



مَجْلَدُ تَجْمَعِ الْفِئَةِ الْأَسْلَامِيَّةِ

الدَّوْرَةُ الثَّانِيَّةُ بَعْدَهَا

الْمَدَدُ السَّابِعُ

الْجُزْءُ الثَّانِي

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م

مَجْمَعُ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

الْعَدَدُ السَّابِعُ



مَجْلَدُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّ

الدَّوْرَةُ السَّبْعِيَّةُ

مَجْلَدُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّ

الْعَدَدُ السَّابِعُ

الْجُزْءُ الثَّانِي

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م

البَيْعُ بِالتَّقْسِيطِ

البحوث

- بحث الدكتور نزيه كمال حمّاد .
- بحث فضيلة القاضي محمد تقي العثماني .
- بحث الدكتور رفيق يونس المصري .
- بحث الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد .
- بحث الدكتور نزيه كمال حمّاد .
- المناقشة .
- القرار .

البيع بالتقسيط

- المحور الأول: (المداينة ونظرة الإسلام إليها).
- المحور الثاني: (بين صلح الحطيطة وحسم الكمبيالة).
- المحور الثالث: (ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار).

إعداد

الدكتور نزيه كمال حماد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المَحْوَرُ الْأَوَّلُ

(المداينة ونظرة الإسلام إليها)

حكمها التكليفي:

١ - للمداينة في النظر الفقهي صورٌ شتى، أهمها البيعُ الآجل والسَّلْمُ والقرض. ولا يختلف الحكم التكليفي للبيع الآجل عن السَّلْم؛ لأنَّ كلاً منهما عبارة عن بيعٍ جُعِلَ فيه أحدُ العوضين مؤجلاً، فأما البيع الآجل؛ فقد تأخَّر فيه الثمن، وأما السَّلْم؛ فالتأخَّر فيه المثل. والأصل في حكمهما الحِلُّ والإباحة، لحاجة الناس للتداين بهما في الجملة، ما لم يكن فيهما استغلالٌ من الدائن لحاجة المدين إلى هذه المعاقدة، بحيث ينطوي البذل المؤخَّر على زيادة فاحشةٍ مقابل ذلك التأجيل، ففي هذه الحالة يكون ذلك العقد محظوراً في حقِّ الطرف الغابن المستغلِّ، قياساً على بيع المضطرِّ بزيادة على بذل المثل استغلالاً لحاجته.

جاء في الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي: قال أبو طالب: قيل لأحمد: إن ربيع الرجل في العشرة خمسة، أيكره ذلك؟ قال: إذا كان أجله إلى سنة أو أقلَّ بقدر الربح فلا بأس به. وقال جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله يقول: بيعُ النسيئة إذا كان مقارباً فلا بأس به.

ثم علَّق شيخ الإسلام ابن تيمية على ذلك بقوله: وهذا يقتضي كراهة الربح الكثير الذي يزيد على قدر الأجل، لأنه يشبه بيع المضطر، وهذا يعمُّ بيع

٢ - أما القرض، فلا خلاف بين العلماء في أن الأصل فيه - أي في حق المُقْرِض - أنه قُرْبَةٌ من القُرْب، لما فيه من إيصال النفع للمقترض وقضاء حاجته وتفريج كربته وإعانتته على كسب قُرْبَةٍ غالباً، وأنَّ حكمه من حيث ذاته التذنب، لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ كَشَفَ عَن مَسْلَمٍ كَرْبَةً مِنْ كَرْبِ الدُّنْيَا، كَشَفَ اللهُ عَنْهُ كَرْبَةً مِنْ كَرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»^(٢) . لكن قد يَغْرِضُ له الوجوبُ أو الكراهة أو الحرمة أو الإباحة، بحسب ما يلائمه أو يفضي إليه، لأنَّ الوسائل تأخذ حكم المقاصد .

وبناءً على ذلك نصَّ الفقهاء على أنَّ المقترض إذا كان مضطراً إلى المال، كان إقراضه واجباً، وإنَّ عَلِمَ المُقْرِضُ أو غلب على ظنَّه أنَّ المقترض ينفقه في معصية أو مكروه، كان حراماً أو مكروهاً على حسب الحال. ولو اقترض تاجرٌ لا لحاجة، بل ليزيد في تجارته طمعاً في الربح الذي يحصل له من ذلك، كان إقراضه مباحاً. ومثل ذلك ما لو أقرضَ غنياً لِغَرَضِ الدافع ومصلحته، كحفظ ماله بإحرازه في ذمة المقترض الموسر، فإنه يكون مباحاً أيضاً، حيث إنه لم يشتمل على تنفيس كربة لمحتاج، ليكون مطلوباً شرعاً^(٣) .

٣ - أما في حقَّ المقترض، فالأصل في حكمه الإباحة، وذلك لمن علم من نفسه الوفاء، بأنَّ كان له مالٌ مرتجى، وعزم على الوفاء منه، وإلا لم يجز، وكان آثماً في التدليس لإخفاء حاله على مقرضه، ما لم يكن مضطراً - فإنَّ كان كذلك وَجَبَ في حقِّه لدفع الضرر عن نفسه - أو كان المُقْرِضُ عالماً بعدم قدرته

(١) الاختيارات الفقهية: ص ١٢٢، ١٢٣ .

(٢) أخرجه مسلم والترمذي وابن ماجه وأحمد. (انظر صحيح مسلم: ٢٠٧٤/٤؛ وعارضة الأحوذى: ١٩٩/٦؛ وسنن ابن ماجه: ٨٢/١؛ ومسند أحمد: ٢٥٢/٢، ٢٩٦، ٥٠٠).

(٣) المغني، لابن قدامة: ٤٢٩/٦؛ وأسنى المطالب: ١٤٠/٢؛ ونهاية المحتاج: ٢١٥/٤؛ وروضة الطالبين: ٣٢/٤؛ والزرقاني علي خليل: ٢٢٦/٥؛ والبهجة شرح التحفة: ٢٨٧/٢؛ ومواهب الجليل: ٥٤٥/٤ .

على الوفاء وأعطاه مع ذلك، فلا يحرم عليه حيثئذ الاقتراض، لأنَّ المنع إنما كان لحقَّ المُقرض، وقد أسقط حقَّه مع علمه بحاله^(١). قال ابن حجر الهيتمي في «الإنافة»: «فَعَلِمَ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِفَقِيرٍ إِظْهَارُ الْغِنَى عِنْدَ الْاِقْتِرَاضِ، لِأَنَّ فِيهِ تَغْرِيرًا لِلْمَقْرَضِ»^(٢). وقال في «تحفة المحتاج»: «وَمِنْ ثَمَّ لَوْ عَلِمَ الْمَقْرَضُ أَنَّهُ إِنَّمَا يُقْرِضُهُ لِنَحْوِ صِلَاحِهِ، وَهُوَ بَاطِنًا بِخِلَافِ ذَلِكَ، حَرَّمَ عَلَيْهِ الْاِقْتِرَاضُ أَيْضًا، كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ»^(٣). بل إنَّه عدَّ في كتابه «الزواجر» الاستدانة مع نيّة عدم الوفاء أو مع عدم رجائه، بأنَّ لم يضطر، ولا كان له جهةٌ ظاهرةٌ فيفي منها، والدائنُ جاهل بحاله: من الكبائر^(٤). لما روى البخاري عن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يَرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ اللَّهُ». والطبراني عنه ﷺ قال: «مَنْ آذَانَ دِينًا، وَهُوَ يَنْوِي أَنْ يُؤَدِيَهُ فَمَاتَ، آذَاهُ اللَّهُ عَنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ اسْتَدَانَ دِينًا، وَهُوَ يَنْوِي أَلَّا يُؤَدِيَهُ فَمَاتَ، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: ظَنَنْتَ أَنِّي لَا أَخَذُ لِعَبْدِي بِحَقِّهِ؟ فَيُؤَخِّدُ مِنْ حَسَنَاتِهِ فَتُجْعَلُ فِي حَسَنَاتِ الْآخِرِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَسَنَاتٌ، أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِ الْآخِرِ، فَتُجْعَلَ عَلَيْهِ».

هذا، وقد اختلف الفقهاء فيمن يرغب في النكاح ولا مال له: هل يُسْتَحَبُّ له أن يقترض ويتزوج؟ فقال بعضهم: يستحبُّ له ذلك، لكونه وسيلةً لتحقيق مطلوب شرعي، وهو النكاح. وقال غيرهم: لا يستحبُّ له ذلك^(٥)، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٣].

الاقتراض على بيت المال:

٤ — لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للإمام الاستقراض على بيت

(١) تحفة المحتاج وحواشيه: ٣٦/٥؛ وعارضة الأحوذى: ٤٧/٦؛ وكشاف القناع: ٢٩٩/٣؛ والمغني: ٤٢٩/٦.

(٢) الإنافة في الصدقة والضيافة، لابن حجر الهيتمي: ص ١٥٥.

(٣) تحفة المحتاج: ٣٧/٥.

(٤) الزواجر عن اقتراف الكبائر: ٢٤٧/١.

(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٦/٣٢؛ ومختصر الفتاوى المصرية، لابن تيمية: ص ٤٣٢.

المال وقت الأزمات وعند الملمات والنوائب لداعي الحاجة الماسة أو المصلحة الراجحة. قال إمام الحرمين الجويني: (وما ذكره الأولون من استسلاف رسول الله ﷺ عند ميسس الحاجات، واستعجاله الزكوات، فلسْتُ أنكر جواز ذلك، ولكنّي أجوّز الاستقراض عند اقتضاء الحال وانقطاع الأموال ومصير الأمر إلى منتهى يغلب على الظنّ فيه استيعابُ الحوادث لما يتجدّد في الاستقبال»^(١)).

غير أنّ الفقهاء قيّدوا ذلك بثلاثة شروط:

(أحدها) أن يكون هناك إيرادٌ مرتجى لبيت المال ليوفّي منه القرض. قال الشاطبي: «والاستقراض في الأزمات إنما يكون حيث يُرتجى لبيت المال دخلٌ ينتظر أو يرتجى»^(٢). وقال الغزالي: «ولسنا ننكر جواز الاستقراض ووجوب الاقتصار عليه»^(٣) إذا دعت المصلحة إليه، ولكنّ إذا كان الإمام لا يرتجى انصبابَ مالٍ إلى بيت المال يزيد على مؤن العسكر ونفقات المرتزقة في الاستقبال، فعلى ماذا الاتكالُ في الاستقراض مع خلوّ اليد في الحال وانقطاع الأمل في المال؟!»^(٤).

(والثاني) أن يكون الاستقراضُ من أجل الوفاء بالتزام ثابت على بيت المال، وهو ما يصير بتأخيره ديناً لازماً عليه. وما ليس كذلك لا يُستقرضُ له. قال القاضي أبو يعلى: «لو اجتمع على بيت المال حقّان ضاق عنهما واتسع لأحدهما، صُرفَ فيما يصير منهما ديناً فيه. ولو ضاق عن كل واحد منهما، كان لولي الأمر إذا خاف الضرر والفساد أن يقترض على بيت المال ما يصرفه في

(١) غياث الأمم في التياث الظلم (طبعة قطر): ص ٢٧٩.

(٢) الاعتصام (طبعة دار الفكر): ١٢٢/٢.

(٣) أي الاقتصار على الاستقراض دون اللجوء لقرض ضرائب على الناس.

(٤) شفاء الغليل، للغزالي: ص ٢٤١ وما بعدها.

الديون^(١) دون الإرفاق^(٢) ، وكان مَنْ حَدَثَ بعده من الولاة مأخوذاً بقضائه إذا اتسع له بيت المال^(٣) .

(والثالث) أن يُعيد الإمامُ إلى بيت المال كلَّ ما اقتطعه منه لنفسه وعياله وذويه بغير حقٍّ وما وضعوه في حرام، وتبقى الحاجةُ إلى الاستقراض قائمة. قال التاج السبكي: لما عَزَمَ السلطان قطز على المسير من مصر لمحاربة التتار، وقد دهموا البلاد، جَمَعَ العساكر، فضاقت يده عن نفقاتهم، فاستفتى الإمام العزّ بن عبد السلام في أن يقترض من أموال التجار. فقال له العزّ: إذا أَحضرت ما عندك وعند حريمك، وأحضر الأمراء ما عندهم من الحُلِيِّ الحرامِ اتخاذه، وَضَرَبْتَهُ سَكَّةً ونقداً، وَفَرَّقْتَهُ في الجيش، ولم يَقم بكفائتهم، ذلكَ الوقتَ أُطْلِبَ القرض، وأما قبل ذلك فلا^(٤) .

٥ - هذا ما يتعلّق باستقراض الإمام على بيت المال للمصلحة العامة. أما استقراضه عليه لغير ذلك من مصالح بعض الأفراد الذين تجب مؤنتهم على بيت المال عند عدم وفائه بذلك، فقد نصّ الحنابلة والشافعية في باب اللقيط على وجوب النفقة عليه من بيت المال إذا لم يوجد له مالٌ، فإنْ تَعَدَّرَ أَخَذُ نفقته من بيت المال - بأن لم يكن في بيت المال شيءٌ أو كان ما هو أهم منه - اقتراضَ

(١) لأن استحقاقها غير معتبر بالوجود والتوفر في بيت المال، لأنها من الحقوق اللازمة مع الوجود والعدم فيه. (الأحكام السلطانية، لأبي يعلى: ص ٢٥٢).

(٢) لأن استحقاقها معتبر بالوجود في بيت المال دون العدم، فإن كان مصرفها موجوداً في بيت المال وَجَبَ فيه وسَقَطَ فرضُهُ عن المسلمين، وإن كان معدوماً سقط وجوبها عن بيت المال. (الأحكام السلطانية، لأبي يعلى: ص ٢٥٣).

(٣) الأحكام السلطانية، لأبي يعلى: ص ٢٥٣؛ وانظر الأحكام السلطانية للماوردي: ص ٢١٥ (طبعة مصطفى الحلبي)؛ وتحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، لابن جماعة (طبعة قطر): ص ١٥٠، ١٥١.

(٤) طبقات الشافعية الكبرى، لابن السبكي: ٢١٥/٨؛ وانظر طبقات المفسرين، للدواودي:

الحاكم على بيت المال مقدارَ نفقته^(١) .

الاقتراض على الوقف :

٦ - أما الاستقراض على الوقف، فهو جائز أيضاً لداعي المصلحة. قال البهوتي الحنبلي: «والظاهر أنَّ الدَّين في هذه المسائل يتعلَّق بذمة المقترض وبهذه الجهات، كتعلُّق أرش الجناية برقبة العبد الجاني، فلا يلزُم المقترضُ الوفاءً من ماله، بل من ريع الوقف وما يحدث لبيت المال. أو يقال: لا يتعلَّق بذمته رأساً»^(٢). أي بذمة المقترض.

٧ - غير أنَّ الفقهاء اختلفوا في شروط الاستدانة على الوقف على ثلاثة أقوال:

(أحدها) للشافعية: وهو أنه يجوز لناظر الوقف الاقتراضُ على الوقف عند الحاجة إنْ شَرَطَهُ له الواقف أو أَدِنَ له فيه الحاكم. قالوا: فلو اقترض من غير إذن القاضي ولا شرطٍ من الواقف لم يجز، ولا يَرَجِعُ على الوقف بما صَرَفَهُ لتعديهِ فيه^(٣).

(والثاني) للمالكية والحنابلة: وهو أنه يجوز لناظر الاقتراضُ على الوقف بلا إذن حاكم لمصلحة - كما إذا قامت حاجةٌ لتعميره، ولا يوجد غلَّة للوقف يمكن الصرفُ منها على عمارته - لأنَّ الناظر مؤتمنٌ مطلقُ التصرف، فالإذنُ

(١) تحفة المحتاج: ٣٤٨/٦؛ وكشاف القناع: ٢٥٢/٤؛ وشرح منتهى الإرادات: ٤٨٢/٢.

(٢) كشاف القناع: ٣٠٠/٣؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢٢٥/٢.

* ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن الحنابلة في الأصل لا يجيزون الاقتراض على الجهات العامة، لعدم تمتعها بالذمة حسب نصوصهم، لكنهم أجازوا ذلك بالنسبة للوقف وبيت المال استثناءً لداعي المصلحة. ومن أجل ذلك جاءت عبارة مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد في م (٧٣٧) مومنةً إلى ذلك: «مِنْ شأن القرض أن يُصادف ذمَّةً يثبتُ فيها، لكن يصح الاقتراضُ على بيت المال كما يصح الاقتراضُ على الوقف».

(٣) نهاية المحتاج: ٣٩٧/٥؛ وتحفة المحتاج وحاشية الشرواني عليه: ٢٨٩/٦.

والائتمانُ ثابتان له^(١) .

(والثالث) للحنفية: وهو أنه لا تجوز الاستدانةُ على الوقف إن لم تكن بأمر الواقف إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف - كتعمير وشراء بذر - وليس للواقف غلةٌ قائمةٌ بيد المتولي، فتجوز عند ذلك بشرطين: الأول: إذن القاضي إن لم يكن بعيداً عنه، لأنَّ ولايته أعمّ في مصالح المسلمين، فإن كان بعيداً عنه فيستدين الناظر بنفسه. والثاني: أن لا تتيسَّرَ إجارةُ العين والصرفُ من أجرتها^(٢) .

(١) مواهب الجليل: ٤٠/٦؛ وكشاف القناع: ٣٠٠/٣، ٢٩٥/٤؛ وشرح منتهى الإرادات:

٢٢٥/٢ .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه: ٤١٩/٣؛ والإسعاف للطرابلسي: ص ٤٧ .

المخَوْر الثاني (بين صلح الحطيطة وحسم الكمبيالة)

٧ - لقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان للرجل دينٌ مؤجل على آخر، فأراد أن يضع عن المدين بعضه على أن يعجل له الباقي، فهل يجوز لهما الاتفاق على ذلك؟ وتسمى هذه المسألة عندهم بـ «ضَعُّ وتَعْجَل»، وتُصَنَّف تحت عنوان «صلح الإسقاط» أو «صلح الإبراء» أو «صلح الحطيطة»، ولهم فيها ثلاثة أقوال:

(أحدها) للشافعية والمالكية، وهو أنَّ ذلك لا يجوز^(١). واستدلوا على ذلك بما روى البيهقي عن المقداد بن الأسود قال: «أسلفت رجلاً مائة دينار، ثم خرج سهمي في بَعَثَ بَعَثُهُ رسول الله ﷺ. فقلت له: عَجَلْتُ تسعين ديناراً، وأحطتُ عشرةً دانير. فقال: نعم. فذكرتُ ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: أكلتَ ربا يا مقدادُ، وأطعمتُهُ»^(٢). وبما صحَّ عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على رجلٍ إلى أجلٍ، فيضع عنه صاحبه، ويعجل له الآخر. فكره ذلك ابن عمر، ونهى عنه. ومثل ذلك روي عن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما^(٣).

وعلَّل الشافعية عدم الصحة «بأنه تَرَكَ بعضَ المقدار ليحصلَ الحلولَ في

(١) روضة الطالبين: ١٩٦/٤؛ ونهاية المحتاج: ٣٧٤/٤؛ وأسنى المطالب: ٢/٢١٦؛ وشرح الخرشبي: ٣/٦؛ والهجة شرح التحفة: ٢٢١/١؛ والزرقاني علي خليل: ٣/٦؛ والتاودي على التحفة: ٢٢١/١.

(٢) السنن الكبرى، للبيهقي: ٢٨/٦. وهو حديث ضعيف كما ذكر العلامة ابن القيم في الإغاثة: ١٢/٢.

(٣) إغاثة اللفهان، لابن القيم: ١٢/٢.

الباقى، والصفة بانفرادها لا تُقَابَلُ بعوض، ولأنَّ صفةَ الحلول لا يصحُّ إلحاقها بالمؤجل، وإذا لم يحصل ما تَرَكَ من القدر لأجله، لم يصحَّ الترك^(١).

ووجه المنع عند المالكية: «أَنَّ مَنْ عَجَّلَ مَا أُجِّلَ يُعَدُّ مُسَلِّفًا، فقد أسلَفَ الآن خمسمائة ليقضي عند الأجل ألفاً من نفسه»^(٢).

وبيان ذلك: أنه إذا تعجَّلَ البعض وأسقط الباقي، فقد باع الأجل بالقدر الذي أسقطه، وذلك عين الربا، كما لو باع الأجل بالقدر الذي يزيده إذا حلَّ عليه الدين، فقال: زدني في الدين وأزيدك في المدة، فأئى فرق بين أن تقول: حُطَّ من الأجل، وأحطَّ من الدين، أو تقول: زد في الأجل وأزيد في الدين؟ قالوا: فنَقْضُ الأجل في مقابلة نَقْصِ العوض، كزيادته في مقابلة زيادته، فكما أنَّ هذا ربا، فكذلك الآخر^(٣).

(والثاني) للحنابلة على الصحيح في المذهب والحنفية، وهو عدم جواز الصلح عن دين مؤجل ببعضه معجلاً - لأنَّ المحطوط عوضٌ عن التعجيل، فأشبهه ما لو أعطاه عشرة حالة بعشرين مؤجلة - إلَّا في دين الكتابة، لأنَّ الربا لا يجري بينهما في ذلك^(٤). وقد جاء في م (١٦٢١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد «لا يصحُّ الصلح عن دين مؤجل ببعضه حالاً إلَّا في دين الكتابة».

وقد علَّلَ الحنفية المنع في غير دين الكتابة: «بأنَّ صاحب الدين المؤجل لا يستحقُّ المعجَّلَ، فلا يمكن أن يُجعل استيفاءً، فصار عوضاً، وبيعُ خمسمائة

(١) أسنى المطالب: ٢/٢١٦.

(٢) البهجة للتسولي: ١/٢٢١.

(٣) إغاثة اللهفان، لابن القيم: ٢/١٢.

(٤) البحر الرائق: ٧/٢٥٩؛ وتبيين الحقائق: ٥/٤٣؛ والبدائع: ٦/٤٥؛ والدر المنتقى:

٢/٣١٥؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢/٢٦٠؛ والمبدع: ٤/٢٧٩؛ وكشاف القناع:

٣/٣٨٠.

بألف لا يجوز»^(١) .

وبيان ذلك: أنَّ المعجَّل لم يكن مستحقاً بالعقد حتى يكون استيفاءه استيفاءً لبعض حقِّه، والتعجيل خيرٌ من النسيئة لا محالة، فيكون خمسمائة بمقابلة خمسمائة مثله من الدين، والتعجيل في مقابلة الباقي، وذلك اعتياض عن الأجل، وهو باطل. ألا ترى أنَّ الشرع حرَّم ربا النسيئة، وليس فيه إلأً مقابلةً المال بالأجل شُبْهَةً، فَلأنَّ تكون مقابلةً المال بالأجل حقيقةً حراماً أولى»^(٢) .

قالوا: «أما إذا صالح المولى مكاتبَهُ عن ألف مؤجلة على خمسمائة حالة فإنه يجوز، لأنَّ معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة، فلا يكون هذا من مقابلة الأجل ببعض المال، ولكنَّه إرفاقٌ من المولى بحطِّ بعض البدل، وهو مندوبٌ في الشرع، ومساهلةٌ من المكاتب فيما بقي قبل حلول الأجل، ليتوصل به إلى شَرَفِ الحرّية، وهو أيضاً مندوبٌ إليه في الشرع»^(٣) .

(والثالث) رواية عن الإمام أحمد، حكاه ابن أبي موسى وغيره، وهو جواز ذلك^(٤) . وهو قول ابن عباس وإبراهيم النخعي، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية^(٥) .

واحتج هؤلاء بما روى ابنُ عباس أنَّ رسول الله ﷺ لَمَّا أَمَرَ بِإِخْرَاجِ بني النضير من المدينة، جاءه ناسٌ منهم فقالوا: يا رسول الله، إنك أمرت بإخراجهم، ولهم على الناس ديونٌ لم تحلّ، فقال النبي ﷺ: «ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا» .

(١) تحفة الفقهاء: ٤٢٣/٣ .

(٢) العناية على الهداية: ٣٩٦/٧؛ وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه: ٤٢/٥؛ وشرح

المجلة للأتاسي: ٥٦٤/٤ .

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤٣/٥ .

(٤) المبدع: ٢٨٠/٣؛ وإغاثة اللهفان: ١١/٢ .

(٥) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية: ص ١٣٤؛ وإعلام الموقعين: ٣٧١/٣؛ وأحكام

القرآن، للجصاص: ١٨٦/٢ (طبعة مصر بعناية محمد الصادق قمحاوي).

قال الحاكم: صحيح الإسناد^(١).

قالوا: وهذا ضدُّ الربِّا، فإن ذلك يتضمن الزيادة في الأجل والدين، وذلك إضرارٌ محضٌ بالغيريم، ومساءلتنا تتضمنُ براءة ذمة الغيريم من الدين، وانتفاع صاحبه بما يتعجله، فكلاهما حصل له الانتفاع من غير ضرر، بخلاف الربا المجمع عليه، فإنَّ ضرره لاحقٌ بالمدين، ونفعه مختصُّ بربِّ الدين، فهذا ضدُّ الربا صورةً ومعنى^(٢).

وفي «إعلام الموقعين» لابن القيم: «لأنَّ هذا عكس الربا، فإنَّ الربا يتضمن الزيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل، وهذا يتضمن براءة ذمته من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل، فسقطَ بعضُ العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل، فانتفع به كلُّ واحد منهما، ولم يكن هنا ربا لا حقيقةً ولا لغةً ولا عرفاً، فإن الربا الزيادة، وهي منتفية ههنا، والذين حرَّموا ذلك إنما قاسوه على الربا، ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله: «إما أن تُربي، وإما أن تقضي»، وبين قوله: «عَجَّل لي وأهَبْ لك مائة» فأين أحدهما من الآخر، فلا نصَّ في تحريم ذلك ولا إجماع ولا قياس صحيح^(٣).

٨ - هذا، وقد اتجه بعض الباحثين إلى القول بمشروعية خصم الكميالات (حسم الإسناد) تخريجاً على قول الفقهاء المبيحين لحطِّ بعض الدين المؤجل عن المدين نظير تعجيله وقياساً على قوله ﷺ: «ضعوا وتعجلوا». غير أنَّ هذا الاتجاه غير مقبول شرعاً في نظري لأربعة وجوه:

(أحدها) أننا لو أخذنا عملية خصم الكميالات على ظاهرها بحسب الشكل الذي أفرغَتْ فيه لوجدناها من قبيل بيع الدين لغير مَنْ عليه الدين، حيث يبيع

(١) وقد علّق ابن القيم على تصحيح الحاكم هذا، فقال: قلت هو على شرط السنن، وقد ضعفه البيهقي، ورجال إسناده ثقات، وإنما ضعف بمسلم بن خالد الزنجي، وهو ثقة فقيه، روى عنه الشافعي واحتج به. (إغاثة اللهفان: ١٣/٢؛ وسنن البيهقي: ٦/٢٨).

(٢) إغاثة اللهفان: ١٣/٢.

(٣) إعلام الموقعين: ٣/٣٧١.

صاحب الكميالة (الدائن) دينه المؤجل المسطور فيها لغير المدين بضمن معجل من جنسه، وبيع الدين لغير مَنْ عليه الدين جائز شرعاً إذا انتفى فيه الغرر والربا، غير أنَّ الربا ليس بمتفٍ ههنا، بل هو متحقق، لأنَّ العوضين من النقود، وقد باع الدائنُ نقداً أجلاً بنقْدٍ عاجلٍ أقلَّ منه، فانطوى بيعه هذا على ربا الفضل وربا النساء^(١).

(والثاني) أننا لو نظرنا إلى عملية خصم الكميالات بحسب المقصود والغاية منها، لوجدناها أحد أمرين:

(أ) إمَّا إقراض مبلغٍ وأخذ المقرض حوالة من المقترض بمبلغ أكثر منه يُستوفى بعد مدة معينة. وهو ربا صريح لا مجال للتأويل فيه؛ لأنَّ الحوالة يُشترط فيها تساوي الدينين: المحال به والمحال عليه. وهنا تحقق بين مبلغ القرض والمبلغ المستوفى فيما بعد زيادة في مقابل الأجل، وهو من ربا النسبة^(٢).

(ب) أو قرضٌ مضمونٌ بالورقة التجارية المظهرة لأمر المصرف تظهيراً تاماً، إذ المصرف لم يقصد أن يكون مشترياً للحق الثابت في الورقة، ولا أن يكون محالاً به، وإنما قَصَدَ الإقراض، فقَبِلَ انتقالَ ملكية الورقة المخصوصة إليه على سبيل الضمان، فإذا حُلَّ وقتٌ استحقاقها ولم يدفع أيُّ من الملتزمين قيمتها، فإنَّ المصرف يعود على الخاصم بالقيمة، دون أن يرغب أو يكلف نفسه بعبء ملاحقة الملتزمين حتى نهاية المطاف، كما هو الحاصل عملياً^(٣).

(والثالث) أنَّ حديث «ضعوا وتعجلوا» تضمَّنَ مشروعياً حطَّ الدائن لمدينه بعض الدين المؤجل نظير تعجيله على أساس أنه نوع من الصلح في الديون بين الدائن والمدين فحسب، ولذلك صَنَّفَ الفقهاءُ مسألةَ صلح وتعجيل تحت عنوان «صلح الإسقاط» أو «صلح الإبراء» أو «صلح الحطيطة» باعتبار أنَّ القصدَ منه

(١) انظر: المصارف معاملاتها وودائعها وفوائدها للأستاذ المحقق مصطفى الزرقا: ص ١٠.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: تطوير الأعمال المصرفية للدكتور سامي حمود: ص ٢٨٤.

إسقاطُ الدين عن المدين وإبراءُ ذمته، خلافاً لربا النسئثة الذي يتضمن إنشاء الدين وسَغَلَ الذمة، والفرقُ بينهما كما ذكر ابن القيم (أنَّ مقابلةَ الأجل بالزيادة في الربا ذريعةٌ إلى أعظم الضرر، وهو أن يصير الدرهم الواحد ألوفاً مؤلفة، فتستغل الذمة بغير فائدة، وفي الوضع والتعجيل تتخلَّصُ ذمة هذا من الدين، وينتفع ذاك بالتعجيل له، والشارع له تطلُّعٌ إلى براءة الذمم من الديون، وسَمَى الغريمَ المدينَ أسيراً، ففي براءة ذمته تخليصٌ له من الأسر، وهذا ضدُّ شغلها بالزيادة مع الصبر)^(١).

(والرابع) إنَّ حديث الوضع والتعجيل تضمّن مشروعية الصورة التي ورد فيها على أساس أن تكون العلاقة في هذه العملية ثنائية بين الدائن والمدين، إذ لا يتصور صلح الحطيطة أو صلح الإسقاط في علاقة ثلاثية - كما هو الحال في خصم الكمبيالات - حيث يدخل طرف ثالث ممولّ يقدم قرضاً بزيادة مقابل الأجل بشكل صريح أو ضمّني.

(١) إغاثة اللهفان: ١٣/٢؛ وانظر إعلام الموقعين: ٣٧١/٣.

المَحْوَمُ الثَّالِثُ

(ضابطة الإعسار الذي يوجب الإنظار)

٩ - لا خلاف بين الفقهاء في أنَّ المدين المعسر الذي لا يقدر على وفاء دينه يُمَهَّلُ حتى يوسر، ويتركَّ يَطْلُبُ الرزق لنفسه وعياله ودائنيه، ولا تحلُّ مطالبته ولا ملازمته ولا مضايقته، لأن المولى سبحانه أوجب إنظاره إلى وقت الميسرة فقال: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [الآية ٢٨٠ من البقرة]. قال القاضي أبو الوليد بن رشد: «لأنَّ المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار، فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين، لأنَّ الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر»^(١). وعلى ذلك نصَّ جماهير الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة^(٢). وقال القاضي ابن العربي: «إذا لم يكن المديان غنياً، فَمَطَّلُهُ عدلٌ، وينقلب الحال على الغريم، فتكون مطالبته ظلماً، لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾»^(٣).

١٠ - أما بيان ضابطة الإعسار الذي يوجب الإنظار، فإنه لا يخفى أن الإعسار في اللغة يعني الانتقال من الميسرة إلى العُسرة. يقال: أعسر الرجل؛ إذا

(١) المقدمات الممهدة: ٣٠٦/٢.

(٢) المغني، لابن قدامة: ٤٩٩/٤؛ وكشاف القناع: ٤١٨/٣؛ والمبسوط: ١٦٤/٢٤؛ ونهاية

المحتاج: ٣١٩/٤؛ وشرح السنة، للبخاري: ١٩٥/٨؛ والنووي على مسلم: ٢١٨/١٠؛

والمنتقى، للبايجي: ٦٦/٥.

(٣) عارضة الأحوذى: ٤٧/٦.

صار من ميسرة إلى عسرة. والعُسرة في اللغة هي الضيقُ وقلَّةُ ذات اليد. قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة: «العين والسين والراء أصلٌ صحيحٌ واحدٌ يدُلُّ على صُعوبةٍ وشِدَّةٍ. فالعُسْرُ نقيضُ اليُسْرِ، والإِفْلالُ أيضاً عُسْرَةٌ، لأنَّ الأمرَ ضيقٌ عليه شديدٌ»^(١).

أما العُسرة في الاصطلاح الفقهي فتعني عَدَمَ قدرة المرء على أداء ما عليه من مال^(٢). وقد ذكر القاضي أبو الوليد بن رشد أنَّ للمدين المعسر حالتين، إمَّا أن يكون مُعَدِمًا، وإمَّا ألا يكون، إذ ليس كل معسر مُعَدِمًا، وإن كان كلُّ مُعَدِمٍ معسرًا.

(أولاً) فإن كان المدين معديماً، أي قد نَفَذَ ماله كُلَّهُ، فلم يبقَ عنده ما يُفقهه على نفسه وعياله فضلاً عن وفاء دينه، فهذا يجب على الدائن إنظاره لا محالة، لأنه في حالة عَجْزٍ مُطْلَقٍ عن أداء ما عليه من دين، ولا سبيل إلى تكليفه شرعاً بما لا يطيق. جاء في «المقدمات الممهديات»: «وأما المعسر المعديم، فتأخيره إلى أن يوسر واجبٌ، والحكم بذلك لازم، لقول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾»^(٣).

(ثانياً) وأما إذا لم يكن المدين المعسر معديماً، أي إنه يملك بعضَ المال، ولكنه قليلٌ لا يكاد يكفيهِ للإِنفاق على نفسه وعياله بالمعروف وقضاء دينه إلا بمشقةٍ وضيقٍ وضررٍ. فقد قال ابن رشد فيه: «وأما المعسر الذي ليس بمعديم — وهو الذي يُخْرِجُهُ تعجيلُ القضاء ويَضُرُّ به — فتأخيره إلى أن يوسر ويمكنهُ القضاء من غير مضرةٍ تلحقه مرغَبٌ فيه ومندوبٌ إليه. قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا أَظَلَّهُ اللهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ»^(٤). والآثار في ذلك كثيرة،

(١) معجم مقاييس اللغة: ٣١٩/٤؛ وانظر المصباح المنير: ٤٨٧/٢؛ والمطلع، للبعلي: ص ٥٥٢.

(٢) المهذب، للشيرازي: ١٦٤/٢.

(٣) المقدمات الممهديات: ٢٠٧/٢.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده ٣٥٩/٢، وروى مسلم في صحيحه عن النبي ﷺ قال: =

والمطلُّ بالأداء وهو جاهدٌ فيه غير مقصّر ولا متوان غير محظور عليه إن شاء الله. وكان الشيوخ بقرطبة رحمهم الله يُقتون بتأخيره بالاجتهاد على قدر المال وقلته، ولا يوكلون عليه في بيع عروضه وعقاره في الحال، وعلى ذلك تدلُّ الروايات، خلاف ما كان يفتي به سائر فقهاء الأندلس من التوكيل عليه ببيع ماله وتعجيل إنصافه^(١).

١١ - وهذا التقسيم الاجتهادي وجية، ويصلح ضابطاً معتبراً للإعسار الذي يوجب الإنظار والذي لا يوجه. وقد أشار العلامة محمد الطاهر بن عاشور في «التحرير والتنوير» إلى تعليل هذا النظر الفقهي ومستنده، فذكر أنَّ النَّظْرَةَ في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ لَكَ مِيسِرَةٌ﴾.

صيغة طلب، وهي مُحْتَمَلَةٌ للوجوب والندب. فإن أريد بالعسرة العدم، أي نفاذ ماله كله، فالطلب للوجوب، والمقصود به إبطال حكم بيع المعسر واسترقاقه في الدين إذا لم يكن له وفاء الذي كان في الجاهلية وعند قدماء المصريين وفي شريعة الرومان. وإن أريد بالعسرة ضيق الحال وإضرار المدين بتعجيل القضاء، فالطلبُ يحتمل الوجوب - وقد قال به بعض الفقهاء - ويحتمل الندب، وهو قول مالك والجمهور. فَمَنْ لم يشأ لم ينظره ولو يبيع جميع ماله، لأنَّ هذا حقٌّ يمكن استيفاؤه، والإنظارُ معروفٌ، والمعروفُ لا يجب. غير أنَّ المتأخرين بقرطبة كانوا لا يقضون عليه بتعجيل الدفع، ويؤجلونه بالاجتهاد لئلا يدخل عليه مضرةٌ بتعجيل بيع ما به الخلاص^(٢).

١٢ - بعد هذا تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا في المدين المعسر

= مَنْ سَرَّهُ أَنْ يَنْجِيَهُ اللَّهُ مِنْ كَرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، فَلِيَنْفَسَ عَنْ مَعْسَرٍ أَوْ يَضَعَ عَنْهُ. [صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٢٢٧].

(١) المقدمات الممهدة: ٣٠٧/٢.

(٢) التحرير والتنوير: ٩٦/٣.

إذا كان معدماً، هل يجبر على إجارة نفسه لوفاء دين الغرماء من أجرته أم لا؟
على قولين:

(أحدهما) للزهري والليث بن سعد، وهو أن الحرّ المعسر يؤاجر، ويستوفى الدين من أجرته^(١). ووافقهم على ذلك ابن حزم الأندلسي حيث نصّ على إجباره على التكسب لقضاء دينه، ولو بتأجيله نفسه لغرمائه إذا كان قادراً على العمل، واستدلّ على ذلك بقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾ [الآية ١٣٥ من النساء] حيث إنّ إلزامه بذلك لإنصاف دائنيه وإعطائهم حقّهم دون تأخير من القوامة بالقسط^(٢). ثم قال: «فإن قيل: إنّ قوله تعالى: ﴿وَلَنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ يمنع من استئجاره!! قلنا: بل يوجب استئجاره، لأنّ الميسرة لا تكون إلّا بأحد وجهين: إمّا بسعي، وإمّا بلا سعي. وقد قال تعالى: ﴿وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الآية ١٠ من الجمعة]، فنحن نُجِبُّهُ عَلَى ابْتِغَاءِ فَضْلِ اللَّهِ تَعَالَى الَّذِي أَمَرَهُ بِابْتِغَائِهِ، فَتَأْمُرُهُ وَنَلْزِمُهُ بِالتَّكْسِبِ لِیَنْصِفَ غَرْمَاءَهُ، وَيَقُومَ بِعِيَالِهِ وَنَفْسِهِ، وَلَا نَدَعُهُ يَضِيعُ نَفْسَهُ وَعِيَالَهُ وَالْحَقَّ اللَّازِمَ لَهُ»^(٣).

(والثاني) للمالكية والحنفية وجماهير أهل العلم، وهو أنّ من كان عليه دين، ولم يكن له مالٌ يؤديه منه، فهو في نظر الله تعالى إلى أن يوسر، ولا يُحبس ولا يُؤاجر ولا يُستخدم ولا يُستعمل، لأنّ الدّين تعلّق بذمته، لا بمنافع بدنه، فلا ين يؤاجر فيه، ولأنّ قوله تعالى: ﴿وَلَنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ عامٌّ في كلِّ مَنْ أُعْسِرَ بدين، كائناً ذلك المدين ما كان^(٤). فالمولى سبحانه قال: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ ولم يقلّ فليؤاجر بما عليه. ثم إنّ الآثار المروية عن النبي ﷺ في المعسر ليس في شيء منها إجارته، وإنما فيها تركه،

(١) أحكام القرآن، للخصاص: ٢٠٤/٢.

(٢) المحلى: ١٧٢/٨.

(٣) المحلى: ١٧٣/٨.

(٤) المقدمات الممهّدة: ٣٠٦/٢.

وحديث أبي سعيد الخدري «ليس لكم إلا ذلك»^(١) حين لم يجدوا له غير ما أخذوا صريحاً في الدلالة على المطلوب.
وصلّى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الدكتور نزيه كمال حماد

(١) حيث روى أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال ﷺ: «تصدقوا عليه». فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال عليه الصلاة والسلام: «خذوا ما وجدتم، ليس لكم إلا ذلك». «أحكام القرآن، للجصاص: ٢/٢٠٢».

أحكام البَيْع بالتقسِيْط
وسائله المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي

إعداد

فضيلة القاضي محمد نقي العماني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.

وبعد: فإن البيع بالتقسيط من البيوع التي قد شاع تداولها في عصرنا الحاضر في جميع البلدان الإسلامية، وهو البيع الذي يلجأ إليه كثير من الناس لشراء حاجاتهم، وتأثيث منازلهم، والتمتع بالآلات الحديثة الغالية التي لا يمكن لهم شراؤها بثمن حال. فمست الحاجة إلى بيان الحكم الشرعي لهذا البيع، وما يتفرع عليه من مسائل مختلفة. وإن هذا البحث الموجز يهدف إلى إنجاز هذه الحاجة، والله سبحانه وتعالى أسأل أن يوفقني فيه للسداد والصواب، ويشرح صدري لما فيه رضاه عز وجل.

حقيقة البيع بالتقسيط:

البيع بالتقسيط بيع بثمن مؤجل يدفع إلى البائع في أقساط متفق عليها، فيدفع البائع البضاعة المبيعة إلى المشتري حالة، ويدفع المشتري الثمن في أقساط مؤجلة، وإن اسم «البيع بالتقسيط» يشمل كل بيع بهذه الصفة سواء كان الثمن المتفق عليه مساوياً لسعر السوق، أو أكثر منه، أو أقل، ولكن المعمول به في الغالب أن الثمن في «البيع بالتقسيط» يكون أكثر من سعر تلك البضاعة في السوق، فلو أراد رجل أن يشتريها نقداً، أمكن له أن يجدها في السوق بسعر أقل، ولكنه حينما يشتريها بثمن مؤجل بالتقسيط، فإن البائع لا يرضى بذلك إلا أن يكون ثمنه أكثر من ثمن النقد، فلا ينعقد البيع بالتقسيط عادةً إلاً بأكثر من سعر السوق في بيع الحال.

زيادة الثمن من أجل التأجيل :

ومن هنا ينشأ السؤال : هل يجوز أن يكون الثمن المؤجل أكثر من الثمن الحال؟ وقد تكلم الفقهاء في هذه المسألة قديماً وحديثاً، فذهب بعض العلماء إلى عدم جوازه، لكون الزيادة عوضاً من الأجل، وهو الربا، أو فيه مشابهة للربا، وهذا مذهب مروى عن زين العابدين عليّ بن الحسين، والناصر والمنصور بالله، والهادوية، كما نقل عنهم الشوكاني رحمه الله^(١) .

أما الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء والمحدثون، فقد أجازوا البيع المؤجل بأكثر من سعر النقد، بشرط أن يبتّ العاقدان بأنه يبيع مؤجل بأجل معلوم، وبثمن متفق عليه عند العقد، فأما إذا قال البائع : أبيعك نقداً بكذا ونسيئةً بكذا، وافترقا على ذلك، دون أن يتفقا على تحديد واحد من السعرين، فإن مثل هذا البيع لا يجوز، ولكن إذا عين العاقدان أحد الشقين في مجلس العقد، فالبيع جائز.

يقول الإمام الترمذي رحمه الله في جامعه: تحت حديث أبي هريرة رضي الله عنه: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وقد فسّر بعض أهل العلم قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: «أبيعك هذا الثوب بتقد بعشرة، ونسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعين، فإن فارقه على أحدهما، فلا بأس، إذا كانت العُقدة على أحد منهما»^(٢) .

وحاصل قول الإمام الترمذي رحمه الله تعالى: أن علة النهي عن هذا البيع إنما هو تردد الثمن بين الحالتين، دون أن تتعين إحداهما عند العقد، وهذا يوجب الجهالة في الثمن، وليس سبب النهي زيادة الثمن من أجل التأجيل، فلو زالت مفسدة الجهالة بتعيين إحدى الحالتين فلا بأس بهذا البيع شرعاً.

وإن ما ذكره الإمام الترمذي رحمه الله، هو مذهب الأئمة الأربعة وجمهور

(١) نيل الأوطار: ١٧٢/٥ .

(٢) جامع الترمذي، كتاب البيوع، باب ١٨، حديث ١٣٣١: ٥٣٣/٣، طبع بيروت.

الفقهاء^(١)، وهو الراجح بالدليل، لأنه ليس في القرآن والسنة ما يمنع جواز مثل هذا البيع، وإن تعريف الربا لا ينطبق على هذه الزيادة في الثمن، لأنه ليس قرضاً، ولا بيعاً للأموال الربوية بمثلها، وإنما هو بيع محض، وللبائع أن يبيع بضاعته بما شاء من ثمن، ولا يجب عليه أن يبيعها بسعر السوق دائماً، وللتجار ملاحظٌ مختلفة في تعيين الأثمان وتقديرها، فربما تختلف أثمان البضاعة الواحدة باختلاف الأحوال، ولا يمنع الشرع من أن يبيع المرء سلعته بثمن في حالة، وبثمن آخر في حالة أخرى.

وبالتالي: فإن من يبيع البضاعة بثمانية نقداً، وبعشرة نسيئة، يجوز له الإجماع أن يبيعها بعشرة نقداً، ما لم يكن فيه غش أو خداع، فلم لا يجوز له أم يبيعها بالعشرة نسيئة؟

وبما أن هذه المسألة متفق عليها فيما بين المذاهب الأربعة المتداولة، وبين أكثر الفقهاء والمحدثين، فلا نريد الإطالة في بيان دلائلها من الكتاب والسنة، بل نريد أن نتطرق في هذا البحث على أساس جواز هذا البيع، ونذكر بعض التفاصيل والمسائل المتفرعة على هذا الجواز.

١ - الجزم بأحد الثمنين شرط للجواز:

قد تبين فيما سبق أنه لا بأس للبائع أن يذكر الأثمان المختلفة عند المساومة، فيقول: أبيع نقداً بثمانية، ونسيئة بعشرة، وهل يجوز أن يذكر أثماناً مختلفة باختلاف الآجال، مثل أن يقول: أبيع إلى شهر بعشرة، وإلى شهرين باثني عشر مثلاً؟ لم أرَ في ذلك تصريحاً من الفقهاء، وقياس قولهم السابق أن يجوز ذلك أيضاً، لأنه إذا جاز اختلاف الأثمان على أساس كونها نقداً أو نسيئة، جاز اختلافها على أساس آجال مختلفة، لأنه لا فارق بين الصورتين.

ولكن اختلاف الأثمان هذا إنما يجيز ذكرها عند المساومة، وأما عقد البيع

(١) راجع المغني، لابن قدامة: ١٧٧/٤؛ والمبسوط، للسرخسي: ٨/١٣؛ والدسوقي على الشرح الكبير: ٥٨/٣؛ ومغني المحتاج للشربيني: ٣١/٢.

فلا يصح، إلا إذا اتفق الفريقان على أجل معلوم وضمن معلوم، فلا بدّ من الجزم بأحد الشقوق المذكورة في المساومة.

فلو قال البائع مثلاً: إن أديت الثمن بعد شهر، فالبضاعة بعشرة، وإن أديته بعد شهرين، فهو بائني عشر، وإن أديته بعد ثلاثة أشهر، فهو بأربعة عشر، واقترباً على ذلك بدون تعيين أحد هذه الشقوق، زعماً من المشتري أنه سوف يختار منها ما يلائمه في المستقبل، فإن هذا البيع حرام بالإجماع. ويجب على العاقدين أن يعقداه من جديد بتعيين أحد الشقوق واضحاً.

٢ - إنما الجائز زيادة في الثمن، لا تقاضي الفائدة:

ومما يجب التنبيه عليه هنا: أن ما ذكر من جواز هذا البيع إنما هو منصرف إلى زيادة في الثمن نفسه، أمّا ما يفعله بعض الناس من تحديد ثمن البضاعة على أساس سعر النقد، وذكر القدر الزائد على أساس أنه جزء من فوائد التأخير في الأداء، فإنه رباٌ صراح، وهذا مثل أن يقول البائع: بعثك هذه البضاعة بشماني ربيات نقداً، فإن تأخرت في الأداء إلى مدة شهر، فعليك ربيتان علاوة على الثمانية، سواء سمّاها «فائدة» (Interest) أو لا، فإنه لا شك في كونه معاملة ربوية، لأن ثمن البضاعة إنما تقرر كونه ثمانية، وصارت هذه الثمانية ديناً في ذمة المشتري، فما يتقاضى عليه البائع من الزيادة فإنه رباٌ لا غير.

والفرق العملي بين صورتين، أن ما تصور كونه ثمناً في الصورة الأولى، صار ثمناً باتاً بعد جزم الفريقين بأحد الشقوق، ولا يزيد هذا الثمن بعد تمام البيع ولا ينقص باختلاف أحوال المشتري في الأداء، فلو كان المشتري اشترى البضاعة بعشرة على أنه سيؤدي الثمن بعد شهر، ولكنه لم يتمكن من الأداء إلا بعد شهرين، فإن الثمن يبقى عشرة كما هو، ولا يزيد بزيادة مدة الأداء الفعلي، وأما في الصورة الثانية، فالثمن ثمانية، وما يزيد عليه فائدة تطالب من أجل التأخير في الأداء، فلا تزال تزيد الفائدة كلما يطول التأخير، فتصير ربيتين في شهر، وأربع ربيات في شهرين، وهكذا، فالصورة الأولى نوع من أنواع البيع الحلال، والصورة الثانية داخلية في الربا المحرم شرعاً.

٣ - توثيق الدين وأنواعه :

وبما أن الثمن في البيع المؤجل يصير ديناً على المشتري فور تمام العقد، فإنه يجوز للبائع أن يطالبه بتوثيق لهذا الدين، أو بضمان للتسديد عند حلول الأجل.

الرهن :

أما ضمان التسديد، فيمكن بطريق الرهن، أو بكفالة من الطرف الثالث، وفي الصورة الأولى يرهن المشتري شيئاً من ممتلكاته لدى البائع، ويحق للبائع أن يمسكه كضمان للتسديد، بدون أن ينتفع به في صورة من الصور، لأن الانتفاع بالمرهون شعبة من شعب الربا، ولكن يبقى الشيء المرهون بيد البائع لضغط المشتري على الاهتمام بأداء الأقساط في موعدها، وليحق له إذا قصر المشتري في الأداء عند حلول الأجل، أن يبيع الشيء المرهون ويسدد دينه بذلك، ولكن لا يجوز له أن يتجاوز عن الثمن المتفق عليه في العقد، فإن فضل من قيمة الشيء المرهون شيء بعد تسديد الدين رده إلى المشتري الراهن، وكما يجوز رهن الأعيان المملوكة للمشتري كذلك يجوز رهن مستندات الملكية لتلك الأعيان.

إمسك البائع المبيع لضمان التسديد :

وقد اطلعت على صورة من المعاملات المعاصرة الجارية بين الناس، وهي أن البائع في البيع المؤجل يمسك المبيع عنده إلى أن يتم التسديد من قبل المشتري، أو إلى أن يتم تسديد بعض الأقساط.

وإن إمساك المبيع بيد البائع في هذه الصورة يمكن أن يتصور بطريقتين :

الأول: أن يكون على أساس حبس المبيع لاستيفاء الثمن.

والثاني: أن يكون بطريق الرهن، والفرق بين الصورتين أن المبيع المحبوس عند البائع مضمون عليه بالثمن، لا بالقيمة، فلو هلك المبيع وهو

محبوس عنده، يفسخ البيع، ولا يكون مضموناً عليه بقيمته السوقية، أما في الرهن، لو هلك، عند البائع بغير تعدٍ منه، لا يفسخ البيع، بل يهلك من مال المشتري، ولا يقسط الثمن، وإذا هلك بتعدٍ منه، يضمنه المرتهن بقيمته السوقية، لا بالثمن.

فأما الطريق الأول، وهو حبس البائع المبيع لاستيفاء الثمن، فإنه لا يجوز في البيع بالتقسيط، لأن البيع بالتقسيط بيع مؤجل، وإن حق البائع في حبس المبيع لاستيفاء الثمن إنما يثبت في البيوع الحائلة، وليس له ذلك في البيوع المؤجلة، جاء في الفتاوى الهندية:

(قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن إذا كان حالاً، كذا في المحيط، وإن كان مؤجلاً فليس للبائع أن يحبس المبيع قبل حلول الأجل ولا بعده، كذا في المبسوط)^(١).

وأما الطريق الثاني، وهو أن يمسك البائع المبيع عنده بصفة كونه رهناً من المشتري بالثمن الواجب في ذمته، فإنه يمكن بطريقتين أيضاً:

الأول: أن يرهنه المشتري قبل أن يقبضه من البائع، فهذا لا يجوز أيضاً، لأنه في معنى حبس المبيع عند البائع لاستيفاء الثمن، وذلك لا يجوز في البيوع المؤجلة، كما ذكرنا.

والثاني، أن يقبضه المشتري من البائع أولاً، ثم يرده إليه بصفة كونه رهناً، فهذا جائز عند أكثر الفقهاء رحمهم الله تعالى، قال الإمام محمد في الجامع الصغير:

(ومن اشترى ثوباً بدراهم، فقال للبائع: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن، فالثوب رهن).

ونقله المرغيناني في الهداية، وقال شارحها في الكفاية: (لأن الثوب لما

(١) الفتاوى الهندية: ١٥/٣، باب ٤، من كتاب البيوع.

اشتراه وقبضه، كان هو وسائر الأعيان المملوكة سواء في صحة الرهن^(١).

وذكر الحصكفي هذه المسألة في الدر المختار، وأوضحها بقوله: (ولو كان ذلك الشيء الذي قال له المشتري: أمسكه، هو المبيع الذي اشتراه بعينه، لو بعد قبضه، لأنه حينئذ يصلح أن يكون رهناً بثمنه، ولو قبله لا يكون رهناً، لأنه محبوس بالثمن).

وقال ابن عابدين تحته:

(قوله: «لأنه حينئذ يصلح... إلخ»، أي لتعيين ملكه فيه، حتى لو هلك يهلك على المشتري، ولا يفسخ العقد، قوله: «لأنه محبوس بالثمن»، أي وضمانه يخالف ضمان الرهن، فلا يكون مضموناً بضمانين مختلفين، لاستحالة اجتماعهما، حتى لو قال: أمسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض، فهلك، انفسخ البيع، زيلعي^(٢)).

والذي يظهر أن جواز مثل هذا الرهن ليس فيه خلاف بين الفقهاء المتبوعين إذا لم يكن هذا الرهن مشروطاً في صلب عقد البيع، أما إذا كان مشروطاً في صلب العقد فقد حكى ابن قدامة رحمه الله فيه خلافاً، ولكن الصحيح المعتمد عنده هو الجواز، قال رحمه الله تعالى:

(وإذا تباعاً بشرط أن يكون المبيع رهناً على ثمنه، لم يصح، قال ابن حامد رحمه الله، وهو قول الشافعي، لأنَّ المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكاً له، وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه، أو شرط رهنه قبل قبضه... وظاهر الرواية صحة رهنه... فأما إن لم يشترط ذلك في البيع، لكن رهنه عنده بعد البيع، فإن كان بعد لزوم البيع، فالأولى صحته، لأنه يصح رهنه عند غيره، فصحَّ عنده كغيره، ولأنه يصحَّ رهنه على غير ثمنه، فصحَّ رهنه على ثمنه، وإن كان قبل لزوم البيع ابنتي على جواز التصرف في المبيع، ففي كل موضع جاز

(١) الكفاية شرح الهداية بهامش فتح القدير: ٩٩/٩.

(٢) رد المحتار مع الدر المختار، كتاب الرهن: ٤٩٧/٦، طبع كراتشي.

التصرف فيه وجاز رهنه، ومالا فلا، لأنه نوع تصرف، فأشبهه ببيع^(١).

الرهن السائل:

وهناك نوع آخر من الرهن يوجد في قوانين كثير من البلاد الإسلامية، لا يقبض فيه المرتهن على الشيء المرهون، وإنما يبقى بيد الراهن، ولكن يحق للدائن إذا قصر المدين في الأداء أن يطالب ببيعه وتسديد دينه من حصيلة بيعه، وهذا النوع من الرهن يسمى أحياناً «الرهن الساذج» (SIMPLE MORTGAGE)، وأحياناً: «الذمة السائلة» (FLOTING CHARGE) وهذا مثل أن يرهن المدين سيارته لدى الدائن، ولكن تبقى السيارة بيد المدين الراهن يستعملها لصالحه كيف يشاء، ولكن لا يجوز له نقل ملكيته إلى شخص ثالث حتى يفتك الرهن السائل بتسديد الدين، ويثبت للدائن المرتهن حق في بيعها إذا قصر صاحبها في أداء دينه، وإن هذا الحق يسمى «الذمة السائلة» (FLORTING CHARGE) فهل يجوز شرعاً توثيق الدين بهذا النوع من الرهن؟

وربما يقع الإشكال في جوازه من الناحية الفقهية، أن معظم الفقهاء قد اشترطوا قبض المرتهن لصحة عقد الرهن أو لتمامه على أساس قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وفي «الرهن السائل» لا يقبض المرتهن على الشيء المرهون، فينبغي أن لا يصح هذا الرهن.

والواقع أن الفقهاء، وإن اشترطوا قبض المرتهن للشيء المرهون، ولكنهم في الوقت نفسه أجازوا بعد ذلك للراهن أن يستعير ذلك الشيء منه، وينتفع به لصالحه، ولا يفسد بذلك الرهن، بل يحق للمرتهن أن يسترده متى شاء، ولئن هلك الشيء المرهون عند الراهن، فإنما يهلك على مكه، ويحق للمرتهن أن يبيعه لتسديد دينه عند حلول الأجل، ولا يكون فيه أسوة لسائر الغرماء عند

(١) المغني، لابن قدامة: ٤/٢٧ و ٤٢٨، كتاب الرهن، دار الكتاب العربي، بيروت

إفلاس الراهن أو موته . وقد جاء في الهداية للمرغيناني :

(وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً، فقبضه، خرج من ضمان المرتهن، لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن، فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء، لفوات القبض المضمون، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده، لأن عقد الرهن باق، لا في حكم الضمان في الحال، ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يردّه على المرتهن، كان المرتهن أحقّ به من سائر الغرماء، وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال^(١) .

ولكن هذا إذا تمّ عقد الرهن بقبض المرتهن مرّة، أعاره المرتهن للراهن، أما إذا لم يقبض المرتهن الرهن أصلاً، فهل يثبت حكم الإعارة في تلك الصورة أيضاً؟ الظاهر من عبارات الفقهاء أنه لا يثبت ذلك في تلك الصورة بناءً على اشتراط القبض لصحة الرهن، ولكن ههنا ملاحظٌ أذكرها لتأمل الفقهاء المعاصرين، وهي:

١ - إن المرتهن في «الرهن السائل» وإن كان لا يقبض الشيء المرهون، ولكنه في عموم الأحوال يقبض على مستندات ملكيته، فيحتمل أن يقال: إن الرهن قد تمّ بقبض المستندات، ثمّ صار الشيء المرهون كالعارية في يد الراهن.

٢ - إن علة اشتراط القبض في الرهن، كما ذكره الفقهاء، هو تمكّن المرتهن من تسديد دينه ببيع ذلك الشيء عند الحاجة، وإن هذا المقصود حاصل في «الرهن السائل» على أساس شروط الاتفاقية المعترف بها قانوناً، فيحتمل أن يكون القبض الحسبي غير لازم في الصورة المذكورة، لحصول المقصود بهذه الشروط المقررة.

٣ - المقصود من الرهن هو توثيق الدين، وقد أجازت الشريعة لحصول هذا المقصود أن يحبس الدائن ملك المديون ويمنعه عن التصرف فيه إلى أن

(١) الهداية مع فتح القدير: ١١٦/٩؛ وراجع أيضاً: رد المحتار: ٥١٠/٦ و ٥١١.

يتمّ تسديد الدين، فإن رضي الدائن بحصول مقصوده بأقل من ذلك، وهو أن يبقى العين المرهون بيد الراهن، ويبقى للمرتهن حق التسديد فقط، فلا يرى في ذلك أي محذور شرعيّ.

٤ - إن «الرهن السائل» فيه مصلحة للجائنين، أما مصلحة الراهن فظاهرة، من حيث إنه لا يُحرّم من الانتفاع بملكه، وأما مصلحة المرتهن، فمن حيث إنه يَحْتَفِظُ بحق التسديد دون أن يضمن الشيء المرهون عند الهلاك، غاية الأمر أنه ربّما يتضرر به الغرماء الآخرون عند إفلاس الراهن، فإن المرتهن يكون أحقّ بذلك الشيء ممن سواه من الغرماء، ولكن ضررهم هذا لم يعتبر شرعاً فيما إذا كان الرهن مقبوضاً للمرتهن، وفيما إذا قبضه المرتهن، ثمّ استعاره الراهن منه، كما تقدّم، فتبين أن مجرد هذا الضرر لا يفسد الرهن.

٥ - إن القبض على الشيء المرهون ربّما يكون متعذراً في التجارة الدوليّة، التي يكون البائع فيه ببلد، والمشتري ببلد آخر، والشيء المرهون يتطلب مؤونة كبيرة ونفقات باهظة لتحويله من محلّ إلى آخر، ولا سبيل لتوثيق الدين في مثل هذه الصورة إلّا «بالرهن السائل».

وإن هذه الملاحظات الخمس قد تجعلني أميل إلى جواز «الراهن السائل»، والمسألة مطروحة لدى العلماء للبتّ فيها، والله سبحانه أعلم .

الكفالة من طرف ثالث :

ومن طرق ضمان التسديد أن يكفل طرف ثالث بمبلغ الدين، ويلتزم على نفسه تسديد الدين من عنده إذا قصر المدين الأصيل، وهذا النوع من الضمان يسمّى «كفالة» وللکفالة أحكام مبسّطة في كتب الفقه، لا نقصد ذكرها في هذا البحث. ولكن نريد ههنا أن نُلمّ بجزئية واحدة من أحكام الكفالة، وهي تقاضي الأجرة أو الجعل على الكفالة، فإن البنوك التقليدية في عصرنا لا تضمن لأحد بأداء الدين إلّا إذا رضي المكفول به ببذل أجرة معلومة على ذلك، وربّما تكون

لهذه الأجرة نسبة مرتبطة بمبلغ الدين، مثل الثلاث في المائة، أو الأربع في المائة.

ومن المعروف في الفقه الإسلامي أن الكفالة عقد تبرع كالقرض، فلا يجوز تقاضي الأجرة عليها. ولكن ربّما استدل بعض المعاصرين على جواز أخذ الأجرة على الكفالة، بأن الكفالة أصبحت اليوم عنصراً قوياً من عناصر التجارة المعاصرة، وقد أنشئت من أجل ذلك مؤسسات مستقلة تقدّم خدمات الكفالة وتتفق على هذه الخدمات نفقات باهظة، فلم تُعدّ الكفالة عقدَ تبرع محض، وإنما أصبحت معاملة مالية يحتاج إليها التجار، وخاصّةً في التجارات الدولية، وليس من الميسور الحصول على المتبرعين بالكفالة بالعدد المطلوب، فينبغي أن يجوز إعطاء الأجرة عليها.

ولكن هذا الدليل غير صحيح، لأنه لو كان صحيحاً لجاز تقاضي الفائدة على القرض أيضاً، لأنّ نفس الكلام ينطبق على عقد القرض سواءً بسواء، فإن القرض، وإن كان عقد تبرع في الأصل، غير أنه قد أصبح اليوم من الحاجات الأساسية للتجارة، وقد أنشئت لتقديم القروض مؤسسات مستقلة، وهي البنوك، ولا يمكن الحصول على المتبرعين بالقرض بالعدد المطلوب، ومع ذلك لا يقول أحد بجواز تقاضي الفائدة على القروض.

والواقع أن الكفالة والقرض لا يختلفان في كونهما عقدي تبرع، وكما لا يجوز أخذ الفائدة على القرض، كذلك لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة، بل إن أجرة الكفالة أولى بالتحريم من فائدة القرض، وذلك لأن الكفالة التزام محض لأداء الدين عن المكفول له، بحيث إذا وقع الأداء فعلاً، فإنه يصير قرضاً للكفيل على الأصيل، فكأنه التزام بالإقراض، في حين أن الإقراض هو الدفع فعلاً، فإذا كان أخذ الأجرة على الإقراض - وهي الفائدة - ممنوعاً، فإن أخذ الأجرة على الالتزام به أولى بالمنع.

ويتضح هذا بمثال: هَب أن زيداً استدان من عمرو مائة دولار، وطالبه عمرو بكفيل. فجاء خالد يقول لزيد: أنا أؤدي عنك دينك الآن، على أن تعطيني بعد ذلك مائة وعشرة، والعشرة أجرة على ما قدمته من خدمة الأداء.

وجاء بكر يقول لزيد: أنا أكفل عنك دينك، على أن تعطيني عشرة دولارات أجرة الكفالة، وتكون المائة قرصاً عليك إذا اضطررت إلى الأداء فعلاً.

ويلزم القائلين بجواز أجرة الكفالة أن تكون الأجرة التي يتقاضاها بكر جائزة، والأجرة التي يتقاضاها خالد حراماً، مع أن خالد قد بذل ماله فعلاً، وإن بكرًا لم يفعل شيئاً إلا الالتزام بالبذل عند الأداء، فلو كانت الأجرة المطلوبة من قبَل الباذل حراماً، فالأجرة المطلوبة من قبَل الملتزم أولى بالتحريم.

وبعبارة أخرى، فإن الكفيل نفسه، لو اضطرَّ إلى أداء الدين من قبل الأصيل، فإنه لا يجوز له أن يطالب الأصيل إلا بما دفع فعلاً، ولا يجوز له الزيادة على ذلك، لكونها ربا محرماً، فكيف يجوز له أن يطالب الأصيل بشيء فيما إذا لم يدفع شيئاً، وإنما التزم بالدفع فقط؟

وبهذا تبين أنه لا سبيل إلى القول بجواز أجرة الكفالة، فما هو البديل الشرعي الذي يمكن أن تتخذه البنوك الإسلامية، لا سيما في عمليات التجارة الدوليَّة، وفي إصدار خطاب الضمان (Letter of Credit)؟

والجواب أنه يجوز للبنك أن يتقاضى من العميل شيئين:

الأول: النفقات الفعلية التي تحملها في عملية إصدار خطاب الضمان.

الثاني: الأجر على جميع الأعمال التي يباشرها بصفة الوكيل، أو السمسار، أو الوسيط بين المؤرِّد والمُصدِّر.

ولكن لا يجوز له أن يطالب بالأجرة على نفس الكفالة والضمان.

توثيق الدين بالكمبيالة:

وربَّما يقع توثيق الدين بتوقيع المشتري على وثيقة مكتوبة يعترف بها بكونه مديوناً للبائع بمبلغ مسمّى إلى أجل مسمّى. ويلتزم بأداء مبلغها في تاريخ معين، وتسمّى هذه الوثيقة المكتوبة في العرف المعاصر «كمبيالة» (Bill of Exchange) وإن التاريخ الذي يلزم فيه الأداء يسمّى «تاريخ نضج الكمبيالة» (Maturity date).

وإن توثيق الدين بالكمبيالة جائز شرعاً، بل هو مندوب بمقتضى قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُم بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولكن المشكلة إنما تحدث من جهة أن الكمبيالة قد أصبحت اليوم آلة قابلة للتداول (Negotiable Instrument) وإن حامل الكمبيالة، وهو الدائن الأصيل ربما يبيعها إلى طرف ثالث بأقل من المبلغ المكتوب عليها، طمعاً في استعجال الحصول على المبلغ قبل حلول الأجل. وإن هذا البيع يسمى «خصم الكمبيالة» (Discounting of the Bill) فكلما أراد حامل الكمبيالة أن يتعجل في قبض مبلغها، ذهب إلى شخص ثالث، وهو البنك في عموم الأحوال، وعرض عليه الكمبيالة، والبنك يقبلها بعد التظهير^(١) (Endorsement) من الحامل، ويعطى مبلغ الكمبيالة نقداً بخصم نسبة مئوية منها.

وإن خصم الكمبيالة بهذا الشكل غير جائز شرعاً، إما لكونه بيع الدين من غير من عليه الدين، أو لأنه من قبيل بيع النقود بالنقود متفاضلة ومؤجلة، وحرمة منصوصة في أحاديث ربا الفضل.

ولكن هذه المعاملة يمكن تصحيحها بتغيير طريقها، وذلك أن يوكل صاحب الكمبيالة البنك باستيفاء دينه من المشتري (وهو مصدر الكمبيالة) ويدفع إليه أجره على ذلك، ثم يستقرض منه مبلغ الكمبيالة، ويأذن له أن يستوفى هذا القرض مما يقبض من المشتري بعد نضج الكمبيالة، فتكون هناك معاملتان مستقلتان: الأولى معاملة التوكيل باستيفاء الدين بالأجرة المعينة، والثانية: معاملة الاستقراض من البنك، والإذن باستيفاء القرض من الدين المرجو حصوله بعد نضج الكمبيالة، فتصح كلتا المعاملتين على أسس شرعية، أما الأولى، فلكونها توكيلاً بالأجرة، وذلك جائز، وأما الثانية، فلكونها استقراضاً من غير شرط زيادة، وهو جائز أيضاً.

(١) التظهير: هو التوقيع على ظهر الوثيقة، ويعتبر دليلاً على أن صاحبها قد تنازل عن مبلغها لغيره.

إِسْقَاطُ بَعْضِ الدَّيْنِ مُقَابِلَ التَّعَجُّيلِ

ومما يتعامل به بعض التجار في الديون المؤجلة أنهم يسقطون حصة من الدين بشرط أن يُعجَّلَ المدِينُ الباقي، مثل أن يكون لزيد على عمرو ألف، فيقول زيد: عَجَّلْ لي تسعمائة، وأنا أضع عنك مائة، وإن هذه المعاملة معروفة في الفقه الإسلامي باسم «ضع وتعجَّل».

وقد اختلف الفقهاء في حكمها، فذهب عبد الله بن عباس رضي الله عنه من الصحابة وإبراهيم النخعي من التابعين وزفر بن الهذيل من الحنفية، وأبو ثور من الشافعية إلى جوازه، وروي عن عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت من الصحابة رضي الله عنهم، وعن محمد بن سيرين والحسن البصري، وابن المسيب، والحكم بن عتيبة، والشعبي رحمهم الله من التابعين عدم جواز ذلك^(١)، وهو المروي عن الأئمة الأربعة.

وهناك حديثان مرفوعان متعارضان، وفي إسناد كل واحد منهما ضعف:

أما الحديث الأول، فقد أخرجه البيهقي بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: «لما أمر النبي ﷺ بإخراج بني النضير من المدينة جاء ناس منهم، فقالوا: يا رسول الله: إنك أمرت بإخراجهم ولهم على الناس ديون لم تحل، فقال النبي ﷺ: ضعوا وتعجلوا»^(٢).

وهذا الحديث يدل على الجواز، ويعارضه ما أخرجه البيهقي في الباب اللاحق عن المقداد بن الأسود رضي الله عنه قال: «أسلفت رجلاً مائة دينار، ثم

(١) راجع آثارهم في موطأ الإمام مالك: ١/٦٠٦؛ ومصنف عبد الرزاق: ٨/٧٤٧١.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ٦/٢٨، كتاب البيوع، باب من عجل له أدنى من حقه.

خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله ﷺ، فقلت له: عجّل لي تسعين ديناراً، وأحط عشرة دنانير، فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: أكلت ربا يا مقداد وأطعمته»^(١).

وقد صرّح البيهقي رحمه الله تعالى، بأن كل واحد من الحديثين ضعيف من جهة الإسناد، فلا تقوم بأي منهما حجة. ورجع جمهور الفقهاء جانب الحرمة، لأن زيادة الدين في مقابلة التأجيل رباٌ صُراح، فكذلك الحطّ من الدين بإزاء التعجيل في معناه.

أما قصة بني النضير، فليس فيها حجّة، أما أولاً: فلأن إسنادها ضعيف، وأما ثانياً، فلأنه لو ثبتت هذه القصة من جهة الإسناد، فيمكن أن يقال: إن قصة إجلاء بني النضير وقعت في السنة الثانية من الهجرة، وذلك قبل نزول حرمة الربا. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذه القصة واستدل بها على أنه لا ربا بين المسلم والحربي، قال رحمه الله تعالى:

(ولما أجلي بني النضير قالوا: إن لنا ديوناً على الناس، فقال: ضعوا وتعجلوا، ومعلوم أن مثل هذه المعاملة لا يجوز بين المسلمين، فإن من كان له على غيره دين إلى أجل، فوضع عنه بعضه بشرط أن يعجل بعضه لم يجز، كره ذلك عمر، وزيد بن ثابت، وابن عمر رضي الله عنهم)^(٢).

وحاصل هذا الجواب أن المسلمين كانوا في حالة الحرب مع بني النضير، فكان يجوز لهم أن يقبضوا على جميع أموالهم في تلك الحالة فلو استوضعوا عنهم بعض الديون، جاز من باب أولى.

والوجه الرابع في الاعتذار عن قصة بني النضير أن اليهود كانوا يداينون الناس على أساس الربا، والذي أمر رسول الله ﷺ بوضعه، هو الربا الزائد على

(١) السنن الكبرى، للبيهقي: ٣٨/٦.

(٢) شرح السير الكبير، للسرخسي: ١٤١٢/٤، فقرة ٢٧٣٨، وذكر هذه المسألة مرة ثانية في: ٤١٩٤/٤، فقرة ٢٩٢١، بتحقيق صلاح الدين المنجد، طبع باكستان ١٤١٥هـ.

رأس المال، ولم يأمرهم بالوضع في رأس المال نفسه، ويؤيده أن الواقدي ذكر هذه القصة في سيره، فقال:

(فأجلاهم - أي بني النضير - رسول الله ﷺ من المدينة، وولي إخراجهم محمد بن مسلمة، فقالوا: إن لنا ديوناً على الناس إلى آجال، فقال رسول الله ﷺ: تعجلوا وضعوا، فكان لأبي رافع سلام بن أبي الحقيق على أسيد بن حضير عشرون ومائة دينار إلى سنة، فصالحه على أخذ رأس ماله ثمانين ديناراً، وأبطل ما فضل^(١) .

فهذه الرواية صريحة في أن الموضوع كان هو الربا، لاحتصاة من رأس المال، ومن هنا ذهب جمهور العلماء إلى القول بتحريم «ضع وتعجل» فقال الإمام مالك رحمه الله بعد رواية آثار زيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم:

(قال مالك: والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل، فيضع عنه الطالب، ويعجله المطلوب، قال مالك: وذلك عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل، فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب في حقه، قال: هذا الربا بعينه لا شك فيه)^(٢) .

وقال الإمام محمد في موطنه بعد رواية أثر زيد بن ثابت رضي الله عنه:

(قال محمد: وبهذا نأخذ، من وجب له دين على إنسان إلى أجل، فسأل أن يضع عنه، ويعجل له ما بقي، لم ينبغ ذلك، لأنه يعجل قليلاً بكثير ديناً، فكأن يبيع قليلاً نقداً، بكثير ديناً، وهو قول عمر بن الخطاب، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر. وهو قول أبي حنيفة^(٣) .

(١) مغازي الواقدي: ٣٧٤/١؛ وذكر الواقدي أن مثل هذه القصة وقعت عند إجلاء بني قينقاع أيضاً، يراجع: ١٧٩/١ .

(٢) الموطأ، للإمام مالك، ببوع، ما جاء في الربا في الدين: ٦٠٦/١، طبع كراتشي.

(٣) الموطأ، للإمام محمد: ٣٣٢/١، باب الرجل يبيع المتاع أو غيره نسيئة، ثم يقول: أنقدي وأضع عنك .

وقال ابن قدامة في المغني:

(إذا كان عليه دين مؤجل فقال لغريمه: ضع عني بعضه وأعجل لك بقيته، لم يجز. كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيّب وسالم والحسن وحمام والحكم والشافعي ومالك والثوري وهشيم وابن عليّة وإسحاق وأبو حنيفة، وقال مقداد لرجلين فعلا ذلك: كلاكما قد آذن بحرب من الله ورسوله، وروي عن ابن عباس أنه لم يرَ به بأساً، وروي ذلك عن النخعي وأبي ثور، لأنه أخذ ببعض حقه، تارك لبعضه، فجاز، كما لو كان الدين حالاً، وقال الخرقيّ: لا بأس أن يعجل المكاتب لسيدته ويضع عنه بعض كتابته، ولنا أنه يبيع الحلول فلم يجز، كما لو زاده الذي له الدين فقال: أعطيك عشرة دراهم وتُعجل لي المائة التي عليك، فأما المكاتب فإن معاملته مع سيده، وهو يبيع بعض ماله ببعض، فدخلت المساهمة فيه، ولأنه سبب العتق، فسومح فيه، بخلاف غيره)^(١).

وبناءً على هذه النصوص الفقهية، فالراجح حرمة إسقاط بعض الدين في مقابل إسقاط بعض الأجل.

«ضع وتعجل» في الديون الحالّة:

ولكن الذي يبدو أن حكم المنع هذا يختص بالديون المؤجلة. أما في الديون الحالّة التي لا يكون الأجل فيها مشروطاً في العقد، وإنما يتأخر المدين في الأداء لسبب أو لآخر، فالظاهر أنه لا بأس بالصلح على إسقاط بعض الدين بشرط أن يؤدي المدين الدين المتبقي مُعجلاً، وهذا قد صرّح به علماء المالكية، جاء في المدونة الكبرى:

(قلت: رأيت: لو أن لي على رجل ألف درهم قد حلّت، فقلت: اشهدوا: إن أعطاني مائة درهم عند رأس الشهر، فتسعمائة درهم له، وإن

(١) المغني، لابن قدامة، مع الشرح الكبير: ١٧٤/٤ و ١٧٥.

لم يعطني فالألف كلها عليه . قال مالك: لا بأس بهذا، وإن أعطاه رأس الهلال فهو كما قال: وتوضع عنه التسعمائة، فإن لم يعطه رأس الهلال، فالمال كله عليه).

ثم ذكر مسألة أخرى من هذا النوع، فقال:

(قلت: أرأيت لو أن لي على رجل مائة دينار ومائة درهم حالة فصالحته من ذلك على مائة دينار ودرهم نقداً، قال: لا بأس بذلك)^(١).

وقال الحطّاب رحمه الله تعالى:

(وما ذكره عن عيسى هو في نوازل من كتاب المديان والتفليس ونصه: وسئل عن الرجل يقول لغريمه وقد حلَّ حقه: أم عجلت لي كذا وكذا من حقي فَبَيَّئْتُه عنك موضوع إن عجلته لي نقداً السَّاعَةَ، أو إلى أجل يسميه، فعجَّل له نقداً، أو إلى الأجل، إلَّا الدرهم أو النصف أو أكثر من ذلك: هل تكون الوضعية لازمة؟ فقال: ما أرى الوضعية تلزمه إذا لم يعجل له جميع ذلك، وأرى الذي له الحق على شرطه. قال محمد بن رشد: هذه مسألة يتحصل فيها أربعة أقوال: أحدها قوله في هذه الرواية، وهو قول أصبغ في الواضحة. ومثله في آخر كتاب الصلح من المدونة أن الوضعية لا تلزمه إلَّا أن يُعَجَّلَ له جميع ما شرط إلى الأجل الذي سمي، وهو أصح الأقوال)^(٢).

فهذا تصريح من علماء المالكية في جواز «ضع وتعجّل» في الديون الحالَّة، ويبدو أن مذهب غيرهم من الفقهاء موافق لهم في ذلك، فإنهم حيث ذكروا حرمة «ضع وتعجّل» قيّدوا ذلك بالديون المؤجلة، كما هو ظاهر من عبارة الإمام محمد بن حسن في موطنه ومن ترجمة الباب التي عقدها، كذلك قيد ابن قدامة هذه المسألة بالدين المؤجل، (وقد مرّت نصوصهما آنفاً) ومن المعلوم أن مفاهيم

(١) المدونة الكبرى: ٢٧/١١، آخر كتاب الصلح.

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطّاب: ص ٢٣١؛ وراجع أيضاً: فتح العليّ المالك: ٢٨٩/١ و ٢٩٠.

كتب الفقه فيها حجة، فدلَّ على جواز «ضع وتعجَّل» في الديون الحالَّة، وقال الشيخ وليّ الدهلوي رحمه الله تعالى بعد ذكر قصة كعب وابن أبي حدود في وضع نصف الدين^(١) :

(فقال أهل العلم في التطبيق بينه وبين هذه الآثار أن الآثار في المؤجل، وهذا في الحال، وفي كتاب الرحمة: اتفقوا على من كان له دين على إنسان إلى أجل، فلا يحل له أن يضع عنه بعض الدين قبل الأجل ليعجَّل له الباقي... على أنه لا بأس إذا حلَّ الأجل أن يأخذ البعض ويسقط البعض).

والفرق بين الديون المؤجلة والديون الحالة ظاهر من جهة أن الدين الحال لا يشترط فيه الأجل، ولا يكون التأجيل فيه حقاً من حقوق المدين، وبما أن الأجل مُتَّفٍ، فلا يمكن أن يقال إن الحصاة الموضوعية من الدين عوض عن الأجل، فلا يكون في معنى الربا.

ومما يَجْدُرُ بالذكر هنا: أن عقد القرض الحسن لا يتأجل بالتأجيل عند الحنفية والشافعية والحنابلة، ويتأجل عند المالكية فقط. قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: (وإن أَجَلَ الْقَرْضِ لم يتأجَّل، وكان حالاً. وكل دين حلَّ أجله لم يصير مؤجلاً بتأجيله، وبهذا قال الحارث العكلي والأوزاعي وابن المنذر والشافعي. وقال مالك والليث: يتأجل الجميع بالتأجيل... وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا)^(٢).

وقال العيني رحمه الله تعالى: (اختلف العلماء في تأخير الدين إلى أجل، فقال أبو حنيفة وأصحابه: سواء كان القرض إلى أجل أو غير أجل، له أن يأخذ متى أحب، وكذلك العارية وغيرها، لأنه عندهم من باب العِدَّة والهبة غير مقبوضة، وهو قول الحارث العكلي وأصحابه وإبراهيم النخعي. وقال ابن أبي شيبة: وبه نأخذ. وقال مالك وأصحابه إذا أقرضه إلى أجل، ثم أراد أن

(١) المسوّى مع المصنفى: ٣٨٢/٢.

(٢) المغني، لابن قدامة مع الشرح الكبير: ٣٥٤/٤.

يأخذ قبل الأجل، لم يكن له ذلك^(١).

فعلى قول من يقول: إن القرض لا يتأجل بالتأجيل، يجوز «ضع وتعجل» في القروض، لأنها من الديون الحالة التي يجوز فيها «ضع وتعجل». والأصل فيه حديث كعب بن مالك رضي الله عنه: (أنه كان له على عبد الله بن حذرد الأسلمي دين، فلقبه فلزمه، فتكلما حتى ارتفعت الأصوات، فمرّ بهما النبي ﷺ فقال: يا كعب: وأشار بيده كأنه يقول: النصف. فأخذ نصف ما عليه وترك نصفاً)^(٢).

الوضع عند التعجيل من غير شرط:

وكذلك المنع من الوضع بالتعجيل في الديون المؤجلة إنما يكون إذا كان الوضع شرطاً للتعجيل. أما إذا عجل المدين من غير شرط، جاز للدائن أن يضع عنه بعض دينه تبرعاً. وعليه حمل الجصاص رحمه الله الآثار التي تدل على جواز «ضع وتعجل» قال رحمه الله تعالى: (ومن أجاز من السلف إذا قال: عجل لي وأضع عنك، فجائز أن يكون أجازوه إذا لم يجعله شرطاً فيه، وذلك بأن يضع عنه بغير شرط، ويعجل الآخر الباقي بغير شرط)^(٣).

«ضع وتعجل» في المرابحة المؤجلة:

ثم إن وضع بعض الدين المؤجل بشرط التعجيل ممنوع في بيوع المساومة، يعني في البيوع المطلقة التي لا يعقدها البائع بطريق المرابحة، فيعقد

(١) عمدة القاري، للعيني: ٦٠/٦ و ٦١؛ وكتاب الاستقراض، باب إذا أقرضه إلى أجل مسمى. وراجع أيضاً أحكام القرآن، للجصاص: ص ٤٨٣، تحت آية المدائنة؛ وفتح الباري: ٦٦/٥؛ والمسوى مع المصنف: ٣٨٢/٢؛ وتفقيح الفتاوى الحامدية: ٢٧٧/١ و ٢٧٨؛ وشرح المجلة للأناسي: ٤٣٩/١.

(٢) أخرجه البخاري في مواضع من صحيحه، وهذا لفظه في الخصومات، باب في الملازمة بحديث ٢٤٢٤.

(٣) أحكام القرآن، للجصاص: ٤٦٧/١، تحت آية الربا.

البيع بدون ذكر قدر الربح الذي يريد أن يرابحه عليه . أما إذا كان البيع بطريق المرابحة، وقد صرح فيه البائع بزيادة في الثمن من أجل الأجل، فقد أفتى المتأخرون من الحنفية بأنه إذا قضى المدين الدين قبل حلول الأجل، أو مات قبله، فإن البائع لا يأخذ من الثمن إلا بمقدار ما مضى من الأيام، ويحط من دينه ما كان بإزاء المدّة الباقية . قال الحصكفي في الدر المختار: (قضى المدين الدين المؤجل قبل الحلول أو مات، فحلّ بموته، فأخذ من تركته لا يأخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام، وهو جواب المتأخرين، فنية، وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندي مفتي الروم، وعلله بالرفق للجانبين).

