

عقد استصناع الأبنية: دراسة تأصيلية فقهية

The Istisna'a Contract of Buildings: An Authentic Jurisprudential Study

أ. عامر عبد الرحيم المرزوقي^{1*}، أ. د. حسن محمد الرفاعي²

¹ جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، Dr20206@hotmail.com

² جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، helrifai@sharjah.ac.ae

تاريخ الاستلام: 2021/02/12 تاريخ القبول: 2021/02/26 تاريخ النشر: 2021/06/30

الملخص:

تضمن هذا البحث تأصيل عقد استصناع الأبنية من الناحية الفقهية: من حيث بيان مفهومه ومشروعيته وتكييفه الفقهي وصفته ومقوماته الممثلة بالعاقدين؛ المستصنع وشركة المقاولات "الصانع"، وبمحل العقد؛ البناء المستصنع وعمل الصانع وثمان العين المصنوعة، وبصيغة العقد.

وقد استخدم الباحث فيه مناهج الاستقراء والتحليل والاستنباط. وتوصل الباحث إلى عدد من النتائج من أهمها: أنه عقد مشروع عند الحنفية، ولازم للطرفين، بسبب طبيعته الخاصة الممثلة بتشديد مبنى من طرف شركة مقاولات ووفق المواصفات المتفق عليها، على أرض يمتلكها المستصنع، كذلك هو عقد مستقل له أحكامه الخاصة، ولا يدخل في أي عقد آخر، وإن تحديد أجل معين لإنجاز عقد استصناع الأبنية هو الملائم لهذا الزمان، وهو المعمول به في العقود الميدانية. وحوى البحث توصيتين اثنتين تمثلتا بحث الجهات المعنية على عرض هذه العقود على هيئة رقابة شرعية لتقوم بدراسة شرعية لها، وكذلك حثها على وضع عقد موحد يحفظ حقوق كل من أصحاب الأبنية وشركات المقاولات. الكلمات المفتاحية: استصناع؛ أبنية؛ شركة مقاولات.

Abstract:

This research included finding the origin of building construction contract from the jurisprudential point of view. In terms of explaining its concept, legitimacy, jurisprudential adaptation, characteristic, and constituents that represented by the two parties to the contract. The person who apply for building (the customer) and the contracting company (Manufacturer). The tools used in the construction, the work of the manufacturer (effort), the price of constructed building and the contract formula, with clarifications of the conditions of each term. The researcher had used number of methods in this research like induction, the analysis and deduction.

The researcher had found number of results but the most important is that the contract is legal in Hanafi School of Thought. Due to its special nature represented by the construction of a building by a contracting company and according to the agreed specifications, on land owned by the owner. It is also an independent contract that has its own provisions and it does not enter in any other contract. Also setting a specific deadline for the completion of the Istisna'a contract of buildings is appropriate for this time, and it is applicable to the field contracts.

The research contained two recommendations, the first is urging the concerned authorities to present these contracts to a Sharia supervisory body to undertake a Sharia study of them. As well as urging them to develop a unified contract that maintains the rights of the owners of buildings and the contracting companies.

Keywords: building construction; contracting company .

المُقَدِّمَة:

إنَّ الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذُ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلَّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، أمَّا بعد:

يعدُّ المسكن من أهمِّ الحاجات الضرورية التي يسعى الإنسان إلى إشباعها، وقد يلجأ إلى تأمينه من خلال توقيع عقد استصناع مع شركة مقاولات متخصصة في هذا المجال. ويشاهد بعد متابعة تطبيق هذا العقد في أرض الواقع أن هناك مشاريع كثيرة تأخرت أو حتى توقفت عن الإكمال، وأدى ذلك لحصول خلافات كثيرة، ووصل بعضها إلى المحاكم، وبالرجوع إلى أسباب الخلاف، نرى منها: تأخر تسليم المشروع، أو عدم القدرة

على التسليم لاشتراطات كثيرة في العقد، أو لغموض في الشروط المقترنة بالعقد، أو لتداخل العقد بعقود أخرى بسبب الشروط التي أدرجت في هذا العقد.

لذا، لا بد من وقفة مع عقود استصناع الأبنية، وبيان مفهومها ومشروعيتها والتكييف الفقهي لها، ومقوماتها، وذلك بالرجوع لأقوال الفقهاء، لوضع الضوابط والمعايير لضبط هذا العقد.

أهميّة البحث:

تكمن أهمية البحث في التطرق إلى دراسة عقد مستجدّ في قطاع البناء والعمران لم يسبق أن خص بدراسة تأصيلية فقهية مستقلة، وهذا العقد هو عقد استصناع الأبنية، وتتجلى هذه الأهمية بالتطرق إلى بيان مفهومه وتأصيله من خلال توضيح مشروعيته وتكييفه الفقهي، للتوصل إلى مدى وجود ارتباط بينه وبين عقد استصناع المعروف عند فقهاء المذهب الحنفي، وبيان ما يمتاز به هذا العقد عن بقية عقود الاستصناع الأخرى.

مشكلة البحث: يمكن القول إنّ مشكلة هذا البحث تتمثل بالآتي:

مدى وجود توافق بين عقد استصناع الأبنية كما يُطبَّق في الواقع مع أحكام الفقه الإسلامي، وعليه فإنّ الأسئلة التي تطرح لتوضيح هذه الإشكاليّة، تتمثل بما يلي:

1. ما مفهوم عقد استصناع الأبنية؟
2. ما التكييف الفقهي المناسب لعقد استصناع الأبنية الحالية؟ وما صفته؟
3. ما الحكم الشرعي لعقد استصناع الأبنية كما يطبق في أرض الواقع؟
4. ما مقوماته أو أركانه؟

الجهود والدراسات السابقة: توجد عدّة دراسات في نطاق استصناع الأبنية أو المقاوله، مثل:

1 - رسالة ماجستير بعنوان "عقد المقاوله في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني" - لزياد شفيق حسن قرارية- من دولة فلسطين سنة 1985م، وهذه الدراسة جمعت بين الفقه الإسلامي والقانون، وقد جاءت في خمسة فصول، وتضمّنت التعريف بالعقد، وصيغ عقد المقاوله وأهم خصائصه، وأثر عقد المقاوله في تنشيط الحركة الاقتصادية، ومقومات عقد المقاوله، والآثار التي يخلفها عقد المقاوله، وأسباب انقضاء عقد المقاوله.

2 - دراسة بعنوان "عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة" دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية - الجزائر- وهي رسالة ماجستير سنة 2008 م، وجاءت في أربعة فصول، وتضمّنت

تعريف عقد الاستصناع، والوظيفة التمولية لعقد الاستصناع، والوظيفة الاستثمارية لعقد الاستصناع، ودوره في التنمية الاقتصادية.

3 - بحث بعنوان "مقاصد الشريعة في العقود المالية" عقد الاستصناع نموذجًا، للباحث أشرف علي عبد الحليم، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة سنة 2015م المجلد 13، العدد الخاص ربيع الأول 1438هـ، ديسمبر 2016 م، وبين المقاصد الشرعية في العقود المالية والتكليف الفقهي لعقد الاستصناع ومقاصده الشرعية وأهميته التمولية في المعاملات الاقتصادية في ظلّ الواقع والتحديات الاقتصادية والصناعية، وذلك في حدود 29 صفحة. وكان الحديث في هذا البحث عن عقد الاستصناع بشكل عام.

أما دراستي -هذه- فتميّز عن تلك الدراسات بأنها تتضمن دراسة فقهية تأسيسية لعقد استصناع الأبنية، من حيث بيان مفهومه ومشروعيته، والتكليف الفقهي المناسب له وصفته، وبيان مقوماته، وكل ذلك بشكل مستقل يميزه عن غيره من عقود الاستصناع الأخرى.

أهداف البحث:

الإضاءة على عقد استصناع الأبنية كما هو مطبق في أرض الواقع، والسعي إلى تأصيله وبيان ضوابطه بما يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي.

منهج البحث: إنّ هذه الدراسة تحتاج إلى المناهج التالية:

1- المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال التّعرف على عناصر هذا الموضوع عبر الاطلاع والقراءة، وتتبع كلام الفقهاء في إطار عناصر البحث.

2- المنهج التحليلي: وذلك من خلال دراسة أقوال فقهاء الحنفية في مفهوم عقد الاستصناع الأبنية، والتكليف الفقهي لهذا العقد، ومقوماته، وتحليل كل ما ورد والزيادة عليه ما أمكن أو النقصان وفق كلام الفقهاء.

3- المنهج الاستنباطي: وذلك من خلال النظر في الأدلة والمناقشة والموازنة والترجيح فيما

بينها.

خطة البحث: حوى هذا البحث مقدمة، ومبحثين، وخاتمة، تناول المبحث الأول مفهوم عقد استصناع الأبنية ومشروعيته وتكليفه وصفته، بينما تطرق المبحث الثاني إلى بيان مقومات عقد استصناع الأبنية، أما الخاتمة فتناولت أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: عقد استصناع الأبنية: مفهومه ومشروعيته وتكييفه وصفته:

يسعى هذا المبحث إلى تأصيل عقد استصناع الأبنية، من حيث بيان المفهوم

والمشروعية والتكييف الفقهي لهذا العقد، وذلك وفق الآتي:

المطلب الأول: مفهوم عقد استصناع الأبنية:

يطلق على عقد استصناع الأبنية في أيامنا بعقد المقاوله، وهو مصطلح قانوني.

