: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلاميّة، المطبعة: نكار – طهران، ط 1، ت: 1429 هـ

148. القواعد الفقهيّة، حسن علي أصغر البجنوردي (ت: 1395 هـ)، تح: مهدي المهريزي ومحمد حسين الدرايتي، الناشر: الهادي – قم، ط 1، ت: 1419 هـ - 1377ش.

149. القواعد الفقهيّة، ناصر مكارم الشيرازي (معاصر)، طبع ونشر: مدرسة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام، ط 3، ت: 1411 هـ

قواعد في علم الحديث، حبيب أحمد الكيرانوي (ت: 1306 هـ)، دار الفكر العربي – بيروت، ط 1، ت: 1990 م.

150. كتاب الإجارة، تقرير بحث السيد محمود الهاشمي الشاهرودي (معاصر)، مؤسسة الفقه ومعارف أهل البيت (عليهم السلام)، ط2، ت: 1425 هـ

151ـ كتاب العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت: 175 هـ)، تح: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، الناشر: مؤسسة دار الهجرة، ط 2، ت: 1409 هـ

152ـ كتاب المكاسب، مرتضى الأنصاري (ت: 1281 هـ)، إعداد وتحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، المطبعة: خاتم الأنبياء – قم، ط 12، ت: 1429 هـ

153ـ كتاب المكاسب والبيع، تقرير بحث الشيخ النائيني (ت: 1355 هـ) للآملي، نشر وطبع وتحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط 1، ت: 1419 هـ

154ـ كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي (ت: 1051 هـ)، تح: كمال عبد العظيم العناني ومحمد حسن الشافعي، الناشر: محمد علي بيضون (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1418 هـ - 1997 م.

155. كلمات سديدة في مسائل جديدة، محمّد المؤمن القمّي (معاصر)، الناشر: مؤسسة تحقيقات معارف أهل البيت (عليهم السلام) – قم المقدّسة، ط 1، ت: 1415هـ

156ـ كليات في علم الرجال، محاضرات جعفر السبحاني (معاصر)، مؤسسة النشر الإسلامي – قم، ط 8: ت: 1428 هـ

157. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت: 711 هـ)، الناشر: دار الكتب العالمية – بيروت، ط 1، ت: 1418 هـ - 1998 م.

158ـ اللمعة الدمشقيّة، محمد بن مكي العاملي (ت: 786 هـ)، دار الفكر – إيران، ط 1، ت: 1411 هـ

159ـ ما وراء الفقه، محمد الصدر (ت: 1421 هـ)، الناشر: هيئة تراث السيّد الشهيد الصدر، المطبعة: دار الأضواء – النجف الأشرف، ط 1، ت: 1430 هـ - 2009م.

160. مباحث الأصول، تقرير بحث الصدر للحائري (معاصر)، طبع ونشر: مكتب الإعلام الإسلامي، ط 1، ت: 1407 هـ.

161. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخمي (ت: 483 هـ)، الناشر: دار المعرفة للنشر والتوزيع والطباعة – بيروت – لبنان، ط 2، ت: 1406 هـ - 1986م.

162ـ المبسوط في فقه الإماميّة، محمد بن الحسن الطوسي (ت: 460 هـ)، تحقيق وتعليق وتصحيح: محمد تقي الكشفي، الناشر: المكتبة الرضوية لإحياء آثار الجعفريّة، ط1، ت: 1415 هـ

163. المتواري على صحيح البخاري، أحمد بن محمد ابن المنيّر الاسكندراني (ت: 683 هـ)، تح: صلاح الدين مقبول الدين، الناشر: مكتبة المعلا – الكويت، ط 1، ت: 1407 هـ

164ـ المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، محمد بن حبان البستي (ت: 354 هـ)، تح: محمود إبراهيم زايد، طبع ونشر: دار الباز للنشر والتوزيع – مكة المكرمة، ط 1، ت: 1993 م.