وقال ابن عابدين تحته: (قوله: (لا يأخذ من المرابحة) صورته: اشترى شيئاً بعشرة نقداً، وباعه بأخر بعشرين إلى أجل هو عشرة أشهر، وإذا قضاه بعد تمام خمسة (أشهر) أو مات بعدها يأخذ خمسة، ويترك خمسة)^(١) .

وقد ذكرت هذه المسألة بعينها في تنقيح الفتاوى الحامدية، وفيها من الزيادة ما يلي: (ستل فيما إذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم، فرابحه عليه إلى سنة، ثم بعد ذلك بعشرين يوماً مات عمرو المديون، فحلّ الدين، ودفعه الورثة لزيد، فهل يؤخذ من المرابحة شيء أو لا؟

الجواب: جواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المرابحة التي جرت مباحة عليها إلا بقدر ما مضى من الأيام . قيل: (للعلمة نجم الدين: أتفتي به؟ قال: نعم . كذا في الأنقروي والتنوير . وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود)^(٢) .

وإن هذه الفتوى من متأخري الحنفية تفرق بين بيوع المساومة وبيوع

(١) رد المحتار، لابن عابدين: ٧٥٧/٦، آخر الحظر والإباحة، قبيل كتاب الفرائض . وقد ذكرت هذه المسألة في البيوع قبيل فصل في القرض أيضاً، وذكر فيه أنه قد أفتى به الحانوتي ونجم الدين وأبو السعود وغيرهم: ١٦٠/٤؛ والمسألة المذكورة في حاشية الطحاوي على الدر: ١٠٤/٣ و ٣٦٣/٤ أيضاً .

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية: ٢٩٣/١؛ والمسألة المذكورة في شرح المجلة للأناسي: ٤٥٥/٢ أيضاً .

المرابحة التي يصرح فيها البائع بزيادة الثمن بسبب الأجل، فلا يجوز «ضع وتعجل» في بيوع المساومة كما أسلفنا، ويجوز في بيوع المrabحة. ولعلمهم أفتوا بذلك على أساس أن الأجل وإن لم يكن صالحاً للاعتياض عنه على سبيل الاستقلال، ولكن يجوز أن يقع بإزائه شيء من الثمن ضمناً وتبعاً، كما أنه لا يجوز بيع الحمل في بطن البقرة، ولكن يجوز أن يزداد من أجله في قيمة البقرة، فما لا يجوز بيعه مستقلاً قد يجوز الاعتياض عنه تبعاً. ولما كان أساس المrabحة على بيان قدر من الربح، جاز أن يكون شيء من الربح بإزاء الأجل. فصار الأجل كأنه وصف في المبيع، فلما انتقص ذلك الوصف بأداء الدين قبل الحلول، أو بسبب حلوله بموت المدين، انتقص الثمن بقدره وإلى هذا المعنى أشار ابن عابدين في تحليل هذه المسألة، فقال: (ووجه بأن الربح في مقابلة الأجل، لأن الأجل وإن لم يكن مالاً، ولا يقابله شيء من الثمن، ولكن اعتبروه مالاً في المrabحة إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول، كان أخذه بلا عوض)^(١).

وهذا التوجيه، وإن كان فيه شيء من الوزن، ولكنه مخالف للدلائل التي أسلفناها في منع «ضع وتعجل» فإنها وردت في كل دين مؤجل، دون فرق بين المساومة والمrabحة، وإن العمل بهذه الفتوى قد يجعل المrabحة والبيع بالتقسيط أكثر مشابهة بالمعاملات الربوية، التي يتردد فيها القدر الواجب في الذمة ما بين القليل والكثير مرتبطاً بالآجال المختلفة للأداء. فلا أرى من المناسب العمل بهذه الفتوى في البيع بالتقسيط، ولا في المrabحات التي تجريها المصارف الإسلامية. والله سبحانه وتعالى أعلم.

حلول الدين بالتقصير في أداء بعض الأقساط:

وقد تنص بعض اتفاقيات البيع بالتقسيط على أن المشتري إذا لم يؤد قسطاً من الثمن في موعده المحدد، فإن بقية الأقساط تصير حالة ويجوز للبائع أن

(١) رد المحتار: ٧٥٧/٦، قبيل كتاب الفرائض.

يطلب بها في الحال مجموعة. فهل يجوز هذا الشرط؟

وقد ذكرت هذه المسألة في بعض كتب الحنفية، فجاء في خلاصة الفتاوى: (ولو قال: كلما دخل نجم ولم تؤد، فالمال حال، صحّ، ويصير المال حالاً)^(١).

وقد ذكرت هذه المسألة في الفتاوى البزازية محرقة لا يستقيم بها المعنى، ونبه على ذلك الرملي في حاشيته على جامع الفصولين، فقال: (في البزازية: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد بأن قال: كلما حل نجم ولم تؤد، فالمال حال، صح، وصار حالاً. اهـ. وعبارة الخلاصة: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد. ولو قال: كلما دخل نجم ولم تؤد، فالمال حال، صحّ، والمال يصير حالاً. اهـ. فجعلها مسألتين، وهو الصواب. والله أعلم. ذكره الغزي)^(٢).

وإن هذه النصوص الفقهية تدل على جواز مثل هذا الشرط. وحيث إذنا قصر المشتري في أداء بعض الأقساط عند حلول موعدها، جاز للبايع أن يطالبه ببقية الأقساط حالة. ولكن مقتضى ما ذكرناه عن بعض المتأخرين من الحنفية في مسألة المرابحة السابقة أن لا يطالبه من ربح المرابحة إلاّ بقدر ما مضى من الأيام. فمن أخذ بتلك الفتوى، فليأخذ بها في هذه المسألة أيضاً، ومن لم يأخذ بها، كما هو المناسب في رأينا، فإنما يفتي بحلول الثمن بكامله عند التقصير في أداء بعض الأقساط، والله سبحانه أعلم.

مسألة التعويض عن ضرر المطل:

وهناك مسألة أخرى تتعلق بالبيع المؤجل، وهي أن المشتري المدين ربّما يقصر في أداء دينه عند حلول الأجل، أو في أداء بعض الأقساط في موعدها. فإن كان هذا التقصير من أجل إفساره، فقد بين القرآن الكريم حكمه واضحا، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُوْعُسْرَةً فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

(١) خلاصة الفتاوى: ٥٤/٣، طبع لاهور، كتاب البيوع.

(٢) الفوائد الخيرية على جامع الفصولين: ٤/٢، طبع الأزهرية، مصر ١٣٠٠ هـ.

يعني: يجب على الدائن في هذه الحال أن يمهله إلى أن يزول إعساره، ويتمكن من أداء دينه، ولا يجوز للدائن أن يضيف إلى دينه شيئاً، فإنه رباً صراح، لا شبهة فيه.

ولكن التقصير في أداء الدين ربما يكون على وجه المماطلة بدون عذر الإعسار، ولقد نشاهد اليوم أن الناس قد انتقص فيهم الوازع الديني والخلقي، وقد انخفض فيهم مستوى الديانة والأمانة، فلا يحتفل كثير منهم بمسؤوليتهم عن أداء الدين في موعده، فيتضرر الدائن بمماطلته ضرراً يتيئاً. وإن مشكلة المماطلة يواجهها اليوم كل دائن، ولكن ما تعانيه المصارف الإسلامية من الأضرار بسبب المماطلة أكثر وأشع. وذلك لأن النظام الربوي يلعب فيه سعر الفائدة دوراً فعالاً في الضغط على المدين بأداء دينه في موعده، لأنه إذا قصر فيه لسبب أو آخر تضاعفت الفائدة عليه بصورة تلقائية. وبما أن الدين لا يمكن الزيادة فيه شرعاً بسبب التقصير أو المماطلة، فإن الدائن ربما يستغل هذا الوضع، ويستمر في مماطلته إلى ما يشاء. ومعلوم أن لعنصر الوقت أهمية بالغة في النظام التجاري اليوم، وخاصة في النظام المصرفي المعاصر، فهل هناك من سبيل لدفع ضرر المماطلة من الدائنين، وخاصة عن المصارف الإسلامية؟

والذي أعتقد أن هذه المسألة لا تحدث مشكلة كبيرة إن كانت جميع المصارف في البلاد تتبّع طريقة شرعية موحدة، وذلك لأن مثل هذا المماطل يجوز أن يعاقب بحرمانه عن الانتفاع بالتسهيلات المصرفية في المستقبل، فيحمل اسمه في قائمة سوداء، ولا يتعامل معه أي مصرف في الدولة. وإن مثل هذا التهديد يؤثر في الضغط عليه بالوفاء أكثر مما يؤثر سعر الفائدة. وكذلك يجوز شرعاً أن يعزر هذا المماطل بعقوبات شرعية أخرى، لقوله ﷺ: «مطل الغنى ظلم»^(١).

(١) صحيح البخاري، كتاب الاستقراض، رقم ٢٤٠٠.

وقوله ﷺ: «لِيَ الْوَاجِدِ يَحِلُّ عَقُوبَتُهُ وَعَرْضُهُ»^(١)

واللِّي معناه: المطل، والواجد بمعنى الغني.

ولكن الطريقة الأولى (وهي إدراج اسم المماطل في قائمة سوداء) إنما تؤثر إذا كانت المصارف كلها تتبع طريقة واحدة، والطريقة الثانية (وهي التعزير والعقوبة) تحتاج إلى محاكم سريعة تحكم بصفة عاجلة.

وحيث إن كلا الأمرين مفقود في كافة البلاد الإسلامية، فإن هذا الحل الأساسي لمشكلة المماطلة ليس بيد المصارف الإسلامية اليوم.

ومن أجل هذا، قد اقترح بعض العلماء المعاصرين أن يُلْزَمَ مثلُ هذا المماطل بأدائه إلى الدائن عوضاً مالياً عن الضرر الفعلي الذي لحقه بسبب مماطلته. وقدّرت بعض المصارف الإسلامية هذا الضرر الفعلي على أساس نسبة الربح التي أدتها تلك المصارف فعلاً خلال مدة المماطلة إلى مودعيها في حساب الاستثمار. فإن لم يكن في حساب الاستثمار في تلك المدة ربح، لم يطالب المدين بأي تعويض، فإن كان هناك ربح فإنه يطالب بنسبة ذلك الربح الفعلي الذي حصل في تلك المدة.

وقد فرّق هؤلاء العلماء بين التعويض وبين الفائدة الربوية بالفوارق التالية:

١ - إن الفائدة الربوية تلزم المدين في كل حال، سواء كان معسراً أو موسراً. أما التعويض فلا يلزمه إلا إذا ثبت كونه موسراً مماطلاً. ولئن ثبت كونه معسراً، فلا يلزم بأداء أي تعويض.

٢ - إن الفائدة الربوية تلزم المدين فور تأخيره في الأداء، حتى لو كان التأخير لمدة يوم واحد. أما التعويض: فلا يلزمه إلا إذا ثبت كونه مماطلاً،

(١) ذكره البخاري في الاستقراض تعليقاً، وأخرجه أبو داود والنسائي وأحمد وإسحاق في مسندهما عن عمرو بن عمرو بن شريد رضي الله عنه، وإسناده حسن، كما صرح به الحافظ ابن حجر في فتح الباري: ٦٢/٥.

والمعمول به في بعض المصارف الإسلامية أن المصرف يرسل إلى المدين أربع إخطارات أسبوعية، بعد حلول الأجل قبل أن يكلفه بأداء التعويض، فلا يلزمه التعويض إلا بعد انتظار شهر من حلول الأجل.

٣ - إن الفائدة الربوية تلزم المدين في كل حال، وإن التعويض المقترح لا يجب على المدين إلا إذا تحققت في مدة مماطلته أرباح في حساب الاستثمار عند المصرف، فإن لم تتحقق هناك أرباح، فإن المدين لا يطالب بأي تعويض.

٤ - إن الفائدة الربوية نسبتها معلومة للجانبين منذ أول يوم من الدخول في اتفاقية الدين. أما التعويض، فلا يمكن معرفة نسبه عند الدخول في اتفاقية المرابحة أو الإجارة، وإنما تتعين هذه النسبة على أساس نسبة الأرباح الفعلية التي سوف تتحقق خلال مدة المماطلة.

وعلى أساس هذه الفوارق الأربعة يقول هؤلاء العلماء المعاصرون: إن هذا التعويض لا علاقة له بالفوائد الربوية، ويستدلون على جواز مثل هذا التعويض بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) وبقوله ﷺ: «لِيُ الْوَاجِدُ يُحَلَّ عَقُوبَتُهُ وَعَرْضُهُ» قائلين بأن هذا التعويض عقوبة مالية يعاقب بها المماطل.

وإن هذا الرأي المعاصر في جواز التعويض فيه نظر من وجوه مختلفة، بعضها نظرية وبعضها عملية.

أما من الجهة النظرية، فإن مشكلة المماطلة ليست مشكلة جديدة قد حدثت اليوم، وإنما هي مشكلة لم يزل التجار يواجهونها في كل عصر ومصر، وكانت المشكلة موجودة في عهد النبي الكريم ﷺ، وفي عهد الصحابة رضي الله

(١) الحديث أخرجه مالك والشافعي مرسلًا، وأحمد وعبد الرزاق وابن ماجه والطبراني بطريق فيه جابر الجعفي، وابن أبي شيبه من وجه آخر أقوى منه، والدارقطني من وجه ثالث، وراجع المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٤٦، وحسنه النووي، والمنائي في فيض القدير ٤٣٢/٦، لتعمد طرفه.

عنهم وفي العصور اللاحقة، ولكنه لا يوجد في شيء من الأحاديث أو الآثار ما يدل على أن هذه المشكلة قد التمس حلها بفرض التعويض على المماطل، ولم أجد في الفقهاء والمحدثين طوال أربعة عشر قرناً من حَكَمٍ أو أفتى بفرض مثل هذا التعويض، بل وجدت ما يخالفه كما سأذكره إن شاء الله تعالى.

أما الاستدلال بحديث «لا ضرر ولا ضرار» فلا شك أن اضرار الغير حرام بهذا النص، وكذلك يدل هذا النص على إزالة الضرر بطريق مشروع، ولكن لا يجب أن يزال كل ضرر بالتعويض المالي، ولا يدل النص صراحة أو إشارة، على أن إزالة ضرر المطل يكون بالتعويض. ولو كان هذا النص يدل على أن ضرر المماطل يُزال بفرض المال عليه، لكان ذلك واجباً، ولوجب على كل قاضٍ أن يقضي بذلك، وعلى مفتٍ أن يفتي به، ولكنه لا يوجد في التاريخ قاضٍ أو مفتٍ حكم أو أفتى بذلك، مع كثرة قضايا المطل في كل عصر ومصر.

ثم إن ضرر الدائن المعترف به شرعاً، هو أنه لم يُدفع إليه مبلغ الدين في وقته الموعود، وإزالة هذا الضرر أن يُسَلَّم إليه ذلك المبلغ الذي هو حقه، وليس من حقه المشروع ما يزيد على مبلغ الدين، فإنه ربا. ولما ثبت أن الزائد من الدين ليس من حقه، فقوات هذه الزيادة ليس ضرراً معتبراً عند الشرع، فلا يزال ضرره إلاً بقدر حقه.

أما القول بأن الدائن لو حصل على مبلغ دينه في وقته الموعود، لربح فيه الأرباح، فقوات هذه الأرباح ينبغي أن يزال من قبل من تسبب بهذا الضرر. فإن هذا القول مبني على اعتبار الربح المتوقع من النقود ربحاً حقيقياً، وعلى أن النقود مُدِرَّةٌ للربح في نفسها بحساب كل يوم. وإن هذا المبدأ إنما أقرته النظريات الربوية، ولا عهد به في الفقه الإسلامي. ولو كان هذا المبدأ معتبراً في الإسلام، لكان الغاصب أو السارق أولى بتطبيقه عليه، ولكن لا يوجد في تاريخ الفقه الإسلامي أحد ذهب إلى فرض التعويض المالي على غاصب النقود أو سارقها، لكونه فوّت ربحها على المغصوب منه في مدة الغصب، وقد فرضت الشريعة الإسلامية عقوبة قطع اليد على السارق، ولم تفوض عليه أيّ تعويض

ماليّ بالإضافة إلى النقود المسروقة. وهذا دليل على أن المبدأ المذكور لا تقرّه الشريعة الإسلامية.

وإن المدين المماطل لا يتجاوز من أن يكون غاصباً أو سارقاً، فغاية ما يتصور في حقه أن تجرى عليه أحكام السرقة والغصب، ولم تفرض الشريعة الإسلامية أيّ تعويض على السارق أو الغاصب، من أجل النقود المغصوبة، ولا شك أن كلا من السارق والغاصب، من أجل النقود المغصوبة، ولا شك أن كلا من السارق والغاصب قد أحدث ضرراً على المالك، لا في حرمانه من أصل ماله فقط، بل في فوات الربح المتوقع منه أيضاً. ولكن الشريعة الإسلامية قد أمرت بإزالة هذا الضرر برّد المال المسروق إلى المالك فقط، وبعقوبة الجاني في جسمه أو عرضه، فتبين أن فوات الربح المتوقع ليس ضرراً معوضاً عليه في الشرع.

وقد استدل بعض المعاصرين على جواز هذا التعويض بأن المنافع المغصوبة مضمونة على الغاصب عند كثير من الفقهاء، وفيما يعد للاستغلال عند الحنفية أيضاً، ولكن هذا الاستدلال لا يصح في النقود المغصوبة، فإن منافع المغصوب إنما تُضمن (عند من يقول بالضمأن). في الأعيان المغصوبة، لا في النقود، حتى لو اتجر بالنقود المغصوبة وبيع فيها، فالربح لا يقضي به للمغصوب منه في أصح القولين عند الشافعية [المهذب للشيرازي ١/ ٣٧٠].

وهذا في الربح الذي تحقق فعلاً، فما بالك في الربح المتوقع فقط؟ ومن أجل هذا قال النبي ﷺ في المدين المماطل: «لَيْتِي الْوَاجِدُ يُحِلُّ عَقوبته وعرضه» ولم يقل (يُحِلُّ ماله) ولا يوجد في الفقهاء والمحدثين من فسّر العقوبة هنا بعقوبة مالية، على اختلاف بينهم في جواز التعزير بالمال. ولو فسرها أحد بذلك، فإن العقوبة إنما يحكم بها الحاكم، لا الدائن نفسه، فكيف تنطبق هذه العقوبة على التعويض الذي يطالب به الدائن نفسه بدون حكم أيّ حاكم؟ ولو فوّض تنفيذ العقوبات الشرعية إلى آحاد الناس بدون حكم الحاكم، لأدى ذلك إلى فوضوية لا يقبلها شرع ولا عقل.

هذا ما أراه بالنسبة لأصل فكرة التعويض من الناحية النظرية. أما من الناحية العملية، فإن الفوارق الأربعة التي ذكرناها بين الفوائد الربوية وبين التعويض، فإنها – بالنظر إلى تطبيقها العملي – فوارق نظرية محضه، لا تخرج إلى حيز التطبيق العملي إلا في أحوال نادرة لا تصلح أن يدار عليها الأحكام.

أما الفرق الأول، وهو أن التعويض لا يطالب به من قصر في الأداء من أجل الإعسار، فإن إعسار المدين ويساره من الأمور التي يتعذر على المصرف التثبت فيها في كل قضية منفردة، فإن كل مدين يدعى أنه معسر، ولا سبيل للمصرف إلى أن يُقنعه بكونه موسراً على خلاف ما يدعيه، إلا برفع القضية إلى المحكمة. ولذا، فالواقع العملي الذي تسيّر عليه المصارف الإسلامية التي تُقرّ بمبدأ التعويض، أنها تصرح في اتفاقياتها بأن المدين يعتبر موسراً إلا في الحالة التي قُضِيَ عليه فيها بالإفلاس قانوناً. ومن المعلوم أن الإفلاس القانوني حالة نهائية لا توجد إلا نادراً. ومن المتيقن أن هناك كثيراً من الذين لم يُحكّم عليهم بالإفلاس، ولكنهم مُعسرون بكلّ معنى الكلمة.

وحينئذ، كيف يمكن أن يقال: إن المصارف الإسلامية لا تطالب بالتعويض في حالة إعسار المدين؟

ومن المعلوم أيضاً أن من أقرض إنساناً بفائدة ربوية، فإنه لا يصح له في حالة إفلاس المقترض إلا أن يأخذ بقدر ما وجد عنده، فلم يبق في هذا المجال فرق يعتدّ به بين تقاضي الفائدة ومطالبة التعويض.

أما الفارق الثاني: وهو محاسبة التعويض بعد شهر من حلول الأجل، فإنه على تقدير كونه معمولاً به في المصارف، فرق صحيح، ولكنه لا يعدو من أن يكون فرقاً لمدة شهر فحسب.

وأما الفارق الثالث والرابع، وهو كون وجوب التعويض متوقفاً على حصول الأرباح في مدة المماطلة، وكون نسبة التعويض غير معلومة من جهة كونها مبنية على نسبة الأرباح، فإن هذا الفرق صحيح نظرياً، ولكن إذا نظرنا

من الناحية العملية، رأينا أن معظم عمليات المصارف الإسلامية تدور حول المرابحة المؤجلة، وإن تحقق الربح ونسبته في هذه العمليات معروفة لدى المصرف ولدى عملائه، فأصبحت نسبة التعويض معروفة لدى الفريقين عملاً.

ثم إن معظم المصارف الإسلامية تحاسب أرباحها بعد كل ستة أشهر. فلا تكون الأرباح معلومة بالضبط إلا عند نهاية كل فترة، فلو كانت مدة المماثلة في أثناء هذه الفترة، كيف تعرف الأرباح الحاصلة في هذه الفترة بالضبط؟ وإن أصحاب الودائع الذين يخرجون من المصرف قبل نهاية الفترة، إنما يعطون كدفعة تحت الحساب، وتصير هذه الدفعة تابعة للتصفية الأخيرة عند نهاية الفترة. فهل يكون التعويض المطالب به في أثناء الفترة تابعاً للتصفية النهائية أيضاً؟ الظاهر: لا. فكيف يقال: إن التعويض موافق للأرباح الفعلية الحاصلة في خلال مدة المماثلة؟

وهناك جهة أخرى جديرة بالتأمل في هذا الموضوع وهي أن نسبة الأرباح الحاصلة في حساب الاستثمار تكون أقل دائماً من نسبة الربح في عقود المرابحة والإجارة، فلو أراد المدين الخيانة، لأمكن له أن يستمر في صرف المبالغ إلى مشروعات تُدرّ ربحاً أكثر مما يحصل في المصرف على حساب الاستثمار، فيدفع قليلاً من التعويض، ويحصل على ربح أكثر منه فيستمر في مماطلته إلى ما شاء من مدة. فيرجع نفس المحذور الذي لجأت المصارف إلى التعويض من أجله.

فافتراح فرض التعويض على المماطلين اقتراح لا أعتقد أنه يحل مشكلة المماثلة، لا من جهة الشرع، ولا من الناحية العملية. فما هو الحل إذن؟

والحل الحقيقي لهذه المشكلة ما قدمناه في أول كلامنا في هذا الموضوع، ولكن ذلك إنما يفيد إذا أصبحت المصارف كلها تعمل على أسس شرعية. أما في الظروف الحاضرة التي لا توجد فيها المصارف الإسلامية إلا بعدد قليل، بالنسبة إلى المصارف الربوية التقليدية التي هي مبنوثة في أنحاء العالم كله، فيمكن أن تلجأ المصارف الإسلامية إلى حل موقت آخر، وهو أن يلتزم المدين

عند توقيعه على اتفاقية المرابحة أو الإجارة بأنه إذا قصر في أداء واجبه المالي، فإنه سوف يتبرع بمبلغ معلوم النسبة من الدين إلى بعض الجهات الخيرية، ويسلم ذلك المبلغ إلى المصرف، ليصرفه بالنيابة عنه إلى تلك الجهات. فإن قصر المدين في الأداء لزمه أداء هذه المبالغ إلى المصرف، ولكن هذه المبالغ لا تكون مملوكة للمصرف، ولا تكون جزءاً من دخله أو ربحه، وإنما تكون أمانة عنده للصرف إلى الجهات الخيرية.

وإن هذا الاقتراح إنما يفيد للضغط على المدين في أداء الدين في وقته، ومن المرجو أن هذا الضغط يؤثر في سد باب المماطلة أكثر مما يؤثر فيه اقتراح التعويض، لأن مقدار هذا التبرع الملتزم به لا يجب أن يكون بمقدار الأرباح الحاصلة في حساب الاستثمار في مدة المماطلة، بل يمكن أن يكون أكثر من ذلك، ولا بأس بتعيين مقداره على أساس نسبة معينة من مبلغ الدين، بما يجعل المدين يحتفظ بمواعيد الأداء. وفي الوقت نفسه لا يعتبر هذا التبرع رباً، لأنه لا يُدخِل في ملك المصرف شيئاً، بل يصرف إلى الجهات الخيرية، ويمكن أن ينشأ لذلك صندوق خاص لا يكون مملوكاً للمصرف، بل يكون وقفاً على بعض المقاصد الخيرية يتولاه أصحاب المصرف، ويكون من مقاصده أن يُقدّم منه قروض حسنة لأصحاب الحاجة.

وأما المستند الشرعي لهذا الالتزام، فإن الالتزام بالتبرع جائز، عند جميع الفقهاء، وإن مثل هذا التبرع يلزم في القضاء أيضاً عند بعض المالكية. والأصل عند المالكية أن الالتزام إن كان على وجه القرية، فإنه يُلزَم الملتزم في القضاء باتفاق علمائهم. أما إذا كان الالتزام على وجه اليمين، بمعنى أن يكون معلقاً على أمر يريد الملتزم الامتناع عنه، ففي لزومه في القضاء خلاف. فذهب بعضهم إلى أنه لا يقضي به في الحكم، وخالفهم آخرون، فجعلوه لازماً في القضاء، وقد تكلم الحطاب رحمه الله على هذه المسألة ببسط في كتابه «تحرير الكلام في مسائل الالتزام» وقال فيه: (أما إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه لن يوفه حقه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح

الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان الشيء معيناً أو منفعة . . .

وأما إذا التزم أنه إن لم يوفَّه حقَّه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب، فالمشهور أنه لا يقضي به كما تقدم، وقال ابن دينار: يقضي به^(١).

وقال قبل ذلك: (وحكاية الباجي الاتفاق على عدم اللزوم فيما إذا كان على وجه اليمين غير مسلمة لوجود الخلاف في ذلك كما تقدم، وكما سيأتي)^(٢).

وإن الخطاب رحمه الله وإن رجح عدم اللزوم، ولكنه قال في آخر الباب: (إذا قلنا إن الالتزام المعلق على فعل الملتزم الذي على وجه اليمين لا يقضي به على المشهور، فاعلم أن هذا ما لم يحكم بصحة الالتزام المذكور حاكم. وأما إذا حكم حاكم بصحته أو بلزومه، فقد تعين الحكم به، لأن الحاكم إذا حكم بقول لزم العمل به وارتفع الخلاف)^(٣).

هذا على قول بعض المالكية. أما على أصل الحنفية، فإن الوعد غير لازم في القضاء، لكن صرح فقهاء الحنفية بأن (بعض المواعيد قد تجعل لازمة لحاجة الناس). فعلى هذا الأساس أرجو أن يكون هناك مجال للقول بلزوم هذا التبرع المقترح، سدًا لباب المماطلة، وصيانة لحقوق الناس عن اعتداء المعتدين، والله سبحانه تعالى أعلم.

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للخطاب رحمه الله: ص ١٧٦.

(٢) المرجع السابق: ص ١٦٩.

(٣) المرجع السابق: ص ١٨٥ من طبع دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠٤ هجرية.

أَثْرَمَوْتِ الْمَدِينِ فِي حُلُولِ الدِّينِ

والمسألة الأخيرة التي نريد أن نُثبتها في هذه العجالة، هي مسألة خراب ذمة المدین بموته، وهل يبقى الدين بعد موته مؤجلاً كما كان، أو يصير حالاً، فيطالب الدائن الورثة بأدائه من تركة الميت فوراً؟ وقد اختلفت في هذه المسألة أقوال الفقهاء. فذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والمالكية إلى أن الدين المؤجل يحلُّ بموت المدین، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل أيضاً ولكن المختار عند الحنابلة أن الورثة إن وثَّقوا الدين، فإنه لا يحلُّ بموت المدین، وإنما يبقى مؤجلاً كما كان. قال ابن قدامة رحمه الله: (فأما إن مات وعليه ديون مؤجلة، فهل تحلُّ بالموت؟ فيه روايتان: إحداهما، لا تحلُّ إذا وثَّق الورثة، وهو قول ابن سيرين وعبيد الله ابن الحسن وإسحاق وأبي عبيد. وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد بن إبراهيم: الدِّين إلى أجله، وحكي ذلك عن الحسن).

والرواية الأخرى: أنه يحلُّ بالموت، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي، وأصحاب الرأي، لأنه لا يخلو: إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة، أو يتعلق بالمال. ولا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها، ولا ذمة الورثة، لأنهم لم يلتزموها، ولا رَضِيَ صاحبُ الدين بدممهم، وهي مختلفة متباينة. ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين، ولا نفع للورثة فيه. أما الميت، فلأن النبي ﷺ قال: «الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه» وأما صاحبه فيتأخر حقه، وقد تلتف العين، فيسقط حقه. وأما الورثة، فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها.

وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم^(١).

ثم ذكر ابن قدامة رحمه الله ترجيحه لمذهب من يقول ببقاء الدين مؤجلاً، إذا وثقه الورثة بكفيل أو رهن، وذكر دلائله.

وأما الحنفية، فإنهم وإن ذهبوا إلى حلول الدين بموت المدين على قول جمهور الفقهاء المتبوعين، ولكن المتأخرين منهم لم يَقْتُمْهُمُ النظر إلى أن في المرابحة المؤجلة تكون حصة من الثمن مقابلة للأجل، كما أسلفنا، فلو ألزمتنا على تركة المشتري أن يؤخذ منها الثمن كاملاً في الحال قبل حلول الأجل، لصارت الحصّة المقابلة للمدّة الباقية بدون عوض، وفيه ضرر للمشتري الذي لم يرض بهذا القدر من الثمن إلا إذا كان مؤجلاً بأجل متفق عليه. ولذلك أفتوا بأن المشتري لا يؤدي من ثمن المرابحة في هذه الصورة إلا بقدر ما مضى من الأيام. ونعيد هنا ما قدمناه عن الدر المختار، فقال: (قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول أو مات فحلّ بموته، فأخذ من تركته لا يأخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام، وهو جواب المتأخرين قنية، وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندي مفتي الروم، وعلله بالرفق للجانبين).

وقال ابن عابدين تحته: (صورته: اشترى شيئاً بعشرة نقداً، وباعه لآخر بعشرين إلى أجل هو عشرة أشهر، فإذا قضاه بعد تمام خمسة أو مات بعدها يأخذ خمسة، ويترك خمسة)^(٢).

والحاصل عندي في هذه المسألة أن جمهور الفقهاء المتبوعين، وإن ذهبوا إلى حلول الدين بموت المدين، ولكن في عمليات البيع بالتقسيط والمرابحة المؤجلة التي يكون حصة من الثمن فيها مقابلة للأجل، لو آخذنا بمبدأ حلول الدين بكامله، لتضرر به ورثة المدين. فينبغي فيها الأخذ بأحد القولين: إما بقول

(١) المغني، لابن قدامة: ٤/٦٨٤؛ كتاب المفلس، وراجع أيضاً الشرح الكبير: ٤/٥٠٢،

وراجع لمذهب الحنفية في حلول الدين بموت المدين، خلاصة الفتاوى: ٣/٩٥.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٦/٧٥٧.

المتأخرين من الحنفية بسقوط تلك الحصّة من الدين التي تقابل المدة الباقية من الأجل المتفق عليه، فلا يؤخذ من التركة إلاّ بقدر ما مضى من الأيام. أو يؤخذ بقول الحنابلة من بقاء الدين مؤجلاً كما كان، بشرط أن يوثقه ورثة المدين بوثيقة معتمدة. ولعل الصورة الأخيرة أولى للبعد عن تذبذب الثمن بأجال مختلفة، الذي فيه مشابهة صورية للمعاملات الربوية.

والله سبحانه وتعالى أعلم، له الحمد في الأولى والآخرة،
وصلّى الله تعالى على نبيه وعلى آله وصحبه
وتابعيهم ومن والاهم

القاضي محمد تقي العماني

البَيْعُ بِالتَّقْسِيطِ
المُحَوَّرِ الشَّائِنِ: المَحْطِئَةُ وَالمَحْلُولُ

إِعْدَادُ

الدكتور فيوض يونس المصري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وبعد:

فإن المقصود بالحطيطة، في هذا البحث، هو خصم الديون المؤجلة الناشئة عن بيع التقييط، أو خصم الأوراق التجارية لدى المصارف، وإعطاء القيمة الحالية للخاصم، في مقابل الحصول على القيمة الاسمية في الأجل. والمقصود بالحلول هو حلول الديون (المؤجلة) بالموت أو الإفلاس أو المماطلة... إلخ.

وهذان المبحثان: الحطيطة والحلول، إنما نعرض لهما في نطاق بيع التقييط، واستكمالاً لمباحثه، وفي كل منهما تنضيض (= تسييل) للدين، أي تعجيل (تعجيل دفع). وهذا التعجيل إما أن يكون بعقد (حالة الخصم المصرفي أو تعجيل الدفع أو المماطلة) أو بحكم (حالة الموت أو الإفلاس).

والسؤال المطروح ههنا: هل يجوز الوضع (= الحط، الحطيطة) للتعجيل في كل الحالات؟ أم يمتنع، أم يجوز في بعضها دون البعض الآخر؟ هذا ما ستعرض له بشكل أساسي في هذه الورقة.

ولئن عرضنا لبيع التقييط، في ورقة سابقة، من زاوية الزيادة للتأجيل (الجزء الأول)، فإننا نعرض له هنا من زاوية الحطيطة للتعجيل (الجزء الثاني)، والله المستعان.

الفصل الأول

البيع بالتقسيط ونظرة الإسلام إلى المدائنة

١-١ - البيع بالتقسيط هو بيع بالدين :

في البيع بالتقسيط يسلم البائع المبيع معجلاً، ويسلم المشتري الثمن كله أو بعضه مؤجلاً، أي قد تكون هناك دفعة مقدمة، والباقي يدفع في أجل محدد أو آجال محددة. فالثمن المؤجل هو دين للبائع في ذمة المشتري.

٢-١ - تعريف الدين :

قال ابن الهمام: (الدين اسم لمال واجب في الذمة، يكون بدلاً عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو مبيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها) [فتح القدير: ٤٣١/٥].

وقال القرطبي: (حقيقة الدين عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً (= معجلاً)، والآخر في الذمة نسيئة، فإن العين عند العرب ما كان حاضراً، والدين ما كان غائباً) [الجامع لأحكام القرآن: ٣/٣٧٧، ومثله في تكملة المجموع، للمطيعي: ٩٧/١٣].

٣-١ - أشكال المدائنة :

١ - القرض: وهو أخص من الدين [حاشية ابن عابدين: ١٥٧/٥]، يدفع فيه المقرض إلى المقترض مبلغاً من المال، يلتزم المقترض بردّ مثله إليه عند المطالبة أو عند اليسر (قرض حال)، أو في وقت محدد (قرض مؤجل عند من يرى جواز التأجيل).

[انظر: فتح الباري: ٦٦/٥ و ٣٥٢/٥ و ٤٦٩/٤ و ٤٧٢؛ ومصنف عبد الرزاق: ٣/٨؛ ومصنف ابن أبي شيبة: ٤٣٢/٦؛ وشرح السنة للبخاري: ١٧٦/٨؛ والأحكام لابن حزم: ٤٧/٥ و ٤٩٤/٨؛ ومجموع فتاوى ابن تيمية: ٣٢/٢٠؛ وإغاثة اللهفان لابن القيم: ٤٧/٢ - ٤٨].

٢ - البيع بالأجل أو بالتقسيط: يكون فيه الثمن كله أو بعضه ديناً في ذمة المشتري، مؤجلاً إلى أجل معلوم، أو إلى آجال معلومة.

٣ - بيع السلم (= بيع السلف): يكون المبيع فيه ديناً في ذمة البائع، مؤجلاً إلى أجل معلوم، أو إلى آجال معلومة.

٤ - وهناك أشكال أخرى من الديون، كالمهر المؤجل، والأجرة المؤجلة، ... إلخ.

٤-١ - مشروعية الدين:

الدين مشروع لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَدَّيْنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُتِبُوهٗ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ رُوحِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١].

وفي الحديث (أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل، ورهنه درعاً له من حديد) [صحيح البخاري: ١٠١/٣ و ١٨٦؛ وصحيح مسلم بشرح النووي: ١٢٣/٤ واللفظ له].

وفي الحديث أيضاً: (من أسلف ... فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) [صحيح مسلم: ١٢٤/٤].

وقد ثبت أن النبي ﷺ كان يقترض الإبل وغيرها [صحيح البخاري: ١٥٣/٣].

٥-١ - حرمة الربا:

إذا كان الدين مشروعاً، والقرض منه مستحباً، فإن الربا حرام، لقوله تعالى: ﴿وَاحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وفي الحديث: (لعن رسول الله ﷺ آكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهديه)
[صحيح مسلم: ٤/١١٠؛ وصحيح البخاري: ٣/٧٧].

فالربا حرام في القرض. أما في البيع فتجوز الزيادة لقاء التأجيل، لكن عند استحقاق الدين، أو بعد ثبوته في الذمة، لا يجوز أي زيادة لقاء التأجيل أو التأخير. أما الحطيطة للتعجيل فحكمها هو موضع اهتمامنا في هذه الورقة، كما سيأتي.

٦-١ - نظرة الإسلام إلى الدين:

١ - القرض مستحب لأن فيه إرفاقاً بالمقترض وتنفساً عنه، وقد يصح واجباً إذا كان طالب القرض مضطراً والمطلوب منه قادراً على مواساته وتفريج كربته. وإذا أعسر المقترض وجب إنظاره.

٢ - البيع الآجل، سواء كان الثمن مؤجلاً (البيع بالنسيئة أو بالتقسيط) أو كان المبيع مؤجلاً (بيع السلم أو السلف)، جائز، وقد مرّ الحديث النبوي في جواز كل منهما.

ويجوز في البيع الآجل الزيادة لأجل الآجل، فقد ذكر الفقهاء أن للزمن حصة من الثمن، وهو ما عينا بإثباته في ورقة سابقة عن بيع التقسيط.

فالبيع الآجل مع الزيادة مباح، فإن تم بدون زيادة، أو بدون طلب ضمان أو رهن من المدين، كان البيع مستحباً، كالقرض، لما فيه من إرفاق.

٣ - لكن يجب أن يعقد الدين لغرض مشروع، فلا يجوز الدين لأجل شراء خمر، أو مخدرات، أو خنزير، أو آنية ذهب أو فضة، أو ذهب أو حرير للرجال، أو لهو حرام، أو لعب قمار، أو إقراض بالربا.

٤ - كما يجب أن يتوقع المُقَدِّم على الدين قدرته على الوفاء في الأجل المحدد. فإن كان بيع سلم وجب أن يغلب على ظنه قدرته على تسليم المبيع في الميعاد المضروب، وإن كان بيع نسيئة أو تقسيط وجب أن يغلب على ظنه قدرته على تسليم الثمن أو القسط في الأجل المحدد.

٥ - فيجب إذن عدم التوسع في الدين إلى الحد الذي يوقع المدين في التخلف عن السداد. فعندئذ يكون الدين ذلاً في النهار، وهما وغماً في الليل، وسنفرد لهذا المبحث التالي.

٦ - على المدين أن ينوي وفاء الدين عند الاستدانة، وأن يهتم به بعدها.

قال رسول الله ﷺ: «من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله» [صحيح البخاري: ١٥٢/٣].

وقال أيضاً: «خيار الناس أحسنهم قضاء» [صحيح البخاري: ١٥٣/٣].

وقال أيضاً: «مطل الغني ظلم» [صحيح البخاري: ١٥٥/٣].

وقال أيضاً: «يغفر للشهيد كل ذنب إلا الدين». [صحيح مسلم: ٥٤٩/٤].

٧ - إذا ماطل المدين في سداد ما عليه من دين، وكان موسراً، طالبه الدائن بالرفق أولاً، لقوله ﷺ: «رحم الله رجلاً سمحاً إذا... اقتضى» [صحيح البخاري: ٧٥/٣].

فإذا لم ينفع الرفق، أغلظ عليه بالقول، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه أتى النبي ﷺ رجل يتقاضاه، فأغلظ له، فهّم به أصحابه، فقال: «دعوه، فإن لصاحب الحق مقالاً» [صحيح البخاري، باب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس: ١٥٥/٣].

وقال ﷺ: «لِيُ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عَقوبته وعرضه. قال سفيان: عرضه، يقول: مطلنتي، وعقوبته: الحبس» [صحيح البخاري: ١٥٥/٣].

فإذا كان المدين مجهول الحال، لم يعلم يسره ولا عسره، وشك في أن له مالاً باطناً مكتوماً، حبسه القاضي حتى يعلم حاله يسراً أو عسراً، فإن ظهر عسره أخرجته من الحبس، وإن ظهر يسره أبقاه فيه، لأنه صار معلوم اليسار. فإذا لم يُجَدِّدِ الحبس، وكان له مال ظاهر، باعه القاضي عليه بما يكفي لوفاء دينه

[الإفلاس في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح: ص ٦٣ و ١١٧ و ٢٠٣؛ والديون المالية في الفقه الإسلامي، للدكتور سليمان العيسى ص ٤٧٧].

٨ - إذا ثبت عجز المدين عن السداد، أي كان معسراً أو مفلساً، زادت ديونه على أمواله، فلا مال له يفي به دينه (الحال)، فلا يجوز الربا عليه، ولا استرقاقه أو بيعه في دينه. كما لا يجوز ملازمته، ولا سجنه، ولا الاعتداء عليه، أو على أحد من أقاربه. وعند الجمهور، لا يجبر على العمل، إذا كان قادراً عليه، لاكتساب ما يفي بدينه.

٩ - وقد يعطى المدين المعسر من الزكاة (مصرف الغارمين) لسداد ديونه. فإذا قصرت أموال الزكاة عن هذا، ندب الناس والدائنون إلى التصدق على المدين. قال تعالى: ﴿وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه»، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه (= لدائنيه): «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك» [صحيح مسلم: ٦٤/٤].

وقال رسول الله ﷺ: «من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله» [صحيح مسلم: ٨٥٣/٥].

وقال لكعب بن مالك: «ضع الشطر من دينك» [صحيح مسلم: ٦٦/٤].

٧-١ - الآثار الواردة في التشديد في الدين وتعظيم أمره:

وردت أحاديث وآثار فيمن يموت وعليه دين، لا يدخل الجنة حتى يوفى عنه دينه. فهذا التخويف من أمر الدين انتهاء أدى إلى التخويف منه ابتداء. فإني أخاف من عقد الدين خوفاً من عدم وفائه.

قال رسول الله ﷺ: «والذي نفسي بيده، لو أن رجلاً قُتل ثم أُحيي، ثم قتل ثم أُحيي، ثم قتل وعليه دين، ما دخل الجنة حتى يقضى عنه دينه» [سنن النسائي: ٣١٥/٧].

وكان رسول الله ﷺ يدعو في الصلاة: «اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم»، فقال له قائل: ما أكثر ما تستعيد يا رسول الله من المغرم! قال: «إن الرجل إذا غرم حدث فكذب، ووعد فأخلف» [صحيح البخاري: ١٥٤/٣].

وكان يدعو: «اللهم (...) اقض عنا الدين» [صحيح مسلم: ٥٦٤/٥]، «اللهم إني أعوذ بك من الهم والحزن، والعجز والكسل، والبخل والجبن وضيع (= ثقل) الدين، وغلبة الرجال» [صحيح البخاري: ٩٧/٨ و ٩٨].

وكان النبي ﷺ يمتنع عن الصلاة على ميت مات وعليه دين، ما لم يوف عنه، حتى فتح الله على رسوله الفتوح، فقال: «من ترك ديناً فعليّ، ومن ترك مالا فلورثته» [سنن النسائي: ٦٦/٤، وانظر: صحيح البخاري: ١٥٥/٣].

وقال رسول الله ﷺ: «يغفر للشاهد كل ذنب إلا الدين» [صحيح مسلم ٥٤٩/٤].

وهذا لا يعني أن الدين ممنوع، بل يعني أن على المسلم ألا يستدين إلاّ عندما يكون محتاجاً إلى الدين، راغباً في الوفاء، مهتماً به، ناوياً له، متوقفاً قدرته عليه في الأجل. كما يعني أن على الجماعة المسلمة (الأفراد والدولة) مساعدة المدنين المعسر على وفاء دينه، قبل وفاته، وبعدها.

الفصل الثالث خصم الأوراق التجارية

٢-١ - توثيق الدين :

قال تعالى : ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِيَدَيْنِ إِلَّا أَجَلٌ مُّسَمًّى فَاسْتَبُوهُ
وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْمَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ
الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَسْقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا
أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْمَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا
رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى
وَلَا يَأْبَ الشَّهَادَةَ إِذَا مَادَعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْفُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ
اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ
جُنَاحٌ أَلَّا تَكْفُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوفًا
بِكُمْ وَأَنْتُمْ اللَّهُ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٣﴾ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ
تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِمْ مَقْبُوضَةً فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَسْقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا
تَكْفُوهَا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ ءَاتِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨٤﴾ [البقرة :

. [٢٨٣ - ٢٨٢]

هذه الآية، المعروفة بآية المداينة، اشتملت على ثلاثة أنواع من توثيق الدين: التوثيق بالكتابة، التوثيق بالشهادة، التوثيق بالرهن. فهذه الأنواع كلها تفيد في إثبات الدين والاطمئنان إلى تحصيله. يضاف إليها التوثيق بالكفالة، والتوثيق بالحوالة (على مليء).

٢-٢ — توثيق الدين بالأوراق التجارية :

الأوراق التجارية، عند رجال القانون، صكوك مكتوبة قابلة للتداول تمثل حقاً نقدياً، وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو في أجل قصير. وهي أداة وفاء وأداة ائتمان. وتضم: السفتجة (= الكمبيالة)، والسند الإذني (= السند لأمر)، والشيك.

تعرف السفتجة بأنها صك يسحبه شخص على آخر، لدفع مبلغ محدد من النقود، في تاريخ محدد.

ويعرف السند الإذني بأنه صك يتعهد به شخص لآخر بدفع مبلغ محدد من النقود، في تاريخ محدد.

ويعرف الشيك بأنه صك يسحبه شخص على آخر (مصرف) لدفع مبلغ محدد من النقود، بمجرد الاطلاع.

فالأوراق التجارية من جملة وظائفها أنها ضرب من ضروب توثيق الدين بالكتابة، وضرب من توثيق الدين بالضمآن. فجميع الموقعين على الورقة (ساحب الورقة وقابلها ومظهرها وضامنها الاحتياطي) مسؤولون جميعاً، وبالتضامن، أمام حاملها الذي يمكنه مطالبته منفرداً أو مجتمعين، دون مراعاة أي ترتيب [انظر: نظام الأوراق التجارية السعودي، على سبيل المثال، أو الكتب القانونية التي عالجت التجارية، أو أفردتها بالبحث، وهي كثيرة].

٣-٢ — خصائص الأوراق التجارية :

١ — قابلة للتداول، بالتظهير إذا كانت إذنية، وبالتسليم إذا كانت لحاملها (تستخدم أداة لتسوية الديون).

٢ — تمثل حقاً نقدياً، أي تتضمن دفع مبلغ محدد من النقود.

٣ — يمكن استخدامها أداة لنقل النقود، نقلاً غير حسي، بل بواسطة الذم، من مكان لآخر، بدون تكلفة ولا خطر، وذلك عندما تكون مستحقة الوفاء في مكان آخر، وهذا هو معنى السفتجة في الفقه الإسلامي.

٤ - تستحق الدفع بمجرد الاطلاع كالشيك، أو في أجل قصير ١ -
٦ شهور، كالسفتجة والسند (أداة ائتمان).

وبهذه الخصيصة تخرج الأوراق المالية، الأسهم والسندات لأنها صكوك
طويلة الأجل، تصدر لمدة حياة الشركة، كالأسهم، أو لمدة طويلة ١٠ -
٣٠ سنة، كالسندات المالية.

٥ - يجري العرف على قبولها أداة وفاء، بخلاف قسائم (= كوبونات)
الأسهم، فإنها وإن كانت قابلة للتداول، وتمثل مبلغاً نقدياً، هو مقدار ربح
السهم، وتستحق الدفع بمجرد تقديمها إلى الشركة المصدرة، إلا أن العرف
لم يعتبرها أداة للوفاء.

٦ - الموقعون على الورقة التجارية متضامنون، سواء كانوا تجاراً أو غير
تجار. ولكن لا يحق لحامل الورقة الرجوع على الضامين إلا بعد تقديمها
للمسحوب عليه لوفائها، وبعد عمل احتجاج (= بروتستو) عدم الوفاء، إذا توقف
المسحوب عليه عن الوفاء.

٧ - قابلة للخصم لدى المصارف ولإعادة الخصم لدى المصرف
المركزي أو مصرف آخر، مما يزيد من درجة سيولة الأوراق (تستخدم أداة
للحصول على النقد). فهي دين لطرف على طرف آخر، ولكنه قابل للتضيض
(= للتحويل إلى نقد) بالنسبة للدائن بواسطة طرف ثالث، قبل الاستحقاق.

٤-٢ - هل عرف الفقه الإسلامي الأوراق التجارية؟

إذا نظرنا في تعريف كل من الكمبيالة والسند لأمر والشيك وجدنا أن هذه
الأدوات ليست غريبة على الفقه الإسلامي، فهي عبارة عن صكوك بدفع مبلغ
معين في تاريخ معين.

هذا وإن بعض القوانين الحديثة، كالسوري واللبناني، سمّت الكمبيالة
سفتجة، والسفتجة معروفة في الفقه الإسلامي، بحثها الفقهاء إما في باب

الحوالة، وإما في باب القرض، وهي عبارة عن قرض يسدد في بلد آخر [انظر: كتابي ربا القروض، الفصل الثالث، السفتجة: ص ٢٥ - ٤٢].

غير أن وراء كل تعريف من تعاريف الأوراق التجارية نظاماً متكاملًا حددته القوانين الوضعية، مما قد يجعل نظام السفتجة وغيره مختلفاً في تفصيلاته عن نظامها في الإسلام. وهذا ما استدعي دراسة فقهية مفصلة لوظائف الأوراق التجارية وإضافاتها وأحكامها، على غرار الدراسات الفقهية المتعلقة بأحكام الشركات الحديثة، وقد بدأ فعلاً بعض الباحثين بمثل هذه الدراسات [انظر: أحكام الأوراق النقدية والتجارية، لستر بن ثواب الجعيد؛ والأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد أحمد سراج].

٥-٢ - خصم الأوراق التجارية:

الخصم لفظ جرى به العرف التجاري والمصرفي، ويراد به الحطيطة أو الوضعية، وهو قيام أحد عملاء مصرف بتظهير ورقة تجارية له، لم يحن أجلها، تظهيراً ناقلاً للملكية (التظهير ثلاثة أنواع: تظهير ناقل للملكية، وتظهير توكيلي بغرض التحصيل، وتظهير تأميني) ليحصل منه على قيمتها الحالية، وهي القيمة الاسمية مطروحاً منها ثلاثة عناصر تسمى «أجيو»:

١ - الفائدة (عن المدة الواقعة بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق).

٢ - الأجرة (أو العمولة، لتغطية النفقات العامة للمصرف).

٣ - المصاريف (مصاريف التحصيل).

٦-٢ - التكييف القانوني للخصم:

هناك ثلاث نظريات:

الأولى: أن الخصم قرض بضمان الورقة التجارية.

الثانية: أن الخصم بيع حق، أو حوالة حق.

الثالثة: أن الخصم عملية ذات طبيعة خاصة (Sui Generis).

ويهمنا في بحثنا هذا أنه أيا ما كان التكييف القانوني للخصم، فإن فيه قرصاً بفائدة تحسب عن المدة الواقعة بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق.

٧-٢ — الخصم فيه ربا نسيئة:

في الخصم يقرض المصرف، في الحال، مبلغاً من المال، يساوي القيمة الحالية للورقة التجارية، على أن يسترد، في الأجل، مبلغاً أعلى منه، يساوي القيمة الاسمية للورقة، وهذا هو ربا النسيئة المحرم.

٨-٢ — النظر في الخصم من طريق الحوالة:

إذا نظرنا إلى الخصم على أنه حوالة حق، حيث يحيل مظهر الورقة حقه فيها إلى المصرف، في مقابل ما أقرضه المصرف، نجد أن هناك أيضاً معاوضة بين مبلغين من النقود، أحدهما حال بمبلغ معين، والآخر مؤجل بمبلغ أعلى، وهذا ربا نسيئة محرم.

٩-٢ — النظر في الخصم من طريق بيع الدين:

يفرق الفقهاء، في بيع الدين، بين بيع الدين بمن هو عليه، وبيع الدين لغير من هو عليه.

ويمكن النظر إلى خصم الأوراق التجارية على أنه من باب بيع الدين (المؤجل) لثالث أي لغير من هو عليه هذا الدين. غير أن الفقهاء الذين أجازوا هذا البيع (المالكية) اشتروا شروطاً لصحته، منها أن يباع الدين بغير جنسه، أو بجنسه إذا كان مساوياً له [الخرشي على خليل: ٧٧/٥؛ والزرقاني علي خليل: ٨٣/٥؛ وشرح منح الجليل: ٥٦٤/٢؛ والبهجة شرح التحفة: ٤٧/٢].

وفي الخصم يباع الدين بجنسه مع التفاضل: نقود بنقود أكثر منها، فهو إذن سلف ربوي، أي تجارة بالديون، والمصرف الربوي تاجر ديون.

أما الفقهاء المانعون (الحنفية، والشافعية في أحد القولين، وأحمد في إحدى الروايتين) من بيع الدين لغير من هو عليه. فقد احتجوا بأن الدين المبيع

غير مقدور التسليم. فقد يجحده المدين أو يتخلف عن دفعه، فهو إذن من بيع الغرر.

[انظر في الفقه الحنفي: تبيين الحقائق: ٨٣/٤؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٣٥٨. وفيه الفقه الشافعي: نهاية المحتاج: ٨٩/٤؛ والمجموع: ٢٧٥/٩؛ وفتح العزيز بهامش المجموع: ٤٣٨/٨. وفي الفقه الحنبلي: شرح منتهى الإرادات: ٢٢٢/٢؛ والمبدع في شرح المقنع: ١٩٩/٤؛ وكشاف القناع: ٣٠٧/٣؛ والمغني مع الشرح الكبير ٣٤٢/٤؛ والمحرم في الفقه ٣٣٨/١. وانظر: التصرف في الدين، للدكتور نزيه حماد: ص ٤٦.

لكن ربما يخفف من هذا الغرر الضمانات الموجودة في نظام الأوراق التجارية، وقد أشرنا إليها لدى الكلام عن توثيق الدين (٢ - ٢)، وعن خصائص الأوراق التجارية (٢ - ٣).

وليس يعني هذا أن الخصم يصبح جائزاً، إذ يمنع من جوازه ما ذكرناه لدى بيان رأي الفقهاء المجيزين لبيع الدين.

٢-١٠ - رأي الموسوعة الفقهية الكويتية في الخصم:

(هذه المعاملة باطلة من وجهة النظر الإسلامي:

* فهي لا تصح حوالة (من المظهر للمصرف الخاصم على المسحوب عليه، ولو كان مديناً) لفوات شريطة التساوي بين الدين المحال به والدين المحال عليه، لأن الدين المحال به هو المبلغ الذي يدفعه المصرف الخاصم إلى من قام بتظهير الورقة إليه، والدين المحال عليه هو الذي تثبته الورقة، وقد علمنا فرق ما بينهما [انظر أيضاً ص ١١١ من الموسوعة].

* وكذا لا تصح قرضاً من المصرف الخاصم، وتوكيلاً من المظهر في استيفاء بدل القرض من المسحوب عليه لأنه حينئذ قرض جرّ نفعاً، لمكان عدم التساوي، كما أسلفنا.

* ولا تصح أيضاً على بيع الدين لغير من هو عليه، عند من يصحّحه، لأن العوضين هنا من النقود، ولا يجوز بيع النقود بجنسها مع التفاضل، وعند اختلاف الجنس يجب التقابض^(١).

فهذه العملية (الخصم) تضاف إلى عمليات التسليف بالفائدة التي تقوم بها المصارف، ويشملها كلها نظر شرعي واحد» [الموسوعة الفقهية الكويتية: ص ٢٤٢ - ٢٤٣].

(١) ففي الذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة، لا يجوز التفاضل، سواء تمت المبادلة يدأ بيد أو نساء. وفي الذهب بالفضة يجوز التفاضل، ولكن لا يجوز النساء. وفي الخصم تفاضل ونساء، الأول لا يجوز عند اتحاد الجنس، والثاني لا يجوز عند اختلاف الجنس، ولا يجوز اجتماعهما معاً، لا عند اتحاد الجنس ولا عند اختلافه، لأن اجتماعهما يعني ربا النسئة المحرم (هذا الهامش للكاتب لا للموسوعة).

الفصل الثالث ضَعُ وتَعَجَّلُ (الوضع أو الحطيطة للتعجيل)

١-٣ — إسقاط الدائن بعض دينه :

إذا كان لأحد الدائنين دين على آخر، نتيجة قرض أو بيع، أو غيره، فأسقطه بعضه أو كله، على سبيل التبرع، عند الاستحقاق أو قبله، بدون شرط ولا اتفاق ولا مراوضة، فهذا جائز لا شيء فيه من ربا أو غيره. بل قد يكون مستحباً، ولا سيما إذا كانت حالة المدين تستدعي الإرفاق.

قال تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

فهذا يناظر ما لو زاد المدين، من تلقاء نفسه، في المبلغ المسدد، عند وفاء الدين. فإذا كان هذا يعد من باب حسن القضاء، فإن ذلك يعد من باب حسن الاقتضاء (والسماحة فيه). قال رسول الله ﷺ: «رحم الله عبداً... سمحاً إذا قضى، سمحاً إذا اقتضى» [فيض القدير: ٢٦/٤، ورمز له بعلامة الصحة].

٢-٣ — الاتفاق على إسقاط بعض الدين في
مقابل تعجيله (ضع وتعجل):

تختلف هذه الحالة عن سابقتها بأنها من باب الاتفاق أو الشرط، في حين أن السابقة من باب التبرع بدون اتفاق ولا شرط. وحكم المعاوضات في الفقه هو غير حكم التبرعات، فالزيادة لقاء التأجيل مشروعة بلا شرط، وممنوعة

بالشرط. كذلك النقصان لقاء التعجيل مشروع بلا شرط، ممنوع بالشرط (عند الجمهور).

ولا فرق في الحكم بين ما إذا كان الطالب لهذا النقصان هو المدين أو الدائن، لأن هذا يدخل في الشرط والاتفاق. فالمدين يطلب الإسقاط في مقابل التعجيل، والدائن يطلب التعجيل في مقابل الإسقاط.

ومع ذلك، فإني أرى أن إسقاط بعض الدين في مقابل التعجيل جائز، ولو بالشرط أو الاتفاق، لا سيما إذا كان قد زيد في الدين في مقابل التأجيل، كما في البيوع المؤجلة.

ولست أعني بهذا أن الدين إذا لم يُزَدَ فيه للتأجيل لم يُسَقَطْ منه للتعجيل، فالإسقاط للتعجيل جائز سواء كان زيد فيه للتأجيل أو لا، ذلك بأن عدم الزيادة للتأجيل، كما في البيوع المؤجلة (دون القروض)، يعتبر تنازلاً من الدائن عن حقه.

عن ابن عباس أن النبي ﷺ لما أمر بإخراج بني النضير، جاءه ناس منهم، فقالوا: يا نبي الله، إنك أمرت بإخراجنا، ولنا على الناس ديون لم تحل. فقال رسول الله ﷺ: «ضعوا وتعجلوا». [رواه الطبراني في الكبير، والحاكم في المستدرک: ٥٢/٢، وقال: صحيح الإسناد. وانظر: سنن الدارقطني: ٢٤٦/٣؛ ومجمع الزوائد للهيتمي: ١٣٠/٤؛ والمطالب العالية لابن حجر: ٤١١/١؛ وإغاثة اللهفان لابن القيم: ١٢/٣].

والحطيطة (= الوضعية) للتعجيل منعها جمهور العلماء، وأجازها بعضهم كابن عباس، وزيد بن ثابت من الصحابة، وزفر من فقهاء الأمصار، وإبراهيم النخعي، وطاوس، والزهري، وأبو ثور. وعن الإمام أحمد فيها روايتان، اختار رواية الجواز شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. كما أجازها ابن عابدين الفقيه الحنفي، وفيها قول عن الإمام الشافعي.

[انظر: مصنف ابن أبي شيبة: ٢٨/٧ - ٢٩؛ وأحكام القرآن للجصاص:

٤٦٧/١؛ والمبسوط للسرخسي: ١٢٦/١٣؛ وبداية المجتهد: ١٠٨/٢؛
والاختيارات الفقهية لابن تيمية: ص ١٣٤؛ وإغاثة اللهفان لابن القيم: ١١/٢،
وإعلام الموقعين له أيضاً: ٣٧١/٣؛ وحاشية ابن عابدين: ٢٧٨/١ و ١٦٠/٥ و
٧٥٧/٧؛ والعقود الدرية له: ٢٧٨/١].

٣-٣ - تعليل ابن عباس لجواز الحطيطة للتعجيل:

قال ابن عباس رضي الله عنهما: (إنما الربا أخَّرَ لي وأنا أزيدك، وليس
عَجَلٌ لي وأنا أضع عنك) [مصنف ابن أبي شيبة: ٢٨/٧؛ وكنز العمال:
٢/٢٣٥].

يريد ابن عباس بالربا هنا: (الربا الحرام)، ذكرنا ذلك لأنه من أوائل
القائلين بأن الربا ربوان: ربا حلال، وربا حرام. نُقل مثله أيضاً عن عكرمة
والضحاك في تفسير آية الروم ٣٩. [انظر على سبيل المثال: تفسير الطبري:
٤٧/٢١؛ والقرطبي: ٣٦/١٤؛ والدر المنثور للسيوطي: ١٥٦/٥؛
والماوردي: ٢٨٩/١ و ٢٦٨/٣؛ وفتح القدير للشوكاني: ٢٢٧/٤؛ والآلوسي:
٥٠/٣].

إن «أخر لي وأنا أزيدك» لا يجوز في القرض، عند العقد ولا عند
الاستحقاق. أما في البيع فلا يجوز عند الاستحقاق (ربا حرام)، ولكن يجوز عند
العقد، حيث يزداد في الثمن لأجل التأجيل، ولا يدخل هذا في الربا الحرام.

أما «عجل لي وأنا أضع عنك» فنختار فيه الرأي القائل بجوازه، في البيع،
قبل الاستحقاق، فيوضع للتعجيل ما كان قد زيد للتأجيل.

كذلك في القرض، سواء كان حالاً، أو مؤجلاً عند من يرى جواز تأجيله،
ما الذي يمنع من الوضعية مع التعجيل، وفيه زيادة إرفاق بالمقترض؟ نعم اقترنت
منفعة المقترض (الوضعية) بمنفعة المقرض (التعجيل)، وهذا جائز كما بينا في
بحث السفتجة، فالسفتجة اخترنا جوازها ما دام ليس فيها مؤنة (= كلفة) على
المقترض، وهذا يعني أنها جائزة من باب أولى إذا كان فيها منفعة للمقترض،

ولو جرّت معها منفعة للمقرض [انظر: كتابي ربا القروض، فصل السفتجة: ص ٢٨ و ٢٩].

٤-٣ - تعليل ابن القيم لجواز الحطيطة للتعجيل:

ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/٣٧١، وإغاثة اللفهان ١١/٢، أن الحطيطة عكس الربا. وهذا صحيح في اللغة وفي الحكم. فأما في اللغة فواضح أن الحطيطة نقصان والربا زيادة والربا زيادة، فالحطيطة إذن هي عكس الربا. وأما في الحكم فقد بينا، لدى كلامنا عن تعليل ابن عباس في المبحث السابق، أن الحطيطة للتعجيل جائزة في كل من البيع والقرض، في حين أن الزيادة للتأجيل جائزة في البيع دون القرض.

وعلى هذا يستقيم كلام ابن القيم، إذا افترضنا وصفاً محذوفاً للربا هو «الحرام»، فتصبح العبارة: الحطيطة عكس الربا «الحرام»، في الحكم. ومع أنني لم أعثر فيما قرأت لابن القيم على قول صريح بأن الربا ربوان، حلال وحرام، إلا أنني أقرضه، حملاً لقوله على قول ابن عباس (والقولان متقاربان)، ولقوله في بعض كتبه: (إذا تساوى النقد والنسيئة، فالنقد خير) [الجواب الكافي: ص ٣٨، وانظر: كتابي عن بيع التقسيط: ص ٦٨].

فالحطيطة نقصان للتعجيل، والربا زيادة للتأجيل، فكلاهما تغير مناسب في المبلغ لأجل الزمن. وفي حين أن الأول جائز في كل من البيع والقرض، فإن الآخر جائز في البيع دون القرض. فكأن الأول جائز دائماً (بافتراض العلاقة ثنائية، لا ثلاثية كما في الحطيطة المصرفية)، والآخر حرام في حال، حلال في حال. فصار المعنى: الحطيطة جائزة، فهي إذن عكس الربا «الحرام» [قارن كتابي بيع التقسيط: ص ٤٧ - ٤٨].

٥-٣ - الحطيطة للتعجيل بين الخصم المصرفي

وخصم تعجيل الدفع:

ظاهر مما تقدم (٣ - ٢ و ٣ - ٣ و ٤ - ٣) أننا فرقنا في الحكم بين

الخصم المصرفي وخصم تعجيل الدفع، حيث منعنا الأول وأجزنا الآخر. تعليل ذلك أن خصم تعجيل الدفع علاقة بين متبايعين، لا وسيط بينهما، مثله في ذلك مثل الزيادة للتأجيل في البيوع المؤجلة، اخترنا جوازها مع الجمهور، كما اخترنا جواز الحطيطة مع البعض. أما الخصم المصرفي (أو خصم الأوراق التجارية) فهو علاقة بين متبايعين، دخلها ثالث وسيط (هو المصرف)، يقرض مبلغاً ليسترد أعلى منه، فهذا ربا نسيئة محرم.

الفصل الرابع حلول الدَّيْنِ بالموت والإفلاس والمماطلة

١-٤ - مقدمة :

لا يحل أجل الدَّيْنِ عند أحد من الفقهاء :

* بالإغماء (إغماء الدائن أو المدين)؛

* ولا بالجنون (جنون الدائن أو المدين)؛

* ولا بموت الدائن؛

* ولا بإفلاس الدائن .

أما موت المدين أو إفلاسه ففيهما خلاف . سنعرض في هذا الفصل لحلول الدين بالموت ثم بالإفلاس، ثم بالمماطلة .

٢-٤ - حلول الدَّيْنِ بالموت :

١ - موت الدائن يسقط أجل الدين عند الظاهرية، ولا يسقطه عند الجمهور، لأن ذمة المدين باقية لم تتأثر بوفاة الدائن .

٢ - موت المدين فيه ثلاثة آراء :

(١) عدم سقوط الأجل، وهو قول الحسن والزهري .

(٢) عدم سقوط الأجل، إذا تم توثيقه برهن أو كفيل مليء، وهو قول ابن سيرين، وإحدى الروایتين عن الإمام أحمد .

(٣) سقوط الأجل، وهو قول الجمهور (الحنفية، والشافعية، والظاهرية، والرواية الأخرى عن الحنابلة، وهو مذهب المالكية ما لم يشترط

المدين عدم حلول دينه بموته: (المؤمنون عند شروطهم)،
وما لم يقتل الدائن مدينه عمدًا: (من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب
بحرمانه).

واستدل الجمهور، لما ذهبوا إليه من سقوط الأجل بموت المدين
بحديث: (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه) [رواه الترمذي: ٣/٣٨٠
وقال: هذا حديث حسن، والإمام أحمد: ٢/٥٠٨؛ وابن ماجه: ٢/٨١٣؛
والحاكم: ٢/٢٦ وقال: صحيح على شرط الشيخين].

فبقاء الدين إلى أجله يضر إذن بالميت، لأن ذمته مرتبهة به، كما يضر
بالورثة إذ يمنعهم من التصرف بالتركة، ويضر بالدائن لأن حقه قد يضيع بالتأخير
واستغراق التركة بالديون الحالّة. وبما أن الدائن أحق بمال مدينه في حياته منه،
فهو كذلك أحق بمال مدينه بعد وفاته من ورثته.

[انظر في الفقه الحنفي: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٣٥٧؛ وحاشية
ابن عابدين: ٥/١٦٠ و٦/١٥٢؛ وفي الفقه المالكي: المدونة: ٤/١٢١؛
ومواهب الجليل: ٥/٣٩؛ وحاشية الدسوقي: ٣/٢٦٦؛ وفي الفقه الشافعي:
الأم: ٣/٢١٦؛ والمهذب: ١/٤٣١؛ وفتح العزيز بهامش تكملة المجموع:
١٠/٢٠١؛ وقلوبسي وعميرة: ٢/٢٨٥؛ وحاشية الشرفاوي: ٢/١٦٨. وفي
الفقه الحنبلي: المغني مع الشرح الكبير: ٤/٤٨٥؛ وكشاف القناع: ٣/٤٣٧؛
والروض المربع: ٢/٢٢٤].

ومن المراجع الحديثة: الموسوعة الفقهية الكويتية: ٥/٣٠١ - ٣٠٩؛
والإفلاس في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح: ص ١٩٢ -
٢٠٢؛ والديون المالية في الفقه الإسلامي للدكتور سليمان العيسى: ص ٤٩٥.

حلول الدّين بالإفلاس:

«إذا أحاط الدين بمال المدين، وطلب الغرماء (= الدائنون) الحجر عليه،
وجب على الحاكم تفليسه، عند المالكية والشافعية والحنابلة، وصاحبى

أبي حنيفة، وهو المفتى به عند الحنفية. واشترط المالكية لوجوب ذلك ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلاّ به. أما إذا أمكن الوصول إلى حقهم بغير ذلك، كبيع بعض ماله، فإنه لا يصار إلى التفليس. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يفلس، لأنه كامل الأهلية، وفي الحجر عليه إهدار آدميته» [الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٠١/٥].

فإذا حكم القاضي بتفليس شخص والحجر عليه، هل يحل الدين المؤجل؟

١ - إفلاس الدائن لا يحل ديونه المؤجلة على الغير [المهذب: ٤٣١/١؛ وحاشية الدسوقي: ٢٦٧/٣].

٢ - إفلاس المدين هل يحل الديون التي عليه؟ فيه قولان:

(١) قول بأنها لا تحل، بل تبقى مؤجلة إلى أجلها، وهو قول الحنفية، والشافعي وهو الأظهر عند أصحابه، ورواية عن أحمد.

واحتج هؤلاء بأن الأجل حق للمفلس، فلا يسقط بتفليسه، وكما أن التفليس لا يوجب حلول الديون التي للمفلس، فكذلك لا يوجب حلول الديون التي على المفلس. وليس الفلّس كالموت، فالموت تخرب به الدمة، بخلاف الفلّس، ولأن القصد من الأجل هو التخفيف والتنقيس، ليكتسب المدين، في مدة الأجل، ما يقضي به دينه.

(٢) قول بأنها تحل، وهو قول المالكية المشهور عندهم، وقول للشافعي هو خلاف الأظهر عند أصحابه، ورواية عن أحمد.

واحتج هؤلاء بأن الدين يتعلق بالمال، والتفليس كالموت يسقط أجل الدين.

انظر المراجع المشار إليها في مبحث «حلول الدين بالموت».

٤-٤ — ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار:

الإعسار لغة هو قلة ذات اليد، واصطلاحاً هو العجز عن الإنفاق أو عن سداد الدين. أو هو زيادة ديونه والتزاماته على ثروته ودخله.

ويختلف الإعسار عن الإفلاس في أن الإعسار يكون عن دين أو فقر، في حين أن الإفلاس يكون عن دين فقط، أو دين وفقر معاً. فالدين يلازم الإفلاس، بينما لا يلازم الإعسار ضرورة. والتفليس هو حكم القاضي على المدين بالإفلاس، بمنعه من التصرف في ماله (الحجر عليه)، وذلك بناء على طلب الدائنين.

وضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار أن لا يكون له مال فائض عن حوائجه الأصلية يفي به دينه. فلا يعد معسراً من كانت أمواله النقدية قاصرة عن وفاء ديونه، وله أموال أخرى غير نقدية يستطيع بيعها لوفاء دينه.

٤-٥ — حلول الدين بالمطالبة:

هل يجوز للدائن اشتراط حلول بقية الأقساط، إذا لم يسدد المدين قسطاً في أجله؟ أي هل يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على حلول الدين كله عند عدم سداد بعضه؟

١ — إذا كان المدين معسراً: لم يجوز.

٢ — إذا كان مماطلاً: جاز، فليس هناك ما يمنع من جوازه، بل أن المطالبة في سداد أحد الأقساط دالة على المطالبة في سداد الأقساط المتبقية، فالمطالبة طبع وعادة. ولهذا من المفيد للدائن ألا يتعب نفسه مع مثل هذا المدين. وقد يكون في اشتراط حلول الأقساط الأخرى ضغط أدبي على المدين، لكي لا يماطل في سداد أي قسط.

وهذا الشرط جرت به اليوم أعراف المصارف مع المقترضين منها، لكنها ربما لا تفرق بين معسر ومماطل.

والخلاصة أنه لا نرى مانعاً من اشتراط حلول بقية الأقساط، إذا ماطل
المدين في سداد قسط. فالمؤمنون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً،
أو حرم حلالاً، ولا نرى أن هذا الشرط يحل حراماً، أو يحرم حلالاً، والله
أعلم.

٤ - ٦ - الحلول والحطيطة:

إذا حل الدين لأي سبب من الأسباب المذكورة: موت المدين،
أو إفلاسه، أو مباطلته، أو غير ذلك، وكان هذا هو المذهب المختار في القانون
أو في العقد، فماذا يجب على المدين عند ذلك: هل تجب القيمة الاسمية
للدين؟ أم تجب القيمة الحالية؟

١ - إذا كان الدين قرضاً مؤجلاً (عند من يجيز تأجيله)، لم يُرَدَّ فيه
للأجل، فالواجب هو القيمة الاسمية، والإحسان هو القيمة الحالية، أي ليس
هناك ما يمنع المقرض من استعجال قرضه، والحط عن المقرض، فهذا
مندوب.

٢ - إذا كان الدين بيعاً مؤجلاً، زيد فيه للأجل، فالواجب فيما نرى هو
القيمة الحالية التي نحصل عليها بأن نطرح من القيمة الاسمية (المؤجلة) بنسبة
الأجل المتبقي. فإذا زيد عشرون لأربعة أشهر، ثم تم السداد بعد شهرين،
طرحنا من القيمة الاسمية ما مقداره عشرة.

في حاشية ابن عابدين: ١٦٠/٥: (اشترى شيئاً بعشرة نقداً، وباعه لآخر
بعشرين إلى أجل، هو عشرة أشهر. فإذا قضاه بعد تمام خمسة (أشهر)، أو مات
بعدها، يأخذ خمسة ويترك خمسة). والكلام هنا عن المرابحة، حيث الثمن
النقدي (= الحال) هو عشرة ريالات، والثمن المؤجل لعشرة أشهر هو عشرون
ريالاً، وهذا معناه أن الزيادة لأجل عشرة أشهر هي عشرة ريالات. فإذا حل
الثمن المؤجل (= الدين) قبل الاستحقاق بخمسة أشهر، وجب أن يحط منه
خمسة:

$$.5 = \frac{50}{10} = \frac{5 \times 10}{10}$$

فنسبة الزيادة للأجل هي ريال لكل شهر:

$$.1 = \frac{10}{10}$$

فإذا تم التعجيل خمسة أشهر، كان مقدار الحطيطة هو:

$$.5 = 5 \times .1$$

وفي المثال المذكور في نص ابن عابدين افتراض للتبسيط، مفاده أن الربح كله للأجل، وإلا فلو اشترى شيئاً بعشرة نقداً جاز له أن يبيعه بأحد عشر نقداً، وههنا المرابحة حالة لا مؤجلة. وعليه ففي مثال ابن عابدين لو كان الربح للأجل هو تسعة ريالات فقط، لكانت الحطيطة: ٤,٥ بدلاً من ٥.

أخاتمة

١ - القرض في الإسلام، لمن هو محتاج إليه في غرض مشروع، يعد مشروعاً، بل مستحباً، وربما يصير واجباً، إذا كان طالب القرض مضطراً، والمطلوب منه غنياً قادراً على مواساته وتفريج كربته. ويجب أن يكون القرض خالياً من الربا.

٢ - البيع المؤجل، نسيئة أو سلفاً، جائز، ولو بالزيادة فيه للأجل، فهذه الزيادة ليست من باب الربا المحرم.

٣ - بعد ترتب الدين في الذمة، لا تجوز الزيادة على المدين لأجل تأخيره، سواء كان موسراً أو معسراً. فالموسر لا يعاقب بالربا، والمعسر يجب إنظاره ومساعدته.

٤ - عند عقد الدين، يجب أن ينوي المدين الوفاء، وإلا كان آثماً. كما يجب أن يتوقع قدرته على الوفاء، وألا يتوسع في الديون بما يتجاوز هذه القدرة، ويمكن للدائن أن يتحرى هذه القدرة، وأن يتوثق منها بضمان أو كفالة.

٥ - خصم الأوراق التجارية في المصارف وغيرها لا يجوز، حتى لو ضمن الورقة صاحبها، (وهذا الضمان من لوازم نظام الأوراق التجارية نفسه)، لأنه يدخل في ربا النسيئة المحرم شرعاً، بالقرآن والسنة والإجماع، ولأن الضمان وإن كان يمنع الغرر إلا أنه لا يمنع الربا.

٦ - الحطيطة من الدين لأجل تعجيله، سواء كانت بطلب الدائن أو المدين، جائزة لا تدخل في الربا الحرام، ما دامت العلاقة بين المقرض والمقترض، أو بين البائع والمشتري. فإذا دخل بينهما ثالث لم تجز، لأنها تأخذ

عندئذٍ حكم خصم الأوراق التجارية، وتدخل في الربا الحرام.

٧ - الحطيطة من الدين، عند اقتضاء الدين في الأجل أو قبله، تبرعاً من الدائن، بدون شرط ولا اتفاق ولا مروضة، تعد جائزة (من باب أولى) بلا خلاف عند أحد من العلماء.

٨ - يجوز الاتفاق على حلول الدين، بخراب ذمة المدين خراباً حسيماً أو معنوياً، مثل موته أو إفلاسه أو مماطلته. ويجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل، بمقدار ما يسقط من أجله. ويجب هذا الحط من الدين لتعجيله، إذا كان قد زيد فيه لتأجيله.

٩ - إعسار المدين يوجب إنظاره، إذا لم يكن له مال نقدي أو غيره، فائض عن حوائجه الأصلية، يفي به دينه. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الدكتور رفيع يونس المصري

المصادر والمراجع

- ١ - أحكام الأوراق النقدية والتجارية، لستر بن ثواب الجعيد، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة، جامعة أم القرى، ١٤٠٥ - ١٤٠٦هـ (غير منشورة).
- ٢ - أحكام القرآن، للجصاص (٣٧٠هـ)، دار الفكر، بيروت، د. ت.
- ٣ - الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم (٤٥٦هـ)، بتحقيق أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط ١، ١٤٠٠هـ = ١٩٨٠م.
- ٤ - الاختيارات الفقهية، لابن تيمية (٧٢٨هـ)، جمع البعلبي الدمشقي (٨٠٣هـ)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، د. ت.
- ٥ - الأشباه والنظائر، لابن نجيم (٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ = ١٩٨٠م.
- ٦ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم (٧٥١هـ)، بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٧هـ = ١٩٧٧م.
- ٧ - إغائة اللهفان من مصاديد الشيطان، لابن القيم (٧٥١هـ)، بتحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥٧هـ = ١٩٣٩م.
- ٨ - الإفلاس في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد الغفار إبراهيم صالح، د. ن، القاهرة، ١٤٠٠هـ = ١٩٨٠م.
- ٩ - الأم، للإمام الشافعي (٢٠٤هـ)، طبعة الشعب، القاهرة، د. ت.
- ١٠ - الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد أحمد سراج، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٨م.
- ١١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (٥٩٥هـ)، دار الفكر، بيروت، د. ت.

- ١٢ - البهجة شرح التحفة، للتسولي (١٢٥٨هـ)، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٣٧٠هـ = ١٩٥١م.
- ١٣ - بيع التقييط تحليل فقهي واقتصادي، لكتاب هذا البحث، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط ١، ١٤١٠هـ = ١٩٩٠م.
- ١٤ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي (٧٤٣هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، د. ت.
- ١٥ - التصرف في الدين، للدكتور نزيه حماد، بحث في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السنة ٦، العدد ٦، لعام ١٤٠٢هـ - ١٤٠٣هـ.
- ١٦ - تفسير آلوسي (١٢٧٠هـ): روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت.
- ١٧ - تفسير السيوطي (٩١١هـ): الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار المعرفة، بيروت، د. ت.
- ١٨ - تفسير الشوكاني (١٢٥٠هـ): فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ = ١٩٨١م.
- ١٩ - تفسير الطبري (٣١٠هـ): جامع البيان عن تأويل آي القرآن، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ط ٣، ١٣٨٨هـ = ١٩٦٨م.
- ٢٠ - تفسير القرطبي (٦٧١هـ): الجامع لأحكام القرآن، دار القلم، بيروت، ١٣٨٦هـ = ١٩٦٦م.
- ٢١ - تفسير الماوردي (٤٥٠هـ): النكت والعيون، بتحقيق خضر محمد خضر، ومراجعة عبد الستار أبوغدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط ١، ١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م.
- ٢ - تكملة المجموع للطبيعي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، د. ت.
- ٢ - حاشية ابن عابدين (١٢٥٢هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، د. ت.

- ٢٤ - حاشية الخوشي (١١٠١هـ) على خليل (٧٧٦هـ)، دار صادر، بيروت، د. ت.
- ٢٥ - حاشية الدسوقي (١٢٣٠هـ) على الشرح الكبير، للدردير (١٢٠١هـ)، دار الفكر، بيروت، د. ت.
- ٢٦ - حاشية الشراقوي (١٢٢٦هـ)، دار المعرفة، بيروت، د. ت.
- ٢٧ - حاشيتا قليبوسبي (١٠٦٩هـ) وعميرة (٩٥٧هـ) على منهاج الطالبين للنووي (٦٧٦هـ)، دار الفكر بيروت، د. ت.
- ٢٨ - الديون المالية في الفقه الإسلامي، للدكتور سليمان العيسى، رسالة دكتوراه مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م (غير منشورة).
- ٢٩ - ربا القروض وأدلة تحريمه، للكاتب، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ط ١، ١٤١٠هـ = ١٩٩٠م.
- ٣٠ - الروض المربع شرح زاد المستنقع للبهوتي (١٠٥١هـ)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ = ١٩٧٠م.
- ٣١ - سنن ابن ماجه (٢٧٥هـ)، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، د. ت.
- ٣٢ - سنن الترمذي (٢٧٩هـ): الجامع الصحيح، بتحقيق أحمد محمد شاكر، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م.
- ٣٣ - سنن الدارقطني (٣٨٥هـ)، نشر عبد الله هاشم يماني المدني، المدينة المنورة، د. ت.
- ٣٤ - سنن النسائي (٣٠٣هـ)، بعناية عبد الفتاح أبو غدة، بيروت، ط ٢ مصورة، ١٤٠٦هـ = ١٩٨٦م.
- ٣٥ - شرح الزرقاني (١٠٩٩هـ) على خليل (٧٧٦هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م.
- ٣٦ - شرح السنة للبخاري (٥١٦هـ)، بتحقيق زهير الشاويش وشعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٣٩٠هـ = ١٩٧١م.
- ٣٧ - شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٠٥١هـ)، دار الفكر، بيروت، د. ت.

- ٣٨ - شرح منح الجليل على مختصر خليل (٧٧٦هـ)، لمحمد عيش (١٢٩٩هـ)،
د. ن، د. ت.
- ٣٩ - صحيح البخاري (٢٥٦هـ)، دار الحديث، القاهرة، د. ت.
- ٤٠ - صحيح مسلم (٢٦١هـ) بشرح النووي (٦٧٦هـ)، طبعة الشعب، القاهرة،
د. ت.
- ٤١ - العقود الدرية، لابن عابدين (١٢٥٢هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، د. ت.
- ٤٢ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٢٥٦هـ)، لابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)،
دار المعرفة، بيروت، د. ت.
- ٤٣ - فتح العزيز شرح الوجيز، للرافعي (٦٢٣هـ) بهامش المجموع للنووي
(٦٧٦هـ)، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، د. ت.
- ٤٤ - فيض القدير شرح الجامع الصغير، للمناوي (١٠٣١هـ)، دار المعرفة، بيروت،
د. ت.
- ٤٥ - كتاب الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي، لابن القيم (٧٥١هـ)، دار
الندوة الجديدة، بيروت، ط ٣، ١٤٠٠هـ.
- ٤٦ - كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي (١٠٥١هـ)، بتحقيق هلال مصيلحي،
مكتبة النصر الحديثة، الرياض، د. ت.
- ٤٧ - كنز العمال، للهندي (٩٧٥هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٥، ١٤٠٥هـ =
١٩٨٥م.
- ٤٨ - المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح (٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت،
دمشق، ١٩٨٠م.
- ٤٩ - المبسوط، للسرخسي (٤٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط ٣، ١٣٩٨هـ =
١٩٧٨م.
- ٥٠ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للهيتمي (٨٠٧هـ)، مكتبة القدسي، القاهرة،
د. ت.
- ٥١ - مجموع فتاوى ابن تيمية (٧٢٨هـ)، طبعة السعودية، ط ١، ١٣٩٨هـ.
- ٥٢ - المجموع، للنووي (٦٧٦هـ)، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، د. ت.