لذا وجب بيان مفهوم هذا العقد، والتفريق بينه وبين المصطلحات القريبة منه.

وفي هذا المطلب سيكون الحديث عن مفهوم عقد استصناع الأبنية في اللغة والفقه،

مع ذكر العقود القريبة منه.

الفرع الأول: مفهوم العقد والاستصناع في اللغة:

1 - العقد لغة: عقدت الحبل، فهو معقود، وكذلك العهد، وأعدت العسل ونحوه، فهو

معقد وعقيد، وروى بعضهم: عقدت العسل والكلام: أعدت ويقال: عقد فلان اليمين، إذا

وكدها⁽¹⁾.

وقال الجوهري -رحمه الله -: "عَقَدْتُ الحبلَ والبيعَ والعهدَ، فأنعَدَ، والعقدُ بالضم:

موضع العقد، وهو ما عُقِدَ عليه والعقدة: الصيغة"⁽²⁾.

وقال ابن منظور -رحمه الله -: "وقد انعقد وتعدت والمعاقِدُ: مواضع العقد، والعقيدُ:

المُعاقِدُ"⁽³⁾.

ويلاحظ هنا أن لهذا العقد استعمالات عديدة، فتارة يستعمل في الأجسام

المحسوسة، كعقد الحبل، ويستعمل أيضاً على سبيل الاستعارة في المعاني، فيقال: عقد

البيع وعقد النكاح، والمعنى الثاني هو ما تحتاجه الدراسة.

(1) الهروي، أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، (بيروت، دار إحياء التراث العربى، 1422هـ-2001م)، ط1، مادة: عقد، ج:1، ص:134.

(2) الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي، الصحاح؛ تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، (بيروت، دار العلم للملايين، 1407 هـ - 1987 م)، ط4، مادة عقد، ج:2، ص:510.

(3) ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم الرويفي، لسان العرب، (بيروت، دار إحياء التراث الإسلامى، 1993)، باب العين، كلمة عقد.

2 – الاستصناع لغة: الاستصناع طلب فعل أمر معين، على وجه مخصوص، وهو مختص بأهل الصنعة، فليس الاستصناع هو أي عمل يقوم به الإنسان، وإنما عمل على وجه يختص به الناس بين بعضهم البعض، فمنهم الخياط والنجار والحداد ونحوهم.

قال الجوهري – رحمه الله -: "الصَّنْعُ بالضم: مصدر قولك صَنَعْتُ إِلَيْهِ مَعْرُوفًا، وَصَنَعْتُ بِهِ صَنِيعًا قَبِيحًا، أي فعل، وَالصَّنَاعَةُ: حرفةُ الصَّانِعِ، وعمله الصَّنَعَةُ، وَصَنَعَةُ الفرسِ أيضاً: حُسْنُ القيامِ عليه، تقول منه: صَنَعْتُ فرسي صَنَعًا وَصَنَعَةً، فهو فرسٌ صَنِيعٌ، وسيفٌ صَنِيعٌ، أي مَجْلُوبٌ"⁽¹⁾.

وأما عن أصل هذه الكلمة – صنع-، كما يقول ابن فارس -رحمه الله -: "الصَّادُ والنُّونُ والعَيْنُ أَصْلٌ صَحِيحٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ عَمَلُ النَّبِيِّ صُنْعًا"⁽²⁾.

والاستصناع في هذا البحث سيكون حول العمل والصناعة، وتحديدًا في الأبنية، مثل بناء المساكن والمستشفيات والجامعات ونحوها.

الفرع الثاني: تعريف عقد الاستصناع شرعاً:

1-العقد اصطلاحاً: هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"⁽³⁾.

2-الاستصناع في الفقه: يتضمن الكلام الآتي تعريف الاستصناع عند الحنفية فقط، لإثبات انفرادوا بمفهومه عن الجمهور الذين تعاملوا معه بشروط السلم، وتوجد تعاريف عديدة للاستصناع، وأغلبها تذكر بأن الاستصناع عقد وليس بوعده، وذلك يرجع إلى الخلاف الذي حصل بين فقهاء المذهب الحنفي في هذا العقد"⁽⁴⁾.

(1) الجوهري، الصحاح ج:3، ص:1245، وبنفس هذا المعنى ينظر: الرازي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد (بيروت، المكتبة العصرية، 1420هـ/1999م)، ط5، ص:179.

(2) ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، (دمشق، دار الفكر، 1399هـ\1979م)، ط3، ج:3، ص:313.

(3) خوجة، عز الدين محمد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مراجعة د.عبدالستار أبوغدة، (مجموعة دلة البركة، إدارة التطوير والبحوث، ربيع الثاني 1414هـ- سبتمبر 1993م)، ط 1، ص 13، وينظر: أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (دار الفكر العربي)، ص:201.

(4) البرهاني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، ت616هـ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبدالكريم سامي الجندي (بيروت، دار الكتب العلمية، 1424 هـ -2004م)، ط1، ج:7، ص:626.

والقائلون بأن الاستصناع عقد عرفوه بعدة تعريفات، منها:

1. الإمام السرخسي -رحمه الله- بقوله: "بيع عين شرط فيه العمل، وهو الاستصناع"⁽¹⁾.
 2. الإمام السمرقندي -رحمه الله- بقوله: "تفسير الاستصناع هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"⁽²⁾.
 3. الإمام الكاساني -رحمه الله- بقوله: "هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"⁽³⁾.
 4. مجلة الأحكام العدلية: عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً⁽⁴⁾.
- ونلاحظ من خلال هذه التعاريف أن عقد الاستصناع يتميز بأمور منها:

1. أنه عقد، وليس وعداً، وفيه خلاف بين الحنفية.
2. أنه عقد على مبيع؛ ويخرج بهذا القيد عقد الإجارة، لأن الإجارة على المنافع لا الأعيان.
3. في الذمة؛ فيخرج العين الحاضرة كما في البيع.
4. اشتراط العمل؛ حتى يخالف عقد السلم، لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً؛ فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلفاً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل⁽⁵⁾.

ويمكن إضافة قيد، وهو أن الثمن لم يذكر في هذه التعاريف، فبيان مقدار الثمن أمر لازم، لهذا العقد، ويظهر أن الحنفية لم يذكروا الثمن في تعريفهم، وذلك بسبب أن العقد عندهم ينعقد بدون ذكر الثمن، فالثمن ليس من أركان العقد.

لهذا عند التطبيق نرى أنهم يذكرون الثمن، ومثال ذلك ما ذكره الإمام الكاساني -رحمه الله-: "أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف بثمان كذا، ويبين نوع ما يعمل، وقدره، وصفته، فيقول الصانع: نعم"⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، ت483هـ، المسوط، (دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م)، ج: 15، ص: 84.

(2) السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين، ت540هـ، تحفة الفقهاء، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994م)، ط2، ج: 2، ص: 362.

(3) الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد، ت587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1406هـ \ 1986م)، ط2، ج: 5، ص: 2.

(4) مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواوي، (نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي)، المادة (388)، وللتوضيح، المجلة لم تذكر التعريف بهذا الشكل، وإنما قامت بضرب أمثلة عملية تطبيقية على عقد الاستصناع.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 2.

(6) المرجع نفسه، وكذا الجزء والصفحة.

فقوله: (بثمن كذا): إشارة إلى أن العقد لا بد له من ثمن في مقابل العمل. وهناك قول آخر أكثر وضوحاً في هذه المسألة، وهو أن الثمن يسمى، ولكن لا يعني ذلك أنه يدفع في مجلس العقد.

قال الإمام ابن نجيم -رحمه الله-: "أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفاراً اصنع لي خفاً طوله كذا، وسعته كذا، أو دستاً، أي برمة تسع كذا، ووزنها كذا، على هيئة كذا وبكذا، ويعطي الثمن المسمى، أو لا يعطي شيئاً، فيقبل الآخر منه"⁽¹⁾.

أما في الزمن المعاصر، فقد عرّف مصطفى الزرقا عقد الاستصناع بقوله: "هو عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً، يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده، بأوصاف معينة، وبثمن محدد"⁽²⁾.

واختيار مصطفى الزرقا هذا التعريف لأمر عديدة منها:

1. عدّ عقد الاستصناع من قبيل البيع، وليس من قبيل الإجارة، وأنه عقد وليس وعداً، لذا فلا بد من الإيجاب والقبول، وتحقق جميع شرائط الانعقاد في العقود.
2. عدّ المبيع هو العين الموصى عليها، وليس عمل الصانع ذاته، وهو بذلك اختار القول الراجح في المذهب الحنفي.
3. قوله يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بأنه لا يشترط أن يكون المبيع معدوماً وقت العقد، بل ممكن تقديمه بدون أن يصنعه.
4. قوله مما يصنع صنعاً يستفاد منه: أن الاستصناع يجري في السلع التي تصنع، ولا يدخل في الأشياء الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة كالثمار والبقول.
5. قوله بأوصاف معينة وذلك لرفع الجهالة عن المبيع.