165ـ مجمع الفائدة، المحقق أحمد الأردبيلي (ت: 993 هـ)، تح: مجتبى العراقي وعلي بناه الاشتهاردي وحسين اليزدي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1412 هـ

166ـ المجموع شرح المهذّب، محيي الدين بن شرف النووي (ت: 676 هـ)، دار الفكر – بيروت، ط 1، ت: 1417 هـ

167ـ محاضرات السيّد الخوئي في المواريث، محمد علي الخرسان (معاصر)، مؤسسة السبطين العالمية – قم، ط 1، ت: 1424 هـ

168. محاضرات تأسيسية، مجموعة من المحاضرات التي ألقاها السيد محمد باقر الصدر (1400 هـ)، إعداد وتحقيق المؤتمر العالمي للشهيد الصدر، المطبعة: شريعت – قم، ط 1، ت: 1431 هـ

169ـ محصّل المطالب في تعليقات المكاسب، صادق الطهوري (معاصر)،

الناشر: منشورات كليدر، المطبعة: بهمن – قم، ط: 1، ت: 1420 هـ - 1378 ش.

170ـ المحكم في أصول الفقه، محمد سعيد الحكيم (معاصر)، الناشر: مؤسسة المنار، المطبعة: جاويد، ط 1، ت: 1414 هـ

171. المحلّى، علي بن أحمد ابن حزم الظاهري (ت: 456 هـ)، تح: محمود أحمد شاكر، دار الفكر – بيروت، بلا ط، بلا ت.

172ـ المحيط البرهاني في الفقه النعماني، محمود بن أحمد النجاري (ت: 570هـ)، تحقيق ونشر: دار إحياء التراث العربي، بلا ط، بلا ت.

173. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي (ت: 666 هـ أو 668 هـ)، بيروت – لبنان، ط 1، ت: 1415 هـ

174ـ مختصر خليل، خليل بن اسحاق الجندي (ت: 767 هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت: 1416 هـ

175. مختصر المزني، إسماعيل بن يحيى المزني (ت: 264)، دار المعرفة للطباعة والنشر (بيروت – لبنان)، بلا ط، بلا ت.

176ـ المختصر النافع في فقه الإماميّة، جعفر بن الحسن الحلّي (ت: 676 هـ)، نشر وتوزيع: مؤسسة البعثة، ط 3، ت: 1410 هـ

177ـ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا (معاصر)، دار القلم – دمشق، ط 3، ت: 1433 هـ

178ـ المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس الأصبحي (ت: 179 هـ)، المطبعة: السعادة – مصر، لا ط، ت: 1323 هـ

179ـ مذاهب الإسلاميين في علوم الحديث، حسن عيسى الحكيم (معاصر)، لسان الصدق – قم المقدسة، ط 1، ت: 2006 م.

180ـ المرتقى إلى الفقه الأرقى، محمد صادق الروحاني (معاصر)، الناشر: دار الحلبي، المطبعة: ستارة – قم، ط: 1، ت: 1378 ش.

181ـ مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، زين الدين بن علي الجعبي

العاملي (ت: 965 هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الإسلامية (قم – ايران)، المطبعة: دانش، ط1، ت: 1414 هـ

182. المسائل المستحدثة، محمد اسحاق الفيّاض (معاصر)، بلا ط، بلا ت.

183ـ المسائل المستحدثة، محمد صادق الروحاني (معاصر)، الناشر: دار الكتاب – قم، المطبعة: فروردين، ط 4، ت:1414 هـ

184ـ المستدرك على الصحيحين، محمّد بن محمّد الحاكم النيسابوري (ت: 405 هـ)، تح: يوسف عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة – بيروت، ب ت ط، ت: 1406 هـ

185. المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب وتنظيم وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (معاصر)، المطبعة: الحكوميّة – مكة المكرمة، ط 1، ت: 1418 هـ

186ـ مستمسك العروة، محسن الحكيم (ت: 1390 هـ)، مطبعة ونشر: مكتبة آية الله العظمي المرعشي النجفي – قم، ط 1، ت: 1404 هـ

187ـ مسند أحمد، الإمام أحمد بن حنبل (ت: 241 هـ)، دار صادر (بيروت – لبنان)، ط 3، ت: 2003 م.