- ٥٣ - المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، لمجد الدين أبي البركات (٦٥٢هـ)، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٦٩هـ = ١٩٥٠م.
- ٥٤ - المدونة الكبرى، للإمام مالك (١٧٩هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م.
- ٥٥ - المستدرک على الصحيحين في الحديث للحاكم النيسابوري (٤٠٥هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م.
- ٥٦ - مسند الإمام أحمد (٢٤١هـ)، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م.
- ٥٧ - مصنف ابن أبي شيبة (٢٣٥هـ)، بتحقيق عبد الخالق الأفغاني، الدار السلفية، بمبای، ط ٢، ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م.
- ٥٨ - مصنف عبد الرزاق (٢١١هـ)، بتحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م.
- ٥٩ - المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، لابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، بتحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، د. ن، د. ت.
- ٦٠ - المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة (٦٢٠هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ = ١٩٧٢م.
- ٦١ - المذهب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي (٤٧٦هـ)، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ط ٣، ١٣٩٦هـ = ١٩٧٦م.
- ٦٢ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب (٩٥٤هـ)، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م.
- ٦٣ - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف، الكويت، التاريخ مختلف باختلاف الجزء.
- ٦٤ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للمرملی (١٠٠٤هـ)، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥٧هـ = ١٩٣٨م.

توثيق الدَّيْنِ
والمعاملات المَالِيَّةِ الأُخْرَى

إِعْدَاد

الدكتور محمد عطا السَّيِّدِ أَحْمَدَ

عضو مجمع الفقه الإسلامي بمجده

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال صاحب لسان العرب في شرحه لما تفيده كلمة توثيق: وثق به: اتتمنه، والوثيقة في الأمر: أحكامه، واستوثقت من فلان: أخذت منه الوثيقة.

وعلى العموم يفهم من كلمة توثيق: كل ما تتوثق به المعاملة ويجعلها محكمة بأن تكون صحيحة مشتملة على الوثيقة التي تصونها من التلاعب وتكفل إنجازها على الوجه المشروع المتفق عليه، وشواهد القرآن الكريم تقرر أن التوثيق معناه كذلك، وأنه شرع لذلك.

قال الله تعالى: ﴿وَأذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَآثَقَكُمْ بِهِ﴾^(١).

أي العهد الذي أخذه عليكم وثيقة منكم على الوفاء. والقرآن الكريم يحكي عن يعقوب عليه السلام قوله لبنيه: ﴿لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَأَأْتِيَنِي بِهِ﴾^(٢).

ويقول: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٣).

﴿وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾^(٤).

وهكذا جرى سنن القرآن الكريم على الأمر بالوفاء عند ذكر العهد والميثاق وعلى التنديد بالذين لا يوفون بالعهد والميثاق سواء كان بين الإنسان وربه أو بين الإنسان والإنسان.

(١) سورة المائدة: الآية ٧.

(٢) سورة يوسف: الآية ٦٦.

(٣) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٤) سورة النحل: الآية ٩١.

وتوثيق المعاملات وتنظيم هذا التوثيق قد سبقتنا إليه — على أي وجه من الوجوه — شرائع قديمة، ولكن الإسلام أقره وتوسع فيه ولعله أضاف إلى وسائله الأولى وسائل لم تكن من قبل.

وهذه الوسائل — بالنسبة لنا — مستمدة من القرآن والسنة وإن اختلف ذكر بعضها عن البعض طويلاً وقصراً أو تفصيلاً وإجمالاً وتأكيذاً وغير تأكيد. وهذه آية الدين وما فيها من الأمر بالكتابة والاستشهاد على الدين أو الرهن به، والإشهاد على البيع، وآيات أخرى وأحاديث مستفيضة في كتب السنة، جاءت كلها بما ورد في آية اللّٰذِينَ عَلَىٰ مَا سِئَاتِي تَفْصِيلُهُ:

وقد ذكر القرطبي في تفسيره مما خرجه الترمذي ورواه أبو داود الطيالسي في سننه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ في قول الله عز وجل: ﴿إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(١).

أن أول من جحد آدم عليه السلام إن الله أراه ذريته فرأى رجلاً أزهر ساطعاً نوره فقال: يا رب من هذا؟ قال: هذا ابنك داود. قال: يا رب فما عمره؟ قال: ستون سنة. قال: يا رب زده في عمره، فقال: لا، إلا أن تزيد من عمرك قال: ما عمري؟ قال: ألف سنة، قال آدم: فقد وهبت له أربعين سنة، قال: فكتب الله عليه كتاباً وأشهد عليه ملائكته، فلما حضرته الوفاة جاءت الملائكة قال: إنه بقي من عمري أربعون سنة، قالوا: إنك قد وهبتها لابنك داود، قال: ما وهبت لأحد شيئاً قال: فأخرج الله تعالى الكتاب وشهد عليه ملائكته وفي رواية وأنتم لداود مائة سنة ولآدم عمره ألف سنة^(٢).

وقد كان التوثيق ديدن النبي ﷺ في كل معاملة ذات خطر، وقد ذكرت كتب السير فيما يدل على عناية الرسول ﷺ بالتوثيق: أن الحصين بن نمير، والمغيرة بن شعبة كانا يقومان للنبي ﷺ بكتابة المدائن والمعاملات.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) تفسير القرطبي: ٣/٣٨٢.

ومن أمثلة مكاتبة النبي ﷺ على سبيل التوثيق ما كتبه لتميم الداري وأصحابه حيث جاء في نسخته:

(بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أعطى محمد رسول الله لتميم الداري وأصحابه: إني أعطيتكم عينون، وجيرون، والرطوبة، وبيت إبراهيم برمته وجميع ما فيه، عطية بت، وسلمت ذلك لهم ولأعقابهم من بعدهم أبد الآبدين فمن أذاهم فيها آذاه الله. يشهد أبو بكر بن أبي قحافة، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، ومعاوية بن أبي سفيان وكتبه).

ومثال آخر مما كتبه النبي ﷺ وثيقة عتقه لمولاه أبي رافع ونصها:

(بسم الله الرحمن الرحيم. كتاب من محمد رسول الله لفتاه أسلم - وهو أبو رافع - إني أعتقك لله عتقاً مقبولاً، الله أعتقك وله المن عليّ وعليك، فأنت حرٌّ لا سبيل لأحد عليك إلا سبيل الإسلام وعصمة الإيمان، شهد بذلك أبو بكر، وشهد عثمان، وشهد علي، وكتب معاوية بن أبي سفيان).

وكما وثق ﷺ بالكتابة وثق بالرهن وذلك عندما اشترى من يهودي طعاماً - عشرين صاعاً - بثمن مؤجل، ثم رهن عند اليهودي درعه على ذلك الثمن وتوفي ﷺ ودرعه مرهونة. فهذا توثيق بالرهن كما كان التوثيق بالكتابة.

وكذلك روى ابن ماجه أنه عليه السلام ضمن غيره في معاملات مالية، وحكى ما رواه عن ابن عباس رضي الله عنهما: (أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال الغريم: ما عندي شيء أعطيكه، فقال: والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل ضامن - فجره إلى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ: كم ستنتظره؟ قال: شهراً، قال رسول الله ﷺ: أنا أحمل - أي أضمن).

وكذلك ما حكاه النعمان بن بشير من قصة أمه مع أبيه إذ رغبت أمه إلى أبيه بشير أن يخصّ ولدها النعمان بشيء من عقاره، فلما استجاب لرغبتها طلبت إليه توثيقها بإشهاد الرسول على هذا التخصيص، غير أن الرسول ﷺ سأل بشيراً:

هل كل ولدك أعطيت؟ فقال بشير: لا، فامتنع النبي ﷺ من الشهادة على ذلك لما فيه من الحيف على بقية أولاد بشير. ولم يكن الاستيثاق في ذاته موضع اعتراض من الرسول ﷺ.

تلك أنواع من التوثيق سقتها، ويبقى التوثيق بالحلف والتوثيق بالبيّنة وبالإقرار وبالقرائن. وفي التوثيق طمأنينة المتعاملين من الجحود والمماطلة ونزعات الشر أو حادثة النسيان وعندما تكون المعاملة المالية عارية عن الوثيقة تكون محفوفة بالخوف والقلق، وقد تنتهي إلى لقمة سائغة يستلذها الآخذ ويغص بالحسرة عليها المعطي، وهذه هي الحكمة في مشروعية التوثيق والحث عليه.

المعاملات التي شرع لها التوثيق:

لم يكن التوثيق في اعتبار الشارع مطلوباً ولا سائغاً في كل ما يسمى عند الناس معاملة، وإنما هو في المعاملة التي اعترفت بها الشريعة، وسوقتها وسيلة لتبادل الأموال والمنافع، حتى يكون التوثيق مبنياً على أصل صحيح، ومن القواعد المشهورة: أن المبني على الفاسد فاسد، أو أن الفاسد لا يبني عليه صحيح.

وعلى ضوء ذلك تكون المعاملات الباطلة بمعزل عن رعايتها بطلب التوثيق فيها، بل الشارع يزجر عنها، ويدعو إلى التنصل منها، فلو أن مسلماً باع خمراً أو خنزيراً لمسلم آخر فقد تعامل في غير مال محترم وذلك غير مشروع بأصله، ومهما بلغ الثمن حالاً أو مؤجلاً فلا موضع هنا للتوثيق، لأنها معاملة محظورة لا تُكسب حقاً، وقس على ذلك كل معاملة في محذور.

أما حينما تصح المعاملات باستيفائها للشروط الفقهية، وتكون سبيلاً إلى تملك العين وئمنها في المبيعات، وسيراً إلى استحقاق الأجرة والمنفعة في الإجازات تصبح محلاً للتوثيق وتبني عليه آثاره.

وسائل التوثيق:

وبالنظر في الوسائل المؤدية للغاية المنشودة من التوثيق، - نرى بعد

الاستيعاب الممكن - أن وسائل التوثيق التي عرض لها القرآن الكريم أو ورد ذكرها في السنة، ودارت على ألسنة الفقهاء، نجد أن بعض هذه الوسائل تؤدي غايتها باعتبارها متينة للحق: كالكتابة والبيّنة، والإقرار، واليمين والقرائن، ونجد بعضها يؤدي غايته باعتباره تأميناً للحق الثابت بإحدى تلك الوسائل: كالرهن والضمان والكفالة، ونجد بعضاً ثالثاً يؤدي غايته باعتباره تنفيذاً لاستيفاء الحق: كالحجر، والحبس والملازمة والغرض العام منها جميعها: هو ضبط المعاملات وصيانة الحقوق المالية من الضياع.

التوثيق الكتابي:

قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ إِلَٰهَ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاَصْتَبُوهُ...﴾ (١) الآية.

تعتبر هذه الآية الكريمة من أهم النصوص في شأن التوثيق، وقد عرضت للدين وتوثيقه من نواح عدّه، فذكرت كتابة الدين، وعدالة الكاتب وعدالة المملي، وذكرت الاستشهاد علي الدين وعدالة الشهود وما يتصل بذلك من الإشهاد على البيع.

وما يستثنى توثيقه... إلخ ولنعرض جهد العلماء فيما يستفاد من هذه الآية الكريمة.

قال القرطبي في شرح هذه الآية: (ذهب بعض الناس إلى أن كتب الديون واجب على أربابها، فرض بهذه الآية، بيعاً كان أو قرصاً، لثلا يقع فيه نسيان أو جحود، وهو اختيار الطبري، وقال ابن جريج: من أذان فليكتب ومن باع فليشهد. وقال الشعبي: كانوا يرون أن قوله: (فإن أمن...)) ناسخ لأمره بالكتب. وحكى نحوه ابن جريج، وقاله ابن زيد، وروي عن أبي سعيد الخدري، وذهب الربيع إلى أن ذلك واجب بهذه الألفاظ، ثم خففه الله تعالى بقوله: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ﴾. قال الجمهور: الأمر بالكتب نذّب إلى حفظ

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

الأموال وإزالة الريب، وإذا كان الغريم تقياً فما يضره الكتاب، وإن كان غير ذلك فالكتاب ثقاف في دينه وحاجة صاحب الحق.

قال بعضهم: إن أشهدت فحزم، وإن ائتمنت ففي حل وسعة، قال ابن عطية: وهذا هو القول الصحيح. ولا يترتب نسخ في هذا لأن الله تعالى ندب إلى الكتاب فيما للمراء أن يهبه ويتركه بإجماع، فندبه إنما هو على جهة الحيلة للناس^(١).

وذكر الجصاص أن الأمر بالكتابة لم يرد إلاً مقروناً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَهُ فَإِنْ أَتَيْنَ بِبَعْضِكُمْ بَعْضًا﴾ إلخ. وانتهى إلى نتيجة حتمية في اعتباره وهي أن الأمر بالكتابة والإشهاد ندب غير واجب.

وقد حذا حذو القرطبي والجصاص كثير من المفسرين كابن كثير، والآلوسي وكذلك جمهور الفقهاء من علماء المذاهب وأدلتهم تختلف وتتلخص فيما يأتي:

أولاً: ما تقدم نقله عن القرطبي والجصاص وموافقيهما من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِبَعْضِكُمْ بَعْضًا فَيُؤَدِّي الَّذِي أَوْثِنَ أَمْنَتَهُ﴾^(٢).

فإن معناه عندهم إن توفرت الطمأنينة بينكم وائتمن بعضكم بعضاً من غير توثيق، فعلى المؤتمن أن يؤدي أمانته التي في عهده، وإلاً يتحتم التوثيق الكتابي أو غيره، فإن فرضنا أن الآية نزلت مفرقة كما هو أحد الاحتمالين، فالوجوب المستفاد من أولها منسوخ بآخرها، فلا تفيد حينئذ أكثر من الندب. ويؤيد هذا الفهم عندهم ما روي عن أبي سعيد الخدري ووافقه عليه آخرون أنه قال: «صار الأمر إلى الأمانة» ثم تلا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِبَعْضِكُمْ بَعْضًا﴾ الآية.

وإن فرضنا أن الآية نزلت دفعة واحدة فقد بين آخرها أولها من أول الأمر بأنه للندب^(٣).

(١) تفسير القرطبي: ٣/٣٨٣.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

(٣) انظر: أحكام القرآن، للجصاص: ١/٤٨١.

ثانياً: أن النبي ﷺ اشترى من أعرابي فرساً فجحدته الأعرابي حتى شهد له خزيمة ابن ثابت، وروي أنه ﷺ اشترى من رجل سراويل. ولم ينقل أنه أشهد في شيء من ذلك.

ثالثاً: أن الصحابة كانوا يتبايعون في الأسواق، فلم يأمرهم النبي ﷺ بالإشهاد، وأن التعامل بالدين مما يكثر، فلو كان الكتاب والإشهاد واجباً لكان فيه أولاً حرج، والحرج منفي شرعاً بنص القرآن الكريم، يضاف إلى ذلك ما نقل إلينا من اتفاق كثير من السلف وفقهاء الأمصار أن ما أمرنا به في آية الدين من الكتاب والإشهاد والرهن، من قبيل الإرشاد إلى ما فيه الحظ والصلاح للدين والدنيا^(١).

وذهب آخرون إلى القول بالوجوب ومنهم ابن جرير الطبري في تفسيره، والظاهرية، ومن الفقهاء المعاصرين الشيخ محمد عبده، واستدلوا بأربعة أدلة:

الأول: أن الأمر ورد صريحاً بكتابة الدين والإشهاد عليه، والأصل في الأمر الوجوب ما لم يصرفه صارف إلى الندب، وحيث لم يرد صارف له هنا فالوجوب مقطوع به عندهم.

الثاني: أن السنة وردت بذلك، وذكر ابن حزم في المحلى حديثاً عن النبي ﷺ أنه قال: (ثلاثة يدعون الله فلا يستجيب لهم: رجل كانت له امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها، ورجل أعطى ماله سفيهاً وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾، ورجل له على رجل دين لم يشهد عليه)^(٢).

ووجه الدلالة في هذا أن الحرمان من قبول الدعاء نقمة، والنقمة لا تكون إلاً على معصية.

(١) انظر: أحكام القرآن، للجصاص: ٤٨٣/١؛ والمغني، لابن قدامة: ٣١١/٤.

(٢) المحلى، لابن حزم: ٣٤٤/٨.

الثالث: ما روي من الآثار من أن ابن عمر - رضي الله عنهما - كان إذا باع بنقد أشهد، وإذا باع بنسيئة كتب وأشهد^(١).

الرابع: أنكر ابن عباس - رضي الله عنهما - النسخ وأكد أن الآية محكمة وعلى هذا عطاء وجابر والنخعي والشعبي وأبو جرير من كبار المفسرين والأصل عدم النسخ والنسق القرآني يأتلف مع عدم النسخ أكثر مما يأتلف مع وجوده.

والذي نميل إليه أن طهر النفوس وظهور التقوى والورع بين الناس في زمن السلف مال بهم إلى الاجتهاد بعدم التزام التوثيق ولكن الواقع في عهدنا هذا من خراب ذمم الناس وبعدهم عن التقوى - إلا من هدى الله - لا يقتضي القياس استحساناً عند أولى العلم بوجوب التوثيق خاصة في الديون ويكون ذلك تطبيقاً حقاً للنظم الإسلامية التي شرعت لمسيرة الحياة في أزمانها وأطوارها وأولى الأمر الحق كاملاً في إصدار ما يروونه من تشريع ملزم للناس بالكتابة في العقود ذات الخطر والتي تؤثر على حياة الناس أو يكثر فيها النزاع والتجاحد... ويكون في هذا مصلحة واحتياط للدين والدنيا خاصة وأن سهولة أدوات الكتابة من أقلام وورق وآلات حاسبة يرفع الحرج الذي حال بالأوائل إلى القول بعدم وجوب التوثيق... وقد رخص الله لنا بمنه وكرمه في ترك كتابة التجارة الحاضرة.

القدر الذي يتعلق به التوثيق:

ذهب فريق منهم ابن قدامة حيث يقول: (ويختص ذلك - أي التوثيق - بما له خطر، فأما الأشياء القليلة الخطر كحوائج البقال والعمار وشبهها فلا يُستحب فيها لأن العقود فيها تكثر فيشق الإشهاد عليه، وتقبح إقامة البينة عليها والترافع إلى الحاكم بخلاف الكثير). ووجاهة هذا الرأي واضحة ظاهرة جداً في زماننا هذا من حيث ضيق وقت الناس وعدم تعارفهم وكثرة المشتريات والمبيعات ولأن التجارة مبنية على سرعة الإنجاز والانشغال بالتوثيق في كل شيء قد لا يسمح بإدارتها على الوجه الأكمل والمطلوب ولذلك خفف الله تعالى عن الناس باستثنائه التجارة الحاضرة.

(١) المحلى، لابن حزم: ٣٤٤/٨.

وذهب فريق إلى وجوب الإشهاد في كل شيء. قال ابن جريج: سئل عطاء: أيشهد الرجل على أن بايع بنصف درهم؟ قال: نعم، هو تأويله قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾.

وذهب فريق إلى الندب في القليل والكثير وهو رأي الجمهور الذي بيناه سابقاً والواقع أن للعرف بين الناس حسبما تقتضي عوائدهم وأحوالهم أثراً كبيراً في تحديد القدر الذي يتعلق به التوثيق الواجب والمندوب والمباح ومما نراه أن خمسة وعشرة ريالات قد تعتبر ديناً تافهاً عند الناس وبعضهم يراه خطيراً بحسب أحوالهم ونفسياتهم وماديتهم... وقد احتكنا إلى العرف من قبل في تقدير المهر والنفقات وقيم المتلفات وبه نهتدي في تقدير ما يجب وما يباح وما يندب إليه في التوثيق وقد أقرت الشريعة العمل بالعرف الصحيح كأصل من أصولها تيسيراً على الناس وإفساحاً لهم في مجال الحياة، فرجعنا إليه وتحكيمه يعتبر عملاً بأصل مشروع.

ومع هذا فإني أرى أن الورع والتقوى وتعظيم قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَسْمَوُا
أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾ يقتضي كتابة كل دين صغيراً أو كبيراً...
ولعل تقديم ذكر «صغيراً» في الآية يؤكد هذا الذي ذهبنا إليه.

خاتمة البحث

توثيق الدين والمعاملات المالية الأخرى

تناول البحث المراد بالتوثيق وأصوله في الشريعة الإسلامية والحكمة من تشريعه والوسائل التي يتحقق بها التوثيق، وقدما أمثلة من توثيقات النبي ﷺ من كتابة ورهن وإشهاد، وأنه كان يحرص على التوثيق في كل أمر هام.

والمعاملات التي شرع لها التوثيق هي المعاملات التي اعترفت بها الشريعة الإسلامية وسوقتها وسيلة لتبادل الأموال والمنافع حتى يكون التوثيق مبنياً على أصل صحيح، ولم يكن التوثيق في اعتبار الشارع مطلوباً ولا سائغاً في كل ما يسمى عند الناس معاملة، ومن القواعد المشهورة أن الفاسد لا يبنى عليه صحيح وأن المبني على الفاسد فاسد.

ومن أهم وسائل التوثيق الكتابة التي وردت في آية الدَّيْن، وقد ذهب العلماء مذاهب شتى فيما إذا كانت الكتابة واجبة أم مندوبة أم مباحة... فمنهم من ذهب إلى أنها مندوبة، وذكرنا أدلتهم، ومنهم من قال إنها واجبة، وذكرنا أدلتهم، ومنهم من قال إنها مباحة... وكذلك تناول الفقهاء القدر الذي يتعلق به التوثيق، فذهب فريق إلى وجوب كتابة الدين الكثير دون القليل، وذهب بعضهم إلى وجوب كتابته صغيراً أو كبيراً، كما ذهب فريق ثالث إلى وجوب الإشهاد في كل شيء، وقال آخرون بالتدب في القليل والكثير.

والذي نميل إليه أن طهر النفوس وظهور التقوى والورع بين الناس في زمن السلف مال بهم إلى الاجتهاد بعدم التزام التوثيق، ولكن الواقع في عهدنا هذا من خراب ذمم الناس، وبعدهم عن التقوى - إلا من هدى الله - يقتضي التزام

التوثيق خاصة في الديون صغيرها وكبيرها، وفي ذلك تعظيم وتوقير لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكُنُّوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾. أما في المعاملات المالية الأخرى فإن للعرف بين الناس حسبا تقتضي عوائدهم وأحوالهم أثراً كبيراً في تحديد التوثيق الواجب والمندوب والمباح.

الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد

البَيْعُ بِالتَّقْسِيطِ
المَحْوَرَّ الشَّانِي
تَوْثِيقُ الدِّينِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ
إِعْدَاد
الدُّكْتُور نَزِيهَ كَمَالِ صَمَّاد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة :

لا يخفى أنَّ الالتزام بالدين يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقود والمعاملات المالية التي يبرمها الأفراد والهيئات ويتفقون عليها، ويترتب على كثير منها، وينشأ عنها . . . ومن هنا كانت دراسة «توثيق الدين» في الفقه الإسلامي من أهم الأمور المتعلقة بمداينات الناس وعقودهم التي تتضمن ثبوت الدين في ذمة أحد العاقدين أو تُسبِّبهُ . . . لأنَّ غرض التوثيق ومقصده أن يحفظ لصاحب الدَّيْن حَقَّهُ، وأن يمكِّنه من بلوغه والحصول عليه، وأن يدفع عنه مفسدة تواهه وضياعه، أو جحوده، وإنكاره، أو العجز عن إثباته واستيفائه . . .

وستتناول في هذه الدراسة طرق توثيق الدين الشرعية في أربعة فصول، يسبقها تمهيد في معنى توثيق الدين وحقيقته .

والله المسؤول أن يجعله لوجهه خالصاً، وينفع به مؤلفه وقارئة في الدنيا والآخرة، إنه سميع الدعاء، وأهل الرجاء، منه سبحانه الاستمداد، وعليه وحده التوكل، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تمهيد

معنى توثيق الدين :

(أ) في اللغة :

١ - التوثيقُ في اللغة: معناه الإحكامُ، من وَثَّقْتُ الشيءَ توثيقاً فهو مُوثَّقٌ: أي أحكمتُهُ^(١)، قال ابن فارس: في «معجم مقاييس اللغة»: «الواو والهاء والقاف كلمة تدلُّ على عَقْدٍ وإحكام»^(٢)، ومن هنا سُمِّيَ العهد ميثاقاً وموثقاً لما فيه الإحكام والثبوت، وقال ابن القطاع: وَثَّقْتُ بالشيءِ، أي اعتمدت عليه^(٣).
والأمرُ الوثيقُ: هو الثابتُ المُحكَّمُ، وَوَثَّقْتُ به أَثِقُ ثِقَةً وَوَثِقاً: ائتمنته^(٤)
والوثيقةُ في الأمر: إحصاءُهُ والأخذُ بالثقة. والجمع الوثائق^(٥).

(ب) في الاصطلاح الفقهي :

٢ - ذكر الإمام إلكيا الهراسي في كتابه «أحكام القرآن» أنَّ معنى الوثيقة في الديون «ما يزدادُ بها الدَّيْنُ وكادة»^(٦). . ثمَّ إننا بعد تتبع استعمال الفقهاء لمصطلح «توثيق الدين» وجدنا أنهم يطلقونه على أمرين :

(أحدهما) تقويةُ وتأكيْدُ حقِّ الدائن فيما يكون له في ذمة المدين من مالٍ بشيءٍ يعتمد عليه - كالكتابة أو الشهادة - لمنع المدين من الإنكار وتذكيره عند

(١) لسان العرب: ٣٧١/١٠؛ ومعجم مقاييس اللغة: ٨٥/٦؛ وطلبة الطلبة: ص ١٤٠.

(٢) معجم مقاييس اللغة: ٨٥/٦.

(٣) المطلع للبعلي: ص ٢٤٧.

(٤) المصباح المنير: ٨٠٢/٢؛ والمغرب، للمطرزي: ص ٤٧٦.

(٥) لسان العرب: ٣٧١/١٠.

(٦) أحكام القرآن، لإلكيا الهراسي: ٤٢١/١.

النسيان، وللحيلولة دون ادعائه أقل من الدين أو ادعاء الدائن أكثر منه أو حلوله أو انقضاء الأجل ونحو ذلك، بحيث إذا حصل نزاع أو خلاف بين المتعاملين، فيعتبر هذا التوثيق وسيلة قوية يُحتجُّ بها لإثبات الدين المتنازع فيه أمام القضاء^(١)

بين التوثيق والإثبات :

٣ - ويلاحظ من مفهوم «توثيق الدين» هذا وجود علاقة بينه وبين «إثبات الدين»، وذلك لأن فائدة التوثيق الأساسية هي إثبات الحق المتنازع فيه أمام القضاء، ولأن التوثيق ليس إلا إعداداً مقدماً للإثبات، ولأن التوثيق والإثبات كلاهما يهدف إلى غاية واحدة ويرمي إلى مقصد واحد، وهو حماية الحقوق، ومنع التلاعب بها، والقضاء بها لأصحابها، وقطع دابر المنازعة والخسومة بين الناس. . غير أن بينهما فرقين مهمين:

أحدهما: أن التوثيق يعتبر مقدّمة للإثبات حيث إنه يوجد عند إنشاء التصرف المقتضي ثبوت الدين في الذمة، ولهذا فهو يسبقُ الإثبات، بينما يكون الإثبات لاحقاً به، وقائماً عليه، ومرتكزاً على أساسه، ومرتّباً على وجوده.

والثاني: أن توثيق الدين بالطرق التي تقويه وتؤكدُه وتُحكِّمُه يمثل بعض وسائل إثبات الدين لا كلّها، حيث إن للإثبات طرقاً أخرى تعتبر حججاً معتبرة يُحكَّمُ بموجبها في القضاء.

وعلى هذا فيعتبر «توثيق الدين» حادثاً سبباً مولّداً للإثبات المعتمِدِ عليه فحسب، وبينه وبين الإثبات الحاصل به ما بين المؤثر والأثر من العلاقة واختلاف المفهوم.

(والأمر الثاني) تبيُّتُ حقِّ الدائن فيما يكون له في ذمة المدين من مالٍ وإحكامه، بحيثُ يتمكنُ عند امتناع المدين عن الوفاء - لأي سبب من

(١) انظر وسائل الإثبات، للدكتور محمد الزحيلي: ص ٣١.

الأسباب - من استيفاء دينه من شخص ثالث يكفل المدين بماله أو من عين مالية يتعلق بها حق الدائن وتكون رهينة بدينه .

ويلاحظ من مفهوم التوثيق هذا أن تقويةً وتأكيدهً حق الدائن في دينه لا يرجع إلى اعتماده على وسيلة إثبات يُحتجُّ بها أمام القضاء للوصول إلى حقه كما هو الشأن في الإطلاق الأول، ولكنه يرجع إلى اعتماده على وثيقة تضمن حق الدائن ويستطيع استيفاء منها، وهي الكفيل أو الرهن .

موقع توثيق الدين بين مقاصد الشريعة :

٤ - لقد ثبت بالاستقراء والتتبع للأحكام الشرعية وغاياتها أن المولى عزَّ وجلَّ قصَّد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدينية على وجه لا يختلُّ لها به نظام، لا بحسب الكلِّ ولا بحسب الجزء، وسواءً في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات^(١) .

وقد ذكر الإمام الشاطبي في «الموافقات» أن توثيق الدين يعدُّ من قبيل التكملة والتتمة لمصلحة ضرورية أو حاجية، وذلك حَسَبَ اعتبار المعاملة المنشئة للدين المراد توثيقه وما تقتضيه . . فإن كانت داخلة تحت الضروريات لتوقُّف المحافظة على إحدى المصالح الضرورية - وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال - عليها، فإنَّ توثيق الدين في هذه الحالة يُعدُّ من قبيل مكملات الضروريات .

أما إذا كانت تلك المعاملة المنشئة للدين معتبرة من قبيل الحاجيات، لكون المقصود بها دفع الحرج والعنت والمشقة عن المكلف وحسب، فإنَّ توثيق الدين في هذه الحالة يُعدُّ من مكملات الحاجيات .

هذا، وحيث إنَّ المجتهد قد يتردَّد في إلحاق بعض المعاملات بالمصالح الضرورية أو الحاجية، على حسب الأحوال والاعتبارات، فإنه تبعاً لذلك قد

(١) الموافقات، للشاطبي ٣٧/٢ .

يتردّد في اعتبار توثيق الدين مكّملاً لمصلحة ضرورية أو مكّملاً لمصلحة
حاجية^(١).

طرق توثيق الدين :

٥ - يحتاج الدائن في أكثر الظروف والأحوال إلى أن يستوثق لدينه،
وذلك خوفاً من ضياعه أو جحوده أو نسيانه أو العجز عن استيفائه، وطرق توثيق
الدين عند الفقهاء أربعة: البيّنة الخطية (الكتابة)، والبيّنة الشخصية (الشهادة)،
والكفالة، والرهن^(٢)، وستناول بالبيان كل واحد منها في فصل مستقل.

(١) الموافقات: ١٢/٢، ١٣.

(٢) أحكام القرآن، لإلكيا الهراسي: ٣٨٧/١.

الفصل الأول البينة الخطية (الكتابة)

وستنكلم فيه عن مشروعيتها وحجيتها وصور توثيق الدين بها، وحكمها.

(أ) مشروعيتها:

٦ - قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَمْتُمْ بِيَدِي إِلَىٰ أَعْمَلٍ مِّنْكُمْ فَأَسْكَبُوهُٓ وَلِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كِتَابًا بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلِيُمْلِئِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَسْتَقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشَّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَن يَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلٍ ذَٰلِكُمْ أَفْسَطَ عِنْدَ اللَّهِ وَقَوْمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَذَقَ ٱلَّذِينَ لَا تَرْتَابُونَ ٱلْأَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ﴾ (١).

فقد دلَّت الآية الكريمة على مشروعية توثيق الدين بالكتابة المبيّنة له، المُعْرِية عنه، المُعْرِفة للحاكم بما يحكم عند الترافع إليه، وذلك في صلْك موضع للدين بجميع صفاته^(٢)، وحكمة ذلك كما قال العلامة ابن العربي «لِيُسْتَدْرَكَ بِهِ عند أَجَلِهِ، لما يُتَوَقَّعُ من الغفلة في المدة التي بين المعاملة وبين حلول الأجل، فالنسيانُ موكل بالإنسان، والشيطانُ ربما حمل على الإنكار، والعوارضُ من موت وغيره تطرأ، فيُشرع الكتاب والإشهاد»^(٣).

(١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي: ٢٤٨/١.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي: ٢٤٧/١.

(ب) حجيتها:

٧ - لقد اختلف الفقهاء في حجّة الكتابة في توثيق الديون على قولين:

* فذهب الشافعي ومالك وأحمد في رواية عنه وجماعة من الفقهاء إلى أنه لا يعتمد على الخط المجرد إذا لم يُشَهِدْ عليه، لأن الخطوط تشبهه والتزوير فيها ممكن، وقد تكتب للتجربة أو اللهو... ومع قيام هذه الاحتمالات والشبهات لا يبقى للخط المجرد حجية ولا يصلح للاعتماد عليه، أما إذا أُشَهِدَ عليه، فيعتبر وثيقةً وحجّةً، لأن الشهادة ترفع الشك وتزيل الاحتمال^(١).

* وذهب جماهير الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى صحة توثيق الدين بالكتابة، وأنها بيّنة معتبرة في الإثبات إذا كانت صحيحة النسبة إلى كاتبها^(٢).

قال الجصاص في «شرح أدب القاضي»: «الأصل في هذا الباب أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب من جهته وخطابه»^(٣).

وقال ابن تيمية: «والعمل بالخطّ مذهبٌ قويٌّ، بل هو قول جمهور

(١) طرح الشريب: ١٩١/٦، لأبي علي؛ وصحيح مسلم: ٣٣٨/٤؛ وأدب القاضي، للماوردي: ٩٨/٢؛ وأصول السرخسي: ٣٥٨/١؛ وكشف الأسرار على أصول البزدوي: ٥٢/٣؛ والمهذب: ٣٠٥/٢؛ ورد المحتار: ٣٥٢/٤؛ وتكملة رد المحتار: ٥٩/١؛ والأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٢١٧؛ ومعين الحكام: ص ١٢٥؛ والطرق الحكمية: ص ٢٠٤ وما بعدها، سقاة المفاتيح: ٣٩٧/٣؛ والإشراف على مسائل الخلاف: ٢٨٠/٢؛ وكشاف القناع: ٣٧٣/٤؛ وشرح منتهى الإرادات: ٥٣٩/٢؛ والطريقة المرضية لجعيط ص ١٨٦؛ ومجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة للقاري م (٢٢٨٠).

(٢) الطرق الحكمية، لابن القيم: ص ٢٠٥؛ وكشاف القناع: ٣٧٣/٤؛ وشرح منتهى الإرادات: ٥٣٩/٢؛ وكشف الأسرار على أصول البزدوي: ٥٢/٣، ٥٣؛ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر: ١٣٧/٤؛ وتبصرة الحكام، لابن فرحون: ٣٦٣/١؛ ومعين الحكام: ص ١٢٥؛ وفتح العلي المالك: ٣١١/٢.

(٣) شرح أدب القاضي، للجصاص: ص ٢٥٤.

وقال ابن فرحون في «تبصرة الحكام»: «وإن قال لفلان عندي أو قبلي كذا وكذا بخط يده قُضِيَ عليه به، لأنه خَرَجَ مَخْرَجَ الإقرار بالحقوق»^(٢) .

وجاء في «كشاف القناع» للبهوتي: «قال في الاختيارات: وتنفذ الوصية بالخط المعروف، وكذا الإقرار إذا وُجِدَ في دفتره، وهو مذهب الإمام أحمد»^(٣) .

وقال صديق حسن خان: «قد ثَبَتَ العملُ بالخط بالأدلة المتكاثرة من الكتاب والسنة والإجماع.. ومن الحاكين لإجماع الصحابة على العمل بالخط الرازي في المحصول: وأما مَنْ يعد الصحابة فيدل عليه إجماعهم الفعلي على الاحتجاج بذلك والعمل به في معاملاتهم وفي المصنفات»^(٤) .

وعلى هذا جرت مجلة الأحكام العدلية، فاعتبرت كتابة الدَّين حجةً في توثيقه وبيئته لإثباته، لأنَّ المرءَ مؤاخَذٌ بإقراره الواقع بالكتابة كما هو مؤاخَذٌ على إقراره الواقع بلسانه سواء حصل الإقرار من الناطق أو الأخرس، وسواء كان يطلب الدائن أو من غير طلبه^(٥) . . وجاء في م (١٦٠٦): منها: «الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان» .

٨ - وهذا الرأي هو الأرجح والأولى بالاعتبار... والدليل على ذلك:

(أولاً) ما روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد في مسنده ومالك في الموطأ وغيرهم عن ابن عمر رضي الله عنه أن

(١) مختصر الفتاوى المصرية: ص ٦٠١ .

(٢) تبصرة الحكام: ٣٦٣/١ .

(٣) كشاف القناع: ٣٧٣/٤؛ وانظر الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: ص ١٩٠ .

(٤) ظفر اللاضي فيما يجب في القضاء على القاضي: ص ١٣٠، ١٣١ .

(٥) درر الحكام: ١٣٧/٤ .

رسول الله ﷺ قال: «ما حَقَّ امرءٌ مسلمٍ ببيتٍ ليلتين، وله شيءٌ يريد أن يوصي فيه إلاَّ ووصيتهُ مكتوبةٌ عند رأسه»^(١).

فقد اعتمد عليه الصلاة والسلام الكتابة من غير زيادة عليها، فدلَّ على الاكتفاء بها وحجِّية الخطِّ المجرد، إذ لو لم يكن كذلك، لما كانَ لكتابة وصيتهِ فائدة^(٢).

(ثانياً) إجماع أهل الحديث على صحة اعتماد الراوي على الخط المحفوظ عنده وجواز التحديث به، ولو لم يُعتمد على ذلك لضاعت أكثرُ الأحاديث النبوية وغالبُ الأحكام الفقهية؛ لأنَّ وسيلة حفظها وتناقلها بين أهل العلم النسخ المكتوبة^(٣).

(ثالثاً) أن النبي ﷺ كان يَبْعَثُ كتبه إلى الملوك وغيرهم، وتقوم بها حجَّتُهُ، ولم يكن يُشافهُ رسولهُ بمضمون كتابه، بل كان يدفعه معه مختوماً وأمره بدفعه إلى المكتوب إليه، وهذا معلومٌ من الدين بالضرورة، ثم إنَّ الخلفاء والقضاة والأمراء والعمال درجوا على اعتماد كتب بعضهم إلى بعض دون أن يُشهِدوا حاملها على ما فيها أو يقرؤوه عليه، وعلى ذلك عمَلُ الناس من زمن نبيهم إلى يومنا هذا^(٤).

(رابعاً) إنَّ الكتابة تدلُّ على المقصود وتنبئ عنه، والخطُّ كاللفظ في تبين المراد والتعبير عن الإرادة، وقديماً قالت العرب: «الخطُّ أحدُ اللسانين، وحُسْنُهُ إحدى الفصاحتين»، بل إنَّ الكتابة قد تمتاز على اللفظ بالثبات والضبظ،

(١) انظر صحيح البخاري: ٣/١٨٦؛ وصحيح مسلم: ٣/١٢٤٩؛ وبذل المجهود: ١١٤/١٣؛ وعارضة الأحوذني: ٨/٢٧٣؛ وسنن النسائي: ٦/١٩٩؛ وسنن ابن ماجه: ٢/٩٠١؛ وسنن الدارقطني: ٤/١٥٠؛ والموطأ: ٢/٧٦١؛ ومسند الإمام أحمد: ١٠/٢، ٣٤، ٥٠، ٥٧.

(٢) كشف القناع: ٤/٣٧٣؛ والطرق الحكيمة: ص ٢٠٦؛ وطرح الشريب: ٦/١٩١.

(٣) الطرق الحكيمة: ص ٢٠٥.

(٤) الطرق الحكيمة: ص ٢٠٥، ٢٠٧.

ولله در القائل: «الخطُّ رسولُ الضمير، ودليلُ الإرادة، والمعبرُ عما في النفوس، والمخبرُ عن الخواطر، وله فضيلةٌ بارعةٌ ليست للفظ، فهو ينبؤُ عنه في الإفصاح في المشهد، ويفضله في المغيب، إذ الخطُّ يُقرأ في الأماكن المتباينة والبلدان المتفرقة، ويُدرس في كل عصر وزمان»^(١).

فمن أجل ذلك اعتُبرت الكتابةُ وثيقةً وحجةً على صاحبها بما يحتويه مضمونها^(٢).

(خامساً) إنَّ حاجة الناس إلى توثيق ديونهم بالكتابة قائمةٌ لرفع الحرج والمشقة منهم، خصوصاً في هذا العصر حيث كثرت المعاملات المالية بين الناس وتشعبت صورُها وحالاتها وتجاوزت حدود الدولة الواحدة إلى البلدان المختلفة والقارات المتباعدة، وانتشر التزام الدين فيها... فلو لم تكن الكتابةُ معتمدةً في توثيق الديون لتعطلَّت مصالحُ الناس، وضاع الكثيرُ من حقوقهم وأموالهم لعدم توفر الشهود دائماً عند كل تعامل بالدين، وحتى لو وُجدوا عند المعاملة، فقد يغيبون عند التنازع والخصومة أمام القضاء أو ينسون أو يموتون قبل ذلك^(٣). . . ولا ريبَ أنَّ رفع الحرج والمشقة عن العباد من المقاصد الحاجية التي جاءت الشريعة لإيجادها وتثبيت أركانها وصونها عن كل ما يؤدي إلى الإخلال بها أو تضييعها.

ثم إن حاجة المتعاملين بالدين إلى اعتماد الكتابة في توثيق الديون تعتبر من قبيل الحاجة الخاصة التي تُنزَلُ منزلةُ الضرورة، حيث جاء في القواعد الفقهية الكلية «الحاجة تُنزَلُ منزلةُ الضرورة، عامَّةٌ كانت أو خاصة»^(٤).

(١) الرسالة العذراء، لإبراهيم بن المدير: ص ٤١، ٤٢ (بتصرف).

(٢) أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، للدكتور محمد الزحيلي: ص ١٩٤؛ والطرق الحكمية: ص ٢٠٦، ٢٠٧.

(٣) أصول المحاكمات الشرعية والمدنية: ص ١٩٤.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٨٨ و ٣٢ من مجلة الأحكام العدلية؛ والأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ١٠٠.

(سادساً) إنَّ ما استدللَّ به المانعون من الاعتماد على الكتابة - من أن الخطوط تتشابه، وقد يدخلها التزوير والمحاكاة، وقد تكتب للتجربة أو اللهوى، فلذلك لا تفيد الطمأنينة على حقيقة ما تضمنته - غير مُسَلِّم؛ إذ يردُّ عليه أمران:

(أ) أن الاعتماد على الكتابة لا يجري مع قيام تلك الشبهات والاحتمالات أصلاً، يقول ابن القيم: «فإنَّ القصدَ حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه. فإذا عُرِفَ ذلك وتيقن، كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، فإنَّ الخطَّ دالٌّ على اللفظ، واللفظ دالٌّ على القصد والإرادة، وغاية ما يُقدَّرُ اشتباهُ الخطوط، وذلك كما يُفرضُ من اشتباه الصور والأصوات، وقد جعل الله سبحانه في خط كل كاتب ما يميزه به عن خط غيره كتميز صورته وصوته»^(١).

وذكر العلامة علي حيدر في «درر الحكام» أن مسألة الاحتجاج بالكتابة في توثيق الدين تدور بين أصلين.

الأصل الأول: أنه لا يُعمدُ على الخط الذي فيه شائبة تزوير، ولا يُتخذ ذلك الخط مداراً للحكم عند المنازعة، لأنه يمكن تصنيعُ وتزوير الخط.

والأصل الثاني: أنه يُعمَلُ ويُحتج بالخط البريء من شائبة التزوير والتصنيع، لأنَّ أكثر معاملات الناس تحصل بلا شهود، فإن لم يُعمَل بالخط فإنَّ ذلك يستلزم ضياع أموال الناس^(٢).

وجاء في م (١٧٣٦) من «مجلة الأحكام العدلية»: «لا يُعمَل بالخط والخاتم فقط، أما إذا كان سالمًا من شبهة التزوير والتصنيع، فيكون معمولاً به، أي يكون مداراً للحكم، ولا يُحتاج للإثبات بوجهٍ آخر».

(ب) إنهم لم يعتبروا الخط المجرد بيّنة إذا لم يُشهد عليه، مع أن التزوير قد يكون في الشهادة كما يكون في الكتابة، وربما كان في الشهادة أكثر وقوعاً.

(١) الطرق الحكمية: ص ٢٠٧.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٤/١٣٧.

إذ الكشْفُ عن المحاكاة والتزوير في الخط أيسرُ وأسهلُ من الكشْفِ عنه في شهادة الزور، وطرقُ مضاهاة الخطوط التي عرفها الخبراء وأتقنوها ووسائلُ كشف تزوير الوثائق التي أصبحت علماً مستقلاً وفناً متقدماً يمكنها أن تنفي احتمال التزوير عن الوثائق الصادقة وتفضح الخطوط المزورة. . والمطلوبُ للقاضي هو ظهورُ الحق ولو بغلبة الظن، فمتى وَجَدَ ذلك بطريقٍ ما وَجَبَ عليه الحكم به، وكان حكمه نافذاً مقبولاً يقول ابن القيم: «قد بيّن سبحانه بما شرَّعه من الطرق أنَّ مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيامُ الناس بالقسط، فأبى طريق استخرَجَ بها العدلُ والقسطُ فهي من الدين وليست مخالفة له»^(١).

(ج) صور التوثيق بالكتابة:

لقد ذكر الفقهاء صوراً شتى لتوثيق الدين بالكتابة، وتلك الصور وإن كانت أمثلةً على الأصل المعتبر والمبدأ المعتمد، وهو حجية الخط المجرد في توثيق الديون وإثباتها، إلّا أنها تعتبر قواعد للتوثيق بالكتابة وضوابط تبين متى يكون الخط وثيقةً صحيحةً بالدين، ومتى لا يكون كذلك. . وبيانها فيما يلي:

الصورة الأولى:

٩ - إذا أمرَ شخصٌ آخر بأن يكتب إقراره، فيكون ذلك الأمر إقراراً حكماً ولا يخفى أن الأمر إنشاءً، والإقرار إخبارٌ، وليسا بمتحدين حقيقة، فمن أجل ذلك لم يُسمَّ أمره إقراراً حقيقةً، ولكنه لما كان الإقرار حاصلًا في أمره بكتابه سُمِّيَ الأمر إقراراً حكماً^(٢).

جاء في «الدر المختار» للحصكفي: «الأمرُ بكتابة الإقرار، إقرارٌ، حكماً، فإنه كما يكونُ باللسان يكون بالبنان، فلو قال للصكاك: اكتب خطَّ إقرارِي بألف علي، أو اكتب بيع داري أو طلاق امرأتي صح»^(٣).

(١) الطرق الحكيمة: ص ١٤.

(٢) فرة عيون الأختيار: ٩٧/٢؛ ودرر الحكام: ١٣٨/٤؛ والفتاوى الهندية: ١٦٧/٤.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٤٥٥/٤.

وبذلك أخذت «مجلة الأحكام العدلية» حيث جاء في م (١٦٠٧) منها: «أمرُ أحد بأن يكتب إقراره هو إقرارٌ حكماً، بناءً عليه: لو أمرَ أحدٌ كاتباً بقوله: اكتب لي سنداً يحتوي أنني مدينٌ لفلان بكذا دراهم، ووقع عليه بإمضائه أو ختمه يكون من قبيل الإقرار بالكتابة، كالسند الذي كتبه بخطِّ يده».

الصورة الثانية:

١٠ - إنَّ قيود التجار - كالصراف والبيع والسمسار - التي تكون في دفاترهم المعتدَّ بها، وتبيِّن ما عليهم من ديون، تعتبر حجةً عليهم ولو لم تكن في شكل صكٍّ أو سندٍ رسمي، وذلك لأنَّ العادة جرت أنَّ التاجر يكتبُ دينه ومطلوبه في دفتره صيانةً له من النسيان، ولا يكتبه للهو واللعب، أما ما يكتبُ فيها من ديون لهم على الناس، فلا يعتبر وثيقة وحجة، ويحتاج في إثباتها إلى بيِّنة أخرى^(١).

وبذلك أخذت «مجلة الأحكام العدلية» حيث جاء في م (١٦٠٨) منها: «القيودُ التي هي في دفاتر التجار المعتدَّ بها هي من قبيل الإقرار بالكتابة أيضاً، مثلاً، لو قيَّد أحدُ التجار في دفتره أنه مدينٌ لفلان بمقدار كذا يكون قد أقرَّ بدين مقداره ذلك، ويكون معتبراً ومرعياً كإقراره الشفاهي عند الحاجة».

وجاء في «خزانة الأكمل»: «صَرَافٌ كَتَبَ عَلَى نَفْسِهِ بِمَالٍ مَعْلُومٍ، وَخَطَّهُ مَعْلُومٌ بَيْنَ التَّجَارِ وَأَهْلِ البَلَدِ، ثُمَّ مَاتَ فَجَاءَ غَرِيْمٌ يَطْلُبُ المَالِ مِنَ الوَرِثَةِ، وَعُرِضَ خَطُّ المِيتِ بِحَيْثُ عَرَفَ النَّاسُ خَطَّهُ، يُحَكِّمُ بِذَلِكَ فِي تَرْكِهِ إِنْ ثَبَّتَ أَنَّهُ خَطَّهُ. وَقَدْ جَرَتْ العَادَةُ بَيْنَ النَّاسِ بِمِثْلِهِ حِجَّةً»^(٢).

(١) درر الحكام: ١٣٨/٤؛ وفتح العلي، المالك: ٣١١/٢؛ والأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٢١٨؛ ونشر العرب (المطبوعة ضمن رسائل ابن عابدين): ١٤٤/٢؛ ومعين الحكام: ص ١٢٦؛ وقررة عيون الأخيار: ٦٠/١؛ والفتاوى الهندية: ١٦٧/٤؛ وأصول المحاكمات، للدكتور محمد الزحيلي: ص ١٩٩.

(٢) رد المحتار: ٣٥٣/٤؛ ورسائل ابن عابدين (نشر العرف): ١٤٣/٢؛ وقررة عيون الأخيار: ٥٩/١.

ثم علّق ابن عابدين على ذلك فقال: «اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه - كما قيده بعض المتأخرين، وهو ظاهر - بخلاف ما يكتبه لنفسه، فإنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به، فكيف إذا كتبه!! ولذلك قيّدَه في «الخزانة» بقوله: كتب على نفسه»^(١).

وجاء في «قرة عيون الأختيار»: «وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم على أنفسهم في دفاترهم المحفوظة عندهم بخطهم المعلوم بين التجار وأهل البلد، فهو حجةٌ عليهم ولو بعد موتهم»^(٢).

ويلاحظ في هذه المسألة: أنّ الفقهاء قيّدوا ذلك الحكم بأن تردّ الكتابة في دفاتر التجار المعتد بها. أما الدفاتر التي لا يعتدون بها، فلا تعتبر قيودها حجةً على أصحابها، لاحتمال ورود التزوير فيها. وأن تكون الكتابة بخط التاجر في دفتره المحفوظ عنده، لنفي شبهة التلاعب فيها.

قال ابن عابدين في «رد المحتار»: «ويجب تقييده أيضاً بما إذا كان دفتره محفوظاً عنده. فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه، فالظاهر أنه لا يعمل به، لأن الخط مما يزور، وكذا لو كان له كاتب، والدفتر عند الكاتب، لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه، فلا يكون حجة عليه إذا أنكره، أو أظهر ذلك بعد موته وأنكرته الورثة»^(٣).

وضابطُ المسألة ما حرّره ابن عابدين في رسالته «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على «العرف» حيث قال: «فالحاصل أنّ المدار على انتفاء الشبهة ظاهراً. وعليه؛ فما يوجد في دفاتر التجار في زماننا إذا مات أحدهم، وقد كتبت بخطه ما عليه في دفتره - الذي يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل - يعمل به، والعرف جار بينهم بذلك. فلو لم يعمل به، يلزم ضياع

(١) رد المحتار: ٣٥٤/٤.

(٢) قرة عيون الأختيار: ٩٧/٢.

(٣) رد المحتار: ٣٥٤/٤.

أموال الناس، إذ غالب ببياعتهم بلا شهود، خصوصاً ما يرسلونه إلى شركائهم وأمنائهم في البلاد، لتعذر الإشهاد في مثله، فيكتفون بالمكتوب في كتاب أو دفتر، ويجعلونه فيما بينهم حُجَّةً عند تحقُّق الخط أو الختم»^(١).

الصورة الثالثة:

١١ - السندات والوصلات الرسمية تعتبر حججاً معتمّدة في توثيق الدين وإثباته^(٢).

جاء في «فتاوى قارىء الهداية»: «إذا كتَبَ على وجه الصكوك؛ يَلزَمُهُ المألٌ. وهو أن يكتب: يقول فلان الفلاني إنَّ في ذمتي لفلان الفلاني كذا وكذا، فهو إقرارٌ ملزمٌ»^(٣).

وبذلك أخذت «مجلة الأحكام العدلية» حيث جاء في م (١٦٠٩) منها: «إذا كتَبَ أحد سَنَدًا أو استكتبه من كاتب، وأعطاه لآخر موقعاً بإمضائه أو مختوماً، فإذا كان مرسوماً - أي حُرِّرَ موافقاً للرسم والعادة - فيكون إقراراً بالكتابة، ويكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي. والوصلاتُ المعتادُ إعطاؤها هي من هذا القبيل».

وقال العلامة علي حيدر في شرح هذه المادة: أي إنَّ السند المحرر به اسم الدائن، وشهرته، ومقدار الدين، والتاريخ، والحاوي لإمضاء المدين أو ختمه في ذيله، يعتبر في زماننا موافقاً للرسم والعادة^(٤).

ثم ذكر أنَّ لسند الدين أربع صور:

الأولى: أن يكون متنُّ سندِ الدين بخط المدين، وتوقيعُ بخطه أيضاً.

الثانية: أن يكون متنُّ السند بخط غير المدين، وأنَّ يكون التوقيعُ بخط

المدين.

(١) رسائل ابن عابدين: ١٤٤/٢؛ وانظر: قرة عيون الأخيار: ٦٠/١.

(٢) رد المحتار: ٣٥٤/٤.

(٣) رد المحتار: ٣٥٣/٤.

(٤) درر الحكام: ١٣٩/٤.

الثالثة: أن يكونَ متنُ السند بخط المدين، وأن يكونَ السندُ مختوماً بختم المدين بدون توقيعه.

ففي هذه الصور الثلاث يُعمَلُ بمضمون السند، إذ لا يوجد شائبة تزوير.

الرابعة: أن يكونَ متنُ السند بخط غير المدين، وأن يكونَ محل التوقيع مختوماً بختم المدين فقط.

وفي هذه الصورة لا يُحتج بهذا السند، لخلوه بالكلية من خط المدين وكتابته، ووجود شائبة التزوير فيه.. لأنَّ من الممكن تصنيغَ الختم وتزويره، كما أنَّ من المحتمل استعمال الغير للختم بدون علم صاحبه، لأنَّ صاحب الختم لا يُبقي ختمه دائماً في صحبته، بل يتركه في بيته أو في مقر عمله أو يسلمه لأمينه ومعتمده.. كما أن من المحتمل أن يختم صانع الختم بضغَ سنداتٍ به قبل أن يسلمه لصاحبه.. ومع قيام تلك الاحتمالات بهذا السند يرتفع به الاحتجاج والاستدلال^(١).

الصورة الرابعة:

١٢ — إذا أنكر من كتب أو استكتبَ سنداً رسمياً مضياً بامضائه أو مختوماً بختمه الدين الذي يحتويه ذلك السند، مع اعترافه بخطه وختمه، فلا يعتبرُ إنكاره، ويلزمه أداء ذلك الدين دون حاجة إلى إثبات بوجه آخر^(٢).

جاء في «فتاوى قارىء الهداية»: «سئل إذا كتَبَ شخصٌ ورقة بخطه أن في ذمته لشخص كذا، ثم ادَّعى عليه، فجدد المبلغ، واعترف بخطه، ولم يُشهد عليه؟ أجاب: إذا كتَبَ على رسم الصكوك يلزم المال، وهو أن يكتب: يقول فلان بن فلان الفلاني أن في ذمته لفلان بن فلان الفلاني كذا وكذا، فهو إقرار يُلزمُ به. وإن لم يكتب على هذا الرسم، فالقولُ قولُهُ مع يمينه»^(٣).

(١) درر الحكام: ١٤٠/٤.

(٢) رد المحتار: ٣٥٤/٤؛ ودرر الحكام: ١٤١/٤.

(٣) قرة عيون الأخيار: ٥٩/١؛ ورد المحتار: ٣٧٤/٤.

وقد أخذت بذلك «مجلة الأحكام العدلية» حيث جاء في م (١٦١٠) منها:
«إذا أنكر من كتب أو استكتب سنداً مرسوماً على الوجه المحرر أعلاه، وأعطاه
لآخر ممضياً أو مختوماً الدّين الذي يحتويه ذلك السند مع اعترافه بكون السند
له، فلا يعتبر إنكاره ويلزمه أداء ذلك الدين».

أما إذا أنكر خطّ السند الذي أعطاه مرسوماً أيضاً، وقال: إنه ليس خطّي،
فينظر: فإن كان خطّه مشهوراً ومتعارفاً بين التجار وأهل البلد، وثبت أنه خطه،
فلا يعتبر إنكاره، ويعمل بذلك السند بدون حاجة لإثبات مضمونه ومندرجاته
بوجه آخر.

جاء في «رد المحتار»: «فإذا كتّب وصولاً أو صكاً بدين عليه وختّمه
بخاتمه المعروف، فإنه في العادة يكون حجة عليه، بحيث لا يُمكنه إنكاره، ولو
أنكره يعدّ بين الناس مكابراً. فإذا اعترف بكونه خطه وختّمه، وكان مصدراً
معنوّناً، فينبغي القول بأنه يلزمه، وإن لم يعترف به أو وجد بعد موته فمقتضى
ما في «المجتبى» أنه يلزمه أيضاً، عملاً بالعرف»^(١).

أما إذا لم يكن خطّه مشهوراً ومتعارفاً فيُسْتَكْتَبُ، ويُعرَضُ خطه على
الخبراء، فإذا أفادوا أن الخطين لشخص واحد، فيؤمر ذلك الشخص بأداء الدين
المذكور، وإلا فلا^(٢).

جاء في «معين الحكام»: «ذكر أبو الليث في نوازله: لو ادعى على آخر
مالاً، وأخرج بذلك خطأ بخط يده على إقراره بذلك المال، فأنكر المدعى عليه
أنه خطه، فاستكتب فكتب، فكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خطّ
كاتب واحد، قال أئمة بخاري، إنه حجة يقضي بها»^(٣).

وقال ابن فرحون: «إذا ادعى رجل على رجل بمال فجحدته، فأخرج

(١) رد المحتار: ٣٥٤/٤.

(٢) درر الحكام: ١٤١/٤، ١٤٢؛ ورقة عيون الأخيار: ٩٧/٢، ٩٨.

(٣) معين الحكام للطرابلسي: ص ١٢٥.

المدعي صحيفة مكتوباً فيها خط المدعى عليه وإقراره بما ادعى عليه، وزعم المدعي أنها بخط المدعى عليه، فأنكر المدعى عليه ذلك، وليس بينهما بينة، فطلب المدعي أن يُجَبَّرَ المدعى عليه على أن يَكْتُبَ بحضرة العدول، ويقابل ما كتبه بما أظهره المدعي. فأفتى أبو الحسن اللخمي بأنه يُجَبَّرُ على ذلك، وعلى أن يطوّل فيما يكتب تطويلاً لا يمكن معه أن يَسْتَعْمَلَ خطأً غير خطه. وأفتى عبد الحميد الصائغ بأن ذلك لا يلزمه، إذ لا يلزمه إحضار بيّنة تشهد عليه، وفرّق اللّخمي بينهما بأن المدعى عليه يقطع بتكذيب البيّنة التي تشهد عليه فلا يلزمه أن يسعى في أمر يقطع بطلانه. وأما خَطُّه، فإنه صادرٌ عنه بإقراره، والعدول يقابلون ما يكتبه الآن بما أحضره المدعي، ويشهدون بموافقتة له أو مخالفتة. ورجح أكثر الشيوخ ما أفتى به اللخمي^(١).

وبذلك أخذت «مجلة الأحكام العدلية» حيث جاء في م (١٦١٠) منها: «وأما إذا أنكر كون السند له، فلا يعتبر إنكاره إذا كان خطه وختمه مشهوراً ومتعارفاً ويُعْمَلُ بذلك السند. أما إذا كان خطه وختمه غير مشهور ومتعارف، يستكتب ويُعرضُ خطه على أهل الخبرة، فإن أخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يؤمر ذلك الشخص بإعطاء الدين المذكور».

ولا يخفى أن سائر هذه الأحوال التي يُعتمد فيها على السند ويُحكّم بموجب ما جاء فيه يشترط فيها سلامة السند من شبهة التزوير، وعلى هذا نصت المجلة في م (١٦١٠) بعد ذكر هذه الأحوال وبيانها: «والحاصل: يُعْمَلُ بالسند إذا كان بريئاً من شائبة التزوير وشبهة التصنيع». أما إذا كان في السند شبهة تزوير — بأن كان بغير خط المدين، وعليه ختمه دون توقيعه مثلاً — وأنكر المدين أن السند سَنَدُهُ، كما أنكر أصل الدين، فلا يكون السند مداراً للحكم^(٢).

وبذلك أخذت «مجلة الأحكام العدلية» حيث جاء في آخر م (١٦١٠)

(١) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: ٣٦٣/١.

(٢) دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام: ١٤٢/٤.

منها: «أما إذا لم يكن السند بريئاً من الشبهة، وأنكر المدين كونه السند له، وأنكر أصل الدين أيضاً، فيحلفُ بطلب المدعي على كونه ليس مديناً للمدعي، وعلى أن السند ليس له».

الصورة الخامسة:

١٣ - إذا أعطى شخصٌ لآخر سنداً رسمياً يُفيد أنه مدين له بمبلغ من المال، ثم توفي، فُيْلَزِمُ ورثته بإيفائه من التركة إذا اعترفوا بكون السند للمتوفى، ولو أنكروا الدين. أما إذا أنكروا السند، فينظر: إن كان خط المتوفى وختمه مشهوراً ومتعارفاً، وثبت أن الخط خطه والختم ختمه، فيجب عليهم أداء الدين من التركة، ولا عبرة لإنكارهم^(١). وإن كان خلاف ذلك، فلا يُعمل بالسند، لوجود شبهة التزوير فيه.

وبذلك أخذت «مجلة الأحكام العدلية» حيث جاء في م (١٦١١) منها: «إذا أعطى أحدٌ سندَ دينٍ حال كونه مرسوماً على الوجه المبين أعلاه، ثم توفي، يُلَزِمُ ورثته بإيفائه من التركة إذا كانوا معترفين بكون السند للمتوفى. وأما إذا كانوا منكرين بأن ذلك السند للمتوفى، فيُعملُ بذلك السند إذا كان خطٌ وختم المتوفى مشهوراً ومتعارفاً».

الصورة السادسة:

١٤ - إذا وَجَدَ الوارثُ خطأً لمورثه، يفيد أن عليه ديناً قدره كذا وكذا لفلان، فيجب على الوارث العملُ بخطِّ مورثه، ودفعُ الدين إلى مَنْ هو مكتوبٌ باسمه من التركة^(٢).

جاء في «الإفصاح» لابن هبيرة: إذا وُجِدَ للرجل بعد موته في دفتر حسابه بخطه أن لفلان بن فلان عندي وديعةٌ أو عليّ كذا وكذا. . فقال أحمد وبعض

(١) درر الحكام: ١٤٢/٤، وما بعدها؛ ورد المختار: ٣٥٤/٤.

(٢) شرح منتهى الإرادات: ٤٥٧/٢؛ ورد المختار: ٣٥٤/٤؛ وانظر م (٢٢٨١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة، للقاري؛ ومختصر الفتاوى المصرية، لابن تيمية: ص ٤١٧.

المتأخرين من أصحاب أبي حنيفة: يجب دفع ذلك، كما لو أقرَّ به في حياته»^(١).

وقال في «كشاف القناع»: «وإن وجد وارثٌ خطَّ، أي خطَّ مورثه بدين عليه لمعيَّن، عملَ الوارثُ به وجوباً، ودفعَ الدينَ إلى مَنْ هو مكتوبٌ باسمه»^(٢).

ومثل ذلك ما لو وُجد في تركة متوفٍّ صندوقٌ أو كتابٌ أو كيسٌ فيه نقود كُتِبَ عليه بخطَّ المتوفى أنه وديعةٌ لفلان أو هذا لفلان، فيجبُ على الوارث العملُ بخطَّ مورثه، ولا يُحتاج إلى إثبات بوجه آخر^(٣).

قال البهوتي في «شرح منتهى الإرادات»: «ويعملُ وارثٌ وجوباً بخط مورثه على كيس ونحوه كصندوق أو كتاب: هذا وديعة، أو هذا لفلان نصّاً»^(٤).

وبذلك أخذت «مجلة الأحكام العدلية» حيث جاء في م (١٦١٢) منها: «إذا ظهرَ كيسٌ مملوء بالنقود في تركة متوفٍ، ملصقٌ عليه بطاقةٌ، محررٌ فيها بخط المتوفى أن هذا الكيس مال فلانٍ، وهو عندي أمانة، يأخذُه ذلك الرجل من التركة، ولا يُحتاج إلى إثبات بوجه آخر».

(د) حكم التوثيق بالكتابة:

١٥ - لقد اختلف الفقهاء في حكم توثيق الدين بالكتابة على قولين:

(أحدهما) لابن جرير الطبري والظاهرية وبعض السلف، وهو أن كتابة الدين واجبة لقوله تعالى: ﴿فَاكْتُبُوهُ﴾ إذ الأصلُ في الأمر إفادة الوجوب. ومما

(١) الإفصاح عن معاني الصحاح: ٢٧/٢.

(٢) كشاف القناع: ٢٠٣/٤.

(٣) رد المحتار: ٣٥٤/٤؛ وكشاف القناع: ٢٠٣/٤؛ والإفصاح، لابن هبيرة: ٢٧/٢؛

ومختصر الفتاوى المصرية، لابن تيمية ص ٦٠٨؛ ودرر الحكام: ١٤٣/٤؛ ومجلة

الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة، للقاري م (٢٢٨١).

(٤) شرح منتهى الإرادات: ٤٥٧/٢.

يؤيدُ دلالة هذا الأمر على الوجوب اهتتام الآية ببيان مَنْ له حقُّ الإملاء، وصفة الكاتب، وحثه على الاستجابة إذا طُلِبَ منه ذلك، والحث على كتابة القليل والكثير، ثم التعبير عن عدم وجوب الكتابة في المبادلات الناجزة بنفي الجناح ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ حيث إنه يُشعرُ بلوم مَنْ تَرَكَ الكتابة عند تعامله بالدين^(١).

(والثاني) لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، وهو أنَّ كتابة الدين ليست بواجبة، إذ الأمرُ في الآية على سبيل الإرشاد لمن يخشى ضياع دينه بالنسيان أو الإنكار، حيث لا يكون المدين موضع ثقة كاملة من دائنه. يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَمِوَدِّ الَّذِي آوَىٰ مِنْ أَمْنَتِهِ﴾.

وهو يُفيد أن الكتابة غيرُ مطلوبة إذا توافرت الأمانة والثقة بين المتعاملين.

قال الإمام الشافعي: «فلما أمرَ إذا لم يجدوا كاتباً بالرهن، ثم أباح تَرَكَ الرهن، وقال: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَمِوَدِّ الَّذِي آوَىٰ مِنْ أَمْنَتِهِ﴾».

فدللَ على أنَّ الأمرَ الأول دلالةً على الخطأ، لا فرضَ فيه، يعصبي مَنْ تَرَكَه^(٢).

ويؤيد هذا أن صاحب الدين يستطيع أن يتنزَّل عنه ويُسقطه عن المدين، فله بالأولى أن يترك توثيقه بالكتابة. وقد درج الناس من عهد الصحابة رضوان الله عليهم إلى يومنا هذا على عدم كتابة الديون ما دامت الثقة قائمة بين المتدائنين، ولم يُنقل عن فقهاءهم تكبير عليهم مع اشتهاار ذلك^(٣).

(١) المحلى، لابن حزم: ٨٠/٨؛ والولاية على المال والتعامل بالدين للأستاذ علي حسب الله: ص ١٠٣؛ وتفسير الطبري: ٧٧/٣، ٧٩؛ وتفسير القرطبي: ٣٨٣/٣.

(٢) أحكام القرآن للشافعي: ١٢٧/٢.

(٣) أحكام القرآن، للجصاص: ٤٨٢/١؛ والمحصول، للرازي: ج ١ ق ٥٨/٢؛ والأمر، للشافعي: ٨٩/٣ وما بعدها، الولاية على المال والتعامل بالدين: ص ١٠٣؛ والمغني، لابن قدامة: ٣٦٢/٤؛ وتفسير الطبري: ٧٧/٣؛ وتفسير النيسابوري: ٩٧/٣؛ والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ٣٨٣/٣.

الفصل الثالث البينة الشخصية (الشهادة)

وستتکلم عن مشروعيتها وحكمها ونصابها .

(أ) مشروعيتها:

١٦ - قال الله تعالى في آية الدين: ﴿وَأَشْتَهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذًا مَا دُعُوا﴾^(١) .

فقد دلت الآية على مشروعية توثيق الدين بالشهادة . وأنها وثيقة واحتياط للدائن، لأن استشهاد الشهود أنفى للريب وأبقى للحق وأدعى إلى رفع التنازع والاختلاف، وفي ذلك صلاح الدين والدنيا معاً .

وإنما قيّد الله سبحانه الاستشهاد بـ : ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ .

وقصر الشهادة على من يُرْتَضَى لها خاصة من أهل العدالة والفتنة، لأنها ولاية عظيمة تقتضي تنفيذ القول على الغير بدون رضاه . . . ولهذا وجب أن يكون لصاحبها شمائل ينفرد بها، وفضائل يتحلى بها، حتى يكون له على غيره مزية توجب له رتبة الاختصاص بقبول قوله على غيره، والحكم بشغل ذمة المطلوب بالدين بشهادته عليه، وتغليب قول الطالب على قول المطلوب بتصديقه له في دعواه^(٢) .

(١) الآية ٢٨٢ من البقرة .

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي: ٢٥٤/١ .

(ب) حكمها:

١٧ - اختلف الفقهاء في حكم توثيق الدين بالشهادة على قولين:

(أحدهما) للظاهرية وبعض السلف، وهو أن الإِشهاد على الدين واجب لقوله تعالى في آية الدين: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...﴾ الآية^(١).

(والثاني) لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، وهو أن الإِشهاد على الدين ليس بواجب، إذ الأمر به إرشادٌ إلى الأوثق والأحوط، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيَمُودُوا الَّذِي أَوْثَقَ أَمَنَتَهُ﴾.

قال العلامة ابن العربي: معناه أنه أسقطَ الكتابَ والإِشهاد والرهن، وعوّل على أمانة المعامل.. ولو كان الإِشهاد واجباً لما جاز إسقاطه.. وجملة الأمر أنّ الإِشهاد حزمٌ والائتمان وثيقةٌ بالله من المدين ومروءة من المدين^(٢).

وقال أبو بكر الرازي الجصاص: «ولا خلاف بين فقهاء الأمصار أن الأمر بالكتابة والإِشهاد والرهن المذكور جميعه في هذه الآية نذب وإرشاد إلى ما لنا فيه الحظ والصلاح والاحتياط للدين والدنيا، وأنّ شيئاً من غير واجب. وقد نقلت الأمة خلفاً عن سلف عقود المداينات والأشربة والبياعات في أمصارهم من غير إِشهاد، مع علم فقهاءهم بذلك من غير تكبير منهم عليهم، ولو كان الإِشهاد

(١) المحلى: ٨٠/٨، وقد روي عن أبي موسى الأشعري، أنه قال: «ثلاثة يدعون فلا يستجيب لهم: رجل كانت له امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها، ورجل أعطى ماله سفيهاً وقد قال تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ ورجل له على رجل دين ولم يُشهد عليه»، وقد روي هذا الحديث مرفوعاً إلى النبي ﷺ. وروي عن الضحّاك أنه قال: إن ذَهَبَ حقّه لم يؤجر وإن دعا عليه لم يجب، لأنه ترك حق الله وأمره. وقد أجاب الجصاص عما روي عن أبي موسى بأنه لا دلالة فيه على أنه رآه واجباً، ألا ترى أنه ذكر معه من له امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها ولا خلاف أنه ليس بواجب على مَنْ له امرأة سيئة الخلق أن يطلقها، وإنما دلّ هذا القول منه على أن فاعل ذلك تارك للاحتياط والتوصل إلى ما جعل الله تعالى له فيه المخرج والخلاص. (انظر أحكام القرآن، للجصاص: ٤٨١/١، ٤٨٢).

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي: ٢٦٢/١.

واجباً لما تركوا النكير على تاركه مع علمهم به . وفي ذلك دليلٌ على أنهم رأوه ندباً، وذلك منقولٌ من عصر النبي ﷺ إلى يومنا هذا»^(١) .

وقال إلكيا الهراسي في «أحكام القرآن»: «إنَّ الأمر بالإشهاد ندبٌ لا واجب، والذي يزيده وضوحاً أنه قال: ﴿فَإِنْ آمَنَ بِمَعْصُكُم بَعْضًا﴾ .

ومعلوم أن هذا الأَمَنَ لا يقع إلا بحسب الظن والتوهم، لا على وجه الحقيقة، وذلك يدل على أن الشهادة إنما أمر بها لطمأنينة قلبه لا لحق الشرع، فإنها لو كانت لحق الشرع لما قال: ﴿فَإِنْ آمَنَ بِمَعْصُكُم بَعْضًا﴾ .

فلا ثقة بأمن العباد، إنما الاعتمادُ على ما يراه الشرع مصلحة، فالشهادة متى شُرعت في النكاح لم تسقط بتراضيهما وأمن بعضهم بعضاً، فدلَّ ذلك أن الشهادة شُرعت للطمأنينة . ولأنَّ الله تعالى جعلَ لتوثيق الديون طرقاً؛ منها الكتابة ومنها الرهن ومنها الإِشهاد، ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق الندب لا بطريق الوجوب فيعلم من ذلك مثله في الإِشهاد»^(٢) .

وقال القاضي ابن العربي: «والظاهرُ الصحيحُ أن الإِشهاد ليس واجباً، وإنما الأمر به أمرٌ إرشادٍ للتوثق والمصلحة، وهو في النسئنة محتاجٌ إليه لكون العلاقة بين المتعاقدين باقية، توثقاً لما عسى أن يطرأ من اختلاف الأحوال وتغيّر القلوب»^(٣) .

١٨ - هذا، وقد نصَّ جماهير الأصوليين على أن الأمر في قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾، لا يراد به الوجوب، وإنما هو للإِرشاد»^(٤) .

(١) أحكام القرآن، للجصاص: ٤٨٢/١ .

(٢) أحكام القرآن، لإلكيا الهراسي: ٣٦٥/١؛ وانظر: الأم، للشافعي: ٨٩/٣ وما بعدها .

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي: ٢٥٨/١ .

(٤) انظر: الفصول في الأصول، للجصاص: ٧٨/٢؛ والتلويح على التوضيح: ٢٨٢/١؛

فواتح الرحموت: ٣٧٢/١؛ والمحلي على جمع الجوامع وحاشية العطار عليه:

٤٦٩/١؛ وشرح الكوكب المنير: ٢٠/٣؛ ونهاية السؤل: ١٠/٢؛ والمحصل ج ١

ق ٥٨/٢؛ والأحكام للآمدي: ٢٠٧/٢؛ والإبهاج: ١٧/٢؛ والمدخل إلى مذهب

أحمد بن حنبل: ص ١٠٢ .

قال الفخر الرازي: «فإنه لا يَنْقُصُ الثوابُ بتركِ الإِشهادِ في المداينات، ولا يزيدُ بفعله»^(١). وقال الآمدي: «وهو قريبٌ من الندب، لاشتراكهما في طلبِ تحصيلِ المصلحة، غير أنَّ الندبَ لمصلحةٍ أُخرى، والإِرشادُ لمصلحةٍ دنيوية»^(٢).

وقد أورد التاج السبكي في المسألة تفصيلاً حسناً وأتى فيها بتحقيق فريد حيث قال: «والفرق بين الندب والإِرشاد: أنَّ المندوبَ مطلوبٌ لثوابِ الآخرة، والإِرشادُ لمنافعِ الدنيا، ولا يتعلَّقُ به ثوابُ البتة، لأنه فعلٌ متعلِّقٌ بغرضِ الفاعلِ ومصلحةٍ نفسه. وقد يقال: إنه يثاب عليه لكونه ممثلاً، ولكنَّ يكونُ ثوابُهُ أنقصَ من ثوابِ الندب، لأنَّ امثاله مشوبٌ بحظِّ نفسه. ويكونُ الفارقُ إذاً بينِ الندبِ والإِرشادِ إنما هو مجردُ أن أحدهما مطلوبٌ لثوابِ الآخرة، والآخرُ لمنافعِ الدنيا.

والتحقيق: أنَّ الذي فَعَلَ ما أمر به إرشاداً؛ إن أتى به لمجردِ غرضه فلا ثوابَ له، وإن أتى به لمجردِ الامتثالِ غيرَ ناظرٍ إلى مصلحته ولا قاصدٍ سوى مجردِ الانقيادِ لأمرِ ربه فيثاب، إن قصَدَ الأمرينِ أثيبَ على أحدهما دون الآخر، ولكن ثواباً أنقصَ من ثوابِ مَنْ لم يقصد غيرِ مجردِ الامتثالِ»^(٣).

(ج) نصابها:

١٩ - لقد بينت آية الدين أنَّ نصابِ الشهادة على الدين هو: إما رجلان، أو رجل وامرأتان ممن يُرْتَضَى من العدول الثقات، فإذا تحقق ذلك كان وثيقة معتبرة وحجة شرعية في إثبات الدين، وبيّنة قوية يعتمد عليها القاضي في الحكم به لطالبه.

ولا يخفى أن شهادة الرجلين بينة كاملة، يقع بها الإثبات في جميع الحقوق والديون والجنايات سوى حد الزنا عند سائر الفقهاء. قال الإمام القرافي:

(١) المحصول: ج ١ ق ٥٨/٢.

(٢) الأحكام في أصول الأحكام: ٢٠٧/٢.

(٣) الإبهاج في شرح المنهاج: ١٧/٢، ١٨.

(ما عَلِمْتُ عندنا ولا عند غيرنا خلافاً في قبول شهادة شاهدين مسلمين عدلين في الدماء والديون) (١).

أما شهادة الرجل مع المرأتين، فقد اتفق الفقهاء على أنه يثبت الدين بها أمام القضاء، وأنها وثيقة معتبرة لحفظه بنص الآية (٢)، وإنما شَرَطْتُ كَوْنَ الرَّجُلِ مَعَهُنَّ، لثَلَا يَكُونُ لَهُنَّ رَتْبَةُ الْاِسْتِقْلَالِ (٣).

قال إلكيا الهراسي: (اعلم أن ظاهر الآية يقتضي أن تكون شهادة النساء شهادة ضرورة معدولاً بها عن أصل الشهادة، فإنه قال: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ﴾، فاقتضى الظاهر عدم القدرة على الرجلين، إلا أنه جُوِّزَ على خلاف الظاهر للإجماع» (٤).

وقال القاضي ابن العربي: (قال علماؤنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ من ألفاظ الأبدال، فكان ظاهره يقتضي ألا تجوز شهادة النساء إلا عند عدم شهادة الرجال، كحكم سائر أبدال الشريعة مع مبدلاتها، وهذا ليس كما زعمه. ولو أراد ربنا ذلك لقال: (فإن لم يوجد رجلان فرجل) فأما وقد قال: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا﴾ فهذا قول يتناول حالة الوجود والعدم) (٥).

أي إنه يكون على سبيل التخيير.

وقد أشارت الآية إلى أن الحكمة في جعل المرأتين بمنزلة الرجل الواحد في الشهادة، هي أن المرأة يغلب عليها النسيان والخطأ، وأن حفظها وضبطها — بحسب فطرتها وما جُبِلَتْ عليه — دون حفظ الرجال وضبطهم، فقال تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾. فدلَّت الآية على أن استشهاد

(١) الفروق، للقرافي: ٨٦/٤.

(٢) المغني، لابن قدامة: ١٥١/٩.

(٣) أحكام القرآن، لإلكيا الهراسي: ٣٨٧/١؛ والأم، للشافعي: ٨٥/٧.

(٤) أحكام القرآن، لإلكيا الهراسي: ٣٨٦/١.

(٥) أحكام القرآن، لابن العربي: ٢٥٢/١. وانظر: أحكام القرآن، للجصاص: ٥٠١/١.

امرأتين مكان رجل إنما هو لتنبيه إحداهما الأخرى إذا غفلت وإذكارها إذا نسيته^(١).

قال ابن العربي: (فإن قيل: فهلاً كانت امرأة واحدة مع رجل، فيذكرها الرجل الذي معها إذا نسيته، فما الحكمة فيه؟!)

فالجواب فيه: أن الله سبحانه شرع ما أراد، وهو أعلم بالحكمة وأوفى بالمصلحة، وليس يلزم أن يعلم الخلق وجوه الحكمة وأنواع المصالح في الأحكام. وقد أشار علماؤنا أنه لو ذكرها إذا نسيته لكانت شهادة واحدة، فإذا كانت امرأتين وذكّرت إحداهما الأخرى، كانت شهادتهما شهادة رجل واحد، كالرجل يستذكر في نفسه فيتذكر^(٢).

(١) الطرق الحكمية: ص ١٠٥.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي: ٢٥٥/١.

الفصل الثالث

الرهن

٢٠ - وهو (المال الذي يُجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه)^(١). وبهذه الوثيقة يصير المرتهن أحقَّ بالرهن من سائر الغرماء، فإذا كان على الراهن ديون أخرى لا تفي بها أمواله، ويبيع الرهن لسداد ما عليه، كان للمرتهن أن يستوفي دينه من ثمنه أولاً، فإذا بقي شيء فهو لسائر الغرماء^(٢).

جاء في «كشف الأسرار» للبخاري: (لا خلاف أنَّ الرهن عقدٌ وثيقة لجانب الاستيفاء، حتى لا يصحَّ رهنٌ ما لا يصلح للاستيفاء كالخمر وأم الولد)^(٣). ثم نقل عن «الوسيط» أنَّ حقيقة الرهن توثيقُ الدين بتعليقه بالعين، لِيَسْلَمَ المرتهنُ به عن مزاحمة الغرماء عند الإفلاس، ويتمُّ ذلك بالقبض ليحفظَ محلَّ حقه ليوم حاجته، ويثبت للمرتهن في الحال استحقاقُ اليد على المرهون، وفي ثاني الحال استحقاقُ البيع في قضاء حقه إذا لم يوفَّه الراهن من مالٍ آخر^(٤). ثم قال: (فإن قيل: ما معنى الوثيقة في هذه اليد، ومن أي وجه جعلت وثيقة؟ قلنا معنى

(١) المغني: ٤/٣٦١، وانظر رد المحتار: ٥/٣٠٧؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢/٢٨٨؛
والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ص ١٢١٧؛ وتعريفات الجرجاني: ص ٦٠؛
والمصباح المنير: ١/٢٨٧؛ وم (٧٠١) من مجلة الأحكام العدلية وم (٩٧٥) من مرشد
الحيوان.

(٢) أحكام القرآن، للجصاص: ١/٥٢٣؛ الولاية على المال والتعامل بالدين: ص ١٠٤.

(٣) كشف الأسرار عن أصول البزدوي: ٣/٣٩٨.

(٤) المرجع السابق: ٣/٣٩٨.

الوثيقة في إثبات شيء زائد هو من جنس الأصل، مع بقاء الأول على ما كان، فإذا احتبس عنده حقيقة، يصيرُ هذا الاحتباسُ وسيلةً إلى النقد من محل آخر، وهذا هو المتعاهدُ فيما بين الناس أنْ مَلَكَ الإنسانُ متى صار محبوساً عنه بدين يتسارع إلى فكاهه بإيفاء الدين^(١).

وستكلم في هذا الفصل عن مشروعية الرهن وحكمه وما يشترط لصحة التوثيق به.

(أ) مشروعيته:

٢١ - لقد ثبتت مشروعية توثيق الدين بالرهن بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالى في آية الدين: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كِتَابًا فَرِهْنِمْ مَقْبُوضَةً ﴾^(٢).

وقد فهمَ مجاهدٌ من الآية أن الرهن لا يجوز إلا في السفر^(٣). وليس بسديد، لأن ذكر السفر في الآية خرج مخرج الغالب، حيث إن فقد الكتاب والشاهدين الموثوق بهما يكون فيه غالباً، ومذهب جماهير العلماء عدم صحة العمل بمفهوم المخالفة فيما يخرج مخرج الغالب من الألفاظ^(٤). ولأنه صحَّ عن النبي ﷺ: (أنه اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه وكانا بالمدينة، فثبت جواز الرهن في الحضر بفعله ﷺ)، ولأن الرهن وثيقة بالدين، فإذا جازت في السفر جازت في الحضر كالضمان، من أجل ذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز

(١) كشف الأسرار: ٣/٣٩٩.

(٢) الآية ٢٨٣ من سورة البقرة.

(٣) المغني: ٤/٣٦٢؛ والمحلّي: ٨/٨٧؛ وأحكام القرآن لإلكيا الهراسي: ١/٣١٤؛ وأحكام القرآن لابن العربي: ١/٢٦٠.