أما عن الثمن فلا يجب تعجيله في الاستصناع، والمهم بيان الثمن بتحديد نوعاً وقدرًا، فيمكن أن يقدم الثمن معجلاً كله، أو مؤجلاً كله، أو مقسطاً⁽³⁾.

(1) ابن نجيم المصري الحنفي، الإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ت970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، (بيروت - لبنان - دار الكتب العلمية، 1418هـ- 1997م). ط1، ج:6، ص: 283.

(2) الزرقا، مصطفى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج:7، ص:744.

(3) الزرقا، مصطفى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج:7، ص:744، وما بعدها.

أما مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية فقد عرّف عقد الاستصناع بأنه: "عقد واردٌ على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشُّروط"⁽¹⁾.

ونلاحظ في هذا التعريف عدم ذكر الثمن، ولا يضر هذا العقد في شيء، وإنما يؤكد هذا التعريف بأن الاستصناع عقد، وأنه يرد على العمل والعين، وأنه في الذمة، وأنه ملزم في حال تحقق الشروط.

أما القائلون بأن هذا العقد وعد فلا يوجد لهم تعريف، وإنما ذكروا أن هذا العقد وعد دون ذكر تعريف لعقد الاستصناع.

وعند النظر في عقود استصناع الأبنية الحالية، فلا يخلو عقد إلا مع ذكر الثمن، وكذلك بيان كيفية تسديد الثمن بحسب نسبة الإنجاز، ولا يمكن تصديق أي عقد في الجهات الرسمية إلا بذكر الثمن، وكيفية التسديد، حتى لا يحصل نزاع وخلاف بين أطراف العقد.

الفرع الثالث: مفهوم عقد استصناع الأبنية:

بناء على تعريف عقد الاستصناع في الفرع السابق، يمكن القول إن تعريف عقد استصناع الأبنية هو: "عقد إنشاء مَبْنَى بأوصاف معلومة بالذمة بئمن مؤجل".

فهذا المفهوم يتضمن المفردات الآتية:

1. عقد: تأكيداً أنه ليس بوعد كما سيأتي.
2. إنشاء: وهذا عمل الصانع في هذا العقد.
3. مَبْنَى: المباني المعروفة في هذه الأيام، من المساكن والمستشفيات والمراكز الترفيهية والمطارات وغيرها.
4. بأوصاف معلومة: لنفي الجهالة بين المستصنع له - المالك - وبين الصانع - وهو المقاول.
5. بالذمة: وذلك لإخراج العين الحاضرة، فالصانع سيقوم ببناء جديد للمستصنع له.
6. بئمن مؤجل: وذلك عن طريق سداد المبالغ بشكل جزئي أو كلي، على حسب الاتفاق المتضمن لإنجاز الصانع للمستصنع له.

(1) مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم 65 (7،3)، (1)، بتاريخ 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9-14 مايو 1992م.

الفرع الرابع: الفرق بين عقد الاستصناع وعقد السلم:

يوجد تداخل كبير بين عقد الاستصناع وعقد السلم، لهذا وجب بيان الفرق بينهما عند الحنفية خاصة، وذلك لأنهم هم الذين يرون جواز عقد الاستصناع كما سيأتي، قال محمد بن الحسن الشيباني: "فإن ضرب له أجلاً، وكانت تلك الصناعة معروفة واشترط منها وزناً معروفاً من النحاس، فهو بمنزلة السلم، وهو جائز ليس له خيار في قول أبي حنيفة، وإن كانت مجهولة، فهو فاسد لا يجوز، قال أبو يوسف ومحمد: هو جائز وصاحبه بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه، وإن شاء تركه ولا يكون بمنزلة السلم"⁽¹⁾.

ويقول السمرقندي- رحمه الله- في هذا: "فإذا ضرب الأجل في الاستصناع ينقلب سلماً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، لأنه إذا ذكر فيه الأجل يكون فيه جميع معاني السلم والعبارة للمعنى لا للفظ"⁽²⁾.

وبنفس هذا المعنى قال الموصلي - رحمه الله -: "وإن ضرب له أجلاً صار سلماً، فيشترط له شرائط السلم، وقالوا: لا يصير سلماً لأنه استصناع حقيقة، فبضرب الأجل لا يصير سلماً، كما لا يصير السلم استصناعاً بحذف الأجل"⁽³⁾.
والحقيقة أن الحنفية اختلفوا في ضرب الأجل، هل يُحول العقد من الاستصناع إلى السلم أم لا؟

والصحيح أن الاستصناع لا يكون سلماً، ولا العكس، وذلك أن الأجل يعتبر من خواص السلم، وواقع وحال الاستصناع يختلف عن السلم، ليس من جهة الأجل فقط، بل من حيث إن الاستصناع يكتفى به أن تكون بصفة معروفة محتملة، غير السلم على وجه اليقين، وهذا تأييداً وموافقة لقول الإمام الموصلي الحنفي- رحمه الله-⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد، الأصل، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، (كراتشي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية)، ط1، ج:5، ص:9.

⁽²⁾ السمرقندي، تحفة الفقهاء ج2، ص363، الموصلي الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، ت683هـ، الاختيار لتعليل المختار، حققه الشيخ شعيب الأرنؤوط وأحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله، (دمشق، سوريا، دار الرسالة العلمية، 1430هـ-2009)، ط1، ج:2، ص:94، السرخسي، المبسوط، ج:15، ص:86.

⁽³⁾ الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج:2، ص:95.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، وكذا الجزء والصفحة.

الفرع الخامس: الفرق بين عقد الاستصناع وعقد المقاولة:

انتشر في الزمن المعاصر بين الناس مفهوم عقد المقاولة، وهو المعروف والمتداول بينهم، وعقد المقاولة مصطلح قانوني، وحقيقته بأنه يكون بمثل عقد الاستصناع أو عقد الإجارة، بحسب حاله.

ولمعرفة الفرق بين المقاولة والاستصناع يمكن القول بأن: المقاولة أعمّ من الاستصناع؛ إذ بينهما عموم وخصوص مطلق، ويجتمعان فيما إذا كانت المادة والعمل من الما قول، وهو الصانع، فيكون استصناعاً في الفقه.

أما في حال كانت المادة من المستصنع والعمل من الما قول، وهو الصانع، فهي إجارة على العمل، وفي هذا يقول بن مازة البخاري - رحمه الله -: "أن تكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع يكون إجارة، ولا يكون استصناعاً"⁽¹⁾.

ويؤيد هذا ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 129 (14/3) بشأن عقد المقاولة

والتعمير:

1. "عقد المقاولة -عقد يتعهد أحد طرفيه فيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر- وهو عقد جائز، سواء قدم العمل والمادة، وهو المسعى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم الما قول العمل، وهو المسعى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

2. إذا قدم الما قول المادة والعمل، فينطبق على العقد قرار المجمع رقم (65) (7/3) بشأن موضوع الاستصناع.

3. إذا قدم الما قول العمل فقط، فيجب أن يكون الأجر معلوماً"⁽²⁾.

المطلب الثاني: مشروعية عقد استصناع الأبنية :

اختلف الفقهاء في مشروعية عقد الاستصناع، فجمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة يرون أن الاستصناع ملحق بالسلم؛ فيشترط فيه ما يشترط في السلم، وأما الأحناف فيرون أن الاستصناع عقد مستقل بذاته، وله خصائصه وأحكامه، وإن كان أحياناً يلحق بالسلم إذا ضرب له أجل على خلاف عندهم.

(1) البرهاني، المحيط، ج:7، ص:626.

(2) مجلس الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة - قطر - من 8 إلى 13 ذو القعدة 1423هـ- الموافق 11-16 يناير 2003م.

ومن هذا المنطلق اختلف العلماء في مشروعية عقد الاستصناع الذي لا تتوفر فيه شروط السلم، كعقد مستقل بذاته إلى قولين:

القول الأول: عدم المشروعية إذا كان على غير وجه السلم.

وهذا قول جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة، وتوجد بعض التفاصيل

التي اختلفوا فيها، وهي مبينة كالآتي:

1- المذهب المالكي:

المالكية لا يرون جواز الاستصناع إلا بشرائط السلم، وهي تسليم رأس المال في مجلس العقد، ولا يضر تأخير تسليمه اليوم واليومين، وأن يكون موصوفاً في الذمة، وأن يتم تحديد أجل للسلم، وقاموا بتخصيص جزء من كتاب السلم للسلم في الصناعات⁽¹⁾.

2- المذهب الشافعي:

الشافعية متفقون مع المذهب المالكي في اشتراط تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأن يكون موصوفاً في الذمة، إلا إنهم حين الحديث عن شرط الأجل لا يذكرون وقتاً محدداً، بالإضافة إلى إنهم أجازوا السلم فيما تم صنعه من جنس واحد فقط، كالتحاس أو الحديد، وفي حال كانت تتضمن أجناس مختلفة ففيه خلاف، والأصح في المذهب الجواز بشرط علم العاقدين بوزنها⁽²⁾.

