

الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة دراسة فقهية مقارنة

إعداد الدكتور 

ماجد بن بلال فرج شربه

الأستاذ المساعد في قسم الشريعة

بكلية الشريعة والأنظمة جامعة تبوك

Email: Majbal15@gmail.com

ماخص

الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة دراسة فقهية مقارنة إعداد الدكتور / ماجد بن بلال فرج شربه

عقد الاستصناع الذي هو: "هو عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً، يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً، بموادٍ من عنده، بأوصاف مخصوصة، وبثمن محدد".
من أهم العقود المالية المعاصرة الحديثة، التي تطورت المعاملات التجارية اليوم واتسعت ولم تعد قاصرة على المد والصاع والشبر والباع والصبرة والحزمة والثوب والرحى والدرهم والدينار، بل اتسعت اتساعاً باهراً وانتقلت من مستوى الأفراد إلى الحكومات ناهيك عن بعض الشركات التي تمول كثيراً من الحكومات، وأصبحت المبالغ بالمليارات والمدد إلى عشرات السنين، فدخلت صناعة البواخر والطائرات والناطحات والجسور، وملايين السيارات وتعدت المعاملات صورة النقد بالتقايض إلى الضمانات والسندات والحوالات البنكية والتأمينات المالية، وأصبحت التعاملات بين حلال وحرام، وبيع وربا، وضرر وغرر، ومجيز ومحرم، وأصبحت المسألة مشكلةً على الفقهاء، هل هي من قبيل صورة فقهية قديمة معروفة في السابق فتشترط لها شروطها أم أنها حقاً مستجدة فتحتاج إلى تخريج ونظر فاحص.

ناهيك عن قيام مصالح الدول اليوم على عقد الاستصناع، فلا تكاد تخلو منه دولة ولا منشأة حكومية، ولا خاصة، كاستصناع الجسور، والطائرات وغيرها.
لذا فإن عقد الاستصناع في الحقيقة نوع من البيوع مستقل لا يدخل في أحد من الأنواع الأخرى، فهو أعم العقود وأشملها، فهو أشمل من البيع من حيث اشتراط العمل، ومن حيث جواز تأخير الثمن لشبهه بالإجارة وأن الثمن فيها لا يستحق إلا بالعمل والعمل شرط في الاستصناع وأعم من الإجارة التي لا تشترط العين بخلاف الاستصناع، و أشمل من السلم الذي لا يشمل العمل.
الكلمات المفتاحية: الاستصناع - تطبيقاته - المعاصرة .

Email: Majbal15@gmail.com

Summary

The Istisna'a contract, which is: "A contract that is bought immediately, makes a thing that makes a work, which the seller is obliged to provide, made with materials of his own, with specific descriptions and for a fixed price".

One of the most important modern financial contracts, which developed commercial transactions today and expanded and is no longer limited to the tide and Saa and Shabra and sales and patience and the package and dress and mill and Dirham and the dinar, but widened dramatically and moved from the level of individuals to governments not to mention some companies that finance many governments, and the amounts in billions and for decades, ships, planes, skyscrapers, bridges, and millions of cars entered. Transactions exceeded cash in the form of guarantees, bonds, bank transfers and financial insurances. The issue became a problem for the jurists, whether it is such an old jurisprudence image that is known in the past and requires its conditions or is it really a novelty that needs graduation and closer examination.

Not to mention that the interests of states today on the Istisnaa contract, there is hardly any state or

government facility, nor private, such as the manufacture of bridges, aircraft and others.

Therefore, the Istisna'a contract is in fact a kind of independent sales that does not fall into any of the other types. Istisna'a is more general than Ijara, which does not require the eye other than Istisna'a, and is more comprehensive than the ladder which does not include work.

Keywords: Istisna-and its applications- ontemporary.

Email: Majbal15@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد ﷺ
وعلى آله ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين وبعد:-

فلقد تطورت المعاملات التجارية اليوم واتسعت ولم تعد قاصرة على المد
والصاع والشبر والباع والصبرة والحزمة والثوب والرحى والدرهم والدينار، بل اتسعت
اتساعاً باهراً وانتقلت من مستوى الأفراد إلى الحكومات ناهيك عن بعض الشركات
التي تمول كثيراً من الحكومات، وأصبحت المبالغ بالمليارات والمدة إلى عشرات السنين،
فدخلت صناعة البواخر والطائرات والناطحات والجسور، وملايين السيارات وتعدت
المعاملات صورة النقد بالتقايض إلى الضمانات والسندات والحوالات البنكية
والتأمينات المالية، وأصبحت التعاملات بين حلال وحرام، وبيع وربا، وضرر وغرر،
ومحيز ومحرم، وأصبحت المسألة مشكلاً على الفقهاء، هل هي من قبيل صورة فقهية
قديمة معروفة في السابق فتشترط لها شروطها أم أنها حقاً مستجدة فتحتاج إلى تخرج.

ومن هذه المعاملات الاستصناع الذي كان في السابق مقتصرًا على الثوب
والرحى وقد يقدم معه شيء من المال -العربون- كما هو الحال اليوم، لكنه تغير اليوم
واتسع، وأصبح على مستوى الحكومات كما في عقود استصناع الجسور، والطائرات
وغيرها مع عدم تقديم شيء من الثمن غالباً، مما جعل الموضوع مشكلاً، فاحتاج
المسلمين فيه إلى بيان فاحص يبين الحلال فيه من الحرام، لألا تخلو الحادثة من حكم
قائم لله بها.

أسباب دراسة الموضوع

تتلخص الأسباب في ما يلي:-

- ١) قيام مصالح الدول اليوم على عقد الاستصناع ، فلا تكاد تخلو منه دولة ولا منشأة حكومية ، ولا خاصة.
- ٢) وقوع الخلاف فيه بين العلماء من قائل بأنه وعد ومن قائل بأنه عقد ، ومن قائل بأنه سلم ومن قائل بأنه عقد جديد.
- ٣) احتفاف العقد على بنود وشروط وإجراءات هي محل إشكال ، كالشرط الجزائي وشرط بيع المصنوع.
- ٤) التمويل البنكي لهذا العقد وما فيه من إجراءات تحتاج إلى بحث.
- ٥) قيام عقود موازية له مقترنة به في الغالب .

خطة البحث

تشتمل خطة البحث على مقدمة، وتمهيد، ومبحثين، وخاتمة، وفهارس.

المقدمة: وتشتمل على أهمية الموضوع، وأسباب دراسة الموضوع، خطة البحث

التمهيد: الاستصناع أركانه وشروطه، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحًا.

الفرع الثاني: أركان عقد الاستصناع.

الفرع الثالث: شروط عقد الاستصناع.

الفرع الرابع: أهمية عقد الاستصناع.

المبحث الأول :- حقيقة الاستصناع ، وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: هل الاستصناع عقد أو وعد.

المطلب الثاني: الفرق بين الاستصناع وغيره من العقود، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الفرق بين البيع والاستصناع.

الفرع الثاني: الفرق بين الإجارة والاستصناع.

الفرع الثالث: الفرق بين السلم والاستصناع.

المطلب الثالث: التكيف الفقهي لعقد الاستصناع وبيان مدى خصوصيته.

المطلب الرابع: هل الاستصناع بيع دين بدين.

المبحث الثاني: حكم الاستصناع وتطبيقاته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الاستصناع.

المطلب الثاني: تطبيقات عقد الاستصناع، وفيه تسعة فروع:

الفرع الأول: الاستصناع الموازي.

الفرع الثاني: الإهمام في عقد الاستصناع.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي.

الفرع الرابع: بيع المصنوع قبل استلامه .

الفرع الخامس: اشتراط المستصنع على الصانع بيع المصنوع وشراء الباقي.

الفرع السادس: تفويض المصرف في شراء المصنوع.

الفرع السابع: استصناع الذهب والفضة.

الفرع الثامن: استصناع العملات الورقية.

الفرع التاسع: استصناع المباني.

الخاتمة.

فهرس المراجع

فهرس الموضوعات.

التمهيد

الاستصناع أركانه وشروطه

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحاً.

أولاً: الاستصناع لغة:-

الاستصناع استفعال من الفعل "صنع"، فالألف والسين والتاء للطلب: أي طلب الصناعة، و"الصاد والنون والعين أصل صحيح واحد؛ وهو عمل الشيء صنعاً"^(١). يقال: صنع الشيء صنعا عمله^(٢)؛ فهو مصنوع وصنيع، والصناعة - بكسر الصاد: حرفة الصانع، واصطنعه: اتخذه، قال تعالى: "وَاصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي"^(٣).

يقول ابن منظور: "ويقال اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً"^(٤) واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه، فالاستصناع لغة: طلب الفعل^(٥).

ثانياً: الاستصناع اصطلاحاً:-

جمهور المذاهب الثلاثة (المالكية والشافعية والحنابلة) لا يكادون يذكرون للاستصناع تعريفاً؛ لأنهم لا يوردونه في صورة مستقلة؛ بل يعدونه قسماً من أقسام السلم؛ وذلك حين يتكلمون عن السلم في الصناعات^(٦).

(١) مقاييس اللغة (٣/٣١٣).

(٢) المعجم الوسيط (١/٥٢٥).

(٣) سورة طه . آية : ٤١ .

(٤) ابن منظور . لسان العرب ، ج ٨ ، صفحة : ٢٠٩ .

(٥) انظر: لسان العرب:ج:٨، صفحة : ٢٠٩ . مختار الصحاح صفحة : ٣٧١ . القاموس

المحيط:ج:١، صفحة : ٩٥٤ .

(٦) انظر -على سبيل المثال-: البيان (٥/٤٠٠) والمغني (٦/٣٩٨) ومواهب الجليل

(٦/٥١٧).

جاء في مختصر خليل: "والشراء من دائم العمل كالحباز وهو بيع وإن لم يدم فهو سلم كاستصناع سيف أو سرج وفسد بتعيين المعمول منه، وإن اشترى المعمول منه واستأجره جاز إن شرع عين عامله أم لا"^(١).

وجاء في الأم: قال: "ولا بأس أن يسلفه في طست أو تور من نحاس أحمر أو أبيض، ويشترط بسعة معروفة، ومضروباً أو مفرغاً، وبصنعة معروفة...، قال: ولو شرط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد أو نحاس وورصاص لم يجز، لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما. قال: وهكذا كل ما استصنع..."^(٢).