(٤) انظر البرهان، للزركشي: ٣/٣٩؛ والبرهان للجويني: ١/٤٧٧؛ وحاشية البناني:

١/٢٤٦؛ وإرشاد الفحول: ص ١٨٠؛ ومناهج العقول: ١/٣١٥؛ وشرح المضد:

٢/١٧٤؛ والأحكام، للآمدي: ٣/١٠٠، والمسودة: ص ٣٦٢.

الرهن في السفر والحضر، مع وجود الكاتب وعدمه^(١) .

وأما السنّة: فما روى البخاري ومسلم وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها قالت: «اشترى رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنته درعه»^(٢) . وما روى البخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ قال: «الظهر يُرَكَّبُ بنفقته إذا كان مرهوناً، ولَبْنُ الدَّرِ يُسْرَبُ بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٣) .

وأما الإجماع: فقد أجمع سائر أهل العلم على جواز توثيق الدين بالرهن^(٤) .

وأما المعقول: فلأنّ الرهنَ وثيقةٌ في جانب الاستيفاء، فيجوز كأن تجوز الوثيقة في جانب الوجوب. وبيان ذلك أنّ الدين له طرفان: طرف الوجوب، وطرف الاستيفاء، لأنه يجب أولاً في الذمة، ثم يستوفى المال بعد ذلك. والوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة - وهي الكفالة - جائزة، فكانت الوثيقة التي بطرف الاستيفاء الذي يختص بالمال جائزة أيضاً، اعتباراً بالطرف الأول؛ لأن الاستيفاء مقصودٌ، والوجوب وسيلة لهذا المقصود، فلما شرعت الوثيقة في حق الوسيلة، فلأن تُشرع في حق المقصود أولى. . . ولأنّ الحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين، فالدائن يأمن بالرهن على ماله من التوى بالجحود أو الإفلاس، والمستدين قد لا يجد من يدينه بلا رهن، فكان فيه نفع لهما - كما

(١) المهذب: ٣١٢/١؛ وأحكام القرآن، لإلكيا الهراسي: ٤١٣/١؛ وأحكام القرآن، للجصاص: ٥٢٣/١؛ والمغني: ٣٦٢/٤؛ وأحكام القرآن، لابن العربي: ٢٦٠/١؛ والأم، للشافعي: ١٣٩/٣؛ وكشاف القناع: ١٠٧/٣؛ والإشراف على مسائل الخلاف: ٢/٢.

(٢) صحيح البخاري: ١١٥/٣؛ وصحيح مسلم: ١٢٢٦/٣؛ وسنن ابن ماجه: ٨١٥/٢.

(٣) صحيح البخاري: ١١٦/٣؛ وبذل المجهود: ٢٠٧/١٥؛ وعارضة الأحوذى: ١٠/٦؛ وسنن ابن ماجه: ٨١٦/٢؛ وسنن الدارقطني: ٣٤/٣.

(٤) المغني: ٣٦٢/٤؛ وفتح العزيز: ٢/١٠، ورد المختار: ٣٠٧/٥؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢٢٨/٢.

في الكفالة والحوالة - فشرع^(١) .

(ب) حكمه :

٢٢ - ذهب جماهير الفقهاء إلى أن توثيق الدين بالرهن غير واجب وأن الأمر به في الآية على سبيل الإرشاد^(٢) .

قال ابن قدامة: (والرهن غير واجب، لا نعلم فيه مخالفاً، لأنه وثيقة بالدين، فلم يجب، كالضمان والكتابة. وقول الله تعالى: ﴿فَهِنَّ مَقْبُوضَةٌ﴾ إرشادٌ لنا لا إيجابٌ علينا، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثَقَ مَمْتَنَهُ﴾ ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة، والكتابة غير واجبة فكذا بدلها)^(٣)

(ج) ما يشترط لصحة التوثيق به :

٢٣ - لقد دل قوله تعالى: ﴿فَهِنَّ مَقْبُوضَةٌ﴾ على اشتراط القبض لصحة التوثيق في الرهن، لأن معنى الوثيقة لا يحصل إلاً به. قال الإمام الشافعي: (فلما كان معقولاً أن الرهن غير مملوك للمرتهن ملك البيع ولا مملوك المنفعة له ملك الإجارة لم يجز أن يكون رهناً إلاً بما أجازاه الله عز وجل به أن يكون مقبوضاً)^(٤) . من أجل ذلك ذهب سائر الفقهاء إلى اشتراط قبض المرهون، غير أنهم اختلفوا في نوع هذا الشرط على ثلاثة أقوال:

١ - فذهب الظاهرية^(٥) والعصاص من الحنفية إلى أنه يشترط لصحة الرهن قبض العين المرهونة. قال العصاص: (وقوله: ﴿فَهِنَّ مَقْبُوضَةٌ﴾، يدلُّ

(١) تبين الحقائق، للزيلعي وحاشية الشلبي عليه: ٦٢/٦ وما بعدها.

(٢) أحكام القرآن، للعصاص: ٤٨٢/١؛ وأحكام القرآن، لإلكيا الهراسي: ١/٣٦٥؛ والبرهان، للزركشي: ٣٩/٣؛ والأم: ١٣٨/٣؛ والمحلّى: ٨٠/٨؛ وكشاف القناع: ٣٠٧/٣.

(٣) المغني: ٤/٣٦٢.

(٤) الأم: ٣/١٣٩.

(٥) المحلّى: ٨٨/٨.

على أن الرهن لا يصح إلا مقبوضاً من وجهين:

أحدهما: أنه عطف على ما تقدم من قوله: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِبَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآمْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾، فلما كان استيفاء العدد المذكور والصفة المشروطة للشهود واجباً، وجب أن يكون كذلك حكم الرهن فيما شرط له من الصفة، فلا يصح إلا عليها، كما لا تصح شهادة الشهود إلا على الأوصاف المذكورة، إذ كان ابتداء الخطاب توجه إليهم بصيغة الأمر المقتضي للإيجاب.

والوجه الثاني: أن حكم الرهن مأخوذ من الآية، والآية إنما أجازته بهذه الصفة، فغير جائز إجازته على غيرها، إذ ليس ههنا أصل آخر يوجب جواز الرهن غير الآية، ويدل على أنه لا يصح إلا مقبوضاً أنه معلوم أنه وثيقة للمرتهن بدينه، ولو صح غير مقبوض لبطل معنى الوثيقة، وكان بمنزلة سائر أموال الراهن التي لا وثيقة للمرتهن فيها. وإنما جعل وثيقة له، ليكون محبوساً في يده بدينه، فيكون عند الموت والإفلاس أحق به من سائر الغرماء. ومتى لم يكن في يده كان لغواً لا معنى فيه، وهو وسائر الغرماء فيه سواء، ألا ترى أن المبيع إنما يكون محبوساً بالثمن مادام في يد البائع، فإن هو سلمه إلى المشتري سقط حقه، وكان هو وسائر الغرماء سواء فيه^(١).

٢ - وذهب الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة على الراجح^(٤) عندهم

(١) أحكام القرآن، للجصاص: ٥٢٣/١.

(٢) رد المحتار: ٣٠٨/٥؛ وروضة القضاة للسناني: ٤١٨/١؛ وانظر: م (٧٠٦) من المجلة

العدلية وم (٩٧٨) من مرشد الحيران، وتبيين الحقائق للزيلعي: ٦٣/٦.

(٣) مغني المحتاج: ١٢٨/٢؛ والمهذب: ٣١٢/١؛ والتنبيه للشيرازي: ص ٧٠؛ والروضة:

٤/٦٥؛ وكفاية الأختيار: ١٤٣/١؛ وفتح العزيز: ٦٢/١٠؛ والألم: ١٣٩/٣؛ والأشباه

والنظائر، للسيوطي: ص ٢٨٠.

(٤) المغني: ٣٦٤/٤؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢٣٢/٢؛ والمحزر: ٣٣٥/١؛ وكشاف

القناع: ٣١٧/٣؛ وانظر: م (٩٩٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة

للقاري.

إلى أنه يشترط القبضُ في لزوم الرهن. وعلى ذلك يكون للراهن قبل القبض أن يرجع عنه أو يسلمه.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ حيث إنَّ المصدر المقرون بحرف الفاء في جواب الشرط يُراد به الأمر، والأمرُ بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه، إذ المشروط بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة. ولأنَّ الرهن عقد تبرع، إذ لا يستوجب الراهنُ بمقابلته على المرتهن شيئاً، ولهذا لا يُجبرُ عليه، فلا بدَّ من الإضاء بعدم الرجوع، والإضاء يكون بالقبض.

٣ - وذهب المالكية إلى أنَّ الرهن يلزم بالعقد، لكنه لا يتمُّ إلا بالقبض، وللمرتهن حق المطالبة بالإقباض، ويُجبر الراهن عليه. أما لزومه بالعقد، فلأنَّ قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ أثبتَّها رهاناً قبل القبض. وأما إلزام الراهن بالإقباض فلأنَّ قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) دليلٌ على إلزام الراهن بتسليم المرهون وفاء بالعقد^(٢).

وبالنظر في هذه المذاهب وأدلتها نجد أن كل مذهب منها اعتمد على قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، واحتجَّ به على رأيه ومقولته، مع أن الآية إنما وصفت الرهن بكونه مقبوضاً وحسب، وذلك يقتضي أن يكون القبض شرطاً فيه، وليس في الآية ما يدلُّ على كونه شرطاً صحة أو شرطاً لزوم أو شرطاً تمام، حتى يترجح بدلائلها أحدُ هذه المذاهب على غيره.. لذا وجبَ البحث عن مرجح آخر. وإننا لو نظرنا إلى طبيعة عقد الرهن، لوجدنا أنَّ معنى الإرفاق والمعونة عليه غالب، لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً. وهذا المعنى قد

(١) الآية الأولى من المائدة.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٣١/٣؛ والقوانين الفقهية: ص ٣٥٢؛ والإشراف على مسائل الخلاف: ٢/٢؛ والمنتقى، للباجي: ٢٤٨/٥، كفاية الطالب الرباني: ٢١٦/٢؛ وشرح التاودي على التحفة: ١٦٨/١؛ وبداية المجتهد: ٢٣٠/٢؛ والتسهيل لابن جزي: ٩٧/١.

يرجّح كونَ حكم القبض فيه مماثلاً لحكمه في عقود الإفراق الأخرى - كالقرض والهبة والصدقة - وهو أنه شرط لزوم فيها على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

٢٤ - هذا ما يتعلق باشتراط قبض الرهن ابتداءً، أما حكم استدامة قبضه، فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال :

١ - فذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) إلى أنه لا يشترط استدامة القبض في الرهن فلو استرجعه الراهن بعارية أو ودیعة صح؛ لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه، فلم يشترط استدامته كالهبة. وللمرتهن الحق في استرداده متى شاء .

٢ - وذهب المالكية إلى أنه يشترط في صحة الرهن استدامة القبض، فإذا قبض المرتهن الرهن، ثم ردّه إلى الراهن بعارية أو ودیعة أو كراء، بطل الرهن، لأنّ المعنى الذي لأجله اشترط قبض المرهون في الابتداء هو أن يحصل وثيقة للمرتهن بقبضه إياه، وهذا المعنى يُحتاج إليه في كل حال كان فيها رهناً، فكانت استدامة القبض شرطاً فيه^(٣) .

٣ - وذهب الحنابلة إلى أنه يشترط في لزوم الرهن استدامة قبض المرهون، فإذا أخرجه المرتهن عن يده باختياره إلى الراهن أو غيره زال لزوم الرهن، وبقي العقد كأن لم يوجد فيه قبضٌ، سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إيداع أو غير ذلك. فإذا عاد فردّه إليه، عاد اللزوم بحكم العقد السابق، ولا يُحتاج إلى تجديد عقد، لأن العقد الأول لم يطرأ عليه ما يبطله، أشبه ما لو تراخى القبض عن العقد. وإن أزيلت يدُ المرتهن عنه بغير حق كالغصب والسرقة وإباق العبد وضياع المتاع ونحوه، فلزومُ العقد باقٍ، لأن يده ثابتة عليه حكماً، فكأنها لم تزل.

(١) رد المحتار: ٣٢٩/٥، وانظر: م (١٠٠٤) من مرشد الحيران وم (٧٤٩) من مجلة

الأحكام العدلية، درر الحكام: ١٦١/٢ .

(٢) الأم، للشافعي: ٣/١٤٠؛ والمغني: ٤/٣٦٧ .

(٣) الإشراف، للقاضي عبد الوهاب: ٢/٢؛ القوانين الفقهية: ص ٣٥٢؛ وبداية المجتهد:

٢/٢٣٠ .

واستدلوا على ذلك بأن الرهن يُراد للوثيقة، ليمكن من بيعه واستيفاء دينه، فإذا لم يَدْمُ في يده، زال ذلك المعنى، فكان بقاء اللزوم مرهوناً بدوام القبض^(١).

الدين الذي يصحُّ الارتهان به :

٢٥ - لا خلاف بين الفقهاء في أنَّ عقد الرهن إنما شرع لتوثيق الديون في الذم، غير أنهم اختلفوا في شروط الدين الذي يصحُّ الارتهان به على أربعة أقوال:

(أحدها) للحنفية: وهو أنه يُشترط أن يكون ذلك الدين ثابتاً في الذمة وقت الرهن^(٢) أو موعوداً به، بأن رَهَنَ شيئاً ليقرضه ألفاً مثلاً، فالرهن صحيح^(٣).

قال الزيلعي: (لأنَّ الموعود جُعِلَ كالموجود باعتبار الحاجة، بل جُعِلَ موجوداً اقتضاءً، لأنَّ الرهن استيفاءً، والاستيفاء لا يسبقُ الوجوب؛ بل يتلوه، فلا بُدُّ من سبقِ الوجوب ليكون الاستيفاءُ مبنياً عليه. ولأنه مقبوضٌ بجهة الرهن الذي يصحُّ على اعتبار وجوده، فيعطى له حكمُ المقبوض على سوم

(١) شرح منتهى الإرادات: ٢/٢٣٣؛ وكشاف القناع: ٣/٣٢٠؛ والمغني: ٤/٣٦٧؛ والمحرم: ١/٣٣٥.

(٢) سواءً أكان واجباً ظاهراً وباطناً، أو ظاهراً فقط كثمن خل وُجد خمراً، وثمن ذبيحةٍ وجدت ميتة، وبدل صلح عن إنكار ثم تصادقا على أن لا دين، فإن الدين وجب ظاهراً حين الرهن، وهو كافٍ لصحته، فالرهن به مضمونٌ على المختار. (شرح المجلة، للأتاسي: ٣/١٤٣، وانظر: مجمع الأنهر: ٢/٥٩٤؛ وتبيين الحقائق: ٦/٧١؛ وم (٩٧٧) من مرشد الحيران). وعلى ذلك يصحُّ الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه خلافاً لفر: (تبيين الحقائق: ٦/٧٢).

(٣) وعلى ذلك، فلو هلك هذا الرهن كان مضموناً عليه بما وعد من الدين، حيث إنه يعدُّ مقبوضاً على سوم الرهن (انظر: تفصيل أحكامه في تبيين الحقائق: ٦/٧١؛ ومجمع الأنهر: ٢/٥٩٤؛ وشرح المجلة، للأتاسي: ٣/١٤٤؛ ودرر الحكام، لعلي حيدر: ٢/٨٩).

(والثاني) للحنابلة: وهو أنه يشترط في الدين المرهون به أن يكون واجباً في الذمة وقت الرهن - كبدل قرض وثمان مبيع وقيمة متلف - أو ماله إلى الوجوب، كثمان في مدة خيار^(٢) . ذلك أن الرهن لا يخلو من ثلاثة أحوال:

(أ) أن يقع بعد وجوب الدين في الذمة، ولا خلاف في جوازه. قال ابن قدامة: (لأنه دينٌ ثابتٌ تدعو الحاجةُ إلى أخذِ الوثيقة به، فجاز أخذهما به كالضمان. ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ .

فجعله بدلاً عن الكتابة، فيكون في محلها، ومحلها بعد وجوب الحق، وفي الآية ما يدل على ذلك، وهو قوله: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ آجَلٍ مِّنْكُمْ فَأَقْبَرُوهُ﴾ فجعله جزاءً للمداينة المذكوراً بعدها بقاء التعقيب^(٣) .

(ب) أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين، مثل أن يقول: بعثك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر على أن ترهنني بها دابتك هذه. فيقول: قبلت ذلك. وهو صحيح أيضاً. قال ابن قدامة: (لأنَّ الحاجة داعيةٌ إلى ثبوته، فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترط فيه لم يتمكن من إلزام المشتري عقده، وكانت الخيرة إلى

(١) تبين الحقائق: ٧١/٦ .

(٢) أما إذا لم يكن واجباً أو أيلاً للوجوب في الذمة، فلا يصح الرهن به، وعلى ذلك قال الحنابلة: لا يصح أخذ الرهن بالدية على عاقلة قبل مضي حول، ولا بجعل في جعالة قبل العمل، لعدم وجوب كلٍّ من الدينين وعدم تحقق مآلهما إليه، بخلاف الرهن بالدية على العاقلة بعد الحول، وبالجعل بعد العمل، فإنه يصح لاستقرار الدينين في الذمة (انظر: شرح منتهى الإرادات: ١٣١/٢، ١٣٢؛ وكشاف الفناع: ٣/٣١١؛ وم (٩٥٤) (٩٥٥)(٩٥٧) (٩٥٨) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد؛ والمبدع: ٢١٥/٤).

(٣) المغني، لابن قدامة: ٣٦٣/٤؛ وانظر: المبدع: ٢١٤/٤.

المشتري، والظاهر أنه لا يبذله، فتفوت الوثيقة بالحق^(١).

(ج) أن يرهنه قبل ثبوت الدين في الذمة، كأن يقول: رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها، وهو غير صحيح على المعتمد في المذهب: (لأنه وثيقة بحق، فلم يجز قبل ثبوته كالشهادة، ولأنَّ الرهن أيضاً تابع للحق، فلا يسبقه، كالثمن لا يتقدم البيع)^(٢).

(والثالث) للشافعية: وهو أنه يشترط في الدين المرهون به ثلاثة شروط^(٣)

(أ) أن يكون ثابتاً في الذمة وقت الرهن، فلو رهن شيئاً بشمن ما سيشتريه أو بما يقرضه، فلا يصح، لأنه وثيقة حق فلا تقدّم عليه كالشهادة، وعلى ذلك، فلو ارتهن شيئاً قبل ثبوت الحق وقبضه، كان مأخوذاً على جهة سوم الرهن، فإذا اشترى أو استقرض منه لم يصِرَ رهناً إلاً بعقد جديد.

ثم قالوا: غير أنه يصحّ مزج الرهن بسبب ثبوت الدين تأخر طرفي الرهن، كما إذا قال: بعثك هذا بكذا أو أقرضتُك كذا، وارتهنتُ به دابَّتكَ هذه. فقال الآخر: ابتعتُ أو اقترضتُ ورهنتُ. وذلك لأنَّ شرطَ الرهن فيهما جائزٌ، فمزجُهُ أولى: لأنَّ التوثق فيه آكد، لأنه قد لا يفي بالشرط، واغتفر تقدّم أحد طرفيه على ثبوت الدين لحاجة التوثق.

(١) المغني: ٤/٣٦٣؛ وانظر المبدع: ٤/٢١٤.

(٢) المبدع: ٤/٢١٤؛ وانظر المغني: ٤/٣٦٣.

واختار أبو الخطاب جوازه قبل الحق، فمتى قال: رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً، وسلمه إليه، ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن، لأنه وثيقة بحق، فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان، أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك (انظر المرجعين السابقين).

(٣) أسنى المطالب: ص ١٥٠، ١٥١؛ وروضة الطالبين: ٤/٥٣، ٥٤؛ ونهاية المحتاج:

٤/٢٤٣ وما بعدها؛ والمهذب: ١/٣١٢.

قال القاضي في صورة البيع: ويقدَّر وجوبُ الثمن، وانعقاد الرهن عَقِبَهُ، كما لو قال: اغتقُ عبدك عني على كذا، فأعتقه عنه. فإنه يُقدَّر الملك له، ثم يعتق عليه، لاقتضاء العتق تَقَدُّمَ الملك.

وإنما اشترط تأخُّر طرفي الرهن عما ذكر بالمعنى المذكور ليتحقق سبب ثبوت الدين من كل من العاقدين، فلو انتفى ذلك لم يصحَّ العقد.

(ب) أن يكون لازماً^(١)، فلا يصح بدين كتابة؛ لأنَّ الرهن للتوثق، والمكاتبُ متمكن من إسقاط النجم متى شاء، فلا معنى لتوثيقه. ولا يصح أيضاً بدين جعالة قبل الشروع أو بعده إذا كان قبل الفراغ من العمل؛ لأن لعاقديها فسَّخَهَا، فيسقط به الجعلُ. أما بعد الفراغ، فيصح للزوم الدين.

غير أنه يصحُّ الرهن بالأجرة قبل الانتفاع في إجارة الأعيان وبالصداق قبل الدخول، وإن كان هذان الدينان غير مستقرين، وبالثمن قبل قبض المبيع وبه في مدة الخيار، وإن كان الدين غير مستقر، لأن أصل هذه العقود للزوم.

(ج) أن يكون معلوماً لهما. فلو جهلاه أو أحدهما، لم يصحَّ، كما في الضمان^(٢).

(والرابع) للمالكية، وهو أنه يُشترط في الدين المرهون به أن يكون لازماً؛

(١) قال الأسنوي وغيره: ولا يغني عن الثابت اللازم، لأن الثبوت معناه الوجود في الحال، واللزومُ عدمه صفةٌ للدين في نفسه، لا يتوقف صدقُه على وجود الدين، كما يُقال: دينُ القرض لازمٌ، ودينُ الكتابة غير لازم. فلو اقتصر على الدين اللازم لورد عليه ما سيقترضُه ونحوه مما لم يثبت. (أسنى المطالب: ١٥١/٢).

(٢) ذكره المتولي وغيره، وجزم به في الأنوار، ونصَّ الأم يشهد له. (أسنى المطالب وحاشية الرملي عليه: ١٥١/٢)، ثم قال الشهاب الرملي: ويشترط أيضاً أن يمكن استيفاؤه من عين الرهن، واحترز به عن العمل في الإجارة إذا شرط أن يعمل بنفسه، فإنه كالعين، لا يجوز الرهن به. وانظر: نهاية المحتاج وحاشية الشمس الرملي عليه: ٢٤٣/٤ وما بعدها.

كثمن مبيع أو أجرة عين، أو آيلاً إلى اللزوم، كالجعل في الجعالة بعد الشروع في العمل. ويجوز أن يتقدم الرهنُ الدين^(١).

قال ابن الحاجب: شرطُ المرهون به أن يكون ديناً في الذمة لازماً أو صائراً إلى اللزوم. قال: ويجوز - أي الرهن - على أن يقرضه أو يبيعه أو يعمل له، ويكون بقبضه الأول رهناً. وعبارةُ ابن شاس: ليس من شرط الدين أن يكون ثابتاً قبل الرهن. بل لو قال: رهنْتُ عندك عبدي هذا على أن تقرضني غداً ألف درهم، أو على أن تبيعني هذا الثوب، ثم استقرض أو ابتاع منه، فإنَّ الرهن يلزم، ويجب تسليمه إليه، وإن كان قد أقبضه إياه؛ صار بذلك القبض رهناً^(٢). وإن امتنع عن البيع أو الإقراض، بطل الرهن^(٣).

وفي «بداية المجتهد»: «أصل مذهب مالك في المرهون فيه، أنه يجوز أن يؤخذ الرهنُ في جميع الأثمان الواقعة في جميع البيوعات إلّا الصرف ورأس المال في السلم^(٤) المتعلّق بالذمة؛ وذلك لأنَّ الصرف من شرطه التقابض، فلا يجوز فيه عقدة الرهن، وكذلك رأس مال السلم، وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى.

فعلى مذهب مالك: يجوز أخذُ الرهن في المُسَلَّم فيه، وفي القرض، وفي الغصب، وفي قيم المتلفات؛ وفي أروش الجنائيات في الأموال، وفي جراح العمد الذي لا قوَدَ فيه كالمأمومة^(٥) والجائفة^(٦). وأما قتل العمد والجراح التي يُقاد فيها، فيتخرّجُ في جواز أخذِ الرهن في الدية فيها إذا عفا الولي قولان:

(١) الزرقاني علي خليل: ٢٤٧/٥؛ ومواهب الجليل: ١٦/٥؛ والخرشي: ٢٤٩/٥؛ الكافي لابن عبد البر: ص ٤١٠.

(٢) شرح المواق على مختصر خليل: ١٦/٥.

(٣) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٢٤٩/٥.

(٤) ومثل ذلك قال ابن جزى في القوانين الفقهية: ص ٣٢٨ (طبعة الدار العربية للكتاب).

(٥) المأمومة: الشجاج الذي يصل إلى أم الدماغ. (المصباح المنير: ٣١/١).

(٦) الجائفة: الجراحة التي تصل إلى الجوف. (المصباح المنير: ١٤٠/١).

(أحدهما) أنّ ذلك يجوز. وذلك على القول بأنّ الوليّ مخير في العمد بين الدية والقود.

(والقول الثاني) أنّ ذلك لا يجوز. وذلك أيضاً مبنيّ على أنّ ليس للوليّ إلّا القودُ فقط إذا أبى الجاني من إعطاء الدية.

ويجوز في قتل الخطأ أخذُ الرهنِ ممن يتعيّنُ من العاقلة، وذلك بعد الحول. ويجوز أخذُهُ في الإجازات، ويجوز في الجعل بعد العمل ولا يجوز قبله. ويجوزُ الرهنُ في المهر، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة، وبالجملة فيما لا تصحُّ فيه الكفالة^(١).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (المطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية) ٢٩/٨.

الفصل الرابع الكفالة (الضمان)

وستتكمّل في هذا الفصل عن معنى كفالة الدين ومشروعيتها وركنها.

(أ) معنى كفالة الدين:

٢٦ - لقد اختلف الفقهاء في تعريف كفالة الدين على أربعة أقوال:

(١) فذهب الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) إلى أنها «ضمّ ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في الالتزام بالدين، فيثبت في ذمتها جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما».

فإن قيل: الشيء الواحد لا يشغل محلين، فكيف يصح أن يشغل الدين الواحد ذمتين؟!

فالجواب: أن إشغاله على سبيل التعلّق والاستيثاق، كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن^(٣)، وأنه كفرض الكفاية، يتعلّق بالكلّ ويسقط بفعل البعض. وتعلّق هذا لا يعني تعدّده، لأنه في الحقيقة واحد. وما التعدد إلّا بالنسبة لمن تعلق بهم فقط^(٤). وعلى هذا فلا زيادة في الدين، لأنّ الاستيفاء لا يكون إلّا من واحد منهما، كما في غاصب الغاصب، كلاهما ضامن لقيمة المغصوب، وليس

(١) الأم: ٢٢٩/٣؛ والمهذب: ٣٤٨/١؛ ونهاية المحتاج: ٤٤٣/٤.

(٢) المغني: ٥٩٠/٤؛ والشرح الكبير: ٧٠/٥؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢٤٥/٢؛ وكشاف القناع: ٣٥٠/٣ وما بعدها.

(٣) شرح منتهى الإرادات: ٢٤٦/٢.

(٤) نهاية المحتاج: ٤٤٤/٤.

للمالك إلأ قيمة واحدة^(١) .

(٢) وذهب المالكية إلى أنها «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في الالتزام بالدين». إلأ أنهم قالوا: ليس للمكفول له أن يطالب الكفيل بالدين إلأ إذا تعذر عليه الاستيفاء من الأصيل، لأن الضمان وثيقة، فلا يستوفى الحق منها إلأ عند العجز عن استيفائه من المدين كالرهن^(٢) .

(٣) وذهب الحنفية إلى أنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في وجوب الأداء لا في وجوب الدين، لأن ثبوت الدين في الذمة اعتبار شرعي لا يكون إلا بدليل، ولا دليل على ثبوته في ذمة الكفيل، لأن التوثيق يحصل بالمشاركة في وجوب الأداء من غير حاجة إلى إيجاب الدين في الذمة، كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن، والتمن في ذمة الموكل وحده. وعلى هذا عرفوها بأنها «صم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة»^(٣) .

(٤) وذهب ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود الظاهري وأبو ثور وأحمد في رواية عنه إلى أن الدين ينتقل بالكفالة إلى ذمة الكفيل — كما في الحوالة — فلا يكون للدائن أن يطالب الأصيل^(٤) .

٢٧ — وعلى أية حال، فسواء كانت كفالة الدين تعني ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في الالتزام بالدين أو في المطالبة فقط أو تعني انتقال الدين من ذمة المكفول إلى ذمة الكفيل. . فإنها تقضي باتفاق الفقهاء التزام الكفيل بأداء الدين

(١) الولاية على المال والتعامل بالدين: ص ١٠٦؛ وتبيين الحقائق، للزيلعي: ١٤٦/٤ .

(٢) الخرشي علي خليل وحاشية العدوي عليه: ٢١/٦، ٢٨؛ والقوانين الفقهية: ص ٣٥٤؛ والزرقاني علي خليل: ٢٢/٦، ٢٩؛ ومنح الجليل: ٢٤٣/٣، ٢٥٨؛ التزام التبرعات، للشيخ أحمد إبراهيم: ص ٢٣٥ .

(٣) رد المحتار: ٢٤٩/٤؛ وتبيين الحقائق، للزيلعي: ١٤٦/٤؛ والمغرب: ص ٤١٢؛ والتعريفات، للجرجاني: ص ٩٨؛ التزام التبرعات، لأحمد إبراهيم: ص ٢٣٥؛ وانظر: م (٨٣٩) من مرشد الحيران، وم (٦١٢) من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) الشرح الكبير على المقنع: ٧١/٥؛ والمحلى: ١١١/٨ .

إلى الدائن إذا تعذر عليه استيفاؤه من الأصل، وذلك هو معنى التوثيق وفائدته
وثمرته.

(ب) مشروعيتهما:

٢٨ - لقد ثبتت مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (١).

قال ابن عباس: الزعيم هو الكفيل.

وجه الاستدلال بالآية أنَّ المنادي لم يكن مالكاً، إنما كان نائباً عن
يوسف ورسولاً له، فَشَرَطَ حِمْلَ البعير على يوسف لمن جاء بالصُّوعِ، ثم ضمن
الحِملَ عنه لمن ردّها (٢).

وقد اعترضَ على هذا الاستدلال بأن ما جاء في الآية هو شرع من قبلنا!!
والجواب على ذلك: أنَّ شرع من قبلنا إذا أقره الإسلام ولم ينكره، فهو شرع
لنا، وهذا حاصل في الكفالة.

وأما السنة: فما روى أبو داود والترمذي وأحمد والدارقطني والطيالسي
وابن ماجه والبيهقي وابن أبي شيبة وعبد الرزاق وأبو يعلى عن أبي أمامة الباهلي
رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع:
«الزعيم غارم» (٣).

وما روى البخاري والبيهقي عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه وأبو داود
والترمذي والنسائي أنَّ النبي ﷺ أتى بجنائز ليصليَ عليها فقال: هل ترك شيئاً؟
قالوا: لا. قال: فهل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال: صلوا على صاحبكم.

(١) الآية ٧٢ من سورة يوسف.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي: ١٠٩٧/٣؛ والتسهيل، لابن جزي الكلبي: ١٢٤/٢.

(٣) سنن الدارقطني: ٤١/٣؛ والدرية في تخريج أحاديث الهداية: ١٦٣/٢؛ ومسنن الإمام

أحمد: ٢٦٧/٥؛ وبذل المجهود: ٢٤٣/١٥؛ وعارضة الأحوذى: ٢١/٦؛ وسنن

ابن ماجه: ٨٠٤/٢؛ وسنن البيهقي: ٧٢/٦.

فقال أبو قتادة: صلّ عليه يا رسول الله وعليّ دينه. فصلّى عليه^(١).

وما روى أبو داود وابن ماجه والبيهقي عن ابن عباس رضي الله عنه أنّ رجلاً لزمَ غريباً له بعشرة دنانير، فقال: والله ما أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل. قال: فتحمّل بها النبي ﷺ، فأناه بقدر ما وعده، فقال له النبي ﷺ: من أين أصبت هذا الذهب؟ قال: من معدن. قال: لا حاجة لنا فيها، ليس فيها خير. فقضاها عنه رسول الله ﷺ^(٢).

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الكفالة في الجملة، وإن اختلفوا في أحكام بعض فروعها^(٣).

ولا يخفى أنّ حكمة مشروعية الكفالة هي كونها صورة من صور التعاون على الخير الذي حث الله تعالى عليه بقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(٤).

ووجه التعاون فيها أنها تسهيل لعقود الناس ومدايناتهم التي يحتاجون إليها، ورفعٌ لخوف الدائن على ماله بتوثيقه وحفظه له من التورى والضياع، وإزالةٌ لخوف المدين على نفسه من العجز عن الوفاء. ومن هنا كانت عوناً للدائن والمدين معاً. يقول الزاهد البخاري: «وأما الحُسْنُ في الكفالة: فإنَّ فيها إظهارَ الشفقة ومراعاةَ الأخوة ببذل الذمة ليضمها إلى الذمة، فيتفصح وجه المطالبة، ويسكن قلب المطالب بسبب السعة»^(٥).

(ج) ركنها:

٢٩ - لا خلاف بين الفقهاء على أنه يشترط رضا الكفيل لصحة

(١) صحيح البخاري: ٥٦/٣؛ وسنن البيهقي: ٧٢/٦؛ وسنن ابن ماجه: ٨٠٤/٢؛ وبذل

المجهود: ٣٠٧/١٤؛ وسنن النسائي: ٦٥/٤، ٦٦؛ وعارضة الأحمدي: ٢٩٠/٤.

(٢) وبذل المجهود: ٢٨٩/١٤؛ وسنن ابن ماجه: ٨٠٤/٢؛ وسنن البيهقي: ٧٤/٦.

(٣) المغني: ٥٩١/٤.

(٤) الآية ٢ من سورة المائدة.

(٥) محاسن الإسلام، للزاهد البخاري: ص ٩٤.

الكفالة^(١) . كما أنه لا خلاف بينهم في عدم اشتراط رضا الأصيل (المضمون عنه) لتامها^(٢) . قال ابن قدامة: «ولا بُدُّ من رضی الضامن. فإن أكره على الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضی المضمون عنه، لا نعلم فيه خلافاً، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صحّ، فكذلك إذا ضمن عنه^(٣) .

٣٠ - أما رضا الدائن المكفول له، فقد اختلف الفقهاء في اشتراطه على

قولين:

(أحدهما) للشافعية في الأصح والمالكية والحنابلة وأبي يوسف في قوله الثاني: وهو أنه لا يشترط رضی المكفول له، فتصحُّ الكفالة بإرادة الكفيل والتزامه وحده، لأنها وثيقة لا يعتبر لها قبض، فلم يعتبر لها رضی كالشهادة، ولأنها مجرد التزام وهو يتم بعبارة الملتزم وحده وإرادته المنفردة^(٤) .

على أن فقهاء الحنفية اختلفوا في حمل وتوجيه رأي أبي يوسف هذا على

قولين^(٥):

أحدهما: أنّ الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل فقط، ولكنها تكون موقوفة على إجازة المكفول له، فإن أجازها نفذت، وإن ردّها أو مات قبل الإجازة بطلت.

(١) المغني: ٥٩١/٤؛ الشرح الكبير على المقنع: ٧٨/٥.

(٢) المحلى: ١١١/٨؛ ومنح الجليل: ٢٥٢/٣؛ والشرح الكبير على المقنع: ٧٨/٥؛ وشرح الخرشي: ٢٥/٦؛ والزرقاني على خليل: ٢٦/٦؛ ونهاية المحتاج: ٤٢٤/٤؛ والمهذب: ٣٤٧/١؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢٤٧/٢؛ وفتح العزيز: ٣٥٨/١٠؛ ودرر الحكام: ٦٢٧/١.

(٣) المغني: ٥٩١/٤.

(٤) شرح منتهى الإرادات: ٢٤٨/٢؛ والمغني: ٥٩١/٤؛ والشرح الكبير على المقنع: ٧٨/٥؛ وفتح العزيز: ٣٥٩/١٠؛ ونهاية المحتاج: ٤٢٤/٤؛ والمهذب: ٣٤٧/١؛ تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب (مطبوع ضمن فتاوى عليش): ٢١٨/١؛ ورد المختار: ٢٦٩/٤.

(٥) رد المختار: ٢٥١/٤؛ ودرر الحكام: ٦٢٨/١؛ والتزام التبرعات: ص ٢٣٢.

والثاني: أنها تتعقد بإيجاب الكفيل فقط، وتنفذ أيضاً، ولا تكون موقوفة على إجازة المكفول له، ولكنها ترتد برده لأنَّ الكفالة التزام، فيستبد به الملتزم ولا ضرر في ذلك على المكفول له، لأنه لو ردها ارتدت كالإبراء. وهذا التوجيه هو الأصح كما ذكر العلامة ابن عابدين في «رد المحتار»^(١)، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء في م (٦٢١) منها: «تتعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده، ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك، وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له. وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد، ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة، يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها».

(والثاني) للشافعية في غير الأصح وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني وأبي يوسف في قوله الأول وهو المفتى به عند أكثر الحنفية: وهو أن ركن الكفالة الذي تتعقد به هو الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له، لأن في عقد الكفالة معنى التمليك، وهو تمليك المطابقة من المكفول له، فلا يتم بعد الإيجاب إلّا بقبوله، والموجود بإيجاب الكفيل شطر العقد، فلا بد لتمامه من القبول في المجلس^(٢).

٣١ - ويلوح لي أن أرجح القولين وأولاهما بالاعتبار قول جمهور الفقهاء بعدم اشتراط قبول المكفول له ورضاه لتمام الكفالة، وذلك لقوة ما استدلوا به، ولحديث سلمة بن الأكوع الأنف الذكر وحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ إذا أُتِيَ بالجنّاة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل، ويسأل عنه دينه، فإن قيل: عليه دين، كفَّ عن الصلاة عليه. وإن قيل: ليس عليه دين، صلى عليه. فأتى بجنّاة، فلما قام ليكبر سأل أصحابه: هل على

(١) رد المحتار: ٢٥١/٤.

(٢) فتح العزيز: ٣٥٩/١٠؛ والمهذب: ٣٤٧/١؛ ورد المحتار: ٢٦٩/٤؛ وتبيين الحقائق، للزيلعي: ١٥٩/٤؛ والتزام التبرعات: ص ٢٣٣؛ وانظر: م (٨٤٠) من مرشد الحيران، نهاية المحتاج: ٤٢٤/٤.

صاحبكم من ذين؟ قالوا: عليه ديناران. فعدل رسول الله ﷺ عنه وقال: صلّوا على صاحبكم. فقال علي رضي الله عنه: هما عليّ، برىء منهما، فتقدّم رسول الله ﷺ فصلى عليه، ثم قال لعلي: جزاك الله خيراً، فكأن الله رهانك كما فككت رهان أخيك، إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرتهن بدينه، فمن فك رهان ميت فكأن الله رهانه يوم القيامة. فقال بعضهم: هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامة؟! فقال: لا بل للمسلمين عامة. رواه الدارقطني والبيهقي (١).

فدل هذان الحديثان على أن الكفالة تنمّ بالتزام الضامن وحده، ولا تتوقف على رضی المضمون له.

(د) الدين الذي تصح الكفالة به:

٣٢ - اختلف الفقهاء في شروط الدين الذي تصح الكفالة به على أربعة أقوال:

(أحدها) للمالكية والحنابلة، وهو أنه يشترط في الدين المكفول به أن يكون واجباً في الذمة أو آيلاً للوجوب فيها، سواء أكان مجهولاً أو معلوماً.

فيصح الضمان بما يثبت على فلان، أو بما يقرّ به، أو بما يخرج بعد الحساب عليه، أو بما يداينه فلان، ونحو ذلك. ويكون للضامن إبطال الكفالة بما يؤول للوجوب قبل وجوبه، لعدم اشتغال ذمته به (٢).

(١) سنن الدارقطني: ٤٧/٣؛ سنن البيهقي: ٧٣/٦.

(٢) كشف القناع: ٣٥٤/٣ وما بعدها، شرح منتهى الإرادات: ٢٤٨/٢؛ والمبدع: ٤/٢٥٢ وما بعدها، والمغني: ٥٩٢/٤؛ وانظر م (١٠٨٣، ١٠٩٢، ١٠٩٣). من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد للقاري، الكافي لابن عبد البر: ص ٣٩٨؛ والقوانين الفقهية (طبعة الدار العربية للكتاب): ص ٣٣٠؛ والزرقاني علي خليل: ٢٤/٦؛ وما بعدها؛ والتفريع، لابن الجلاب: ٢/٢٨٥؛ ومواهب الجليل، للحطاب: ٩٩/٥؛ وما بعدها، والتاج والإكليل، للمواق: ٩٨/٥ - ١٠٠؛ والخرشي: ٢٤/٦؛ وبداية المجتهد (المطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية): ١٠٨/٨؛ وإرشاد السالك، لابن عسكر المالكي: ص ١٣٣.

واستدلوا على عدم اعتبار كون الدين معلوماً لصحة الكفالة به بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جَمَلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١)، حيث أجاز المولى سبحانه الكفالة بحمل البعير، وهو غير معلوم، لأنه يختلف باختلاف المحمول عليه، فيحتمل الزيادة والنقصان بحسب قوة وضعف المحمول عليه. قالوا: ولأنه التزامٌ حقٌّ في الذمة من غير معاوضة، فصَحَّ في المجهول كالإقرار والنذر. ولأنه يصحُّ تعليقهُ بغيرٍ وخطر - وهو ضمانُ العهدة - إذا قال: أَلْتَقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ، وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ. أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء، وعليَّ ضمانُها، فيصحُّ في المجهول، كالطلاق والعناق.

واحتجوا لصحة ضمان ما لم يجب إذا آل إلى الوجوب بالآية الآنفه الذكر، حيث دلَّت على ضمان حمل البعير، مع أنه لم يكن وجب. قالوا: فإن قيل: الضمانُ ضمٌّ ذمة إلى ذمة في التزام الدين، فإذا لم يكن على المضمون عنه حقٌّ فلا ضمَّ فيه، فلا يكون ضماناً؟! أجيب: بأنه قد ضمَّ ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه، ويثبت في ذمته ما يثبت فيها، وهذا كاف.

(والثاني) للحنفية، وهو أنه يشترط في الدَّين المكفول به أن يكون صحيحاً ثابتاً في الذمة، سواء أكان معلوماً أو مجهولاً. ومرادهم بالدين الصحيح «ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء».

قالوا: وإنما صحت الكفالة مع جهالة المال، لابتنائها على التوسع، فإنها تبرعٌ ابتداءً، فيتحمَّلُ فيها جهالة المال المتعارفة.

وعلى ذلك نصوا على عدم صحة الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة، لأنه ليس ديناً صحيحاً، لأنَّ المكاتب يملك إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز.

كما نصُّوا على أنَّ من الدين الضعيف الذي يَسْقُطُ بدون الأداء أو الإبراء:

(١) الآية ٧٢ من سورة يوسف.

دين الزكاة، فلا تصح الكفالة به عندهم، لأنه يسقط بالموت وبهلاك المال^(١).

(والثالث) للظاهرية، وهو أنه يشترط في الدين المكفول به أن يكون ثابتاً في الذمة وقت إنشاء عقد الكفالة، وأن يكون معلوماً^(٢).

وعلى ذلك، فلا يصح ضمان المجهول، مثل أن يقول له: أنا أضمنُ عنك ما لفلان عليك. قال ابن حزم: «لقول الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ رِضَايَا مِنْكُمْ﴾^(٣). ولإخباره ﷺ: «أنه لا يحل مال مسلم إلاً بطيب من نفسه»^(٤)، والتراضي وطيب النفس لا يكون إلاً على معلوم القدر، وهذا أمرٌ يُعلم بالحسِّ والمشاهدة»^(٥).

وكذلك لا يصح ضمان ما لم يجب بعدُ، كمن قال لآخر: أنا أضمنُ عنك ما تستقرضه من فلان. أو قال له: اقترض عن فلان ديناراً، وأنا أضمنه عنك. أو قال له: أقرض فلاناً ديناراً، وأنا أضمنه لك، قال ابن حزم: «لأنه شرطٌ ليس في كتاب الله عز وجل، فهو باطل. ولأنَّ الضمان عقدٌ واجبٌ، ولا يجوزُ

(١) رد المحتار: ٢٦٣/٤، وما بعدها؛ وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه: ١٥٢/٤ وما بعدها؛ وبدائع الصنائع: ٨/٦؛ وتحفة الفقهاء: ٤٠٠/٣؛ ومجمع الأنهر والدر المنتقى: ١٣٠/٢؛ وقد جاء في م (٨٥٢) من مرشد الحيران «تصح الكفالة بالمال، سواءً أكان معلوماً أو مجهولاً، وإنما تصح بالدين الصحيح الثابت في الذمة، وهو ما لا يسقط إلاً بالأداء أو الإبراء». وجاء في م (٨٥٣) منه أيضاً: «لا تصح الكفالة بالدين غير الصحيح إلاً بدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضي أو بأمر القاضي». وعللوا هذا الاستثناء بأنه استحسان للحاجة. وانظر م (٦٣١) من مجلة الأحكام العدلية، وشرح المجلة، للأتاسي: ٢٤/٣ وما بعدها.

(٢) المحلى: ١١٧/٨.

(٣) الآية ٢٩ من سورة النساء.

(٤) أخرجه البيهقي والدارقطني، وأبو يعلى من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه مرفوعاً: (انظر: السنن الكبرى، للبيهقي: ١٠٠/٦؛ وسنن الدارقطني: ٢٦/٣؛ ومسند أبي يعلى: ١٤٠/٣).

(٥) المحلى، لابن حزم: ١١٧/٨.

الواجب في غير واجب، وهو التزام ما لم يلزم بعد، وهذا محال، وقول فاسد. وكل عقد لم يلزم حين التزامه، فلا يجوز أن يلزم في ثانٍ وفي حين لم يلتزم فيه، فقد لا يقرضه ما قال له، وقد يموت القائل لذلك قبل أن يقرضه ما أمره بإقرضه، فصح بكل هذا أنه لا يلزم ذلك القول^(١).

(والرابع) للشافعية، وهو أنه يشترط في الدين المضمون ثلاث صفات: أن يكون ثابتاً وقت الضمان، وأن يكون لازماً^(٢) أو آيلاً للزوم، وأن يكون معلوماً للضامن جنساً وقدرًا وصفةً.

وعلى ذلك، فلا يصح ضمان دين لم يجب، كدين قرض أو بيع سيقع؛ لأنه وثيقة بحق، فلا يتقدم ثبوت الحق كالشهادة^(٣). كما لا يصح ضمان المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين؛ لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، فلم يصح مع الجهل، كالثمن في البيع. ويصح الضمان بالثمن قبل قبض المبيع، ولو في مدة الخيار، لأنه بعدها لازم، وقبلها آيل إلى اللزوم بنفسه عن قرب، فاحتيج فيه إلى التوثيق. كما يصح بالصداق قبل الدخول للزومه وإن لم يكن مستقرأ^(٤).

٣٣ — وبالنظر في هذه الأقوال الأربعة يبدو جلياً أن اختلاف الفقهاء في

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) ولو غير مستقر، قال الشمس الرملي: والمراد باللازم ما لا يتسلط على فسخه من غير سبب، ولو باعتبار وضعه: وقد علق الشبراملسي على ذلك، فقال: دَعِيَ به ما يقال لا حاجة للجمع بين قوله لازماً وقوله ثابتاً، إذ اللازم لا يكون إلا ثابتاً!! وحاصل الجواب: أن اللازم قد يطلق باعتبار ما وضعه ذلك، فثمن المبيع يقال له لازم باعتبار أن وضعه ذلك، ولو قبل قبض المبيع، مع أنه ليس بثابت، فأحدهما لا يعني عن الآخر (نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليه: ٤٢٧/٤).

(٣) ويستثنى من ذلك ضمان العهدة، وهو ضمان الدرك، فإنه يجوز وإن لم يكن بحق ثابت لمسئس الحاجة إليه. (نهاية المحتاج: ٤٢٥/٤؛ وأسنى المطالب: ٢٣٨/٢).

(٤) انظر: أسنى المطالب: ٢٣٧/٢ — ٢٤٠؛ وروضة الطالبين: ٢٤٤/٤ — ٢٥٢؛ ونهاية المحتاج: ٤٢٤/٤ وما بعدها؛ والمهذب: ٣٤٧/١ وما بعدها.

شروط الدين المكفول به هو نفسه - في الجملة - في شروط الدين المرهون به، وذلك لأن الأصل عند سائر الفقهاء «أنَّ ما جاز أخذ الرهن به جاز ضمانه، وكذا عكسه»^(١). ولا يخفى أن هذه القاعدة أغلبية، ليست مطردة في كل الأحوال^(٢). والله سبحانه وتعالى أعلم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الدكتور نزيه كمال حمّاد

-
- (١) كشاف القناع: ٣/٣٥٦؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢/٢٤٨؛ وبداية المجتهد (المطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية): ٨/٣٠؛ وأسنى المطالب: ٢/١٥١؛ وقد جاء في م (١٠٨٣) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد: «كلُّ ما صحَّ أخذُ الرهن به من الحقوق، صحَّ الضمان به».
- (٢) انظر: روضة الطالبين: ٤/٥٥؛ وأسنى المطالب: ٢/١٥١؛ ويقول صاحب الدر المنتقى شرح الملتقى: (٢/١٣٠): «وتجوز الزيلعي الرهن في كل ما تجوز الكفالة به بجامع التوثيق منقوض بالدرك، لجواز الكفالة به دون الرهن».

المناقشة

البيع بالتقسيط

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

أمامنا الآن موضوع «البيع بالتقسيط» والعارض له فضيلة الشيخ القاضي محمد تقي العثماني والمقرر فضيلة الشيخ نزيه كمال حماد.

القاضي محمد تقي العثماني:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى آله وأصحابه أجمعين، أما بعد:

أود قبل أن أدخل في عرض البحوث المقدمة في موضوع البيع بالتقسيط في هذه الدورة، أود أن أشير إلى أن هذا الموضوع «البيع بالتقسيط» قد سبق أن دُرِس في الدورة الماضية السادسة لهذا المجمع، ولكن رأى المجلس بعد المناقشات والمداولات أن هناك جوانب مختلفة لهذا الموضوع تحتاج إلى مزيد من الدراسة، فاتخذ القرار في بعض المسائل وأرجأ اتخاذ القرار في بعض المسائل الأخرى، فيكون من المناسب أن أقرأ في بداية عرضي القرار الذي اتخذ في الدورة السادسة لثلاث نفع في التكرار ولثلاث نفع في مناقشة المسائل التي قد سبق أن قررت في هذا المجمع، والقرار هذا أقرأه عليكم:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع البيع بالتقسيط، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر:

أولاً: تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً وثمانه بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل، فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعاً.

ثانياً: لا يجوز شرعاً في بيع الأجل التنصيص في العقد على فوائد التقسيط مفصولة عن الثمن الحال بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة أم ربطها بالفائدة السائدة.

ثالثاً: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط لأن ذلك ربا محرم.

رابعاً: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حلّ من الأقساط ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

خامساً: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.

سادساً: لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة.

هذه ستة قرارات قد اتخذت في موضع البيع بالتقسيط، ثم إن هناك توصية في هذا القرار بدراسة بعض المسائل المتصلة ببيع التقسيط للبت فيها إلى ما بعد إعداد دراسات وأبحاث كافية فيها، ومنها:

أولاً: خصم البائع كمبيالات الأقساط المؤجلة لدى البنوك .

ثانياً: تعجيل الدين مقابل إسقاط بعضه وهي مسألة «ضع وتعجل».

ثالثاً: أثر الموت في حلول الأقساط المؤجلة.

إذن فمهمتنا اليوم في هذه الدورة هي دراسة هذه الموضوعات الثلاثة التي أوصت الدورة السادسة بدراستها دراسة كافية، والموضوعات التي اتخذ القرار فيها لا حاجة لنا إلى البحث فيها في هذه الدورة، وبالرغم من أن البحوث التي قدمت لهذه الدورة قد تناول بعضها بعض هذه المسائل التي سبق أن قررت في الدورة السادسة، فإنني في عرضي الآن اقتصر على هذه المسائل الثلاثة وعلى ما أضيف إليها من قبل الأمانة العامة من موضوع توثيق الدين وصوره المختلفة، فموضوع عرضي الآن هو مسائل أربع: الأول خصم الكمبيالة، والثاني تعجيل الدين مقابل إسقاط بعضه يعني مسألة ضع وتعجل، والثالث أثر الموت أو خراب الذمة في حلول الأقساط وفي حلول الدين، والرابع طرق توثيق الدين، والبحوث التي عرضت في هذه المواضيع الأربعة هي بحوث أربعة: بحث سيادة الدكتور رفيق يونس المصري، وبحث للدكتور محمد عطا السيد، وبحث للدكتور نزيه كمال حماد، وبحث لهذا العبد الضعيف.

فأشرع بمسألة توثيق الدين وأنواعه أولاً، وهي الموضوع الرابع من هذه الموضوعات الأربعة التي اتخذت لهذه الدورة، وبما أن الثمن في البيع المؤجل يصير ديناً على المشتري فور تمام العقد، فإنه يجوز للبائع أن يطالبه بتوثيق لهذا الدين، أو بضمان للتسديد عند حلول الأجل، أما ضمان التسديد فيمكن بطريق الرهن أو بكفالة من الطرف الثالث، وفي الصورة الأولى يرهن المشتري شيئاً من ممتلكاته لدى البائع، ويحق للبائع أن يمسكه كضمان للتسديد، فهذا شيء معروف في الفقه الإسلامي ولا أريد أن أدخل في تفاصيل الرهن، فإنها معروفة، ولكن هناك مسألة رهن قد استحدثت وهي رهن السائل الذي هو نوع مستحدث من الرهن قد تكلمت فيه في الصفحة العاشرة من بحثي، وهو أنه في قوانين كثير من البلاد الإسلامية لا يقبض فيه المرتهن على الشيء المرهون، وإنما يبقى بيد الراهن، ولكن يحق للدائن إذا قصر المدين في الأداء أن يطالب ببيعه وتسديد دينه من حصيلة بيعه، وهذا النوع من الرهن يسمى أحياناً الرهن الساذج وباللغة الإنجليزية (Simple mortgage)، وأحياناً الذمة السائلة وباللغة الإنجليزية

(Floating charge)، وهذا مثل أن يرهن المدين سيارته لدى الدائن، ولكن تبقى السيارة بيد المدين الراهن يستعملها لصالحه كيف يشاء، ولكن لا يجوز له نقل ملكيتها إلى شخص ثالث حتى يفتك الرهن السائل بتسديد الدين، ويثبت للدائن المرتهن حق بيعها إذا قصر صاحبها في أداء دينه، وأن هذا الحق يسمى «الذمة السائلة» (Floating charge) فهل يجوز شرعاً توثيق الدين بهذا النوع من الرهن؟

وربما يقع الإشكال في جوازه من الناحية الفقهية، أن معظم الفقهاء قد اشترطوا قبض المرتهن لصحة عقد الرهن أو لتمامه على أساس قوله تعالى: ﴿رَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، وفي الرهن السائل لا يقبض المرتهن على الشيء المرهون، فينبغي أن لا يصح هذا الرهن.

والواقع أن الفقهاء، وإن اشترطوا قبض المرتهن للشيء المرهون، ولكنهم في الوقت نفسه أجازوا بعد ذلك للراهن أن يستعير ذلك الشيء منه، وينتفع به لصالحه، ولا يفسد بذلك الراهن، بل يحق للمرتهن أن يسترده متى شاء، ولئن هلك الشيء المرهون عند الراهن، فإنما يهلك على ملكه، ويحق للمرتهن أن يبيعه لتسديد دينه عند حلول الأجل، ولا يكون فيه أسوة لسائر الغرماء عند إفلاس الراهن أو موته، وهذا مصرح به في عدة كتب من الفقه وقد نقلت بعض العبارات من الهداية ومن فتح القدير ورد المحتار.

ولكن هذا إذا تم عقد الرهن بقبض المرتهن مرة، ثم أعاره المرتهن للراهن، أما إذا لم يقبض المرتهن الرهن أصلاً، فهل يثبت حكم الإعارة في تلك الصورة أيضاً؟ الظاهر من عبارات الفقهاء أنه لا يثبت ذلك في تلك الصورة بناءً على اشتراط القبض لصحة الرهن. ولكن ههنا ملاحظات أذكرها لتأمل الفقهاء المعاصرين، وهي ما يلي:

أولاً: إن المرتهن في الرهن السائل، وإن كان لا يقبض الشيء المرهون، ولكنه في عموم الأحوال يقبض على مستندات ملكيته، فيحتمل أن يقال: إن الرهن قد تمَّ بقبض المستندات، ثم صار الشيء المرهون كالعارية في يد الراهن.

وثانياً: إن علة اشتراط القبض في الرهن، كما ذكره الفقهاء، هو تمكن المرتهن من تسديد دينه ببيع ذلك الشيء عند الحاجة، وإن هذا المقصود حاصل في الرهن السائل على أساس شروط الاتفاقية المعترف بها قانوناً، فيحتمل أن يكون القبض الحسي غير لازم في الصورة المذكورة لحصول المقصود في هذه الشروط المقررة.

ثالثاً: المقصود من الرهن هو توثيق الدين وقد أجازت الشريعة لحصول هذا المقصود أن يحبس الدائن ملك المديون ويمنعه من التصرف فيه إلى أن يتم تسديد الدين، فإن رضي الدائن بحصول مقصوده بأقل من ذلك، وهو أن يبقى العين المرهونة بيد الراهن، ويبقى للمرتهن حق التسديد فقط، فلا يرى في ذلك أي محذور شرعي.

رابعاً: إن الرهن السائل فيه مصلحة للجانبين، أما مصلحة الراهن فظاهرة، من حيث إنه لا يحرم من الانتفاع بملكه، وأما مصلحة المرتهن، فمن حيث إنه يحتفظ بحق التسديد دون أن يضمن الشيء المرهون عند الهلاك، غاية الأمر أنه ربما يتضرر به الغرماء الآخرون عند إفلاس الراهن، فإن المرتهن يكون أحق بذلك الشيء ممن سواه من الغرماء، ولكن ضررهم هذا لم يعتبر شرعاً فيما إذا كان الرهن مقبوضاً للمرتهن، وفيما إذا قبضه المرتهن، ثم استعاره الراهن منه، كما تقدم، فتبين أن مجرد هذا الضرر لا يفسد الرهن.

خامساً: إن القبض على الشيء المرهون ربما يكون متعذراً في التجارة الدولية، التي يكون البائع فيه بيلد، والمشتري بيلد آخر، والشيء المرهون يتطلب مؤونة كبيرة ونفقات باهظة لتحويله من محل إلى آخر، ولا سبيل لتوثيق الدين في مثل هذه الصورة إلاً بالرهن السائل.

وإن هذه الملاحظات الخمس قد تجعلني أميل إلى جواز الرهن السائل، والمسألة مطروحة لدى العلماء للبت فيها، والله سبحانه أعلم.

ثم هناك طريق آخر للتوثيق، وهو الكفالة من طرف ثالث. وهذه المسألة

أيضاً لا أحتاج إلى الإطالة فيها لأن موضوع الكفالة واضح ومذكور في كتب الفقه، والبحث لديكم، وما أثرت فيه من مسائل قد سبق أن قرر فيه المجمع في دورته السابقة، فلا أريد أن أطيل في هذا الموضوع.

ثم المسألة الثانية، وهي مسألة توثيق الدين بالكميالة ومدى شرعية خصم الكميالة، وقد تكلمت فيه وتكلم فيه الباحثون الآخرون، وكلهم متفقون على أن توثيق الدين بالكميالة، لا مانع منه شرعاً، ولكن خصم الكميالة كما يقع في البنوك فإنه ربا ولا سبيل إلى القول بجوازه، إما لكونه بيع الدين من غير من عليه الدين، وقد تحدّث عنه أخونا الدكتور نزيه حماد في بحثه بتفصيل: أن بيع الدين من غير من عليه الدين يجوز عند بعض الفقهاء ولا يجوز عند أكثرهم.

فخصم الكميالة هو بيع الدين من غير من عليه الدين، إمّا أن نقول بمنعه من هذه الجهة أو لأنه من قبيل بيع النقود بالنقود متفاضلة مؤجلاً، وحرمة منصوصة في أحاديث ربا الفضل، فالباحثون كلهم الذين قدموا أبحاثاً في هذا الموضوع متفقون على منع خصم الكميالة وعلى أنه ربا ممنوع شرعاً.

ولكن هذه المعاملة يمكن تصحيحها بتغيير طريقها، وذلك أن يوكل صاحب الكميالة البنك باستيفاء دينه من المشتري (وهو مصدر الكميالة) ويدفع إليه أجرة على ذلك (أجرة على استيفاء الدين) ثم يستقرض منه بعقد آخر منفصل مبلغ الكميالة، ويأذن له أن يستوفي هذا القرض مما يقبض من المشتري بعد نضج الكميالة، فتكون هناك معاملتان مستقلتان كل واحدة منهما منفصلة عن الأخرى: الأولى معاملة التوكيل باستيفاء الدين بالأجرة المعينة والثانية معاملة الاستقراض من البنك بدون فائدة، والإذن باستيفاء القرض من الدين المرجو حصوله بعد نضج الكميالة. فتصح كلتا المعاملتين على أسس شرعية. أما الأولى فلكونها توكيلاً بالأجرة، وذلك جائز، وأما الثانية فلكونها استقراضاً من غير شرط زيادة، وهو جائز أيضاً.

ثم المسألة الثانية المعروضة في هذه الدورة، هي مسألة إسقاط الدين مقابل التعجيل وهي مسألة «ضع وتعجل» وربما يعبر عنها بالصلح بالحطيطة،

وقد تكلم عن هذه المسألة أكثر الباحثين الذين قدّموا أبحاثاً في هذا الموضوع. وكما تعرفون أن هذا الموضوع «ضع وتعجل» لم يزل موضع خلاف بين الفقهاء منذ القديم، وقد ذكر الباحثون مواقف مختلفة للفقهاء، وذكرت أن عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنه من الصحابة وإبراهيم النخعي من التابعين وزفر بن الهذيل من الحنفية وأبو ثور من الشافعية، ذهبوا إلى جواز ضع وتعجل. ولكن روي عن عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت من الصحابة رضي الله عنهم، وعن محمد بن سيرين والحسن البصري وابن المسيب والحكم بن عتيبة والشعبي رحمهم الله من التابعين، عدم جواز ذلك، وهو قول الأئمة الأربعة.

فالبحوث التي وصلت إلينا في هذا الموضوع، الدكتور رفيق المصري مال إلى جواز ضع وتعجل واستدل بقصة بني النضير كما سيأتي إن شاء الله، وأما الدكتور نزيه كمال حماد فقد ذكر مذاهب الفقهاء ولم يبت فيه بالأخذ بأحد هذه الأقوال. والأصل أنّ هناك حديثين مرفوعين متعارضين وفي إسناد كل واحد منهما ضعف.

أمّا الحديث الأول، فقد أخرجه البيهقي بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، قال: لما أمر النبي ﷺ بإخراج بني النضير من المدينة جاءه ناس منهم، فقالوا: يا رسول الله إنك أمرت بإخراجهم ولهم على الناس ديون لم تحل، فقال النبي ﷺ: «ضعوا وتعجلوا».

وهذا الحديث يدل على الجواز، ويعارضه ما أخرجه البيهقي في الباب اللاحق عن المقداد بن الأسود رضي الله عنه قال: أسلفت رجلاً مائة دينار، ثم خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله ﷺ، فقلت له: عجل لي تسعين ديناراً وأحط عشرة دنانير، فقال: نعم، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: «أكلت ربا يا مقداد وأطعمته».

وقد صرح الإمام البيهقي رحمه الله تعالى، بأن كل واحد من الحديثين ضعيف من جهة الإسناد، فلا تقوم بأي منهما حجة. ورجح جمهور الفقهاء

جانب الحرمة، لأن زيادة الدين في مقابلة التأجيل ربا صراح، فكذلك الحط من الدين بإزاء التعجيل في معناه.

أما قصة بني النضير، فليس فيه حجة، أما أولاً فلأن إسناده ضعيف، وأما ثانياً فلأنه لو ثبتت هذه القصة من جهة الإسناد، فيمكن أن يقال: إن قصة إجلاء بني النضير وقعت في السنة الثانية من الهجرة، وذلك قبل نزول حرمة الربا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله هذه القصة في شرح السير الكبير، واستدل بها على مذهبه المعروف على أنه لا ربا بين المسلم والحربي. قال: ولما أجلى بنو النضير قالوا: إن لنا ديوناً على الناس، فقال: ضعوا وتعجلوا، ومعلوم أن مثل هذه المعاملة لا يجوز بين المسلمين، فإن من كان له على غيره دين إلى أجل، فوضع عنه بعضه بشرط أن يعجل بعضه لم يجز.

وحاصل هذا الجواب أن المسلمين كانوا في حالة الحرب مع بني النضير، فكان يجوز لهم أن يقبضوا جميع أموالهم في تلك الحالة فلو استوضعوا بعض الديون، جاز ذلك من باب أولى.

والوجه الرابع في الاعتذار عن قصة بني النضير أن اليهود كانوا يداينون الناس على أساس الربا والذي أمر رسول الله ﷺ بوضعه، هو الربا الزائد على رأس المال، ولم يأمرهم بالوضع في رأس المال نفسه. ويؤيده أن الواقدي ذكر هذه القصة في سيره، فقال: فأجلاهم (أي بني النضير) رسول الله ﷺ من المدينة، وولى إخراجهم محمد بن مسلمة، فقالوا: إن لنا ديوناً على الناس إلى آجال، فقال رسول الله ﷺ: «تعجلوا وضعوا»، فكان لأبي رافع سلام بن أبي الحقيق على أسيد بن حضير عشرون ومائة دينار إلى سنة، فصالحه على أخذ رأس ماله ثمانين ديناراً، وأبطل ما فضل.

فهذه الرواية تكاد تكون صريحة على أن ما وضعه رسول الله ﷺ هو القبض الزائد على رأس المال، ولم يأمر بالوضع من رأس المال نفسه. ولكن كما تعرفون هذه رواية الواقدي، والواقدي روايته غير مقبولة في الأحكام، ولكن

ما دمنا نستدل بقصة بني النضير وإسنادها ضعيف، فلو جئنا بما يشرحه بطريق ضعيف، فهذا لا مانع منه، فهذه رواية صريحة بأن الموضوع كان هو الربا لا حصة من رأس المال، ومن هنا ذهب جمهور العلماء بالقول بتحريم ضع وتعجل، وذكرت نصوص الفقهاء في هذا الصدد ولا حاجة إلى قراءتها، فإنه بين أيديكم في البحث.

ولكن الذي يبدو أن حكم المنع هذا، يعني حكم ضع وتعجل يختص بالديون المؤجلة. أما في الديون الحالية التي لا يكون الأجل فيها مشروطاً في العقد، وإنما بتأخر المدين في الأداء لسبب أو آخر، فالظاهر أنه لا بأس بالصلح على إسقاط بعض الدين بشرط أن يؤدي المديون الدين المتبقي معجلاً، وهذا قد صرح به علماء المالكية، جاء في المدونة الكبرى: قلت رأيت لو أن لي على رجل ألف درهم قد حلت، فقلت: اشهدوا إن أعطاني مائة درهم عند رأس الشهر، فتسعمائة درهم له، وإن لم يعطني فالألف كلها عليه، قال مالك: لا بأس بهذا، وقد صرح به علماء المالكية الآخرون أيضاً وقد نقلت عباراتهم.

ويبدو أن مذهب غيرهم من الفقهاء موافق لهم في ذلك، فإنهم حيث ذكروا حرمة ضع وتعجل، قيدوا ذلك بالديون المؤجلة، كما هو ظاهر من عبارة الإمام محمد بن حسن في موطأه ومن ترجمة الباب التي عقدها، كذلك قيد ابن قدامة هذه المسألة بالدين المؤجل.

ومما يجدر بالذكر هنا، أن عقد القرض الحسن لا يتأجل عند الحنفية والشافعية والحنابلة، ويتأجل عند المالكية فقط كما هو معروف لدى الفقهاء، فعلى قول من يقول: إن القرض لا يتأجل بالتأجيل، يجوز ضع وتعجل في القروض، لأنها من الديون الحالية التي يجوز فيها ضع وتعجل، والأصل فيه حديث كعب بن مالك رضي الله عنه: أنه كان له على عبد الله بن حدرد الأسلمي رضي الله عنه دين، فلقبه فلزمه، فتكلما حتى ارتفعت الأصوات، فمر بهما النبي ﷺ فقال: يا كعب، وأشار بيده كأنه يقول: النصف، فأخذ نصف ما عليه وترك نصفاً.

وكذلك المنع من الوضع بالتعجيل في الديون المؤجلة إنما يكون إذا كان الوضع شرطاً للتعجيل. أما إذا عجل المديون من غير شرط، جاز للدائن أن يضع عنه بعض دينه تبرعاً.

ثم إن هناك ناحية أخرى في هذه المسألة، تعرض لها فقهاء الحنفية، وهي وضع وتعجل، خصوصاً في عقود المرابحة المؤجلة. ما ذكرناه حتى الآن كان يتعلق بالبيع المساومة يعني في البيع المطلقة التي لا يعقدها البائع بطريق المرابحة، فيعقد البيع بدون ذكر قدر الربح الذي يريد أن يرابحه عليه. أما إذا كان البيع بطريق المرابحة، وقد صرح فيه البائع بزيادة في الثمن من أجل الأجل، فقد أفتى بعض المتأخرون من الحنفية بأنه إذا قضى المديون الدين قبل حلول الأجل، أو مات قبله، فإن البائع لا يأخذ من الثمن إلا بمقدار ما مضى من الأيام، ويحط من دينه ما كان بإزاء المدة الباقية.

وهذه المسألة المذكورة في الدر المختار، وقد شرحها ابن عابدين، يقول: اشترى شيئاً بعشرة نقداً وباعه لآخر بعشرين إلى أجل هو عشر أشهر، فإذا قضاه بعد تمام خمسة أشهر أو مات بعدها، يأخذ خمسة ويترك خمسة. وإن هذه الفتوى من متأخري الحنفية تفرق بين بيع المساومة وبيع المرابحة التي يصرح فيها البائع بزيادة الثمن بسبب الأجل، فلا يجوز وضع وتعجل في بيع المساومة كما أسلفنا، ويجوز في بيع المرابحة، ولعلمهم أفتوا بذلك على أساس أن الأجل وإن لم يكن صالحاً للاعتياض عنه على سبيل الاستقلال، ولكن يجوز أن يقع بإزاءه شيء من الثمن ضمناً وتبعاً. فما لا يجوز بيعه مستقلاً، قد يجوز الاعتياض عنه تبعاً. ولما كان أساس المرابحة المؤجلة على بيان قدر من الربح، جاز أن يكون شيء من الربح بإزاء الأجل، فصار الأجل كأنه وصف في المبيع، فلما انتقص ذلك الوصف بأداء الدين قبل الحلول، أو سبب حلوله بموت المديون، انتقص الثمن بقدره. وإلى هذا المعنى أشار ابن عابدين في تحليل هذه المسألة.

وهذا التوجيه، وإن كان فيه شيء من الوزن، ولكنه مخالف للدلائل التي

أسلفناها في منع وضع وتعجّل، فإنها وردت في كل دين مؤجل، دون فرق بين المساومة والمرابحة، وإن العمل بهذه الفتوى قد يجعل المرابحة والبيع بالتقسيط أكثر مشابهة بالمعاملات الربوية، التي يتردد فيها القدر الواجب في الذمة ما بين القليل والكثير مرتبطاً بالآجال المختلفة للأداء، فلا أرى من المناسب العمل بهذه الفتوى في البيع بالتقسيط، ولا في المربحات التي تجريها المصارف الإسلامية اليوم.

الآن المسألة الرابعة المطروحة في هذه الدورة، هي مسألة خراب الذمة وأثر موت المديون في حلول الدين، وهذه المسألة مذكورة في الصفحة الثانية والأربعين من بحثي^(١). والمسألة: هل يبقى الدين بعد موت المدين مؤجلاً كما كان، أو يصير حالاً، فيطالب الدائن الورثة بأدائه من تركه الميت فوراً، أو يطالبه بعد حلول الأجل؟. وقد اختلفت في هذه المسألة أقوال الفقهاء، فذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والمالكية إلى أن الدين المؤجل يحل بموت المدين، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله أيضاً، ولكن المختار عند الحنابلة أن الورثة إن وثقوا الدين، فإنه لا يحل بموت المدين، وإنما يبقى مؤجلاً كما كان، قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: فأما إن مات وعليه ديون مؤجلة، فهل تحل بالموت؟ فيه روايتان: إحداهما لا تحل إذا وثق الورثة، وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، وقال طاووس وأبو بكر بن محمد والزهري وسعيد بن إبراهيم: الدين إلى أجله، وحكي ذلك عن الحسن، والرواية الأخرى، أنه يحل بالموت، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي، وأصحاب الرأي، لأنه لا يخلو، إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة، أو يتعلق بالمال، ثم ذكر ابن قدامة رحمه الله ترجيحه لمذهب من يقول ببقاء الدين مؤجلاً، إذا وثقه الورثة بكفيل أو رهن، وذكر دلائله.

وأما الحنفية، فإنهم وإن ذهبوا إلى حلول الدين بموت المدين على قول

(١) راجع صفحة ٦٣ من هذا الجزء.

جمهور الفقهاء المتبوعين، ولكن المتأخرين منهم لم يفتهم النظر إلى أن في المرابحة المؤجلة تكون حصة من الثمن مقابلة للأجل، كما أسلفنا، فلو أزمنا على تركة المشتري أن يؤخذ منها الثمن كاملاً في الحال قبل حلول الأجل، لصارت الحصة المقابلة للمدة الباقية بدون عوض، وفيه ضرر للمشتري الذي لم يرضَ بهذا القدر من الثمن إلا إذا كان مؤجلاً بأجل متفق عليه. ولذلك أفتوا بأن المشتري لا يؤدي من ثمن المرابحة في هذه الصورة إلا بقدر ما مضى من الأيام.

والحاصل عندي في هذه المسألة أن جمهور الفقهاء المتبوعين، وإن ذهبوا إلى حلول الدين بموت المدين، ولكن في عمليات البيع بالتقسيط والمرابحة المؤجلة التي يكون حصة من الثمن فيها مقابلة للأجل، لو أخذنا بمبدأ حلول الدين بكامله، لتضرر به ورثة المدين، فينبغي فيها الأخذ بأحد القولين: إما بقول المتأخرين من الحنفية بسقوط تلك الحصة من الدين التي تقابل المدة الباقية من الأجل المتفق عليه، فلا يؤخذ من التركة إلا بقدر ما مضى من الأيام، أو يؤخذ بقول الحنابلة من بقاء الدين مؤجلاً كما كان، بشرط أن يوثقه ورثة المدين بوثيقة معتمدة، ولعل الصورة الأخيرة أولى للبعد عن تذبذب الثمن بأجال مختلفة، الذي فيه مشابهة صورية للمعاملات الربوية.

وأما الأستاذ الدكتور رفيق المصري فإنه رجح إلى أنه يحل الدين بموت المدين.

فهذه خلاصة ما عرض في هذه الأبحاث التي قدمت في هذه الدورة في موضوع البيع بالتقسيط. وأكتفي بهذا القدر وأستغفر الله لي ولكم ولسائر المؤمنين. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الرئيس:

شكراً للشیخ تقي على هذا العرض الوافي، وبقي إضافة بسيطة فيما يتعلق بقوله «ضع وتعجل» وهو أن ما ذكرتموه أنه مذهب الجمهور صحيح، لكن في

مذهب الإمام أحمد روايتان، الرواية الأخرى هي الجواز، وبها أخذ شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية رحمهما الله تعالى، وحديث ابن عباس رضي الله عنهما في قصة بني النضير صححه الحاكم وشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، وهو على شرط السنن، كما ذكر الشيخان، ومداره على مسند ابن خالد، ومسند ابن خالد احتج به الشافعي ووثقه آخرون كذلك، فحديث بني النضير هو أقوى شأناً من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما.

الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

لا شك في أن هذا البيان الضافي الذي أوضحه فضيلة القاضي العثماني محقق للغاية بالقدر الذي تتمكن فيه من إبداء الرأي حول بيع التقسيط، والذي يشبه كثيراً في أذهان العامة وعند الناس مع البيوع الربوية ويكادون لا يصدقون أن البيع بالتقسيط جائز، علماً إذا كان بسعر أكثر من السعر الحالي، وتثور مشكلات كثيرة في طريق إقناع هؤلاء بأن هناك فرقاً بين البيع بالتقسيط والبيوع الربوية. وكنت أود أن أسمع إجابة صريحة حول هذه الفروق إن لم تكن موجودة في البحث الذي لم يتعرض له التلخيص. كذلك منذ سنوات صدر بحث مطول لأخينا الدكتور محمد الأشقر في الكويت يحمل حملة شديدة على البيع بالتقسيط ولا يجيزه أيضاً كنت أود أن يتعرض الأستاذ العثماني لمثل هذه الشبهات ويفندها.

الرئيس:

يا شيخ وهبة، البحث للشيخ عبد الرحمن عبد الخالق، وأذكركم أن هذا الموضوع سبق أن بت فيه في الدورة السادسة لمجمع الفقه من حيث وجود مبدأ التقسيط وجوازه شرعاً، هذا سبق أن بت فيه وحصل التعرض للبحوث التي منعت من التقسيط، ومن تبني هذه الفكرة، وإنها صارت دفعة للبنوك الربوية،

لأنه إذا سدت هذه المنافذ صار فيها دفع شديد للبنوك الربوية، فانهى موضوع البيع بالتقسيط وقرأ القرار على مسامعكم الآن.

الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي:

إذن الملاحظة الأخيرة، أنه بالرغم من سرده لوجهات النظر المختلف فيها حول خصم الكمبيالة والأمور التي تعرض لها، أيضاً كنا نود أن نسمع منه ترجيحاً واضحاً بين وجهات النظر التي ذكرها حيث إننا عشنا في جو كثير من الآراء والاختلافات، فنود أن يعطينا الرأي الحاسم حول هذه الخلافات، وشكراً.

الدكتور علي محيي الدين القره داغي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

تصحیح خصم الكمبيالة بالصورة التي ذكرها الأستاذ العثماني، هي إحدى الصورتين اللتين ذكرتا في الموسوعة وعليهما ملاحظات كثيرة للباحثين، وفيهما نوع كثير من التكلفة، ولذلك لا نرجح هذا الاتجاه وهذا الجانب.

الجانب الآخر، إن واقع البنوك الربوية، هل يمكن تكييف هذا الواقع الربوي على قضية التوكيل، وهذا التكلفة الكبير الذي ذكره الأستاذ الجليل تقي الدين العثماني. الواقع الذي يسير عليه البنوك الربوية أن البنوك الربوية تأخذ العمولة أولاً ثم بعد ذلك تأخذ النسبة المقدرة على المبلغ كاملة، ثم ترجع الباقي للشخص. فالقضية واضحة جداً بأنها قضية فائدة ربوية واضحة لا غبار عليها. أما إذا أردنا التكييف أو التكلفة لهذه المسألة، فهذه مسألة ربما تكون شيئاً عملياً ونحن نعترض شيئاً نظرياً ونحن هنا في مجمع الفقه نعالج أو نبحث عن الأمور والحلول الواقعية وليس في قضايا يمكن أن تكون خيالية أكثر من أن تكون واقعية. هذا في نظري بالنسبة لقضية التوكيل.

أيضاً بالنسبة لاستدلال بعض الباحثين بحديث ضعوا وتعجلوا، وتصحيح الحاكم له، معروف للجميع أن الإمام الحاكم رحمه الله معروف بتساهله، ولذلك الإمام الذهبي في تلخيصه لم يقره ولم يوافق على هذا التصحيح، وإنما ترك هذه المسألة، مما يدل على أن فيه شيئاً، وكما قال الأستاذ تقي الدين العثماني أن الإمام البيهقي حكم على الحديثين بالضعف، وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما مروى عنه العكس أيضاً في مصنف عبد الرزاق حيث قال: إنما الربا آخر لي وأنا أزيدك. فإذا اعتقد أن الروايتين متعارضتان لا نستطيع أن نرجح إحداهما على الأخرى. قياس ضع وتعجل على الحطيطة أو إدخال ضع وتعجل على الحطيطة – في نظري وقد أكون مخطئاً – غير دقيق لأن الحطيطة في البيوع، عندما يبيع الإنسان أو يشتري الإنسان شيئاً ثم ينزل من ثمنه، أما هذه القضية فهي في الدين، وبيع الدين بالدين معروف كما ذكره الباحثون الأجلاء من أنه لا يجوز إلاً من الدائن نفسه أو من المدين نفسه. فالقضية هنا ليست لا من الدائن ولا من المدين وإنما من طرف ثالث وهو البنك الربوي.

اعتبار البعض – في التدخل – خصم الكميالة بيعاً، يمكن اعتباره بيعاً لكن بيع الدين بالدين وليس بيع سلعة بسلعة، وهذه الورقة ليست في الواقع سلعة وإنما هي نقد كما يقول الاقتصاديون، فالنقد ليس الدراهم والدنانير فقط، وإنما كل ورقة كخصم الكميالة والشيكات وكل هذا يدخل ضمن النقود، والغريب أن صاحب هذه الفكرة اشترط شرطين، فقال: أن لا يكون ذلك في النقود وأن لا يكون مكيفاً وموزوناً. إذن هذه الصورة إذا لم تكن في النقود ولم تكن في المكيف والموزون خرجت هذه الصورة عن الصورة التي نببحثها وهي قضية خصم الكميالة. الصورة التي أمامنا خصم الكميالة هي قضية دين مؤجل وهذه الورقة توثيق لهذا الدين لا أكثر من ذلك، لا سلعة ولا بضاعة ولا أي شيء، وإنما مجرد توثيق بهذا المبلغ، فلا يمكن اعتبار هذه الكميالة أننا نبيع الورقة، هذه الورقة لو بدونها لا تساوي فلساً واحداً وحتى لا يمكن الكتابة عليه

لأنه لا فائدة فيها، وإنما الفائدة في أنها تمثل ديناً عشرة آلاف كذا وهذا في الذمة. فالصورة التي تفضل بها أخونا الكريم، صورة بعيدة عن واقع الكمبيالات التي تجرى في البنوك إلا إذا كان القبض سلعة أو حيواناً فهذا شيء آخر، وحينئذ نبيع هذا في الذمة، والمسألة تبقى بيع الدين بالدين، ولذلك لا يمكن اعتبار هذه المسألة، يعني هذان الشرطان يردان أو يرجعان على أصل المسألة وبالتالي يقضيان على المسألة نفسها وتنتهي المسألة من أساسها.

الطريقة الثانية أيضاً، اعتبار أن بيع الكمبيالة أو خصم الكمبيالة أنها قيمة تجارية بنقد آخر، وهذا بيع غير المتجانسين، أليس ذلك يشترط التقابض فيما لو قلنا! أليس ذلك أيضاً وارد في هذه المسألة تنقيص في القيمة! يعني رجل عليه كمبيالة بعشرة آلاف أو مائة ألف ريال والبنك يعطي له حوالي ستين ألف ريال، لماذا هذا الفرق ثلاثين ألف ريال لأي شيء؟ أليس ذلك نوع من التحايل للخروج عن القضية! إضافة إلى أن بيع الدين لا يمكن أن يخرج عن بيع الدين مهما حاولنا.

أيضاً الطريقة الثالثة التي ذكرها الأخ الكريم المتداخل، باعتبارها قرصاً وأننا نأخذ بعد ذلك الفوائد، كيف يجوز أن نأخذ الفوائد أو الزوائد التي تضاف إلى هذا القرض أو تخصص من هذا القرض؟. المسألة الحقيقية أنه مهما حاولنا أن نكيف خصم الكمبيالة لا نجد له وجهاً شرعياً أو عقداً شرعياً، ممكن أن نقول إنه عقد جديد لكن هذا العقد الجديد فيه مشكلة، أنه فيه ربا، فيه نقص في مقابل الأجل، وهذا النقص في مقابل الأجل واضح، فإذا نحن خرجنا عن هذا الواقع، حينئذ نحن نبحث عن مسألة أخرى ونأتي بمصطلح آخر غير مصطلح خصم الكمبيالة ونناقشه، أما الكمبيالات التي تجري في وقتنا الحاضر، فالقضية واضحة فيها بأن البنك يخصم مبلغاً معيناً حسب الفوائد الدولية أو الفوائد التي يأخذها هذا البنك.

قضية الإبراء، لماذا يبرء الرجل الدائن صاحب الكمبيالة، الدائن دفع المال وأخذ في مقابل ماله هذه الكمبيالة، لماذا يبرء؟ لو كان لله فعلى العين والرأس،

ولذلك فأنا في اعتقادي أن ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية وما ذكره ابن قدامة محمول على هذا المحمل من النية الطيبة، فيما لو كان شخص الدائن يتنازل عن بعض دينه لله سبحانه وتعالى أو لأي سبيل من السبل، وهذا ما ذهب إليه المالكية عند حلول الأجل وغير ذلك، أما أن يكون واضحاً أن الرجل محتاج عنده مبلغ خصم كميالة بمائة ألف ريال وليس هناك شخص يأخذه بهذا المبلغ والبنك يفرض عليه فرضاً، يقول: خذ ستين ألف ريال، ويقول أنا أبرأت ذمتك، فهل يمكن أن نعتبر هذا وسيلة مشروعاً ووسيلة شرعية تقرر في هذا المجمع الموقر؟.