(1) مالك، ت 179هـ، المدونة، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1415 هـ-1994 م)، ط 1، ج 3، ص: 68، 69، القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري، ت 463هـ، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، (الرياض مكتبة الرياض الحديثة، 1400 هـ - 1980 م)، ط 2، ج 2، ص: 691. وينظر أيضاً: القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، ت 684هـ، الذخيرة، تحقيق: محمد أبو خيرة، (بيروت، دار الغرب الإسلامي 1414 هـ-1994 م)، ط 1، ج 5، ص: 250، 251، الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي أبو عبد الله المواق، ت 897هـ، التاج والإكليل لمختصر خليل، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1416 هـ / 1994 م)، ج 1، ص: 700، السالوس، علي، مجلة مجملة الفقه الإسلامي، ج 7، ص: 773.

(2) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، ت 204هـ، الأم، (بيروت، دار المعرفة 1410 هـ-1990 م)، ج 3، ص: 69، النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، ت 676هـ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاوش، (دمشق، المكتب الإسلامي، 1412 هـ / 1991 م) ج 4، ص: 3، وينظر: الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت 476هـ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (بيروت، دار الكتب العلمية)، ج 2، ص: 246، السالوس، علي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 7، ص: 773.

3- المذهب الحنبلي:

يمكن القول بأن المذهب الحنبلي يتفق مع المذهب المالكي والشافعي في اشتراط ثلاثة شروط لصحة السلم، مع اختلافهم مع المالكية في عدم جواز تأخير تسليم رأس المال عن مجلس العقد، ومع الشافعية في ضرورة تحديد وقت وأجل للسلم⁽¹⁾.
وكخلاصة لما تقدم يرى الجمهور بأن المشروع هو عقد السلم، ولا يصح التجاوز عن شروط عقد السلم، لأن عقد السلم شرع للحاجة والضرورة، ولا يجوز الذهاب بعيداً عن هذه الشُّروط للبعد عن الغرر والجهالة وعمما يؤدي إلى المنازعة بين الأطراف، ولذلك فالاستصناع الذي لا تتوافر فيه شروط السلم ليس مشروعاً عندهم.

القول الثاني: جواز عقد الاستصناع، وقال به الحنفية، عدا زفر - رحمه الله -⁽²⁾.

قال الكاساني - رحمه الله - في جواز الاستصناع: "وأما جوازه، فالقياس: أن لا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله - ﷺ - (عن بيع ما ليس عند الإنسان)⁽³⁾، ورخص في السلم، ويجوز استحساناً؛ لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير، والقياس يترك بالإجماع⁽⁴⁾."
قال الموصلی - رحمه الله -: "وإذا استصنع شيئاً جاز استحساناً"⁽⁵⁾.

(1) الخرقى، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله، ت334هـ، مختصر الخرقى، (القاهرة، دار الصحابة للتراث، 1413 هـ - 1993م) ج:2، ص:69، الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب، ت510هـ، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل (الكويت، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1425هـ - 2004م)، ط1، ص:293، ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي، ت620هـ، الكافي في فقه الإمام أحمد، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994م)، ط1، ج:2، ص:69.

(2) ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج:6، ص:283.

(3) رواه أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، (دار الرسالة العالمية، 1430هـ - 2009م)، ط1، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ح(3503)، ج:5، ص:362، وهو عن حكيم بن حزام قال: (يا رسول الله: يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، فأبتاعه له من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك)، وفي سنن الترمذي جاء نص الحديث: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)، وقال: وهذا حديث حسن صحيح، ينظر: الترمذي، محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى الضحالك، ت279هـ، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبدالباقي، (مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1395هـ، 1975م)، ط2، باب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ج:3، ص:527، وقال الزيلعي: ورواه الأربعة وحسنه الترمذي، ينظر: الزيلعي، أبو محمد عبدالله بن يوسف بن محمد، ت762هـ، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخرج الزيلعي، تحقيق: محمد عوامه، (بيروت، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 1418هـ - 1997م)، ط1، ج:4، ص:9.

(4) بدائع الصنائع للكاساني، ج:5، ص:3، وينظر: الموصلی الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج:2، ص:6.

(5) الموصلی، الاختيار لتعليل المختار، ج:2، ص:94.

فالقياص عند الحنفية أنه هذا العقد غير جائز؛ لأنه بيع معدوم، ولكنهم أجازوا هذا العقد لتعامل الناس من غير نكير، فكان اجماعاً على جوازه⁽¹⁾.

وعليه: فعقد استصناع الأبنية مشروع عند الجمهور إن توقرت فيه شروط السلم فقط، وعند الحنفية مشروع؛ سواء توفرت فيه شروط السلم أو لا، مع الإشارة إلى أن ما يطبق منه في أرض الواقع لا تتوفر فيه جميع شروط السلم.

المطلب الثالث: التَّكْيِيفُ الفِقهِيُّ لعقد استصناع الأبنية

اختلف الحنفية في التكييف الفقهي لهذا العقد، على أربعة أقوال:

القول الأول: من يرى أنه عقد بيع، وهو الصحيح في المذهب.

ودليلهم على هذا القول ما يأتي:

أ- جواز الاستصناع فيما يكون فيه تعامل بين الناس، فلو كان موعداً لما كان جائزاً.

ب- أن المستصنع حينما يشاهد الصنعة له الخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره.

ج- الصانع يملك الدراهم بالقبض، ولو وكانت موعداً لم يملكها⁽²⁾.

اعترض على هذا القول بما يأتي: بأن الاستصناع يختلف عن البيع في اشتراط العمل، أما البيع فلا عمل فيه، وكذلك يبطل عقد الاستصناع بموت أحد العاقدين عند الحنفية⁽³⁾، فلو كان بيعاً لما بطل، والاستصناع بيع معدوم، والبيع لا يكون في المعدوم، فهذه كلها اختلافات تؤكد الفارق بين عقد الاستصناع والبيع.

القول الثاني: أنه وعد بالبيع، وهذا على قول الحاكم الشهيد⁽⁴⁾ ومحمد بن سلمة⁽⁵⁾.

ومعنى هذا القول: انعقاد عقد استصناع الأبنية يتم بيعاً بالتعاطي وذلك عند انتهاء

الصانع من البناء وتسليم المشروع للمستصنع.

(1) السُّغْدِي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، ت461هـ، التنف في الفتاوى، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، (عمان - بيروت - لبنان، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، 1404هـ - 1984م)، ط2، ج:2، ص:577، وينظر أيضاً: المرغنياني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين، ت593هـ، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف (بيروت، دار إحياء التراث العربي)، ج:3، ص:33، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج:2، ص:38.

(2) ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج:6، ص:284.

(3) البرهاني، المحيط البرهاني، ج:7، ص:135، ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج:6، ص:284.

(4) هو: محمَّد بن محمَّد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد بن إسْمَعِيل بن الحاكم الشهير بالحاكم المروزي السُّلَمِي الوزير الشَّهِيد أبو الفضل البُلْخِي، توفي سنة 334هـ، ينظر: معي الدين، أبو محمد عبدالقادر بن محمد، الجواهر المضبية في طبقات الحنفية، (ت775هـ)، (الناشر: مير محمد كتب خانه، كراتشي)، ج:2، ص:112.

(5) الفقيه أبو عبد الله، توفي سنة 278هـ، ينظر: معي الدين، الجواهر المضبية في طبقات الحنفية، ج:2، ص:56.

ودليلهم على هذا القول:

أ- الصانع من حقه أنه لا يعمل، ولا يوجد ما يجبره على العمل، خلافاً للسلم، وذلك أن في عقد السلم يسلم الثمن، أما في هذا العقد فلا يسلم الثمن، فلا وجه لإلزامه.
ب- المستصنع من حقه عدم قبول الصنعة، وله الرجوع عنه، ولا يلزمه قبول عمل الصانع⁽¹⁾.

اعترض على هذا القول بما يأتي:

إن عقد استصناع الأبنية عقد مستقل، له أحكامه وخصوصيته، وعلى فرض القول بأنه عقد اشتمل على عقدين جائزين، وهو عقد السلم، وعقد الإجارة، وهذان العقدان لا يكونان مواعدة بحال.

وأيضاً، الاستصناع جائز بالقياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المواعدة، والجواز منحصر فيما فيه تعامل، أما ما ليس فيه تعامل فلا يحوز.

وأيضاً، قال أبو يوسف ومحمد: "هو جائز وصاحبه بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه، وإن شاء تركه ولا يكون بمنزلة السلم"⁽²⁾، ففي قوله: "إذا رآه"، يعني أن المستصنع إذا رأى الصنعة فهو بالخيار، وكذلك ملك الصانع الدراهم بالقبض، فلو كان هذا العقد مواعدة لما ملك الثمن بالقبض، ولما ثبت حق الخيار، فهذا الحق في البيوع لا في المواعدة.

القول الثالث: إجارة أو إجارة ابتداءً بيعاً انتهاءً، لكن قبل التسليم لا عند التسليم⁽³⁾، وذكر هذا القول ابن الهمام وابن عابدين.