وجاء في الإنصاف: "لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"^(٣).

ومن هذا نرى أن المذاهب الثلاثة، أجمعت على عدم جواز الاستصناع إلا بشروط السلم، غير أن المالكية أجازوا استصناع أي شيء مما يعمل الناس في أسواقهم من آيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات، على حين لم يجز الشافعية والحنابلة من هذه الأشياء ما جمع أجناساً مقصودة، لا تتميز^(٤).

(١) مختصر خليل: ص ١٧٩.

(٢) الأم، ٥٣٢/٣.

(٣) الإنصاف: ٣٠٠/٤.

(٤) موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، والاقتصاد الإسلامي أ.د/ على أحمد السالوس ص ١٠٠١، ط/ دار أم القرى للطباعة بالقاهرة نشر وتوزيع مكتبة دار التقوى، ومكتبة نور القرآن بمصر الطبعة السادسة ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م، وعقد الاستصناع: د/ ناصر النشوي، ص ١٣٨ وما بعدها، ط/ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى: ٢٠٠٧ م.

وأما الحنفية فيعدّونه عقداً مستقلاً؛ ولذا فقد جعلوا له تعريفاً خاصاً؛ ومن ذلك: ما عرّفه به ابن عابدين بقوله: "طلب العمل منه -أي من الصانع- في شيء خاص على وجه مخصوص"^(١).

وهو قاصر لتعبيره عن العقد بالطلب ولدخول الإجارة فيه.

وعرفه السمرقندي فقال: هو "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"^(٢).

وعرفه الكاساني بقوله: هو "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"^(٣).

وبالتأمل في هذه التعريفات نستخلص ما يلي^(٤):

أ- قد ذكر الفقهاء أمثلة وصوراً للاستصناع بما هو متعارف عندهم وفي وقتهم كالحف والطست والقلنسوة، وهذا ما نص عليه الفقهاء المتقدمين، أما الفقهاء المتأخرون فقد توسعوا في ذكر صور جديدة للاستصناع كما ذكر ذلك شارحوا المجلة حيث توسعوا في ذكر أمثلة تعدت إلى الثياب والأسلحة حربية كانت أو سلمية والسفن الشراعية وما إلى ذلك.

(١) حاشية ابن عابدين (٤٧٤/٧).

(٢) تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي المتوفى سنة ٥٣٩هـ، ٥٣٨/٢، ط/ مكتبة دار التراث، القاهرة، الطبعة الثالثة ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، تحقيق: أ.د/ محمود زكي عبد البر.

(٣) بدائع الصنائع: ٣-٢/٥.

(٤) عقد الاستصناع: د/ ناصر النشوي، ص ١٤٨.

ب-المادة الخام: أما المادة الخام المستعملة في هذه الأدوات المصنوعة فالملاحظ أنها تتكون من النحاس والجلد إلا أن بعضهم كابن المهام ذكر الحديد، والزجاج والطواجن التي تتكون عادة من الآجر.

ج-ومع ذكر هذه الصور التي ذكرها الفقهاء فإن هذا لا يمنع أن تدخل اليوم في الاستصناع أنواع جديدة ومواد خام لم تكن مستعملة سابقاً.. فالطائرة والصاروخ والبيوت الجاهزة والسيارات والأثاث ومواد البناء والآلات الدقيقة كالساعات وغير ذلك من المعدات التي يحتاجها العصر الحاضر، وتملى علينا الظروف الصحية والاقتصادية والتعليمية والزراعية والصناعية الحاجة إليها، والتي تعرف على الحصول عليها عن طريق الاستصناع يمكن أن يدخل التعامل بها عن طريق الاستصناع^(١).

وأما الاستصناع عند المعاصرين: فمن أحسن من عرفه في نظري مصطفى الزرقا حيث قال: "هو عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً، يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً، بموادٍ من عنده، بأوصاف مخصوصة، وبثمن محدد"^(٢).

وكذلك تعريف مصطفى عبد العال^(٣) وهو أخصر حيث عبر عنه بقوله هو: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص بثمن معلوم".

(١) عقد الاستصناع: د: كاسب البدران: ص ٥٦ وما بعدها، وعقد الاستصناع: د/ ناصر النشوي، ص ١٤٨.

(٢) عقد الاستصناع، مصطفى الزرقا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد السابع (٢ / ٨).

(٣) آلية تطبيق عقد الاستصناع في بالمصارف الإسلامية بحث مقدم لدائرة الشؤون الإسلامية بدبي ٢٠٠٩م.

شرح التعريف الأخير و محترزاته:

"عقد" : يخرج ما هو وعد.

"على مبيع" يخرج: الإجارة.

"في الذمة" يخرج البيع على عين حاضرة.

"شرط فيه العمل" يخرج السلم.

"على وجه مخصوص": قيد جامع للشروط وبيان الجنس والنوع والصفة.

"بشمن معلوم": أي قدره ونوعه ولا يلزم قبضه في مجلس العقد.

مثاله : أن يعقد شخص من آخر اتفاقاً على حياكة ثوب محدد الأطوال بقماش من

جنس ونوع وصفة محددة على أن يتم تسليمه في يوم محدد بشمن محدد.

قل نفس الكلام في الطائرات والجسور وكل ما فيه صناعة.

الفرع الثاني: أركان عقد الاستصناع.

يمكن إجمال أركان عقد الاستصناع فيما يلي^(١):

(١) العاقدان:- وهما المستصنع و الصانع.

(٢) المعقود عليه:- وهو الثمن والمحل - العين المصنعة.

(٣) الصيغة:- وهي الإيجاب والقبول.

(١) تبين الحقائق: (٤/١٢٤)، ورد المختار: (٣/٥)، مواهب الجليل: (٤/٢٤١)، تحية المحتاج:

(٤٤٩/١)، المقنع: (٢/٤).

الفرع الثالث: شروط عقد الاستصناع.

اختلف الباحثون في إيراد الشروط وقد أوردت الشروط المعتمدة في رأبي وهي كالتالي:-

- ١) أن يكون المصنوع معلوماً: بتحديد مواصفات الشيء المطلوب صناعته تحديداً وافياً بالجنس والنوع والصفة وغيره مما يمنع التنازع عند التسليم.
- ٢) أن يكون الثمن معلوماً: بتحديد مواصفاته تحديداً وافياً بالجنس والنوع والصفة وغيره مما يمنع التنازع عند التسليم.
- ٣) أن تكون المواد من عند الصانع^(١).
- ٤) بيان كيفية التسليم ومكانه، وعلى من تكون أجرة النقل، وكل ما احتيج إلى تحديده، لحسم الخلاف.
- ٥) أن يحدد فيه الأجل^(٢).

الفرع الرابع: أهمية عقد الاستصناع

لعقد الاستصناع أهمية بالغة من عدة جوانب:

الجانب الأول: أنه عقد فيه تيسير كبير على المسلمين، وذلك لأنه لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثمن، فهو تغطية كاملة لجانبين مهمين هما: عقد السلم الذي لا يشترط فيه وجود المسلم فيه، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور، وفي ثلاثة أيام عند المالكية، وعقد بيع الأجل الذي لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولكن لا بد من وجود المثمن (المبيع) وتسليمه إلى المشتري، فأباح

(١) الخدمات المصرفية، د. يوسف الشبيلي، ص ٤٢٣.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/ ١١٣٧).

الإسلام عقد الاستصناع الذي هو في واقعه وارد في الذمة من حيث العين والعمل. وبذلك اكتملت جميع الجوانب الثلاثة، وغطت الحاجة الأساسية للمجتمع المسلم الذي يحتاج كثيراً إلى هذه العقود الثلاثة.

الجانب الثاني: أن عقد الاستصناع له دور بارز في تطوير المصانع وتنمية المجتمع، وتطويره، وكان له دور في المجتمعات السابقة، ودوره اليوم أكثر، نظراً لحاجة المصانع إلى الأموال، وإلى التشغيل، فكثير من المصانع ليس لها من السيولة ما يكفي لتطويرها كما أنها قد تخاف من صنع مواد لا يشتريها الناس، وحينئذٍ تكسد بضائعها ومصنوعاتها، فتحسر، وقد يؤدي ذلك إلى غلقها وإفلاسها، ولكن يباح لها من التعاقد على المصنوعات، وتضمن لنفسها قبل البدء مشتريين وزبائن تقدم على التصنيع وهي مطمئنة من عدم الخسارة، بل من الربح، وهكذا وبذلك تنمو المصانع وتكثر المصنوعات، بل وقد ترخص نتيجة لذلك وللتنافس^(١).

(١) عقد الاستصناع: د: علي محيي الدين القره داغي: بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ٢ / ٣٦٧ وما بعدها.

المبحث الأول

حقيقة الاستصناع

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: هل الاستصناع عقد أو وعد؟

وقع الخلاف في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: أنه وعد: وذهب إليه بعض الأحناف إلى أن الاستصناع مجرد وعد وليس عقداً، وهو نفسه رأي الجمهور المانعين له، فجوزوه على صورة الوعد هروباً من السلم وشرط تعجيل الثمن وقالوا بدليل أن المستصنع بالخيار عند رؤية المصنوع، ولو كان عقداً للزمه^(١).

وأجيب: "بأن ثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة، ألا ترى أنهما إذا تبايعا عرضاً بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما الخيار، وهو بيع محض لا محالة"^(٢).

القول الثاني: أنه عقد: وبه قال جمهور فقهاء الحنفية^(٣).

(١) العناية ٢٤٣/٦، فتح القدير ٢٤٢/٦، رد المختار ٤٧٥/٧.

(٢) العناية ٢٤٣/٦، فتح القدير ٢٤٢/٦، رد المختار ٤٧٥/٧.

(٣) بدائع الصنائع ٣/٥، وشرح فتح القدير: ٢٤٢/٦.

واستدلوا بما يلي:-

- (١) أن العقد يثبت فيه خيار الرؤية، والمواعدة غير لازمة فلا حاجة للخيار فيه.
 - (٢) أن القول بالوعد فيه ضرر على الصانع، فيصبح كل من استصنع ساع له أن يترك المصنوع من غير سبب.
- هذه إلماحة يسيرة وإلا سوف يأتي في بيان حكم الاستصناع أدلة المانع له والمجوزين له وكلها تنبني على أنه عقد أو وعد وتأتي إن شاء الله تعالى.