جانب آخر، أن خصم الكميالة أساساً لا يدخل لا في الإبراء ولا في وضع وتعجل، لماذا؟ لأنه ليس بين الدائن والمدين، خصم الكميالة بين الدائن وبين شخص ثالث أو طرف ثالث أو شخصية معنوية ثالثة وهي البنك، فلذلك ليس فيها لا إبراء ولا وضع وتعجل فلا يمكن تكييف خصم الكميالة لا على الإبراء ولا على نظرة إلى ميسرة ولا قضية وضع وأنه يكون له الأجر، وإنما في مسألة أن رجلاً يأخذ النسبة المحددة على هذا الدين. هذا ما أردت أن أذكره لحضراتكم، وجزاكم الله خيراً، وشكراً.

الرئيس:

أحب أن أسأل الشيخ محيي الدين. هل تعرف أحداً صحح حديث المقداد؟ أنت ذكرت أنه يتعذر الجمع بين حديث المقداد وحديث ابن عباس، فهل تذكر لنا أحداً صحح حديث المقداد؟

الدكتور علي محيي الدين القره داغي:

في المذهب الصحيح، لا أعرف.

الرئيس:

إذن طالما أنك لا تعرف أحداً صحح حديث المقداد، فالعلماء فيما نعلم في حكم المتفقين على تضعيفه، فمعناه لا تعارض.

الشيخ محمد المختار السلامي :

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

أقدر لفضيلة الشيخ القاضي تقي الدين العثماني هذا التقديم الجيد الممتاز، والذي كان فيه أميناً في نقل ما جاء به من أفكار إخواننا الذين كتبوا في هذا الموضوع، وأردت أن أضيف إضافات :

أولاً، ما عبر عنه الرهن بالذمة السائلة، نعود إلى أصل الرهن ولماذا الرهن؟ الرهن هو: توثق الدائن بأن المدين يدفع له عند الأجل ما هو بذمته وهذا التوثق قد كان لا يحصل إلاً بالقبض الفعلي وأنه إذا خرج القبض الفعلي استطاع المدين أن يفوت في الرهن دون أن يعلم الدائن، تطور حضاري دخل للعالم كله أثر، هو أنه أصبح الإنسان قبضه للشيء في كثير من الأشياء لا يمكنه من التفويت فيها، فالإنسان يسكن داراً ولا يستطيع أن يفوت فيها لأن التفويت في البيت إنما يقع بواسطة العقد، السيارة لا يستطيع أن يبيعها لأن السيارة لا تباع إلاً بعقد، إلاً بوثيقة، فأصبح المهم الذي يوثق هو العقد، ولذلك يقع الرهن على العقد ويقع التسجيل على البطاقة الرمادية للسيارة أنها لا تباع، وهذا ما وضحه مولانا الشيخ الطاهر ابن عاشور رحمة الله عليه في تفسير التحرير والتنوير، إن الناس اليوم يستعيضون عن القرض بقوله تعالى: ﴿ فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ أو أن القبض في وقتنا هو القبض للوثائق المملّفة للملكية. هذا هو تأكيد لأنه الأولى لكل ما هو موثق بوثيقة.

أنا علقت تعليقاً بسيطاً على قصة أبي حردرد لما قال ﷺ وأشار بأن ضع وتعجل في أن اختياره كحجة خاصة على قضية خاصة فيه مقال، وأعتقد أنه على أصل الصلح لأنه لم يرد في الحديث التفصيلات الكافية حتى نقيس، وهذا لا أعلمه من أي وجه للقياس التي يمكن الاعتماد عليها.

ثالثاً، كفاني الأستاذ القره داغي الكثير مما كنت أريد أن أقول، لكن بقيت

أشياء لا بد من الزيادة أو الإضافة فيها، لا بد من التفرقة بين الشرط وبين الطوع، فما كان شرطاً فمعنى ذلك فيه مباحة من الطرفين وأنه هناك فرض إرادة من طرف على طرف آخر، وما كان طوعاً فإنه يجوز لأن لكل شخص أن يتطوع، وهذا مما يفضي إلى زيادة الالتحام بين المؤمنين بينما الشرط هو دائماً وأبداً يمضي بالعكس لأن كل شخص يريد أن يحقق رغبته وينفذ إرادته. فقياس ما كان شيئاً شرطياً على ما كان طوعياً ما أدري كيف يمكن للقائس أن يقيس الأشياء المتناقضة؟.

الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أوافق الأستاذ القاضي تقي العثماني على كل ما جاء في ورقته القيمة، ولكن لي بعض الملاحظات وعدم موافقة واحدة في جزئية، وسأبدأ بالموضوعات التي ذكرها وحددها وهي موضوعات أربعة:

أولاً الرهن السائل، أوافقه في جوازه، وهو معروف عندنا في السودان لكن لا نسميه بهذا الاسم، فالبنوك عندما تبيع سيارة مثلاً أو منزلاً لشخص آخر إلى أجل بالتقسيط، ترهن هذه السيارة أو المنزل، ويسجل على أنه رهن لصالح البنك مع وجود السيارة في يد المشتري ووجود المنزل في يد المشتري أيضاً ينتفع به، وهذا التسجيل يكفي ويعتبر قبضاً وقد أذن البنك الدائن للمدين بالانتفاع بهذا الرهن، فهذا أمر عملي وواقع، لكن لي بعض الملاحظات في الاستدلال، وهو ما جاء عند الكلام عن الرهن كأداة من أدوات التوثيق، فهو كما يقول الأستاذ العثماني: وإن إمسك المبيع في يد البائع يمكن أن يتصور بطريقتين: الأولى، أن يكون على أساس حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وهذه استبعدتها وأنا معه في هذا واضح. والثاني، أن يكون بطريق الرهن، وقال: والفرق بين الصورتين أن المبيع المحبوس عند البائع مضمون عليه بالثمن، وهذا لا خلاف فيه، فلو هلك المبيع وهو محبوس عنده يفسخ البيع - هذا على حسب أنه يقرر مذهب الحنفية في هذا - ولا يكون مضموناً عليه في قيمته

السوقية. أما في الرهن، وهذا موضع مخالفتي، لو هلك عند البائع من غير تعد منه لا يفسخ البيع بل يهلك من مال المشتري - وهو يقرر في مذهب الحنفية - هذا مخالف لقواعد مذهب الحنفية في الرهن، الرهن إذا هلك في يد الدائن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، وهذه قاعدة معروفة، وعلى الرغم من أن الأستاذ العثماني أتى بنقل عن ابن عابدين، وقد يفهم منه هذا الفهم، ولكني أيضاً توقفت فيه، لأنه مخالف للقاعدة المعروفة وهي قاعدة مشهورة، فهو لا يهلك بالثمن عند الحنفية مطلقاً ما دام اعتبرناه رهناً، وكون المرهون هو المبيع، هذا لا يغير من الأمر شيئاً. فهذه نقطة تحتاج إلى تحقيق.

الموضوع الثاني، وهو خصم الكمبيالة، أيضاً أوافقه في القول بالمنع، وهذا واضح، ولي تعليقان على هذا: أولاً، في قوله: وإن خصم الكمبيالة بهذا الشكل غير جائز شرعاً، وهذا لا كلام فيه، الكلام هنا في التعليق، إما لكونه بيع الدين من غير من عليه الدين أو لأنه من قبيل بيع النقود بالنقود متفاضلة ومؤجلة. التعليق الثاني مقبول، هو من قبيل بيع النقود بالنقود متفاضلة، لأنه يبيع المائة بثمانين على أن يقبضها مائة عند حلول الأجل، وهذا يكفي للمنع. أما العبارة الأولى، لكونه بيع الدين من غير من عليه الدين، هذه تحتاج إلى تفصيل. الكمبيالة هي تدخل في بيع الدين من غير من عليه الدين بالنقد، لأن بيع الدين إما أن يكون بالدين، وإما أن يكون بالنقد، وفي الحالين إما أن يكون ممن عليه الدين أو يكون من غير من عليه الدين.

فالصورة التي أمامنا هي من قبيل بيع الدين بالنقد لغير من عليه الدين، لأنه يبيع المائة وهذه المائة دين عليه هو يبيعها بثمانين للبنك وهو غير من عليه الدين. فالموضوع فيه إشكال في الواقع ليس واضحاً في هذه الجزئية، ولعل هذا ما حمل الأستاذ الزرقا على طلب الكلمة، ففي رأبي هذا التعليق الأخير هو الواضح وينطبق على هذه المسألة لأن صاحب الكمبيالة يبيع المائة للبنك بثمانين على أن يقبضها مائة عند حلول الأجل.

النقطة المهمة في هذا، هو المخرج الذي قدمه لنا الأستاذ العثماني، وأنا أخالفه فيه كل المخالفة، وهذه حيلة لخصم الكميالية، وحتى لو نظرنا فيها فهي لا تجوز، والأستاذ جعلها إجارة وكالة بأجر يعني إجارة وقرض، وقال: إن هذين العقدين كل واحد منهما جائز، فإذا اجتمعا جازا. لا، أولاً اجتماع الأجر والقرض لا يجوز بنص الحديث «لا يصح سلف وبيع» ومثل البيع الإجارة فلا يصح أن يجتمع هذان العقدان.

نأتي إلى الموضوع الثالث وهو «ضع وتعجل»، أما هذا فأنا مع الأستاذ العثماني في كل ما قاله، وعلى الرغم مما سمعناه من تجويز بعض أئمة الحديث لحديث «ضع وتعجل» فإن رأسي لم يتغير في هذا الموضوع فهو لا يزال محل شك، صححه بعضهم وضعفه بعضهم، وأريد أن أضيف إلى الدليل الذي ذكره الأستاذ العثماني من رواية الإمام مالك حيث قال: قال مالك: والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا - والمكروه هنا معناه ممنوع - أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب. قال مالك: وذلك عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين إلى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب في حقه، قال: هذا الربا بعينه لا شك فيه. هذه الرواية تجعل هذا من قبيل إجماع أهل المدينة. هذا التعبير عند الإمام مالك: الأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا، وإجماع أهل المدينة يلحقه بعضهم بالحديث، بل يجعله أقوى من حديث الآحاد «ألف عن ألف خير من واحد عن واحد»، فهذا يقوي رأي من يقول: وهو نص على أن المعقول أيضاً يؤيد المنع. وقد أعجبني ما قدم به الشيخ العثماني حديثه من أنه لا يرى من المناسب العمل بهذه الفتوى في البيع بالتقسيط ولا في المرابحات التي تجربها البنوك الإسلامية، وهذا ما أفتت به هيئة الرقابة الشرعية في السودان، فلو أبحنا لهم هذا فقد يتخذوه ذريعة للوصول إلى الممنوع. البنوك ممنوعون من أن يتعاقدوا إلى أجل، فإذا حل الأجل ليس لهم بعد ذلك أن يؤخروا ويزيدوا، فإذا علموا أن لهم أن يعجلوا ويخطوا، قد يتفقون مع الزبائن بدل ما يؤجل إلى سنة يؤجل إلى سنتين وسيضعاف الربح إن كان

عشرة في المائة إلى سنة سيجعله عشرين في المائة إلى ستين ويقول له: إذا جئت في أي وقت أحط عنك، فهذا يؤول إلى أنه وصل إلى الزيادة بعد حلول الأجل بطريق آخر. ولذلك أنا أرى مع الأستاذ العثماني ألا نفتح هذا الباب خصوصاً في بيع المرابحة، وبيع المرابحة تعرفون ما فيه حتى من غير هذا الباب، فينبغي أن يقفل قفلاً محكماً.

الموضوع الأخير، موضوع أثر موت المدين في الدين، وموضوع خراب الذمة. أنا في رأيي أن هذا الموضوع ليس من قبيل خراب الذمة، هذا الموضوع يتعلق بالميراث، الحقوق التي تورث، والحقوق التي لا تورث، الحقوق الشخصية هذه لا تورث، الحقوق المالية وأوضح مثال لها الذي يذكره الفقهاء هو هذا: حق المدين في تأجيل الدين، فبعضهم اعتبره حقاً شخصياً يعني اعتبروا هذا فيه الشبهين، هو صحيح فيه الشبهان: حق شخصي لأن الإنسان لا يقرض بأجل أو لا يبيع بأجل لكل شخص لأنه يتقي مهما كان، فهذا الشبه الشخصي، والشبه المالي أن البيع بأجل فيه زيادة، فالذين غلبوا جانب الخط الشخصي قالوا يحل بموت المدين، لأن الدائن إنما أجله من أجل هذا المدين ولو كان الورثة هم الذين جاؤوا أول مرة لكي يشتروا منه لم يبيع لهم بالتأجيل. الحنابلة هم الذين راعوا أنه حق مالي، قالوا: يورث بدون قيد أو شرط. فرأي الحنابلة هو الرأي المقبول عندي لأنه راعى الحالتين: راعى الجانب الشخصي، وراعى الجانب المالي، فقال: إن هذا الحق يورث إذا وثق برهن أو كفيل، وهذا هو ما يطلبه الدائن. الدائن قد يكون وثق في ذمة المدين، والمدين مات، فالآن حل محله أناس آخرون لا يثق في ذمتهم، إذا وثقوه برهن أو كفيل فقد انتهى المحذور فلا يحل ويتنظر إلى الأجل لأنه كان مراعى فيه الثمن، إذا لم يوثقوه يحل. وهذا ما أردت قوله، وشكراً.

الدكتور سامي حسن حمود:

بسم الله الرحمن الرحيم.

موضوع التسييط كان بسيطاً فأصبح مبسوطاً، فالبيع بالتسييط تعاملنا به من قبل قرار المجمع، وقرار المجمع واضح وتعامل به في حياتنا اليومية باستمرار، ولكن يبدو لي أن الهوامش التي أثرت على جانب هذا البيع المعتبر أكثر حاجة إلى التعليق من ذات العقد.

بيع التسييط في فلسفته الاقتصادية من الناحية العقلية، والعقل عندما يكون مستنبطاً بنور الله يصل إلى عتبات الشرع ويلتقي مع الشرع. التسييط هو: بيع زاد فيه هامش الربح باعتبار أن الثمن مؤجل بحيث أنه لو كان الثمن نقداً فباستطاعة التاجر «البائع» بهذا الثمن المقبوض أن يشتري السلعة ويعيد بيعها مرات ومرات، فتأجيل الثمن أدى إلى زيادة هامش الربح، وهذا سعر مقابل سلعة، ولا حاجة لمزيد بعد ذلك. أما ربطه في موضوع خصم الكمبيالات فالأمر يختلف لأن الكمبيالة في تعريفها القانوني: تعهد المدين للدائن بدفع مبلغ معين في تاريخ محدد. فموضوعنا هنا نقد يشتري بقيته سواء قلنا بشراء الدين أو بإقراض مقابله بقيمة أقل فهو نقد بنقد ليس فيه مساواة مماثلة ولا يداً بيد فخرج عن القبول الشرعي وأصبح من الربا، وهذا أيضاً أمر واضح، ولكن المؤسف أن موضوع بيع الدين فيه مداخل، يقال بيع الدين عنوان، فيقال: إن كل بيع جائز أن يجري عليه البيع ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، ولكن ما هو الدين؟ الدين الذي يباع هو الدين الذي تنطبق عليه شروط البيع إطلاقاً، أما القول بالنقد بأنه يباع ليس لأنه من النقدين ذهباً وفضة أو لأنه ليس مكيلاً أو موزوناً فإن هذا الرأي موجود في الفقه الحنفي قديماً وفي فقه الإمامية أيضاً بأن شرط تحقق الربا هو في المكيل والموزون والذهب والفضة باعتبارها من الموزونات، ولذلك قيل قديماً حتى عند الحنفية إن المعدودات لا تعتبر من الربا، فلما ظهر النقد وأصبح يعد عدداً ولا يوزن وزناً ظهرت بعض الآراء تقول بأن الدينار أو الريال المعدود بالريالين ليس من الربا ونقض ذلك رأساً باعتبار أن الأصل هو في موضوع النقود ليست

شكلها وإنما معيار الثمنية فيها، وهذا ما أوضحه بشكل جلي مذهب الإمام مالك، وإن كان الرأي الضعيف، ولكن اعتبار الثمنية باصطلاح الناس، فهذا الورق الذي اصططحوا عليه أن يحل محل الذهب والفضة هو معتبر، وهو كذلك رأي عند الإمام أحمد في مذهب الإمام أحمد.

بالنسبة لأهل الفقه الإمامي تمسك بعضهم في صلب المذهب بأنه ليس مكيفاً أو موزوناً ومن ذلك ما ذكره الإمام محمد باقر الصدر رحمه الله تعالى في كتابه «البنك اللاروي في الإسلام»، فقال: لو أنا أعطينا مائة دينار عراقي بمائة وعشرين لأجل لمدة شهرين فإن هذا يعتبر بيعاً لأنه ليس مكيفاً ولا موزوناً. رحمه الله هذا رأيه ولكن هناك لم تخف المسألة على الإمامية أيضاً، فقد ذكر الشيخ محمد جواد مغنية في كتابه «فقه الإمام جعفر الصادق» ما يرد على هذا الرأي ويقول: إذا لم تكن هذه النقود التي تناولها هي النقود بمعناها الشرعي، فكيف تستحل بها الفروج ونحن ندفعها مهوراً في زواجنا؟ وكيف ندفع عنها الزكاة، وهي أموال؟ فهذه آراء يجب - ونحن الآن في طور التجمع والتلاقي الفكري - أن نحكم منطق الشرع وروحه ولا نعود لآراء انتفى عهد الاختلاف على الأقل فيها.

من هذه الشبهات كذلك، في الباكستان عندما أرادوا تحديث أو أسلمة المعاملات المصرفية أخذوا قياسات غريبة، وأقولها للعلم، مثلاً قالوا في المرابحة: زيادة هامش الربح يسمى زيادة فوقية (MARK AAP) فلماذا لا يكون بعد أن يتم البيع، في بيع التقيط، ويحرر بثمنه كميالة طالما أن أصل العملية بيع فتعمل بها حطيطة أو تزيلاً (MARK DAOIN) لكن الحطيطة في التنازل في الدينون إذا كان الدائن يسامح المدين من حقه أن يبرئه بكل الدين والسماح كريم، أو بجزء منه ولو كان منظوراً فيه أن هذه المسامحة ما كانت لتكون لولا أن المدين قام بدفع الدين قبل موعد الاستحقاق، طالما العلاقة ثنائية، ولكن عندما تصبح العلاقة ثلاثية هنا يدخل الربا الحرام، عندما يأتي البنك يأخذ الكميالة بقيمتها الاسمية المائة ويدفع بها لصاحب الاستحقاق فيها تسعين فهو

يشترى المائة بتسعين ثم يعود على المدين بالمائة كاملة ليس فيها إبراء وليس فيها تنازل ولكنها فيها تجارة بالحرام، تجارة بشراء المائة بتسعين وهذا هو الربا المنهي عنه.

هناك نقطة في بيع التقسيط تشبه على بعض ما سمعته من تعليقات بالخلط، لا أقصد الخلط بمعنى الخلط الفكري، إنما خلط المصطلحات بمعنى البيع بالتقسيط أن أبيع وأخذ الثمن أقساطاً، فالملكية للمبيع انتقلت من البائع إلى المشتري وأصبح مالكاً وبين ما يسمى في الاصطلاح الغربي الشراء الإيجاري (HIRPIR TSHIZ) أنه هو يبرأ وكأنه أخذ السلعة كمستأجر لها فإذا سدد الأقساط المتفق عليها في الموعد فإنه يصبح مالكاً في النتيجة. هذا أمر آخر كالسيارة مثلاً يأخذها إيجاراً ابتداءً فإذا استعملها مدة وأعادها ولم يتم دفع الأقساط فيحسب عليه أجره الاستعمال خلال فترة الاستعمال، هذا عقد جدير بالتمييز والنظر فيه ولا اعتراض عليه في نظري المتواضع من الناحية الشرعية لكن ينظر إليه بمقياس الإيجار الذي فيه مواعدة على التملك في نهاية مدة العقد، وشكراً لكم.

الدكتور علي أحمد السالوس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد.

إن عملية خصم الكمبيالة تخضع لقانون، لا بد عند الحكم الشرعي، أن ينظر إلى القانون الذي يسير عليه البنك حتى نستطيع أن نعطي الحكم الشرعي. فخصم الكمبيالة كما بينه العلامة الدكتور السنهوري في الوسيط: قرض بفائدة مع رهن الورقة التجارية. إذن الورقة التجارية هذه بمثابة رهن، ولذلك البنك بعد أن تظهر له الكمبيالة إذا حل الموعد ولم يحصل الكمبيالة عاد مرة أخرى على من ظهر له الكمبيالة وطالبه بالمبلغ كاملاً وبما يأتي من فوائد جديدة، بمعنى أن من باع هذه الكمبيالة وأعطى هذه الكمبيالة إذا تأخر في السداد مدة أخرى زادت الفوائد المركبة. إذن هنا لا يمكن إطلاقاً تصحيح خصم الكمبيالة.

ما تفضل به فضيلة الشيخ تقي، هذا يمكن بالنسبة لتحصيل الكمبيالة لو وجدنا بنكاً يحصل الكمبيالة ويأخذ أجراً مقابل التحصيل ثم يقرض قرضاً حسناً، وهذا لا يكون إلا إذا حدث في بنوك إسلامية، إنما البنوك الربوية لا تفعل هذا ولا تستطيع أن تفعل هذا لأنها محددة بفوائد قانونية يحميها القانون، وفي كثير من البلاد يلزمها القانون. إذن خصم الكمبيالة: قرض ربوي برهن هذه الورقة التجارية ولا يمكن تخريجها أي تخريج آخر.

نرجو بالنسبة لما تنتهي إليه في المجمع ألا نعود بإبطاله مرة أخرى لأن معنى هذا أننا سنعود للمناقشة من جديد، مثال هذا ما انتهينا إليه هنا من أن الأوراق النقدية تعد قائم بذاته، له ما للذهب والفضة من الأحكام، وأنه لا يجوز التفاضل بين هذه النقود مع الجنس الواحد، ولا يجوز عدم التقابض، وأن أي عدم تقابض يعتبر من ربا النسيئة. فإثارة هذا الموضوع والقول بأن الخصم يجوز ما دام ليس ذهباً ولا فضة وإنما نقود ورقية وأنه يمكن أن نبيع نقداً بنقد آخر وهذا فيه أجل لأن الكمبيالة مؤجلة والنقد الآخر حال، إذن ليس فيه تقابض. لذلك ما أشار إليه بعض الأخوة من أن النقود كذا وكذا... هذا تحدثنا عنه طويلاً في جلسات سابقة، فلسنا في حاجة إلى أن نعود مرة أخرى إلى الحديث عن هذه الموضوع، وإنما نقول هنا: استقر رأي المجمع على كذا، إذن هذا لا ينقض.

الأمر الآخر، بالنسبة «لضع وتعجل»، أحب أن أضيف للذين بينوا في حديث «ضعوا وتعجلوا» إلى جانب الذهبي أيضاً الحافظ ابن كثير، ثم الاحتجاج ليس بالحديث الضعيف الآخر، وإنما الاحتجاج بأنه هذا له حقه فإذا لم يكن متنازلاً وإنما أجبر على هذا حتى يأخذ حقه، فكيف يجوز هذا؟ ثم وجدنا الذين بينوا مثل ابن قدامة يقول: ما الفرق بين أن أقول آخر ولك كذا أو قدم وخذ كذا. إذن معنى هذا أن ربط الزمن في النقود أخذاً وعطاءً اعتبره سادتنا الفقهاء غير جائز كما بين فضيلة الشيخ الأستاذ الصديق الضرير، ما قاله الإمام مالك والخبر الذي قال بأن الإمام الشافعي وافق الراوي الذي ضعفه غيره، الإمام الشافعي

لم يأخذ بالخبر، والإمام الشافعي لا يبيح ضع وتعجل، توثيقه لا يعني تصحيح الحديث، وفتح باب ضع وتعجل كما بين الشيخ الصديق الضرير سيفتح باباً كبيراً وبالذات في مجال البنوك الإسلامية.

نقطة مهمة، أرجو أن ننظر إلى الواقع العملي وهي حلول الدين بالأجل، فقهاؤنا السابقون عندما تحدثوا عن حلول الدين لم يكن عندهم بيوت تباع لمدة عشرين أو ثلاثين سنة، بيت يساوي مائة ألف يباع بثلاثمائة ألف لأنه على عشرين سنة، لم يكن هذا موجوداً من قبل، وإنما كان تأجيل لفترات قصيرة، البيت الآن عندما مات صاحبه وهو مؤجر وأجرته تكفي بالأقساط المطلوبة وزيادة، لو جئنا الآن وطالبنا بالمبلغ كاملاً لاضطررنا إلى بيع البيت. وفعلاً وجدت في بعض العقود بأنه إذا مات المتعاقد فيحل الدين فيباع البيت وإن لم يكف البيت يعود البنك على ورثته فيأخذ من التركة. إذن هنا بيت قائم والمقصود هنا هو ضمان الحق، فضمان الحق برهن قليل أو كثير هذا موجود والعين نفسها موجودة والورثة يسكنون في البيت ويؤجرون جزءاً منه، والإيجار يكفي لدفع الأقساط، فنقول لهم لا، لا بد أن نبيع البيت، والبيت لا يكفي فنأخذ من باقي التركة. هذه النقطة أرجو أن ننظر إليها في الواقع العملي، ولا شك أن أرى الحنابلة – ولم يكن في وقتهم ما هو في وقتنا – لعله أرجح الآراء التي نأخذ بها.

وأكتفي بهذا القدر. والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله.

الشيخ أحمد بزيع الياسين:

بسم الله الرحمن الرحيم.

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد،

الواضح من إجراء معاملات خصم الكمبيالات في البنوك بأنها من قبيل القرض بفائدة وأن الكمبيالة عندما يضعها البنك في صندوقه أو في خزينته يعتبرها

كرهن بدليل إذا استحققت ولم يدفع المدين يعيد البنك قيد المبلغ على من خصم الكميالة لديه وتبقى الفائدة التي خصمها على الدائن كما هي، فهو في الحقيقة قرض بفائدة.

بالنسبة لضع وتعجل، هناك إذا لم يشترط المدين بالوفاء، إذا أوفى كامل القيمة ولم يشترط بأن يضع الدائن عنه من دينه، السؤال هنا هل يجوز للدائن من تلقاء نفسه أن يضع شيئاً من الدين له؟ هذا السؤال أوجهه إلى فضيلة الشيخ تقي الدين العثماني،
وشكراً.

حجة الإسلام محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أرجو أن يصبر عليّ السيد الرئيس قليلاً لأنني لم أتحدث البارحة تماماً . هناك نقاط أرجو أن أركز عليها أو يلاحظها المجمع في مسيرته، بعضها منهجي وبعضها يتعلق بالموضوع بخصوصه.

الرئيس:

فضيلة الشيخ، مع المعذرة، أي شيء يتعلق بخطوات المجمع المنهجية وما إلى ذلك، قصدي أن الأمانة العامة موجودة على مدار العام، فأنا الذي أرجو أن تعرفوا أننا جميعاً إخوة متلاحمون بعضنا مكمل للآخر، وأي إنسان عنده رأي أو وجهة نظر، نحن لا نمانع منها ولكنه يجب عليه أن يقدمها مكتوبة إلى الأمانة العامة للمجمع. والذي أرجوه من أصحاب الفضيلة الذين يطلبون الكلمة أن تكون في صلب الموضوع وألا تخرج عنه وأن نختصر بقدر الإمكان حتى نتمكن من استيعاب جميع الطالبين للكلمة، وأرجو أن يكون هذا الطلب محل قبول.

حجة الإسلام محمد علي التسخيري:

أمر السيد الرئيس في أعناقنا. أنا لا أريد أن أتحدث عن منهج الأمانة

ولا منهج المجمع، نحن نتحدث عن منهج إسلامي في مسائلنا. نحن بالخصوص، في هذه المسألة وفي المسائل السابقة التي مضت بنينا أحكاماً على قواعد وأصول أرى أنه لم ينقح معناها بعد، ومن الطبيعي أنه في أي نقاش أن تنقح الأصول المشتركة فيها والمعنى. أضرب مثلاً فقط ثم أعبّر من قبيل لا تبع ما ليس عندك، هل هذا النهي عن كل ما لا يقع تحت الملكية؟ أو هو نهي عن بيع الأعيان الشخصية المملوكة للآخرين، فلا يشمل مثلاً البيع بالصفرة، الكلبي في الذمة هو البيع في الصفرة، أبيعك كلياً في ذمتي على أن أحقق لك مصداقة بعد ذلك، هل هذا النهي نهي معلل حتى إذا اطماننا من عدم ترتب المحذور ارتفع النهي وعاد نهياً تنزيهياً كما يقول العلامة ابن رشد وأشار له الشيخ عبد الله بن بيه وكذلك من قبيل مسألة النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، هل نستند إلى هذا النص رغم ضعف سنده؟ هل يجبره عمل الأصحاب؟ هل نفسره بالمنع من بيع الدين بالدين؟ هذه أصول يجب أن تتوضح لدينا حتى نبني عليها أحكامنا. إذا كان كذلك فما معنى بيع الدين بالدين؟ هل المراد منه هو بيع دين قائم بدين قائم، ولا يشمل بيع دين بشيء حال يبدأ من الآن بدين يبدأ من الآن؟ أو لا بيع دينين، دين على هذا ودين على هذا؟ هل يمكن مسألة دفع الثمن نقداً في بيع السلم؟ هل يمكن تأخيره إلى ثلاثة أيام عند الاشتراط وإلى أكثر من هذا إذا لم يشترط؟. ثم إن حصر البيع بالنسيئة والسلم والنقدي أو هناك شق رابع في هذا المعنى؟.

هذه أصول يبدو أنها لم تتوضح لدينا حتى نبني عليها بناءات أخرى. أعتقد أن هناك الكثير من الأمثلة التي يمكننا أن نذكرها. ينبغي إما لكل باحث أو للمجمع أن ينقح المقصود من هذه الأصول لأننا نمثل بها في طول مسيرتنا. يجب أن تتوضح حتى لا نعود للنقاش من جديد في مفهوم هذه الأصول.

شيء آخر أقوله بكل إخلاص يا سيدي الرئيس. الحقيقة نحن هنا نريد أن نصل إلى الإفتاء وإلى الدليل الشرعي، ألاحظ فيما نستند، يكفيننا أن يكون هناك

إمام قال بهذا الرأي، يكفي أن يكون هناك رأي للحنفية أو رأي للإمامية ولا أريد أن أفرق، ليس هذا هو الأمر الصحيح، الصحيح أن نرجع إلى أصولنا ثم نقوي آراءنا بالكتاب والسنة الشريفة ثم نقوي آراءنا برأي هذا العالم ورأي هذا الإمام ورأي هذا الاتجاه الواسع من العلماء، هذا هو الصحيح حتى نستطيع أن نصل، أما أن نقبل رأياً، وأرجو أن يعفوني الأستاذ السيد الرئيس لكل فقيه أن يقول وصلت إلى هذا الاطمئنان، والاطمئنان حجة من قول العالم الفلاني، لكن نحن لا نتحدث عن الاطمئنان الشخصي، هناك اطمئنان جماعي نريده من هذا المجمع، هذا الاطمئنان لا يتم إلا عبر المنهج الذي يفرض نفسه على الجميع، وهو الرجوع إلى الأصول الأولى، وتتقوى بآراء المذاهب، وتتقوى بآراء العلماء ولهم احترامهم وهم جميعاً على رؤوسنا. هذه نقطة.

مسألة قياس ضع وتعجل على الربا، أعتقد أنه قياس مع الفارق. أولاً ليست لدينا قاعدة وأن لا نستطيع أن نقول هناك خبر أو هناك نص يرفض أن يعوض الزمن بأي حال من الأحوال، ليس لدينا نص حتى نستطيع أن نقول كل مصداق لهذا العام يجب أن يرفض، نعم يمكننا أن نقيس حط وتعجل على الربا، لا يشمل مفهوم الربا كما هو الواضح في المسألة العرفية، الربا فيه زيادة ولا يشمل هذا المعنى، الأصل فيه أن يكون مباحاً لأنه حالة طبيعية يتنازل فيها دائن عن شيء لقاء حصوله على شيء آخر. هل هناك مانع من هذا التنازل؟ لا أجد مانعاً، على الأقل الحديثان متعارضان وإن كنتم رجحتم حديث ابن عباس، فإذا كان ليس هناك مانع من تحقق الأصل لدينا، لماذا نغلق هذا الباب؟ إن كانت هناك تطبيقات خاطئة، وما أكثر التطبيقات الخاطئة، هناك الكثيرون ادعوا الألوهية، هناك الكثيرون ادعوا النبوة، التطبيقات الخاطئة لا تمنعنا من قول الحق ومن الاتجاه إلى القول الحق.

مسألة مهمة، مسألة أشترتم لها وهي مسألة الإمام الصادق، وأنتم أردتم أن تشيروا لهذا المعنى بكل وضوح. الحقيقة، يا سيدي الرئيس، في قلبي نرف من

دم، أنا أرى أن النقص والعيب في الفريقين معاً، يعني أعتقد أن على كل فقهاء الشيعة عندما يستنبطون أن يلاحظوا كل الأحاديث الواردة من غير كتبهم، فإذا ثبت لهم سند طبق معاييرهم في ثبوت السند، ولهم معايير دقيقة يا سيدي الرئيس وقوية وأذكر بأن كتاب «الكافي» الذي ينسب البعض إلى الشيعة بأنه كل أحاديثه صحيحة رد عليه بعض علمائنا أكثر من ثلثي أحاديثه. إذن علينا، على علماء الشيعة، أن يدرسوه، وعلى علماء السنة أن يدرسوا أحاديث أهل البيت، فإذا ثبت لديهم السند ورأوا أناساً في الطريق صادقين وحقيقيين، لماذا لا يعملون برأي الإمام الصادق الذي يقول: أنا أنقل عن أبي وأبي عن جدي وجدي عن رسول الله. هذه القطيعة الحديثية يجب أن تنتهي حتى نستطيع أن نصل إلى لغة مشتركة.

شيء آخر ألاحظه – طبعاً هذه أمور سريعة في الموضوع – مسألة اشتراط المقرض على المقرض أن يبقي عنده مبلغاً لمدة معينة أن يقرضه. أقرضك شيئاً على أن تقرضني شيئاً. أراها رغم أنها مخالفة لأستاذي الكبير الشهيد الصادق أراها مشمولة لقاعدة «كل قرض جر نفعاً فهو ربا» ولذلك لا أستطيع أن أقبل هذا الحل في مسألة البنوك الإسلامية رغم احترامي الكبير لهذا الرجل الكبير.

الشيء الآخر، مسألة الرهن السائل، الحقيقة الرهن السائل يحقق مقصوده كما أشار شيخنا الضرير باعتبار أن وثائقه مرهونة، ليكن البيت عند هذا الصاحب، لتكن السيارة عند هذا الرجل، لكن وثائقه مرهونة أما إذا انتفت هذه الوثائق المرهونة، فالرهن هنا لا يؤدي دوراً ولذلك ربما وقع الإشكال في هذا المعنى، ليس الأمر يتعلق بالاتفاق بين شخص وشخص، إذا كان الاتفاق شخصياً فمعناه أن الرهن انتفى، هو يسلمه هذه السيارة بيده، انتفت مسألة الوثائقية.

بقيت نقطة واحدة، هي مسألة خصم الكمبيالة، صحيح أن الواقع الذي جرى اليوم واقع ربوي، لا أريد أن أبرره مطلقاً وأرفضه مطلقاً، ولكن نحن نريد

أن نقول لبنك إسلامي يريد أن يعمل في الساحة: يمكنك أن تقدم الخدمات التالية فتوازي بها البنوك الربوية، وخصم الكميالة نوجهه بشكل طبيعي شرعي يمكنه أن يؤدي به هذه الخدمة، لماذا نغلق الباب تماماً؟ وشكراً جزيلاً.

الرئيس:

ترفع الجلسة لاستراحة عشرين دقيقة ثم نعود إن شاء الله تعالى.

(بعد الاستراحة)

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

نعود إلى موضوعنا «البيع بالتقسيط» - بعد هذه الاستراحة القصيرة - وأعطي الكلمة للشيخ محمد سالم.

الشيخ محمد سالم عبد الودود:

بسم الله الرحمن الرحيم.

كنت أريد أن أزيد إيضاحات قليلة حول بعض الموضوعات التي تعرض لها العارض وبعض من عارضه، منها: إنهم يقولون إن بيع الدين من غير من هو عليه لا يجوز، وإطلاق هذا الموضوع مخالف لما عندنا من أنه يجوز بيع الدين من غير من هو عليه ولكن بشروط: أولاً: أن يكون الدين مما يباع قبل قبضه بخلاف طعام المعاوضة، وأن يكون القصد من البيع ليس إعانات المدين فلا يباع دين على رجل ممن بينه وبينه عداوة أو شحناء. ثانياً: ألا يكون العوضان مما يمنع بينهما الفضل أو النساء فلا يباع دين النقد بالنقد ولا يباع الربوي مطلقاً بالربوي متفاضلاً أو نسيئة. ثالثاً: أن يكون المدين حاضراً مقرأً فلا يباع دين على غائب لأننا لا نعرف حال ذمته ولا يباع دين على منكر لأنه يبيع ما فيه خصومة ففيه نوع من الغرر. هذه إيضاحات حول شروط بيع الدين من غير من هو عليه.

عندنا قضية ضع وتعجل، هذه المالكية من قبيل سلف بزيادة لأن المعجل لما في الذمة مسلف وكذلك المؤخر بما في الذمة مسلف، فإذا كان لرجل على آخر مائة دينار حالة لا بأس أن يضع من هذا، هذا حسن اقتضاء، أما إذا كانت مؤجلة فإذا وضع من هذا إنه قد يكون أسلفه خمسين على أن يقبض بدلها مائة في المستقبل من نفسه ويقابله عندنا ما يسمى بحط الضمان وأزيدك لأن المؤخر بما في ذمتي مسلف، وعندنا قبض الرهن وعدم قبض الرهن إنما يؤثر في حال موت الراهن أو فلسه، ما دام الراهن موجوداً حياً عامر الذمة فإن عدم قبض الرهن لا يؤثر على صحة العلاقة بين الدائن والمدين. وعندنا مسألة خراب الذمة بالموت هذه كنت أود أن أتحدث عنها ولكن الإخوان كفوني مؤنة الحديث عنها بما في المذهب الحنبلي من أن الذمة إذا خربت وخلفتها ذمة عامرة برهن ثقة أو بحميل ثقة فإن حق المدين يبقى موفوراً محمياً. وهذا قد يعوض عمارة ذمة المدين المتوفى بما يكفل حق الدائن. هذه أمور تكميلية فقط. وأما قضية دين كعب بن مالك على عبد الله بن أبي حدرد، هذه ليست من قضية ضع وتعجل لأن الدين كان حالاً. كعب بن مالك استقضى دينه من ابن أبي حدرد بعد الحلول، فأشار رسول الله ﷺ عليه بما يفهم منه أنه يحط النصف ويقضيه ابن أبي حدرد، قال: قم فاقضيه، فهذا ليس من مقولة ضع وتعجل لأن الدين حال، وهو صلح وهو حسن قضاء وهو حسن اقتضاء من ابن أبي حدرد ولا يمكن أن يدرج في مفهوم قضية ضع وتعجل. شكراً.

الدكتور سعود بن مسعد الثبيتي:

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد.

لا يتجاوز كلامي الآن أن يكون تثنية على كلمات سبقت من الإخوة الأجلاء والعلماء الفضلاء، ولذلك وبناء على توجيه المجمع الاختصار قدر الإمكان، أحب أن أخص الكلمات فيما سأقوله في نقاط محددة.

أولاً، تعجيل الدين: تعجيل الدين إما أن يكون من المدين إلى الدائن، وهذا يظهر أن فيه أدلة خاصة كما أن فيه القياس على زيادة الثمن لأجل التأخير، أو لزيادة الثمن لأجل المدة الزمنية الزائدة والفرق بين الثمن الحال والثمن المؤجل، فكذلك إذا أراد أن يؤدي شيئاً من الدين الذي ثبت في ذمته جزءاً منه فلا أرى في ذلك بأساً أخذاً بمقتضى القياس في ذلك.

أما ما يتعلق بخصم الكميالة، في الحقيقة هذا يعتبر لشخص ثالث، فإما أن يكون خصم الكميالة بنفس جنس الدين، وهذا يجتمع فيه ربا الفضل وربما النسيئة، وإما أن يكون - كما اقترح بعض الإخوة - بغير الجنس، وهذا فيه ربا النسيئة، وهذا يسمى احتيالياً على الربا المحرم شرعاً.

أما فيما يتعلق بقبض المرهون، ففي الحقيقة أن القول الذي طرح ويتفق مع مذهب المالكية وسمي بالرهن السائل، هذا لا شك في صحته، إن شاء الله، لأنه ينطبق على اصطلاح أو على قاعدة القبض الحكمي. والقبض الحكمي قد اتخذ المجمع في دورات سابقة قراراً بجوازه حتى في الأشياء الربوية بالنقد. بيع النقد بالنقد إذا حصل القبض الحكمي بالشيك أو بالقيود في الحساب، فقد اتخذ الجمع الموقر قراراً سابقاً في هذا، ولا يرى في ذلك بأساً. لكن يبقى قضية ما يتعلق بتسجيل الرهن. ذكر الإخوة أن تسجيل الرهن يعتبر قبضاً حكماً، وهذا إن شاء الله يتماشى مع القواعد الصحيحة ومع فتوى المجمع السابقة في اعتبار القبض الحكمي في هذا، لكن يوجد من البيوع ومن الأعيان ما ليس له تسجيل في المحاكم الشرعية أو في وثائق رسمية فمثلاً بعض البيوت عندنا في المملكة وفي غيرها تباع وتشتري وليست لها صكوك شرعية ولا وثائق رسمية يمكن أن تسجل عليها، كما أن رهن الأعيان الأخرى كالأدوات أو بعض الأشياء التي لا يجري التعامل فيها بالقيود في وثائق رسمية، هذه تحتاج إلى اتخاذ قرار خاص فيها يتعلق بكيفية قبضها حكماً في الرهن.

أما حلول الدين وما يتعلق بخراب الذمة، فيظهر أن الإخوة سبقوني في

الكلام عن هذا الموضوع وإن الذمة لا تخرب وإنما ذكر كثير من الفقهاء أنها تتلاشى شيئاً فشيئاً ويتعلق بها الدين، ولذلك قال النبي ﷺ: نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه.

وكما تفضل الدكتور علي السالوس، واقع المعاصرة الآن أن الثمن قد يزداد ضعف إلى ضعفين على الثمن حالاً فلو خربت الذمة أو قلنا بخراب الذمة وأن الدين يحل بهذا لأصبح الذي يطلب من الأشخاص المدنيين أو من انتقل إليهم الملك يتجاوز الثمن الفعلي بأضعاف كثيرة، وقد لا يستطيعون أن يسدوا هذا الدين. وجزاكم الله خيراً. وشكراً.

الدكتور عبد الله محمد عبد الله:

بسم الله الرحمن الرحيم.

شكراً سيادة الرئيس. في الواقع، في البحث الذي تقدم به القاضي تقي العثماني لفت نظري أنه تكلم في مسألة وإن كانت ليست من صلب مسألة البيع بالتقسيط، وإنما هي من توابعها، كمسائل كثيرة ذكرت تبعاً للمسألة الأصلية «بيع التقسيط» وهي مسألة التعويض عن ضرر الممثل، واستغرق في البحث من صفحة ٣١ إلى ٤٢ وعرض حلولاً، من هذه الحلول التي جاءت في أول كلامه وهي معاقبة هذا المماطل، ونقصد بالمماطل هنا المماطل الموسر لا المعسر، هي معاقبته بمنع التسهيلات المصرفية في المستقبل عنه، والعقوبة الأخرى هي التعزير لبعض العقوبات، ثم استبعد هاتين العقوبتين. أما العقوبة الأولى بقوله: إن المصارف لا تتبع أسلوباً معيناً واحداً، وأما التعزيرات فقال: إنها تحتاج إلى محاكم سريعة وهي غير موجودة. ثم ناقش فكرة بعض العلماء الذين قالوا بالزام المماطل بأداء عوض مالي عن الضرر الفعلي، ثم ناقش هذا الرأي ورد عليه واستبعده، ثم انتهى في النهاية إلى اقتراح قال: إنه قد يصلح لأن يكون حلاً لهذه المعضلة، وهي أن تلزم المصارف عند القرض بالزامه بأن يلتزم بأداء مبلغ يتبرع به إلى الجهات الخيرية. وأعتقد أن هذا الأخير أبعد عن الواقع لأنه إذا كان مماطلاً في أداء الدين الذي عليه فكيف يلتزم بأداء تبرعات، ثم من يكون له حق

المطالبة بأداء هذا التبرع؟ وما صفة البنك في المطالبة بأداء هذا التبرع إذا كان لجهة خيرية أخرى؟. ولهذا أرى أن الاقتراح الذي اقترحه في أول كلامه، وهو كما جاء في الحديث الصحيح «لي الواجد ظلم يحل عقوبته وماله»، فهذه العقوبة تشمل فيما تشمل العقوبة المالية، وهو قد استبعد فكرة العقوبة المالية بقوله: بأنه لم يجد أن المماطلين الذين وُجدوا منذ عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا عوقبوا مالياً ولم يقل أحد من العلماء بعقوبتهم مالياً، العقوبة المالية موجودة وأنا قرأت في كتب الفقه حرمان القاتل من الميراث، هذا الحرمان هو عقوبة مالية، وإنما الخلاف هل يجوز للمبلغ المقضي به على هذا المماطل أن يدفع إلى صاحب الدين أم لا؟ هذه مسألة استنبطتها من حرمان القاتل من الميراث ثم صرف نصيبه من الميراث إلى ورثته بأنه يجوز أن يصرف هذا المبلغ إلى صاحب الدين. وشكراً.

الدكتور حسن عبد الله الأمين:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على إمام الهدى وخاتم الأنبياء والمرسلين، وبعد،

لا بد لي أن أثنى كل الثناء على العرض الممتاز والسرد الجميل الذي طرح به الأخ الفاضل الأستاذ القاضي تقي العثماني هذا الموضوع الهام. ولي على هذا الأمر حديث في نقطتين: الأولى تتعلق بتخريج الكميالة على أساس أنها مركبة من عمليتين مختلفتين كل منهما جائزة كما شرح الأخ، الأولى أنها وكالة بأجر، والثانية أنها قرض حسن للمستفيد من الكميالة الذي وكل البنك على التحصيل بالأجر. والواقع أن هذا التكييف الذي يبدو في الظاهر مقبولاً، هو في الواقع لا يمثل حقيقة القضية، إذ أن الأمر الثاني الذي هو قضية القرض الحسن يتوقف على عملية الوكالة بالأجر ويرتبط بها ارتباطاً عضوياً. فالعاملتان تمثلان معاملة واحدة لا تنفك إحداها عن الأخرى، صحيح أننا لو نظرنا لكل عملية منفصلة عن الأخرى فهي سليمة لكن هذا الترابط وهذا التداخل وهذا التوظف من إحدى العمليتين على الأخرى لا يجعلهما منفصلتين ولكن يجعلهما عملية واحدة، فهذه

العملية الواحدة لا تغير من الأمر، أمر أن هذه المسألة وهي تحصيل الكمبيالة أو خصم الكمبيالة على الأصح عملية قرض بفائدة.

التقطة الثانية، الحقيقة سبقني إلى الحديث عنها الأخ الشيخ التسخيري فيما يتعلق بالحجوة التي ذكرها السيد الصادق في كتابه «البنك اللاربوي» هذه المسألة مسألة أنه يأتي بمقدار الفائدة مبلغاً يوضع لدى البنك فترة من الزمن يستفيد منه فائدة تساوي مقدار هذه الفائدة التي كان يخصمها مباشرة هي عملية واضحة في أنها نفي ويمثل زيادة على القرض الذي أقرضه إياه، فهو قرض جر نفعاً، وهو قرض يمثل زيادة على أصل المبلغ، وهو ربا في نفس الوقت. ومن هذا يتضح أن العملية في المسألتين لا تخرج عن كونها قرضاً بفائدة ربوية محرمة. وشكراً جزيلاً.

الدكتور عبد السلام داود العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

إذا سمح لي الإخوة الكرام، لي بعض التعليقات البسيطة فيما يتعلق بموضوع الرهن وبالذات ما سمي بالرهن السائل أو الرهن الثابت. حقيقة هذا الموضوع تمت معالجته في القانون المدني الأردني المأخوذ من مبادئ الفقه الإسلامي والتي تبنته عدد من الدول العربية والإسلامية تحت عنوان «الرهن التأميني» وميز بين رهنين: الرهن التأميني والرهن الحيازي. الرهن الحيازي الذي يكون فيه قبض، والرهن التأميني هو الذي يغني عن القبض فيه واعتبر حكماً كما عبر بعض الإخوة بوضع إشارة على سجل أمور محددة وهي الآن لا تعدو أن تكون: العقارات والسيارات لأن هذه فيها عند السلطة التنفيذية لها سجلات موجودة محفوظة معرفة فيها الأرض والسيارة بكامل تفصيلاتها. بدلاً أن تتم عملية التخلية بالنسبة للعقار يسجل على صفحة العقار في دائرة السجل العقاري أن هذه الأرض مرهونة ضماناً لحق فلان، وتفصيلات الدين وكل ما يتعلق بها موجودة على ظهر السجل لهذا العقار. فلذلك لا مجال في الواقع للوقوف عند هذه القضية ومحاولة معالجتها لأنها قضية واضحة وهي عبارة عن تطوير في عملية

القبض. لذلك حتى تعبير الثابت هنا والسائل وقع هذا نموًا في أدوات التوثيق بعد أن أصبح لهذه الأشياء سجلات خاصة، فبدل أن نقوم بعملية القبض الفعلي أو القبض الحكمي القائم على التخلية، أصبح تسجيلاً أن هذا رهن، خاصة أن السلطة التنفيذية بالتعاون مع السلطة القضائية هي التي تنفذ في النهاية عملية البيع لسداد الدين فيما إذا عجز المدين عن السداد. فلذلك - في ظني - أن هذه القضية يحسن أن لا نقف عندها طويلاً لأنها من الواضح بمكان.

فيما يتعلق بموضوع خصم الكميالة، أنا في رأيي، أنها من هذا القبيل. القضية بتت وقلت بحثاً والذين يتبنون مثل هذه العمليات هم يقولون أنها قرض، فنحن يمكن أن نبحث في وسيلة المعالجة وليس في إعادة تكييف العملية، وسيلة المعالجة لا يمكن معالجتها ما دام أننا في إطار القرض إلا أن نقول بالقرض الحسن، لكن مقابل قيام البنك بجهد في التحصيل فليستحق أجره على هذا الجهد، ليس مبلغاً منسوباً لقيمة الكميالة، لأن الجهد الذي يبذل لتحصيل ألف هو نفس الجهد الذي يبذل لتحصيل عشرة آلاف وخمسة وعشرين ألفاً وهكذا. فلذلك البنوك الإسلامية التي لجأت إلى خصم الكميالات أخذتها على أسلوب القرض الحسن وتأخذ أجره تحصيل مبلغاً مقطوعاً كخدمة للزبائن لا تختلف باختلاف المبالغ المرصودة في هذه الكميالة.

الأمر الثالث فيما يتعلق بضع وتعجل. أرجو أن ننتبه باستمرار لعملية التطور والمدخلات الجديدة التي تدخل على الوقائع والتي تقتضي إعادة النظر فيما صدر من فتاوى على ضوء ما حدث من مستجدات، يعني هل غيرت طبيعة الواقعة أم ما زالت الواقعة هي هي حتى يظل الحكم هو هو؟ في ظني أن موضوع الفقهاء الذين قالوا بضع وتعجل جوازاً الأمر بات الآن في هذه الظروف المعاصرة هناك نقطة يجب أن نلاحظها، الذين قالوا بذلك لم يشيروا إلى أن العملية مشروطة مسبقاً، يعني هذه عملية لاحقة عندما يريد أن يسدد يمكن أن تكون هنالك عملية تنزيل جزء من الدين وعلى أساس أن يسدد كامل الدين، فهي اتفاق تم في فترة لاحقة. مشكلتنا الآن بعد استشارة عمليات البيوع بالتقسيط وقيام بيوع

المرابحة في البنوك الإسلامية. إذا أصبحت هذه قاعدة مسلمة معروفة أنه إذا سدّد مبركراً خصم له جزء من العملية رسخنا مفهوم الفائدة الربوية، هذا الذي يجب أن ننتبه إليه. لذلك فقهاؤنا المعاصرون إذا أراد البنك دون اشتراط مسبق ودون أن يكون معروفاً عرفاً مستقراً، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، جاءه أحد المدنين وقال له أنا ظروفى الاقتصادية لا تسمح بأن أدفع كامل المبلغ، خذ هذا المبلغ الآن وأعجل لك ما فى ذمتى من ديون وتنزل لى جزءاً منه وفعل ذلك البنك، لا حرج فى هذا ويكون ضمن قاعدة ضع وتعجل، لكن أن يصبح هذا تقليداً راسخاً وثابتاً فى المؤسسة المصرفية الإسلامية بحيث أن أى شخص يقوم بالدفع المبكر تنزل عنه كل النسب التى أضيفت على المدة سابقاً، فنحن قد دخلنا فى دائرة الحرام. لذلك يجب أن نأخذ بقاعدة ضع وتعجل ونرجع رأي الفقهاء، لكن على الأ يكون ذلك التزاماً معروفاً مستقراً، وتحديدأ مسبقاً يعرفه المدينون باستمرار، لأنه لم يقل أحد من الفقهاء أن ضع هنا لها نسبة، لكن نخشى إذا أطلقنا القول، أن ضع هنا ستصبح لها نسبة، وهى نسبة الزيادة التى تمت على المبلغ ملاحظة للمدة. شكراً.

الشيخ محمد المختار السلامى:

بسم الله الرحمن الرحيم.

الذمة عرفها ابن عاصم فى بيت وفق فيه فقال:

والشرح للذمة وصف قاما يقبل الالتزام والإلزاما

فالذمة وهو وصف قدره الشارع حقيقى وهو ليس ذاتاً يقبل الالتزام يلتزم ويلزم غيره، ولذلك لا يتعلق المعين المحدد ذات هذه القضية بالذمة ولكن يتعلق بها المحددات ولا تتعلق بها الكليات لأن الكليات اعتبارية، وعندما فهمت مما فهمت، فالكلى حسب ما يعرفه أهل صناعته هو ما لا يمنع نفس تصوره من وقوع الشركة فيه، ولما أخذت الكلّى وقلت إن هذا هو مذهب أفلاطونى لأن أفلاطون هو الذى يرى أن الحقائق هى للكليات الذهنية وليست للجزيئات الواقعة فى الخارج، ومذهبه تبين تساقطه وعدم صحته، وما استطاع العالم أن يتقدم إلا بعد

أن تخلى عن قضية الكلبي واعتنى بالجزئي واعتنى بالواقع الذي هو أساس الفلسفة الإسلامية من أنها فلسفة واقعية، لأن الكليات معروفة وهي الجنس والنوع والخاصة والفصل، وما تقع ذمة في الجنس والنوع والخاصة والفصل وإنما هي تقع في شيء محدد يضبطه الطرفان فيلزم به أحدهما الآخر.

الأمر الثاني، ونحن دائماً وأبداً مع الذمة لما كانت الوصف قام: يقبل الالتزام والإلزام وتترتب عليه أحكام شرعية، أي أن لإنسان إذا كانت في ذمته دين فهو ملزم بقضائه، وإذا لم يقضه فإنه قد وقع في حرام إذا كان موسراً، فوجود الذمة هي يتبعها أحكام شرعية معروفة، فإذا قلنا إنها تتعلق بالميت فأنا لم أستطع أن أفهم كيف تكون الذمة وأن تكون للميت ذمة، وما وقع من قوله ﷺ: «نفس المؤمن وعلاقته بدينه» ومن عدم صلاته ﷺ على من كان عليه دين، هذه قضايا أخروية وليست هي قضايا دنيوية، ونحن نتحدث ها هنا في مجمعنا هذا عن القضايا وعن الحقوق ونظرة إلى الشرع الإسلامي لهذه الحقوق، أما الحديث المروي على ما فيه من صحة سنده «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» لم يرد فيما أعلم «لي الواجد يحل عرضه وماله» فكلمة مال ما علمت وما وجدت، قد يكون موجوداً ولكن لا أعرفها. ثم ما وقع من قياس حرمان القاتل إلزام بالدفع على حرمان القاتل، القياس معروف أنواعه، فهذا لا يصير حتى من قياس الشبه، هو أبعد من قياس الشبه، وهو عودة إلى المناسب المرسل، والمناسب المرسل لا بد أن يكون ظاهراً منضبطاً، وها هنا ليس له ظهور ولا انضباط، ووقع حرمان القاتل، لأن الذي أعلم به الفقهاء: من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه، هذه علة من العلل، فإذا أخذنا أن هذه العلة هي التي تستفاد من قوله ﷺ: «القاتل لا يرث» فهي ثابتة إذن هي العقوبة المالية، فأعتقد أن هذا القياس هو قياس، في نظري، غير مقبول شرعاً، وهو أن يقاس الإلزام بالدفع على حرمان القاتل من الميراث، شكراً.

القاضي محمد تقي العثماني:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى آله وأصحابه أجمعين.

الواقع أن النقاط التي أثبتت في هذا النقاش كنت أريد أن أتحدث عن كثير منها ولكن حفاظاً على الوقت أقصر على نقاط ثلاث .

أولاً، فقد ذكر كثير من الإخوة ومنهم الأستاذ القره داغي والشيخ حسن عبد الله الأمين وغيرهما أنني كيفت خصم الكميالة على أساس معاملتين مستقلتين، ولعله وقع هناك بعض الإساءة في التعبير مني في البحث، والحقيقة أن ما ذكرته من معاملتين مستقلتين ليس تكييفاً لما يقع في البنوك الربوية اليوم، وإنما قد صرحت بكل صراحة أن خصم الكميالة على ما يجري في البنوك على ما يجري في البنوك والمصارف الربوية اليوم هو حرام لا سبيل إلى القول بجوازه، ولكنني أتيت بتكييف آخر كبديل، يعني إذا أرادت المصارف الإسلامية والبنوك الإسلامية أن تأخذ بدلاً عن هذه المعاملة فيمكن تغيير هذه المعاملة إلى هذا الشكل، فأما ما يقع اليوم فهو حرام لا شبهة فيه وأنه ربما لا شبهة فيه، وقد ذكرت ذلك غير مرة، فمن نسب إليّ أنني أتيت بتكييف جديد لخصم الكميالة فهو غير ما قصدته وأردته ولعل ذلك وقع من سوء التعبير، وسأصلح ذلك التعبير إن شاء الله . والمراد ما هو بديل خصم الكميالة، فأردت لذلك الآتي: أن تكون عن طريق معاملتين مستقلتين. أما ما ذكره بعض الإخوة أن هاتين المعاملتين ليستا مستقلتين ومنفصلتين عن الآخر وأنها حيلة لجواز خصم الكميالة، أفلا ترون أن المرابحة للآمر بالشراء وأن التأجير المنتهي بالتمليك . جميع هذه العقود ينطبق عليها هذا الاعتراض تماماً، وهذه حيل شرعية ولكن ما دامت في حدود شرعية وفي حدود الفقه الإسلامي فإنها اعتبرت واتخذت كبديل للمعاملات الربوية، وإن التأجير المنتهي بالتمليك قد أقره المجمع مع أن هناك معاملتين: معاملة تأجير، ومعاملة هبة، ولكنه أقره المجمع وأقره فضيلة الشيخ الصديق الضرير حفظه الله تعالى وجميع الإخوة الذين تكلموا حول هذا البديل .

النقطة الثانية تتعلق بمسألة ضع وتعجل، وقد ذكر أن مسألة ضع وتعجل في حديث بني النضير قد صححه الحاكم وأنه قد صححه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى صحيح ولكنني تحدثت عن ناحية أخرى وهي أننا لو سلمنا بصحة

هذا الحديث ولا شك أن واقعة بني النضير وقعت حينما وقعت في السنة الثانية من الهجرة وأن الربا لم يحرم في ذلك الزمان فكانت تلك الواقعة قبل تحريم الربا .

وهناك ناحية أخرى ذكرتها وهي وإن سُلِّمَ بصحة هذا الحديث فإن هناك احتمالاً وهو أن ما وضعه رسول الله ﷺ لم يكن من رأس المال إنما وضع القدر الزائد من رأس المال وقد أيدته بروايات للواقدي .

كما أن هناك ناحية أخرى ذكرتها وقد نبه عليها الدكتور عبد السلام العبادي وهو أننا متى استخدمنا مبدأ ضِع وتعجل في البنوك الإسلامية لم يبق هناك أي فارق بين المعاملات الربوية وبين المرابحات والبيوع المؤجلة التي تجربها المصارف الإسلامية، فينبغي أن نبعد هذا الموضوع كل الإبعاد عن المصارف الإسلامية لتضمن صحة المعاملة .

والنقطة الأخيرة أثارها الشيخ عبد الله حفظه الله في مسألة التعويض، وقد ذكرت في مقدمة كلامي أن مسألة التعويض قد فرغ منها في الدورة السابقة فلا مجال للنقاش فيها من جديد فإنها قد أقرت وقد اتخذ فيها القرار، وأما ما جئت به كبديل فهو أنه يمكن أن يلتزم بالتبرع وأن الالتزام بالتبرع عن المماطل – كما اعترض عليه الشيخ عبد الله – كيف يلتزم بالتبرع وهو مماطل؟ فنفس الاعتراض يعود على التعويض ولكن إذا كان هذا الالتزام ملزماً قضائياً كما اقترحت وأتيت له بشواهد من مذهب الإمام مالك رحمه الله، فحينئذ يلزم قضاء بهذا التبرع. وأرجو أن تكون في هذه النقاط الثلاثة كفاية عن معظم ما قيل من قبل الإخوان. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الرئيس:

نعتذر عن بقية الكلمات نظراً لتجاوز الوقت .

بسم الله الرحمن الرحيم .

في هذا الموضوع «بيع التقييط» الذي حصل البحث فيه في محاوره الأربعة: مسألة توثيق الدين، ومسألة ضِع وتعجل، ومسألة حلول الدين بوفاء

المدين، وجسم الكيمبيالات. وسمعت ما دار فيها من مداولات وهي بحمد الله متقاربة والتفاوت في أجزاء يسيرة منها، وقد ترون مناسباً أن تتألف اللجنة من المشايخ: الشيخ نزيه، والشيخ محيي الدين، والشيخ سعود الشبتي، والأستاذ رفيق المصري، والأستاذ أنس الزرقاء.

وبهذا ترفع الجلسة، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى آله وصحبه.

قرار رقم: ٧/٢/٦٦

بشأن

البيع بالتقسيط

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في
المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤
مايو ١٩٩٢م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: «البيع
بالتقسيط».

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله.

قرر:

- ١ - البيع بالتقسيط جائز شرعاً، ولو زاد فيه الثمن المؤجل على المعجل.
- ٢ - الأوراق التجارية (الشيكات - السندات لأمر - سندات السحب) من أنواع التوثيق المشروع للدين بالكتابة.
- ٣ - إن حسم (خصم) الأوراق التجارية غير جائز شرعاً، لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحرم.
- ٤ - الحطيطة من الدين المؤجل، لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن

أو المدين، (ضع وتعجل) جائزة شرعاً، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق. وما دامت العلاقة بين الدائن والمدين ثنائية. فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم تجز، لأنها تأخذ عندئذ حكم حسم الأوراق التجارية.

٥ - يجوز اتفاق المتدائنين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسراً.

٦ - إذا اعتبر الدين حالاً لموت المدين أو إفلاسه أو مماطلته، فيجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل بالتراضي.

٧ - ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار: ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية يفي بدينه نقداً أو عيناً.
والله أعلم.



عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ

البحوث

- بحث فضيلة الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء .
- بحث الدكتور علي السالوس .
- بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي .
- بحث الدكتور علي محيي الدين القره داغي .
- بحث الدكتور عبد الله محمد عبد الله .
- بحث الدكتور عبد السلام العبادي .
- بحث الدكتور حسن علي الشاذلي .
- بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور .
- بحث فضيلة الشيخ كمال الدين جميعط .
- بحث فضيلة الشيخ مصطفى كمال التارزي .
- بحث الدكتور سعود بن مسعد بن مساعد الشبتي .
- بحث الدكتور محمد رأفت سعيد .
- المناقشة .
- القرار .

عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ
وَمَدَى أَهْمِيَّتِهِ فِي
الاسْتِثْمَارَاتِ الْإِسْلَامِيَّةِ الْمَعَاصِرَةِ
إِعْدَادُ
فَضِيلَةُ ابْنِ مُحَمَّدِ طَيْفِيِّ أَحْمَدَ الزَّرْقَاءِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هذا البحث يدور على محورين:

* المحور الأول: عقد الاستصناع في ذاته: حقيقته ومشروعيته وضرورته، واختلاف المذاهب والآراء الفقهية فيه، وهل هو مستقل له خصائصه، أو ملحق بأحد العقود المعروفة التقليدية، وتعريفه وتكييفه، وأثاره وما إلى ذلك بصورة إجمالية تؤدي الغاية من بحث يقدم في دورة اجتماع للبنوك الإسلامية، دون تغلغل في الأحكام الفرعية، وتفصيل في الآراء والأدلة مما محله الكتب.

* المحور الثاني: هو: مدى أهمية عقد الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، وماذا يلبي من الاحتياجات الزمنية ويفتح من أبواب للاستثمارات الإسلامية كانت تضيق عنها العقود الأخرى غير عقد الاستصناع الذي تميز بخصائص عما يشابهه من العقود وهي: الإجارة، والسلم، والبيع المطلق (العادي).

وستتكلّم في ما يلي في هذين المحورين بهذا الترتيب، متقيدين بهذا الإجمال الذي أشرنا إليه بحسب طبيعة المجال الذي يقدم فيه هذا البحث.

المحور الأول عقد الاستصناع في ذاته

إيضاحات تمهيدية :

تطورت حاجة العصر الحاضر في أنواع التعامل والعقود تطوراً كبيراً، لعوامل كثيرة تميز بها هذا العصر، منها الابتكارات المذهلة في وسائل الاتصال السريع بين أقطار العالم المتناحية، ومنها الابتكارات الصناعية لأنواع من السلع لا يمكن تصورها في الماضي القريب - بله البعيد - وتؤدي للإنسان منفعة لم يكن ليحلم بها، أو تسهل له خدمة ضرورية كانت شاقة عليه عملاً وكلفة ووقتاً، فإذا بها تصبح أيسر ما يكون.

ومن عوامل تطور حاجات العصر أيضاً نمو علم الاقتصاد وتوسع آفاقه وتعمقها، واكتشاف مؤثرات ومؤشرات فيه ذات دلالة كبيرة الأهمية لم تكن معروفة أو مؤصلة من قبل، مما جعل التعامل التجاري مرتبطاً بالزمن موعداً ومدداً، ارتباطاً وثيقاً ودقيقاً عظيم التأثير.

كان من نتائج هذه الخصائص التي تميز بها عصرنا هذا عما سبقه ظهور عقود جديدة لوفاء حاجات لم تكن بارزة أو ملحّة في عصور فقهائنا الأوائل، كعقود المقاولات في المباني والمصانع الكبرى والمشاريع والمنشآت الضخمة، كما أبرز هذا العصر أهمية لبعض أنواع التعاقد كانت معروفة بصورة بدائية فأخذت صورة متطورة أخرى كالشركات الحديثة.

وكذلك ظهر في هذا العصر المتطور حاجة إلى أنواع من التعامل كانت الحاجة إليها ضئيلة محدودة في النطاق الشخصي، ولكنها اليوم في عصر

المشاريع والصناعة والتمويلات الكبرى والائتمانات الضخمة، نرى فيها قابلية لأن تلبي مطالب اقتصادية مهمة، وتحل بعض المشكلات في التعامل لمن يحرصون على التزام قواعد الشريعة الإسلامية وفقهها في معاملاتهم، كبيع السلم وشركة المضاربة. ولعل أهم ما ينطبق عليه ذلك في هذا المجال عقد الاستصناع.

لمحة عن نشأة عقد الاستصناع والحاجة إليه :

تعارف الناس عقد الاستصناع من القديم قبل الإسلام، وذلك لأن الحاجة إليه مرتبطة بأسباب طبيعية عامة، وإن الحاجة، كما يقال، هي أم الإختراع. وينطبق ذلك على العقود بوجه عام، فإن كل عقد إنما ولد وتعرف طريقاً لتحقيق غاية اشتدت حاجة المجتمع إليها. وقد ولد عقد الاستصناع من الحاجة إليه في حياة اجتماعية آخذة في التحضر كما ولد ونشأ غيره من العقود.

فحاجة الإنسان في حياته البدائية الأولى إلى سلعة ليست عنده، وهي موجودة عند غيره، لما اشتدت فتح لها باب (المقايضة) التي هي أقدم صور مبادلة المال بالمال عيناً، والتي هي أصل البيع والشراء بالتراضي.

ثم لما لم تعد المقايضة كافية لتلبية الحاجة المستمرة في الاتساع، بسبب ضيق النطاق المتاح في المقايضة بين السلع المتعادلة، ابتكرت النقود في صورتها البدائية، فأصبح التبادل المتعادل ممكناً بين السلعة المطلوبة لراغبها ومقدار من النقود المتعارفة المقبولة معادل لها، فانحلت صعوبة المقايضة بفتح باب لبيع السلع وشرائها بالنقود. وهذا الفتح الجديد قد ولد حاجة جديدة إلى جعل قطع النقود متفاوتة حجماً وقيمة بحسب حاجة المبادلة وحجمها، فنشأ من ذلك عقد الصرف، لمبادلة القطع الكبرى من النقود بقطع أصغر، وهكذا...

ثم لما كثرت حاجة الأفراد الذين يحتاج أحدهم إلى ما عند غيره من السلع الاستعمالية الخادمة لكي يستعملها مدة قصيرة فقط، ورؤي أن شراء كل ما يحتاج إليه لمدة قصيرة هو أمر عسير جداً غير مستطاع، تولد من هذه الحاجة عقد

يستطيع الإنسان فيه أن يدفع جزءاً يسيراً من قيمة السلعة التي يريد استعمالها لمدة قصيرة يعادل المنفعة المحدودة الموقوتة التي يريدها من السلعة، فتولد وتعرف العقد الذي سمي فيما بعد بالإجارة التي لولاها لاضطر كل ذي حاجة إلى سلعة عند غيره لمدة موقوتة أن يشتريها بكامل ثمنها ثم يطرحها.

ثم لما اتسع نطاق التعامل في كل مجتمع، وظهرت التجارة لتوفير أنواع السلع لمحتاجيها، وأخذت طريقها في الاتساع، لجأ التجار إلى المدائنة والائتمان عندما يكون المشتري ليس لديه حين الشراء كامل الثمن، فيمهله البائع طمعاً في توسيع دائرة زبائنه وأرباحه، ويستوفي منه فيما بعد، وظهر بذلك للمدائنة مصلحة للطرفين يدور بها دولا ب التجارة وتعمم مردوداته.

لكن إبليس للإنسان بالمرصاد، فأخذ يلعب بعقول بعض الناس مستغلاً ما عندهم من غريزة الطمع، فأصبح بعض المدنيين لا يؤدي دينه في ميعاده، أو يحاول أكله بشتى الأساليب والوسائل وحرمان صاحبه الذي وثق به من حقه، فكثرت فساد الذمم لدى بعض الناس من أمثال ذلك القائل:

إنني وجدك لا أقضي الغريم وإن حان القضاء وما رقت له كبدي
إلاً عصا أرزن طارت برأيتهما تنوء ضربتها بالكف والعضد

[روى هذين البيتين ابن منظور في لسان العرب، مادة (رزن) والارزن شجر صلب العود تتخذ منه العصي].

واشتدت الحاجة إلى وسيلة لضمان الوفاء، فتولد عقد الرهن لتوثيق الحقوق، وهلم جراً...

وهكذا نرى أن العقود التي تعارفها الناس في مجتمعاتهم، وتكونت منها طرق التعامل المتشابكة والائتمانات والضمانات لم تنشأ دفعة واحدة، كما يدون نظام تعامل اليوم في قانون مكتوب يصدر كاملاً، وإنما تولدت ونشأت على التوالي، وتطورت أحكامها الفرعية بحسب الحاجة.

وينطبق ذلك على عقد الاستصناع موضوع بحثنا هذا، فقد تولد وتعارفه

الناس في مجتمعاتهم من القديم لظهور الحاجة الشديدة إليه في النطاق الشخصي، ذلك أن لأفراد الناس في كل مجتمع بعض حاجات تختلف بطبيعتها بين فرد لآخر، فما يصلح منها لواحد لا يصلح لغيره:

فالحذاء الذي يحتديه الشخص في قدميه مثلاً لا يمكن أن يصلح فيه مقاس واحد حجماً وشكلاً لأي كان، لاختلاف أقدام الناس رجالاً ونساءً، ولا سيما أيضاً بسبب اختلاف الأعمار.

وكذلك الملابس، فالشخص الجسيم أو الطويل لا يصلح له ما يصلح للتحيف أو القصير، والخاتم الذي كانت تختتم به الرسائل منقوشاً عليه اسم صاحبه، لا يصلح لغير صاحبه.

أضف إلى ذلك اختلاف الأذواق والرغبات بين الأشخاص: فالحلي التي تصنع من المعادن النفيسة وترصع بالأحجار الكريمة للترزين قد يريد محتاجها شكلاً أو لوناً غير ما يريده سواه ويهواه ذوقه.

لذا ظهرت الحاجة واشتدت من القديم إلى أن يوصي الإنسان على بعض أشياءه الخاصة وفق ما يلائم حاجته وذوقه من الأوصاف، لدى من يصنعها له من محترفي صناعتها، بمادة وعناصر من عند صانعتها، ويضمن معين في مدة يتفق عليها، وذلك لصعوبة تجميع تلك العناصر، وبالمقادير التي تحتاج السلعة من قبل راغبها.

هذه هي الصورة الأصلية لعقد الاستصناع، والحاجة التي دعت إلى تعارفه، لأن عقد البيع بصورته العامة التي يتعاقد فيها الناس على البيع والشراء في سلع مهيأة جاهزة لم يكن ليبي جميع احتياجات الناس المختلفة من وجوه عديدة، لاختلاف الحاجات ذاتها، واختلاف الأذواق والمشارب، والرغبات والمطالب.

ومن ثم شاع عقد الاستصناع في جميع المجتمعات البشرية المتحضرة التي تتكون فيها المهن والاحتراف الذي يهدف إلى أداء خدمات وأعمال إلى الغير

تحتاج إلى اختصاص كصنع الأحذية، وحياسة الثياب، والنقش على المعادن، والنجارة، وصنع الأواني، وغير ذلك، لقاء عوض يتفق عليه، وظل عقد الاستصناع في النطاق الفردي الشخصي.

ظهر في هذا العصر ولا سيما من أول هذا القرن العشرين الميلادي مزيد من الحاجة إلى بعض حالات بيع المعدوم، كسواء مصنوعات يوصى عليها لدى بعض المصانع لا تتوافر فيها جاهزة لضخامة كمياتها، أو لمواصفاتها الخاصة.

مثل هذه التوصيات الشرائية بين الشركات التجارية الكبرى العالمية، والمصانع المشهورة في البلاد الصناعية في العالم، أصبحت حاجة أساسية في الممارسات الاقتصادية، نظراً للازداد المستمر في عدد السكان، وازدياد الطلب - تبعاً لذلك - على السلع الصناعية الأصلية والمستجدة التي أوجدتها الاختراعات وفنون الصناعة، وحققت منافع جديدة، ويسرت من الوسائل، ووفرت كثيراً من الزمن والمتاعب، وذلك من مصاعب الحياة حتى أصبحت لا يستغني عنها في حياة مدنية حديثة. وقد شمل ذلك الأغذية والأدوية، والتدابير الصحية الخاصة والعامة، الوقائية والعلاجية، وتدبير المنزل والتربية والتعليم والنقل والمواصلات بوسائلها المختلفة، وتعبيد الطرق والاتصالات عن بعد، والملابس للرجال وللنساء والأطفال بمختلف أنواعها لمختلف الفصول، ووسائل الفلاحة والزراعة، ومكافحة الحشرات، والتعبئة (حتى أن هناك معامل خاصة بصناعة بعض أنواع علب التعبئة أو التعليب فقط لا غير)، إلى أدوات الكتابة والطباعة، والتسليّة والرياضة، أضف إلى ذلك وسائل الإنارة والتنظيف والتدفئة والتبريد والتثليج، وسوى ذلك مما لا يستطيع الفكر والنظر إحصاءه، وتعجز الأفلام والأرقام عن حصره.

كل هذه الشبكة الهائلة العظيمة المحيطة بحياة الإنسان اليوم، فرداً وجماعات، أصبحت هدفاً مشتركاً بين الصناعة والتجارة التي تغطي أقطار العالم بطريق الشركات العظمى الصناعية والتجارية. وكثير من إنتاج المصانع يتم بطريق التوصية والاستصناع، فهي قد تنتج مصنوعات من تلقاء أنفسها وتعرضها على

الأسواق، ولكنها كثيراً ما تتلقى التوصيات وتعقد الصفقات الكبرى بطريق الاستصناع للشركات التجارية، وكبار التجار المستوردين.

تطور الحاجة إلى توسيع نطاق الاستصناع :

إلى جانب هذه الحاجة العامة إلى الاستصناع في مختلف السلع الصغرى الاستهلاكية والاستعمالية قامت حاجة أعظم إلى السلع الكبرى من الآليات والمعدات، كالقطارات والطائرات والبواخر العملاقة من حمولة خمسمائة ألف طن فأكثر من حاملات النفط وسواه، حتى المصانع الآلية ذاتها بجميع أجهزتها يشتريها من يريد إنشاءها بطريق الاستصناع بحسب حاجته ضخامةً وطاقةً إنتاجيةً.

وقد ظهرت هذه الأهمية العظمى لعقد الاستصناع في القرن الماضي (التاسع عشر)، قرن الثورة الصناعية في البلاد المتطورة (في الغرب)، وهو أيضاً القرن الذي أناخ فيه الاستعمار بكلكله على البلاد المتخلفة صناعياً (آسيا وأفريقيا بوجه عام)، وفي بعض سواهما من القارات الأخرى، واتخذ منها مصادر للمواد الأولية التي تحتاج إليها صناعات المستعمرين، وأسواقاً لمنتجات مصانع بلادهم.

فقد جاء في تقرير جمعية مجلة الأحكام العدلية الذي رفعت به المجلة بعد الفراغ من تدوينها وتحريرها إلى مقام الصدر الأعظم (رئيس الوزراء) عالي باشا في الدولة العثمانية سنة ١٢٨٦هـ إشارة إلى أهمية عقد الاستصناع مبيناً أن الجمعية أخذت بعدم خيار الرؤية للمشتري المستصنع في عقد الاستصناع وهو قول مرجوح في المذهب الحنفي، ولم تأخذ بالقول الراجح، وذلك منها بدافع المصلحة للأهمية الكبرى التي أصبحت لعقد الاستصناع وشموله لأنواع جديدة من المصنوعات المكلفة التي إذا أعطي فيها خيار الرؤية للمشتري المستصنع (ولو جاءت موافقة للمواصفات المطلوبة) تترتب عليه مشكلة وضرر لا يحتمل للصانع. فقالت جمعية المجلة حول هذا الموضوع ما نصه:

«وعند الإمام الأعظم للمستصنع الرجوع بعد عقد الاستصناع، وقال الإمام

أبو يوسف رحمه الله: إنه إذا وجد المصنوع موافقاً للصفات التي شرطت وقت العقد فليس له الرجوع. والحال أنه في هذا الزمان قد اتخذت معالم كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاولة. وبذلك صار الاستصناع من الأمور العظيمة التي جرى عليها الناس. فتخيير المستصنع في إمضاء العقد أو فسخه يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة. ولما كان الاستصناع مستنداً إلى التعارف، ومقيساً على السلم المشروع على خلاف القياس بناء على عرف الناس لزم اختيار قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا، مراعاة لمصلحة الوقت، كما حرر في المادة الثانية والتسعين بعد الثلاثمائة من هذه المجلة».

إن تلك الشبكة الهائلة من المصنوعات المشار إليها، والتي في أغلب الأحيان يحتاج إلى التعاقد عليها قبل وجودها، كان الطريق إليها في فقه الشريعة ينحصر في عقد السلم الذي أجاز في بيع المعدوم الذي يمكن وجوده أو إيجادها في المستقبل استثناء من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم لما يحفه من الغرر، فقد نهى النبي ﷺ عن أن يبيع الإنسان ما ليس عنده ورخص في السلم استثناء.

وهذا الاستثناء للسلم واضح الحكمة وعظيم الأهمية في الميزان الاقتصادي، فإن عنصري الإنتاج اللذين لا بد من اجتماعهما لتحقيقه، وهما رأس المال والعمل، قد يفترقان في كثير من الأحيان فيتعطلان، حيث يوجد المال في يد عاجزة عن استثماره ومداولته في طريق الإنتاج، وتوجد اليد القادرة على الإنتاج ولكنها محتاجة إلى رأس المال.

فإباحة بيع المعدوم الذي يمكن أن ينتجه المعدم المحتاج إلى رأس المال بقبض ثمنه مسبقاً للتمكن من إنتاجه تتيح اجتماع عنصري الإنتاج المفترقين، هذا إلى جانب فوائد أخرى اقتصادية معروفة لعقد السلم.

لكن هذا المشكل الاقتصادي الذي حله عقد السلم في الماضي لم يعد كافياً لوفاء الحاجة الاقتصادية العامة في عصرنا الحاضر. ذلك لأن عقد السلم يشترط شرعاً لصحته تعجيل ثمن المبيع المعدوم، لأنه إنما استثنى من القاعدة بغية جمع عنصري الإنتاج المفترقين، كما أوضحنا، وذلك بنص الحديث النبوي

الثابت، فقد نهى النبي ﷺ عن بيع الكالء بالكالء، أي الدين المؤجل في الذمة، بدين مؤجل أيضاً في الذمة. والمبيع في السلم دين مؤجل ملتزم في الذمة، لأنه معدوم سوف يعمل البائع على إيجاده بمعونة الثمن (رأس المال)، فإذا كان الثمن أيضاً مؤجلاً ملتزماً في الذمة (غير مقبوض)، فقد أصبح كالتأ بكالء، وانتفت الحكمة من إباحة السلم استثناء من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم للحاجة الاقتصادية العامة، وضاعت الفرصة التي أتاحت لتيسير عملية الإنتاج، وانقلب الموضوع إلى مضاربة بالأسعار المستقبلية. فإذا ارتفعت الأسعار أو هبطت استفاد أحد الطرفين، دون أن يخدم عملية الإنتاج التي هي المصلحة الاقتصادية الحيوية الحقيقية للمجتمع، كما يجري اليوم في البورصات العالمية حيث يتعاقد فيها على كميات خيالية من السلع المؤجلة، بأسعار وأثمان مؤجلة، لا يقصد بها إنتاج ولا تسليم، بل مجرد مضاربة بالأسعار، ثم المحاسبة في الموعد على فرق السعر الذي يربحه أحد الطرفين في حالة ارتفاع السعر أو هبوطه، وهي عملية، كما يرى، أشبه بالمقامرة منها بالنشاط الاقتصادي. والإسلام إنما يهدف إلى تحقيق المصالح الصحيحة، فيفتح لها الأبواب التي تنتج نفعاً للمجتمع، ويغلق أبواب المضاربة بالحظوظ التي تغري بالكسل، وتقعّد الفرد عن العمل، اعتماداً على الحظ المحتمل.

فبسبب اشتراط تعجيل رأس المال لصحة عقد السلم يرى أنه في العصر الحاضر الذي اتسعت فيه شبكة السلع الصناعية ذلك الاتساع الهائل، واتسع إلى جانبها نظام الائتمان (المدائنة) الذي أصبح كالجملة العصبية المنبثة في الجسم، داخلية في كل جزء من أجزائه، ومسيطرة على حركته ونشاطه، في مثل هذا العصر المتطور لم يعد عقد السلم، الذي لا يصح إلا بتعجيل رأس المال، كافياً في وفاء حاجة التعامل المتطور. فلا بد أن يقوم إلى جانبه طريق آخر لا يشترط فيه هذا الشرط.

وبالفعل قد وجدنا في أساليب التعامل التي أقرتها الشريعة السمحة الغراء ذلك الطريق الآخر المنشود وهو عقد الاستصناع.

تعريف عقد الاستصناع :

اختلفت أقطار الفقهاء في الاستصناع وطبيعته: هل هو مجرد وعد من شخص لآخر، أو هو عقد ذو طرفين ينشأ بإيجاب وقبول منهما. ومن يرى أنه عقد هل هو عنده عقد معاوضة ملزم لطرفيه بمجرد الانعقاد الصحيح، أو عقد غير ملزم كالوكالة مثلاً والإيداع والإعارة؟

إن غير الحنفية يذكرون الاستصناع في كلامهم على بيع السلم ولا يذكرون له تعريفاً مستقلاً يبين له ماهية خاصة، وإنما يذكرونه في عقد السلم فيما إذا بيع شيء موصوف في الذمة مما يصنع، فيعتبرونه سلماً في المصنوعات، (بينما السلم بوجه عام لا يختص بالمصنوعات). لذا يشترطون لصحته أن تتوافر فيه شرائط السلم جميعاً، وفي طبيعتها تعجيل الثمن. فليس له تعريف خاص عندهم يميزه بماهية عقدية وموضوع مستقلين، ويصرحون بعدم جوازه وصحته إذا لم تتوافر فيه شرائط السلم.

ومعنى ذلك أنه عندهم عقد من العقود الثنائية الطرف ويحتاج إلى إيجاب وقبول صحيحين لانعقاده، فليس مجرد وعد من طرف واحد لآخر لا يلزمه، ويبقى معه مختاراً في التنفيذ وعدمه، ولكنه ليس عقداً مستقلاً بل صورة من بيع السلم تخضع لشروطه، ويجري عليها حكمه.