فالقول بأنه إجارة لشبهه بعمل الخياط، من خياطة الملابس، والصانع يقوم بالصنع والبناء.

وبيان القول بأنه إجارة ابتداءً بيعاً انتهاءً، وهذا باعتبار شبه الصانع بعمل المستأجر، وشبه البيع في المآل، وذلك أن الصانع يقوم بالعمل فأشبهه الأجير، وعند انتهاء عمله يقوم بتسليم المحل للمستصنع فأشبهه البيع.

(1) ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج:6، ص:284.

(2) الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد، الأصل، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، (كراتشي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية)، ط1، ج:5، ص:9.

(3) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، ت861هـ، فتح القدير، (سوريا، دمشق، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ)، ج:7، ص:117، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج:5، ص:224.

اعترض على هذا القول وتحديدأ بتشبيهه بالإجارة عموماً: بأن عقد الاستصناع يقع على العين - العقار المراد البناء عليه والذي يملكه المستصنع- والعمل - وهو عمل الصانع، بخلاف الإجارة فإن محلها العمل فقط كالصباعة والخياطة.

القول الرابع: أنه بيع عين شرط فيه العمل، وهذا قول الإمام السمرقندي والإمام السرخسي- رحمه الله-(1).

وهذا القول رجحه وهبة الزحيلي، وأيد هذا الترجيح بنقله ما اختاره الكاساني بقوله: "لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل، لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل، وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما"(2).

بهذا يظهر بأن الاستصناع فيه طلب الصنع في المستقبل، ولا يكفي أن يكون في الذمة، بحيث يكون الصانع قد صنعها في الماضي.

وهذا القول هو الصحيح لموافقته لعقود استصناع الأبنية، فلا بد من إنشاء وبناء من قبل الصانع لشيء في المستقبل غير موجود.

وجاء في التمهيد لعقد مقابلة مباني لدى مصرف الإمارات الإسلامي ما يلي: "أن المقاول يقوم بنشاط المقاولات على أساس عقد الاستصناع، الذي يقوم بموجبه بيع الأعيان الموصوفة في الذمة، بمواد من عنده حسب مواصفات محددة، وتسليمها في زمن معين مقابل ثمن يقبضه خلال فترة التصنيع".

وفي موضع آخر من نفس العقد، في المادة 3 بعنوان: موضوع العقد، جاء فيه: "يتعهد المقاول بموجب هذا العقد بتشديد المشروع الموضح".

(1) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج:2، ص:362، وينظر: السرخسي، المبسوط، ج: 15، ص:84.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج:5، ص:2، والزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج:7، ص:800.

وفي موضع آخر صريح، وتحديدًا في المادة 15 وهي بعنوان: التنازل والمقاوله من الباطن، ما يلي: "يلتزم المقاول بالقيام بنفسه بكافة الأعمال موضوع هذا العقد، وعلى وجه الخصوص أعمال البناء والهيكل الخرساني، التي لا يحق له مطلقاً وتحت أي ظرف من الظروف أن يعهد بها إلى غيره".

ففي هذا النصوص فيه تأكيد أن العمل من قبل الصانع- المقاول-، وأنه بيع عين شرط فيه العمل.

وعليه؛ وبعد ما ذكر من تكييفات فقهية لعقد الاستصناع، فإن الباحث يرى أن عقد استصناع الأبنية هو: عقد مستقل، لا يدخل في أي عقد آخر، فهو مع قرينه وشبهه من البيع والإجارة، إلا أنه مستقل، وله أحكامه الخاصة في التطبيق المعاصر، بسبب إنشائه على أرض يملكها المستصنع، وأيضاً بسبب لزومه عرفاً وقانوناً، فالقول بأنه إجارة وذلك أن الصانع يشبه الأجير المشترك في العمل بالمادة التي يقدمها المستصنع؛ فهذا الأمر مردود، لأن المستصنع في عقد استصناع الأبنية يذهب إلى الصانع المقاول دون أن يقدم له شيئاً ليصنعه إلا أرضه التي سيشتد عليها البناء، بخلاف الخياط الأجير المشترك الذي يأتي إليه صاحب الثوب مثلاً ليخيطه أو ليصلحه. والقول بأنه بيع؛ فهو مردود أيضاً؛ لأننا في هذا العقد نقوم بتشديد بناء على قطعة أرض لا يمكن فصله عنها، ولا يمكن بالتالي فسخ العقد ورد المنزل المشيد إلى المقاول لسبب استدعي الفسخ كما هو حاصل في عقود الاستصناع الأخرى بالنسبة للأموال المنقولة، فالأصل في استصناع الأبنية - موضوع البحث - قيامه على قطعة أرض يقدمها المستصنع إلى الصانع ليقدّم العمل والمواد الأولية منه لصناعة بناء أو منزل بالكامل، وهذا الشيء لا يدرج ضمن الطبيعة المعروفة لعقد الاستصناع بالمعنى الشائع لهذا المصطلح عند الفقهاء، ولذلك ترجح عند الباحث أنه عقد مستقل، وله أحكامه الفقهية الخاصة بسبب خصوصيته غير الموجودة في عقود الاستصناع الأخرى.

المطلب الرابع: عقد استصناع الأبنية بين اللزوم وعدمه

بداية لا بد من تحرير محل النزاع في هذا المطلب، فهناك حالات لهذا العقد، حتى يحكم فيه باللزوم من عدمه.

فالحالة الأولى: عدم لزوم عقد استصناع الأبنية قبل البدء بالصنع، فمجرد العقد لا يلزم الصانع أو المستصنع، إلا ما جاء في المجلة كما سيأتي، والتي رأت بلزوم عقد استصناع الأبنية بمجرد العقد.

أ. عامر عبد الرحيم المرزوقي، أ.د. حسن محمد الرفاعي

الحالة الثانية: بعد الانتهاء من الصنع، فهنا حصل خلاف بين فقهاء الحنفية، وهذا الخلاف بناء على تفاصيل مبنية على كيفية الانتهاء من المشروع، وعلى رؤية المستصنع للبناء من عدمه، وعلى التزام الصانع – المقاول – بالعمل بحسب الاشتراطات من عدمها.

فهنا حصل الخلاف على أقوال، أهمها:

القول الأول: عقد الاستصناع غير لازم في حق المستصنع، وهو قول الإمام أبي حنيفة والإمام محمد – رحمهما الله-.

فهذا القول يدل على أن الأصل في عقد الاستصناع أنه عقد غير لازم، لأنه بمنزلة بيع العين الغائبة، وبعد الرؤية فالمستصنع مخير، إن شاء أجاز وإن شاء فسخ⁽¹⁾.

القول الثاني: عقد الاستصناع لازم للمستصنع – ولا خيار له- إذا أتم الصانع صنع الشيء وأحضره للمستصنع موافقاً للأوصاف، وهذا قول الإمام أبي يوسف.

وحجته في ذلك أن الاستصناع عقد مبيع في الذمة، فهو كالسلم⁽²⁾.

وأيضاً أن إعطاء خيار الرؤية بعد إتمام الصنعة فيه ضرر على الصانع، طالما أن الصانع التزم بالأوصاف المشروطة في العقد، فيكون للمستصنع خيار الوصف عند المخالفة لا خيار الرؤية.

والواقع اليوم يفرض القول بلزوم عقد استصناع الأبنية، فالمقاول حينما يقوم بالبناء على أرض المستصنع، لا يمكن بحال إزالة البناء، ويصعب القول بعدم اللزوم؛ لأنه سيؤدي إلى مفاسد عظيمة بحق الصانع.

وهذا القول اختاره مصطفى الزرقا ونقل نص المادة 392 من المجلة: "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً"⁽³⁾.

(1) ينظر: القدوري، أحمد بن محمد بن جعفر، (ت428هـ)، التجريد للقدوري، (المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، أ.د. محمد أحمد سرج، أ.د. علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، 1427هـ-2006م)، ط 2، ج 5، ص: 2712، السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج: 2، ص: 363، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج: 6، ص: 285.

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج: 2، ص: 363، ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج: 6، ص: 285، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، ت1252هـ، رد المحتار على الدر المختار، (بيروت- لبنان- دار الفكر، 1412هـ- 1992م)، ج: 5، ص: 225.

(3) مجلة الأحكام العدلية، ص: 76.

وقال مصطفى الزرقا معلقاً على هذا القول: "وواضح من هذا أن جمعية المجلة اعتبرت أن الاستصناع إذا انعقد صحيحاً كان لازماً منذ انعقاده، ملزماً للطرفين دون خيار لأحدهما منذ البداية ولو قبل كان لازماً منذ انعقاده، ملزماً للطرفين دون خيار لأحدهما منذ البداية ولو قبل البدء بالصنع، كما لو كان بيعاً مطلقاً لسلمة موجودة معينة"⁽¹⁾.

وهذا الرأي باللزوم موافق لقرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث نص المعيار الشرعي رقم 11، في فقرته 2/2/1 بما يلي: "عقد الاستصناع ملزم للطرفين إذا توافرت فيه شروطه، وهي: بيان جنس الشيء المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة، ومعلومية الثمن، وتحديد الأجل إن وجد، وثبت للمستصنع الخيار إذا جاء المصنوع مخالفاً للمواصفات المشروطة"⁽²⁾.