المطلب الثاني: الفرق بين الاستصناع وغيره من العقود

وفيه ثلاثة فرع:-

الفرع الأول: الفرق بين البيع والاستصناع.

أن محل العقد في البيع: هو العين فقط أما في الاستصناع فمحل العقد هو العين والعمل معاً.

مثاله البيع: أن تشتري ثوباً جاهزاً.

مثال الاستصناع: أن تطلب من الخياط أن يصنع لك ثوباً على مقاسك من قماش معين^(١).

(١) عقد الاستصناع، د/ مصطفى الزرقا، ص ٢٠.

الفرع الثاني: الفرق بين الإجارة والاستصناع

أن محل العقد في الإجارة: هو المنفعة فقط أما في الاستصناع فمحل العقد هو العين والعمل معاً.

مثال الإجارة: أن تأتي بقماش تعطيه للخياط كي يفصل لك به ثوباً على مقاسك.

مثال الاستصناع: أن تطلب من الخياط أن يصنع لك ثوباً على مقاسك من قماش من عنده معين^(١).

الفرع الثالث: الفرق بين السلم والاستصناع

أن محل السلم: شيء موصوف في الذمة دون شرط العمل، وثمن مقبوض.

ومحل الاستصناع: شيء موصوف في الذمة مع شرط العمل، ولا يشترط القبض في الثمن^(٢).

المطلب الثالث: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع وبيان مدى خصوصيته.

استقر الرأي عند الحنفية أن الاستصناع نوع من البيوع مستقل لا يدخل في أحد من الأنواع الأخرى^(٣)، وهو استحسان من الشارع، كما استصنع النبي ﷺ خاتماً،

(١) المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د/ وهبة الزحيلي ٥ / ٣٦٥٢ وما بعدها، عقد الاستصناع، د/ محمد أحمد الصالح، ١٠٣ وما بعدها.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المواد ٣٨٨-٣٩٢.

وما زال الناس في عهده ﷺ وإلى يومنا يستصنعون ما تقوم حياتهم وحاجاتهم اليومية من ثياب وغيرها، دون نكير وهو الإجماع الذي يذكره الحنفية، ويمارسه حتى المخالفون في حاجاتهم من ألبسة وأحذية ونحوها، وهو ما يسمى بالإجماع العملي. فهو أعم العقود وأشملها فهو أشمل من البيع من حيث اشتراط العمل ومن حيث جواز تأخير الثمن لشبهه بالإجارة وأن الثمن فيها لا يستحق إلا بالعمل والعمل شرط في الاستصناع وأعم من الإجارة التي لا تشترط العين بخلاف الاستصناع، و أشمل من السلم الذي لا يشمل العمل.

فهو عقد شرعي مستقل قديم في بساطته، حديث في تطوره واتساعه.

المطلب الرابع: هل الاستصناع بيع دين بدين.

ليس من باب تسمين البحث وإنما من باب تحرير الكلام في مسألة بيع الدين بالدين، مع أني لا أرى أن الاستصناع داخل فيها ، لأنه شبيه جداً بالإجارة التي لا يلزم فيها الثمن إلا بعد الانتهاء من العمل.

لكن كثيراً من الذين حرموا الاستصناع حرموه لعله أنه بيع كالي بكالي - أي

دين بدين -

ولأجل هذا أحببت أن أجمع أحسن ما قيل في المسألة محرراً، حتى تتضح للقارئ ويزول اللبس والإشكال بإذن الله تعالى.

ذهب ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز بيع الدين مطلقاً في جميع صورته وحالاته^(١).

(١) المحلى: ٨ / ٥٠٣ ، ٩ / ٦ .

خلافًا لجمهور الفقهاء الذين أجازوا بعض صورته، وحظروا بعضها الآخر، ولهم في أحكامه تفصيلات وتقييدات، وخلاف، وقد فرقوا فيها بين ما إذا كان البيع على المدين^(١) نفسه أو من غيره، وبين ما إذا كان الدين أو الثمن حالاً أو مؤجلاً. لذلك يمكن تقسيم المسألة إلى قسمين رئيسيين، بيع الدين على المدين، وبيعه على غير المدين ولكل قسم أربع صور:

القسم الأول: بيع الدين على المدين، وله أربع صور:-

الصورة الأولى:- بيع الدين الحال للمدين بثمان حال، ولها حالتان:-

الحالة الأولى: إن كان الدين مستقرًا، كغرامة المتلف، وبدل القرض، وقيمة المغصوب، وبدل الخلع، وثمان المبيع، والأجرة بعد استيفاء المنفعة، والمهر بعد الدخول، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة إلى جواز بيعه من المدين بثمان حال^(٢).

واحتجوا على ذلك:

١- بما روي أبو داود و الترمذي والنسائي وابن ماجه و الحاكم والبيهقي والدارقطني وغيرهم عن ابن عمر، رضي الله عنه، قال: أتيت النبي ﷺ، فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وأخذ مكانها الدراهم، وأبيع بالدراهم، وأخذ مكانها الدنانير، فقال عليه الصلاة والسلام: ((لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء))^(٣).

(١) وهو الغريم، الذي عليه الدين، والدائن هو الذي له الدين.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٥٨؛ رد المحتار: ٤ / ١٦٦؛ شرح منتهى الإرادات: ٢ / ٢٢٢؛ كشف القناع: ٣ / ٢٩٣؛ المهذب: ١ / ٢٦٩؛ نهاية المحتاج: ٤ / ٨٨؛ المجموع شرح المذهب: ٩ / ٢٧٤؛ فتح العزيز: ٨ / ٤٣٤ وما بعدها؛ المبدع: ٤ / ١٩٨؛ أسنى المطالب: ٢ / ٨٤؛ المغني: ٤ / ١٣٤؛ تبيين الحقائق: ٤ / ٨٢؛ بدائع الصنائع: ٧ / ٣١٠٣؛ القواعد لابن رجب، ص ٧٩، ٨٠؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٣١؛ وانظر م (٤٢٤) من مرشد الحيران.

(٣) عارضة الأحوذى: ٥ / ٢٥١؛ بذل المجهود: ١٥ / ١٢؛ سنن ابن ماجه: ٧٦٠؛ السنن الكبرى للبيهقي: ٥ / ٢٨٤؛ سنن الدارقطني: ٣ / ٢٤؛ المستدرک: ٢ / ٤٤؛ التلخيص الحبير: ٣/٢٥.

قالوا: فهذا ابن عمر يأخذ الدنانير مكان الدراهم، والدراهم مكان الدنانير، وهو بيع لأحدهما بالآخر، ويقره النبي ﷺ، على ذلك، فكان ذلك دليلاً على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقدين بالآخر إذا كان المشتري هو المدين، وكان الثمن حالاً، وإذا جاز بيع أحد النقدين بالآخر جاز بيع غيرهما مما يثبت في الذمة من باب أولى.

٢- أن ما في ذمة المدين مقبوض له، فإذا دفع ثمنه للدائن كان ذلك بيع مقبوض بمقبوض، وهو جائز شرعاً.

واشترط ابن تيمية و ابن القيم - وهو قول الإمام أحمد - لصحة ذلك الاعتياض أن يكون بسعر يومه^(١) لقوله ﷺ في بعض روايات حديث ابن عمر: ((لا بأس إذا كان بسعر يومه^(٢) إذا افترتما وليس بينكما شيء))^(٣).

حيث شرط النبي ﷺ، لصحة الاعتياض عن الدين أن يكون بسعر يومه، أي بثمان المثل أو دونه، لا أكثر منه، لئلا يربح الدائن فيما لم يضمن، حيث صح عن النبي ﷺ

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٩ / ٥١٩ ؛ شرح ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥ / ١٣٤، ١٥٤، ١١٦.

(٢) قال الشيخ محمد العثيمين - رحمه الله - في الشرح الممتع على زاد المستقنع [٨ / ٤٤٦ - ٤٤٨] المفهوم لا عموم له، إذ يصدق المفهوم بالمخالفة ولو في صورة واحدة، فإذا أخذها بأقل من سعر يومها، أي: الدينار يساوي عشرة فأخذها الطالب بتسعة فمفهوم الحديث: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها» أن هذه الصورة لا تجوز، لكنها في الواقع تجوز؛ لأنه لم يربح فيما لم يدخل في ضمانه، بل نزل بعض حقه، فأبرأه من بعض حقه، وإبرأه من بعض حقه لا بأس به، فصار المفهوم الآن ليس له عموم، لأنه يُعتبر إحساناً منه حيث اقتصر على بعض حقه .

(٣) عارضة الأحوذى: ٥ / ٢٥١ ؛ بذل المجهود: ١٥ / ١٢ ؛ سنن ابن ماجه: ٧٦٠ ؛ السنن الكبرى للبيهقي: ٥ / ٢٨٤ ؛ سنن الدارقطني: ٣ / ٢٤ ؛ المستدرک: ٢ / ٤٤ ؛ التلخيص الحبير: ٣/٢٥.

النهي عن ربح ما لم يضمن^(١)، وما ذهب إليه الشيخان ابن تيمية وابن القيم قول وجيه، وفقه في المسألة سديد.

الحالة الثانية: إذا كان الدين غير مستقر، كالمسلم فيه، والأجرة قبل استيفاء المنفعة أو مضي زمانها، والمهر قبل الدخول ونحو ذلك، فقد فرق الفقهاء في حكم بيعه من المدين بين ما إذا كان دين سلم أو غيره(٢):

- فإن كان الدين غير المستقر دين السلم:

فقد اختلف الفقهاء في صحة بيع رب السلم الدين المسلم فيه للمدين على قولين: أحدهما: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة؛ وهو أنه لا يصح بيع المسلم

(١) أخرجه ابن ماجه والدارقطني وأبو داود والترمذي والنسائي والطحاوي والحاكم وأحمد والدارمي وغيرهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً . قال الترمذي: حديث حسن صحيح. (سنن ابن ماجه: ٢ / ٧٣٨ ؛ سنن النسائي: ٧ / ٢٥٩ ؛ بذل المجهود: ١٥ / ١٧٩ ؛ عارضة الأحوذى: ٥ / ٢٤٣ ؛ مسند أحمد: ٢ / ١٧٥ ؛ سنن الدارقطني: ٣ / ٧٥ ؛ المستدرک: ١٧/٢؛ إرواء الغليل: ٥ / ١٤٦) .