أما الحنفية فهم الذين اعتبروه عقداً ونوعاً من البيع خاصاً متميزاً بأحكامه كما تميز الصرف والسلم وهما من البيوع، وليس سلماً، وإن يكن له به شبه. وهو أيضاً استثناء من عدم جواز بيع المعدوم للحاجة العامة إليه، بل هم يدعون الإجماع على جوازه. وهذا هو الرأي الراجح عند الحنفية، وإن كان منهم من يرى أنه مجرد وعد من شخص لآخر، مستدلاً بأدلة ضعيفة لا تنهض حجة لنفي صفة العقدية عنه.

وواضح أن من يرونه وعداً محضاً لا تعريف له عندهم يخرج به عن مفهوم الوعد بوجه عام، وهو: أن يعلن شخص لآخر ما سيفعله لأجله أو لمصلحته في

المستقبل. وقد يكون الشيء الموعود به عملاً ما أو عقداً من العقود. فإذا كان الأمر الموعود به عقداً ما فلا بد لوجوده وانعقاده من أن ينشأ فيما بعد بالتراضي بصورة صحيحة، أي مستوفياً ركنه وسائر شرائط انعقاده.

أما الذين يرون الاستصناع عقداً، وهو الراجح في المذهب، لمتانة أدلته، وبه أخذت المجلة كما سنرى. فقد عرفوه بتعاريف عديدة متقاربة. فقال بعضهم: الاستصناع هو: «أن يطلب شخص من صانع أن يصنع له شيئاً بشم معلوم» (العيني في شرح الكنز).

وهذا التعريف قاصر لأن الطلب ليس عقداً، فكأنما هو تفسير لكلمة الاستصناع، وليس تعريفاً لعقده.

وقال ابن عابدين في رد المحتار: «هو أن يطلب أحد من آخر العمل في شيء خاص على وجه مخصوص»، وهذا قاصر أيضاً وغير سديد، وتدخل فيه الإجارة فهو غير مانع. وقد عرفته المجلة بأنه: «عقد مقاوله مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئاً». وهناك من المعاصرين من عرفوه بتعريفات أخرى متقاربة لا تراها دقيقة ولا وافية. لذلك نرى أن نعرفه بصورة أوضح وأوفى كما يلي:

«هو عقد يُشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده، بأوصاف معينة، وبشمن محدد».

هذا ويسمى المشتري: مستصنعاً، والبائع: صانعاً، والشيء محل العقد: مستصنعاً فيه، والعوض يسمى ثمناً كما في البيع المطلق.

تحليل هذا التعريف:

أفاد هذا التعريف الأمور التالية:

١ - أن عقد الاستصناع هو في طبيعته وحقيقته من قبيل البيع، فهو أحد أنواع البيع، وليس من قبيل الإجارة (إجارة الأشخاص)، ولا مجرد وعد. ونتيجة كونه كذلك أنه يجب لنشوئه بين طرفين أن يتوافر فيه ركن التعاقد،

وهو التراضي الذي يظهره الإيجاب والقبول، وكذلك جميع شرائط الانعقاد العامة في العقود.

٢ - أن المبيع فيه هو العين الموصى عليها، وليس عمل الصانع ذاته. وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي، وسنرى نتيجة الفرق بين الاعتبارين في مناسبتها القادمة من هذا البحث.

٣ - أن المبيع في الاستصناع مفترض فيه افتراضاً أنه معدوم عند العقد، وأن المقصود صنعه وإيجاده. وهذه تبرز فيه - كما هي في السلم - أنهما قد فتح فيهما باب معقول استثنائي لبيع المعدوم تدعو إليه الحاجة والمصلحة. ولكن ليس شرطاً فيه أن يكون معدوماً فعلاً عند العقد، وسوف يصنع أو يوجد فيما بعد. وسنرى نتيجة ذلك في مناسبتها القادمة من هذا البحث وهذا مستفاد من عبارة (يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً) ولم نقل: يلتزم بأن يصنعه.

٤ - أن الاستصناع إنما يجري في السلع التي تصنع صنعاً (المصنوعات) ولا يجري في الأشياء الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة كالثمار والبقول والحبوب ونحوها، بل هذه المنتجات الطبيعية إذا أريد بيعها قبل وجودها فطريقها بيع السلم لا غير.

٥ - أنه لا بد في الاستصناع من تحديد الأوصاف للمبيع المطلوب صنعه بما يكفي لصيrote معلوماً لاجتهال فيه، وكذا تحديد ثمنه. ويكفي للصحة بيان الأوصاف الأساسية في كل شيء بحسبه عرفاً. أما الأوصاف الفرعية التفصيلية فلا يشترط بيانها لصحته لأنها لا حدود لها. ولكن لو ذكر منها شيء في العقد يجب الالتزام به.

٦ - أن الثمن لا يجب تعجيله في الاستصناع، وإنما تجب معلومته بتحديد نوعاً وقدرًا. فيمكن أن يكون الثمن في الاستصناع معجلًا كله، أو مؤجلًا كله، أو مقسطاً، وذلك كما في البيع العادي (البيع المطلق)، وهذا فارق

أساسي بين الاستصناع والسلم تظهر به مزية الاستصناع، وقابليته لتلبية حاجة التعامل المتطور في عصرنا هذا.

٧ - أن المادة أو المواد الأولية التي يصنع منها الشيء المستصنع فيه، وسائر ما يحتاج إليه صنعه من مواد أساسية أو كمالية، سواء منها ما يحتاج إلى اشتراط، أو كان مفهوماً عرفاً، كل ذلك إنما يقدمه الصانع البائع من عنده، ولا يقدم المستصنع المشتري شيئاً منه، لأنه محسوب حسابه في الثمن، وهو إنما يشتري الشيء مصنوعاً كاملاً.

وهذا ما يفرق الاستصناع عن الإجارة من ناحية ثانية إذا استؤجر أحد الأشخاص لعمل ما مما يحتاج إلى مواد، فإن الأجير الخاص لا يقوم بتقديمها من عنده، وإنما يقوم بالعمل فقط.

التكليف النهائي للاستصناع:

يتضح مما تقدم أن جمهور فقهاء المذاهب على أن الاستصناع عقد بكل معنى الكلمة، وليس مجرد وعد حتى عند غير الحنفية من المذاهب الثلاثة التي لا تجوزه إلاً على أنه سلم إذا توافرت فيه شروط السلم. ذلك أنه في نظر تلك المذاهب لو كان مجرد وعد لما صح أن يحكم فيه بعدم الصحة، لأن الوعد لا يوصف بالصحة أو عدمها، فهذا الوصف تختص به العقود التي لها انعقاد تترتب عليه أحكام إذا توافرت مقوماتها، ولها بطلان إذا فقد فيها بعض مقوماتها.

فمن يقرر من الفقهاء في أي مذهب كان عدم صحة الاستصناع لأن فيه بيع المعدوم المنهي عنه بغير طريقة السلم المستثناة شرعاً يلزم من حكمه هذا أنه يرى في الاستصناع عقداً مخالفاً للنظام الشرعي في التعاقد. ولو أنه عنده مجرد وعد لما ساغ أن يقرر فيه عدم الصحة.

وقد أشرنا فيما سبق إلى أن الأدلة التي يستند إليها من يقول أنه وعد وليس بعقد هي أدلة ضعيفة ومردود عليها بقوة، فلا تنهض حجة.

بقي أنه، بعد تقرير كونه عقداً، وهو ما استقر عليه رأي المتأخرين من فقهاء المذهب الحنفي، واعتمده مجلة الأحكام العدلية، قد اختلفوا في طبيعته بين العقود: هل هو من قبيل الإجارة، فتطبق فيه شروطها وأحكامها، أو هو من قبيل البيوع؟

وأقوى شبهة يستند إليها من يرون أنه من إجارة الأشخاص أن بعض الأجراء العامين (الأجير المشترك) أصحاب المهن تقتضي طبيعة عمله أن يضع من عنده المادة التي يستلزمها عمله المستأجر عليه كالصباغ، فإنه يدفع إليه الثوب أو الغزل ليصبغه باللون المطلوب بصبغ يضعه من عنده، ولا يقدمه له صاحب الثوب، كما يفعل الصانع في الاستصناع، ولم يخرج هذا عن أن يكون أجيراً، وعقد عمله إجارة.

وقد أجاب القائلون بأن الاستصناع من قبيل البيوع لا من الإجارة بما يوضح الفرق جلياً بين الصانع في الاستصناع، والصباغ ونحوه، من الأجراء العامين. وخلاصته أن المستصنع يأتي إلى الصانع صفر اليدين ليشتري شيئاً يصنعه له كله كاملاً بخامة وعناصر من عنده، ولو أنه وجد عنده ما يوافق مطلوبه لاشرائه جاهزاً. أما الصباغ فيأتيه الثوب من صاحبه ليعمل على إحداث لون فيه أو تغيير لونه، وهذا عمل محض وليس عيناً تباع، وإذا كان عمله هذا يستلزم وضع صبغ من عنده (لأنه هو الذي يحسن اختياره ويعرف مقداره) فهو تبع للعمل الذي هو المحل الأصلي للعقد.

وقد استقر الرأي عند الحنفية أن الاستصناع نوع من البيوع مستقل لا يدخل في أحد الأنواع الأخرى كالصرف والسلم، وليس أيضاً من البيع العادي (المطلق). فكما أن الصرف والسلم نوعان من البيع وهما عقدان مستقلان، ولهما أحكام خاصة لا تجري في البيع المطلق العادي، فكذلك الاستصناع. وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية، فعقدت للاستصناع فصلاً خاصاً به في باب (أنواع البيع) من كتاب البيوع في المواد ٣٨٨ - ٣٩٢.

حكم عقد الاستصناع، وأثره بين طرفيه :

بعد ما تقدم لا حاجة بنا إلى الكلام عن حكم الاستصناع من حيث الجواز الشرعي وعدمه، أو بتعبير آخر: من حيث المشروعية، فقد وضع مما سبق أن الشك في مشروعيته وجوازه ليس له دليل شرعي خاص ولا سند قوي يدعمه سوى التطبيق لنص عام هو أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم. وهذا (الاستصناع) بيع شيء معدوم بغير طريق السلم واستيفاء شروطه.

لكن الذين قالوا بجوازه نوعاً من البيع خاصاً بالمصنوعات متميزاً عن البيع العادي (المطلق) ودون تقييد بشروط السلم، وهم جمهور الحنفية لم يتجاهلوا الحديث النبوي المذكور، ولكنهم قالوا: كما جوز بيع السلم بالنص نفسه للحاجة وللصلحة العامة فيه، (وهذا استحسان من الشارع نفسه، استثناءً من القاعدة التي أرساها وهي منع بيع المعدوم) استثنى كذلك الاستصناع بالإجماع استحساناً للحاجة والصلحة نفسهما. وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه اصطنع خاتماً نقش عليه اسمه لختم رسائله به، وفسروه بأنه أوصى بصنعه فصنع له.

هذا، وقد أشرنا سابقاً إلى أن الحنفية يدعون الإجماع على جوازه للحاجة. ودعوى الإجماع مستفيضة في كتب المذهب الأساسية: المبسوط للسرخسي، والبدايع للكاساني، والهداية للمرغيناني، وسواها. وقد تبدو هذه الدعوى غريبة، فأى إجماع مع أن مذاهب عديدة منها الشافعي والحنبلي لا تجيزه إلاً بشرائط السلم كاملة؟

ولكن الإجماع الذي يستند إليه الحنفية صحيح ولا يتنافى مع هذا الخلاف بين المذاهب في جواز الاستصناع، فإن الإجماع الذي يدعيه الحنفية هو الإجماع العملي. فهم يقولون إن العمل بالاستصناع فيما يحتاج إليه متعارف ومستمر من عصر الرسول ﷺ دون تكبير.

فقد قال الكاساني في (بدايعه) عن الاستصناع:

«ويجوز استحساناً، لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير. وقد قال رسول الله ﷺ: (لا تجتمع أمتي على ضلالة) . . . والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل . . . ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً، فيحتاج إلى أن يستصنع. فلو لم يجز لوقوع الناس في الحرج». [بدائع الصنائع للكاساني: ٦ أوائل كتاب الاستصناع].

ويلحظ في هذا المقام أن المشاهد في عصرنا أن فقهاء المذاهب الثلاثة التي لا تجيز الاستصناع إلاً بطريق السلم يمارسونه عملياً في حاجاتهم الخاصة وحاجات أبنائهم من أحذية وملابس وسواها، ولا يجدون منه بدأً.

وهذا يشبه موقف المخالفين في جواز البيع بالتعاطي، الذي يجيزه الحنفية على تقدير حلول التعاطي بين المتبايعين محل الإيجاب والقبول اللفظيين. فالشافعية كانوا على منعه بحجة عدم انعقاده دون إيجاب وقبول صريحين. ولكنهم في الوقت نفسه كانوا يضطرون إلى ممارسته عملياً في المحقرات. فلم يكونوا يستطيعون أن يتطلبوا الصيغة التعاقدية في شراء حاجاتهم اليومية من البقول والفاكهة واللحم والخبز ونحو ذلك بينهم وبين باعته. فاضطر المتأخرون من فقهاء المذهب أن يصرحوا بإباحته للحاجة في المحقرات من الأشياء.

والشيء الذي يجب أن لا ينساه الفقيه المفتي أبداً، وأن يكون نصب عينيه دائماً، هو المقاصد العامة للشريعة مما هو مفصل في مواطنه من كتب الأصول والفقه، وقول الرسول ﷺ فيما ثبت عنه: «إن الدين يسر، ولن يشاد هذا الدين أحد إلاً غلبه».

هذا عن حكم الاستصناع بمعنى مشروعته.

أما حكم الاستصناع بمعنى أثره الذي يترتب عليه بين العاقدين فهو أن

يستحق المستصنع على الصانع أن يأتيه بالشيء المطلوب المعقود عليه موافقاً للأوصاف المبينة في العقد، وأن يستحق الصانع على المستصنع الثمن المتفق عليه متى جاء به مصنوعاً كذلك. وبتعبير آخر في اصطلاح علماء القانون الوضعي: أن يلتزم كل من الطرفين بما يتعلق به من محل العقد، باعتبار أن كلاً من العوضين في عقود المعاوضة هو محل للعقد.

قال الإمام الكاساني في البدائع (كتاب الاستصناع): «وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم على ما سنذكره».

وهو يشير بقوله: «ملكاً غير لازم على ما سنذكره» إلى ما هو مقرر في أصل المذهب الحنفي، (وقد بينه في لاحق كلامه) من أن عقد الاستصناع في رأي أبي حنيفة رحمه الله هو من العقود غير اللازمة. بمعنى أن لكل من المستصنع والصانع الرجوع عنه قبل إتمام صنع الشيء المطلوب. أما بعد أن يأتي مصنوعاً وفقاً للمطلوب فيسقط خيار الصانع البائع، ويبقى الخيار للمستصنع باعتبار أنه مشتر لما لم يره.

ولأبي يوسف صاحب أبي حنيفة رأي آخر نقلته عنه كتب المذهب، وهو أنه إذا أتم الصانع صنع الشيء وأحضره للمستصنع موافقاً للأوصاف فليس لأحد منهما خيار، بل يلزم الصانع بتسليمه، ويلزم المستصنع بقبوله. وتعليقه عند أبي يوسف رحمه الله: أن الصانع لما أتى به موافقاً تعين حق المستصنع فيه بعينه بعد أن كان حقه متعلقاً بذمة الصانع، فلم يبق له خيار. وأما بالنسبة إلى المستصنع فإنه لو أعطي خيار رؤية بعدما أتى به الصانع موافقاً للأوصاف المطلوبة فرفضه المستصنع بحكم الخيار لتضرر الصانع ضرراً قد يكون كبيراً، لأنه إنما صنعه بحسب مطلوب المستصنع على أوصاف ومقاييس قد تكون تخالف المعتاد بين الناس، فرفضه قد يتعذر على الصانع بيعه لغيره. وهذا إضرار بتغريم من المستصنع إذ لولا توصيته لما صنعه الصانع، والنبي ﷺ يقول: «لا ضرر ولا ضرار». فليس للمستصنع خيار بعد إحضاره إلا إذا كان مخالفاً في

أوصافه للمشروط، فيكون له عندئذ خيار فوات الوصف لا خيار رؤية .

وتتضح في هذه الرواية الثانية عن أبي يوسف رحمه الله قوة الحجة ونصاعتها .

لكن أهل الترجيح في المذهب الحنفي وفي طليعتهم الإمام الكاساني رجحوا رأي أبي حنيفة في أن للمستصنع خيار الرؤية ولو جاء الصانع بالمصنوع موافقاً للأوصاف المطلوبة، وعللوا ترجيحه بما لا ينهض حجة أمام رأي أبي يوسف .

لكن جمعية المجلة عندما وضعت نصوصها لاحظت أن رأي أبي حنيفة رحمه الله أصبح مشكلاً جداً بعد أن أصبح الاستصناع واسع النطاق إلى درجة لا حد لها بعد تطور الصناعة، وأصبحت البواخر والقطارات وأمثالها تستصنع استصناعاً. لذلك بينت جمعية المجلة في مقدمتها (التي نقلنا نصها أوائل هذا البحث) أنها وضعت المواد التي تكلمت عن الاستصناع في بابها المخصوص على أساس قول أبي يوسف في عدم الخيار للمستصنع إذا جاء المصنوع موافقاً للأوصاف المشروطة، تمشياً مع الحاجة والمصلحة الزمنية .

لكن يلحظ في هذا المقام إن نص المادة: ٣٩٢ من المجلة جاء بالصيغة التالية:

«إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه . وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً» .

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 البدء بالصنع، كما لو كان بيعاً مطلقاً لسلعة موجودة معينة . وهذا توسع عن رأي أبي يوسف المنقول في كتب المذهب، حيث يتفق رأيه مع أبي حنيفة أمام المذهب في أنه قبل الصنع عقد غير لازم، فلكل من الطرفين الرجوع عنه، وأبو يوسف إنما انفرد بعد ذلك بالقول بعدم الخيار لا حد منهما بعد الصنع إذا

أتى به الصانع موافقاً للأوصاف المبينة، فالصانع ملزم عندئذ بتسليمه، والمستصنع ملزم بقبوله.

ومعنى هذا أن ما قرره المجلة بهذا الإطلاق في لزوم عقد الاستصناع على الطرفين منذ انعقاده حتى قبل بدء الصانع بالصنع ليس له سند في المذهب المستمد منه.

ومعلوم أن المجلة هي قانون مدني بالمعنى الاصطلاحي مستمد كله من مذهب معين هو المذهب الحنفي، وصدرت بإرادة سنية رسمية من الخليفة صاحب السلطان، نظير ما يسمى اليوم بقانون الإصدار الذي تصدر به سائر القوانين فتصحح به نافذة منذ نشرها بحسب نصوصها دون نظر إلى مصادرها.

وهنا تثار نقطة مهمة عند علماء القانون الوضعي، أنه إذا ذكر في المذكرة الإيضاحية المرافقة للقانون إن مادة معينة من مواده قد أخذ فيها واضع القانون برأي أو نظرية مما عرض في المذكرة الإيضاحية ولكن جاء نص تلك المادة في القانون الصادر مخالفاً من ناحية ما لذلك الرأي أو النظرية التي قالت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت بها. فهل العبرة في هذه الحال لما في المذكرة الإيضاحية، أو لنص المادة التي جاءت مخالفة؟

المقرر في هذه الحالة عند علماء القانون الوضعي أن العبرة لنص المادة، لأنها هي النص المقنن وليس المذكرة الإيضاحية، لاحتمال أن المشرع القانوني قد عدل أخيراً عن اختياره الأول. ولهذا المبدأ شواهد واقعية عديدة معروفة في التقنيات الوضعية لا محل لذكرها هنا.

فبناء على هذا المبدأ تكون العبرة في المادة: ٣٩٢ من المجلة لإطلاق اللزوم في عقد الاستصناع منذ انعقاده، ولو أن أبا يوسف - الذي قالت مقدمة المجلة (وهي مذكرة إيضاحية مرافقة) أنها قد أخذت بقوله - لم يقل بهذا الإطلاق في لزوم العقد منذ انعقاده وإنما يقول به بعد أن يجيء الصانع بالمصنوع موافقاً للأوصاف المتفق عليها.

وصنيع المجلة بهذا الإطلاق في اللزوم يبرره أن واضعي المجلة، وهم من خيرة فقهاء عصرهم في القرن الثالث عشر الهجري قد لاحظوا تطور الصناعة العظيم في ذلك الوقت، وتطور نطاق الاستصناع واتساع دائرته كما أشاروا إليه، فرأوا أن المصلحة الزمنية والاقتصادية والتعاقدية تقتضيه ولو لم يقل به الفقهاء السابقون في المذهب، إذ لو شاهدوا التطور الذي وصل إليه الاستصناع، والمداخل التي دخلها في حاجات الناس وتعاملهم، والضرر العظيم المهول الذي يلحق الصانع إذا رفض المستصنع المصنوع الذي صنع وأتى موافقاً لشروطه بحجة خيار الرؤية فيما لو كان المصنوع باخرة كبرى، أو معمل نسيج آلي عالي الكفاءة، أو قطار سكة حديدية. ونحو ذلك - نقول لو شاهدوا ذلك في العصر الحديث لما ترددوا في تقرير عدم خيار الرؤية، واعتبار عقد الاستصناع ملزماً لطرفيه منذ انعقاده.

هذا في عصر المجلة قبل قرن وربع. فالיום بعد أن أصبح نقل العملات النقدية وحساباتها من المشارق إلى المغرب يتم بفلكة زر، وأصبحت الصفقات الضخمة التجارية والصناعية تعقد على الملايين، وأصبح التاجر والمستصنع والصانع بالوسائل الآلية الهائلة يبني حساباته وحقوقه والتزاماته في ما لديه وما عليه وما إليه على توقيت زمني دقيق بحيث لو اختلت معه حلقة من ذلك لجرت سلسلة من المشكلات في ارتباطاته المتداخلة والمتشابكة - نقول في ظروف كهذه اليوم يجب أن يطمئن كل متعامل ومتعاقد إلى أن ما تعاقده عليه قد ثبت ويستطيع أن يبني عليه. وهذا يدعم أيضاً إن المصلحة العملية في استقرار المعاملات تقتضي اليوم اعتبار عقد الاستصناع لازماً بحق الطرفين منذ انعقاده، إذ أن الاستصناع لم يبق محصوراً في الحاجات الشخصية البسيطة كالخف وإناء نحاسي وبساط، وسرج فرس، وثوب ولد أو حذائه، حتى يكون ضرر الصانع صاحب المهنة من عدول المستصنع أو رفضه المصنوع ضرراً خفيفاً، بل أصبح العدول من أحد الطرفين بعد التعاقد، كرفض المصنوع الموافق للأوصاف بحكم خيار الرؤية دون عيب أو مخالفة وصف، قد يترتب عليه أضرار جسيمة عظيمة

للطرف الآخر مما يزعزع مبدأ استقرار المعاملات الذي هو من أهداف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي معاً.

محل عقد الاستصناع:

المراد بمحل عقد الاستصناع ما يسميه فقهاؤنا بالمعقود عليه، فما هو هذا المحل المعقود عليه في عقد الاستصناع؟

من المعلوم - كما في تعريف الاستصناع - أنه ينصب على شراء شيء في الحال مما يصنع صنفاً لكي يصنعه البائع المحترف لمشتريه بأوصاف معينة وثمان محدد. وكل مصنوع يحتاج إلى مادة وعمل. فهل المبيع في هذا العقد هو العين المصنوعة أياً كان صانعها، أو العمل من الصانع البائع نفسه؟ هذه نقطة تختلف فيها أيضاً فقهاء الحنفية، وتترتب عليها نتيجة ألمحنا إليها في تحليل تعريف الاستصناع. وبما أن لها تأثيراً مهماً في المحور الثاني من هذا البحث (مدى أهمية الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة)، فستكلم عنها وعن أثرها في المحور الثاني التالي:

المحور الثاني

مدى أهمية الاستصناع

في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة

فرضت السنة النبوية في بعض أنواع من التعامل قيوداً وبخاصة في عقدي المصارفة والسلم، لأن فيها قابلية كبيرة للانزلاق إلى المراباة لولا تلك القيود. ومن أهم تلك القيود التي ضبطت بها بعض العقود ولمنع ذلك الانزلاق فيها إلى المراباة المقنعة ثلاثة قيود:

- التقابض في عقد الصرف بمختلف صورته.
- تعجيل رأس المال في السلم لتحقيق مزيته الاقتصادية المهمة.
- عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه.

وقد بيند أوائل هذا البحث في الإيضاحات التمهيدية أن لزوم تعجيل رأس المال في عقد السلم كان حائلاً دون الاستفادة منه في عصرنا الذي اشتدت فيه الحاجة إلى المداينات الائتمانية. فكأن عقد الاستصناع الذي هو محرر من قيد تعجيل الثمن هو الحل المناسب. ففيه توسيع لنطاق إمكان بيع المعدوم في كل شيء يصنع صنعاً مما اشتدت الحاجة إلى إمكان بيعه قبل صنعه في عصر انفجرت فيه الصناعة وفنونها وابتكاراتها القائمة على الاكتشاف العلمي والتقنية إلى درجة تذهل العقول.

وهذا الانفجار الصناعي يخدم اليوم حقولاً عظيمة الأهمية في حياة البشر اليوم كالطب وما إليه، والزراعة وما إليها، والدفاع، والهندسة بمختلف فروعها التي بلغت العشرات، وبناء المباني المختلفة من المجمعات السكنية،

والمستشفيات، والمدارس والجامعات، وصوامع حفظ الغلات الزراعية إلى غير ذلك مما لا يحصى، ومما يؤلف شبكة الحياة المعاصرة المتطورة. كل ذلك من الحقول الحيوية التي يخدمها ذلك الانفجار الصناعي اليوم يحتاج لكي يستفاد منه أن تقوم بموازاته تجارة واسعة ميسرة تنقل ثمراته من السلع التي لا تحصى إلى مختلف أقطار العالم. ومن هنا ظهرت أهمية تيسير التجارة وتنوعها بصورة لم تكن لها في الماضي، ووضعت لها في النظم التشريعية قوانين استثنائية من القواعد العامة في القوانين المدنية لتسهيل معاملاتها في التعامل، وقضاياها في القضاء، سميت بقوانين التجارة بغية تحقيق سرعة إنجازاتها، ودوران دولابها.

ومن ثم أيضاً في هذا الظرف الزمني الذي وصفناه، وخصائصه الصناعية والتجارية تبرز أيضاً أهمية الاستثمار التجاري بطريق عقد الاستصناع موضوع بحثنا هذا.

فاستثمار الأموال اليوم بغية تنميتها بالربح تنوعت سبله كثيراً، وفيها الحلال والحرام في نظر الشريعة الإسلامية، وتزاحمت في طريق الاستثمار البنوك الإسلامية التي أنشئت في هذا العصر في جذب مدخرات الناس وفائض أموالها، لدفعها ووضعها في طريق النماء والتنمية، وتسييلها في حقول النماء والربح.

لكن البنوك الإسلامية، رغم تقيدها باجتناب الربا وشبهاته، أمامها مجالات استثمارات ليست متاحة أمام البنوك الربوية. ذلك أن البنوك الإسلامية تقوم ترخيصاتها ونظمها على أساس الممارسات التجارية فعلاً في أسواق السلع المختلفة، بينما البنوك الربوية ينحصر نشاطها في التمويل فقط بطريق الإقراض والاقتراض بفوائد ربوية.

ومن هذا الأفق تبرز اليوم أمام البنوك الإسلامية، وأمام سائر التجار الإسلاميين في العالم الإسلامي الذين يحرصون على عدم تدنيس نشاطاتهم الاستثمارية بالربا ولا بشبهاته، أهمية عقد الاستصناع في ميدان التجارة وذلك من ناحيتين:

— الأولى: أن عقد الاستصناع لم يبق محصوراً، كما كان في الماضي، في نطاق الحاجات الفردية الشخصية التي كانت هي العامل الأساسي في وجوده وتعارفه حين يحتاج الشخص إلى شيء بمواصفات خاصة لا توجد عادة في المتداول العام من السلع، بل خرج اليوم المارد من القمقم، وأصبح من الممكن أن ينطلق عقد الاستصناع إلى آفاق المصنوعات في نطاقها الواسع في عصر الانفجار الصناعي، وبالكميات الضخمة الهائلة من المصنوعات المثلية التي تنقلها التجارة إلى مختلف بلاد العالم، ولا سيما العالم المتنامي (الذي يسمى تليفاً اليوم بالعالم الثالث أو النامي) والذي أصبح لتخلفه، يحتاج في كل وسائل حياته، حتى في غذائه الضروري إلى منتجات العالم الصناعي ومصنوعاته.

— الناحية الثانية: أن عقد الاستصناع قد جمع بين خاصيتين: خاصة بيع السلم في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد، سيصنع فيما بعد، وخاصة البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمانياً لا يجب تعجيله كما في السلم.

ومن هاتين الخاصيتين يتبين أن أهمية الاستصناع في طريق الاستثمار الإسلامي اليوم كبيرة جداً إذا مورس بخبرة تجارية وبصيرة في الأسواق، وإن مدى أهميته هذه واسع غير محدود، وفي طريق إسلامي سليم.

ونقول: (إذا مورس الاستصناع بخبرة تجارية وبصيرة في الأسواق) لأن البنوك الإسلامية اليوم التي هي مصب المدخرات لكثير من المسلمين الملتزمين لأجل استثمارها بواسطة هذه البنوك الإسلامية بطرق بعيدة عن الربا وشبهاته، قد أهملت الطريق الذي خلقت لأجله، وهو أن تكون تاجرة مضاربة تنطح الأسواق، وتتصيد الفرص المناسبة التي ترصدها بمنظار وعيون مفتحة في الأسواق على الأسعار والسلع، ويكون لها مخازن ومعارض ككل متاجر برأس ماله، ومضارب مشارك بعمله، فتجني أرباحاً مضاعفة عن سعر الفائدة الذي تربحه البنوك الربوية في قروضها. وهكذا تضرب المثل الصالح للنظام الإسلامي في طريق المشاركة الذي يباركه الله، بدلاً من طريق التمويل الربوي المشؤوم.

ولكن البنوك الإسلامية أو معظمها أهملت ذلك الطريق الذي خلقت لأجله لاحتياجه إلى جهد وبقظة، وانصرفت إلى طريق المرابحة للآمر بالشراء إيثاراً منها للكسل، لأن القائمين على إدارتها أو معظمهم ليسوا من التجار الخبراء، بل هم مصرفيون نشأوا في العمل بالأوراق والحسابات وهم على مناظدهم، ولم يعتادوا أن ينطحوا الأسواق ويكونوا تجاراً عمليين بمعنى الكلمة. فمع هؤلاء لا يعطي طريق الاستصناع الذي بينا مزاياه وخصائصه، النتائج العظمى التي هو مهياً لإعطائها لو مارسه البنوك الإسلامية، بل يبقى طريقاً منتجاً كبير الفائدة للتجار الفرادى الذين يخوضون معترك السوق التجارية ليستثمروا أموالهم بأنفسهم، سواء أكانوا أفراداً أو شركات، ولا ينتظرون البنوك الإسلامية أن تستثمر لهم مدخراتهم.

المحل المعقود عليه في الاستصناع:

قلنا قبلاً إننا سنرجى الكلام على المحل المعقود عليه في الاستصناع والخلاف الفقهي فيه إلى هذا المحور الثاني من البحث لعلاقته بمدى أهمية الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية.

اختلف فقهاء الحنفية الذين اهتموا بعقد الاستصناع وتفصيل أحكامه، وتفردوا بإفراد باب خاص به في كتاب البيوع، اختلفوا في تحديد المعقود عليه فيه (كما اختلفوا في تكييف العقد نفسه وتشخيص ماهيته وطبيعته مما سبق بيانه في موضعه).

فقال بعضهم بأن المعقود عليه في الاستصناع (المحل في الاصطلاح القانوني) هو عمل الصانع البائع في العين المطلوبة، أي صنعه لها بنفسه. وهذا مع التسليم بأن العقد ليس إجارة بل هو بيع. فمقصودهم أنه بيع لعين موصوفة سيصنعها البائع نفسه.

وقال آخرون إن المعقود عليه في الاستصناع هو العين الموصوفة المطلوبة وليس عمل الصانع البائع.

وثمره هذا الخلاف أنه لو أحضر البائع للمستصنع المشتري عيناً مطابقة للأوصاف المتفق عليها، لكنها من صنع صانع غيره، هل يجبر المشتري على قبولها. وإذا أعطاه إياها ولم يذكر أنها من صنع غيره فهل يكون قد برئت ذمته، أو يكون قد غشه؟ فإذا عرف بعد أخذه هل يكون له خيار في أن يردّها.

— فعلى الرأي الأول (المبيع هو عمله بعد العقد) لا يجبر المشتري على قبولها، ولا تبرأ ذمته إن أعطاه صنع غيره فأخذه ظاناً أنه صنعه.

— وعلى الرأي الثاني (المبيع هو العين لا العمل) يجبر المشتري على قبولها، وتبرأ ذمة الصانع إن لم يذكر له ذلك، لأنه قد وفى بالتزامه وهو تقديمه له عيناً مصنوعة موافقة للأوصاف المشروطة.

وكذلك بطريق الأولوية لو أحضر له عيناً مطابقة للأوصاف كان قد صنعها هو نفسه قبل التعاقد مع المستصنع.

مما يدعم الرأي الأول في نظرنا أن الاستصناع فيه شيء من عنصر الثقة الشخصية، فالمستصنع قد يكون إنما اختار هذا الصانع بالذات لثقته بمهارته، وربما لا يريد صناعة غيره.

ومما يدعم الرأي الثاني أن العبرة للمواصفات المطلوبة للمستصنع، فإذا كانت متوافرة مادة وصنعاً كما شرط لم يبق لاختلاف الصانع أي فرق بالنسبة للمشتري المستصنع، لأن السلعة ومواصفاتها هي المقصود.

والمرجح في المذهب هو الرأي الثاني أن المبيع هو العين الموصوفة فيوفي الصانع ذمته إذا جاءه بعين مستكملة الأوصاف المطلوبة من صنع غيره أو من صنعه هو نفسه قبل العقد. ومجلة الأحكام العدلية في هذه الناحية ساكتة، فتبقى العبرة لما هو مرجح في المذهب.

أهمية هذا الرأي الثاني في الاستثمارات الإسلامية :

إن لهذا الرأي الثاني، وهو المرجح، في الاستثمارات الإسلامية أن له أثراً

واضحاً في الوفاء بالالتزامات الصناعية، وذلك بتوسيع إمكانية الوفاء، ولا سيما في عصرنا الذي أصبحت فيه الصناعات جميعاً - حتى فيما اعتيد عمله يدوياً من الأشياء البسيطة - تتم بواسطة المعامل الآلية التي تنتج منه الكميات الهائلة من السلع المتماثلة. حتى إن كثيراً من السلع التي كانت في الماضي تعتبر من الأموال القيمة لاختلاف بين أفرادها التي تصنع بالأيدي، قد أصبحت أموالاً مثلية وأخذت أحكام المثليات لأنها تنتجها آلات في المعامل بالآلاف أو الملايين، وكلها متماثلة لا يلحظ فرق بين واحدة وأخرى.

فقد يكون أن المعمل البائع في عقد الاستصناع لديه من السلعة المطلوبة في العقد الجديد متراكماً من صنع سابق، فيستطيع أن يفي بالتزامه بما عنده منها دون أن يصنع غيرها ويتركها مركومة، كما أنه قد يكون لديه صفقة أخرى مستعجلة أهم لديه من الصفقة الجديدة، فيستطيع أن يشتري مما عند غيره ما هو موافق للمطلوب منه، ويوفي به التزامه.

وهكذا نجد أن الرأي الثاني أكثر عوناً على تحريك دولا ب التجارة والصناعة في ظل الصناعة الآلية اليوم.

المجالات الجديدة اليوم لعقد الاستصناع :

سبق أن أشرنا إلى المجالات والآفاق الجديدة التي امتد إليها عقد الاستصناع.

والآن نختم هذا البحث بعرض لبعض هذه المجالات لمد البصر إلى المدى الواسع الذي يمكن أن يخدم فيه عقد الاستصناع الاستثمارات بطريق إسلامي سليم:

١ - عرفنا مما سبق أن عقد الاستصناع لا يجري في المنتجات الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة كالبقول والفواكه واللحوم الطازجة واللبن والقمح وسائر الحبوب الخ. . فهذه السلع الطبيعية طريق بيع غير الموجود منها وقت العقد إنما هو السلم. فلا يجري الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة كالأمثلة السابقة البيان.

واليوم قد وجدت صناعة التعليب لهذه المنتجات الطبيعية وصناعة تجميدها أيضاً لتحفظ معلبة أو مجمدة مثلجة في علب أو أكياس من البلاستيك. فهل تنتقل بذلك من زمرة المنتجات الطبيعية إلى زمرة المصنعات، فيصح فيها عقد الاستصناع، ويجوز التعاقد مع معمل التعليب على أن يقوم بتعليب الكميات المطلوبة من كل نوع بمواصفات معينة؟

لا شك في الجواب إيجابياً، لأنها انتقلت بهذا العمل الصناعي إلى زمرة المصنعات. ويدخل في ذلك الأسماك واللحوم والخضروات وسواها.

٢ - بطريق الاستصناع يمكن إقامة المباني على أرض مملوكة للمستصنع بعقد مقالة: فإذا كان عقد المقالة يقوم على أساس أن المقاول هو الذي يأتي بمواد البناء ويتحمل جميع تكاليفه ويسلمه جاهزاً (على المفتاح) فهذا يمكن أن يعتبر استصناعاً. وأن المجلة في المادة ٣٨٨ سمت استصناع السلاح مع معمل أسلحة: مقالة.

ويشهد لما قلنا أن فقهاء الحنفية مجمعون على عد البناء وحده وهو قائم على أرضه من المنقولات وليس من العقار، فيأخذ حكم المنقولات إذا كان البناء لواحد والأرض لآخر. ففي هذه الحالة لا يجيزون وقف البناء وحده دون الأرض وإنما يجوزون وقفه مع الأرض تبعاً لها، إذ يشترط عندهم في المال الموقوف أن يكون عقاراً، فلا يصح عندهم وقف المنقولات إلا في حالات استثنائية كأدوات نقل الموتى والمصاحف والكتب.

وبطريق الأولوية يمكن اليوم استصناع المباني الجاهزة على أرض مملوكة للمصانع المقاول نفسه كما يفعل اليوم تجار البناء إذ يشترون قطع الأراضي المناسبة وينشئون عليها بيوتاً للسكنى ويبيعونها جاهزة. فهذا بيع وشراء عادي للعقار المبني. فإذا عرضوا الأرض المقسمة إلى قطع مفرزة كل قطعة تصلح

لأجل بيت لمن يختار منها قطعة ليني صاحبها تاجر البناء له عليها البيت الذي يريد بالتقاسيم والأوصاف والكسوة التي يطلبها ويسلمه إياه جاهزاً بالثمن الذي يتفقان عليه، فذلك استصناع واضح.

وبطريق الأولوية يمكن اليوم استصناع البيوت المتنقلة الجاهزة التي يمكن نقلها من أرض إلى أرض، مما لم يكن من الممكن تصوره في الماضي.

وهكذا نجد أن عقد الاستصناع قد دخل ويمكن أن يدخل في مجالات لا حدود لها في عصرنا الصناعي هذا، ويستفاد من استقلاله عن السلم والإجارة وشروطهما في الاستثمار الإسلامي على نطاق واسع.

ملاحظة ختامية :

بقيت نقطة ينبغي التعرض لها في ختام هذا البحث قد ترد إلى الدهن، وهي أن الحنفية الذين انفردوا بإعطاء الاستصناع هذه المكانة بين العقود، واعتبروه نوعاً مستقلاً من البيوع غير داخل في الإجارة ولا في السلم، يعتبرونه هم أنفسهم استثناءً من عدم جواز بيع المعدوم الذي هو الأصل لنهي النبي ﷺ عنه. وسند هذا الاستثناء الاستحساني هو الإجماع العملي المستمر للحاجة إليه حيث تعارفه الناس في أشياءهم الخاصة التي يوصون بعض الصناع على صنعها لهم بالصورة التي تلائمهم، كما سلف بيانه.

ومن ثم كان من المقرر عند الحنفية بلا خلاف أن الاستصناع إنما يجوز في الأشياء التي تعورف فيها، لأن العرف دليل الحاجة التي هي سبب الاستثناء، كما في استصناع الخف والثوب وبعض الآنية، ونحو ذلك من الأشياء الشخصية أو المنزلية الخاصة. وفيما سوى هذه المتعارفات لا يصح الاستصناع تمسكاً بالأصل، وهو عدم جواز بيع المعدوم. فكيف يفتح أمام الاستصناع هذا الباب الواسع في كل ما تدخله الصنعة؟ فهذا التوسيع مخالفة للمذاهب الأربعة جميعاً: للثلاثة التي لم تجزه من الأصل إلا إذا توافرت فيه شروط السلم، وفي طبيعتها تعجيل الثمن، وللحنفية أنفسهم الذين أجازوه مستقلاً عن السلم ودون شرط تعجيل الثمن، لكنهم قيده بالمتعارف.

هذه ملاحظة واردة بالنظر الفقهي وتحتاج إلى جواب .

ويبدو لنا في الجواب أن تنوع الحاجات، والصناعات، واختلاف الأشكال والأوصاف والخصائص في أصناف النوع الواحد إلى درجة كبيرة مما تفتقت عنه أذهان المخترعين في عصر الانفجار الصناعي هذا، قد أدى إلى أن يصبح طريق الاستصناع متعارفاً عليه في كل ما يصنع بوجه عام .

— فلو أخذنا المثال الذي أوردته أول مادة من فصل الاستصناع في المجلة ٣٨٨ بقولها: «كذلك لو تقاوم مع صاحب معمل على أن يصنع له كذا بنديقة كل واحدة بكذا قرشاً، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع». وذلك منذ عام ١٢٨٣هـ (تاريخ البدء بتأليف المجلة) أي قبل قرن كامل وربيع القرن من الآن — لو أخذنا هذا المثال لرأينا أن البندقيات في ذلك التاريخ كانت تقريباً على شكل واحد وبخصائص احدة، وإنما تختلف بحسب الجهة التي ستستعمل فيها، فبنديقة الصيد غير البندقية الحربية وهكذا.

فكم أصبح اليوم عدد أصناف البندقية، سواء بنديقة الصيد أو البندقية الحربية، وكم تعددت خصائص كل نوع .!!؟

— ولو أخذنا المجهر الطبي مثلاً الذي كان في ذاك التاريخ شكلاً واحداً وقوة تكبيرية واحدة أو متقاربة، فكم صنفاً أصبح اليوم بالابتكارات الجديدة فيه التي وصلت في المجهر الإلكتروني إلى قوة تكبير تبلغ أربعين ألف ضعف!! ويرى مثل هذا التطور في أصناف المصنوعات من النوع الواحد واختلاف خصائصها لدرجة مذهلة، حتى بيوت السكنى الحديثة وما دخلها من مرافق وتجهيزات بالنسبة للبيوت القديمة قبل قرن واحد .

فمن ثم أصبح هناك بطريق التدرج حاجة عامة جعلت الناس يتعارفون الاستصناع في كل المصنوعات بوجه عام، فأصبح شرط العرف متوافراً .
والله سبحانه وتعالى أعلم .

الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء

عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ

إِعْدَادِ

الْأَسَازِ الْكُتُورِ عَلِي السَّالُوسِ

أَسَازِ لِفَقْهِه وَالْأُصُولِ
كَلِيَّةِ الشَّرِيعَةِ - جَامِعَةِ قَطْرِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله تعالى حمداً طيباً طاهراً مباركاً فيه كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، نستغفره ونتوب إليه، ونسأل الله عز وجل أن يجنبنا الزلل في القول والعمل، وأن يجعل عملنا كله خالصاً لوجهه الكريم. ونصلي ونسلم على رسوله الكرام، وعلى خاتمهم، الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، والسراج المنير، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه واتبع سنته إلى يوم الدين.

أما بعد: فقد كثر الحديث عن الاستصناع بعد أن بدأت المصارف الإسلامية في اتخاذه وسيلةً من وسائل تمويلها، واحتاج الأمر إلى وضع الضوابط الشرعية لسلامة التطبيق، وصحة العقود. وعند النظر في هذه الضوابط، وأثناء تدريس المعاملات المالية، وجدت بعض الكاتيبين يعرض الموضوع بطريقة غير دقيقة، إلى جانب بعض الأخطاء.

فرأيت أن أقدم هذا البحث مستعيناً بالله عز وجل، وقسمته إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول جعلته لتعريف الاستصناع.

والمبحث الثاني تحدثت فيه عن الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة، حيث إنهم يختلفون عن الحنفية، فلم يجعلوه عقداً مستقلاً، أو ما يعرف بالعقود المسماة، كما فعل الحنفية، وإنما جعلوه ضمن السلم.

وجعلت المبحث الثالث للاستصناع عند الحنفية.

أما المبحث الرابع، وهو الأخير، فقد جعلته للاستصناع في معاملاتنا المعاصرة.

وما توفيقي إلا بالله، عليه توكلت، وإليه أنيب، وله الحمد في الأولى والآخرة.

﴿ سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعَزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ ﴿١٨﴾ وَسَلَامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ ﴿١٩﴾ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٢٠﴾ ﴾ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المبحث الأول

تعريف الاستصناع

جاء في لسان العرب تحت مادة «صنع»:

صنعه يصنعه صنعة: عمله . . .

واصطنعه: اتخذه . . . واصطنع فلان خاتماً: إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً. روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب كان يجعل فمه في باطن كفه إذا لبسه، فصنع الناس، ثم إنه رمى به، أي أمر أن يصنع له، كما تقول اكتب: أي أمر أن يكتب له، والطاء بدل من تاء الافتعال لأجل الصاد. واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه.

وفي المعجم الوسيط: استصنع فلاناً كذا: طلب منه أن يصنعه له.

وفي مجلة الأحكام العدلية نصت المادة «٣٨٨» على ما يلي: «إذا قال رجل لواحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً، وقبل الصانع ذلك، انعقد البيع استصناعاً».

مثلاً لو أرى المشتري رجله لخفاف، وقال له: اصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني كذا قرشاً، وقبل الصانع، أو تقاوم مع نجار على أن يصنع له زورقاً أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة، وقبل النجار، انعقد الاستصناع. كذلك لو تقاوم مع صاحب معمل على أن يصنع له كذا بندقية، كل واحدة بكذا قرشاً، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة، وقبل صاحب المعمل، انعقد الاستصناع».

وقال سليم رستم في شرح المجلة (ص ٢٢٠) عقب ما سبق:
«بشرط أن يكون الحديد من الصانع، إذ لو كان من المستصنع كان العقد
إجارة لا استصناعاً».

وجاء في المادة «٤٢١» من المجلة ذاتها:

«... فإن إعطاء السلعة للخياط مثلاً ليخيطها ثوباً يعد إجارة على العمل،
كما أن استخياط الثوب على السلعة من عند الخياط استصناع».

وقال علاء الدين السمرقندي في تحفة الفقهاء (٢/٥٣٨):

«هو عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع».

وقال الكاساني في بدائع الصنائع (٢/٥):

«أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار
أو غيرهما: اعمل لي خفاً أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمان كذا، ويبين
نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم».

وقال في موضع آخر (٢/٥٠٩):

«يجوز السلم في اللبن والآجر إذا سمي ملبناً معلوماً، لا يختلف ولا
يتفاوت إلاً يسيراً. وكذا في الطوابق إذا وصفها بوصف يعرف على وجه لا يبقى
بعد الوصف جهالة مفضية إلى المنازعة، لأن الفساد للجهالة، فإذا صار معلوماً
بالوصف جاز، وكذا في طشت أو قمقمة، أو صفيح، أو نحو ذلك، وإن كان
يعرف يجوز وإن كان لا يعرف لا يجوز، لأن المسلم فيه دين حقيقة، والدين
يعرف بالوصف، فإذا كان مما يحصل تمام معرفته بالوصف بأن لم يتبق فيه جهالة
مفضية إلى المنازعة جاز السلم فيه، وإلاً فلا. ولو استصنع رجل شيئاً من ذلك
بغير أجل جاز»...

وقال صاحب الهداية:

ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف
لاستجماع شرائط السلم، وإن كان لا يعرف لا خير فيه، لأنه دين مجهول.

وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً.

وقال ابن الهمام شارحاً ما سبق في فتح القدير (٦/٢٤١ - ٢٤٢):

« قوله: ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك): كالكوز، والآنية من النحاس والزجاج والحديد، والقلنسوة، والطواجن، إذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضييق بحيث ينحصر فلا يتفاوت إلاً يسيراً.

(قوله: وإن استصنع شيئاً من ذلك لغير أجل جاز استحساناً): الاستصناع:

طلب الصنعة، وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر: اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا، أو دستاً أي برمة تسع كذا، وزنها كذا، على هيئة كذا، بكذا، ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئاً، فيعقد الآخر معه».

وقال صاحب العناية شارحاً ما سبق أيضاً:

«الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئاً صورته

كذا وقدره كذا بكذا درهماً، ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم... إلخ».

المبحث الثاني

الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة

يلاحظ فيما سبق أن التعريف الذي نقلته من كتب الفقه كان من كتب الحنفية فقط، وذلك لأن عقد الاستصناع لا يعد عقداً مستقلاً، أو مما يعرف بالعقود المسماة، إلا عند الحنفية، وإن كان بعض الباحثين ذكر جوازه عند المذاهب الثلاثة كلهم أو بعضهم، وضم المجيزين إلى الحنفية، وهذا غير دقيق كما سيتضح من الدراسة التالية.

أولاً - الاستصناع عند المالكية:

بالرجوع إلى كتب المالكية نرى الحديث عن الاستصناع عند الحديث عن السلم وشروطه وأحكامه، فالمدونة الكبرى للإمام مالك يبدأ المجلد الرابع بكتاب السلم، وفي ثانيا السلم يوجد عنوان «في السلف في الصناعات»، وتحت هذا العنوان نجد ما يأتي:

«(قلت): ما قول مالك في رجل استصنع طستاً أو توراً أو قمقماً أو قلنسوة أو خفين أو لبداءً، أو استنحت سرجاً أو قارورة أو قدحاً، أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آتيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات، فاستعمل من ذلك شيئاً موصوفاً، وضرب لذلك أجلاً بعيداً، وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً، أيكون هذا سلفاً؟ أو تفسده لأنه ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً؟ أم لا يكون سلفاً ويكون بيعاً من البيوع في قول مالك ويجوز؟

(قال): أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً، وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملها بصفة معلومة، وليس من شيء بعينه يريه

يعمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال، أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلاً، فهذا السلف جائز، وهو لازم للذي عليه، يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفاً.

(قلت): وإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً والمسألة على حالها فسد وصار ديناً في دين في قول مالك؟ قال: نعم.

(قلت): وإن لم يضرب لرأس المال أجلاً، واشترط أن يعمله هو نفسه، أو اشترط عمل رجل بعينه؟ (قال): لا يكون هذا سلفاً، لأن هذا رجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل، وشرط عليه عمل نفسه، وقدم نقده، فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فعمله له أم لا، فهذا من الغرر، وهو إن سلم عمله وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا، فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلاً.

(قلت): فإن كان إنما أسلفه كما وصفت لك على أن يعمل له ما اشترط عليه من حديد قد أراه أو طواهر أو خشب أو نحاس قد أراه إياه؟ (قال): لا يجوز ذلك.

(قلت): لم؟ (قال): لأنه لا يدري أيسلم ذلك الحديد أو الطواهر أو الخشب إلى ذلك الأجل أم لا، ولا يكون السلف في شيء بعينه، فلذلك لا يجوز في قول مالك. اهـ.

وفي مقدمات ابن رشد - الجد - نجد كتاب السلم (ص ٥١)، وتحدث فيه أيضاً عن السلم في الصناعات (ص ٥١٩ - ٥٢٠)، فقال:

«وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام: (أحدها): أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه. (والثاني): أن يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه.

(والثالث): أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه.

(والرابع): أن يشترط عمله، ولا يعين ما يعمل منه.

فأما الوجه الأول، وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه، فهو سلم على حكم السلم، لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل، وتقديم رأس المال.

وأما الوجه الثاني، وهو أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، فليس بسلم وإنما هو من باب البيع والأجرة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن إعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل، فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيرته، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة الأيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل.

وأما الوجه الثالث، وهو أن لا يشترط عمله ويعينه ويعين على ما يعمل منه، فهو أيضاً من باب البيع والأجرة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيرته إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيرته. وأما الوجه الرابع، وهو أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه، فلا يجوز ذلك لأنه يحتويه أصلان متناقضان: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مصنوعاً، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق». اهـ.

وفي بلغة السالك (١٠٣/٢) يقول الصاوي:

«(قوله كاستصناع سيف): أي كما أن استصناع السيف والسرج سلم، سواء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا، كأن يقول لإنسان: اصنع لي سيفاً أو سرجاً أو باباً صفته كذا بدينار، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل، وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه، إلى آخر شروط السلم».

وفي الشرح الصغير يقول الدردير في الموضوع السابع:

«(كاستصناع سيف) أو ركاب من حداد (أو سرج) من سروجي، أو ثوب من حياك، أو باب من نجار، على صفة معلومة بثمان معلوم، فيجوز، وهو سلم

تتشرط فيه شروطه، كان البائع دائم العمل أم لا (إن لم يعين العامل أو المعمول منه)، فإن عينه فسد، نحو: أنت الذي تصنعه بنفسك، أو يصطنعه زيد بنفسه، أو تصطنعه من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الغزل، أو من هذا الخشب بعينه، لأنه حيثئذ صار معيناً لا في الذمة، وشرط صحة السلم كون المسلم فيه ديناً في الذمة».

وفي مواهب الجليل (٣/٣٤٩) يتحدث عن السلم فيقول:
«ويجوز فيما طبخ... والسيوف، وتور ليكمل، والشراء من دائم العمل كالخباز، وهو بيع وإن يدم فهو سلم، كاستصناع سيف أو سرج... إلخ».

ثانياً - الاستصناع عند الشافعية:

لا نجد عند الشافعية باباً خاصاً بالاستصناع، غير أنهم يذكرونه في السلم: ففي كتاب الأم للإمام الشافعي (٣/٧٨) نجد «باب السلف والمراد به السلم». ويتصل بهذا الباب عدة أبواب، منها: «باب السلف في الشيء المصلح لغيره»، ومما قاله تحت هذا الباب الأخير (٣/١١٦):

«قال: ولا بأس أن يسلفه في طست أو تور من نحاس أحمر أو أبيض أو شية أو رصاص أو حديد، ويشترطه بسعة معروفة، ومضروباً أو مفرغاً، وبصنعة معروفة، ويصفه بالثخانة أو الرقة. ويضرب له أجلاً كهو في الثياب، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده. (قال):

وكذلك كل إناء من جنس واحد، ضبطت صفته، فهو كالطست والقمقم. قال: ولو كان يضبط أن يكون مع شرط السعة وزن كان أصح، وإن لم يشترط وزناً صح إذا اشترط سعة كما يصح أن يتناع ثوباً بصنعة وشي وغيره بصفة وسعة، ولا يجوز فيه إلا أن يدفع ثمنه. وهذا شراء صفة مضمونة، فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها، وتكون على ما وصفت.

(قال): ولو شرط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد أو نحاس ورصاص لم يجز، لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما، وليس هذا كالصبيغ في

الثوب، لأن الصبغ في ثوبه زينة لا يغيره أن تضبط صفته، وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع.

قال: وهكذا كل ما استصنع، ولا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة، وذلك أنه لا يضبط وزن حشوها ولا صفته، ولا يوقف على حد بطانتها، ولا تشتري هذه إلاً يداً بيد، ولا خير في أن يسلفه في خفين ولا نعلين مخروزين، وذلك أنهما لا يوصفان بطول ولا عرض، ولا تضبط جلودهما، ولا ما يدخل فيهما، وإنما يجوز في هذا أن يبتاع النعلين والشراكين، ويستأجر على الحدو وعلى خراز الخفين».

والجزء الرابع من روضة الطالبين للإمام النووي يبدأ بكتاب السلم، ومما جاء في هذا الكتاب (٢٧): «يجوز السلم في الزجاج، والطين، والجص، والنورة، وحجارة الأرضية، والأبنية، والأواني، فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها...»

ولا يجوز السلم في الجباب، والكيزان، والطنسوت، والقماقم، والطناجير، والمناثر، والبرام المعمولة، لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب، لعدم اختلافه، وفي الأسطال المربعة.

... ولا يجوز السلم في العقار».

ويقول الشيرازي في المهذب (تكملة المجموع ١٢/١٢١):

«يجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته: كالأثمان، والحبوب، والثمار، والثياب... إلخ».

وقال أيضاً (١٢/١٣٩):

«ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء، لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط».

وقال (١٤٠/١٢):

«ولا يجوز فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز: كالغالية، والند، والمعجون، والقوس، والخف، ... ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبغ، لأنه سلم في ثوب وصبغ مجهول، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل، ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله كالقروي لأن ذلك لا يضبط.

واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبهه الغالية، ومنهم من قال: يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما».

وقال أيضاً (١٤٥/١٢):

«وفي السلم في الأواني المختلفة الأعلى والأسفل، كالإبريق والمنارة والكراز، وجهان... ولا يجوز السلم في العقار، لأن المكان فيه مقصود، والثمن يختلف باختلافه، فلا بد من تعيينه، والعين لا تثبت في الذمة».

وفي حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج نجد مثل ما سبق.

ومما قاله ابن حجر الهيتمي: (لا يصح - أي السلم - فيما لا ينضبط مقصوده كالمختلط المقصود الأركان) الذي لا ينضبط (كهريسة ومعجون) مركب من جزئين أو أكثر (وغالية) وهي مركبة من دهن معروف مع مسك وعنبر أو عود وكافور (وخف) ونعل مركبين من بطانة وظهارة وحشو، لأن العبارة لا تفي بذكر انعطافاتها وأقذارها.

ومن ثم صح - كما قاله السبكي ومن تابعه - في خف أو نعل مفرد إن كان جديداً من غير جلد كثوب مخيط جديد لاملبوس... (والأصح صحته في المختلط) بالصنعة (المنضبط) عند أهل تلك الصنعة، المقصود الأركان كما بأصله عند أهل تلك الصنعة، المقصود الأركان كما بأصله (كعتابي) من قطن

وحرير (وخز) من إبريسم ووبر أو صوف بشرط علم العاقدين بوزن كل من أجزائه على المعتمد، وعليه يظهر الاكتفاء بالظن» (انظر ١٩/٥ - ٢٠).

وقال في موضع آخر (٢٩/٥): «(ولا يصح) السلم (في مختلف) أجزائه (كبرمة) من نحو حجر (معمولة) أي محفورة بالآلة، واحترز بها عن المصبوبة في قالب، وهذا قيد أيضاً فيما بعد ما عدا الجلد كما يأتي (وجلد) ورق (وكوز وطرس) بفتح أوله وكسره، ويقال فيه طست (وقمقم ومنارة) بفتح الميم من النور، ومن ثم كان الأشهر في جمعها مناور لا مناير (وطنجير) بكسر أوله وفتحه خلافاً لمن جعل الفتح لحناً وهو الدست، أو نحوها: كإبريق وحب ونشاب لعدم انضباطها باختلاف أجزائها.

ومن ثم صح في قطع أو قصاصة جلد دبغ واستوت جوانبه وزنا (ويصح في الأسطال المربعة) مثلاً والمدورة وإن لم تصب في قالب لعدم اختلافهما، بخلاف الضيقة الرؤوس، ومحلّه إن اتحد معدنها لا إن خالطها غيره (وفيما صب منها) أي المذكورات ما عدا الجلد، أي من أصلها المذاب (في قالب) وذلك لانضباطها بانضباط قوالها»

ومما قاله الشرواني في حاشيته على ما سبق: (قوله: ومحلّه) أي الصحة في الأسطال (قوله: لا إن خالطه غيره) أي كالمصنوع من النحاس والرصاص (وفيما صب منها) ينبغي بالشرط المتقدم بقوله: ومحلّه إن اتحد... إلخ».

وفي زاد المحتاج قال المؤلف (١٢٢/٢):

(فلا يصح) السلم (فيما لا ينضب مقصوده كالمختلط المقصود الأركان) أي الأجزاء التي لا تنضب (كهريسة ومعجون وغالية وخف وترياق مخلوط) لعدم انضباط أجزائها، لأن الغالية مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور، والخف يشتمل على ظهارة وبطانة وحشو، والعبارة لا تفي بذكر أقدارها وانعطافاتها، واحترز بالترياق المختلط عما هو نبات واحد، فإنه يجوز السلم فيه (والأصح صحته في المختلط المنضب) الأجزاء (كعتابى) نوع من الثياب مركب من قطن وحرير، (وخز) هو مركب من أبريسم ووبر أو صوف لسهولة ضبط كل جزء من

هذه الأجزاء، ومعنى الانضباط أن يعرف العاقدان وزن كل من الجزأين.

وقال في موضع آخر (١٢٧/٢): « (ولا يصح) السلم (في مختلف) أجزاءه (كبرمة معمولة) وهي القدر، واحترز بالمعمولة عن المصبوبة في قالب (وجلد) على هيئته (و) معمول نحو (كوز وطس) بفتح الطاء ويقال له طشت (وقمقم ومنارة) بفتح الميم (وطنجير) بكسر الطاء: الدست، ويجوز فتحها (ونحوها) كالأباريق والحباب... (ويصح) السلم (في الأسطال المربعة) لعدم اختلافهما، والمدورة كالمربعة (وفيما صب منها) أي المذكورات (في قالب) ».

ثالثاً — الاستصناع عند الحنابلة:

وجدنا من الحنابلة من نص على عدم جواز الاستصناع، قال ابن مفلح في كتاب الفروع (٢٤/٤): «ذكر القاضي وأصحابه: لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم».

وفي الحاشية قال مراجع الكتاب: بهامش مخطوط الأزهر ما يأتي: قوله: «استصناع سلعة» يعني يشتري منه سلعة، ويطلب منه أن يصنعها له، مثل أن يشتري منه ثوباً ليس عنده، وإنما يصنعه له بعد العقد، فهذا قد باع ما ليس عنده.

ومع هذا النص الذي يبين المنع، نرى الحنابلة — كالمالكية والشافعية — يتحدثون عما يتصل بالاستصناع تحت باب السلم، قال ابن قدامة في المغني (٢١٣/٤): «لا يصح — أي السلم — فيما يجمع أخلاطاً مقصودة غير متميزة، كالثغالبية والند والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها...، ولا في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط، لأن الصفة لا تأتي عليه، وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه، ودور أعلاه وأسفله، لأن التفاوت في ذلك يسير. ولا يصح في القسي المشتملة على الخشب والقرن والغضب والتوز، إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيه منها، وقيل: يجوز السلم فيها، والأولى ما ذكرنا».

وقال أيضاً (٣١٤/٤): «يصح السلم في النشاب والنبل، وقال القاضي: لا يصح السلم فيهما، وهو مذهب الشافعي، لأنه يجمع أخلاطاً من خشب وعقب وريش ونصل، فجرى مجرى أخلاط الصيادلة... ولنا أنه مما يصح بيعه، ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً، فصح السلم فيه كالخشب والقصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به، ولا يتفاوت كثيراً، فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين».

وما ذكره ابن قدامة جاء أثناء بيان الشرط الأول من شروط صحة السلم وهو: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً. ثم انتقل إلى الشرط الثاني وهو: أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً.

ومما قاله (٣٢٢/٤ - ٣٢٣):

«وإن أسلم في ثوب مختلف الغزول، كقطن وإبريسم، أو قطن وكتان أو صوف، وكانت الغزول مضبوطة؛ بأن يقول: السدى إبريسم واللحمة كتان أو نحوه: جاز، ولهذا جاز السلم في الخز وهو من غزولين مختلفين. وإن أسلم في ثوب موشى، وكان الوشي من تمام نسجه: جاز، وإن كان زيادة لم يجز لأنه لا ينضبط».

... ويصح السلم في الكاغد لأنه يمكن ضبطه، ويصفه بالطول والعرض والدقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن.

... وإن أسلم في الأواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها، كالأسطال القائمة الحيطان والبطسوت، جاز، ويضبطها بذلك كله.

وإن أسلم في قصاع وأفداح من الخشب جاز، ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت، وقدرها في الصغر والكبر، والعمق والضيق، والشخانة والرقعة، وأي عمل.

وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديدته، وطوله، وعرضه ورقته وغلظه،

وبلده، وقديم الطبع أو محدث ماض أو غيره، ويصف قبضته وجفنه». اهـ.

وفي مطالب أولي النهى (٣/٢١٠) قال المؤلف:

«ويصح - أي السلم - فيما يجمع أخلاقاً متميزة، كثوب نسج من نوعين كقطن وكتان، أو إبريسم وقطن، وكنشاب ونبيل مريشين، وخفاف ورماح متوزة، أي: مصنوعة، لإمكان ضبطها بصفة لا يختلف ثمنها معها غالباً.

ويتجه باحتمال قوي أنه لا يصح السلم في ثياب مخيطة، لاختلافها كبراً وصغراً وطولاً وعرضاً، والتفصيل والخياطة تختلف اختلافاً كلياً. ولا في ثياب منقوشة بالطباعة أو التطريز أو الحياكة، لعدم انضباط عروقها كثرة وقلة، وصناعاتها تختلف اختلافاً لا مزيد عليه».

خلاصة المبحث

مما سبق نرى أن المذاهب الثلاثة لم تجعل الاستصناع عقداً مستقلاً، وإنما جعلوه ضمن السلم.

فالمالكية خصصوا جزءاً من كتاب السلم للسلم في الصناعات، أو السلف في الصناعات، وضربوا أمثلة لما كان يصنع في عصرهم، وأجازوه بشروط السلم.

أما الشافعية فقد أجازوا السلم فيما صنع من جنس واحد فقط كالحديد، أو النحاس، أو الرصاص، أو غيرها، ولم يجزوه فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز: كطست من نحاس وحديد، وكالغالية: وهي مركبة من دهن مع مسك وعنبر أو عود وكافور، وجعلوا مثل هذا لا يجوز إلاً يداً بيد.

وإجازتهم ما صب في قالب لا يخرج عن قولهم هنا، لا كما ذكره بعض الكاتبين، فإنهم لم يجزوه إلاً بالشرط السابق، أي أن يكون الأصل المذاب في القالب من جنس واحد، وما نقلته من أقوالهم ينص على هذا الشرط، وقد جعل الإمام الشافعي هذا الشرط عاماً حيث قال بعد ذكره: «وهكذا كل ما استصنع».

أما ما يجمع أجناساً مقصودة تتميز، كالقطن والحرير، فهو موضع خلاف بينهم، والأصح في المذهب الجواز بشرط علم العاقدین بوزن كل من أجزائه. والحنابلة لا يكادون يختلفون عن الشافعية إلا في القليل من الفروع التطبيقية.

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 الصنّاع، على حين لم يجز الشافعية والحنابلة من هذه الأشياء ما جمع أجناساً مقصودة لا تتميز.

المبحث الثالث

الاستصناع عند الحنفية

أولاً - معناه :

قال الكاساني في بدائع الصنائع (٢/٥) :

«وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح، بدليل أن محمداً رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون في العادات، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود. ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع: قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

وجه القول الأول أن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي. والصحيح هو القول الأخير، 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.

وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما». اهـ.

ويؤخذ من كلام الكاساني أن الحنفية اختلفوا في تحديد معنى الاستصناع:
أيعد مواعدة أم بيعاً؟

وذكر أن الصحيح أنه بيع، واستدل لقوله. ثم بين أنهم اختلفوا في بيان
هذا النوع من البيع: أهو عقد على مبيع في الذمة، أم عقد على مبيع في الذمة
شرط فيه العمل؟

وذكر أن الصحيح هو اشتراط العمل.

وقال ابن الهمام في فتح القدير (٢٤٢/٦):

(اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاودة. فالحاكم الشهيد والصفار
ومحمد بن سلمة وصاحب المشور «مواعدة» وإنما ينعقد عند الفراغ بيعاً
بالتعاطي، ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم،
وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، ولا تلزم المعاملة، وكذا المزارعة
على قول أبي حنيفة، لفسادها مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر
الأول، وهذا كان على الاتفاق. والصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً
ذكر فيه القياس والاستحسان... إلخ). اهـ.

وابن الهمام هنا ذكر أربعة من الحنفية ذهبوا إلى أنه مواعدة، بين أدلتهم،
ثم انتهى إلى ما انتهى إليه الكاساني.

ثانياً — دليل مشروعيته:

ذهب الحنفية — عدا زفر — إلى جواز الاستصناع، واستدلوا على مشروعيته
بما يأتي:

١ — إن الرسول ﷺ استصنع خاتماً ومنبراً.

٢ — الإجماع الثابت بالتعامل.

٣ — الاستحسان.

وذكروا أن المانعين استدلوا بأنه بيع معدوم، وبيع ما ليس عند البائع على

غير وجه السلم، فهو مخالف للقياس، وردوا بالإجماع المؤيد بالسنة المطهرة، فلننظر فيما ذكر من الأدلة.

السنة المطهرة والإجماع:

لو كان الاستصناع الذي ذهب إليه جمهور الحنفية ثابتاً بالسنة والإجماع فكيف خالفهم باقي الأئمة الأعلام؟

واستصناع الخاتم والمنبر جاء في الصحيحين وغيرهما، ولا خلاف في أن الرسول ﷺ اصطنع خاتماً كتب عليه «محمد رسول الله» واصطنع منبراً، أفترك الأئمة هذه السنة الصحيحة الثابتة، وخرجوا على الإجماع؟

هذا أمر مستبعد كل الاستبعاد، ولذلك لم يثبت أن الرسول ﷺ اصطنع الخاتم والمنبر بطريقة الاستصناع التي قال بها الحنفية، وليس هناك إجماع على هذه الطريقة، بل الأقرب إلى الإجماع هو مخالفتها وعدم جوازها، فما مراد الحنفية من هذا الاستدلال؟

قال صاحب الهداية: ((ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم، (وإن كان لا يعرف فلا خير فيه) لأنه دين مجهول، قال: (وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً) للإجماع الثابت بالتعامل). [فتح القدير: ٦/ ٢٤١ - ٢٤٢].

قال صاحب الكفاية في شرحه بعد ما سبق مباشرة:

(الجواز ثابت بالإجماع، وإنما الاختلاف في أنه بيع، أو عدة، أو إجارة). اهـ.

ولو كان العقد إجارة فلا خلاف حول جوازه، ولكن شرط الاستصناع عندهم أن يكون ما يصنع من عند الصانع لا المستصنع، وهذا خلاف الإجارة.

ولو كان عدة، ولا يتم التعاقد إلا بعد انتهاء الصانع، فهو بيع لمبيع حاضر غير معدوم، ومن المعلوم أن هذا جائز، غير أن جمهور الحنفية رفضوا القول بأنه وعد، والصحيح من المذهب أنه بيع، ولذلك قالوا بأنه مخالف للقياس.

وقال صاحب الهداية: (جواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة).

وقال صاحب العناية في شرحه:

(قوله: وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه) أي بإجماع الصحابة (وقوله: وفي تعاملهم نوع شبهة)، فإن عند زفر والشافعي - رحمهما الله - لا يجوز، ولأنه نقل من الصحابة - رضي الله عنهم - تعاملهم السلم، وتأييد الإجماع في السلم بظاهر الكتاب والسنة المشهورة، وفي نقل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة). اهـ. [راجع فتح القدير: ٢٤٥/٦].

إذن رأي الحنفية في الاستصناع لا يؤيده سنة ولا إجماع.

الاستحسان:

الخلافاً حول الأخذ بالاستحسان مشهور، والحديث عنه يطول، ويخرجنا عن الموضوع. ولذلك أكتفي ببيان مراد الحنفية من هذا الدليل.

الاستحسان عند الحنفية - كما عرفه أبو الحسن الكرخي: (هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول).

قال شيخنا الإمام محمد أبو زهرة - رحمه الله: (وهذا التعريف هو أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان عند الحنفية، لأنه يشمل كل أنواعه، ويشير إلى أساسه ولبه، إذ أساسه أن يجيء الحكم مخالفاً قاعدة مطردة لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمسك بالقاعدة، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالاً في المسألة من القياس). [أصول الفقه، لشيخنا: ص ٢٠٧ - ٢٠٨].

والاستحسان نوعان:

أحدهما: ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل.

وثانيهما: استثناء جزئية من حكم كلي بدليل. والدليل قد يكون من السنة

أو للإجماع، أو للضرورة.

والاستحسان هو عمدة أدلة الحنفية في الاستصناع، والمراد به هنا النوع الثاني: فالشرع نهى عن بيع المعدوم والتعاقد عليه، والاستصناع الذي يراه جمهور الحنفية بيعاً ومعاقدة، يعد من المعدوم وقت التعاقد، فأجازوه استحساناً للإجماع الثابت بالتعامل بحسب قولهم. ولبیان استدلالهم نذكر أقوال بعضهم:

قال الكاساني في البدائع (٢/٥ - ٣):

(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 ورخص في السلم ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»، وقال عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح». والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي قصعة الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب، وفي شراء البقل وهذه المحقرات، كذا هذا.

ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً، يحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج.

وقد خرج الجواب عن قوله إنه معدوم لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة، كالمسلم فيه، فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق، ولأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستجار الصانع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً). اهـ.

وقال صاحب الهداية في جوازه استحساناً: (للإجماع الثابت بالتعامل، وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم).

وقال ابن الهمام في شرح ما سبق: (اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا، أو دستاً أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا، ويعطى الثمن المسمّى أو لا يعطى شيئاً، فيعقد الآخر معه، جاز استحساناً تبعاً للعين .

والقياس ألا يجوز، وهو قول زفر والشافعي، إذ لا يمكن إجارة، لأنه استتجار على العمل في ملك الأجير وذلك لا يجوز، كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو أصبغ ثوبك أحمر بكذا، لا يصح، ولا يبيعاً لأنه بيع معدوم، ولو كان موجوداً مملوكاً لغير العاقد لم يجز .

فإذا كان معدوماً فهو أولى بعدم الجواز، ولكننا جوزناه استحساناً للتعامل الراجح إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير .

والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»، وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً، واحتجم ﷺ وأعطى الحجام، مع أن مقدار عمل الحجامه وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد، ومثله شرب الماء من السقاء .

وسمع ﷺ بوجود الحمام، وأباحه بمئزر، ولم يبين له شرطاً، وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه إلى الآن، وهو ألا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة، ونحوها، فقصرناه على ما فيه تعامل، وفي ما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له، أو يخيظ قميصاً بغزل نفسه). [فتح القدير: ٢٤٢/٦].

وفي الصفحة المذكورة من المرجع السابق قال الكبرلاني في الكفاية: (الجواز ثابت بالإجماع، وإنما الاختلاف في أنه بيع أو عدة أو إجارة).

ثم قال:

(كان على الاتفاق كذا ذكره الإمام قاضيخان رحمه الله، وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم، وقد نهى النبي - عليه الصلاة والسلام - عن بيع المعدوم .

وجه الاستحسان أن النبي - عليه السلام - استصنع خاتماً ومنبراً، ولأن المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبر، فنزل منزلة الإجماع، وهو كدخول الحمام بأجر، فإنه جائز استحساناً لتعامل الناس، والقياس بأبي جوازه، لأن مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول. وكذا لو قال لسقاء: أعطني شربة ماء بفلس، أو احتجم بأجر، فإنه يجوز لتعامل الناس، وإن لم يعرف قدر ما يشرب، ولم يكن قدر ما يحتجم من ظهره معلوماً. والأصل فيه قوله عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وقد رأوا الاستصناع حسناً فكان حسناً». اهـ .

انتهى المطلوب من أقوال الحنفية.

وسبق من قبل القول في المنبر والخاتم.

أما ما ذكر من حديث الرسول ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة» فهو كما يقول السخاوي في المقاصد الحسنة (ص ٤٦٠ - حديث ١٢٨٨): (حديث مشهور المتن، ذو أسانيد كثيرة، وشواهد متعددة في المرفوع وغيره).

وأما قولهم بأن الرسول ﷺ قال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»، فهذا ليس بمرفوع، وإنما موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه، [رواه أحمد في مسنده، والبزار، والطبراني في الكبير، وإسناده صحيح].

[انظر المسند تحقيق شاكر: ٢١١/٥، رواية رقم ٣٦٠٠، من الأخطاء القليلة للسخاوي قوله في المقاصد: ص ٣٦٧ وهم من عزاه للمسند].

والحديث الشريف والأثر ليسا بحجة للحنفية، فليس هناك إجماع على جواز الاستصناع الذي قال به جمهور الحنفية كما أشرت من قبل، والذين رأوا أنه غير جائز، وغير حسن، أكثر من الذين رأوا أنه جائز وحسن.

وما قيل في السلم والحجامة والحمام ليس حجة لهم، فهذه المعاملات شرعها رسول الله ﷺ، وليس لأحد بعده حق التشريع، فيبقى الأصل كما هو إلاً بدليل شرعي يجيز الاستثناء.

وأما قولهم: (ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإنسان... فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج)، ففيه نظر:

لأن هذا الحرج يمكن أن يرفع بالسلم في الصناعات، والإجارة، والمواعدة.

وأما قول الكاساني: (ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة... وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً)، ففيه نظر أيضاً:

لأن هذا القول يؤيد جمهور الفقهاء الذين خالفوا الحنفية، حيث ألحقوا الاستصناع بالسلم، واشتروا له شروطه، وسبق قول الحنفية في التفرقة بين الاستصناع والسلم. كما أن الاستصناع عند الحنفية في بعض حالاته يدخل تحت بيع الكالء بالكالء - المجمع على منعه - حيث لا يتم تسليم ثمن ولا مبيع وقت التعاقد، فهم لا يشترطون تسليم الثمن - كله أو بعضه - عند التعاقد، فله أن يسلم الثمن كله أو بعضه، أو لا يسلم. [انظر مثلاً العناية مع فتح القدير: ٢٤٤/٦؛ ومجلة الأحكام العدلية المادة: ص ٣٩١ ونصها: «لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً، أي وقت العقد»].

ومن كل ما سبق نرى أن ما ذكره الحنفية من الأدلة لا يؤيد ما ذهب إليه جمهورهم من أنه عقد بيع على غير وجه السلم. والاستصناع ليس كالصرف الذي لا يجوز فيه المواعدة، ولذلك يمكن الأخذ بقول من ذكر من الحنفية القائلين بأنه وعد وليس عقد بيع، مع النظر فيما يترتب على هذا الوعد.

ثالثاً - شروط جوازه:

وجدنا أن المذاهب الثلاثة تشترط للاستصناع شروط السلم، والمالكية أجازوا استصناع أي شيء مما يعمل الناس في أسواقهم من آتيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصانع. أما الشافعية والحنابلة فلم يجيزوا من هذه الأشياء ما جمع أجناساً مقصودة لا تتميز. وسبق بيان هذا من قبل.

والحنفية هم الذين جعلوه عقداً مستقلاً من العقود المسماة، ووضعوا شروطاً لجوازه عندهم.

قال الكاساني في البدائع (٣/٥): (وأما شرائط جوازه:

فمنها) بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوماً بدونه.

(ومنها): أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقسي والنبل والسلاح كله والطشت والقممة ونحو ذلك، ولا يجوز في الثياب لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جوازه استحساناً لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب.

(ومنها) أن لا يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلباً حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البذل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم. . (وهذا) قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط؛ وهو استصناع على كل حال، ضرب فيه أجلاً أو لم يضرب، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع - كالثياب ونحوها - أجلاً ينقلب سلباً في قولهم جميعاً.

(وجه) قولهما: أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به كونه استصناعاً، أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل، فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل، فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم - ولأبي حنيفة - رضي الله عنه أنه إذا ضرب فيه أجلاً فقد أتى بمعنى السلم، إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً، والعبرة في العقود لمعانيها

لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التمليك، وكذا الإجارة، وكذا النكاح، على أصلنا (ولهذا) صار مسلماً فيما لا يحتمل الاستصناع، كذا هذا، ولأن التأجيل يختص بالديون، لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة، إنما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك إلا السلم، إذ لا دين في الاستصناع:

(ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق؟ ثم إذا صار مسلماً يراعى فيه شرائط السلم فإن وجدت صح وإلا فلا). اهـ .

وقال السمرقندي في تحفة الفقهاء (٢/٥٣٩): (فإذا ضرب الأجل في الاستصناع ينقلب مسلماً عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، لأنه إذا ذكر فيه الأجل يكون فيه جميع معاني السلم، والعبرة للمعنى لا للفظ، ولهذا لو استصنع ما لا يجوز استصناعه حتى يكون استصناعاً فاسداً، وشرط فيه الأجل: ينقلب مسلماً بلا خلاف - كذا هذا، والله أعلم).

وقال صاحب الهداية: (ولو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير مسلماً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير مسلماً بالاتفاق). [انظر فتح القدير: ٦/٢٤٤].

وقال صاحب الكفاية في شرح ما سبق: (قوله: لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير مسلماً عند أبي حنيفة - رحمه الله) فيشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس، وعدم الخيار لرب السلم إذا أتى بالمصنوع على الوصف الذي وصفه.

والمراد الأجل الذي يضرب للسلم، فقال في المبسوط: هذا إذا ذكر المدة على سبيل الاستمهال، أما إذا كان على سبيل الاستعجال بأن قال: على أن يفرغ عنه غداً أو بعد غد فهذا لا يكون مسلماً، لأن ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأجيل المطالبة بالتسليم، ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل؟ ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة من قبل المستصنع فهو الاستعجال فلا يصير به مسلماً.

وإن كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال. وقيل: إن ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأعمال، فلا يمكن تقديره بشيء معلوم). اهـ .

ومن هذا نرى أن الحنفية يشترطون لجواز الاستصناع ما يأتي:

١ - بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وصفته، لأنه لا يصير معلوماً بدون هذا البيان. وهذا الشرط لا ينفردون به، حيث إنه من شروط السلم.

٢ - أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس.

٣ - ألا يكون فيه أجل، وهذا قول أبي حنيفة، وخالفه صاحبان، وفي المذهب أقوال تتصل بهذا الشرط كما يظهر مما نقل من كتبهم.

ويلاحظ عند ذكر الأجل فيما يجري فيه التعامل - أن رأي الإمام أبي حنيفة لا يختلف عن السلم في الصناعات عند المالكية.

رابعاً - حكمه:

حكم الاستصناع عند الجمهور هو حكم السلم تبعاً لرأيهم في الاستصناع كما بينا من قبل. أما الحنفية فيبين الكاساني رأيهم حيث يقول:

(وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم - على ما سنذكره إن شاء الله تعالى).

وأما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين أن لكل واحد منهما الفسخ، لأن القياس يقتضي أن لا يجوز لما قلنا، وإنما عرفنا جوازه استحساناً لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس، (وأما) بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك،

حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء كذا ذكر في الأصل، لأن العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله في الذمة لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز. ولو باعه الصانع وأراد المستصنع أن ينقض البيع ليس له ذلك. ولو استهلكه قبل الرؤية فهو البائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم، كذا قال أبو يوسف.

فأما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع، وللمستصنع الخيار، لأن الصانع بائع ما لم يره، فلا خيار له، وأما المستصنع فمشتري ما لم يره، فكان له الخيار، وإنما كان كذلك لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة فقد ألحق بالموجود ليتمكن القول بجواز العقد، ولأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه، فبقي خيار صاحبه، على حاله؛ كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين إذا أسقط أحدهما خياراً، أنه يبقى خيار الآخر، كذا هذا. (هذا) جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضي الله عنهم.

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن لكل واحد منهما الخيار، وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما جميعاً.

(وجه) رواية أبي يوسف أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع، بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد، لأننا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه، فثبت الخيار.

(وجه) رواية أبي حنيفة - رحمه الله - أن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه، وأنه واجب. والصحيح جواب ظاهر الرواية، لأن في إثبات الخيار للصانع ما شرع له الاستصناع: وهو دفع حاجة المستصنع، لأنه متى ثبت الخيار للصانع فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع، فلا تندفع حاجة المستصنع.

وقول أبي يوسف أن الصانع يتضرر بإثبات الخيار للمستصنع مسلم، ولكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع، لأن المصنوع إذا لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله، ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك، ولأن المستصنع إذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته، فلا بد من إثبات الخيار له، والله سبحانه وتعالى الموفق.

فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم، أو جلدأ إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم، فذلك جائز ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع بل هو استتجار، فكان جائزاً فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن أفسد فله أن يضمه حديداً مثله، لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديداً له، واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع لأن المضمونات تملك بالضمان). اهـ . [البدائع: ٣/٥ - ٤، وراجع ما كتبه أيضاً في ص ٢٠٩، ٢١٠].

وقال السمرقندي في تفسير الاستصناع:

(وهو عقد غير لازم، ولكل واحد منهما الخيار في الامتناع قبل العمل، وبعد الفراغ من العمل: لهما الخيار، حتى إن الصانع لو باعه قبل أن يراه جاز، لأنه ليس بعقد لازم.

فأما إذا جاء به إلى المستصنع فقد سقط خياره، لأنه رضى بكونه للمستصنع، حيث جاء به إليه.

فإذا رآه المستصنع فله الخيار: إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا خيار له، لأنه مبيع في الذمة بمنزلة السلم.

وهما بقولان: إنه بمنزلة العين المبيع الغائب).

[تحفة الفقهاء: ٥٣٨/٢ - ٥٣٩]

وقال المرغيناني في الهداية:

(وهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه)، لأنه اشترى شيئاً لم يره، ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح، لأنه باع ما لم يره.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن له الخيار أيضاً، لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر، وهو قطع الصرم وغيره.

وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما: أما الصانع فلما ذكرنا، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع، لأنه ربما لا يشتري غيره بمثله).