المبحث الثاني: مقومات عقد استصناع الأبنية:

عقد استصناع الأبنية يقوم على مقومات، وهي طرفا العقد، ومحل العقد، والصيغة التي ستكون بينهما، فلا بد من بيان المقومات حتى يكون العقد موافقاً للجانب الفقهي، مشروعاً من الناحية الفقهية، أو سليماً من الناحية الفقهية.

المطلب الأول: طرفا عقد استصناع الأبنية:

يمثل طرفا عقد استصناع الأبنية بكل من الصانع والمستصنع، وسيتم توضيح ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الصانع:

عقد الاستصناع قائم على الصانع، وهو ما يسعى في هذه الأيام بالمقاول، والمستصنع، وهو المالك"⁽³⁾.

وعادة في عقود استصناع الأبنية يكون الصانع - المقاول - هو الطرف الأول، والطرف الثاني هو المستصنع - المالك -.

ويمثل صانع الأبنية في أيامنا بالشخص الطبيعي أو بالشخصية الاعتبارية.

(1) الزرقا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج: 7، ص: 750.

(2) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، البحرين، صفر 1439هـ - نوفمبر 2017، ص: 298.

(3) السرخسي، المبسوط، ج 15، ص 84، السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج: 2، ص: 363، وبمثل هذا قال السغدري رحمه الله، ينظر: التنف في الفتاوى، ج: 2، ص: 577، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 2.

الحالة الأولى: المستصنع شخصية اعتبارية

وتسمى بشركة المقاولات، وتأخذ صفة الشخصية الاعتبارية، ويشترط لتأسيسها تحقيق الاشتراطات المطلوبة من قسم ترخيص البناء في البلديات المعتمدة في كل دولة أو مدينة، وتحصل على اسم تجاري، ويسمح لها بممارسة نشاط إنشائي في قطاع البناء والإعمار.

فمثلاً في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، صدر قرار المجلس التنفيذي رقم 9 لسنة 2019م بشأن تنظيم مزاولة أعمال وأنشطة المقاولات في إمارة الشارقة بتاريخ 2019/04/21م.

وتضمن القرار بيان مفهوم المقاول في المادة 1: "المنشأة المرخص لها أياً كان شكلها القانوني والمصرح لها بتنفيذ المقاولات الهندسية في أي تخصص هندسي وفق فئة تصنيف في الإمارة".

وأكدت المادة 11 على عدم جواز مزاولة عمل المقاول الهندسية إلا بترخيص.

الحالة الثانية: المستصنع شخصية طبيعية:

أما إن كان المستصنع شخصية طبيعية، وهو كل من له الحق في إجراء تعاقد مع طرف آخر، وهو المعروف بالشخص المكلف الطبيعي، فله شروط لا بد من تحققها. يقول الإمام الموصلي الحنفي رحمه الله:- "وشرطه: أي البيع- أهلية المتعاقدين حتى لا ينعقد من غير أهل"⁽¹⁾.

ويقول الإمام شيخي زاده - رحمه الله:- "فإن العقد لا ينعقد أصلاً إذا لم يكن العاقد أهلاً، و ينعقد موقوفاً عند توقف الأهلية"⁽²⁾.

وحتى يكون العاقد أهلاً للعقد لا بد أن يكون عاقلاً بالغاً راشداً⁽³⁾.

وأما في زماننا فإنه يشترط الأهلية القانونية، وهي تحديداً ما ذكرتها المادة 85 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي في فقرتها الثانية: "ويبلغ الشخص سن الرشد إذا أتم إحدى وعشرين سنة قمرية"⁽⁴⁾.

(1) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج:2، ص:6.

(2) شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ت:1078هـ، (دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ)، ج:2، ص:3.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج:4، ص:55، والمرغيباني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج:1، ص:95.

(4) ينظر الفقرة الثانية من نص المادة 85 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1985م.

مع مراعاة عدم الحجر على الشخص الطبيعي، وذلك لسفه أو مرض أو لأي سبب قانوني. وذلك لما جاء في نفس المادة السابقة في فقرتها الأولى: "كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين المتفرعة عنه"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المستصنع:

وهو بنفس حال الصانع، فيما أن يكون شخصية طبيعية، أو شخصية اعتبارية. فإن كان المستصنع وهو ما يعرف بالمالك في عقود المقاومات فيشترط فيه الأهلية القانونية، وهو أن يكون بالغاً من العمر 21 عاماً قمرياً.

وأما إن كان المستصنع شخصية اعتبارية، ولها مسميات عديدة منها: الشخصية المعنوية والشخصية المجردة⁽²⁾، وهي الشخصية الحكيمة، وهذا المسمى هو الأقرب لتعبير الفقهاء عن هذه الشخصية، ولكن لكثرة تداول وشهرة الشخصية الاعتبارية لهذا المسمى تم اعتماده، مع التأكيد على أنه لا يوجد تعريف للشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي⁽³⁾.

وما يهمنا أن تكون الشخصية الاعتبارية معترف بها في الدولة، وذلك كما جاء في قانون المعاملات المدنية في مادته 92، والتي نصت على أن الأشخاص الاعتباريين هم:

أ- الدولة والإمارات والبلديات وغيرها من الوحدات الإدارية بالشروط التي يحددها القانون.
ب- الإدارات والمصالح والهيئات العامة والمنشآت والمؤسسات العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.

ج- الهيئات الإسلامية التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية.

هـ- الشركات المدنية والتجارية إلا ما استثني منها بنص خاص.

و- الجمعيات والمؤسسات الخاصة المنشأة وفقاً للقانون.

(1) المرجع نفسه.

(2) الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ج:4، ص:2842.

<http://www.qaradaghi.com/chapterDetails.aspx?ID=271>

(3) الدباسي، د. أمل بنت إبراهيم بن عبد الله، مسؤولية الشخصية الاعتبارية، بحث محكم (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، 1434هـ-2013م)، ط 1، ص:33، وينظر: الدكتور حمزة حمزة، الشخصية الاعتبارية، مجلة جامعة دمشق (العدد الثاني، 2001)، ج:17، ص:520.

أ. عامر عبد الرحيم المرزوقي، أ.د. حسن محمد الرفاعي

ز- كل مجموعة من الأشخاص أو من الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون⁽¹⁾.

والمستصنع قد يكون واحدًا من تلك الشخصيات الاعتبارية.

المطلب الثاني: محل عقد استصناع الأبنية

من أهم ما يلزم ضبطه في عقد الاستصناع هو المحل، وذلك أن بقية الأركان أو الشروط عادة ما تكون مشتركة مع بقية عقود أخرى.

وحصل خلاف في هذه المسألة: هل المعقود عليه العين أم العمل أم كلاهما؟

وتفصيله وفق الآتي:

القول الأول: المعقود عليه العين دون العمل، وهذا الصحيح في المذهب، وهو قول الإمام محمد - رحمه الله -.

ودليله: المقصود هو العين، وإنما ذكر الصنعة أو العمل لبيان الوصف والجنس⁽²⁾.

واختار مصطفى الزرقاء هذا القول⁽³⁾.

والقول الثاني: المعقود عليه العمل دون العين، وهذا قول البردعي⁽⁴⁾ رحمه الله، ودليله: النظر إلى الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل⁽⁵⁾.

وثمره الخلاف بين القول الأول والثاني ما يلي:

في حال قيام الصانع بتسليم المصنوع للمستصنع، وهو الصانع لم يصنع هذه الصنعة بنفسه بل قام غيره بهذا العمل، فهل يلزم المستصنع بقبول هذه العين؟

فعلى القول الأول يجبر المستصنع على قبول العين المصنوعة، وذلك لالتزامه بتقديم

العين المصنوعة موافقة للأوصاف المشروطة.

(1) ينظر نص المادة 92 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1985.

(2) ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج:6، ص:284، وشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج:2، ص:107.

(3) الزرقاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج:7، ص:756.

(4) أبو سعيد، أحمد بن الحسين، أحد فقهاء على مذهب أبي حنيفة، ت317هـ، ويردعي نسبة إلى بردعة، وهي بلدة من أقصى بلاد أذربيجان، ينظر: معي الدين، عبدالقادر بن محمد بن نصر، ت775هـ، الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، (باكستان، كراتشي، الناشر: مير محمد كتب خانة)، ج:1، ص:67، والزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد، ت1396هـ، الأعلام، (بيروت، لبنان، دار العلم للملايين، مايو 2002)، ط15، ج:1، ص:114، و115..

(5) ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج:6، ص:284، وشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج:2، ص:107.

وعلى القول الثاني لا يجبر المستصنع على قبول العين المصنوعة، وذلك أن محل العقد هو العمل، فقيام صانع آخر بالعمل لا يبرأ ذمة الصانع.
القول الثالث: المعقود عليه العين والعمل معاً، وهذا القول لم يذكر صراحة عند الفقهاء، ولكن عند حديثهم عند اشتراط المستصنع على الصانع أن يكون العمل من قبله تحديداً دون غيره.