(٢) وأساس التفرقة كما قال السيوطي في الأشباه والنظائر، ص ٣٢٦ أن "جميع الديون التي في الذمة بعد لزومها وقبض المقابل لها مستقرة إلا ديناً واحداً وهو دين السلم، فإنه وإن كان لازماً فهو غير مستقر، وإنما كان غير مستقر لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه، فينفسخ العقد".

فيه ممن هو في ذمته، لقوله ﷺ: ((من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره))^(١)، حيث دل على حظر بيع دين السلم من صاحبه أو غيره^(٢).

والثاني: للمالكية و أحمد في رواية عنه صححها ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، وهو قول ابن عباس، وهو جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه لمن هو في ذمته بضمن المثل أو دونه لا أكثر منه^(٣).

قال الإمام ابن المنذر-رحمه الله-: "ثبت عن ابن عباس أنه قال: "إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإلا فخذ عوضاً أنقص منه، لا تريح مرتين"^(٤).

*** واحتجوا على جواز بيعه من المدين بضمن المثل أو دونه بأدلة منها:-**

١- أنه قول ابن عباس، رضي الله عنه، ولا يعرف له في الصحابة مخالف.

٢- أن دين السلم دين ثابت، فجاز الاعتياض عنه كبديل القرض والضمن في البيع .

(١) أخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد الخدري. (بذل المجهود: ١٥ / ١٤٦ ؛ سنن ابن ماجه: ٢ / ٧٦٦ ؛ سنن البيهقي: ٦ / ٣٠ ؛ سنن الدارقطني: ٣ / ٤٥ ؛ الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ٢ / ١٦٠).

(٢) رد المحتار: ٤ / ١٦٦، ٢٠٩ ؛ كشاف القناع: ٢٩٣ ؛ المجموع: ٩ / ٢٧٣ ؛ البدائع: ٣١٧٨/٧ ؛ الأم: ٣ / ١٣٣ ؛ المغني: ٤ / ٣٣٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٢ / ٢٢٢ ؛ أسنى المطالب: ٢ / ٨٤ ؛ مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٩ / ٥٠٠، ٥٠٣، ٥٠٦ ؛ وانظر م (٥٥٩) من مرشد الحيران ؛ وم (٤٩٢) من مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية.

(٣) القوانين الفقهية، ص ٢٩٦ ؛ مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، ص ٣٤٥ ؛ مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٩ / ٥٠٣، ٥٠٤، ٥١٨، ٥١٩ ؛ تهذيب سنن أبي داود لابن القيم: ٥ / ١١٣ وما بعدها.

(٤) تهذيب سنن أبي داود لابن القيم: ٥ / ١١٣.

٣- أنه أحد العوضين في البيع، فجاز الاعتياض عنه كالعوض الآخر.

٤- أن حديث ((من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره)) ضعيف لا تقوم به حجة كما ذكر علماء الحديث. قال الحافظ ابن حجر: "فيه عطية بن سعد العوفي، وهو ضعيف. وأعله أبو حاتم والبيهقي و عبد الحق و ابن القطان بالضعف والاضطراب"^(١).

وحتى لو ثبت، فمعنى لا يصرفه إلى غيره: أي لا يصرفه إلى سلم آخر ببدل مؤجل، أو لا يبيعه بثمن مؤجل، وذلك خارج عن محل النزاع. قال ابن القيم: "فثبت أنه لا نص في التحريم ولا إجماع ولا قياس، وأن النص والقياس يقتضيان الإباحة"^(٢).

واستدلوا على عدم جواز الاعتياض عنه ببدل يساوي أكثر من قيمته^(٣):
أ- أن يتهم في الأكثر بسلف جر نفعًا.

ب- ولأن دين السلم مضمون على البائع، ولم ينتقل إلى ضمان المشتري، فلو باعه المشتري من المسلم إليه بزيادة، فيكون رب السلم قد ربح فيما لم يضمن، وقد صح عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما لم يضمن.

الراجح عندي: مذهب المجيزين بشرط أن يكون البيع بثمن المثل أو دونه لا أكثر منه أولى بالاعتبار لقوة مسندهم ونصاعة برهانهم، وسلامته من الإيراد عليه.

(١) التلخيص الحبير: ٣ / ٢٥.

(٢) تهذيب سنن أبي داود لابن القيم: ٥ / ١١٧.

(٣) القوانين الفقهية، ص ٢٩٦.

وأما إن كان الدين غير المستقر غير السلم :

فقد اختلف الفقهاء أيضاً، في حكم بيع ما لم يستقر عليه ملك الدائن من الديون - غير السلم - لعدم قبض المدين البديل المقابل لها، كالأجرة قبل استيفاء المنفعة أو مضي زمانها، وكالمهر قبل الدخول، والجعل قبل العمل ونحو ذلك على قولين:

أحدهما: للحنابلة في المذهب؛ وهو عدم جواز بيعها ممن هي عليه، لأن ملكه عليها غير تام^(١).

والثاني: للحنفية والشافعية في الأظهر وأحمد في رواية، وهو جواز بيعها ممن عليه الدين، كالديون التي استقر عليها ملك الدائن، إذ لا فرق بينهما^(٢).

وقد صحح ابن تيمية و ابن القيم هذا القول بشرط أن يكون الاعتياض عنها بسعر يومها أو أقل، كما هو الشأن في الديون الأخرى عندهم^(٣).

الراجع في نظري:

هو القول الأول، وهو التحريم؛ لأن من شروط التصرف المملك التام ولم يحصل، ثم إن القول بإجازته يؤدي إلى الغرر والخلاف، واستحالة العمل ديناً في

(١) شرح منتهى الإرادات: ٢ / ٢٢٣ ؛ كشف القناع: ٣ / ٢٩٤.

(٢) رد المحتار: ٤ / ١٦٦ ؛ نهاية المحتاج: ٤ / ٨٨ ؛ المجموع: ٩ / ٢٧٥ ؛ فتح العزيز: ٨ / ٤٣٤ وما بعدها.

(٣) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، ص ١٣١ ؛ تهذيب سنن أبي داود لابن القيم: ٥ / ١١٣، ١١٧، ١٣٤، ١٥٤ ؛ مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٩ / ٥١٩.

الإجارة والجمالة والدخول للمهر شرطاً، وهذا مخالف لمبادئ الشريعة، من حفظ الأموال وعدم تعريضها للضياع.

الصورة الثانية: بيع الدين للحال للمدين بثمن مؤجل:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة في المذهب إلى عدم جوازها، لأنها من بيع الكالئ بالكالئ الذي ورد النهي عنه، وأجمع الفقهاء على حظره. ويسمى المالكية هذه الصورة (فسخ الدين في الدين) لأن ما في ذمة المدين من الدين الأول قد فسخ وزال بالتزامه ديناً آخر بدله^(١).

- وخالفهم في ذلك ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وقالوا بجواز هذا البيع، وحجتهم على ذلك:

بأن لكل واحد منهما فيه غرضاً صحيحاً ومنفعة مطلوبة، إذ تبرأ ذمة المدين عن دينه الأول، وتنشغل بدين آخر، قد يكون وفاؤه أسهل عليه وأنفع للدائن، وإذا كان الأمر كذلك، فإنه يكون جائزاً شرعاً، لأن التعامل إنما شرع لجلب منافع الناس وتحصيل مصالحهم.

(١) الزرقاني على خليل: ٥ / ٨١؛ منح الجليل: ٢ / ٥٦٢؛ التاج والإكليل: ٤ / ٣٦٧؛ مواهب الجليل: ٤ / ٣٦٨؛ حاشية الحسن بن رحال على شرح ميارة: ١ / ٣١٧؛ المعونة: ٢ / ٩٩٢.

كأنه شغل ذمته ابتداءً، إما بقرض أو بمعاوضة، فكانت ذمته مشغولة بشيء، فانتقلت من شاغل إلى شاغل، وليس هناك بيع كاليء بكاليء، وإن كان بيع دين بدين، فلم ينع الشارع^(١).

الراجع في نظري:

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم جواز هذه الصورة، وذلك لصحة اندراجها تحت مفهوم بيع الكاليء بالكاليء المحذور بإجماع أهل العلم، ولأنها ذريعة إلى ربا النسئة، حيث إن استبدال الدين الحال بدين مؤجل من غير جنسه مظنة الزيادة في الدين في مقابل الأجل الممنوع للمدين، وذلك في معنى ربا الجاهلية (تقضي أم تربي).

وقد نبه إلى هذا المعنى القاضي عياض بقوله في معنى بيع الكاليء بالكاليء: "وتفسيره: أن يكون لرجل على آخر دين من بيع أو غيره، فإذا جاء لاقتضائه لم يجده عنده، فيقول له: بع مني شيئاً إلى أجل أدفعه إليك - وما جانس هذا - ويزيده في المبيع لذلك التأخير، فيدخله السلف بالنفع"^(٢).

الصورة الثالثة: بيع الدين المؤجل للمدين بضمن حال:

والأحكام المتعلقة بهذه الصورة، وخلاف الفقهاء فيها وأدلتهم هي نفس ما بيناه في صورة (بيع الدين الحال للمدين بضمن حال) السابقة، وفيها غنية عن الإعادة والتكرار.

(١) إعلام الموقعين: ١ / ٣٨٩.

(٢) مشارق الأنوار للقاضي عياض: ١ / ٣٤٠؛ وانظر أيضاً: الزرقاني على خليل: ٥ / ٨١؛ منح الجليل: ٢ / ٥٦٢؛ الموافقات: ٤ / ٤٠.

الصورة الرابعة: بيع الدين المؤجل للمدين بثمن مؤجل:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة في المذهب إلى عدم جواز بيع الدين المؤجل من المدين بثمن مؤجل، لأنه من بيع الكالئ بالكالئ (أي الدين المؤخر بالدين المؤخر)، وقد نهى النبي ﷺ عنه^(١)، ووقع الإجماع على فساده.