وقال صاحب العناية في شرح ما سبق:

(وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه... إلخ): أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار: إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى ما لم يره، ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم. ولا خيار للصانع، كذا ذكر في المبسوط، فيجبر على العمل، لأنه بائع باع ما لم يره، ومن هو كذلك لا خيار له، وهو الأصح بناء على جعله بيعاً لا عدة.

وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضاً إن شاء فعل وإن شاء ترك دفعاً للضرر عنه، لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر، وهو قطع الصرم وإتلاف الخيط.

وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما: أما الصانع فلما ذكرنا أولاً، وأما المستصنع فلأن الصانع أئلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل إلى بدله، فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لأن غيره لا يشتريه بمثله، ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبراً ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلاً.

فإن قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً؟ أجيب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول، فلما علم اختياره عدم رضاه.

فإن قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام؟ أجيب بأن

خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا، ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام علم أحوال جميع المسلمين، وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها. . (إنخ) [راجع فتح القدير: ٢٤٣/٦ - ٢٤٤].

وفي المرجع السابق (ص ٢٤٣) جاء في الكفاية والعناية أن الاستصناع يبطل بموت أحد المتعاقدين لشبهه بالإجارة.

وجاء في شرح المجلة (ص ٢٢١ شرح المادة ٣٩٢):

(يبطل الاستصناع بوفاة الصانع أو المستصنع لمشابهته للإجارة، والإجارة تنفسخ بالموت).

وقال ابن عابدين في حاشيته (٤/٢١٣):

(للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع، لأن العقد غير لازم).

وقال: إذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره، وللمستصنع الخيار - هذا جواب ظاهر الرواية، - وروى عنه ثبوته لهما، وعن الثاني عدمه لهما، والصحيح الأول).

وقال أيضاً:

«... فقد ظهر لك بهذه النقول أن الاستصناع لا جبر فيه إلا إذا كان مؤجلاً بشهر فأكثر فيصير سلماً، وهو عقد لازم يجبر عليه ولا خيار فيه، وبه علم أن قول المصنف: فيجبر الصانع على عمله ولا يرجع الأمر عنه - إنما هو فيما إذا صار سلماً، فكان عليه ذكره قبل قوله: ويدونه، وإلا فهو مناقض لما ذكر بعده من إثبات الخيار للأمر، ومن أن المعقود عليه العين لا العمل، فإذا لم يكن العمل معقوداً عليه فكيف يجبر عليه؟

وأما ما في الهداية عن المبسوط من أنه لا خيار للصانع في الأصح فذاك بعد ما صنعه ورآه الأمر، كما صرح به في الفتح، وهو ما مرَّ عن البدائع، والظاهر أن هذا منشأ توهم المصنف وغيره كما يأتي. وبعد تحريري لهذا المقام

رأيت موافقته في الفصل الرابع والعشرين من نور العين إصلاح جامع الفصولين حيث قال: «بعد أن أكثر من النقل في إثبات الخيار في الاستصناع: فظهر أن قول الدرر تبعاً لخزانة المفتي أن الصانع يجبر على عمله والامر لا يرجع عنه سهو ظاهر. اهـ فاعتنم هذا التحرير والله الحمد». اهـ (٢١٣/٤).

ويؤخذ مما سبق ما يأتي:

١ - الاستصناع عقد غير لازم قبل العمل لكل من المتعاقدين، وهذا لا خلاف حوله عند الحنفية.

٢ - وهو كذلك لازم بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع.

٣ - اختلف الحنفية في الحكم إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة:

(أ) فظاهر الرواية عن الإمام والصاحبين: أن الصانع يسقط خياره، ويبقى للمستصنع الخيار.

(ب) وروى عن الإمام أن لكل واحد منهما الخيار.

(ج) وروى عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما جميعاً.

والأول هو الأصح كما قال ابن عابدين.

ونلاحظ أن الأدلة تنبني أساساً على القول بمنع الضرر، استدل بهذا من قال بالخيار، ومن قال بالإنزام.

٤ - يبطل الاستصناع بوفاة أحد المتعاقدين.

هذا هو حكم الاستصناع كما جاء في كتب الحنفية، ولكن مجلة الأحكام العدلية جاءت برأي في الإنزام يخالف طبيعة العقد عند الحنفية حيث نصت المادة (٣٩٢) على ما يأتي:

«إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه.

وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً». اهـ.

ومن الخطأ ما قاله بعض الكتّاب من أن المجلة أخذت برأي أبي يوسف، فقبل العمل، وكذلك بعده وقبل أن يراه المستصنع، لا خلاف أن العقد غير لازم عند أبي يوسف وغيره، والمجلة نفسها قالت في المادة (٣٨٨): «إذا قال رجل لواحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً، وقبل الصانع ذلك، انعقد البيع استصناعاً».

ومعنى هذا أن الاستصناع عقد لازم من بداية الإيجاب والقبول قبل العمل، وهذا لا يكون إلا إذا أصبح سلماً، خلافاً للاستصناع عند الحنفية.

ولذلك يجب أن يضاف للمادة (٣٩٢) بعد العبارة الأولى: إحضار الصانع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة، فيكون اللزوم حينئذٍ، ويكون هذا موافقاً لرواية عن أبي يوسف خلافاً لظاهر الرواية عنه، ولا يقال إنه موافق لرأي أبي يوسف.

النتائج والاقتراحات

أولاً: الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة جزء من السلم لا يصح إلاً بشروطه، وهو عند الحنفية — عدا زفر — عقد مستقل له شروطه وأحكامه الخاصة.

ثانياً: الشافعية والحنابلة نظروا إلى مادة المصنوع، فأجازوا ما كان من جنس واحد، واختلفوا فيما يجمع أجناساً مقصودة تتميز بحيث يعلم العاقدان وزن كل من أجزائه، والراجح الجواز، ولم يجيزوا ما جمع أجناساً مقصودة لا تتميز.

والمالكية نظروا إلى تعامل الناس فأجازوه، ولم ينظروا إلى مادة المصنوع، وإنما إلى المصنوع نفسه، سواء أكان من جنس واحد أم من أجناس مختلفة.

والحنفية أيضاً نظروا إلى ما فيه تعامل، فأجازوه استصناعاً، غير أنهم أجازوا ما ليس فيه تعامل سلماً لا استصناعاً.

ثالثاً: إذا ذكر الأجل في الاستصناع أصبح مسلماً عند أبي حنيفة خلافاً
للصاحبين، وهذا يعني أن رأي الإمام هنا كالسلم في الصناعات عند المالكية.

رابعاً: لعلّ الأولى النظر إلى تعامل الناس في الصناعات في مختلف
العصور والأمصار، وبهذا نرجح ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، والعرف
- بضوابطه الشرعية - مصدر يحتج به في الأحكام.

خامساً: لم نجد ما يبيز رأي الحنفية في جعل الاستصناع بيعاً على غير
وجه السلم، وهو معدوم وليس عند البائع. كما أنهم أجمعوا على أنه عقد غير
لازم قبل أن يراه المستصنع، وهذا لا يرفع حرجاً، ولا يحل مشكلة، وعلى
الأخص في صناعات العصر التي قد تكون بالآلاف الآلاف، و (بالمليارات).

ولذلك رأينا مجلة الأحكام العدلية - وهي في الفقه الحنفي - تجعل
الاستصناع عقداً لازماً منذ البداية، وهذا يخالف إجماع المذهب الحنفي، فضلاً
عن باقي المذاهب.

ولهذا أقترح ما يأتي:

١ - إذا اعتبر عقد الاستصناع بيعاً ألحقناه بالسلم بجميع شروطه، ويصح في
الصناعات التي يتعامل بها في أي عصر.

٢ - ما لم يكن مسلماً - حيث يتعذر تطبيق شروطه، ويقع الناس في حرج
ومشقة - يعتبر وعداً لا يبيعاً، حتى لا تقع في محذور شرعي. وفي هذه
الحالة نطبق قرار مجمع الفقه بمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الخامسة
بشأن الوفاء بالوعد في المراجعة للآمر بالشراء، ونجعل حكم الوفاء بالوعد
في الاستصناع كالوعد في المراجعة.

وما يتصل بالوعد في القرار المذكور هو ما يأتي:

ثانياً: الوعد (وهو الذي يصدر عن الأمر أو المأمور على وجه الانفراد)
يكون ملزماً للواعد ديانه إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب
ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما

بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة (وهي التي تصدر عن الطرفين) تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده". انتهى المطلوب نقله.

ويعدل القرار بوضع كلمتي (المستصنع أو الصانع) بدلاً من (الأمر أو المأمور) في ثانياً، وفي ثالثاً: يحذف (بيع المرابحة) ونضع الاستصناع في الموضعين.

وبعد: أظن أن هذا أكثر رفعا للحرص، ودفعاً للمشقة، وأقرب للصواب.
والله عز وجل هو الأعلم.

المبحث الرابع

الاستصناع في معاملتنا المعاصرة

من الواضح في عصرنا كثرة الصناعات، وتنوعها، وتطورها تطوراً مذهلاً، ولا حاجة للحديث عن هذا الموضوع في مثل هذه الدراسة، ولكن الذي نريد أن نشير إليه هو دور عقد الاستصناع في هذا المجال، وفي التمويل الإسلامي.

بعض المصنوعات تكون حاضرة، فتباع بيعاً حالاً أو آجلاً أو بالتقسيط، ولكن في كثير من الحالات تتم الصناعة بناء على طلب من مستصنع، وقد يكون المستصنع فرداً، أو جماعة أو شركة، أو وزارة، أو دولة.

وقد يكون الاستصناع لأحذية كما كان في النعال من قبل، وقد يكون لأثاث، أو أجهزة منزلية، أو سيارات، أو طائرات أو أسلحة حربية وغيرها. والاستصناع هنا – يجعل الصانع يزيد من مصنوعاته كلما زاد الطلب، وهو لذلك يلبي حاجة المستصنع.

كما أن الاستصناع أصبح وسيلة هامة من وسائل التمويل الإسلامي في عصرنا. وأضرب هنا بعض الأمثلة من الواقع العملي لمصرف قطر الإسلامي.

قامت إحدى الشركات ببناء مبنى كبير، واحتاجت إلى تمويل لتوريد وتنفيذ أعمال الألمنيوم والزجاج، فلجأت إلى المصرف، وقدمت له المواصفات والمخططات وجداول الكميات.

عرض على المصرف هذا الموضوع، وطلب مني دراسته من الناحية الشرعية، وهل يوجد في الفقه الإسلامي عقد يمكن المصرف من قبول طلب هذه الشركة؟

وبالبحث وجدت أن ما طلبته الشركة ليس موجوداً بالأسواق، وبذلك استبعدنا عقد البيع.

وأخبرني المصرف بأن في قطر شركة صناعية يمكن أن تقوم بهذه الأعمال، ولكن تحتاج إلى استيراد بعض الخامات قبل البدء في التصنيع. لو أن الخامات كانت موجودة لأمكن شراؤها من هذه الشركة أو من غيرها، ثم إبرام عقد إجارة مع الشركة، لكن الخامات غير موجودة.

لهذا اقترحت على المصرف إبرام عقد استصناع مع الشركة الصناعية، ويذكر فيه، أو يلحق به، المواصفات والمخططات وجداول الكميات.

ويدفع المصرف جزءاً من الثمن عند التعاقد أو أثناء العمل، والباقي عند إتمام العمل.

وفي الوقت نفسه يبرم مع شركة البناء عقد استصناع أيضاً، ولكن يكون المصرف هنا هو الصانع وليس المستصنع، وبعد إتمام المشروع يبيع المصرف بيعاً بالتقسيط.

ويلاحظ هنا أن شركة البناء لا علاقة بينها وبين الشركة الصناعية، والأخيرة ليست ملزمة بأي شيء تجاهها، وإنما علاقتها بالمصرف، ولذلك إذا لم تف الشركة الصناعية بما التزمت به فعلى المصرف أن يلجأ لشركة أخرى حتى يفي بالتزاماته تجاه شركة البناء.

وأذكر مثلاً آخر:

يملك أحد القطريين قطعة كبيرة من الأرض، أراد أن يبنى عليها مجموعة من البيوت (الفلل)، وطلب من المصرف تمويل المشروع، عرض المصرف أن يبيع له ما يحتاج إليه من مواد البناء بيعاً آجلاً، فقال: إن هذا يحل جزءاً من المشكلة، فكيف يحل باقي المشكلة وتكلفتها ليست قليلة؟

عرفت من المصرف أنهما لا يريدان أي نوع من الشركة، كالشركة المنتهية بالتملك مثلاً، فقلت: يدخل المصرف مع الطرف الآخر في عقد استصناع،

ويكون الاتفاق معه على الثمن مقسماً، وتبدأ الأقساط بعد الانتهاء من البناء، وتسليمه كاملاً موافقاً لرخصة البناء، والتصاميم والمخططات والرسومات، والمواصفات الهندسية، وجداول الكميات، والشروط العامة والخاصة للمشروع.

وحيث إن المصرف لا يملك شركة للبناء، فعليه إذن الاتصال بشركات البناء، واختيار أفضلها لتولي العمل المطلوب. ومعنى هذا أن المصرف عليه أن يحضر مواد البناء، ويدخل مع إحدى الشركات في عقد إجازة، أو أن تقوم الشركة بعملية البناء وتحمل جميع النفقات على أساس عقد الاستصناع، ويكون المصرف هنا هو المستصنع، مع أنه الصانع بالنسبة لصاحب الأرض.

ويستطيع المصرف دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع، وعلى الأخص أنه سيعجل بدفع الثمن للصانع، وفي العقد الآخر البيع بالتقسيط.

رأى المصرف أن هذا العقد يحل مشكلة طالب البناء كاملة، ويمكن أن يحقق ربحاً معقولاً، ولكن توجد مشكلة تمنع المصرف من قبول عقد الاستصناع في البناء بصفة عامة، وهي ضمان المبنى. فبعد تسليم المبنى يظل الباني ضامناً لمدة طويلة لا تقل عن عشر سنوات، وفي بعض البلاد تزيد كثيراً على عشر سنوات. والمصرف لا يستطيع تحمل مثل هذا الضمان.

فاقترحت عليهم أن تقوم الشركة - وهي الصانع - بضمان المبنى للمصرف أو لمن يحدده المصرف، ويشترط في العقد الآخر قبول صاحب الأرض ضمان المبنى من المصرف، أو من أي طرف آخر يحدده المصرف ويقبل إعطاء هذا الضمان.

وعندئذٍ قبل المصرف الدخول في عقدي الاستصناع، وبعد الانتهاء من البناء تقوم الشركة بضمان المبنى للطرف الذي حدده المصرف، ويخلى هذا الطرف المصرف من تحمل أية مسؤولية.

وبالفعل تم تنفيذ كل من العقدين، وأصبح المصرف مستعداً للدخول في مثل هذه العمليات.

وأذكر هنا أن المصرف بعد أن تعاقد مع صاحب الأرض قام بمناقصة لشركات البناء، فجاءت العطاءات متفاوتة لدرجة كبيرة: فأحدها طلب مبلغاً يقترب من المبلغ الذي سيأخذه المصرف من طالب البناء، مع أن طريقة الدفع تختلف اختلافاً بيناً، فالمصرف يأخذ الثمن مقسطاً على ثمانية أعوام، والشركة تأخذ الثمن من المصرف نقداً دون تأجيل.

وأنسب عطاء كان أقل من هذا بنسبة كبيرة تجعل المصرف يربح ٥٠٪ تقريباً.

وأحب أن أختتم هذا المبحث بعرض صورة لنموذج عقد من عقود الاستصناع في البناء.

الدكتور علي السالوس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقد استصناع

العقد . في يوم الموافق / / قد تحرر هذا

بين كل من :

١ - مصرف قطر الإسلامي ومركزه الرئيسي بشارع حمد بالدوحة قطر ويمثله
في التوقيع على هذا العقد السيد/

طرف أول

٢ - و

وعنوانه :

طرف ثاني

أقر الطرفان بصفتهما وأهليتهما الكاملة للتعاقد واتفقا على ما يلي :

تمهيد

تقدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول بطلب يعلن فيه عن رغبته في أن يقوم
الأخير بتنفيذ مشروع بناء لحسابه على قطعة الأرض
التي يملكها على مساحة متر مربع بموجب سند الملكية
رقم كما قدّم الطرف الثاني إلى الطرف الأول رخصة البناء
والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات

والشروط العامة والخاصة للمشروع والتي تم إعدادها من قبل المكتب الهندسي .
وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني وتحرر بين الطرفين هذا
العقد وفقاً للبنود التالية :

البند الأول

يعتبر التمهيد السابق والطلب المقدم من الطرف الثاني المؤرخ
وكذلك رخصة البناء والتصاميم والمخططات
والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المرافقة للطلب المذكور
والمعتمدة من الطرف الثاني جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ومتماً له .

البند الثاني

اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول بكافة الأعمال اللازمة لإنشاء
المشروع وتسليمه صالحاً للاستعمال وأن يلتزم بتنفيذ جميع الأعمال وفقاً
للتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات
المقدمة من الطرف الثاني ووفقاً للشروط العامة وكذلك الشروط الخاصة المبينة
في هذا العقد .

البند الثالث

قيمة هذا العقد مبلغ ريال ويلتزم الطرف الثاني بدفعه
للطرف الأول على () قسطاً شهرياً قيمة كل قسط
ريال يستحق القسط الأول بعد سنة من تاريخ هذا العقد .

ويخضع سريان هذا العقد لإجراء الرهن لصالح المصرف على العقار رقم
والذي يمثل أرض المشروع وما عليها من مشتملات وبناء حيث أن
الطرف الثاني لم يقدم ضماناً آخر غير المشروع نفسه .

البند الرابع

يلتزم الطرف الأول بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لتشييد المشروع خلال مدة أقصاها شهراً تبدأ من تاريخ تسليم الموقع ويتعهد بتسليم المشروع صالحاً للاستعمال في نهاية المدة المحددة.

البند الخامس

قام الطرف الثاني بتعيين المكتب الاستشاري ليكون وكيلاً عنه في الإشراف على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة وتسلم المشروع بعد إتمام التنفيذ بالكامل ووافق الطرف الأول على ذلك المكتب. ويقوم هذا الوكيل بالإشراف على جميع أعمال المشروع ومراحل التنفيذ المختلفة واعتماد جميع المواد المستخدمة في المشروع والتأكد من أن الأعمال المنجزة نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها. وأن يقوم كذلك بإعداد شهادات الإنجاز وأن توقيعه عليها كوكيل عن الطرف الثاني بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسليم الأعمال المنجزة وقبوله لها وإقرار منه بأنها نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها.

البند السادس

يعتبر المشروع متسلاً من قبل الطرف الثاني بمجرد إصدار شهادة إتمام البناء الابتدائية من قبل المكتب الاستشاري المعتمد حيث تعتبر شهادة إتمام البناء الابتدائية الصادرة عن المكتب الاستشاري بمثابة تسلم ابتدائي من وكيل الطرف الثاني.

البند السابع

يحق للطرف الأول التعاقد مع إحدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني. كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول إلى

اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل، استبدالها والتعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع.

البند الثامن

يقبل الطرف الثاني قبولاً غير قابل للتقضى أو الإلغاء ضمان تنفيذ جميع الأعمال بالمشروع من الطرف الأول أو من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الأول لتنفيذ المشروع وتقبل تقديم هذا الضمان وحيث إن شركة قد ضمننت المشروع للطرف الأول أو لأي طرف آخر يقبل هذا الضمان فإن الطرف الأول يجعل هذا الضمان لصالح الطرف الثاني وبناءً على هذا فإن الطرف الثاني يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الأول في أية مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلاً بعد تسليم المشروع نتيجة سوء تنفيذ شركة المقاولات أو لأي سبب آخر، ويلتزم الطرف الثاني بناءً على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات في أية مطالبة أو ادعاء.

البند التاسع

في حالة تأخر الطرف الأول أو من يتعاقد معه عن إتمام تنفيذ المشروع في الموعد المحدد فإنه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم يكن هناك أسباب قهرية لم يتسبب فيها الطرف الأول وتكون خارجة عن إرادته.

البند العاشر

على الطرف الأول أو من يتعاقد معه لتنفيذ المشروع اعتماد جميع المواد اللازمة للمشروع قبل استعمالها من الطرف الثاني أو وكيله.

البند الحادي عشر

يلتزم الطرف الأول أو من يتعاقد معه بتأمين وتوفير جميع ما يلزم المشروع من مواد ومعدات بشكل يكفل إنهاء المشروع في مواعده المحدد.

البند الثاني عشر

على الطرف الأول أو من يتعاقد معه تقديم جدول زمني تفصيلي لسير الأعمال ومراحل تقدمها خلال فترة التنفيذ المحددة والحصول على موافقة الطرف الثاني أو وكيله على ذلك قبل مباشرة العمل في الموقع.

البند الثالث عشر

في حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يقترح الطرف الثاني أو المكتب الاستشاري أو كلاهما معاً ضرورة إدخالها مما قد يؤثر على شروط وقيمة هذا العقد، فإن على الطرف الثاني مراجعة الطرف الأول والاتفاق على تعديل العقد أو أخذ موافقته على التعديل المقترح قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الأعمال المعتمدة سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان، كما أن عليه تزويد الطرف الأول بموافقة المكتب الاستشاري على التعديلات المطلوبة وتعديل المخططات والتصاميم والمواصفات تبعاً لذلك.

البند الرابع عشر

في حالة توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفة طرف ثان، يكون جميع الموقعين مسؤولين وضامنين متضامنين، منفردين أو مجتمعين، تجاه الطرف الأول عن تسديد المبالغ المطلوبة له بموجب هذا العقد.

البند الخامس عشر

ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد نفسه فإن الأحكام والشروط الواردة في الشروط العامة للتعاقد والصادرة من وزارة الأشغال العامة بدولة قطر تسود على أحكام أي مستند آخر يمثل جزءاً من العقد.

البند السادس عشر

- (أ) يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الإسلامية.
- (ب) أي خلاف ناشئ عن تطبيق أحكام هذا العقد و/ أو متعلق به، يعرض على لجنة تحكيم تشكل من ثلاثة أعضاء على الوجه التالي:

- ١ - حكم يختاره الفريق الأول .
- ٢ - حكم يختاره الفريق الثاني .
- ٣ - حكم يختاره المحكمان الأولان .

ويكون حكمهم، سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية، ملزماً للطرفين، وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانوناً وبشرط إقرار هيئة الرقابة الشرعية للمصرف بعدم تعارض الحكم الصادر مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي حالة عدم توافر الأغلبية، يحال الخلاف موضوع التحكيم إلى المحاكم القطرية.

وتكون محاكم دولة قطر هي المختصة دون سواها، بالفصل في أية طلبات و/ أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و/ أو ناشئة و/ أو متعلقة به و/ أو بهذا العقد.

البند السابع عشر

تسري أحكام القانون القطري، والقوانين والأنظمة المرعية على هذا العقد فيما عدا ما نصَّ عليه من اتفاق بين الطرفين وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

البند الثامن عشر

حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ / / ١٤هـ الموافق / / ١٩م ويسقط الطرف الثاني حقه في الادعاء بكذب الإقرار و/ أو أي دفع شكلي و/ أو موضوعي، ضد ما جاء في هذا العقد.

الطرف الأول

الطرف الثاني

مصرف قطر الإسلامي

عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ

إِعْدَاد

الدكتور وهبة مصطفى الزحبياتي

رئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه

بجامعة دمشق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم:

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:
لم يكن الإسلام في ماضيه وحاضره ومستقبله قيداً ثقيلاً على الناس في ممارسة حرياتهم الاقتصادية ومعاملاتهم وعقودهم، وإنما كان دائماً متجاوباً مع مصالح الناس في تشريعه وتجويزه كل ما كان محققاً لحاجاتهم، ومصالحهم المشروعة القائمة على الحق والعدل والتعادل في الأداءات المتقابلة في المبادلات أو المعاوضات، ومظهر هذا التجاوب واضح في أصول الاستنباط ومصادر الاجتهاد، وفي التطبيق الفعلي وواقع الاجتهاد الذي يمارسه المجتهدون في نطاق ما يسمى بالفقه وهو استنباط أحكام الحوادث والقضايا العملية من الأدلة التفصيلية، كلاً على حدة.

ومن أبرز الأمثلة على هذا الاتجاه الواقعي: مشروعية بعض العقود المتكررة في الحياة العملية على سبيل الاستثناء من النصوص أو القواعد العامة، كعقد السلم أو السلف، وعقد الاستصناع، تيسيراً على الناس في تحقيق حوائجهم، وتلبية لمطالبهم المشروعة دون حرج ولا إعنات ولا إرهاق، لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة» و «المشقة تجلب التيسير» والإسلام دين اليسر لا العسر.

وإذا كان الاستصناع في الماضي وليد الحاجة الخاصة والصناعة اليدوية في مجال الجلود والأحذية والنجارة والأثاث المنزلي، فإنه في عصرنا الحاضر أصبح من العقود المحققة للحاجات العامة والمصالح الكبرى، في بناء السفن في أحواض واسعة، والطائرات والآلات المختلفة في مصانع ضخمة ومعقدة ودقيقة

دقة تامة بالغة الأهمية، مما أدى إلى وجود قفزة رائعة لهذا العقد بين العقود التجارية.

خطة البحث:

يتناول البحث محاور ثلاثة هي ما يأتي:

* المحور الأول:

- تعريف الاستصناع.
- معناه، هل هو مواعدة أم بيع؟
- دليل مشروعيته.
- الشروط التي تلحقه أو تفارقه ومدى تأثيرها في حكمه.
- حكمه.

* المحور الثاني:

- الاستصناع والسلم.
- العلاقة بين العقدين — وجه التطابق فيما بين العقدين.
- شروط كل من الاستصناع والسلم.

* المحور الثالث:

- أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية.

المَحْوَرُ الْأَوَّلُ

تعريف الاستصناع

الاستصناع في اللغة: طلب الصنعة، والصنعة: عمل الصانع في صنعته أي حرفته، كما جاء في المصباح المنير ومختار الصحاح والقاموس المحيط.

وهو في اصطلاح الفقهاء: طلب العمل من الصانع في شيء مخصوص على وجه مخصوص^(١)، أو هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة^(٢)؛ أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين أو مادة الصنعة والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع، فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً. وبعض الفقهاء يقول: إن المعقود عليه هو العمل فقط؛ لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل.

مثاله: أن يطلب المستصنع (وهو المشتري أو المستأجر) أحد أفراد الناس من الصانع (وهو البائع أو الأجير) كنجار وحداد وحدّاء ونحوهم من أصحاب الحرف أو المهن أن يصنع له شيئاً معيناً بأوصاف محددة، كأثاث منزل أو مكتبة أو كرسي أو حلّي وغيرها، على ثمن معلوم، إذا جرى فيه التعامل كالقننسة والخف والآنية ونحوها عملاً بالعرف^(٣).

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع. ويقال للمشتري: مستصنع، وللبائع: صانع، وللشيء: مصنوع، كاتفاق شخصين على

(١) رد المحتار، لابن عابدين: ٢٢١/٤.

(٢) المجلة: م ١٢٤.

(٣) البدائع: ٢٠٩/٥ وما بعدها.

صنع أحذية أو آنية أو ثياب أو أثاث منزلي ونحو ذلك^(١) .

وهو عقد يشبه السَّلَم (بيع أجل بعاجل) لأنه يبيع لمعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنه يفترق عنه من حيث إنه لا يجب فيه تعجيل الثمن (رأس المال) ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق.

ويشبه الإجارة أيضاً، لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله.

معنى الاستصناع، هل هو مواعدة أم بيع؟

اختلف مشايخ أو فقهاء الحنفية في تخريج الاستصناع، أهو بيع أو وعد بالبيع، أو إجارة، وإذا كان بيعاً هل المبيع هو العين المصنوعة أو العمل الذي قام به الصانع؟

فقال الحاكم الشهيد المروزي والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور: الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد بيعاً بالتعاطي عند الفراغ من العمل، ولهذا كان للصانع ألا يعمل ولا يجبر عليه، بخلاف السَّلَم، وللمستصنع ألا يقبل ما يؤتى به، ويرجع عنه، ولا تلزم المعاملة.

والصحيح الراجح في المذهب الحنفي: أن الاستصناع بيع للعين المصنوعة لا لعمل الصانع، فهو ليس وعداً ببيع ولا إجارة على العمل، فلو أتى الصانع بما لم يصنعه هو، أو صنعه قبل العقد بحسب الأوصاف المشروطة، جاز ذلك. والدليل أن محمد بن الحسن رحمه الله ذكر في الاستصناع القياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المواعدة، ولأنه جوزها فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه تعامل، ولو كان مواعدة جاز في الكل، وسماه شراء فقال: إذا رآه المستصنع فهو بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره، ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها، ولو

(١) البدائع: ٢/٥؛ وفتح القدير: ٣٥٥/٥؛ والفتاوى الهندية: ٥٠٤/٤.

كان العقد مواعدة لم يملكها. وإثبات الخيار لكل من العاقدين لا يدل على أنه غير بيع، بدليل أنه في بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقدين عين الآخر أي مبيعه، كان لكل منهما الخيار. وثبوت خيار الرؤية للمستصنع من خصائص البيوع، فدل على أن جوازه جواز البياعات، لا جواز العداة، ويترتب على كونه بيعاً أنه يجبر الصانع على عمله، ولا يرجع الأمر للمستصنع عنه، ولو كان عدة لما لزم.

وقال أبو سعيد البرادعي: المعقود عليه هو العمل أو الصنع، لأن الاستصناع: طلب الصنع، وهو العمل. والراجح في الاجتهاد الحنفي أن المعقود عليه هو العين المستصنعة دون العمل، فلو جاء الصانع بالمطلوب بما يوافق الأوصاف المشروطة ورضي به المستصنع، جاز العقد، سواء أكان من صنعة غيره أم من صنعته قبل العقد، ولو كان المبيع العمل نفسه لما صح ذلك. قال الكاساني: ولو كان شرط العمل من نفس العقد، لما جاز، لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي، والصحيح القول بأن المعقود عليه هو المبيع الذي شرط فيه العمل، 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^(١).

دليل مشروعية الاستصناع:

يرى الفقهاء أن مقتضى القياس أو القواعد العامة ألا يجوز الاستصناع، لأنه بيع المعدوم كالسلم، وبيع المعدوم لا يجوز، لثبوت النهي النبوي ﷺ عن بيع

(١) فتح القدير مع العناية: ٣٥٥/٥؛ والبداية: ٢/٥، ٢٠٩؛ والدر المختار ورد المختار: ٢٢٢/٤ وما بعدها.

ما ليس عند الإنسان، فلا يصح بيعاً لأنه بيع معدوم، ولا يمكن جعله إجازة، لأنه استتجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال رجل لآخر: احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا، بكذا، أو اصبغ ثوبك أحمر بكذا، لا يصح. وهذا قول زفر ومالك والشافعي وأحمد، لكن يصح الاستصناع عندهم على أساس عقد السلم، ويشترط فيه ما يشترط في السلم، ومن أهم شروطه تسليم جميع الثمن في مجلس العقد.

ويصح عند الشافعية حينئذ، سواء حدد فيه الأجل لتسليم الشيء المصنوع أم لا، بأن كان سلماً حالاً، والسلم الحالّ جائز عندهم^(١).

وذهب الحنفية إلى أنه يجوز الاستصناع استحساناً، لتعامل الناس وتعارفهم عليه في سائر الأعصار من غير تكبر، فكان إجماعاً من غير إنكار من أحد، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»^(٢) وقال ابن مسعود: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن»^(٣).

وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً، واحتجم ﷺ وأعطى الحَجَّامَ، مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد مرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد، ومثله شرب الماء من السقاء، وسمع ﷺ بوجود الحمام فأباحه بمئزر، ولم يبين له شرطاً، وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٨٩؛ والعرف والعادة، للأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبي سنة: ص ١٣١ وما بعدها.

(٢) رواه أحمد في مسنده والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً بلفظ: «سألت ربي ألا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطينيها»، ورواه ابن ماجه عن أنس مرفوعاً بلفظ: «إن أمتي لا تجتمع على ضلالة» وله روايات كثيرة (مجمع الزوائد: ١٧٧/١، ٢١٨/٥، المقاصد الحسنة، للسخاوي: ص ٤٦٠).

(٣) حديث موقوف على ابن مسعود، وله طرق، رواه أحمد والبخاري والطبراني في الكبير ورجاله ثقات، ورواه أيضاً أبو داود والبيهقي، ورواه كذلك ابن عباس (نصب الرامية: ١٣٣/٤؛ ومجمع الزوائد: ١٧٧/٤؛ والمقاصد الحسنة: ص ٣٦٧).

المعمول به الآن، وهو ألا يذكر مقدار الماء المستهلك ولا مدة المكث في الحمام، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً^(١).

الشروط التي تلحقه أو تفارقه ومدى تأثيرها في حكمه :

اشترط الحنفية لجواز الاستصناع شروطاً ثلاثة إذا فاتت أو فات واحد منها فسد العقد، وكان له حكم البيع الفاسد الذي ينقل الملكية بالقبض ملكاً خيبثاً لا يجوز الانتفاع به ولا الاستعمال ويجب إزالة سبب الفساد احتراماً لنظام الشرع، وهذه الشروط هي ما يلي^(٢) :

١ - بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته: لأنه مبيع، فلا بد من أن يكون معلوماً، والعلم يحصل بذلك، فإذا كان أحد هذه العناصر مجهولاً، فسد العقد، لأن الجهالة المفضية للمنازعة تفسد العقد، وبناء عليه، إذا استصنع شخص إناء أو سيارة، بيّن في الإناء نوع المعدن وجنسه ومقاسه وحجمه وأوصافه وعدد الآلية المطلوبة إذا كانت متعددة، فإذا أخفى ذلك كله أو شيئاً منه، فسد العقد للجهالة. وكذلك في صنع السيارة تبين جميع المواصفات المطلوبة، منعاً من الجهالة والتزاع المنتظر عند تعارض المصنوع مع ما قد يترقبه المصنّع.

٢ - أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس كالمصوغات والأحذية والأواني وأمتعة الدواب ووسائل النقل الأخرى، فلا يجوز الاستصناع في الثياب أو في سلعة لم يجر العرف باستصناعها كاللبس (ما يخرج من العنب) لعدم تعامل الناس به، ويجوز ذلك على أساس عقد السلم إذا استوفى شروط السلم، فإذا توافرت فيه فسد استصناعاً وصحح سلماً، لأن العبرة في العقود

(١) المبسوط، للسرخسي: ١٣٨/١٢ وما بعدها، والبدائع: ٢/٥، ٢٠٩؛ وفتح القدير: ٣٥٥/٥.

(٢) المبسوط: ١٣٩/١٢؛ والبدائع: ٣/٥، ٢٠٩ وما بعدها؛ وفتح القدير: ٣٥٥/٥؛ والدر المختار ورد المختار: ٢٢٢/٤ وما بعدها.

للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. ويصح السلم في غير المثلى كالثياب والبسط والحصر ونحوها، ويصح في عصرنا الحاضر الاستصناع في الثياب لجريان التعامل فيه، والتعامل يختلف بحسب الأزمنة والأمكنة.

٣ - ألا يذكر فيه أجل محدد: فإذا ذكر المتعاقدان أجلاً معيناً لتسليم المصنوع، فسد العقد وانقلب سلماً عند أبي حنيفة، فتشترط فيه حينئذ شروط السلم، مثل قبض جميع الثمن في مجلس العقد، وأنه لا خيار لأحد العاقدين إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في العقد. ودليله أن العاقد إذا حدد أجلاً فقد أتى بمعنى السلم، والعبرة في العقود لمعانيها، لا لصور الألفاظ. ولهذا إذا حدد أجل فيما لا يجوز الاستصناع فيه، كأن يستصنع حائكاً للنسج بغزل نفسه أو خياطاً للخياطة بقماش من عنده، انقلب العقد سلماً.

والمراد بالأجل: شهر فما فوقه، فإن كان أقل من شهر، كان استصناعاً إن جرى فيه تعامل، أو كان القصد من الأجل الاستعجال بلا إمهال، كأن قال: على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد، فإن قصد من الأجل الاستمهال والتأجيل، لم يصح استصناعاً، ولا يصح سلماً إذا كان الأجل دون شهر. والخلاصة: أن المؤجل بشهر فأكثر سلم، والمؤجل بدونه إن لم يجر فيه تعامل فهو استصناع إلا إذا ذكر الأجل للاستعجال فصحيح.

وقال الصحابان: ليس هذا بشرط، والعقد استصناع على كل حال، حدد فيه أجل أو لم يحدد، لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع، فيكون شرطاً صحيحاً لذلك. وهذا القول هو المتفق مع ظروف الحياة العملية، وحاجات الناس، فيكون هو الأولي بالأخذ به.

نصت المادة (٣٨٩) من المجلة على ما يلي: «كل شيء تعومل استصناعه، يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة، صار سلماً، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم، وإذا لم يبين فيه المدة، كان من قبيل الاستصناع أيضاً». وإذا حددت مدة لتقديم المصنوع، فانقضت دون أن يفرغ الصانع منه ويسلمه، فالظاهر أن يتخير المستصنع بين الانتظار والفسخ، كما

هو المقرر في عقد السلم^(١) .

الشروط اللاحقة :

اتفق الحنفية على أن الشرط اللاحق للعقد مثل الشرط الداخِل في العقد عند تكوينه في الحكم، إن كان شرطاً صحيحاً، فإن كان شرطاً فاسداً التحق بالعقد وأفسده كالشرط الداخِل في العقد تماماً في رأي أبي حنيفة. وقال الصحابان: لا يلتحق الشرط الفاسد بالعقد، بل يبقى العقد صحيحاً، ويلغو الشرط، حرصاً على سلامة العقد الذي وجد.

حكم الاستصناع :

حكم الاستصناع هنا: هو الأثر المترتب عليه، وللاستصناع الأحكام التالية^(٢) :

١ - حكم الاستصناع بمعنى الأثر النوعي أو الجوهرية المترتب عليه، هو ثبوت الملك للمستصنع في العين المصنوعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في البذل المتفق عليه.

٢ - صفة هذا الحكم أو صفة عقد الاستصناع: أنه عقد غير لازم قبل الصنع، وبعد الفراغ من الصنع، في حق الصانع والمستصنع معاً، فيكون لكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه والعدول عنه قبل رؤية المستصنع الشيء المصنوع، فلو باع الصانع الشيء المصنوع قبل أن يراه المستصنع، جاز؛ لأن العقد غير لازم، والمعقود عليه ليس هو عين المصنوع وإنما مثله في الذمة.

٣ - إذا جاء الصانع بالشيء المصنوع إلى المستصنع سقط خياره، لأنه رضي بكونه للمستصنع، حيث جاء به إليه، فيكون حكم الاستصناع في حق

(١) عقد البيع، للأستاذ مصطفى الزرقاء: ص ١٢٣ ف ١٤٥ .

(٢) المبسوط: ١٣٩/١٢؛ وفتح القدير: ٣٥٦/٥؛ والبدائع: ٣/٥، ٢١٠؛ ورد المختار على الدر المختار، لابن عابدين: ٢٢٣/٤ .

الصانع ثبوت الملك اللازم إذا رآه المستصنع، ورضي به، ولا خيار له، وهذا في ظاهر الرواية.

وأما المستصنع فحكم العقد بالنسبة إليه إذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة: هو ثبوت الملك غير لازم في حقه، فإذا رآه فله الخيار: إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، وفسخ العقد عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه اشترى شيئاً لم يره، فكان له خيار الرؤية، بخلاف الصانع فهو بائع ما لم يره، فلا خيار له.

وقال أبو يوسف: العقد لازم إذا رأى المستصنع الشيء المصنوع ولا خيار له، إذا جاء موافقاً للصفة أو الطلب والشروط، لأنه مبيع بمنزلة المسلم فيه، فليس له خيار الرؤية، لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقاً لطلب المستصنع، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة. ونوقش هذا الرأي بأن ضرر المستصنع بإبطال الخيار له أكثر من ضرر الصانع، إذ لا يتعذر على الصانع بيع المصنوع على أية حال، لأنه إذا لم يرض به المستصنع، يبيعه من غيره بمثل قيمته، وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته. ويجاب عنه بأن احتمال البيع الجديد مجرد أمل، ويغلب الضرر بالصانع، فيجب القول بلزوم البيع دفعاً للضرر عنه.

لذا أخذت المجلة برأي أبي يوسف، فقررت في المادة (٣٩٢): أن عقد الاستصناع ينعقد لازماً، فليس لأحد الطرفين الرجوع، ولو قبل الصنع، إلا أنه إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المشروطة، يتخير المستصنع بفوات الوصف^(١).

وفي تقديري: أن هذا الرأي الذي أخذت به المجلة شديد جداً، منعاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين، ودفعاً للضرر عن الصانع، إذ إن أغراض الناس

(١) نص المادة المذكورة هو: «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبيّنة، كان المستصنع مخيراً».

تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً ونوعاً وكيفية، ولأن هذا الرأي يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة، ويتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن كالسفن والطائرات، فلا يعقل والحالة هذه أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم.

٤ - لا يتعلق حق المستصنع في الشيء المصنوع إلاّ بعرضه عليه من قبل الصانع، وعلى هذا فإن للصانع أن يبيع المصنوع من غير المستصنع قبل عرضه عليه، كما تقدم بيانه.

المحور الثاني الاستصناع والسلم

الاستصناع كما عرفناه: عقد مع ذي صنعة على عمل شيء معين وتكون مادة الصنع من الصانع، كاستصناع أحذية أو آنية بشرط وصف المصنوع في العقد بما يزيل الجهالة.

والسلم أو السلف: بيع أجل بعاجل، أو بيع شيء موصوف في الذمة، أي أنه يتقدم فيه رأس المال، ويتأخر المبيع (المثمن) لأجل، أو هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، كأن يشتري تاجر من فلاح أو مزارع عشرة أطنان حنطة من ولاية كذا أو محافظة كذا تسلّم عند الحصاد بمبلغ معين من المال يدفع كله نقداً في مجلس العقد، ويتأجل تسليم المبيع غير الموجود عند العقد إلى وقت معين في المستقبل.

العلاقة بين العقدين — وجه التطابق فيما بين العقدين:

يشترك الاستصناع والسلم في أن كلاً منهما يبيع لشيء معدوم، أجزى للحاجة إليه، وتعامل الناس به، إلا أن الباعث على عقد السلم شدة حاجة البائع إلى نقود ينفقها على نفسه وأهله أو على إنتاجه الزراعي، وهو لا يملك ذلك آنياً، لذا سمي «بيع المفاليس» وأما الاستصناع فهو عقد تجاري يحقق الربح للبائع الصانع، ويلبى حاجة المستصنع، فيكون الباعث الدافع عليه حاجة المستصنع.

وهناك فروق بين العقدين أوجزها فيما يلي:

أولاً — إن المبيع في السلم دين (هو ما يثبت في الذمة) تحتمله الذمة،

فهو إما مكيل أو موزون أو مذروع أو عددي متقارب كالجوز والبيض، أما المبيع في الاستصناع فهو عين (أي ما يتعين بالتعيين أو الشيء المعين الشخص بذاته) لا دين، كاستصناع أثاث (مفروشات منزلية) أو حذاء، أو إناء.

ثانياً - يشترط في السلم وجود أجل، فهو لا يصح عند الجمهور (غير الشافعية) إلا لأجل كشهرا فما فوقه، على عكس الاستصناع في اجتهاد أبي حنيفة رحمه الله، فإن حدد فيه أجل انقلب سلماً، ولا خيار شرط في السلم، وقال الصحابان: يصح الاستصناع لأجل أو لغير أجل، لأن عرف الناس تحديد الأجل فيه، كما بينا. وأجاز الشافعية السلم الحالّ خلافاً لغيرهم.

ثالثاً - عقد السلم لازم لا يجوز فسخه بإرادة أحد العاقدين، وإنما بتراضيهما واتفقهما معاً على الفسخ، وأما الاستصناع فقد عرفنا أنه عقد غير لازم يجوز لأي طرف من العاقدين فسخه في ظاهر الرواية، ويسقط خيار الصانع إذا أحضره على الصفة المشروطة، وللمستصنع الخيار.

رابعاً - يشترط في عقد السلم قبض رأس مال السلم كله في مجلس العقد، ولا يشترط قبضه في الاستصناع، ويكتفي الناس عادة بدفع عربون أو جزء من الثمن كالنصف أو الثلث مثلاً، عملاً بمذهب الحنابلة، ويعد هذا الفرق من الناحية العملية أهم الفروق.

شروط كل من الاستصناع والسلم:

لا بد في كل من العقدين من العلم بالثمن جنساً ونوعاً وقدرًا وصفةً، وإلا كان العقد فاسداً بسبب الجهالة، وينفرد السلم عند الجمهور باشتراط تعجيل رأس المال (الثمن) وقبضه فعلاً في مجلس العقد قبل افتراق العاقدين أنفسهما، وأجاز الإمام مالك تأخير قبض رأس المال إلى ثلاثة أيام فأقل؛ لأن ذلك التأخير لهذه المدة القريبة في حكم المعجل، لأن ما قارب الشيء يعطي حكمه. ولا يشترط في عقد الاستصناع تعجيل رأس المال أو الثمن، وإنما يدفع عادة عند التعاقد ولو في غير مجلس العقد جزء من الثمن، ويؤخر الباقي لحين تسليم الشيء المصنوع.

أما المعقود عليه (المبيع المسلم فيه في عقد السلم، والمصنوع في عقد الاستصناع) فلا بد في كلا العقدين من العلم بجنسه ونوعه وقدره وصفته، لأن كلاً منهما مبيع، والمبيع يشترط كونه معلوماً غير مجهول.

ولا يجوز اشتغال كلا العقدين على الربا، كأن اتحد الثمن والمبيع في الجنس كبر ببر، أو شعير بشعير طبيعي أو مصنّع مع التفاضل في ربا الفضل، أو نسيئة مؤجلاً من غير تفاضل مع تأخير التقابض في الأموال الربوية (الأصناف الستة المعروفة في الحديث النبوي وما في معناها)^(١).

ولا يثبت خيار الشرط في السلم، وإنما لا بد من أن يكون العقد باتاً لا خيار فيه، أما الاستصناع فهو عقد غير لازم يثبت الخيار فيه قبل العمل أو الصنع، وكذا عند أبي حنيفة ومحمد بعد الفراغ من الصنع، وذهب أبو يوسف إلى لزوم العقد بعد الصنع والرضا به كما تقدم.

أما خيار الرؤية وخيار العيب فيثبت كل منهما في رأس مال السلم إذا كان عيناً قيمة أو مثلية، وأما في المسلم فيه فلا يثبت خيار الرؤية فيه باتفاق الحنفية حتى لا يعود ديناً كما كان، ويصح ثبوت خيار العيب في المسلم فيه، لأنه لا يمنع تمام القبض الذي تتم به الصفقة.

ولا بد في كلا العقدين من بيان مكان الإيفاء إذا كان للمبيع كلفة ومؤونة في رأي أبي حنيفة، ويتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء في رأي الصحابين.

ويشترط في عقد السلم عند الحنفية كون جنس المسلم فيه (المبيع) موجوداً في الأسواق بنوعه وصفته من وقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس، كالحبوب، ولا يشترط ذلك في عقد الاستصناع. ولم يشترط باقي المذاهب أو الجمهور هذا الشرط في السلم، ويكفي وجود جنس المسلم فيه عند حلول أجل التسليم.

(١) وهي الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح.

ويشترط الحنفية والشافعية والحنابلة إمكان ضبط المسلم فيه بالصفات بأن يكون من المثليات (المكيلات أو الموزونات أو الذرعيات أو العدديات المتقاربة) كالأقمشة والمعادن والرياحين اليابسة والجدوع إذا بين طولاً وعرضاً وغلظاً، ولا يصح السلم فيما لا يمكن ضبطه بالوصف كالذور والعقارات والجواهر واللآلئ والجلود والخشب، لتفاوت آحادها تفاوتاً فاحشاً في المالية، أما الاستصناع فيصح في الأمرين إذا تعامل الناس به. وصحح المالكية السلم فيما ينضبط وما لا ينضبط بالوصف. وأجاز الحنفية استحساناً السلم في بعض الأشياء غير المثلية أيضاً كالثياب والبسط والحصر ونحوها كما تقدم.

ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا اشترط فيه المشتري (رب السلم) ملبناً معلوماً، لأنه إذا سمي الملبن، صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً، فيكون ساقط الاعتبار، فيلحق بالعددي المتقارب.

ويصح السلم فيما جرى به التعامل أو لم يجر فيه التعامل، أما الاستصناع فضابطه أنه يصح في كل ما يجري فيه التعامل فقط، ولا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه، كما إذا أمر حائكاً أن يحوك له ثوباً بغزل نفسه، ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه؛ لأن جوازه، مع أن القياس يأباه ثبت بتعامل الناس، فيختص بما لهم فيه تعامل، ويبقى الأمر فيما وراء ذلك متروكاً إلى القياس، لكن جرى التعامل في عصرنا باستصناع الثياب، فيكون جائزاً، لأن جريان التعامل يختلف باختلاف البلدان والأزمنة.

المحور الثالث

أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية

لقد أدى الاستصناع في الماضي دوراً مهماً في الحياة العملية، فأفاد الصانع الذي قدم في صناعته خبرة معينة ومهارة فائقة، وأضفى على مادة الصنعة التي يقدمها من نفسه فناً خاصاً وإبداعاً جديداً، واستطاع بذلك إدخال تطوير وتعديل على صناعته، وأفاد المستصنع الذي استطاع من خلال الاستصناع الحصول على ما يرغب فيه وإرضاء ذوقه وتحقيق مصلحته على وفق المقاييس المناسبة له والفنون التي يتصورها ويتأمل توافرها لديه.

ثم انتشر الاستصناع انتشاراً واسعاً في العصر الحديث، فلم يعد مقصوراً على صناعة الأحذية والجلود والتجارة والمعادن والأثاث المنزلي من مفروشات وغيرها من الخزائن والمقاعد والمساند والصناديق، وإنما شمل صناعات متطورة ومهمة جداً في الحياة المعاصرة كالطائرات والسفن والسيارات والقطارات وغيرها، مما أدى إلى تنشيط الحركة الصناعية ونمو حركة المصانع والمعامل اليدوية والآلية، وقد أسهم كل ذلك بنحو واضح في رفاه الأفراد والمجتمعات وتوفير حاجات الدول ومصالحها.

ولم يقتصر الأمر على الصناعات المختلفة ما دام يمكن ضبطها بالمقاييس والمواصفات المتنوعة، وإنما شمل أيضاً إقامة المباني وتوفير المساكن المرغوبة، وقد ساعد كل ذلك في التغلب على أزمة المساكن. ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محددة، فإن بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لا يمكن تسويغه إلاً على أساس عقد الاستصناع، ويعد العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد مواصفات

البناء، بحيث لا تبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف، وقد أصبح من السهل ضبط الأوصاف، ومعرفة المقادير، وبيان نوع البناء، سواء بيع البناء على الهيكل، أم مكسياً كامل الكسوة، مع الاتفاق على شروط الكسوة، وأوصافها، من النوع الجيد أو الوسط أو العادي. ويتم تسديد الثمن عادة على أقساط ذات مواعيد محددة. أما مدة التسليم فيكون ذكرها عادة على سبيل الاستعجال والتقريب الزمني والحث على الإنجاز في وقت معقول؛ لأن المتعاقدين يقدران تماماً مدى المشكلات والعوائق التي تعترض التنفيذ في وقت محدد.

وأما في مجال المقاولات التي يتم فيها عادة الاتفاق على مدة التسليم والإلزام بغرامات معينة عند التأخير، فهو أي التفرغ أمر جائز أيضاً وداخل تحت مفهوم ما يسمى قانوناً بالشرط الجزائي، وقد أقره القاضي شريح، وأيده قرار هيئة كبار العلماء في السعودية سنة ١٣٩٤هـ، قال شريح: «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره، فهو عليه»^(١).

الدكتور وهبة مصطفى الزحبياتي

(١) أعلام الموقعين: ٣/٤٠٠؛ طبعة محيي الدين عبد الحميد.

عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ

إِعْدَاد

الدكتور عاي محيي الدين القره داغجي

جامعة قطر - كلية الشريعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين
وعلى آله وصحبه ومن تبع هداة إلى يوم الدين . .

وبعد:

فقد أولى الإسلام عناية كبرى بالصناعة والاستصناع في وقت كانت العرب
– وغيرهم من الأمم – تنظر إلى الصناعات والحرف نظرة فيها التقليل من شأنها،
فنزلت الآيات الدالات على أهمية الصناعة في حياة الأمة حتى قرن الله تعالى
الحديد مع القرآن الكريم في الإنزال، ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ
الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ
لِلنَّاسِ . . .﴾ (١).

بين القرآن الكريم في مقام الامتنان بالنعم العظمى أن الله علم أحد أنبيائه
العظام – وهو داود – صنعة اللباس الحديدي، والدرع حيث يقول: ﴿وَعَلَّمْنَاهُ
صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِيُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ﴾ (٢).

كما يجعل الرسول الصناعة اليدوية، بل كل ما تصنعه اليد من أفضل
الأعمال حيث يقول: «ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده،
وإن نبي الله داود – عليه السلام – كان يأكل من عمل يده» (٣).

وجاء فقهاؤنا العظام منذ بداية القرن الثاني الهجري – مثل أبي حنيفة

(١) سورة الحديد: الآية ٢٥ .

(٢) سورة الأنبياء: الآية ٨٠ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه، مع الفتح، كتاب البيوع، طبعة السلفية: ٣٠٣/٤ .

وصاحبيه وكذلك غيرهم - بتنظيم عقد الاستصناع وأهميته، وبيان شروطه وضوابطه، وفروعه ومسائله.

كل ذلك يحدث في هذا الوقت المبكر بينما الغرب لم يصل إلى تقنين عقد الاستصناع إلى وقت متأخر جداً، حيث نرى أن (دافيد) يستغرب جداً عن عدم وجود تنظيم لعقد الاستصناع في التقنين المدني الفرنسي الذي صدر عام 1804م ويعزى ذلك إلى أن مشرعي هذا القانون لم يكونوا يعرفون هذا العقد بصورة كاملة، وذلك بسبب عدم ظهور هذا العقد آنذاك.

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عظمة هذا الفقه الإسلامي العظيم، وسبقه بقرون عدة في كل مجالات التشريع.

ونحاول في هذا البحث المتواضع أن نستعرض عقد الاستصناع ونركز على أمرين أساسيين: هل هذا العقد عقد مستقل، أو تبع وداخل في عقود أخرى؟ وهل هو عقد لازم أم هو عقد جائز؟

وقد بذلت كل جهدي في رجوعي إلى المصادر المعتمدة في كل مذهب، وبيان آراء الفقهاء، والاستفادة منها، ولكنه مع ذلك لم يقف جهدي عند هذا الحد، بل حاولت الوصول إلى صورة متكاملة لعقد الاستصناع وإن كان هذا الكمال له لم يتم إلا من خلال مخالفة الرأي الذي عليه الجمهور، لأنني وضعت نصب عيني مقاصد الشريعة ومبادئها الكلية، بل قدمت السير في ظلها على السير في ظل التفسيرات الفرعية، فمثلاً إذا كنت قد أخذت لزوم عقد الاستصناع من رواية لأبي يوسف فإنني لم أقف عند قوله - مع قول بقية الحنفية - ببطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين، وإنما قلت ببقائه، وانتقال الحق إلى الورثة، بل لاحظت التنظيمات الموجودة للشركات والمصانع في عصرنا الحاضر، التي اعترفت فيها بوجود شخصية معنوية لها تستمر ما دامت الشركة قائمة دون النظر إلى أصحابها ومدرائها، ولذلك قلت بعدم بطلان الاستصناع بموت أحد العاقدين، كما أن قول الحنفية هذا قياس الإجارة التي هي نفسها محل خلاف في بطланها بموت أحد العاقدين، بل الجمهور على عدم بطلانها، ومن هنا قست

الاستصناع في عدم البطلان بموت أحد العاقدين على الإجارة على مذهب الجمهور، بل إننا لسنا بحاجة إلى القياس، لأن الاستصناع عقد مستقل.

وهكذا حاولنا أن نبذل كل ما نستطيع بذله للوصول إلى صورة متكاملة محققة لمصلحة الطرفين، والأمة في الازدهار والتنمية والاستقرار.

والله أسأل أن يجعل جميع أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمنا من الخطأ في القول والعمل.

الاستصناع لغة واصطلاحاً

الاستصناع في اللغة :

الاستصناع لغة مصدر «استصنع» بمعنى طلب الصنعة، فيقال: استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه، وأصله «صنع يصنع صنعاً، فهو مصنوع وصنيع. والصناعة حرفة الصانع، والصناعة: ما تستصنع من أمر^(١) .

وقد ورد لفظ «صنع» ومشتقاته في القرآن الكريم عشرين مرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَا يَرَأُلُ الَّذِينَ كَفَرُوا نُصِيْبُهُمْ بِمَا صَنَعُوا قَارِعَةً أَوْ نُحْلُ قَرِيْبًا مِّنْ دَارِهِمْ...﴾^(٢) .

حيث أطلق على ما يصنعه الإنسان، ويطلق على صناعة السحر حيث يقول تعالى: ﴿وَأَلْقَى مَا فِي يَمِينِكَ تَلْقَفَ مَا صَنَعُوا إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدٌ سَحِرٌ...﴾^(٣) .

وعلى صناعة السفينة حيث قال: ﴿وَصَنَّعَ الْفُلْكَ...﴾^(٤) .

ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي﴾^(٥) .

قال الماوردي: (يحتمل وجهين أحدهما: خلقتك، مأخوذ من الصنعة، الثاني، اخترتك، مأخوذ من الصنيعة)^(٥) .

(١) لسان العرب، طبعة دار المعارف: ص ٢٥٠٨، وكشاف اصطلاحات الفنون، طبعة الهيئة العامة للكتاب: ٢٣٥/٤ .

(٢) سورة الرعد: الآية ٣١ .

(٣) سورة طه: الآية ٦٩ .

(٤) سورة هود: الآية ٣٨ .

(٥) تفسير الماوردي، طبعة أوقاف الكويت: ١٥/٣ .

ومنها قوله تعالى: ﴿صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَنْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ...﴾ (١).

أي فعل الله الذي أنقن كل شيء (٢) ويبدو أن الصنع أحص من مطلق الفعل.

ومنها قوله تعالى في حق إدريس (عليه السلام): ﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ﴾ (٣).

ومنها قوله تعالى: ﴿وَتَتَّخِذُونَ مَصَانِعَ لَعَلَّكُمْ تَخْذُونَ﴾ (٤).

وقد تكرر لفظ «صنع» ومشتقاته في السنة المشرفة كثيراً، منها إطلاق الصنع للطعام، والأعمال عموماً مثل «رأيت رسول الله ﷺ صنع مثل هذا» (٥) أي فعل كذا من الوضوء والمسح على الخفين، ومنها إطلاقه على صنع المنبر.

ومنها ما رواه البخاري وغيره بسندهم عن ابن عمر (رضي الله عنهما): أن رسول الله ﷺ: اصطنع خاتماً من ذهب وكان يلبسه فيجعل فسه في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم، ثم إنه جلس على المنبر فترعه، فقال: «إني كنت ألبس الخاتم... فرمى به، ثم قال: «والله لا ألبسه أبداً» فنبذ الناس خواتيمهم» (٦).

وترجم ابن ماجه في سننه: باب الصناعات، وترجم الترمذي في سننه: باب ما جاء في صنائع المعروف.

والمقصود من هذا السرد أن هذه الكلمة مما شاع استعمالها في القرآن الكريم في معانيها اللغوية التي تشمل الحرفة، وغيرها من أي عمل كان، وفي إيجاد الشيء من العدم ونحو ذلك.

(١) سورة النمل: الآية ٨٨.

(٢) تفسير الماوردي: ٢١٢/٣.

(٣) سورة الأنبياء: الآية ٨٠. قال الماوردي: ٥٣/٣ فيه وجهان: أحدهما: (لبوس) والثاني: (أن جميع السلاح لبوس عند العرب).

(٤) سورة الشعراء: الآية ١٢٩.

(٥) صحيح البخاري، الصلاة.

(٦) صحيح البخاري، مع الفتح، كتاب الأيمان: ٥٣٧/١١، وأحمد: ١٠١/٣.

الاستصناع اصطلاحاً:

وقد عرف الاستصناع في عرف من قالوا به عدة تعريفات:

منها تعريف رجحه الكاساني واختارته الموسوعة الفقهية^(١) وهو أن الاستصناع: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(٢) غير أن الكاساني ذكر عدة تعريفات فقال: (وأما معناه فقد اختلف المشائخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة، وليس ببيع، وقال: بعضهم: هو بيع لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح بدليل أن محمداً (رحمه الله) ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العداات (أي الوعود) وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات...، ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع، قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل» ثم رجح الكاساني التعريف الأخير فقال: (والصحيح هو القول الأخير، لأن الاستصناع: طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذاً للاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلفاً، وهذا العقد يسمى استصناعاً^(٣))، ومنها ما ذكره ابن عابدين حيث قال: (وأما شرعاً فهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص)^(٤) وقال البابرتي: (والاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئاً صورته كذا، وقدره كذا بكذا درهماً، ويسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها، أو لا يسلم)^(٥).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، طبعة أوقاف الكويت: ٣/٣٢٥.

(٢) بدائع الصنائع، طبعة الإمام بالقاهرة: ٦/٢٦٧٧.

(٣) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٧، وراجع: المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة ببغداد: ج ٢ ورقة ٥٧٢.

(٤) رد المحتار على الدر المختار، طبعة دار إحياء التراث العربي في بيروت: ٤/٢١٢.

(٥) شرح العناية مع فتح القدير، طبعة مصطفى الحلبي، القاهرة: ٧/١١٤.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها (١٢٤) بأنه عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة.

وجاء في بعض كتب الحنابلة: (استصناع سلعة يعني يشتري منه سلعة، ويطلب منه أن يصنعها له، مثل أن يشتري منه ثوباً ليس عنده، وإنما يصنعه له بعد العقد)^(١).

(١) كتاب الفروع لابن مفلح، مع ملاحظة ما ذكره مراجع الكتاب من أن العبارة السابقة من هامش مخطوط الأزهر: ٢٤/٤ ويراجع عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي لكاتب عبد الكريم البدران، طبعة دار الدعوة الاسكندرية ص ٦٣ وما بعدها.

أنواع الاستصناع

بالنظر إلى ما ذكره المالكية نجد أنهم يذكرون للاستصناع أربعة أنواع نذكرها هنا لأهميتها وهي: كما ذكره ابن رشد في مقدماته:

النوع الأول: أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه. فهذا النوع سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال.

النوع الثاني: أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه. فهذا النوع ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع، والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن بإعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام، أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد، وتأخيره، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل^(١). غير أن أشهب أجاز في السلم تعيين المصنوع منه، والصانع خلافاً لابن القاسم^(٢).

النوع الثالث: أن لا يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه.

فهذا النوع أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد، وتأخيره.

(١) المقدمات الممهديات، طبعة دار الغرب الإسلامي: ٣٢/٢.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة عيسى الحلبي: ٢١٦/٢.

النوع الرابع: أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه .

فهذا النوع فلا يجوز على حال، لأنه يجتذبه أصلان متناقضان هما: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضموناً، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه^(١) .

وذكر العلامة الدسوقي بعض هذه المسائل، فقال: (وصورته: وجدت نحاساً يعمل طستا، أو حلة، أو تورا، أو غير ذلك فقلت له: كمله لي على صفة كذا بدينار فيجوز إن شرع في تكميله بالفعل، أو بعد أيام قلائل كخمس عشرة يوماً فأقل، وإلا منع، لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه، ومحل الجواز أيضاً إذا كان عند النحاس نحاس بحيث إذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعادته وكمله مما عنده من النحاس...، وقد جعل مج (أي الشيخ محمد الأمير) وعقب (أي الزرقاني) وشارحنا هذه المسألة تبعاً لابن الحاجب والتوضيح من باب اجتماع البيع والإجارة، وهو مغاير لأسلوب المصنف، ويصح أن يكون من باب السلم بناء (على مذهب أشهب المجوز في السلم تعيين المصنوع منه والصانع. وهنا عين المصنوع منه، وهذه يمنعها ابن القاسم)^(٢) .

وعلق العلامة الدردير على قول خليل في إطلاق لفظ السلم على النوع الثاني فقال: (إطلاق لفظ السلم على هذا الشراء مجاز، إنما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكماً، فهو من أفراد قوله: (وإن أشتري المعمول منه واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد، وإنما يضمنه بائعه ضمان الصانع)^(٣) .

ثم أن المالكية فرقوا بين مصنوع يمكن إعادته إلى مادته الخام ليصنع منها آخر، ومصنوع ليس كذلك، يقول الدردير: (ومعنى كلامه أن من وجد صانعاً

(١) المقدمات: ٣٢/٢ .

(٢) حاشية الدسوقي: ٢/٢١٥؛ وراجع: شرح الخرخشي، طبعة بولاق مصر: ٥/٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢/٢١٥ - ٢١٦ .

شرح في عمل تور مثلاً فاشتره منه جزافاً بثمن معلوم على أن يكمله له جاز، فإن اشتره على الوزن لم يضمه مشتره إلا بالقبض، وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيمنع...، لإمكان إعادة التور إن جاء على خلاف الصفة المشترطة، أو المعتادة، بخلاف الثوب إلا أن يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة^(١).

وهذا النص يدل على أن الأساس هنا في الجواز وعدمه هو مدى صلاحية كون المادة الخام لأن يصنع منها المطلوب، ولأن تعاد مرة أخرى ليصنع منها المطلوب مرة أخرى، أو وجود كمية إضافية ليصنع منها آخر حسب الوصف المطلوب.

ومن هنا فالمصنوعات الحديثة التي تقوم بصنعها المكائن حسب قوالب محددة غير مختلفة فلا إشكال في جوازها.

وكذلك فرق المالكية بين الشراء من دائم العمل أي محترف الصناعة كالخباز وغيره، حيث أجازوا شراء ما يصنع دون تعيينه، أي يكون الصانع معيناً، دون المصنوع منه، واعتبروه بيعاً، بينما يعتبر سلماً إذا كان الصانع غير محترف أو على حسب تعبيرهم (غير دائم العمل) حيث يكون ديناً في الذمة كعقد على قنطار خبز يؤخذ من المسلم إليه بعد شهر يحدد قدره وصفته، لكن المالكية جعلوا استصناع السيف والسرج سلماً سواء كان الصانع المعقود عليه دائم العمل أم لا، يقول الدردير: (والحاصل أن دائم العمل حقيقة أو حكماً إن نصب نفسه على أن يؤخذ منه كل يوم مثلاً ما نصب نفسه له من وزن أو كيل، أو عدد كالخباز، واللبنان، والجزار، والبقال يمكن فيه البيع تارة، والسلم أخرى بشروطه، وإلاً - أي إن لم يكن دائم العمل ولا غالبه بأن كان انقطاعه أكثر، أو تساوى عمله مع انقطاعه) - فالسلم بشروطه كالحداد، والتجار، والحباك^(٢)

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢١٦/٢ - ٢١٧.

والدليل على جواز ذلك عمل أهل المدينة^(١) .

ثم إن المالكية مختلفون في أن تعيين المصنوع منه هو يفسد السلم، فذهب ابن القاسم إلى أن تعيين المصنوع منه يفسد السلم؛ مثل أن يقول: أعمل لي من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الخشب بعينه، لأنه حينئذ لا يكون ديناً في ذمته وبالتالي لا يكون سلماً.

وذهب أشهب إلى جواز أن يكون المصنوع منه معيناً في السلم^(٢) ، وذلك لأن تعيين المصنوع منه لا يضر بطبيعة السلم في نظره، ولا يوجد نص يمنع ذلك.

(١) جاء في المدونة: (قال مالك: ولقد حدثني عبد الرحمن بن المعجور عن سالم بن عبد الله قال: كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلاً بدينار نأخذ كل يوم كذا وكذا، والتمن إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك ديناً بدين، ولم يروا به بأساً) - المدونة: ٢٩٠/٣؛ ويراجع مواهب الجليل: ٥٣٨/٤؛ وتبين المسالك، طبعة دار الغرب الإسلامي: ٤٥٥/٣ .

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢١٦/٢ - ٢١٧ .

الاستصناع بَيْنَ الاستقلال والاتباع

ثار خلاف بين الفقهاء فذهب جماعة منهم إلى أن الاستصناع عقد تابع وداخل في أحد العقود المشهورة المتفق عليها، وهؤلاء اختلفوا على ضوء ما يأتي:

١ - هل هو سلم: هذه المسألة هي مثار خلاف كبير بين الفقهاء فذهب جمهور الفقهاء (المالكية على تفصيل والشافعية والحنابلة) إلى أن الاستصناع داخل في باب السلم، ولذلك يخضع لشروطه وضوابطه من تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية وغير ذلك من شروط السلم.

ومن هنا لم يعترف هؤلاء بالاستصناع كعقد مستقل، وإنما أدخلوه في السلم، ولذلك ذكروه في باب السلم، جاء في المدونة: باب السلف في الصناعات: (قلت: ما قول مالك في رجل استصنع طستا، أو تورا قمقماً، أو قلنسوة، أو خفين، أو لبداءً، أو استنحت؟ سرجاً، أو قارورة، أو قدحاً، أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم، أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات فاستعمل من ذلك شيئاً موصوماً، وضرب لذلك أجلاً بعيداً، وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً، أكون هذا سلفاً أو نفسده، لأنه ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً، أم لا يكون سلفاً، ويكون بيعاً من البيوع في قول مالك ويجوز؟

قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً، وجعل ذلك مضموناً على الذي يعملها بصفة معلومة، وليس من شيء بعينه يريه يعمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال، أو دفع رأس المال

بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلاً فهذا السلف جائز، وهو لازم للذلي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفاً.

قلت: وإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً، والمسألة على حالها فسد وصار ديناً في دين في قول مالك؟ قال: نعم.

قلت: وإن لم يضرب لرأس المال أجلاً، واشتراط أن يعمل هو نفسه، أو اشتراط عمل رجل بعينه؟ قال: لا يكون هذا سلفاً، لأن هذا رجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل، وشرط عليه عمل نفسه، وقدم نقده فهو لا يدري، أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا، فهذا من الغرر، وهو إن سلم عمله له وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلاً.

قلت: لم؟ قال: لأنه لا يدري أيسلم ذلك الحديد أو الطواهر، أو الخشب إلى ذلك الأجل أم لا، ولا يكون السلف في شيء بعينه، فلذلك لا يجوز في قول مالك^(١) هذا هو نص المدونة نقلناه بطوله لأهميته حيث يدل بوضوح على أن الاستصناع إنما يصح إذا توفرت فيه شروط السلم وضوابطه.

جاء في حاشية الدسوقي تفصيل أكثر وهو: (وصورته: وجدت نحاساً يعمل طستا، أو حلة، أو تورا، أو غير ذلك، فقلت له: كمله لي على صفة كذا بدينار فيجوز إن شرع في تكميله بالفعل...) إلى آخر النص^(٢).

والتحقيق أن المالكية جعلوا إحدى صور الاستصناع سلماً، وبقيّة صوره الثلاث إما من باب البيع والإجارة - كما في النوع الثاني، والثالث، وإما باطل كما في النوع الرابع - كما سبق - كما جعلوا بعض صوره بيعاً - كما سيأتي - وقد علق العلامة الدسوقي على النوع الذي قيل: إنه من باب البيع والإجارة

(١) المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك، طبعة السعادة ١٣٢٣هـ القاهرة: ١٨/٩ -

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة عيسى الحلبي: ٢١٥/٣ - ٢١٦.

فقال: (وأنت إذا أمعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم نظراً للمعدوم في حال العقد، ولها شبه بالبيع نظراً للموجود، وليست من اجتماع البيع والإجارة، لكن أقرب ما يتمشى عليه كلام المصنف قول أشهب الذي يجيز تعيين المعمول منه^(١) وحينئذ يكون مسلماً على قول أشهب.

وكذلك الأمر عند الشافعية والحنابلة حيث أدخلوا الاستصناع في باب السلم أيضاً، حيث يقول الشافعي في كتاب السلم: (ولا بأس أن يسلفه في طست، أو تور من نحاس أحمر، أو أبيض...، أو رصاص، أو حديد، ويشترطه بسعة معروفة، ومضروباً، أو مفرغاً، وبصنعة معروفة، ويصفه بالتخانة، أو الرقة، ويضرب له أجلاً كهو في الثياب وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة، أو الشرط لزمه ولم يكن له ردّه، وكذلك كل إناء من جنس واحد ضبطت صفته فهو كالطست... ولا يجوز فيه الإذن إلا أن يدفع ثمنه، وهذا شراء صفة مضمونة فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها وتكون على ما وصفت) وأجاز الشافعية الاستصناع سواء كان حالاً أم مؤجلاً لأنه سلم^(٢).

وقد وضع الإمام الشافعي ضابطة في جواز السلم تكمن في ضبط أوصاف المسلم فيه، وكون هذه الأوصاف مما يمكن تحقيقها ومعرفتها، ولذلك لم يجز السلم في شيء مختلط مثل أن يشترط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد وذلك، لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما^(٣) وعلى ضوء ذلك إذا أمكن معرفته بدقة - كما يحدث اليوم في المصانع التي تضبط المواصفات، والمقادير - بدقة يكون الحكم الجواز، غير أن لازم المذهب ليس بمذهب.

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) روضة الطالبين، طبعة المكتب الإسلامي: ٧/٤ جاء فيه: (يصح السلم الحال، كالمؤجل، فإن صرح بحلول، أو تأجيل فذاك، وإن أطلق فوجهان، وقيل: قولان، أصحهما عند الجمهور: يصح، ويكون حالاً).

(٣) الإمام، طبعة دار المعرفة بيروت: ١٣١/٣. ويراجع: الغاية القصوى، للبيضاوي، بتحقيق علي القره داغي: ٤٩٦/١؛ والمحلي مع حاشيتي القلوبوي وعميرة، طبعة عيسى الحلبي: ٢٥٤/٢...؛ وروضة الطالبين، طبعة المكتب الإسلامي: ٢٧/٤.

كذلك يذكر الحنابلة موضوع الاستصناع في باب السلم قال ابن قدامة: (قال القاضي والذي يجمع أخلاقاً على أربعة أضرب) ثم ذكر ضمن النوع الأول الثياب المنسوجة من قطن وكتان، ثم ذكر كيفية ضبط الثياب، وضبط النحاس، والرصاص والحديد، والخشب وهكذا...^(١) وجاء في مطالب أولي النهي في باب السلم: (ويصح - أي السلم - فيما يجمع أخلاقاً متميزة كثوب نسج من نوعين كقطن وكتان، أو إبريسم، وقطن... لإمكان ضبطها بصفة لا يختلف ثمنها معها غالباً)^(٢).

وأما الحنفية فقد فرقوا بين نوعي الاستصناع، حيث جعلوا أحدهما سلماً، جاء في الدر المختار وحاشيته: (والاستصناع بأجل - مثل شهر وما فوّه سلم، فتعتبر شرائطه جري فيه تعامل كخف وطست، ونحوهما، أم كالثياب ونحوها هذا عند أبي حنيفة، أما الصحابيان فقالا: إن ما جرى فيه تعامل استصناع، لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته، وحينئذ يحمل الأجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح، بينما قال الإمام أبو حنيفة إن النوع الأول أيضاً سلم، لأنه دين يحتمل السلم، وهو ثابت بالإجماع بينما الاستصناع فيه خلاف فكان الحمل على السلم أولى.

وأما إذا كان الأجل أقل من شهر فهو استصناع ما دام فيما جرى فيه عمل وصنعة^(٣).

٢ - الاستصناع بيع:

ذكر المالكية عدة صور للاستصناع - كما سبق - وجعلوا إحداها من باب البيع، وهي ما إذا طلب شخص من النحاس - مثلاً - أن يصنع من نحاسه المعين توراً - أي طشتاً - قال العلامة الدردير: (إنما هو بيع معين يشترط فيه

(١) المغني، لابن قدامة، طبعة الرياض: ٤/٣١٠ - ٣١٦. ويراجع: الفروع: ٤/٢٤.

(٢) مطالب أولي النهي: ٣/٣١٠.

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار: ٤/٢١٢.

الشروع ولو حكماً، فهو من أفراد قوله: وإن اشترى المعمول منه، واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد^(١).

ولكن العلامة الدسوقي قال: (واعترضه شيخنا بأن بينهما فرقاً، لأنه هنا وقع العقد على المصنوع، ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري، والآية دخل في ملكه المعمول منه بالعقد عليه ثم استأجره)^(٢).

وذكر المالكية بعض الصور التي هي فيها صنعة لكنها تدخل في البيع منها: جواز أن يشتري شخص من دائم العمل أو غالبه - ككون البائع من أهل حرفة وذلك الشيء لتيسره عنده -، وكان الصانع معيناً دون المصنوع منه، فأشبهه المعقود عليه المعين، وذلك مثل الخبازة والجزار بنقد وبغيره، وكذلك لا يشترط فيه تعجيل رأس المال، ولا تأجيل المثمن، لأنه يبيع وهو لا يشترط فيه واحد من الأمرين، وإنما يشترط الشروع في الأخذ حقيقة، أو حكماً بأن يؤخر الشروع في الأخذ خلال خمسة عشر يوماً، حيث أجازوا التأخير لنصف شهر^(٣). يقول العلامة الدسوقي معلقاً على هذا النوع: (إنهم نزلوا دوام العمل منزلة تعين المبيع، وذكر العلامة الدردير مثالين لتطبيق ذلك فقال: (والشراء إما بجملة يأخذها مفرقة على أيام كقنطار بكذا كل يوم رطلين) والمثال الثاني هو أن يعقد معه على أن يشتري منه كل يوم عدداً معيناً، قال الدردير: (وليس لأحدهما الفسخ في الصورة الأولى دون الثانية) حيث البيع فيها جائز غير لازم فلكل واحد منهما في الصورة الثانية حق الفسخ^(٤).

فالمالكية أيضاً أجازوا شراء مصنوع - من نحاس ونحوه - لم يكتمل صنعه جزافاً بثمن معلوم على أن يكمله له، بينما منعوا مثل ذلك في ثوب من نسيج إلا إذا كان عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة قال الدردير: (إن

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢١٦/٢.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢١٦/٢.

(٣) الشرح الكبير، مع الدسوقي: ٢١٦/٢. ويراجع: شرح الخرشبي: ٢٢٥/٥.

(٤) المصدر السابق.

ما وجد صانعاً شرع في عمل تور مثلاً فاشتره منه جزافاً بثمن معلوم على أن يكمله له جاز، فإن اشتره على الوزن لم يضمه مشتريه إلاً بالقبض، وهذا بخلاف شراء ثوب ليكمل فيمنع... لإمكان إعادة التور إن جاء على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة، بخلاف الثوب إلاً أن يكون عنده غزل يعمل منه غيره إذا جاء على غير الصفة^(١) إذن فالسبب وراء الجواز هو قدرة البائع على الوفاء بأداء ما التزم به حسب المواصفات التي طلبت منه .

وذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع بيع ملزم للطرفين، وذهب بعضهم الأخير إلى أنه بيع ولكنه للمشتري فيه حق الخيار قال الكاساني: (وهو الصحيح)^(٢) ثم اختلفوا في أن المبيع هل هو العين، أم عمله؟^(٣)

٣ - الاستصناع بيع وإجارة:

أدخل المالكية بعض صور الاستصناع في باب البيع والإجارة حيث ذكر ابن رشد صورتين واعتبرهما من هذا الباب، وهما:

١ - أن يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه، حيث قال: (وهذا ليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن بإعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام، أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيرها، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل)^(٤) .

٢ - أن لا يشترط المسلم عمل من استعمله، ويعين ما يعمل منه، قال

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢١٦/٢ .

(٢) بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين: ٢١٣/٤ .

(٤) المقدمات الممهدة: ٣٢/٢ .

ابن رشد: (فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره)^(١).

إجارة ابتداء وبيع انتهاء:

وذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع إجارة ابتداء، وبيع انتهاء، جاء في الذخيرة: (هو إجارة ابتداء، وبيع انتهاء لكن قبل التسليم، لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل، ولا يستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع)^(٢).

وقد شرح صاحب المحيط البرهاني هذه المسألة في كتابه القيم (المخطوط) شرحاً رائعاً حيث قال: (ثم كيف ينقذ معاقدة؟ نقول: ينقذ إجارة ابتداء، ويصير بيعاً انتهاءً متى سلم قبل التسليم فباعه، بدليل أنهم قالوا: بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع، ولا يستوفي المصنوع من تركته، ولو انعقد بيعاً ابتداء وانتهاء...، لم يبطل بموته كما في بيع العين، والسلم، وقال محمد: إن أتى به الصانع كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى شيئاً لم يره، ولو انعقد إجارة ابتداء وانتهاء لم يكن له خيار الرؤية، كما في الخياط والصباغ، ولو كان ينقذ بيعاً عند التسليم لا قبله ساعة لم يثبت خيار الرؤية، لأنه يكون مشترياً ما رآه، وخيار الرؤية لا يثبت في المشتري، فعلمنا أنه ينقذ إجارة ابتداء، وإن كان القياس يأباه، لأنه إجارة على عمل في ملك الآخر، ثم يصير بيعاً انتهاءً قبل التسليم ساعة وإن كان القياس يأبى أن تصير الإجارة بيعاً لكننا تركنا القياس في الكل، لمكان التعامل، والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعاً فلا بد من اعتبارهما جميعاً، واعتبارهما جميعاً في حالة واحدة متعذرة، لأن بين الإجارة والبيع تنافياً فجزوناها إجارة ابتداء، لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناها إجارة ابتداء، وجعلناها بيعاً قبل التسليم... كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض،

(١) المصدر السابق.

(٢) فتح القدير، طبعة مصطفى الحلبي: ١١٦/٧.

اعتبرناها تبرعاً ابتداءً عملاً باللفظ، بيعاً انتهاءً عملاً بالمعنى، ولذلك قلنا: لومات قبل التسليم يبطل كالإجارة، ومتى سلم كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره^(١).

٤ - الاستصناع إجارة محضة

ذكر الرأي أو الاحتمال صاحب العناية وردّ عليه حيث قال: (فإن قيل: أي فرق بين هذا وبين الصباغ، فإن في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع، وذلك إجارة محضة؟ أجب بأن الصبغ أصل، والصبغ آتة، فكان المقصود منه العمل، وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وههنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعاً، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير)^(٢).

٥ - الاستصناع مواعدة (أي وعد من الطرفين وليس عقداً):

ذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع مواعدة من الطرفين أولاً، ثم حينما يكمل الصانع المصنوع ويسلمه إلى المصنوع له يصبح بيعاً بالتعاطي، وعلى ضوء ذلك لا يكون عقداً ملزماً للطرفين إلا بعد التسليم والرضاء به، بل يكون لهما الخيار، جاء في المحيط البرهاني في رده على كون الاستصناع مواعدة: (إذا جاز استحساناً فإنما يجوز معاودة لا مواعدة بدليل أن محمداً (رحمه الله) ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مواعدة...) لما احتاج إلى ذلك (وأن محمداً قال في كتاب إذا فرغ الصانع من العمل وأتى به كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره، فقد سماه شراء، وكذلك قال: إذا قبض الأجر فإنه يملك ولو كانت مواعدة لا معاودة لكان لا يصير الأجر ملكاً له فدل أنها تنعقد معاودة لا مواعدة)^(٣).

(١) المحيط البرهاني مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة: ج ٢ ورقة ٥٧٥.

(٢) شرح العناية على الهداية مع فتح القدير: ١١٦/٧.

(٣) المحيط البرهاني مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة: ج ٢ ورقة ٥٧٥.

٦ - الاستصناع له شبه بالسلم والبيع :

جعل المالكية إحدى صور الاستصناع من هذا الباب، وهي ما إذا عين الشخص المصنوع منه والصانع ويطلب منه أن يصنع من نحاسه شيئاً معيناً موصوفاً، قال الدسوقي: وأنت إذا أمعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم نظراً للمعدوم في حال العقد، ولها شبه بالبيع نظراً للموجود، وليست من اجتماع البيع والإجارة^(١).

وهذا الرأي يقرب من القول باستقلالية الاستصناع، حيث أنه ليس مثل السلم في كل الوجوه، ولا مثل البيع في كل الوجوه، وحينئذ يكون عقداً خاصاً.

٧ - هل هو جعالة؟

الجعالة - كما لا يخفى - هي عبارة عن التزام عوض معلوم على عمل معين، أو مجهول عسر علمه، وهي عقد على عمل، وهو عقد غير لازم قبل الاتيان بالشيء المطلوب^(٢). مثل أن يقول: من ردّ بعيري فله كذا.

وجاء في الموسوعة الفقهية: (الجعالة تتفق مع الاستصناع في أنهما عقدان شرط فيها العمل، ويفترقان في أن الجعالة عامة في الصناعات وغيرها، إلا أن الاستصناع خاص في الصناعات، كما أن الجعالة العمل قد يكون معلوماً، وقد يكون مجهولاً في حين أن الاستصناع لا بد أن يكون معلوماً)^(٣).

وكذلك يفترقان في المحل المعقود عليه، حيث هو في الاستصناع عين وعمل، وفي الجعالة له عمل محض فقط.

٨ - الاستقلال :

الاستصناع عقد مستقل له أركانه وشروطه وأحكامه وأثاره الخاصة، وهذا

(١) الدسوقي على الشرح الكبير: ٢١٦/٢.

(٢) البجيرمي على شرح الخطيب: ٢٣٨/٣؛ والكتب الفقهية في بال الجعالة؛ والموسوعة الفقهية: ٣٢٦/٣.

(٣) الموسوعة الفقهية: ٣٢٦/٣.