وهو القول الصحيح، وذلك لموافقته التكييف الفقهي.
ويمكن القول بأن الشروط التي لا بد أن تتوفر في محل عقود استصناع الأبنية، تمثل بما يأتي:

1- أن يكون محل العقد معلوماً، بحيث يحدد فيه الجنس والنوع والصفة والقدر، وهذا لكل المواد المستخدمة من قبل الصانع⁽¹⁾.

وذلك أن الجهالة التي تؤدي إلى نزاع بين أطراف العقد تفسد العقد، وتكثر الخلافات بين الصانع والمستصنع في عدم بيان المواد المستخدمة في البناء، فمواد البناء تختلف جودتها تبعاً للبلد والزمان، فالمواد غالباً حينما تكون من بلد معين، وجديدة، تختلف عن نفس البلد وقديمة، فلا بد من بيان جميع المواصفات في المواد بحيث يكون معروفاً لدى أهل الصنعة أن هذا البند الموثق في العقد واضحاً ومعلومياً.

ومثال هذا ما ورد في عقد استصناع بناء فيلا سكنية ما يلي:

يجب استخدام الحديد التسليح القطري لكافة أعمال الخرسانة المسلحة بالمشروع، كما يجب تقييم تقرير عن اختبار حديد التسليح حسب أحكام بلدية الشارقة.

وفي عقود استصناع الأبنية في مصرف الإمارات الإسلامي، هناك عبارة توضح هذا الشرط، وذلك بذكر هذا النص، الرسومات والمواصفات، ومع التأكيد على أن المقاول قد حقق أمرين اثنين، هما:

1- شمولية العطاء⁽²⁾: وهي إقرار المقاول بأنه اطلع على جميع المواصفات الخاصة والعامة والمخططات بالمشروع والمراسلات الملحقة بهذا العقد، وأنه تحقق بعد دراستها من تفصيلات المشروع وموقع الأرض وطبيعتها.

(1) السمرقندي، تحفة الفقهاء ج:2، ص:363، الكاساني، بدائع الصنائع، ج:5، ص:3.

(2) المادة 4 في عقد مقاوله مباني لمصرف الإمارات الإسلامي.

2- كفاية العطاء⁽¹⁾: وهي إقرار المقاول باقتناعه بصحة وكفاية العطاء والأسعار الواردة في جداول الكميات، وأنها جميعها سوف تفي بالتزاماته الناشئة، والتي تشمل توريد البضائع والمواد والآلات والخدمات المخصص لها مبلغ احتياطي، وبكل الأشياء اللازمة للتنفيذ السليم لأعمال المشروع.

فهذان الأمران فيهما زيادة بيان وتأكيد على أن بيان الجنس والنوع والصفة غير كاف، فلا بد أيضاً من النص من أن المقاول قد اطلع على هذه الرسومات والمواصفات، مع اقتناعه بأن هذه الرسومات والموصفات المذكورة في العقد تحقق له إتمام المشروع على أتم وجه.

3- أن يكون مما جرى به العمل عادة، فلا يقوم بعمل أمر غير ممكن الوقوع⁽²⁾.

وفي هذا الأمر لا يوجد خلاف في استصناع الأبنية، وذلك أن غالب الأبنية معروفة وجرت بها العادة، ولكن بعض الناس تطلب صنع أمر غير معروف وغير مألوف، وذلك رغبة في التميز والشهرة، ويقوم الاستشاري المصمم بالتصميم، وعرض التصميم على الصانع - المقاول-، فقد يكون هذا الأمر مخالفاً لما جرى به العمل عادة، وبحاجة إلى دراسة وتأمل، فعقد الاستصناع شرع للحاجة، فلا يتوسع إلا بالقدر الذي شرع من أجله، مع مراعاة الزمان والمكان، ففي إمارة دبي مثلاً، تكثر الأبنية الحديثة بالمواصفات والأشكال الهندسية غير المألوفة، وهذا يعتبر تمييزاً وإبداعاً.

4- أن يكون محل عقد الاستصناع مباحاً، كبناء المستشفيات والمدارس والأبنية السكنية⁽³⁾.

5- أن يضرب له أجلاً، فلا بد من بيان وقت تسليم المشروع للمستصنع المالك، وهذه المسألة خلافية بين فقهاء المذهب الحنفي، وسبق ذكرها عند الحديث عن الفرق بين عقد الاستصناع والسلم.

وهذا القول- أي تحديد الأجل- كما يذكر وهبة الزحيلي: "هو المتفق مع ظروف الحياة العملية، وحاجات الناس، فيكون هو الأولى بالأخذ به"⁽⁴⁾.

(1) المادة 5 في عقد مقابلة مباني لمصرف الإمارات الإسلامي.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 2.

(3) التوجيهي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوجيهي، (بيت الأفكار الدولية، 1430هـ-2009م)، ط 1، ج: 3، ص: 465.

(4) الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج: 7، ص: 803.

وهذا القول أيضاً هو المناسب للناس في هذا الزمان، فترك العقود دون أجل يضر بالأطراف، وغالب القضايا في المحاكم هذا اليوم من شكوى المستصنع من تأخير إنجاز المشروع، فإن ترك الأمر بدون أجل كان الضرر متحققاً.

والمعمول به في هذا الزمان تحديد وقت تسليم المشروع، وفرض غرامات وشروط جزائية في حال التأخير. فمثلاً، ورد في عقد استصناع بناء فيلا سكنية ما يلي: يجب على المقاول الانتهاء من جميع الأعمال المذكورة في العقد خلال فترة 24 شهر من تاريخ بدء العمل. وجاء في عقد مصرف الإمارات الإسلامي ما يؤكد هذا الأمر، من خلال ما يلي: "يتعهد المقاول بتقديم برنامج زمني مفصل، ومينياً على البرنامج الزمني المعتمد أصلاً، والذي يوضح المراحل الزمنية لتنفيذ المشروع".

وفي موضع آخر: "يلتزم المقاول بتسليم المشروع طبقاً للموصفات⁽¹⁾ والشروط المتفق عليها في هذا العقد خلال مدة (18) شهراً، شاملة فترة التحضير".
5- أن يلتزم الصانع- المقاول- بعمل البناء بحسب المواصفات والاشتراطات المدونة في عقد الاستصناع- المقابلة-.

وهذا يقتضي منه أن يعمل، وليس من حقه أن يقوم بشراء شيء مصنوع، وذلك أن محل العقد هو العمل والعين.

وفي عقود استصناع الأبنية عادة يقوم الصانع-المقاول- بعمل جديد، فلا يمكن أن يأتي بمسكن جاهز ويضعه في الموقع، فالمساكن تبنى من خلال أعمال الخرسانة المسلحة، وهذه تتطلب عملاً وبناءً جديداً، مع مراعاة أن بعض عقود الأبنية تتضمن أعمالاً جاهزة، وتكون معلومة لأطراف العقد.

وجاء في عقد استصناع مباني لمصرف الإمارات الإسلامي في المادة رقم 7، وهي بعنوان: واجبات المقاول، ما يلي: "يتعهد المقاول بتنفيذ المشروع بأعلى المستويات المتعارف عليها مهنيّاً، وطبقاً لرسومات⁽²⁾ المناقصة، وكافة المستندات من مواصفات وجداول كميات".

⁽¹⁾ المواصفات: يقصد بها مواصفات الأعمال التي يشملها العقد، وأي تعديلات لها أو إضافات عليها أجريت بموجب الشروط الخاصة، وتشمل المواصفات التي تقدم بها المقاول إلى الاستشاري وصادق عليها المصرف والمستفيد، ينظر التعريفات في عقد المقابلة في مصرف الإمارات الإسلامي.

⁽²⁾ الرسومات: يقصد بها كل الرسومات والحسابات والمعلومات التقنية ذات الطبيعة المشابهة، والتي يقدمها المهندس الاستشاري بعد مصادقة المقاول بموجب العقد، وكذلك كل الرسومات والحسابات والعينات والأنماط والنماذج ودليل التشغيل والصيانة، وغيرها من المعلومات التقنية ذات الطبيعة المشابهة، والتي يقدمها المقاول وصادق عليها الاستشاري، ينظر التعريفات في عقد المقابلة في مصرف الإمارات الإسلامي.

6- أن يلتزم الصانع بالعمل في المحل، دون إحضار عين قد صنعها سابقاً، لأن عقد استئصال الأبنية كما مر تعريفه، هو عقد على مبيع في الذمة، شرط فيه العمل، وهذا الشرط يقع على عمل وصنع في المستقبل.

المطلب الثالث: صيغة عقد استئصال الأبنية

وهي ما يعرف بالإيجاب والقبول في العقود، قال الإمام الكاساني - رحمه الله -: " فبهي أن يقول إنسان لصانع - من خفاف أو صفار أو غيرهما -: اعمل لي خفاً، أو أنية من أديم أو نحاس، من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم"⁽¹⁾. فهنا بين صيغة عقد الاستئصال، بأن يتضمن الإيجاب والقبول.