القول الثاني: وذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جوازه^(٢)، واحتجوا على ذلك بنفس ما احتجوا به في صورة (بيع الدين الحال للمدين بثمن مؤجل).

الراجع في نظري:

بالنظر في أدلة الفريقين يبدو لي رجحان قول جمهور الفقهاء بعدم جواز هذه الصورة، وذلك لصدق (بيع الكالئ بالكالئ) المنهي عنه بإجماع الفقهاء عليها^(٣)، حيث إن

(١) رواه الدارقطني والبيهقي والطحاوي والحاكم والبزار وابن أبي شيبة وابن عدي وعبد الرزاق من حديث موسى بن عبيدة الرزدي، وهو ضعيف. قال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث. وقال أحمد: ليس في هذا حديث يصح. غير أن هذا الحديث مع ضعف سنده لعله تفرد موسى بن عبيدة به فقد تلقته الأمة بالقبول بين عامل به على عمومه وبين متأول له، واتفقت المذاهب الأربعة على الأخذ بمضمونه والاحتجاج به؛ (انظر التلخيص الحبير: ٣ / ٢٦؛ السيل الجرار للشوكاني: ٣ / ١٤؛ الدراية لابن حجر: ٢ / ١٥٧؛ المغني لابن قدامة: ٤ / ٥٣؛ نظرية العقد لابن تيمية، ص ٢٣٥؛ نيل الأوطار: ٥ / ٢٥٥؛ سبل السلام: ٣ / ١٨؛ تكملة المجموع للسبكي: ١٠ / ١٠٧؛ بداية المجتهد: ٢ / ١٦٢)، المبدع لبرهان الدين ابن مفلح: ٤ / ١٥٠، تكملة المجموع: ١٠ / ١٠٧. منحة الخالق على البحر الرائق: ٥ / ٢٨١.

(٢) إعلام الموقعين: ١ / ٣٨٩.

معناها (بيع النسيئة بالنسيئة) أو (بيع الدين المؤخر الذي لم يقبض بالدين المؤخر) باتفاق أهل العلم^(٢)، وقد نقل الإجماع على حظر بعضها باعتبارها من أفرادها، ومنها هذه الصورة.

القسم الثاني: بيع الدين على غير المدين ، وله أربع صور :-

الصورة الأولى: بيع الدين لغير المدين بثمن حالّ:

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعية في الأظهر؛ وهو عدم جواز بيع الدين الحال من غير المدين بثمن حال، وذلك لانطوائه على غرر عدم القدرة على التسليم^(٣).

القول الثاني: وجه عند الشافعية وقول للإمام أحمد صححه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم : وهو الجواز مطلقاً^(٤).

القول الثالث: للمالكية؛ وهو التفريق بين دين السلم وغيره، قالوا:

(١) وقد حكى هذا الإجماع الإمام أحمد وابن المنذر وابن رشد وابن قدامة وابن تيمية والسبكي وغيرهم ؛ (انظر المغني: ٤ / ٥٣ ؛ نظرية العقد لابن تيمية، ص ٢٣٥ ؛ الإجماع لابن المنذر، ص ١١٧ ؛ بداية المجتهد: ٢ / ١٦٢ ؛ تكملة المجموع للسبكي: ١٠ / ١٠٧ ؛ الزرقاني على الموطأ: ٣ / ٣٠٨ ؛ سبل السلام: ٣ / ١٨).

(٢) المذهب: ١ / ٢٧٨ ؛ أحكام القرآن للحصاص: ١ / ٤٦٦، ٤٨٣ ؛ مرقاة المفاتيح: ٣ / ٣٢٢ ؛ نظرية العقد، ص ٢٣٥ ؛ حاشية ابن رحال على شرح ميارة: ١ / ٣١٧.

(٣) رد المحتار: ٤ / ١٦٦ ؛ البدائع: ٧ / ٣١٠٤ ؛ تبين الحقائق: ٤ / ٨٣ ؛ أسنى المطالب: ٢ / ٨٥ ؛ نهاية المحتاج: ٤ / ٨٩ ؛ المجموع: ٩ / ٢٧٥ ؛ كشف القناع: ٣ / ٢٩٤ ؛ المبدع: ٤ / ١٩٩.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٩ / ٥٠٣، ٥٠٦ ؛ المبدع: ٤ / ١٩٩ ؛ تحذيب سنن أبي داود لابن القيم: ٥ / ١١٤ ؛ المنشور في القواعد للزركشي: ٢ / ١٦٠، ١٦١.

أ - فإن كان دين سلم، فيجوز بيعه من غير المدين بعوض حال من غير جنسه - إذا لم يكن طعاماً - بمثل ثمنه وبأقل وأكثر، كي لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه، أو يؤول إلى بيع الكالئ بالكالئ^(١).

ب - أما سائر الديون الأخرى: فيجوز بيعها من غير المدين بشروط ثمانية تباعد بينه وبين الربا والغرر، وتنفي عنه سائر المحظورات الأخرى، وهذه الشروط ثمانية^(٢):

(١) أن يعجل المشتري الثمن، لأنه إذا لم يعجل في الحين، فإنه يكون من بيع الدين بالدين.

(٢) أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه، احترازاً مما لو كان طعاماً، إذ لا يجوز بيعه قبل قبضه.

(٣) أن يساع بغير جنسه، أو بجنسه بشرط أن يكون مساوياً له وأن يكون عرضاً غير نقد.

(٤) أن لا يكون ذهباً بفضة ولا عكسه، لاشتراط التقايط في صحة بيعها.

(٥) أن يكون المدين حاضراً في البلد، ليعلم حاله من فقر أو غنى، لأن عوض الدين يختلف باختلاف حال المدين، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولاً.

(٦) أن يكون المدين مقرراً بالدين، فإن كان منكرًا له فلا يجوز بيع دينه، ولو كان ثابتاً بالبينة، حسماً للمنازعات.

(٧) أن لا يكون بين المشتري والمدين عداوة.

(٨) أن لا يقصد المشتري إعنات المدين والإضرار به.

(١) بداية المجتهد: ٢ / ٢٣١. القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٧٥.

(٢) الخرشي: ٥ / ٧٧؛ منح الجليل: ٢ / ٥٦٤ وما بعدها؛ الزرقاني على خليل: ٥ / ٨٣؛
البهجة شرح التحفة: ٢ / ٤٧ وما بعدها؛ التاودي على التحفة: ٢ / ٤٨؛ الموطأ: ٢ /
٦٧٥.

القول الرابع: للشافعية في قول - صححه كثير من أئمتهم كالشيرازي في المهذب والنووي في زوائد الروضة، واختاره السبكي وأفتى به شيخ الإسلام زكريا الأنصاري وغيره - وهو أنه يجوز بيع سائر الديون - عدا دين السلم - لغير من عليه الدين، كما يجوز بيعها من المدين ولا فرق إذا كان الدين حالاً، والمدين مقرراً مليئاً أو عليه بينة لا كلفة في إقامتها، وذلك لانتفاء الغرر الذي ينشأ من عدم قدرة الدائن على تسليم الدين إليه^(١).

أما دين السلم فلا يجوز بيعه من المدين ولا من غيره، لأنه لا يؤمن من فسخ العقد بسبب انقطاع المسلم فيه وامتناع الاعتياض عنه، فكان كالمبيع قبل القبض، ولقوله عليه الصلاة والسلام: ((من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره)). وهذا يقتضي عدم جواز بيع دين السلم لا من صاحبه ولا من غيره^(٢).

الراجح: بالنظر في هذه الأقوال الأربعة وأدلتها نجد أن حجج المانعين من بيع الدين في هذه الصورة تنحصر في وجود الغرر فيه، لعدم قدرة البائع على تسليمه، وفي اقتارانه ببعض المحظورات الأخرى، كربا النسئة، وبيع ما لم يقبض، وبيع الدين بالدين في بعض حالاته.

وحيث كان الأمر كذلك، فإنه يترجح لدينا أن بيع الدين الحال لغير من عليه بضمن حال إذا خلا من المحظورات الشرعية العارضة، فإنه يكون صحيحاً مشروعاً إذا

(١) أسنى المطالب: ٢ / ٨٥؛ روضة الطالبين: ٣ / ٥١٤؛ فتح العزيز: ٨ / ٤٣٩؛ المهذب:

١ / ٢٧٠؛ نهاية المحتاج: ٤ / ٩٠؛ المجموع شرح المهذب: ٩ / ٢٧٥؛ الأشباه والنظائر

للسيوطي، ص ٣٣١.

(٢) الأم: ٣ / ١٣٣؛ نهاية المحتاج: ٤ / ٨٧؛ أسنى المطالب: ٢ / ٨٤؛ فتح العزيز: ٨ /

٤٣٢.

انتفى غرر عدم القدرة على تسليمه، وهو رأي الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله^(١).

الصورة الثانية: بيع الدين الحالّ لغير المدين بضمن مؤجل:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة إلى عدم جواز بيع الدين الحال لغير المدين بضمن مؤجل، لأنه يبيع ما ليس في يد البائع، ولا له من السلطة شرعاً ما يمكنه من قبضه، فكان بيعاً لشيء لا يقدر على تسليمه، إذ ربما منعه المدين أو جحده، وذلك غرر، فلا يجوز^(٢).

الصورة الثالثة: بيع الدين المؤجل لغير المدين بضمن حال:

للفقهاء في هذه الصورة ثلاثة أقوال:

القول الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على الصحيح المؤتّى به في مذاهبهم؛ وهو عدم جواز بيع الدين المؤجل بضمن حال لغير من عليه الدين مطلقاً، ولذلك لانتفاء شرط صحة البيع، وهو القدرة على تسليم المحل، حيث إن البائع ههنا يبيع ما ليس تحت يده، ولا له من السلطة شرعاً ما يمكنه من قبضه،

(١) الشرح الممتع على زاد المستقنع (٨/٤٤٣-٤٤٨).