188ـ مشارق الأحكام، محمد النراقي (ت: 1297 هـ)، تح: حسن الوحدتي الشبيري، المطبعة: سلمان الفارسي – قم، ط 2، ت: 1422 هـ

189ـ مصادر الإلتزام، نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة "دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية"، محمود المظفر (معاصر)، دار الكتب والوثائق – بغداد، ط 4، ت: 2010 م.

190. المصارف وبيوت التمويل الإسلامي، غريب الجمال (معاصر)، دار الشروق للنشر والتوزيع – المملكة العربية السعوديّة، ط 1، ت: 1398 هـ

191ـ مصباح الفقاهة، أبو القاسم الخوئي (ت: 1413 هـ)، الناشر: مكتبة الداوري – قم، المطبعة: العلمية – قم، ط 1، ت: 1403 هـ

192ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمّد بن علي المقري

الفيومي (ت: 770 هـ)، المكتبة العلميّة – بيروت، ط 2، ت: 2001 م.

193ـ المصرفية الإسلاميّة "الأسس النظرية واشكالات التطبيق"، نوري عبد الرسول الخاقاني، عمّان – الأردن، ط 1، ت: 2011 م.

194ـ المطّلع على أبواب المُقنع، شمس الدّين محمّد بن أبي الفتح البعلي الحنفي، طبع ونشر: المكتب الإسلامي، بلا ط، بلا ت.

195. معالم المدرستين، مرتضى العسكري (معاصر)، مؤسسة النعمان للطبعة والنشر والتوزيع (بيروت – لبنان)، بلا ط، ت: 1410 هـ

196ـ المعجم الأصولي، محمّد صنقور علي (معاصر)، مؤسسة التاريخ العربي (بيروت – لبنان)، ط 1، ت: 1432 هـ - 2011 م.

197ـ معجم المصطلحات الاقتصاديّة والإسلاميّة، علي بن محمد الجمعة (معاصر)، مكتبة العبيكان – الرياض، ط 1، ت: 1421 هـ - 2000 م.

198ـ معجم المصطلحات الفقهيّة، إبراهيم إسماعيل الشهركاني (معاصر)، المطبعة: الروح الأمين، ط 1، ت: 1430 هـ

199. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهيّة، محمود عبد الرحمن عبد المنعم (معاصر)، دار الفضيلة للنشر – القاهرة، بلا ط، بلا ت.

200ـ معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي (معاصر)، طبع ونشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع (بيروت – لبنان)، ط 2، ت: 1408 هـ - 1988 م.

201ـ المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت: 630 هـ)، دار الكتاب العربي – بيروت، ط 1، ت: 1403 هـ

202ـ مفاتيح الشرائع، محمد محسن الفيض الكاشاني (ت: 1091 هـ)، تح: مهدي الرجائي، الناشر: مجمع الذخائر الإسلاميّة، المطبعة: الخيام – قم، ط 2، ت: 1401 هـ

203ـ مفتاح الكرامة، محمد جواد العاملي (ت: 1226 هـ)، تح: محمد باقر الخالصي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 2، ت: 1430 هـ

204ـ مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي "تحليل فقهي واقتصادي"، منذر قحف (معاصر)، جدّة – السعوديّة، بلا ط، ت: 1425 هـ

205ـ المقتصر من شرح المختصر، ابن فهد الحلي (ت: 841 هـ)، تح: مهدي الرجائي، المطبعة: سيد الشهداء – قم، ط 1، ت: 1410 هـ

206. المقدمات الممهدات، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (520 هـ)، الناشر: دار الغرب الإسلامي، ط 1، ت: 1408 هـ - 1988 م.