وتشتمل الصيغة في عقود استئصال الأبنية بالإيجاب والقبول بين المقاول والمالك. ومثال ذلك ما جاء في عقد استئصال أبنية ما يلي: اتفاقية بين المقاول شركة (أ) مع المالك (ب)، وتتضمن إلزام شركة (أ) بتنفيذ مشروع بناء سكني مكون من طابق أو طابقين مع ملحق ومواقف سيارات وسور من ثلاثة أو أربعة اتجاهات على أن يلتزم المالك (ب) بسداد الدفعات حسب المتفق عليه.

وتتضمن أيضاً تفاصيل أخرى، وفي ختام العقد يذيل باسم الشركة مع التوقيع وختم الشركة، واسم المالك وعنوانه وتوقيعه.

يقول الإمام الموصلي الحنفي - رحمه الله -: "وركنه: الإيجاب والقبول؛ لأنهما يدلان على الرضا الذي تعلق به الحكم، وكذا ما كان في معناهما"⁽²⁾.

والحق أن الإيجاب والقبول يتم بأي صيغة تعارف عليها الناس، وهذا أمر واقعي وملموس في واقع العقود اليوم، فمثل أن يتم العقد عن طريق الكتابة، أو التراسل عبر البريد الإلكتروني الرسمي، إلى غيرها من الطرق المعتمدة لدى الجهات المختصة، لكنه في عقود استئصال الأبنية يجب أن يكون مكتوباً، ويوقع عليه الطرفان، ويحتفظ كل طرف بنسخة من العقد.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 2، وينظر: السُّعدي، التنف في الفتاوى، ج: 2، ص: 577.

(2) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج: 2، ص: 6.

ويمكن التوقيع الإلكتروني من خلال منظمة إلكترونية موثوقة ومعروفة لدى الجهات الرسمية، وذلك في ظل الوباء العالمي، ففي دولة الإمارات العربية المتحدة، هناك تطبيق الهوية الرقمية، فمن خلاله يمكن التوقيع على المستندات في كثير من الخدمات، ويمكن للقائمين في مجال تصديق عقود استصناع الأبنية العمل بهذا النظام.

الخاتمة:

توصلت في هذا البحث إلى عدة نتائج، أهمها التالي:

- عقد استصناع الأبنية هو عقد إنشاء مبنى بأوصاف معلومة بالذمة بئمن مؤجل.
- عقد استصناع الأبنية مشروع عند الحنفية، وهو عقد لازم، والقول بالمشروعية واللزوم هو اختيار مجلس الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة عشر بالدوحة، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وهو الملائم والمناسب لحال أطراف العقد، وهو الطريق الأمثل لمواكبة التطور مع مراعاة أحكام الفقه الإسلامي.
- عقد استصناع الأبنية عقد مستقل له أحكامه الخاصة، ولا يدخل في أي عقد آخر، وهو عقد مستجد ليس له ما يشبهه من العقود السابقة بسبب طبيعته الخاصة؛ لأنه يشيد على عقار ثابت يقدمها المستصنع إلى الصانع، ولا يمكن بالتالي فسخ العقد وإعادة العين المصنوعة - المنزل الثابت المشيد على أرض ثابتة - إلى الصانع إذا وجد مبرر شرعي لذلك.
- تحديد أجل وزمن معين لإنجاز عقد استصناع الأبنية هو الملائم لهذا الزمان، وهو المعمول به في العقود الميدانية.

أما توصيات هذا البحث فتمثل بعدة عناصر أهمها الآتي:

- حث الجهات المعنية بتصديق عقود استصناع الأبنية على عرض هذه العقود على هيئة رقابة شرعية حتى تقوم بدراسة شرعية لها، لتحقيق غاية العقد بأتم صورة، والتأكد مدى مطابقته لأحكام الفقه الإسلامي، وخلوه من أي مخالفات شرعية.
- حث الحكومات على وضع عقود موحدة للأفراد، والاستفادة من العقود الموجودة في المصارف الإسلامية، فهي وضعت بعد دراسات وعمل لجان شرعية وقانونية متخصصة في هذا المجال.

-توصية هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بإصدار معيار خاص يتحدث عن عقود استصناع الأبنية حصراً.

قائمة المصادر والمراجع:

- 01- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، ت861هـ، فتح القدير، (سوريا، دمشق، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ).
- 02- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، (دمشق، دار الفكر، 1399هـ \ 1979م)، ط3.
- 03- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي، ت620هـ، الكافي في فقه الإمام أحمد، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994م)، ط1.
- 04- ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم الرويعي، لسان العرب، (بيروت، دار إحياء التراث الإسلامي، 1993).
- 05- ابن نجيم المصري الحنفي، الإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ت970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997م)، ط1.
- 06- ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج:6، ص:285، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، ت1252هـ، رد المحتار على الدر المختار، (بيروت، دار الفكر، 1412هـ - 1992م).
- 07- أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، (دار الرسالة العالمية، 1430هـ - 2009م)، ط1.
- 08- البرهاني، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، ت616هـ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي (بيروت، دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2004م)، ط1.
- 09- الترمذي، محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى الضحاك، ت279هـ، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، (مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1395هـ، 1975م)، ط2.
- 10- التويجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، (بيت الأفكار الدولية، 1430هـ - 2009م)، ط1.
- 11- الجوهرى، أبو نصر إسماعيل بن حمّاد الفارابي، الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، (بيروت، دار العلم للملايين، 1407هـ - 1987م)، ط4.
- 12- حمزة، حمزة، الشخصية الاعتبارية، مجلة جامعة دمشق (ع2، 2001).
- 13- الخرقى، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله، ت334هـ، مختصر الخرقى، (القاهرة، دار الصحابة للتراث، 1413هـ - 1993م).
- 14- خوجة، عز الدين محمد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مراجعة د.عبد الستار أبو غدة، (مجموعة دلة البركة، إدارة التطوير والبحوث، ربيع الثاني 1414هـ - سبتمبر 1993م)، ط1.
- 15- الدباسي، د.أمل بنت إبراهيم بن عبد الله، مسؤولية الشخصية الاعتبارية، بحث محكم (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، 1434هـ - 2013م)، ط1.
- 16- الرازي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، (بيروت، المكتبة العصرية، 1420هـ / 1999م)، ط5.
- 17- الزرقا، مصطفى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.

- 18- الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد، ت762هـ، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأمل في تخرج الزيلعي، تحقيق: محمد عوامه، (بيروت، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 1418هـ-1997م)، ط1.
- 19- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، ت483هـ، المبسوط، (دار المعرفة، بيروت، 1414هـ-1993م).
- السُّغُدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، ت461هـ، النتف في الفتاوى، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، (عمان - بيروت، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، 1404هـ-1984م)، ط2.
- 20- السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين، ت540هـ، تحفة الفقهاء، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م)، ط2.
- 21- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس، ت204هـ، الأم، (بيروت، دار المعرفة 1410هـ-1990م).
- 22- الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد، الأصل، تح: أبو الوفاء الأفغاني، (كراتشي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية)، ط1.
- 23- شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ت1078هـ، (دار إحياء التراث العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ).
- 24- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت476هـ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (بيروت، دار الكتب العلمية).
- 25- الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري أبو عبد الله المواق، ت897هـ، التاج والإكليل لمختصر خليل، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1416هـ/1994م).
- 26- القدوري، أحمد بن محمد بن جعفر، (ت428هـ)، التجريد للقدوري، (المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، أد محمد أحمد سرج، أد علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، 1427هـ-2006م)، ط2.
- 27- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، ت684هـ، الذخيرة، تحقيق: محمد أبو خيرة، (بيروت، دار الغرب الإسلامي 1414هـ-1994م)، ط1.
- 28- القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري، ت463هـ، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، (الرياض مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ-1980م)، ط2.
- 29- الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد، ت587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1406هـ\1986م)، ط2.
- 30- الكلوزاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب، ت510هـ، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل (الكويت، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1425هـ-2004م)، ط1.
- 31- مالك، ت179هـ، المدونة، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م)، ط1.
- 32- مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، (نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي).
- 33- مجلس الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة - قطر - من 8 إلى 13 ذو القعدة 1423هـ- الموافق 11-16 يناير 2003م.
- 34- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم 65 (7.3) (1)، بتاريخ 7-12 ذي القعدة 1412هـ- الموافق 9-14 مايو 1992م.
- 35- محيي الدين، أبو محمد عبد القادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، (ت775هـ)، (الناشر: مير محمد كتب خانه، كراتشي).

- 36- المرغياني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين، ت593هـ، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف (بيروت، دار إحياء التراث العربي).
- 37- الموصلي الحنفي، عبد الله بن محمود بن مودود البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، ت683هـ، الاختيار لتعليل المختار، حققه الشيخ شعيب الأرنؤوط وأحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله، (دمشق، سوريا، دار الرسالة العلمية، 1430هـ-2009)، ط1.
- 38- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، ت676هـ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، (دمشق، المكتب الإسلامي، 1412هـ / 1991م).
- 39- الهروي، أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1422هـ-2001م)، ط1.
- 40- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، (1-85)، النص الكامل للمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، صفر 1439هـ- نوفمبر 2017.
- 41- وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.