(٢) رد المختار: ٤ / ١٦٦ ؛ تبين الحقائق: ٤ / ٨٣ ؛ البدائع: ٧ / ٣١٠٤ ؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٣٥٧، ٣٥٨ ؛ أسنى المطالب: ٢ / ٨٥ ؛ نهاية المحتاج: ٤ / ٨٩ ؛ فتح العزيز: ٤٣٩/٨ ؛ المجموع: ٩ / ٢٧٥ ؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٣١ ؛ المبدع: ٤ / ١٩٩ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٢ / ٢٢٢ ؛ كشاف القناع: ٣ / ٢٩٤ ؛ القوانين الفقهية، ص ٢٧٥ ؛ منح الجليل: ٢ / ٥٦٤ ؛ الزرقاني على خليل: ٥ / ٨٣ ؛ الخرشي: ٥ / ٧٧ ؛ البهجة شرح التحفة: ٢ / ٤٧ ؛ التاودي على التحفة: ٢ / ٤٨ ؛ الموطأ: ٢ / ٦٧٥.

فكان بيعًا لمال لا يقدر على تسليمه، إذ ربما جحدته المدين أو منعه، وذلك غرر، فلا يجوز^(١).

القول الثاني: للمالكية؛ وهو التفريق بين دين السلم وبين غيره من الديون

الأخرى، حيث قالوا:

أ- فإن كان دين سلم، فيجوز بيعه من غير المدين بعوض من غير جنسه - إذا لم يكن طعامًا - كي لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه، وهو محذور شرعًا. وقد اشترط تعجيل البدل في الحال كي لا يؤول إلى بيع الدين بالدين^(٢). ولا فرق بين أن يقع البيع بثمن المثل أو أقل أو أكثر.

ب- وأما سائر الديون الأخرى، فيجوز بيعها من غير المدين بثمن معجل من غير جنسها - إذا لم تكن طعامًا - بشرط أن لا تكون ذهبًا بفضة ولا عكسه، لاشتراط التقابض في صحة بيعها. كما يجوز بيعها بجنسها بشرط أن يكون مساويًا له وأن تكون عرضًا غير نقد، فأما النقود فلا يجوز بيعها بجنسها مطلقًا، لإفضائه إلى الربا أو ذرائعه. كذلك يشترط لصحة بيع الدين من غير المدين بثمن حال: أن يكون المدين حاضرًا في البلد، وأن يكون مقرًا بالدين،

(١) المبسوط: ١٤ / ٢٢؛ رد المختار: ٤ / ١٦٦؛ تبيين الحقائق: ٤ / ٨٣؛ أسنى المطالب: ٨٥/٢؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٣٣١؛ شرح منتهى الإرادات: ٢ / ٢٢٢؛ كشف القناع: ٣ / ٢٩٤؛ المبدع: ٢ / ٨٥؛ نهاية المحتاج: ٤ / ٨٩؛ المجموع شرح المذهب: ٩ / ٢٧٥.

(٢) بداية المجتهد: ٢ / ٢٣١؛ القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٧٥.

وأن لا يكون بين المشتري والمدين عداوة، وأن لا يقصد المشتري إعنات المدين والإضرار به^(١).

القول الثالث: رواية عن الإمام أحمد اختارها وصححها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ؛ وهو جواز بيع الدين المؤجل بثمن حال لغير من عليه الدين، سواء أكان دين سلم أو غيره، إذا لم يفض إلى الربا^(٢). وهو وجه عند الشافعية أيضاً^(٣).

الراجع: بالنظر في هذه الأقوال الثلاثة وما استند كل واحد منها إليه يبدو لي رجحان القول الأول بعدم جوازه لحصول العجز عن تسليم الثمن ، والإفضاء إلى الغرر، والخوف من الوقوع في الربا.

الصورة الرابعة: بيع الدين المؤجل لغير المدين بثمن مؤجل:

ذهب جماهير أهل العلم إلى عدم جواز بيع الدين المؤجل من غير المدين بثمن مؤجل، سواء اتفق الأجلان أو اختلفا، إذ يصدق عليه (بيع الكالئ بالكالئ) المنهي عنه بإجماع الفقهاء، ولأنه يبيع ما لا يقدر على تسليمه، وذلك غرر، فلا يحل شرعاً.

(١) الخرشني وحاشية العدوي عليه: ٥ / ٧٧ ؛ الزرقاني على خليل: ٥ / ٨٣ ؛ منح الجليل: ٢ / ٥٦٤ وما بعدها ؛ البهجة شرح التحفة: ٢ / ٤٧ وما بعدها ؛ التاودي على التحفة: ٢ / ٤٨.

(٢) إعلام الموقعين: ٤ / ٣. الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، ص ١٣١. مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٩ / ٥٠٦.

(٣) المنشور في القواعد للزركشي: ٢ / ١٦١.

المبحث الثاني

حكم الاستصناع وتطبيقاته

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الاستصناع.

اختلف الفقهاء في حكم الاستصناع على قولين:

القول الأول: صحة عقد الاستصناع وذهب إليه الحنفية عدا زفر^(١) وبعض الحنابلة^(٢).

أدلتهم :-

١- الأصل في العقود الإباحة ما لم يأت مانع يحرمه.

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وجعل فسه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقى المنبر فحمد الله وأثنى عليه، فقال: إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه فنبذه فنبذه الناس^(٣)، ووجه الدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم فعله وفعله دليل الجواز.

وقد نوقش: بأن باحتمال تعجيل الثمن أو تقديم مادة الصنع.

(١) المبسوط ١٢/١٣٨، بدائع الصنائع ٦/٨٤، البحر الرائق ٦/١٨٥، الكفاية ٦/٢٤٣.

(٢) الإنصاف ١١/١٠٥، نيل المآرب ٣/١٩، وهو اختيار الشيخ عبد الرحمن السعدي.

(٣) صحيح البخاري- كتاب اللباس- باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه - حديث رقم (٥٨٧٦) / ١٤ / ٥٩٠، ط/ دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.

والإجابة: أن ترك النقل لما ذكرتم دليل على عدم ثبوته.

٣- حديث أبي حازم بن دينار أن رجلاً أتوا سهل بن سعد الساعدي وقد امتروا في المنبر مِمَّ عودُهُ فسألوهُ عن ذلك فقالَ اللهُ إني لأعرفُ ممَّا هوَ ولقد رأيتُهُ أوَّلَ يومٍ وُضِعَ أوَّلَ يومٍ جَلَسَ عليه رسولُ اللهُ؟ أرسَلَ رسولُ اللهُ؟ إلى فُلانةَ امرأةٍ مِنَ الأنصارِ قد سَمَّاهَا سهلُ مَري غلامك النَّجَارَ أن يَعملَ لي أعوادًا أَجْلِسُ عليهنَّ إذا كَلَّمْتُ النَّاسَ فَأَمَرْتُهُ فَعَمَلَهَا مِنْ طَرَفَاءِ الْعَابَةِ ثُمَّ جَاءَ بِهَا فَأَرْسَلْتُ إِلَى رَسُولِ اللهِ؟ فَأَمَرَ بِهَا فَوَضَعَتْهَا هُنَا ثُمَّ رَأَيْتُ رَسُولَ اللهِ؟ صَلَّى عَلَيْهَا... " (١).

ووجهه أن النبي ﷺ استصنع منبراً فدل على جوازه (٢).

وقد نوقش: بحديث عن جابر بن عبد الله أن امرأة قالت يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تفعل عليهِ فإن لي غلاماً نجاراً قال إن شئت فعملت المنبر (٣)، وأنه تبرع منها، لا استصناعاً منه ﷺ.

٤- استدلووا بالإجماع العملي (٤)، قالوا: فما زال الناس يتعاملون في عقود الاستصناع

(١) صحيح البخاري- كتاب الجمعة- باب الخطبة على المنبر - حديث رقم (٩١٧) ٢ / ٣٢٩.

(٢) تبين الحقائق ٤ / ١٢٥.

(٣) صحيح البخاري- كتاب الصلاة- أبواب استقبال القبلة- باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد

حديث رقم (٤٤٩) ١ / ٤٥٩.

(٤) الإجماع العملي: ويسمى بالإجماع الفعلي، وقد عرفه علماء الأصول بأنه: عبارة عن اتفاق أهل الاجتهاد جميعهم على عمل يعمل كل واحد منهم في عصر من الأعصار، وقد يتفقون على ترك فعل شيء فيدل ذلك على أنه غير واجب لأنه لو كان واجباً لكان ترك فعله محظوراً . ينظر: التقرير والتحريم في علم الأصول، لابن أمير الحاج المتوفى سنة ٨٧٩هـ. ٣ / ٢٩٥، ط/ دار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م، والإجماع مصدر ثالث من مصادر التشريع الإسلامي: د: عبد الفتاح حسيني الشيخ ص ١٢٩، ط/ دار الاتحاد العربي للطباعة، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

من غير نكير فكان إجماعاً^(١).

القول الثاني: المنع من عقد الاستصناع وذهب إليه جمهور العلماء من المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) وزفر^(٥) من الحنفية.

أدلتهم :-

١ - قالوا: أنه بيع معدوم^(٦).

ونوقش: بأن الأثر المروي فيه لا يصح حديثاً^(٧).

٢ - أنه من بيع ما ليس عنده ، ولم يستثن من ذلك إلا السلم^(٨).

نوقش بأمور :-

أ- أن النهي وارد على الأعيان دون ما فيه صناعة.

ب- أن السلم خرج لكونه مقدوراً على تسليمه وكذا الاستصناع^(٩).

(١) بدائع الصنائع ٦/٨٥ ، فتح القدير ٦/٢٤٣.

(٢) المدونة ٣/٦٩ ، مواهب الجليل ٤/٥٣٩.

(٣) الأم ٤/١٣٤ ، نهایة المحتاج ٤/٢١٢.

(٤) الفروع ٤/٢٤ ، الإنصاف ١١/١٠٥.

(٥) فتح القدير ٦/٢٤٣ .

(٦) العناية ٦/٢٤٣.

(٧) زاد المعاد ٥/٨٠٨.

(٨) الإنصاف ١١/١٠٥.

(٩) مجموع الفتاوى ٢٠/٥٢٩ ، إعلام الموقعين ١/٣٩٩.

ج- أنه وارد على ما إذا كان البيع حالاً لا ديناً كما هو سبب الحديث^(١) .
د- أنه لما جاز السلم وهو بيع أعيان ليست عند المسلم إليه وقت العقد ، وجازت الإجارة وهي بيع منافع معدومة وقت العقد، فالقياس أن يجوز الاستصناع لأن محله الأعيان والمنافع وكل واحد منهما صالح للعقد عليه قبل الوجود، فكذلك الأمر بمجموعهما^(٢) - وهو الاستصناع-، وعلى التسليم فالغرر يسير والحاجة داعية إليه^(٣) .