207. المكاسب المحرّمة، روح الله الخميني (ت: 1409 هـ)، مؤسسة اسماعيليان للطباعة والنشر – قم، ط 3، ت: 1410 هـ

208ـ المناهل، محمد بن علي الطباطبائي (ت: 1241 هـ)، المكتبة الاسلامية – طهران، بلا ط، بلا ت.

209ـ منتهى الدراية في توضيح الكفاية، محمد جعفر المروّج الجزائري (معاصر)، المطبعة: أمير – قم، ط 3، ت: 1414 هـ

210ـ منهاج الصالحين، محسن الحكيم (ت: 1390 هـ)، دار التعارف للمطبوعات – بيروت، بلا ط، ت: 1410 هـ - 1990 م.

211ـ منهاج الهداية، إبراهيم الكلباسي (ت: 1261 هـ)، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1412 هـ

212ـ منية الطالب في شرح المكاسب، تقرير بحث النائيني للخونساري (ت: 1363 هـ)، طبع ونشر وتحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1418 هـ

213ـ مهذّب الأحكام في بيان الحلال والحرام، عبد الأعلى السبزواري (ت: 1414هـ)، الناشر: مكتب آية الله العظمى السبزواري، المطبعة: ياران، ط 4، ت: 1416 هـ

214ـ المهذّب البارع، ابن فهد الحلّي (ت: 841 هـ)، تح: مجتبى العراقي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي – قم، ط 1، ت: 1411 هـگ

215. مواهب الجليل، محمّد بن محمّد بن عبد الرحمن الحطّاب الرعيني (ت: 954 هـ)، تح: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، ط 1، ت:

1416هـ - 1995 م.

216ـ المؤتلف من المختلف بين أئمة السّلف، فضل بن الحسن الطبرسي (ت: 548 هـ)، تح: مهدي الرجائي، الناشر: مجمع البحوث الإسلاميّة، المطبعة: سيد الشهداء عليه السلام - قم، ط 1، ت: 1410 هـ

217ـ الموجز في شرح القانون المدني أحكام الالتزام، عبد المجيد الحكيم (معاصر)، المطبعة: الأضواء، ط 2، ت: 1999 م.

218ـ موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (عليهم السلام)، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الإسلامي (معاصر)، تحقيق ونشر: مؤسسة دائرة المعارف، المطبعة: بهمن، ط 1، ت: 1426 هـ - 2005 م.

219ـ الموسوعة الفقهيّة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت (معاصر)، المطبعة: وزارة الأوقاف، ط 2، ت: 1417 هـ

220ـ الموسوعة الفقهيّة الميسرّة، محمد علي الانصاري (معاصر)، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، المطبعة: مؤسسة الهادي، ط 1، ت: 1418 هـ

221ـ موسوعة القضايا الفقهيّة المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي أحمد السالوس (معاصر)، الناشر: مكتبة دار القرآن بمصر + دار الثقافة في الدوحة، ط7، ت: 1424 هـ - 2002 م.

222ـ موسوعة طبقات الفقهاء، اللجنة العلمية (معاصر)، إشراف: جعفر السبحاني، المطبعة: اعتماد – قم، ط 1، ت: 1418 هـ

223. نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت: 762 هـ)، تح: أيمن صالح عثمان، الناشر: دار الحديث – القاهرة، ط 1، ت: 1415هـ - 1995 م.

224ـ نظرية العقد في الفقه الجعفري عرض واستدلال ومقارنات، هاشم معروف الحسني (معاصر)، دار التعارف للمطبوعات – بيروت -، ط 1، ت: 1416 هـ - 1996م.

225. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمّد بن أحمد بن حمزة الرملي الشافعي

الصغير (ت: 1004 ه)، طبع ونشر: دار احياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي – بيروت، ط 3، ت: 1413 هـ

226. نهاية المرام، محمد بن علي الموسوي العاملي (ت: 1009 ه)، تح: مجتبى العراقي، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1413 هـ

227. النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدّين ابن الأثير (ت: 606 ه)، تح: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، الناشر: مؤسسة اسماعيليان – قم، ط 4، ت: 1364 هـ

228. النهاية ونكتها، محمد بن الحسن الطوسي (460 ه) والمحقق نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي (ت: 676 ه)، طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1، ت: 1412 هـ

229. نهج الفقاهة، محسن الحكيم (ت: 1390 ه)، الناشر: دار الفقه - قم، ط 1، ت: 1421 هـ - 1379 ش.

230. النور الساطع في الفقه النافع، علي كاشف الغطاء (ت: 1253 ه)، مطبعة الآداب – النجف الأشرف، ط 1، ت: 1381 هـ - 1961 م.

231. نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني (ت: 1255 هـ)، دار الجليل – بيروت، بلا ط، ت: 1973 هـ

232. هداية العباد، لطف الله الصافي الگلپايگاني (معاصر)، المطبعة: سپهر – قم، ط 1، ت: 1420 هـ

233. الهداية في الأصول، تقرير بحث الخوئي (ت: 1413 هـ) للشيخ حسن الصافي، المطبعة: ستارة – قم، ط 1، ت: 1417 هـ

234. هدى الطالب إلى شرح المكاسب، جعفر الجزائري المرّوج (معاصر)، الناشر: دار المجتبى – قم، المطبعة: الجزائري – قلم، ط: 2، ت: 1383 هـ

235. الوافي، محمّد محسن الفيض الكاشاني (ت: 1091 هـ)، نشر وتحقيق: مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي (عليه السلام)، المطبعة: نشاط – أصفهان، ط 1، ت: 1412 هـ - 1371 ش.

236ـ الوساطة الماليّة "أبرز التطبيقات المعاصرة"، محمد أمين بارودي (معاصر)، دار النوادر – دمشق، ط 1، ت: 1433 هـ - 2012 م.

237ـ وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، محمد بن الحسن الحر العاملي (ت: 1104 هـ)، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث – قم، المطبعة: مهر – قم المشرفة، ط 2، ت: 1414 هـ

238. الوسيط في شرح القانون الأردني، عبد الرزاق أحمد السنهوري (معاصر)، المطبعة: المكتبة القانونية، ط 1، ت: 1981 م.

239. الوسيلة إلى نيل الفضيلة، محمد بن علي المعروف بـ (ابن حمزة الطوسي) (ت: 560 هـ)، تح: محمود الحسون، المطبعة: الخيام – قم، ط 1، ت: 1408 هـ

240. الينابيع الفقهيّة، علي أصغر مروارید (معاصر)، مؤسسة فقه الشيعة – بيروت، ط 1، ت: 1413 هـ - 1992 م.

المجلات والدوريات

241. مجلة الأستاذ، الوساطة المالية في المصارف الإسلامية، وفاء أحمد محمد، العدد 201، لسنة 2012 م.

242 ـــ مجلة الاقتصاد الإسلامي، ماهيّة المصرف الإسلامي، سامي إبراهيم سويلم، لندن – الجمعية الدولية للاقتصاد، المجلد العاشر – العدد 1 لسنة 1424 هـ

243ـ مجلة الفقاهة، مجلة فصليّة تصدر عن مركز الفقاهة للدراسات والبحوث الفقهيّة، العدد السادس، السنة الثانية، خريف 2007 م – 1426 هـ

244ـ مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانيّة، التمويل الإسلامي ودوره في معالجة الأزمة الاقتصادية في الشريعة الإسلاميّة، أركان حيدر عمر الصالحي وجمال فاتح علي، المجلد السابع – العدد الثاني لسنة 2012 م.

245ـ مجلّة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع – الجزء الثاني، بلا ط، بلا ت.

246 . مجلة منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد التاسع – ج2، بلا ط، بلا ت.

المواقع الإلكترونيّة

247ـ "انترنت"، بحث منشور بعنوان (الاستصناع "المقاولات")، سعد السبر، بتاريخ: 9 / 4 / 1429 هـ، http://www.alkottob.com/kotob.

248ـ "انترنت"، ورقة عمل مشورة بعنوان: بحث في سبل تطوير البدائل التمويلية للمشاريع الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، مداني أحمد، نشر بتاريخ: 24 – 45 / نوفمبر / 2008 م.

249. "انترنت" بحث منشور بعنوان العقود المركبة، أ. د عبد الله المبارك، تاريخ النشر: 30 / 12 / 2012، رابط الموضوع:

http://www.alukah.net/Web/Abdullah-ibn-Mubarak/11509/48477/.

الأقراص الليزريّة

250. مكتبة أهل البيت (عليهم السّلام) الإصدار الثاني.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المحتويات

المقدّمــة 9

المبحث التّمهيدي

الإستصناع: مفهومه، أهميته، أنواعه، تأصيله 13

المطلب الأوّل: المفهوم اللغوي والفقهي لعقد الاستصناع 15

المطلب الثاني: أهميّــة الإستصنــاع 19

المطلب الثالث: أنــواع الاستصنــاع 22

المطلب الرابع: التأصيل الفقهي لمفهوم الإستصناع 24

الفصل الأول : حكم الإستصناع

المبحث الأوّل: جــواز الإستصنــاع

توطئة: 37

المطلب الأوّل: التكييف بالوعد.....38

المطلب الثاني: التّكييف على أنه أمر بالصُنع على وجه الضمان.....43

المطلب الثالث: التّكييف بالجُعالة 46

المطلب الرابع: التكييف بالصُلح.....49

المطلب الخامس: التكييف بالعقد المركّب 52
المطلب السادس: التكييف بالبيع 63
المطلب السّابع: التكييف بالسّلم 68
المطلب الثامن: التكييف بالإجارة 74
المطلب التّاسع: التكييف بالعقد المستقل 78

المبحث الثاني: عدم جواز الإستصناع

المطلب الأوّل: جهالة المبيع 89
المطلب الثاني: بيع ما ليس عنده على غير وجه السّلم 93
المطلب الثالث: بيع الدّين بالدّين 99
المطلب الرابع: بيع الغرر 102

الفصل الثاني: مشروعية عقد الإستصناع

المبحث الأوّل: أدلّة عقد الإستصناع

المطلب الأوّل: الدليل اللفظي 111
المطلب الثاني: الدليل اللبّي 119
المطلب الثالث: أدلّة الفقهاء 125

المبحث الثاني: أركان عقد الإستصناع

المطلب الأوّل: محلّ العقد 141
المطلب الثاني: المتعاقدان 149
المطلب الثالث: الصّيغة 153

المبحث الثالث: شروط عقد الإستصناع وآثاره

المطلب الأوّل: شروط عقد الإستصناع 161
المطلب الثاني: آثار عقد الإستصناع وانتهاءُهُ..... 174

الفصل الثالث: تطبيقات عقد الإستصناع والأمور المجعولة فيه

المبحث الأوّل: تطبيقات عقد الإستصناع

توطئة 183
المطلب الأوّل: دور الإستصناع في التخلص من المعاملات الربوية 184
المطلب الثاني: الوساطة المالية لعقد الاستصناع 194
المطلب الثالث: التمويل بعقد الإستصناع 197
المطلب الرابع: دور الإستصناع في استثمار الوقف ومال اليتيم..... 205

المبحث الثاني: الأمور المجعولة في عقد الإستصناع

توطئة 213
المطلب الأوّل: الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع 213
المطلب الثاني: عقــد الصيانــة 223
المطلب الثالث: التوريد في عقد الاستصناع 232
الخاتمة ونتائج البحث..... 241
الملاحـــــق 243
المصادر والمراجع المعتمدة 267
المحتويات 293