٥- قالوا: أنه من بيع الكالئ بالكالئ^(٤) . وقد انعقد الإجماع على تحريمه.
ونوقش: بأن دعوى الإجماع لا تصدق على جميع الصور ومنها تجويز المالكية بيع الدين على غير المدين بدين أو بمعين يتأخر قبضه ووافقهم شيخ الإسلام وابن القيم^(٥) .

ومنها تجويز شيخ الإسلام لمسألة بيع الدين الواجب بالساقط، لما فيها من المصلحة للعاقدين ونفى الإجماع فيها^(٦) .

(١) عَنْ حَكِيمِ بْنِ حَزْمٍ قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ يَا بَنِي الرَّجُلِ فَيُرِيدُ مِنِّي الْبَيْعَ لَيْسَ عِنْدِي أَفَأَبْتَاغُهُ لَهُ مِنْ السُّوقِ فَقَالَ « لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ». سنن أبي داود - كتاب البيوع - أبواب الإجارة- باب في الرجل يبيع ما ليس عنده [٣/ ٣٠٢].

(٢) الخدمات المصرفية للشبيلي ٤١٧.

(٣) إعلام الموقعين ٧/٢.

(٤) الإفصاح ٣٦١/١ ، نظرية العقد ٢٣٥ ، إعلام الموقعين ٣٨٨/١ ، والكالئ: وهو الدين أو المؤخر أو المؤجل أو النسئة أي كالئ بمعنى مكلوء ، وقد يعنى: الدائن، المنسئ، لأن كلاً تأتي بمعنى أنسأ، وتأتي بمعنى نسأ، فيقال: كلاًه أي أنسأته، وكلاً الثمن أي نسأ (تأخر). قال ابن عرفة - رحمه الله -: وحقيقته "بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر". ينظر: الصحاح ٥٤/١ فصل الكاف.

(٥) مجموع الفتاوى ٥١٢/٢٠ ، الخرشي ٧٧/٥ ، إعلام الموقعين ٣٨٩/١.

(٦) مجموع الفتاوى ٥١٢/٢٠ ، إعلام الموقعين ٣٨٩/١.

ثم إن التأجيل يصلح في الاستصناع لكونها شبيهة بالإجارة ومن المعلوم أن الثمن في الإجارة يصح معجلاً ومؤجلاً ، ولا يستحق إلا بعد تمام العمل، فيصح أن يقال أن أنه لا يدخل أصلاً ، في بيع الكالئ بالكالئ.

وقد قام الإجماع العملي على جواز الاستصناع فهو في مقابلة ما ادعيتموه من إجماع^(١).

الترجيح:

الراجح والله أعلم القول الأول القائل بصحة الاستصناع ، لقوة أدلته وسلامته من المناقشة وضعف أدلة القول الآخر وعدم انفكاكه من المناقشة، ولأن الوضع الراهن يجعله من الضرورات التي لا تصلح حال الناس إلا معه .هو اختيار الشيخ محمد بن صالح العثيمين^(٢)، رحمه الله وكثير من العلماء المعاصرين بل يكادون يجمعون على جوازه للحاجة الماسة إليه اليوم^(٣). وهو ما جوزه مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة^(٤).

(١) الخدمات المصرفية للشبيلي، ص ٤٢٠.

(٢) الشرح الممتع على زاد المستقنع [١٠ / ٣٤٦].

(٣) الخدمات المصرفية للشبيلي، ص ٤٢٢، الاستصناع لمصطفى الزرقا، ص ٢٢.

(٤) في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢ هـ .

المطلب الثاني: تطبيقات عقد الاستصناع

وفيه عشرة فروع:-

الفرع الأول: الاستصناع الموازي.

تعريفه:- هو عقد استصناع آخر يتم من طرفي عقد الاستصناع أو أحدهما.

تصويره :- بناء على التعريف السابق يتبين أن الاستصناع الموازي له صورتان:-

الأولى:- تكون من جهة المستصنع، فيبرم عقداً استصناعاً آخر يكون فيه هو الصانع مع آخر هو بحاجة للمصنوع، يبيعه عليه بثمن أعلى من العقد الأول، وأقرب ما يصدق عليه هو عملية تسويق للمصنوع.

الثاني :- من جهة الصانع ، فيبرم عقداً استصناعاً آخر يكون فيه هو المستصنع، مع صانع يعمل المصنوع المتفق عليه في العقد الأول بثمن أقل، وهو ما يسمى بالمقاول من الباطن، وقد تمتد العقود من مقاول إلى مقاول.

وكونه استصناعاً لا يخرج عن حكم الاستصناع الذي سبق بيانه وجوازه لكن ينبغي أن تكون هناك ضوابط لهذا الاستصناع الموازي من أهمها ما يلي :-

١- أن لا يكون للمستصنع قصد في من يقوم بالصناعة أو يكون الصانع مما لم تجر العادة بقيامه بالصناعة بنفسه كالمصارف ونحوها، فإذا كان للمستصنع قصد صحيح في صناعة العاقد لم يجز استصناع غيره .

٢- انفصال العقدين، كي لا تتداخل الضمانات .

٣- امتلاك السلعة امتلاكاً حقيقياً في العقد الأول قبل تسليمها للعاقِد في العقد الثاني^(١).

الفرع الثاني: الإبهام في عقد الاستصناع.

مما ينص عليه في بعض عقود الاستصناع تردد الثمن على حسب زمن تسليم المصنوع

كان ينص العقد على أن الثمن مائة ألف إن تم التسليم بعد سنة، قابل للزيادة إلى مائة وعشرين ألفاً، إذا تم تسليم المصنوع خلال ستة أشهر.

وهذا لا بأس به لأنه من قبيل مكافأة الصانع إذا عجل في تسليم المصنوع^(٢).

الفرع الثالث: الشرط الجزائي.

الشرط الجزائي شرط لا بد منه في كثير من عقود الاستصناع لضمان المستصنع انجاز الصانع في الوقت المحدد، أو تعويضه عن الضرر الحاصل بانتظاره.

وقد جاءت فتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية مؤيدة له بما نصه " الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالتزام الموجب له يعتبر شرعاً ، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول.

(١) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١٨/٢ ، فتاوى الهيئة الشرعية للبركة ١٢٤ ، ندوات البركة ٣٦ ، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية رقم ٢٦٧ .
(٢) فتاوى ندوات البركة ٢٢٧ .

وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة ، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر^(١).

الفرع الرابع: بيع المصنوع قبل استلامه

وهو بيع المصنوع قبل استلامه كأن تقوم الوكالة ببيع السيارات على الموزعين قبل استلامها من الشركة المصنعة.

وحكمه: أنه إن كان بعقد مستقل لا يرتبط بالأول فهو من الاستصناع الموازي الذي قررنا جوازه في ما سبق.

أما إن كان مرتبطاً بحيث أن الموزع سيستلم السيارات من الشركة مباشرة فهو إما أن يكون تعاقد الموزع مع الوكالة قبل تعاقد الوكالة مع الشركة المصنعة فلا يجوز لأن الوكالة باعت ما لا تملك ، إلا على قول من يرى جواز بيع الإنسان ما لا يملك إذا كان موصوفاً في الذمة .

وأما إذا كان تعاقد الوكالة مع الموزع بعد تعاقدتها مع المنتج فالبيع هنا من بيع الدين.

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢١٤.

والراجح: في بيع الدين ممن هو عليه أنه يجوز بشرط ألا يربح فيه ويجوز بيعه على غيره بثلاثة شروط:-

- (١) ألا يربح فيه الدائن، لئلا يربح ما لم يضمن.
- (٢) ألا يجري بين العوضين ربا النسيئة.
- (٣) ألا يبيعه بدين مؤجل، لئلا يكون من الكالئ بالكالئ^(١).

الفرع الخامس: اشتراط المستصنع على الصانع بيع المصنوع وشراء الباقي.

وهذا يحصل في الاستصناع وهو أمران:-

الأول: توكيل المستصنع للصانع في البيع .

وقد رأت الهيئة الشرعية لشركة البركة أن هذا التصرف جائز^(٢).

لكن الذي يظهر للناظر أن هذا التصرف لا يجوز لأن المستصنع يكون قد باع ما لم يقبضه، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك^(٣).

الثاني: شراء الصانع للمصنوع: فهذا من قبيل بيع الدين ممن هو عليه، وهو ينطبق على صورة بيع الدين الحال بثمان حال، وهو ما رجحنا سابقاً جوازه بشرط أن يكون بسعر يومه، كي لا يربح ما لم يضمن.

(١) الخدمات المصرفية للشبيبي ٤٣٨.

(٢) فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، ص ١٢٣.

(٣) الخدمات المصرفية، للشبيبي، ص ٤٣٩.

الفرع السادس: تفويض المصرف في شراء المصنوع.

وهو باختصار ما تفعله بعض الدول من تفويض للبنك بشراء المصنوع وبيعه عليها بثمن مؤجل، وهي نفسها في نظري مسألة بيع المراجحة للأمر بالشراء، فينبغي ملاحظة شروطها، إلا أنه يجدر التنويه إلى أن مثل هذه العمليات يصعب تطبيق شروط المراجحة عليها من دخول السلعة في ضمان المصرف، إذ أن المصرف يعود فيفوض الجهة المسؤولة، فيكون من الحيلة على الربا وهو ما رأته الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي وأيده يوسف الشبيلي^(١).

الفرع السابع: استصناع الذهب والفضة.

لا يخلو استصناع الذهب والفضة من أن تكون قيمة الصنعة فيه أكثر من قيمة المواد الخام، فحينئذٍ يغلب فيها جانب الإجارة ولا خلاف في تأخير الثمن فيها.

أما إن كانت قيمة المواد الخام أكثر من قيمة الصنعة، فإن الأثمان وإن اختلفت فلا بد أن تكون يداً بيد، فلا بد والحالة هذه من تحويل العقد إلى عقد إجارة بأن تكون المادة الخام من عند المستصنع.

أما حديث استصناع النبي ﷺ للخاتم فيحتمل أن النبي ﷺ أعطاه الخام من عنده ويحتمل وقوفه عند رأسه أثناء استصناعه، ويحتمل ذلك قبل تحريم الربا^(٢).

(١) القرارات الشرعية لمصرف الراجحي ٢/٢٤، الخدمات المصرفية د. يوسف الشبيلي، ص ٤٤٠.

(٢) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لحمد وعمر الأشقر ومحمد شبير، ص ٢٤٣.

الفرع الثامن: استصناع العملات الورقية.

إذا احتاج البنك المركزي إلى استصناع عملات ورقية فإنه يبرم العقد مع المطبعة المتخصصة على طباعة ورق وهذا الورق لا يكتسب القيمة النقدية إلا بعد استلام البنك للعملة وإدخالها في سجلاته واعتمادها وطرحها في الأسواق للتعامل بها، فحينئذ تكون لها قيمة أما قبل ذلك فلا قيمة لها، وعليه فإن استصناعها يكون بمثابة ورقاً يأخذ حكم الاستصناع فيما سبق لا كعملة ورقية^(١).

الفرع التاسع: استصناع المباني.

وهو ما يسمى بعقد المقاولة ولا يسمى استصناعاً إلا إذا كانت المواد من عند الصانع، كعقد تسليم المفتاح مثلاً، أو العظم، فهذا لا إشكال في كونه من الاستصناع، لكن الذي يشكل ما يفعله بعض الناس من إبرام عقد استصناع لمبنى مع البنك يكون فيه هو المقاول من الباطن فتكون حيلة على الربا^(٢).

(١) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمحمد وعمر الأشقر ومحمد شبير، ص ٢٤٤.

(٢) الخدمات المصرفية، للشبيلي، ص ٤٥٥.

الخاتمة

وفيها أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

- (١) قيام مصالح الدول اليوم على عقد الاستصناع، فلا تكاد تخلو منه دولة ولا منشأة حكومية، ولا خاصة، كاستصناع الجسور، والطائرات وغيرها.
- (٢) عقد الاستصناع هو: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص بثمن معلوم.
- (٣) شروط عقد الاستصناع حصول العلم التام بأوصاف المصنوع والثمن، وكل ما احتيج إلى تحديده في العقد وأن تكون المواد من عند الصانع. وأن يحدد فيه الأجل.
- (٤) أن الاستصناع نوع من البيوع مستقل لا يدخل في أحد من الأنواع الأخرى، فهو أعم العقود وأشملها، فهو أشمل من البيع من حيث اشتراط العمل، ومن حيث جواز تأخير الثمن لشبهه بالإجارة وأن الثمن فيها لا يستحق إلا بالعمل والعمل شرط في الاستصناع وأعم من الإجارة التي لا تشترط العين بخلاف الاستصناع، و أشمل من السلم الذي لا يشمل العمل.
- (٥) أن الاستصناع ليس من بيع الدين بالدين، لأنه شبيه جداً بالإجارة التي لا يلزم فيها الثمن إلا بعد الانتهاء من العمل.
- (٦) صحة الاستصناع وهو من الضرورات التي لا تصلح حال الناس إلا معه .

- (٧) جواز الاستصناع الموازي بضوابط وهي ألا تجر العادة قيام الصانع في العقد بالصناعة بنفسه وانفصال العقد بين و امتلاك السلعة امتلاكاً حقيقياً في العقد الأول قبل تسليمها للعاقدة في العقد الثاني.
- (٨) أن الإبهام في عقد الاستصناع. في الثمن وتردده بين ثمنين بأجلين لا بأس به لأنه من قبيل مكافأة الصانع إذا عجل في تسليم المصنوع.
- (٩) أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي وما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول.
- (١٠) بيع المصنوع قبل استلامه لمن هو عليه، يجوز بشرط ألا يربح فيه ويجوز بيعه على غيره بثلاثة شروط، ألا يربح فيه الدائن، ألا يجري بين العوضين ربا النسيئة. ألا يبيعه بدين مؤجل.
- (١١) أن توكيل المصنوع للصانع في البيع. لا يجوز لأن المصنوع يكون قد باع ما لم يقبضه.
- (١٢) أن شراء الصانع للمصنوع: من قبيل بيع الدين ممن هو عليه، يجوز بشرط أن يكون بسعر يومه، كي لا يربح ما لم يضمن.
- (١٣) تفويض المصرف في شراء المصنوع هي نفسها مسألة بيع المراجحة للأمر بالشراء بشرط ألا تكون حيلة على الربا.
- (١٤) استصناع الذهب والفضة. إن كانت قيمة الصنعة فيه أكثر من قيمة المواد الخام، فهو جائز، أما إن كانت قيمة المواد الخام أكثر من قيمة الصنعة، فلا يجوز.
- (١٥) استصناع العملات الورقية جائز.

١٦) استصناع المباني: هو عقد مقاوله وهو عقد استصناع، ولا يجوز إبرام عقد استصناع لمبنى مع البنك يكون فيه الصانع هو المقاول من الباطن.

ثانياً: التوصيات:

- ١- على المصارف والبنوك الإسلامية مراعاة الضوابط الشرعية لعقد الاستصناع كما ذكرها الفقهاء، كي يكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره.
- ٢- على الباحثين في المعاملات المالية والاقتصاد الإسلامي، إجراء المزيد من الدراسات والبحوث حول الجوانب التطبيقية لعقد الاستصناع وصوره المعاصرة.
- ٣- على هيئات الرقابة الشرعية والتدقيق الشرعي في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية العمل على إيجاد صور وتطبيقات جديدة لعقد الاستصناع، والعمل على تطويره بمعايير الهندسة المالية الإسلامية.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

أولاً: كتب التفسير وعلومه:

- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوفى سنة (٣٧٠هـ) طبعة: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة سنة ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.
 - أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المتوفى سنة (٥٤٣هـ) طبعة دار الحديث بالقاهرة، تحقيق: الدكتور/ محمد إبراهيم الحفناوي، والدكتور/ إسماعيل محمد السديدي، الطبعة الأولى سنة ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
 - أحكام القرآن للإمام الفقيه عماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكنيا الهراس المتوفى ٥٠٤هـ) طبعة مكتبة الإيمان، المنصورة، تحقيق: موسى محمد علي، الدكتور/ عزت علي عيد عطية.
 - الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة (٦٧١هـ)، تحقيق: هشام سمير البخاري، طبعة دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
- ثانياً: كتب الحديث وشروحه:
- سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني، (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تعليق: محمود خليل، ط/ دار الرسالة، بيروت.
 - سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ط/ دار الكتاب العربي . بيروت.
 - سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، تحقيق: مجدي بن منصور بن سيد الشوري، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ط/ دار المعرفة، بيروت، لبنان.
 - عارضة الأحوذي بشرح سنن الترمذي، للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت.
 - المستدرک علی الصحیحین، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
 - مسند أبي حنيفة، المؤلف: أبو عبد الله الحسين بن محمد بن خسرو البلخي (٥٢٢ هـ)، المحقق: لطيف الرحمن البهرايجي القاسمي، الناشر: المكتبة الإمدادية - مكة المكرمة، الطبعة: الأولى ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م.
 - مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١ هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.
- ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي:
- أ- كتب المذهب الحنفي:
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ط/ دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ط/ دار الكتب العلمية، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م.

- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي بن محسن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ، ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية.
- رد المختار على الدر المختار، المسماة (حاشية ابن عابدين) ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ط/ دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢ هـ، ١٩٩٢ م.
- العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري، ط/ دار الفكر، بيروت.
- فتح القدير، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ط/ دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٤ هـ.
- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.

ب- كتب المذهب المالكي:

- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٤٥٠ هـ)، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، ط/ دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
- القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزري الكلبي الغرناطي، ط/ دار ابن حزم، بيروت.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الشهير بالحطاب المغربي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ.

ج- كتب المذهب الشافعي:

- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، تحقيق: د. محمد محمد تامر، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٠ م.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط/ دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ط/ المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م، ثم صورتها دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير [وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي، عبد الكريم بن محمد الراجحي القزويني، دار الفكر.
- المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط/ دار الفكر، بيروت.

د- كتب المذهب الحنبلي:

- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن عثيمين (المتوفى: ١٤٢١ هـ)، دار النشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ - ١٤٢٨ هـ
- الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم محمد ابن تيمية (المتوفى: ٧٢٨ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م.

- الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، ط/ دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
 - كتاب الفروع، لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط/ مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
 - كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت.
 - المبدع شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، (المتوفى: ٨٨٤ هـ)، ط/ دار عالم الكتب، الرياض، طبعة: ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٣ م.
 - المغني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط/ عالم الكتب، الرياض السعودية، الطبعة: الثالثة، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.
 - منتهى الإرادات، لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط/ مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- رابعاً: كتب فقهية معاصرة
- آلية تطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية بحث مقدم لدائرة الشؤون الإسلامية بدبي ٢٠٠٩ م.

- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمحمد سليمان الأشقر، وعمر سليمان الأشقر، ومحمد عثمان شبير، ط/ دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة: الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
 - الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي د. يوسف الشبيلي، طبعة ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
 - عقد الاستصناع التكييف الشرعي والقانوني، د/ ناصر أحمد النشوي، ط/ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط/ الأولى ٢٠٠٧م.
 - عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، د/ كاسب بن عبد الكريم البدران، ط/ الأولى ١٣٩٨هـ-١٩٧٩م.
 - عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، د: محمد بن أحمد الصالح، ط/ مكتبة الملك فهد الوطنية بالرياض، ط/ الأولى ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
 - عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، د/ مصطفى الزرقا، ط/ المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، سلسلة محاضرات العلماء البارزين، رقم (١٢)، ١٤٢٠هـ.
 - القرارات الشرعية لمصرف الراجحي، ط/ دار كنوز اشبيليا، الرياض، السعودية، الطبعة: الأولى ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.
 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية.
- خامساً: كتب اللغة:**
- القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، تحقيق مكتب تحقيق التراث، ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ.

- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، ط/ دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
- مختار الصحاح، لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط/ المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، ط/ المكتبة العلمية، بيروت.
- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، ط/ دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية.
- معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط/ اتحاد الكتاب العرب، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.