رأي الحنفية - من حيث المبدأ - عدا زفر^(١) .

المناقشة والترجيح:

يمكن أن نناقش الأقوال السابقة بما يأتي:

أولاً: أن الذين قالوا: إنه بيع، اعترف أكثرهم بنوع من التباين بينه وبين الاستصناع، فمثلاً قالوا: إن الاستصناع يخالف البيع في اشتراط العمل في الاستصناع دون البيع، وفي إثبات خيار الرؤية عند بعضهم في الأول^(٢) .

ثم إن الاستصناع لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد العاقدين عند الحنفية، كما أن الاستصناع بيع للمعدوم وهو لا يجوز كما يقولون^(٣) .

نعم إن هؤلاء حاولوا الإجابة عن هذه الاعتراضات، ولكن إجاباتهم أيضاً تحمل في طياتها الاعتراف بوجود شبه للاستصناع بغيره، فمثلاً قالوا في سبب بطلانه بموت أحد العاقدين: إن له شبهاً بالإجارة^(٤) .

ثم إن أكثر الحنفية القدماء لم يجعلوا لعقد الاستصناع اللزوم، بل اعتبروه من العقود الجائزة (غير الملزمة للطرفين قبل العمل وبعده) وحينئذ كيف يكون بيعاً؟ نعم لو توفرت فيه شروط السلم أصبح حينئذ عقداً لازماً، لأنه سلم^(٥) وقال ابن الهمام: (ولا بيعاً، لأنه بيع معدوم) على غير شروط السلم، غير أنه

(١) المصادر الحنفية السابقة كلها.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦؛ والمبسوط: ٨٤/١٥؛ وابن عابدين: ٢١٢/٤ - ٢١٣؛ وفتح القدير: ١١٦/٧ - ١١٧. ويراجع: كاسب عبد الكريم: عقد الاستصناع، طبعة دار الدعوة بالإسكندرية: ص ١٢٨ - ١٣٠.

(٣) المصدر السابق.

(٤) بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦؛ والمبسوط: ٨٤/١٥؛ وابن عابدين: ٢١٢/٤ - ٢١٣؛ وفتح القدير: ١١٦/٧ - ١١٧. ويراجع: كاسب عبد الكريم: عقد الاستصناع، طبعة دار الدعوة بالإسكندرية: ص ١٢٨ - ١٣٠.

(٥) ابن عابدين: ٢١٣/٤؛ والمصادر السابقة.

ثانياً: الذين جعلوا الاستصناع إجارة يرد عليهم بوجود فرق كبير بينهما، فالاستصناع وارد على العين والعمل، بينما الإجارة وارد على العمل فقط، وحتى في الاستتجار على الصبغ أن محله الصبغ (أي عمل الصباغ) والصبغ مادته وآلته، فكان المقصود فيه هو العمل فلم يخرج عن إطار الإجارة التي ترد على العمل في عين يملكها المستأجر، أما الاستصناع فالأصل المقصود فيه هو العين المستصنعة المملوكة للصانع، فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع قريباً من البيع^(٢)، ولكنه ليس بيعاً - كما سبق - وإنما له شبه به، وبالإجارة في وجود العمل، قال ابن الهمام: (إذ لا يمكن - أي الاستصناع - إجارة، لأنه استتجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال: احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا أو لصبغ ثوبك أحمر بكذا لا يصح^(٣)).

وقد فرق السرخسي بين الاستتجار للصناعة، وبين الاستصناع فقال: الاستتجار للصناعة هو: بيع عمل، العين فيه تبع، ثم ضرب مثلاً فقال: (إذا أسلم حديداً إلى حداد ليصنعه إناء مسمى بأجر مسمى... فإنه جائز، ولا خيار فيه إذا كان مثل ما مسمى، لأن ثبات الخيار للفسخ ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا، فإنه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه، فأما في الاستصناع: المقصود عليه العين، وفسخ العقد فيه ممكن، فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه، ولأن الحداد هناك يلتزم العمل بالعقد في ذمته، ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه^(٤)).

ثالثاً: إن الذين قالوا: إنه مواعدة - وهم قلة - رد عليهم عامة فقهاء

(١) فتح القدير: ١١٥/٧.

(٢) بحث الإجارة في الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٥٢/١؛ وبحث الاستصناع: ٣٢٦/٣. وراجع: د. كاسب عبد الكريم، المرجع: ص ١٣١ - ١٣٢.

(٣) فتح القدير: ١١٤/٧ - ١١٥.

(٤) المبسوط: ٨٤/١٥ - ٨٥.

الحنفية فقالوا: إن الاستصناع يختلف عن المواعدة في كثير من الأمور منها أن محمداً (صاحب أبي حنيفة) ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في إثبات العادات. ومنها: أنه أثبت فيه خيار الرؤية، وهذا أيضاً يختص بالبياعات، ومنها أنه يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى في الواجب، لا الموعود، ومنها أن الاستصناع خاص بما تجري فيه الصنعة والمواعدة تجوز في كل شيء، وقد ذكرنا رد المحيط البرهاني على هذا القول^(١).

رابعاً: أن الذين أدخلوا الاستصناع في السلم (وحيثند تشترط فيه شروطه) فهؤلاء في الواقع لا يعترفون به أبداً، وإنما الاعتراف بالسلم وأنواعه، وحيثند يرد عليهم بالأدلة الدالة على مشروعية الاستصناع من السنة والاستحسان، إضافة إلى فروق جوهرية بينهما، فالمعقود عليه في السلم هو الشيء المبيع في الذمة، أما في الاستصناع فهو العين والعمل — كما سبق —.

خامساً: إن القائلين بأن الاستصناع يبيع اختلفوا في محل العقد بشكل يدل بوضوح على عدم وضوح فكرة البيع فيه، يقول الكاساني: (ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع، قال بعضهم: هو عقد على المبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، وجه القول الأول: أن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز، لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي، والصحيح هو القول الأخير، لأن الاستصناع: (طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلباً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسماء دليل على 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^(٢)).

(١) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف: ج ٢، ورقة ٥٧٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٧.

كل هذه الاختلافات تدل بوضوح على أن عقد الاستصناع له شبه ببعض العقود، ولكنه ليس هو ذلك العقد، وإنما هو عقد مستقل. كما فصلنا ذلك آنفاً.

الترجيح:

وقبل أن نقوم بعملية الترجيح أرى من الضروري تحرير محل النزاع وإجراء نوع من التفصيل وتنقيح المناط.

وذلك لأن كثيراً من المسائل المختلفة قد حشرت تحت لواء (الاستصناع) بحيث نرى أن كل مسألة في باب البيع، أو الإجارة، أو السلم فيها صنعة أو استصناع لغوي أدخلت في باب الاستصناع، ولذلك نرى من الضروري حصر الاستصناع في مفهومه الخاص بحيث لا يكون فيه خلط أو التباس بغيره، وكذلك ينبغي إبعاد المسائل - التي هي مندرجة أساساً تحت عقد خاص - عن الاستصناع، ولذلك، فإذا صيغ عقد الاستصناع على أساس مواصفات السلم وتوفرت فيه شروطه، فإنه حينئذ سلم، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، ولذلك لو قال وهبتك هذا الثوب بعشرة دنانير بيعاً، وهكذا الأمر ههنا، فلو طلب شخص من آخر أن يصنع - بضم الياء - له مصنع موصوف في الذمة، ولم يحدد الشخص ولا الشيء المصنوع منه بعينه، فهذا سلم يجب فيه دفع الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية، وحتى لو سمي استصناعاً فهو من الناحية اللغوية، وحينما يكون سلباً يكون ملزماً للطرفين، ويشترط فيه شروط السلم.

وكذلك الأمر حينما يكون المصنوع جاهزاً فيأتي به الصانع فيبيعه، أو يكون غائباً فيقع عليه العقد وحينئذ يكون بيعاً للغائب الذي لم يره فيكون له حق خيار الرؤية، وإذا كان قد باعه على الصفة فيكون له الخيار إذا تخلف المصنوع عن الصفات التي ذكرها.

وكذلك الحكم فيما لو صيغ العقد على أساس الإجارة، بأن يأتي شخص

بكمية من الحديد، ويستأجر الصانع أن يصنع له منه سيفاً أو نحو ذلك، فهذا إجارة، ويصبح الصانع أجيراً مشتركاً، ويشترط فيه شروط الإجارة، ويصبح ملزماً للطرفين. وكذلك الأمر حينما يصاغ على صورة الجعالة أو نحوها.

ولذلك يقول الكاساني: (وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما^(١))، ويقول أيضاً: (فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم أو جلدأ إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز، ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار فكان جائزاً، فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن فسد فله أن يضمه حديداً مثله، لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديداً له واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تملك بالضمان)^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك فلا ينبغي الخلط، وإنما يجب الحكم على هذه المسائل التي ذكرت مع الاستصناع على ضوء العقود التي تندرج فيها تلك.

وبعد هذا التحرير والتفصيل نقول: (إن الاستصناع الذي هو خاص مستقل) هو ما إذا طلب المستصنع من الصانع صنع شيء معين موصوف في الذمة خلال فترة محددة قصيرة أم طويلة، وسواء كان المستصنع عين المصنوع منه بذاته أم لا، وسواء كان المصنوع منه موجوداً أثناء العقد أم لا.

وبعبارة موجزة: إن محل عقد الاستصناع هو العمل والعين من الصانع.

فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعاً ولا إجارة، ولا سلماً ولا غيرها، وإنما هو عقد مستقل له شروطه الخاصة به، وخصائصه وأثاره الخاصة به ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر، يقول الإمام السرخسي: (اعلم أن البيوع أربعة: بيع عين بثمان... وبيع دين في الذمة بثمان وهو السلم... وبيع عمل، العين فيه

(١) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٧.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٨١.

تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها... فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل... والعين هو الصبغ بيع فيه... وبيع عين شرط فيه العمل... وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين^(١). فهذا النص واضح جداً في الدلالة على أن الاستصناع مثل السلم والإجارة، فكما أنهما مستقلان، فكذلك الاستصناع، وإن كان لفظ البيع (بعمومه اللفظي) يشمل الجميع.

وعلى ضوء ذلك فالاستصناع عقد مستقل خاص، محله العمل والعين معاً، وبذلك يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي محله هو الذمة، أو العين الموصوفة في الذمة، إضافة إلى ملاحظة كل هذه الفروق التي ذكرناها عند مناقشتنا في الأقوال السابقة، جاء في المحيط البرهاني: «إن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعاً فلا بد من اعتبارهما جميعاً»^(٢).

هل يجوز إحداث عقد جديد؟

هذه المسألة تسمى بمدى الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي، وقد اختلف فيها الفقهاء، فذهب جمهور الفقهاء - كما حققناه في رسالتنا^(٣) - إلى أن الأصل في إنشاء العقود الإباحة، وأن الناس أحرار في إنشاء عقود جديدة ما لم تكن مخالفة لنصوص الشرع الشريف، بينما ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في إنشاء العقود الحظر ما لم يرد دليل بجوازه.

وقد دافع شيخ الإسلام ابن تيمية بشدة عن مذهب القائلين بالإباحة^(٤).

(١) المبسوط: ٨٤/١٥ - ٨٥.

(٢) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف: ج ٢ ورقة ٥٧٥.

(٣) تراجع: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة، طبعة دار البشائر الإسلامية: ١١٤٨/٢ - ١١٦٤ ومصادره المعتمدة لكل المذاهب.

(٤) القواعد النورانية، طبعة السنة المحمدية ١٩٥١م: ص ١٨٤؛ ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، طبعة دار العربية: ١٢٦/٢٩.

وقد استدل الجمهور بالكتاب والسنة، والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَآوُوا بِالْعَقُودِ...﴾ (١)

وقوله تعالى: ﴿وَآوُوا بِالْمَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (٢)

وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، يقول ابن تيمية: (فقد أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود، وهذا عام . وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله، وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما لا عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عِنْدَهُ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الدِّبْرَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾ (٣)

فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر، والبيع... وقال سبحانه: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾ (٤)

قال المفسرون - كالضحاك وغيره - تساءلون به: تتعاهدون وتتعاقدون، وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل، أو ترك، أو مال، أو نفع، أو نحو ذلك، وجمع سبحانه في هذه الآية، وسائر السورة أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها العهد... (٥)

وكذلك تدل مجموعة كبيرة من الأحاديث الشريفة على وجوب الوفاء بالعقود والوعود والعهود، وأن مخالفة الوعد من علامات النفاق، إضافة إلى أحاديث خاصة في الموضوع منها قول النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم

(١) سورة المائدة: الآية ١ .

(٢) سورة الإسراء: الآية ٣٤ .

(٣) سورة الأحزاب: الآية ١٥ .

(٤) سورة النساء: الآية ١ .

(٥) مجموع الفتاوى: ١٣٨/٢٩ - ١٣٩ .

حلالاً، أو أحل حراماً» [رواه الترمذي وقال: (حسن صحيح) ورواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم لكنه بدون الاستثناء، ورواه كذلك الحاكم وأبو داود عن أبي هريرة بلفظ (المسلمون عند شروطهم) أي بدون الاستثناء^(١) .

وأثار الصحابة تشهد على ذلك، بل يقول ابن تيمية: (إن الوفاء بها أي بالالتزامات التي التزم بها الإنسان - من الواجبات التي اتفقت عليها الملل، بل العقلاء جميعهم)^(٢) .

ثم إن أساس العقود هو التراضي، وموجبها هو ما أوجبه العاقدان على أنفسهما .

وقد استدل الظاهرية بأدلة لا تنهض حجة على دعواهم^(٣) وإذا ثبت رجحان قول الجمهور فيكون من المشروع إحداث أي عقد جديد وإن لم يكن موجوداً في عصر الرسول ﷺ وعصر الصحابة والفقهاء ما دام لا يخالف نصاً من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

وعلى ضوء ذلك فعقد الاستصناع - كعقد مستقل - له وجاهته في اعتباره ومشروعيته ناهيك عن الأدلة الخاصة بمشروعيته، ثم إن عقد الاستصناع يتضمن العقد على العمل، والعين في الذمة، وكل واحد منهما صالح لأن يكون معقوداً عليه، وكذلك الأمر بمجموعهما .

أما الأدلة الخاصة على مشروعية الاستصناع فمنها الحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره بسندهم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ

(١) الحديث في: سنن الترمذي - مع شرح تحفة الأحوذى، كتاب الأحكام: ٥٨٤/٤؛ وصحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الإجارة: ٤٥١/٢؛ وسنن أبي داود - مع عون المعبود - : ٥١٦/٩؛ والحاكم في مستدركه: ٤٩/٢ .

(٢) مجموع الفتاوى: ١٥٤/٢٩؛ والقواعد النورانية: ص ٥٣ .

(٣) يراجع لمزيد من أدلة الجمهور والظاهرية مع المناقشة والترجيح، مبدأ الرضا في العقود: ١١٤٨/٢ - ١١٦٤ .

اصطنع خاتماً من ذهب^(١) كما استدلل الحنفية بالإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ دون نكير وتعامل الناس بهذا العقد، وحاجة الناس إليه^(٢).

والخلاصة: إنَّ عقد الاستصناع — بهذا المعنى الخاص — عقد مستقل له كيانه الخاص، وشروطه الخاصة وآثاره الخاصة.

والاستصناع باعتباره عقداً لا بد من توافر أركانه، وهي العاقدان والمعقود عليه — أي ثمن والمستصنع — والإيجاب والقبول أي ما يدل على الرضا من قول، أو فعل، أو إشارة، أو كتابة^(٣) وكذلك له شروطه العامة مما ذكره الفقهاء من شروط العقد، من أهلية التعاقد، وعدم وجود عيوب الرضا، وعدم الفصل الكثير بين الإيجاب والقبول، وأن يكون المحل حلالاً. ونحو ذلك.

(١) صحيح البخاري — مع الفتح — كتاب الأيمان: ٥٣٧/١١؛ وأحمد: ١٠١/٣.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٦٧٨/٦.

(٣) يراجع: في تفصيل وسائل التعبير عن الإرادة: مبدأ الرضا في العقود: ٨٣٣/٢؛ وما بعدها.

شروط الاستصناع الخاصة به

للاستصناع شروط خاصة به وهي:

١ - أن يذكر العقد أوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدي إلى بيانه وتكوين العلم به، يقول الكاساني: (وأما شرائط جوازه فمنها بيان جنس المصنوع ونوعه، وقدره، وصفته، لأنه لا يصير معلوماً بدونه)^(١).

٢ - وأن يكون الاستصناع في الأشياء التي جرى العرف بالتعامل بها، وقد ذكر فقهاء الحنفية عدة أمثلة لذلك فقالوا: مثل استصناع الحديد والرصاص والنحاس، والزجاج، والخفاف، والنعال ونحو ذلك^(٢) غير أنه من الجدير بالتنويه به أن هذه الأمثلة كانت شافعة عندهم، ولم يريدوا من خلالها حصره فيه، بل أرادوا التمثيل بها فقط، ولذلك قد تختلف صناعات عصر عن عصر آخر كثرة وقلة وشيوعاً وندرة، ولذلك نرى مجلة الأحكام العدلية ذكرت أمثلة مثل البندقية والسفن الحربية والتجارية لم تكن موجودة في العصور السابقة^(٣) ويمكن أن تضاف في عصرنا الحاضر كل الصناعات الخفيفة والثقيلة والمتوسطة والبرية والبحرية والجوية، والفضائية كالأقمار الصناعية ونحوها.

٣ - أن يحدد فيه الزمن سواء أكان قصيراً أم طويلاً، وذلك لأن العقود الواردة على العمل لا بد أن يذكر معها الأجل.

غير أن الحنفية اختلفوا في هذه المسألة، فاشتراط أبو حنيفة أن لا يكون في

(١) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٨.

(٢) المصدر السابق نفسه؛ وفتح القدير: ٧/١١٤ - ١١٥؛ وابن عابدين: ٤/٢١٣.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٣٨٩.

عقد الاستصناع أجل، قال الكاساني: (فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى تعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم وهذا قول أبي حنيفة^(١))، لكن فقهاء الحنفية اختلفوا في الأجل هنا فقال بعضهم هو شهر وما فوق، وقيل أدناه ثلاثة، وقيل نصف يوم فأكثر^(٢).

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن هذا ليس بشرط، بل هو استصناع على حال سواء ضرب له أجل أم لا.

وقد استدل أبو حنيفة بأنه إذا ضرب فيه أجل فقد أتى بمعنى السلم إذ هو على مبيع في الذمة مؤجلاً، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع ينعقد بلفظ التملك، وكذا الإجارة... ولهذا صار سلماً فيما لا يحتمل الاستصناع، كذا هذا، ولأن التأجيل يختص بالديون، لأنه لو وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة، وليس ذلك إلا السلم، إذ لا دين في الاستصناع، ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق، ثم إذا صار سلماً يراعى فيه شروط السلم فإن وجدت صح، وإلا فلا^(٣).

واستدل الصحابان بأن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع وإنما يقصد به تعجيل العمل، لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعاً، أو يقال: قد يقصد بضرب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع،

(١) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٨.

(٢) المصدر السابق: ٧/٣١٧٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٩ وقد نصت المادة ٣٨٩ من المجلة على أن (كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلماً، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم، وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضاً).

لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم^(١).

والذي يظهر رجحانه قول صاحبين، بل إننا نرى ضرورة وجود المدة في العقد، وذلك لأن عقد الاستصناع عقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة، وكل ما هو شأنه لا بد فيه من تحديد المدة لثلا يؤدي إلى النزاع والخصام وذلك لأن الصانع قد يتأخر في التنفيذ، والمستصنع يريد التعجيل، فإذا لم يكن في العقد تحديد للمدة أدى بلا شك إلى نزاع، وعلمائنا اتفقوا على صنع كل ما يؤدي في العقود إلى النزاع، ولذلك منعوا الجهالة الفاحشة في المعاوضات، لأنها تؤدي إلى النزاع، فكذلك الأمر، في تعميم المدة حيث يؤدي إلى نزاع شديد، إذن لا بد أن يمنع، ويوجب التحديد، ثم إذا حددت المدة يجب الالتزام بها بأن يكمل المصنوع قبل انتهائها، أما إذا انتهت دون إكمال الشيء المستصنع فإن للمستصنع - بالكسر - حق الفسخ^(٢)، كما هو الحال في شأن كل العقود التي يحدد فيها الوقت.

آثار عقد الاستصناع:

يترتب على هذا العقد عدة آثار منها:

١ - ثبوت الملك للمستصنع في الشيء المستصنع، وثبوت الملك في الثمن المتفق عليه.

ويثبت ذلك في نظرنا بمجرد العقد، لأن الله تعالى أمرنا بالوفاء به ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهذا يعني أن الأثر قد ثبت بالالتزام، ولذلك يجب الوفاء به (وسياأتي لذلك مزيد من التفصيل عند اللزوم).

وعند الحنفية يكون ثبوت ذلك ثبوتاً غير لازم، قال الكاساني: (وأمامكم الاستصناع فهو ثبات الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت

(١) المصدر السابق.

(٢) الأستاذ الجليل مصطفى الزرقاء، عقد البيع: ص ١٢٣.

الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم^(١) .

٢ - عدم اللزوم بصفة عامة، والذي نراه هو اللزوم بمجرد العقد (وسياتي مزيد من التفصيل آنفاً).

٣ - أن يقوم الصانع (أو مصنعه) بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة.

هذا هو مقتضى عقد الاستصناع (بمعناه الخاص المستقل كما سبق) ولذلك ليس من حقه أن يذهب إلى السوق ويشتري له شيئاً مصنوعاً حتى وإن كان موافقاً لما طلب منه، لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين، ولكن إذا أراد غير ذلك فيمكن أن يصاغ العقد على صورة السلم بأن يتم الاتفاق على أن يأتي الصانع بعين موصوفة بصفات كذا خلال أجل محدد، وحينئذ يشترط منه شروط السلم - كما سبق^(٢) .

٤ - خيار الوصف للمستصنع، بحيث إذا أكمل الصانع الشيء المراد صنعه وسلمه للمستصنع يكون له الخيار إذا كان غير مطابق للمواصفات، وإلاً فهو ملزم بأخذه ودفع الثمن المتفق عليه.

٥ - عدم بطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين ما دام التنفيذ ممكناً بل الورثة يحلون محلها إلاً إذا نص في العقد خلاف ذلك.

وذلك لأن الحنفية قاسوا الاستصناع في بطلانه بموت الصانع على الإجارة، وهذا القياس يمكن الرد عليه بعدة وجوه:

أولاً: إن بطلان الإجارة بموت المستأجر مسألة ليس متفقاً عليها، بل هي خلافية حيث ذهب مالك والشافعي، وأحمد، وإسحاق وأبو ثور، وابن المنذر إلى أن الإجارة لا تبطل بموت العاقدين، ولا بموت أحدهما^(٣) فعلى ضوء ذلك

(١) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٩.

(٢) جاء في البدائع: ٦/٢٦٨٠. (أنه لو اشترى من مكان آخر، وسلم إليه جاز).

(٣) يراجع القوانين الفقهية لابن جزي، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت: ص ٢٧٦؛

فالجُمهور على خلاف ما ذهب إليه الحنفية، ونحن هنا لسنا بصد مناقشة هذين الرأيين، ولكن رأي الجمهور له أدلته التي تنهض حجة عليه) ومن هنا فما المانع من القول بعدم بطلان الاستصناع بموت العاقدين أو أحدهما، ولا سيما في وقتنا الحاضر الذي أصبحت للمصانع شخصية معنوية اعتبارية دائمة مستمرة ببقاء الشركة والمصنع، وأن الأشخاص بذواتهم ليس لهم أثر في شخصية الشركة - كما هو معروف - .

ثانياً: إن هذا القياس مع الفارق، وذلك لأن المعقود عليه في الإجارة هو العمل فقط، بينما المعقود عليه في الاستصناع هو العين والعمل معاً - كما سبق - وحتى الحنفية أثبتوا أحكاماً للاستصناع لا توجد للإجارة مثل خيار الرؤية، وعدم اللزوم ونحوهما.

٦ - إن حق المستصنع لا يتعلق بشيء معين، وإنما المطلوب من الصانع هو الإتيان بالشيء المستصنع في زمنه المحدد له، ولذلك لو قام الصانع بصنعه قبل الأجل المحدد له، وباعه لآخر لا يضر ما دام قادراً على الإتيان بمثله في الزمن المحدد في العقد، وذلك لأن عقد الاستصناع يقتضي أداء الشيء المستصنع في الزمن المحدد له، ولا يقتضي تحدد المصنوع بعينه وذاته، فذمة الصانع مشغولة بصنع الشيء المطلوب منه صنعه بمواصفاته في الوقت الذي اتفق عليه الطرفان، وبعبارة أخرى أن ما في الذمة لا يتعين حتى بالتعيين ولذلك حتى لو نوى بصنعه أن هذا الشيء يصنع لفلان، لا تمنعه هذه النية، من بيعه لآخر ما دام قادراً على صنع مثله وتسليمه للمستصنع في الوقت المحدد له.

عقد الاستصناع بين اللزوم والجواز:

ولا شك أن الحنفية (وهم الذين أجازوا عقد الاستصناع بمعناه الخاص) لهم تفصيل في لزوم هذا العقد حسب مراحلها:

وروضة الطالبين، للنووي، طبعة المكتب الإسلامي: ٢٤٥/٥؛ والمغني، لابن قدامة: ٤٦٧/٥ - ٤٦٨.

المرحلة الأولى: بعد صدور الإيجاب والقبول من الطرفين، وقبل بدء العمل، فالعقد فيها غير لازم باتفاق الحنفية، يقول: (وأما صفة الاستصناع فهي وأنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين... لأن القياس يقتضي أن لا يجوز، لما قلنا، وإنما عرفنا جوازه استحساناً لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس)^(١).

المرحلة الثانية: هي بعد إجراء العقد، وبعد الفراغ من العمل لكن قبل أن يراه المستصنع، ففي هذه الحالة أيضاً غير لازم (حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء، كذا ذكر في الأصل، لأن العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة) قال الكاساني: (لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز، ولو باعه الصانع، وأراد المستصنع أن ينقض البيع ليس له ذلك، ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم، كذا قال أبو يوسف)^(٢).

المرحلة الثالثة: هي ما إذا أكمل الصانع الشيء الذي طلب صنعه، وأحضره أمام المستصنع، أو وكيله، وحينئذ إما أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات التي طلبت في العقد أم لا.

فإن لم يكن مطابقاً للمواصفات المطلوبة فإن العقد لم ينفذ بعد، حيث يحق له المطالبة بالتنفيذ على ضوء شروط العقد، وأما إذا كان فيه عيب يضر بالقيمة في عرف التجار، فإن المستصنع بالخيار^(٣) وقد نصّت المادة (٣٩٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة... كان المستصنع مخيراً).

والذي نرى رجحانه هو الفرق بين إتمام المصنوع ووجود عيب فيه حيث

(١) بدائع الصنائع: ٦ / ٢٦٨٠.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) يراجع في تفصيل ذلك: مبدأ الرضا في العقود: ص ٨٠١ وما بعدها.

يكون له الخيار، وبين عدم إتمامه على صورته المطلوبة أبداً حيث يطالب بتنفيذه، أو بعبارة الفقهاء: فوات الجنس، وفوات الوصف حيث يؤدي فوات الجنس إلى بطلان العقد أو فساد، بينما يؤدي فوات الوصف إلى حق الخيار^(١)

وإن كان مطابقاً للشروط والمواصفات المطلوبة في العقد فقد سقط خيار الصانع، وللمستصنع الخيار، هذا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وروي عن أبي حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار.

وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما^(٢).

وقد ذكر الكاساني أدلة كل رأي فقال في وجه استدلال الرأي الأول: (بسقوط حق الصانع في الخيار بعد إكمال المصنوع وعرضه على المستصنع: بأن الصانع بائع ما لم يره فلا خيار له، ثم ذكر السبب في عدم سقوط حق المستصنع في الخيار: بأن المستصنع مشتر ما لم يره فكان له الخيار، قال الكاساني: (وإنما كان كذلك، لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة فقد ألحق بالموجود ليتمكن القول بجواز العقد، لأن الخيار كان ثابتاً لهما قبل الإحضار لما ذكرنا أن العقد غير لازم، فالصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين إذا أسقط أحدهما خياره أنه يبقى خيار الآخر، كذا هذا)^(٣).

واستدل الرأي الثاني بأن في تخيير واحد منهما دفع الضرر عنه، وأنه واجب^(٤).

(١) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٨٠.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) المصدر السابق نفسه.

واستدل الرأي الأخير بأن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع حق الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع، بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع: (لا أريد، لأننا لا ندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه فثبت الخيار، وأما الدليل على أن الصانع ليس له الخيار فهو الدليل الذي ذكرناه للرأي الأول^(١).

تصوير المحيط البرهاني للمذهب الحنفي:

هذا الذي ذكرناه هو ما بينه الكاساني في تصوير المذهب الحنفي، حيث ذكر أن الخلاف في اللزوم وعدمه إنما هو في المرحلة الثالثة عندما يكتمل المصنوع ويعرض على المستصنع . . .

لكن المحيط البرهاني صور المسألة عند الحنفية على أن الخلاف وارد في أصل العقد نفسه من حيث اللزوم والجواز، أو بعبارة أخرى ذكر لنا أن بعض الحنفية يرون لزوم العقد بمجرد الانعقاد، وحينئذ يجبر الصانع على العمل، والمستصنع على أخذه إذا كان موافقاً للشروط والمواصفات، ولننقل نص عبارته حيث قال: (قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة) ثم ذكر الروايات إلى أن قال: (. . .) ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول، وجه ما روي عن أبي يوسف أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر على العمل، وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع، لأنه عسى لا يشتريه غيره أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن الصانع^(٢).

وهذا الذي ذكره أبو يوسف وفصله المحيط البرهاني هو الموافق لمقتضى

(١) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٨٠.

(٢) المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة: ج ٢٠ ورقة ٥٧٥ - ٥٧٦.

العقود، والقواعد العامة في هذه الشريعة من نفي الضرر والضرار ورعاية مصالح العاقدین .

ولذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذه الرواية عن أبي يوسف ونصت في مادتها ٣٩٢ على أنه: (إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدین الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً).

ويبدو أن المجلة أخذت لزوم العقد من هذا الكتاب وغيره من كتب الحنفية التي صورت الخلاف بهذا الشكل الأخير، وذكرت رأي أبي يوسف الأخير الذي رجع إليه، ولا أعتقد أن ما قام به ابن عابدين من تفصيل وتحريم للخلاف يرفع الخلاف الذي ذكره المحيط البرهاني، وغيره، حيث وصل ابن عابدين إلى أنه لا خلاف في المذهب الحنفي في عدم لزوم عقد الاستصناع (جبر فيه إلا إذا كان موجلاً بشهر فأكثر فيصير سلباً، وهو عقد لازم يجبر عليه ولا خيار فيه، وبه علم أن قول المصنف: فيجبر الصانع على عمله... إنما هو فيما إذا صار سلباً)، ثم قال: (فظهر أن قول الدرر تبعاً لخزانة المفتي أن الصانع يجبر على عمله، والأمر لا يرجع عنه سهو ظاهر)^(١).

وهذا التحرير الذي قام به ابن عابدين اجتهاد منه في فهم نصوص علماء المذهب الحنفي، وحينئذ يمكن اعتباره طريقة من الطرق - حسب اصطلاح الفقه المذهبي - ولكن لا يمكن اعتباره حسماً في المسألة، وقضاء على الخلاف الذي ذكره المحيط البرهاني والمبسوط، والدر المختار، وخزانة المعنى، والدرر، وغيرها من الكتب المعتمدة التي صرحت بأن أبا يوسف يقول في روايته الأخيرة بلزوم العقد، ولذلك أخذت بها المجلة، وهي عادة لا تعدل عن ظاهر الرواية إلا نادراً ولحجج قوية، وعلماء المجلة من محققي المذهب الحنفي، وهم اطلعوا على ما قاله ابن عابدين، ومع ذلك لم يولوا له عنايتهم، بل أخذوا بلزوم العقد أخذاً برواية أبي يوسف.

(١) الهداية - مع شرح فتح القدير - طبعة مصطفى الحلبي: ١١٦/٧.

وقد قال صاحب الهداية (وهو من كبار محققي الحنفية): (وعن أبي يوسف: أنه لا خيار لهما... أما الصانع فلما ذكرنا، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له أضراراً بالصانع، لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله... وقال صاحب العناية: (والصحيح أنه بيع لا عدة، وهو مذهب عامة مشايخنا) ثم نقل أيضاً هو الآخر رواية أبي يوسف في أنه لا خيار لهما، ولو كانت هذه الرواية غير ثابتة، أو أن المرغيناني فهمها على غير حقيقتها لعلق عليها^(١) بالشيء المستصنع في الزمن المحدد له، ولذلك لو صنع الصانع قبل وقته، ثم باعه لآخر، لا يضر ما دام قادراً على الإتيان بمثله في الأصل المحدد وذلك لأن العين المستصنعة ليست معينة بذاتها، وإنما ذمته مشغولة بصنع المطلوب في وقته.

الترجيح:

والذي يظهر لنا رجحانه هو القول بأن عقد الاستصناع عقد لازم - كما هو رواية عن أبي يوسف - ، لأن النصوص الشرعية دالة بوضوح على وجوب الوفاء بالعقود والالتزامات من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) .
وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٣) .

وكذلك تدل أحاديث كثيرة على ذلك منها قول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(٤) ، بل إن النصوص الشرعية تدل بوضوح على حرمة مخالفة الوعد ناهيك عن العقد، ولا نسلم التوسع في دائرة الفصل بين القضاء، والديانة، ولا سيما في نطاق الأمور المالية التي يترتب على مخالفتها أضرار بالغير، وذلك لأن المفروض من القضاء في الإسلام أن يحمي أوامر الشريعة ونواهيها بقدر ما يمكن أن يتحكم فيه القضاء، تاركاً الأمور القصدية والباطنية لله تعالى بناءً على القاعدة

(١) شرح العناية بهامش فتح القدير: ١١٦/٧.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٤) رواه البخاري في صحيحه - مع الفتح - كتاب الإجارة (٤/٤٥١).

الفقهية القاضية بأن علينا الظواهر، والله يتولى السرائر^(١) .

وقد ذكر الإمام البخاري بعض أقضية السلف في وجوب الوفاء بالوعود والشروط فقال: قال ابن عوف عن ابن سيرين قال لكرهه: (ادخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً، قال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه)^(٢) وذكر الحافظ ابن حجر أن هذين الأثرين وصلهما سعيد بن منصور، ثم قال: (وحاصله أن شريحاً في المسألتين قضى على المشتري بما اشترطه على نفسه بغير إكراه...) (٣) .

وهذه الآثار تدل أيضاً على مشروعية ما يسمى في وقتنا الحاضر بالشرط الجزائي سواءً كان في الاستصناع أو في غيره، والذي يهمنا هنا في الاستصناع .

ومن جانب آخر إن القول بعدم لزوم الاستصناع يؤدي إلى أضرار كبيرة للطرفين، بل إنه في الواقع إذا لم يكن عقداً لازماً لا يمكن الإفادة منه، لأنه بإمكان أي واحد التخلص من آثار العقد، بل قد يؤدي إلى أضرار كبيرة بالطرفين، فقد يقدم الصانع على صنع الشيء الذي طلب منه وحينما يفرغ منه على ضوء المواصفات التي طلب منه المستصنع، يأتي الأخير ويقول له: لا أريده، وحينئذٍ ماذا يفعل به فقد لا يقبل آخر بالشيء المستصنع على ضوء مواصفاته الحالية وهذا توريط كبير منه إلى الصانع، فيتضرر به ضرراً كبيراً، وقد يتضرر به المستصنع حيث ينتظر فترة شهر - أو أكثر على الأقل - ليكمل له الصانع الشيء المطلوب صنعه، فلو كان بالخيار، وباع الصانع المصنوع ماذا يفعل المستصنع؟ فهذه الأضرار لا اعتقد أن الشريعة تقبلها، وهي - كما يقول

(١) وقد أقمنا الأدلة على ذلك بالتفصيل في رسالتنا الدكتوراه: مبدأ الرضا في العقود،

ط. دار البشائر (٢/١٠٣١ - ١٠٣٧).

(٢) صحيح البخاري - مع فتح الباري، كتاب الشروط، ط. السلفية (٥/٣٥٤).

(٣) المصدر السابق.

ابن القيم - مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وهي الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث. . فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل^(١).

ومع أن الوعود ليست ملزمة قضاءً في نظر جمهور العلماء إلا أن جماعة منهم المالكية جعلوا الوعد ملزماً إذا ترتب عليه أضرار بسببه، قال سحنون: (الذي يلزم من الدعوة قوله: أهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو أخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو أشتري سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، وقال: أصبغ: يقضي عليك به تزوج الموعود أم لا...)^(٢) هذا في الوعد فما ظنك في عقد يتوفر فيه الأركان والشروط، ويترتب على الإخلال به أضرار كثيرة فردية - كما ذكرنا - وجماعية من خلال أنه لو لم يكن الاستصناع ملزماً لما استفاد منه العاقدان على الرغم من أهمية هذا العقد في التنمية والتصنيع.

ومن جانب آخر أن عقد الاستصناع له شبه بمجموعة من العقود، وكلها عقود ملزمة، وهي السلم، والبيع، والإجارة، كما أن المعقود عليه في الاستصناع هو العمل والعين الموصوفة في الذمة وكل واحد منهما لو أصبح وحده محلاً للعقد كان عقداً لازماً، فكذلك العقد الوارد عليهما معاً، فالعقد الذي محله العمل هو الإجارة، وهو ملزم، وكذلك العقد الوارد على العين الموصوفة - وهو السلم - ملزم، فيكون من الطبيعي المركب من اللزوم ملزماً.

الشرط الجزائي في عقد الاستصناع:

لا أريد الخوض في هذا الموضوع بصورة مفصلة، ولكن الذي أريد أن أذكره هنا هو أن الشرط الجزائي مقبول من حيث المبدأ، ولكن لا يترتب عليه

(١) أعلام الموقعين، ط. شفرون (٣/٣).

(٢) الفروق للقرافي (٤/٢٤ - ٢٥) ط. دار المعرفة بيروت.

من الضمان والتعويض إلاً بقدر أحداث الضرر، فمثلاً لو خالف أحد العاقدين شروط العقد في المضاربة، أو الاستصناع، ورتب على ذلك إحداث ضرر فإن هذا الضرر لا يلحق العاقد الآخر، وإنما يكون على المتسبب في الضرر، وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصانع في إكمال المال المستصنع في وقته، أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه، وترتب على التأخير ضرر فإن للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره^(١)، وقد ذكرنا فيما سبق مستنداً لمبدأ الشرط الجزائي، يقول الأستاذ الجليل الزرقاء: (في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية، والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة... واتسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيضاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية... وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه... ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي: «الشرط الجزائي»^(٢) .

فعلى ضوء ذلك لا مانع من اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، وحينئذ يلتزم به الطرفان، ويكون التعويض عند الإخلال بقدر الضرر وأثاره، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أو إلى القاضي عند النزاع.

الظروف القاهرة:

إذا طرأت بعد انعقاد عقد الاستصناع ظروف القاهرة تحول دون تنفيذه فإنه على القول بلزومه تكون مقبولة، مثل حدوث حرب منعت الصانع من استيراد المادة الخام ولا توجد في البلاد - مثلاً - ومثل أن شب حريق في المصنع أتى

(١) يراجع في تفصيل ذلك: عبد المحسن الرويشد: الشرط الجزائي في العقود، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة، عام ١٤٠٤هـ، وكاسب عبد الكريم: المرجع السابق ص (٢١٢).

(٢) المدخل الفقهي العام فقرة ٣٨٦.

على كل ما فيه، فمثل هذه الطوارئ - سواء كانت مكتسبة من الغير أو سماوية - تعطي العذر للصانع، وتجعل المستصنع بالخيار بين الانتظار، أو فسخ العقد^(١) وذلك لأن هذه الشريعة تقوم تكاليفها التشريعية على القدرة والاستطاعة ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٢)، وأنه: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

أهمية عقد الاستصناع في عصرنا الحاضر، وتطبيقاته المعاصرة:

إن 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 السلم 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 الإسلام عقد الاستصناع الذي هو في واقعه وارد على الذمة من حيث العين والعمل - كما سبق - .

وبذلك اكتملت جميع الجوانب الثلاثة، وغطيت 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

(١) يراجع: د. العطار: نظرية الالتزام ص ٢٦٢، وكاسب عبد الكريم: المرجع السابق ص ٢١١، ومصادرها.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٣) وهو حديث ثابت رواه أحمد في مسنده ٣١٣/١، ٣٢٧، ومالك في الموطأ ص ٦٦٤، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام ٢/٧٨٤.

الناس، وحيثُ تكسد بضائعها ومصنوعاتها، فتخسر، وقد يؤدي ذلك إلى غلقها وإفلاسها، ولكن يباح لها من التعاقد على المصنوعات، وتضمن لنفسها قبل البدء مشترين وزبائن تقدم على التصنيع وهي مطمئنة من عدم الخسارة، بل من الربح، وهكذا وبذلك تنمو المصانع وتكثر المصنوعات، بل وقد ترخص نتيجة لذلك وللتنافس.

وأما تطبيقاته المعاصرة فهي كثيرة حيث يمكن تطبيقه على كل ما دخلت فيه الصناعة، فهي تشمل جميع الصناعات التي يقوم بصنعها المصانع، أو الصناعات، من الطائرات والصواريخ، إلى صنع الأحذية والأثواب ونحوها، وهي تشمل أيضاً بناء العقارات، وتصنيع المباني الجاهزة وغيرها، إذا توفرت الشروط السابقة، بل أن المصنوعات أسهل في تطبيق الاستصناع عليه نظراً إلى أن المصانع اليوم آلية لا تختلف مصنوعات بعضها عن بعض، فهي قادرة على الضبط الدقيق، والمثلية الكاملة بدقة متناهية، بينما كانت الصناعات في السابق كلها يدوية قد توجد الصعوبة في التحكم في المثلية.

كذلك يمكن تطبيق عقد الاستصناع للتمويل في جميع المشاريع الصناعية، وهذا هو مجال واسع للبنوك الإسلامية بأن تقوم بتمويل هذه المشاريع الصناعية على أساس عقد الاستصناع، وكذلك مشاريع البناء ونحوها مما فيه صناعة.

المخالصة

يتلخص هذا البحث في أن عقد الاستصناع عقد مستقل محله العمل، والعين الموصوفة في الذمة، ولذلك له شروطه الخاصة ومقوماته وخصائصه وآثاره، وأن من أهم آثاره التي رجحناها هي: ثبوت الملك للمستصنع في الشيء المستصنع، وثبوت الملك في الثمن المتفق عليه، ولزوم قيام الصانع بعمله في العين حسب الاتفاق، ولزوم دفع الثمن من قبل المستصنع، وثبات خيار الوصف، وعدم بطلان الاستصناع بموت أحدهما - حسب ترجيحنا - وأن حق المستصنع لا يتعلق بشيء معين، وإنما المطلوب من الصانع أن يصنع له المطلوب حسب المواصفات والشروط.

وقد انتهى البحث كذلك إلى لزوم عقد الاستصناع للطرفين، وعدم جواز الفسخ إلا في حالات الظروف الطارئة، أو بموافقة الطرفين.

وقد استعرض البحث المراحل الثلاث لعقد الاستصناع، كما استعرض المذهب الحنفي على ضوء ما ذكره الكاساني، وعلى ضوء ما ذكره المحيط البرهاني، وكذلك ما ذكره ابن عابدين فوجد أن حكم ابن عابدين على حصر طرق المذهب الحنفي في عدم اللزوم اجتهاد خاص به لا يلزم غيره من العلماء الأعلام أمثال المرغيناني والسرخسي، والبرهاني وغيرهم.

ووصل البحث إلى أن الصانع إذا أكمل المصنوع على المواصفات المطلوبة فإنه يلزم المستصنع أن يأخذه ويدفع ثمنه المتفق عليه، وأما إذا كان فيه خلل، أو عيب فإن المستصنع بالخيار. كما تناول البحث موضوع الحرية التعاقدية، ومدى الالتزام بالوعود وموضوع الشرط الجزائي، والظروف القاهرة.

(١) وهو حديث ثابت رواه أحمد في مسنده (٣١٣/١)، ومالك في الموطأ ص (٦٦٤) وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام (٧٨٤/٢).

وختاماً هذا جهد متواضع، وعمل أردنا به وجه الله تعالى فإن كنت موفقاً فيه فذلك بفضل الله تعالى، وإلاً فالتقصير يعود إليّ، لكن الله هو الغفور الرحيم وهو الهادي إلى الصراط المستقيم.

والله أسأل أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم، وأن يعصمنا من الخطأ في القول والعمل.

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الدكتور علي محيي الدين القره داغي

كما قدّم الطرف الثاني إلى الطرف الأوّل رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات والشروط العامة والخاصة للمشروع والتي تم إعدادها من قبل المكتب الهندسي

وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني وتححرر بين الطرفين هذا العقد وفقاً للبند التالية :

البند الأول

يعتبر التمهيد السابق والطلب المقدم من الطرف الثاني المؤرخ وكذلك رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المرافقة للطلب المذكور والمعتمدة من الطرف الثاني جزءاً من هذا العقد وتماماً له .

البند الثاني

اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول بكافة الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع وتسليمه صالحاً للاستعمال وأن يلتزم بتنفيذ جميع الأعمال وفقاً للتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المقدمة من الطرف الثاني ووفقاً للشروط العامة وكذلك الشروط الخاصة المبيّنة في هذا العقد .

البند الثالث

قيمة هذا العقد مبلغ ريال ويلتزم الطرف الثاني بدفعة للطرف الأول على () قسماً شهرياً قيمة كل قسط ريال يستحق القسط الأول بعد من تاريخ هذا العقد. ويخضع سريان هذا العقد لإجراء الرهن من الدرجة الأولى لصالح الطرف الأول (البنك) على العقار رقم والذي يمثل أرض المشروع وما عليها من مشتملات ومباني .

البند الرابع

يلتزم الطرف الأول بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لتشييد المشروع خلال مدة أقصاها شهراً تبدأ من تاريخ تسليم الموقع ويتعهد بتسليم المشروع صالحاً للاستعمال في نهاية المدة المحددة.

البند الخامس

قام الطرف الثاني بتعيين المكتب الاستشاري ليكون وكيلاً عنه في الإشراف على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة وتسلم المشروع بعد إتمام التنفيذ بالكامل ووافق الطرف الأول على ذلك المكتب. ويقوم هذا الوكيل بالإشراف على جميع أعمال المشروع ومراحل التنفيذ المختلفة والتأكد من أن الأعمال المنجزة نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها. وأن يقوم كذلك بإعداد شهادات الإنجاز وأن توقيعه عليها كوكيل عن الطرف الثاني بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسليم الأعمال المنجزة وقبوله لها وإقرار منه بأنها نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها.

البند السادس

يعتبر المشروع مستلماً من قبل الطرف الثاني بمجرد إصدار شهادة إتمام البناء الابتدائية من قبل المكتب الاستشاري المعتمد حيث تعتبر شهادة إتمام البناء الابتدائية الصادرة عن المكتب الاستشاري بمثابة تسلم ابتدائي من وكيل الطرف الثاني.

البند السابع

يحق للطرف الأول التعاقد مع إحدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني. كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول إلى

اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل ، استبدالها والتعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع .

البند الثامن

يقبل الطرف الثاني قبولاً غير قابل للنقض أو الإلغاء ضمان تنفيذ جميع الأعمال بالمشروع من الطرف الأول أو من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الأول لتنفيذ المشروع وتقبل تقديم هذا الضمان وحيث إن قد ضمنت المشروع للطرف الأول أو لأي طرف آخر يقبل هذا الضمان فإن الطرف الأول يجعل هذا الضمان لصالح الطرف الثاني وبناءً على هذا فإن الطرف الثاني يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الأول في أية مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلاً بعد تسليم المشروع نتيجة سوء تنفيذ شركة المقاولات أو لأي سبب آخر، ويلتزم الطرف الثاني بناءً على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات في أية مطالبة أو ادعاء .

البند التاسع

في حالة تأخر الطرف الأول أو من يتعاقد معه عن إتمام تنفيذ المشروع في الموعد المحدد فإنه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم يكن هناك أسباب قهرية لم يتسبب فيها الطرف الأول وتكون خارجة عن إرادته .

البند العاشر

في حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يقترح الطرف الثاني أو المكتب الاستشاري أو كلاهما معاً ضرورة إدخالها مما قد يؤثر على شروط وقيمة هذا العقد، فإن على الطرف الثاني مراجعة الطرف الأول والاتفاق على تعديل العقد أو أخذ موافقته على التعديل المقترح قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الأعمال المعتمدة سواءً كان ذلك بالزيادة أو النقصان . كما أن عليه تزويد الطرف الأول بموافقة المكتب الاستشاري على التعديلات المطلوبة وتعديل المخططات والتصاميم والمواصفات تبعاً لذلك .

البند الحادي عشر

في حالة توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفة طرف ثانٍ، يكون جميع الموقعين مسؤولين وضامين متضامين، منفردين أو مجتمعين، تجاه الطرف الأول عن تسديد المبالغ المطلوبة بموجب هذا العقد.

البند الثاني عشر

ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد نفسه فإن الأحكام والشروط الواردة في الشروط العامة للتعاقد والصادرة من وزارة الأشغال العامة بدولة قطر تسود على أحكام أي مستند آخر يمثل جزء من العقد.

البند الثالث عشر

(أ) يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الإسلامية.
(ب) أي خلاف ناشئ عن تطبيق أحكام هذا العقد و/ أو متعلق به، يعرض على لجنة تحكيم تشكل من ثلاثة أعضاء ويكون حكمهم، سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية، ملزماً للطرفين، وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائر قانوناً وتمثل اللجنة على الوجه التالي:

- ١ - حكم يختاره الفريق الأول.
- ٢ - حكم يختاره الفريق الثاني.
- ٣ - حكم يختاره المحكمان الأولان.

وفي حالة عدم توافر الأغلبية، يحال الخلاف موضوع التحكيم إلى المحاكم القطرية، وتكون هي المختصة دون سواها، بالفصل في أية طلبات و/ أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و/ أو ناشئة و/ أو متعلقة به و/ أو بهذا العقد.

البند الرابع عشر

تسري أحكام القانون القطري، والقوانين والأنظمة المرعية على هذا العقد

فيما عدا ما نصَّ عليه من اتفاق بين الطرفين وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

البند الخامس عشر

حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ / / ١٩٩٩م ويسقط الطرف الثاني حقه في الادعاء بكذب الإقرار و/ أو أي دفع شكلي و/ أو موضوعي، ضد ما جاء في هذا العقد.

الطرف الأول

الطرف الثاني

عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ

إِعْدَاد

الدُّكْتُورُ عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدَ عَبْدِ اللَّهِ

مُحَكَّمَةُ التَّمْيِيزِ - الْكُوَيْتِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

توطئة:

يمثل عقد الاستصناع في فقه الحنفية مكانة بارزة ويشغل جانباً من اهتمام فقهاءهم لذا لا نجد مؤلفاً في هذا الفقه إلا ويبرز الكتابة في عقد الاستصناع اهتماماً بشأنه ولما يقدم هذا العقد من حلول عملية للمشكلة الاقتصادية التي تتطلب مزيداً من التيسير وعدم الحرج على أرباب الصنائع والأموال على خلاف المذاهب الفقهية الأخرى التي ربطت عقد الاستصناع بعقد السلم وفيه ما فيه من قيود على حركة التعامل إذ أن إخضاع عقد الاستصناع لعقد السلم يوجب بادئ ذي بدء تسليم رأس مال عقد السلم أو ثمن المبيع حال إنشاء العقد وقبل التفرقة من مجلس العقد كالشافعية والحنابلة وبعضهم رخص في تراخي تسليم رأس المال كالمالكية لمدة معلومة وهو وإن كان أخف من سابقه إلا أنه لا يعطي حلولاً عملية أو تيسيراً ملحوظاً للمتعاملين كما نجده في الفقه الحنفي.

هذا فضلاً عن أن بعض المذاهب الفقهية كالشافعية لم يجيزوا السلم في أمور كثيرة وصلها بعضهم إلى ثلاثين شيئاً^(١).

ولما رأى أئمة المذاهب الثلاثة هذا العسر والعوائق أمام أنشطة رجال المال وأرباب الأعمال والصنائع إذا ما تقيدوا بعقد السلم وما يحمله هذا العقد في طياته من شروط صعبة في المجال العملي ويشكل تعويقاً لأعمال أهل التجارة

(١) حاشية الشرقاوي على التحرير: ٣٧/٢.

والصناعة على السواء. قالوا: لا مانع من أن يبتاع المادة التي يريدتها ويستأجر على صنعها، قال الشافعي رحمه الله بعد أن ذكر الأمور التي يصح فيها السلم وشروطها ثم ذكر ما لا يجوز فيه السلم، قال: (وإنما يجوز في هذا أن يبتاع النعلين والشراكين ويستأجر على الحذو وعلى خراز الخفين، ولا بأس أن يبتاع منه صحافاً أو قداحاً من نحو معروف وبصفة معروفة وقدر معروف من الكبير والصغر والعمق والضيق ويشترط أي عمل^(١)).

وكذلك نرى مثل ذلك في الفقه الحنبلي جاء في المغني واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما، فروي عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد، فحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعاماً واشترط طحنه وحمله إن اشترط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز^(٢).

ويورد المالكية خلافاً فيما لو تعاقد المريض والطبيب على أن يداويه مدة معلومة والدواء من الطبيب فقليل: يجوز وقيل: لا يجوز لما فيها من اجتماع الجعل والبيع. وثانيهما: أن يقول له أعاقذك بكذا على علاج هذا المريض حتى يبرأ فإن برىء كان له الجعل وإن لم يبرأ فلا شيء له ويكون الدواء من عند الطبيب فقليل يجوز وقيل لا يجوز لما فيه من الغرر^(٣).

وإن كان في هذا المسلك ما يخفف من شدة وطأة شروط عقد السلم وآثاره إلا أننا نرى في الأسلوب الذي نحاه فقهاء الأحناف مرونة وتيسيراً لا تتحقق في المذاهب الأخرى.

(١) الأم، للشافعي: ١٣١/٣.

(٢) ٢٠٢/٤.

(٣) الفواكه الدواني: ١٦٥/٢.

عقد الاستصناع في التشريعات الوضعية :

أولاً - مجلة الأحكام العدلية :

نظمت مجلة الأحكام العدلية كثيراً من المسائل المتعلقة بالمعاملات وذلك تيسيراً على القضاة كما جاء في تقرير عالي باشا الصدر الأعظم وكان مما تناوله بالتنظيم عقد الاستصناع وذلك في الفصل الرابع من الباب السابع في المواد من ٣٨٨ - ٣٩٢ وتناولت أهم مسأله من الكتب المعتمدة في الفقه الحنفي بل أخذت الأوفق من الآراء في المذهب الحنفي لروح العصر، وجاء في ختام التقرير المشار إليه فيما يتعلق بعقد الاستصناع قوله: وعند الإمام الأعظم للمستصنع الرجوع بعد عقد الاستصناع وعند الإمام أبي يوسف رحمه الله أنه إذا وجد المصنوع موافقاً للصفات التي بينت وقت العقد فليس له الرجوع والحال في هذا الزمن قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقولة وبذلك صار الاستصناع من الأمور الجارية العظيمة فتخيير المستصنع في إمضاء العقد أو فسخه يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة وبما أن الاستصناع مستند إلى التعارف ومقيس على السلم المشروع على خلاف القياس بناء على عرف الناس لزم اختيار قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا مراعاة لمصلحة الوقت كما حرر في المادة الثانية والتسعين بعد الثلاثمائة من هذه المجلة.

ثانياً - في القوانين الوضعية الأخرى :

تناول السنهوري عند كلامه على عقد المقاوله طبقاً لتعريف المادة ٦٤٦ من التقنين المدني المصري التي عرفت عقد المقاوله بأنها «عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، فقال: انفصل عقد المقاوله بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به في التقنين المدني القديم، ولا يزالان مختلطين به في التقنين المدني الفرنسي وهما عقد الإيجار وعقد العمل، فقد كان التقنين المدني القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة تحت اسم الإيجار ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء وعقد العمل

بإجارة الأشخاص وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع^(١) .

وفي الجزء الخامس من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد في العقود المسماة . والعقود الواردة على العمل – وعقود الغرر وعقد الكفالة . قالت عند الكلام على المقاولة والتزام المرافق العامة إن مجرد التغيير الذي تم في عنوان هذا الفصل، وإبدال اسمه القديم بإيجار أهل الصنائع باسم جديد هو عقد المقاولة لكاف في الدلالة على مدى التطور الذي لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية في الوقت الحاضر . فقد كان القصد قديماً من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما .

ولهذا نجد التقنين المصري – أهلي ومختلط – يتكلم عن عقد الاستصناع وعقد العمل في باب واحد إيجار الأشخاص وأهل الصنائع^(٢) .

ومن هذا يظهر أن عقد الاستصناع المعروف في الفقه الحنفي يقرب كثيراً عقد المقاولة في التقنيات الوضعية الحديثة .

ويقول السنهوري بعد أن استعرض مختلف الآراء في تكييف عقد المقاولة ومقارنته بالعقود الأخرى، قال: ورأى ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقاولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة كالرسم يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام فالعقد مقاولة، أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة فالعقد بيع وهذا هو الرأي الذي ذهبنا إليه عند الكلام في البيع ونزيده إيضاحاً فنقول: إن الأمر ظاهر في المثليين المتقدمين حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل

(١) الوسيط: ج ٧ المجلد الأول ص ٦ .

(٢) القانون المدني: ٦٥٥/٥ .

ويكون العقد مقاولة، وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل في السيارة التي تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً. ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل حتى لو كانت أقل قيمة منه وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذي يورده الحائك لصنع الثوب ويصبح العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(١).

وهذا الذي أطلق عليه المرحوم السنهوري بأنه مزيج من عقد البيع والمقاولة هو ما نسميه استصناعاً. إذا كانت المادة والصنع من الصانع أما إذا كانت المادة من المستصنع فهو عقد إجارة فحسب إن كان شراء المادة من غير الصانع أو كانت من المستصنع الذي طلب الصنع وعقد بيع وإجارة إن كان شراء المادة من الصانع طبقاً لمذهب غير الحنفية أما عند الأحناف فهو عقد استصناع لا غير.

ثالثاً - إلى جانب عقد المقاولة في التقنيات الوضعية المدنية والتجارية يبرز في القوانين البحرية عقد بناء السفن وهو لا يختلف في نتيجة عن عقد المقاولة فقد تكون المواد والمهمات اللازمة للبناء من طالب البناء ويقدم المقاول أو شركة البناء الخبرة الفنية واليد العاملة التي تتولى تحويل تلك المواد والمهمات إلى سفينة صالحة للملاحة لقاء أجر وليس لطالب البناء أي إشراف فعلي على المقاول الذي يقوم ببناء السفينة فهذا العقد هو عقد مقاولة في القانون وهو عقد إجارة في نظر الفقه الإسلامي وقد يقدم الباني العمل والمواد اللازمة للبناء مقابل مبلغ نقدي إجمالي يلتزم بدفعه طالب البناء وهي الصور الغالبة في العصر الحاضر حيث تخصص في بناء السفن شركات كبرى تتمتع بالكفاءة الفنية العالية والملاءة المالية ويكتفي طالب البناء بتكليف شركة إشراف لتقوم بمراقبة الباني للتأكد من احترامه للشروط والمواصفات الواردة في عقد البناء سواء من

(١) الوسيط: ج ٧ المجلد الأول ص ٢٦، ٢٧.

حيث كيفية الصنع أو نوعية الأدوات والمواد المستعملة، وقد اختلف في القانون في تكييف هذا العقد هل هو عقد معاولة أو عقد بيع وإذا كان بيعاً هل هو عقد بيع معلق على شرط أم هو بيع لشيء مستقبل ويرجح رجال القانون بأنه عقد بيع أشياء مستقبلية لأن السفينة وقت التعاقد لم تكن موجودة وقد انصب البيع على شيء مستقبل هي السفينة عند تمام بنائها^(١).

وهو عقد استصناع في الفقه الحنفي وعقد سلم لدى المذاهب الثلاثة الأخرى وستظهر طبيعة هاتين النظريتين عند الكلام على طبيعة العقدين في الدراسة إن شاء الله.

(١) الوسيط في القانون البحري الكويتي، للدكتور إبراهيم مكي: ١١٧/١ - ١١٩.
الوسيط شرح القانون البحري الكويتي، للدكتور يوسف صرخوه: ١١٦/١ - ١١٧.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ

المحور الأول، ويتناول المباحث الآتية:

- ١ - تعريفه .
- ٢ - معناه وهل هو مواعدة أو بيع .
- ٣ - دليل مشروعيته .
- ٤ - الشروط التي تلحقه أو تفارقه ومدى تأثيرها على حكمه .
- ٥ - حكمه .

أولاً - التعريف:

عرف الاستصناع بتعريفين يترتب عليهما بعض الفروق .
أما التعريف الأول فهو عقد على مبيع في الذمة . وأما التعريف الثاني فهو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل .

والفرق بين التعريفين أن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد، ورضي به المستصنع لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي .

وقد صحح المحققون التعريف الثاني، 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 يسمى استصناعاً واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل.

وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فإنه يجوز بعقد آخر - لا بعقد الاستصناع - وهي التعاطي بتراضيهما وهو جائز استحساناً والقياس يقتضي عدم الجواز، لأنه بيع المعدوم، وقد نهى ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل.

ووجه الاستحسان الإجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأعصار قد تعاملوا فيه من غير تكبير.

ثانياً - الاستصناع هل هو بيع أو موعدة؟

ذهب فقهاء الأحناف إلى أن الاستصناع بيع فقد عددوا أنواع البيوع وذكروا منها الاستصناع وقالوا في توجيه ذلك:

إن الاستصناع مشتمل على معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، والإجارة على استئجار الصانع للعمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين لا يكون موعدة، ولأنه بعد الفراغ منه والإرادة إذا كان موافقاً للشروط يكون لازماً على القول الأوفق والموعدة لا لزوم فيها. والمعقود عليه هو العين لكن بشرط أن يكون عمل الصانع بعد العقد. وعلى هذا لو تقاوم مع نجار على أن يصنع له زورقاً أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع بيعاً لا عدة.

ثالثاً - دليل مشروعيته:

إن المتأمل في أحكام الشريعة الغراء يتبين له أن هناك جملة من الأحكام شرعها الباري عز وجل تتسم بالعموم ولا تختص ببعض المكلفين دون بعض ولا بحال من الأحوال دون أخرى مثل وجوب الصلوات والصوم والزكاة والحج

وتحليل الطبيات وتحريم الخبائث وصحة تصرف الإنسان فيما يملكه قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.

وقد اصطاح أئمة الفقه والأصول على إطلاق اسم العزائم على هذا النمط من الأحكام وهناك طائفة أخرى شرعها الله تيسيراً على عباده قصد التخفيف عليهم وقد أطلقوا عليها اسم الرخص وتشمل فيما تشمله بعض العقود التي لم تتحقق فيها الشروط العامة التي يتطلبها العقد من حيث انعقاده وصحته مثل عقد السلم وعقد الاستصناع وعقد الإجارة، فإن هذه العقود من قبيل العقد على معدوم، ومعلوم أن العقد على معدوم باطل شرعاً إلا أن الشارع الحكيم أجازها على خلاف القياس وفقاً لحاجة الناس وتيسيراً عليهم، فيكون عقد الاستصناع جائزاً ويكون استثناء من الأصل الذي ورد النهي عنه كبيع ما ليس عند الإنسان^(١).

رابعاً - الشروط التي تلخص عقد الاستصناع

أو تفارقه ومدى تأثيرها في حكمه:

لقد عالجت مجلة الأحكام العدلية الكثير من مسائل عقد الاستصناع وتناولها شراح المجلة بالسط والبيان والتوضيح ومن هذه الشروط:

أولاً - بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصنعته، مثلاً: لو أوصى صانعاً بأن يعمل له طشتاً، يلزم بيان الجنس الذي يعمل منه الطشت حديداً أو نحاساً، ونوع الحديد ومقدار حجمه ولونه وكونه منقوشاً أو لا إلى غير ذلك بوجه يرفع الجهالة لئلا يؤدي إلى المنازعة. وفي هذا المعنى جاء نص المادة (٣٩٠) يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب.

ونصت المادة (٣٨٨) من المجلة على أنه إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع أصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استحساناً مثلاً لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له اصنع لي زوجي خف من

(١) الموافقات، للشاطبي: ١/٣٠٠، ٣٠٣، بتصرف.

نوع السختياني الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع، أو تقاوم مع نجار على أن يصنع له زورقاً أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل التجار انعقد الاستصناع. وكذلك لو تقاوم مع صاحب معمل على أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع.

ثانياً - اشتراط المدة في عقد الاستصناع لا يخرج عنه كونه استصناعاً وإنما يحمل على الاستعجال وهو قول الإمامين وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية لكونه أرفق وعند الإمام أبي حنيفة إذا ذكر الأجل بصير سلماً فيشترط فيه ما يشترط للسلم.

ووجه قول الإمامين: إنه بدون ذكر الأجل جائز غير لازم فبذكر الأجل فيه لا يصير لازماً لأن ذكر الأجل للتيسير فلا يتغير فيه العقد من الاستصناع إلى السلم، ولأن اللفظ حقيقة للاستصناع وقد أمكن العمل بحقيقة اللفظ، وذكر الأجل يقتضي أن يكون سلماً لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل وإذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحمول فيحمل الثاني على الأول^(١).

ووجه قول أبي حنيفة:

أن هذا مبيع دين والمبيع الدين لا يكون إلاً سلماً كما لو ذكر لفظ السلم.

بيانه: أن المستصنع فيه مبيع، والأجل لا يثبت إلاً في الديون، فلما ثبت فيه الأجل عرفنا أنه مبيع دين، والعبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^(٢).

(١) المبسوط شرح المجلة، للأناسي: ٤٠٣/٢.

ح ١٣٩/١١.

(٢) المصدر السابق.

خامساً - عقد الاستصناع:

تمهيد:

يطلق الحكم في لسان الفقهاء على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: صفة الشيء الشرعية من جهة كونه مطلوب الفعل والترك - ويسمى الحكم في هذا النوع حكماً تكليفاً نسبة إلى التكليف من الشارع بالفعل أو الترك - واشتهر عند الفقهاء إطلاق لفظ الصفة، والصفة الشرعية على هذا النوع ويشمل الوجوب والسنية والحرمة والكراهة.

النوع الثاني: صفة الشيء الشرعية من جهة الاعتداد به وترتب الآثار عليه وعدم ذلك، ويسمى الحكم في هذا النوع حكماً وضعياً نسبة إلى وضع الشارع ويشمل الصحة والنفاد واللزوم والوقف والفساد والبطلان.

النوع الثالث: الأثر المترتب على تحقق صفة من صفات النوع الثاني وذلك كما يقال حكم البيع الصحيح النافذ أنه ناقل للملكية فيملك المشتري المبيع ويستحق البائع الثمن وهذا النوع هو الذي يتصرف إليه كلمة الحكم^(١).

وعلى هذا - فإن حكم عقد الاستصناع بالاعتبار الأول أنه جائز وهو من قبيل الرخص المستثناة من أصل كلي يقتضي المنع مطلقاً كالقرض والقراض والمساقاة وبيع العرية بخرصها تمراً وضرب الدية على العاقلة وما أشبه ذلك وعليه يدل قوله: نهى عن بيع ما ليس عندك ورخص في السلم^(٢) وقد ثبت بالسنة والإجماع وقد استصنع النبي ﷺ الخاتم والمنبر إلا أنه مخالف للقياس لأنه بيع المعدوم وقد جوز بالنظر للحاجة^(٣).

(١) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الرحمن تاج: ص ٦١، ٦٢، بتصرف.

(٢) الموافقات: ٣٠٣/١ وما بعدها.

(٣) شرح المجلة للمحاسني على المادة (٣٨٨).

أما من حيث الاعتبار الثاني:

فقد اختلفت أنظار الأئمة فيه إلى ثلاثة اتجاهات:

الأول – أنه عقد لازم في حق الجانبين ولو قبل عمل المصنوع وإرادته للمستصنع.

قال الشرنبلالي في حاشيته على درر الحكام المسمى غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام تعليقاً على قوله: (وله أي للأمر الخيار) أي، دون الصانع وهو الأصح. وعن أبي حنيفة أن الصانع له الخيار وعن أبي يوسف لا خيار لواحد منهما – كذا في الهداية^(١) – وبهذا الرأي القائل باللزوم في حق الصانع والمستصنع أخذت مجلة الأحكام العدلية: نصت المادة ٣٩٢ إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً).

قال الشارح علي حيدر: فإذا انعقد فليس لأحد العاقدين على رواية أبي يوسف الرجوع عنه بدون رضا الآخر، فيجبر الصانع على عمل الشيء المطلوب وليس له الرجوع عنه لأن الذي يبيع مالا لم يرد له خيار، وكذلك ليس للمستصنع أن يرجع عنه لأنه لو جعل له الخيار للحق البائع أضرار لأنه قد لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع^(٢).

وقال الأستاذ منير القاضي في شرحه على المجلة: هو عقد لازم ليس لأحد العاقدين الرجوع فيه. ثم قال: ولا يخفى أن مسلك المجلة هو الأوفق للمصلحة كما أنه أقرب إلى القواعد الفقهية فإن الاستصناع بيع والبيع من العقود اللازمة، كما أن توصيف المستصنع وبيان ما يعينه منزل منزلة رؤيته فلا يبقى للمشتري خيار رؤية أيضاً، لأن المقصود من الرؤية حصول العلم وقد حصل ذلك بذكر أوصافه وقدره وجنسه ونوعه.

(١) ١٩٨/٢.

(٢) ٣٦١/١.

فإذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة يكون ملكاً للمستصنع ملكاً لازماً فليس له الرجوع كما أنه ليس للصانع أن يبيعه لآخر بعد أن أراه للمستصنع أما قبل إراءته إياه فيجوز له بيعه لآخر وعمل غيره للمستصنع وإذا كان الصانع قد أتى بالمصنوع لا على الأوصاف المطلوبة المبينة في العقد كان المستصنع مخيراً بين قبوله ورده مع تكليف الصانع بتسليمه مصنوعاً موافقاً للأوصاف المطلوبة عند العقد^(١) .

وقال المحاسني في شرحه على المادة (٣٩٢) وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً بخيار العيب أو بخيار الوصف إذا كان النقص من قبيل الوصف إن شاء قبله وإن شاء رده، وليس للمستصنع خيار الرؤية عند أبي يوسف، وقد أخذت المجلة بقول الإمام المشار إليه^(٢) .

الاتجاه الثاني:

وهو للصاحبين وجمهور الفقهاء إلى أنه عقد غير لازم في حق كل واحد من العاقدين قبل رؤية المستصنع والرضاء به، فللصانع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع وللمستصنع أن يرجع أيضاً قبل رؤية المبيع أو بعد رؤيته قبل الرضاء به .

الاتجاه الثالث:

وهو عدم اللزوم ولو بعد رؤية المستصنع للمصنوع وهو قول أبي حنيفة فيكون له خيار الرؤية عند إحضار المصنوع لأنه شراء ما لم يره^(٣) .
وأما بالاعتبار الثالث فإنه يترتب على عقد الاستصناع إذا تكاملت فيه جميع عناصره تملك المستصنع للشيء المصنوع ويستحق الصانع الثمن المتفق عليه .

(١) شرح المجلة، لمنير القاضي: ٢٠٨/١ .

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية، لمحمد سعيد المحاسني .

(٣) شرح الأناسي: ٤٠٦/٢ .

المحور الثاني ، ويتناول المباحث التالية :

- ١ - الاستصناع والسلم .
- ٢ - العلاقة بين العقدين .
- ٣ - شروط كل من الاستصناع والسلم .

أولاً - الاستصناع والسلم :

السلم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع فقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ .

قال ابن العربي في حقيقة الدين : هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة نسيئة . فإن العين عند العرب ما كان حاضراً والدين ما كان غائباً^(١) .

وورد في الحديث من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم إلا أنهم قالوا إنه مخالف للقياس لأنه عبارة عن بيع المعدوم وفيه فائدة للمسلم إليه ولرب السلم لأن المسلم إليه كثيراً ما يكون من الزراع المحتاجين للنقود ورب السلم من التجار فيدفع رب السلم النقود بمقابل أمل ارتفاع أسعار المبيع حين تسليمه له ويستفيد المسلم إليه بالنقود التي قبضها من رب السلم ويعتبر فيه خيار العيب خلافاً لخيار الشرط وخيار الرؤية لأن السلم دين وهذه الخيارات لا تقع في الدين^(٢) .

والسلم لا يصح إلا فيما يمكن ضبطه وتعيينه قدرأً ووصفاً كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدييات المتقاربة ، وأما العدييات المتضاربة في القيمة كالبطيخ والرمان فلا يجوز السلم فيها عدداً إلا ببيان صفتها المميزة لها .

(١) أحكام القرآن : ٢٤٧/١ .

(٢) شرح المجلة ، لعلي حيدر : ٣٤٩/١ ؛ وكفاية الأخيار : ١٥٩/١ .

والقاعدة التي يرجع إليها أن ما لا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه لأنه يفضي إلى المنازعة، ويشترط لصحة السلم (إن كان المسلم فيه حنطة أو قطناً أو خبزاً أو شعيراً أو غير ذلك من الأشياء التي يمكن أن توجد ويمكن أن لا توجد) أن يكون موجوداً وقت العقد إلى وقت التسليم ليكون البيع بعيداً عن الغرر بإمكان التسليم.

وذهب آخرون إلى جواز السلم فيما ليس بموجود في وقت العقد إذا أمكن وجوده في وقت حلول الأجل^(١).

أما الاستصناع فإنه يتفق وعقد السلم في أن كلاً منهما بيع وأنه جوز على خلاف القياس إلا أن عقد الاستصناع يشترط فيه كون العين والعمل من الصانع وأن يقع فيما تعامل الناس به وإلا يكون سلماً إذا عين له مدة، أو عقداً فاسداً إذا لم تعين مدته، ويجب تعريف المصنوع في الاستصناع ولا يجب دفع الثمن نقداً ويختلف كذلك السلم عن الاستصناع من وجوه:

أولاً - السلم بيع من كل الوجوه والاستصناع بيع وإيجار وعمل.

ثانياً - يبطل الاستصناع بوفاة أحد المتعاقدين خلافاً للسلم.

ثالثاً - يشترط في السلم دفع الثمن نقداً وبيان الأجل وبالاستصناع لا يشترط ذلك^(٢).

ثانياً - العلاقة بين العقدين:

بين أن كلاً من السلم والاستصناع من العقود التي تشتمل على غرر وجوزا لمسيس الحاجة إليهما فقد ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في التمر السنة والستين والثلاث فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

(١) المعاملات الشرعية، لأحمد إبراهيم: ١٤٥، ١٤٦ - مجلة الأحكام العدلية وشروحها.

(٢) شرح المحاسني على المجلة: المادة (٣٩٢).

وينعقد إن كان مؤجلاً بلا خلاف بين الأئمة أما إن كان حالاً فلا يصح عند الأئمة الثلاثة ويصح عند الشافعي لأنه إذا جاز في المؤجل مع الغرر فهو في الحال أجوز، لأنه أبعد عن الغرر.

كما يتفق العقدان في أنه لا بد من ضبطهما بالصفة التي تنفي الجهالة قال في الكفاية: لأن السلم عقد غرر وعدم الضبط بما ينفي الجهالة غرر ثان وغرران على شيء واحد غير محتمل^(١)، ونصت المادة ٣٩٠ من مجلة الأحكام العدلية يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموفق المطلوب قال شارحه علي حيدر - يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وصفاً يمنع حدوث أي نزاع لجهالة شيء من أوصافه وتعريفه تعريفاً يتضح به جنسه ونوعه على الوجه المطلوب^(٢).

تنبيه

اختلفت أقوال شراح المجلة على المادة (٣٨٩) ونصها: كل شيء تعمل فيه استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه (إذا بين فيه المدة صار سلماً ويعتبر فيه حينئذٍ شرائط السلم وإذا لم يبين في المدة كان من الاستصناع أيضاً).

* * *

قال المرحوم خالد الأناسي في شرحه على هذه المادة:

والحاصل: أن ما تعورف في استصناعه ولم يبين له مدة أصلاً أو بين دون الشهر فهو استصناع بالاتفاق، وإن بين له مدة شهر أو أكثر فهو استصناع عندهما سلم عنده. وما لم يتعارف استصناعه إن بين فيه مدة السلم شهراً أو أكثر فهو سلم بالاتفاق، وإن لم يبين فيه مدة فهو استصناع فاسد منهي عنه.

ثم عقب على ذلك فقال: (فهو وإن كان فاسداً لكن بعد وقوعه يأخذ حكم

(١) كفاية الأخيار: ١٥٩/١.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٣٦٠/١.

الصحيح وقد أشارت المجلة إلى هذا بقولها (كان من قبيل الاستصناع) أي تجري فيه أحكام الصحيح وإن لم يكن استصناعاً مشروعاً، لأن من العقود ما يكون فاسداً منهياً عنه وبعد وقوعه يأخذ حكم الصحيح كالمبيع بعقد فاسد يدخل في ملك المشتري بالقبض. والرهن الفاسد بشيوع أو غيره إذا كان سابقاً على الدين، يأخذ حكم الصحيح بعد وقوعه^(١).

ويقول الأستاذ علي حيدر مسائل خمس في الاستصناع:

١ - إذا لم تبين المدة في الأشياء التي جرى التعامل باستصناعها فالعقد عقد استصناع بالإجماع.

٢ - إذا كانت المدة المبيّنة أقل من شهر أي لم تبلغ المدة التي يصح بها السلم والأشياء مما جرى التعامل به على الاستصناع فهو كذلك عقد استصناع بالإجماع.

٣ - إذا كانت المدة المبيّنة في الأشياء التي تستصنع عادة شهراً أو أكثر من شهر فهو عقد استصناع عند الصاحبين وعقد سلم عند الإمام وتؤخذ هذه الأحكام من الفقرة الأولى.

٤ - إذا كانت المدة لأقل من شهر أي للأجل الذي يصح به السلم والأشياء مما لم تستصنع عادة فهو سلم بالإجماع.

٥ - إذا لم تبين المدة في الأشياء التي لم يجر التعامل بها على وجه الاستصناع فظاهر المجلة أنه عقد استصناع، والحق أنه عقد فاسد^(٢) وإذا كان فاسداً فإنه يأخذ حكم الصحيح بعد وقوعه على ما سلف البيان.

ثالثاً - شروط كل من الاستصناع والسلم:

يشترط في الاستصناع أن يكون العمل والعين من الصانع، وأن يكون في

(١) شرح المجلة، للأتاسي: ٤٠٥/٢.

(٢) شرح علي حيدر: ٣٦٠/١؛ وينظر المعاملات الشرعية، لأحمد إبراهيم: ص ١٤٨.

الأشياء المتعامل فيها أما التي لم يجر التعامل فيها فالعقد فيها فاسد إن لم يبين فيها مدة، ولكن بعد وقوعه يأخذ حكم الصحيح على ما سلف البيان^(١) ولا يلزم في الاستصناع دفع الثمن وقت العقد، ويلزم وصف المصنوع وتعريفه ولا يشترط فيه تعيين الأجل وقد سبق بيان هذه الشروط في الفصول السابقة.

أما السلم فله شروط وقد قسم ابن جزري في قوانينه هذه الشروط إلى ثلاثة أقسام: قسم يشترك فيه رأس المال والمسلم فيه، وقسم ينفرد به رأس المال وقسم ينفرد به المسلم فيه.

أما الشروط المشتركة فهي ثلاثة:

الأول – أن يكون كل واحد منهما مما يصح تملكه وبيعه احترازاً من الخمر والخنزير وغير ذلك.

الثاني – أن يكونا مختلفين جنساً تجوز فيه النسيئة بينهما فلا يجوز السلم في الذهب والفضة أحدهما في الآخر لأن ذلك ربا كذلك تسليم الطعام بعضه في بعض ممنوع لأنه ربا. ويجوز تسليم العروض بعضها في بعض وتسليم الحيوان بعضه في بعض ومنع أبو حنيفة السلم في الحيوان.

الثالث – أن يكون كل واحد منهما معلوم الجنس والصفة والمقدار إما بالوزن فيما يوزن أو بالكيل فيما يكال أو بالذرع فيما يذرع أو بالعد فيما يعد أو بالوصف فيما لا يوزن ولا يكال ولا يعد.

وأما الشروط التي ينفرد بها رأس المال فهو أن يكون نقداً ويجوز تأخيرها عند المالكية لغير شرط ويجوز بشرط ثلاثة أيام ونحوها. واشترط غيرهم التقابض في المجلس.

وأما الشروط التي في المسلم فيه فهي:

أولاً – أن يكون مؤخراً إلى أجل معلوم وأجازه الشافعي على الحلول.

(١) شرح الأناسي على المجلة: ٤٠٤/٢.

ثانياً – أن يكون مطلقاً في الذمة فلا يجوز في شيء معين كزرع قرية بعينها.

ثالثاً – أن يكون مما يوجد جنسه عند الأجل اتفاقاً سواء وجد عند العقد أو لم يوجد واشترط أبو حنيفة وجوده عند العقد والأجل^(١).

(١) القوانين الفقهية، لابن جزي ص ١٧٧، ١٧٨؛ الشرح الصغير: ٢٦٢/٣ وما بعدها؛ حاشية الشرقاوي على التحرير: ٢٢/٢ وما بعدها؛ كفاية الأختار: ١٦٠/١ وما بعدها، المغني، لابن قدامة: ٢٤٦/٤ وما بعدها؛ كشاف الفتاح: ٢٨٨/٣ وما بعدها؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر: ٣٧٣/١ وما بعدها.

المحور الثالث

أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية

عقد الإمام أبو الحسن الماوردي في كتابه أدب الدنيا والدين بحثاً في وجوه المكاسب فقال: وجهات المكاسب المعروفة من أربعة أوجه: نماء زراعة، ونتاج حيوان، وريح تجارة، وكسب صناعة.

وحكى الحسن بن رجاء عن المأمون قال: سمعته يقول: معاش الناس على أربعة أقسام: زراعة، وصناعة وتجارة، وأمانة.

وبعد أن تكلم عن الزراعة وأنها مادة أهل الحضرة وسكان الأمصار والمدن ونتاج الحيوان وهو مادة أهل الفلوات وسكان الخيام والتجارة وهي فرع لمادتي الزرع والنتاج أسهب القول في الصناعة وأنها وثيقة الصلة بالأسباب الثلاثة وأنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام: صناعة فكر وصناعة عمل وصناعة مشتركة بين فكر وعمل. وتكلم عن العمل الصناعي بأنه أعلاها رتبة لأنه يحتاج إلى معاطاة في تعلمه ومعاناة في تصويره.

وقال عكرمة في قوله تعالى: ﴿وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَاءً لِّلسَّالِينَ﴾، قدر في كل بلدة منها ما لم يجعله في الأخرى ليعيش بعضهم من بعض بالتجارة من بلد إلى بلد^(١).

وقد امتن الله على نبيه داود عليه السلام فقال: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا دَاوُدَ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً﴾

(١) أدب الدنيا والدين: ص ٢٠٨.

يَنْجِبَالُ أَوْبَى مَعَهُ وَالظَّيْرُ وَالنَّالَةُ الْحَدِيدُ ﴿١﴾ أَنْ أَعْمَلَ سَيِّغَتِ وَقَدَّرَ فِي السَّرِّ وَأَعْمَلُوا صِلِحًا إِيَّيَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرًا ﴿١﴾ .

أي: وجعلت الحديد في يده ليناً يسهل تصويره وتعريفه كما يشاء فيعمل منه الدروع وآلات الحرب على أتم النظم وأحكم الأوضاع فيجعل حلقاتها على قدر الحاجة .

قال قتادة: إن داود أول من عملها حلقاتاً وكانت قبل ذلك صفائح فكانت ثقلاً .

ويبين سبحانه وتعالى أنه أنعم على ابنه سليمان كذلك وأنه أذاب له النحاس على نحو ما كان لداود من إلانة الحديد وسخر له الجن عملة بين يديه يعملون له شتى المصنوعات من قصور شامخات وصور من نحاس وجفان كبيرة كالأحواض وقدور لا تتحرك لعظمتها .

وقد حث الإسلام على العمل فقد روى البخاري أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ يطلب منه صدقة فأمره النبي بالانتظار ثم دعا بقدوم ودعا بيد من خشب سواها بنفسه ووضعها فيها ثم دفعها للرجل وأمره أن يذهب إلى مكان ليحتطب ليكسب قوته وقوت عياله .

وقال عليه الصلاة والسلام: «إن الله يحب العبد المحترف» .

ويعقد صاحب كتاب التراتيب الإدارية فصلاً مستفيضة في ذكر الحرف والصناعات التي كانت في عهد رسول الله ﷺ وذكر من عملها من الصحابة رضوان الله عليهم وقال إنه استدرك فصلاً على الإمام الخزاعي .

ونقل في المقدمة الثانية: قول المواق الذي يتبين من الفقه أن الصناعات والتجاراات والاشتغال بالعلم الزائد على فرض العين وعلى الطب كل ذلك أسباب شرعية .

(١) سورة سبأ: الآيات ١٠ و ١١ .

ونقل عن عمدة الطالب: طلب التكسب واجب فريضة كما أن طلب العلم فريضة ثم التكسب أنواع: كسب مفروض وهو الكسب بقدر الكفاية لنفسه ولعياله وقضاء دينه، وكسب مستحب وهو كسب الزيادة على أذي الكفاية ليواسي به فقيراً أو يجازي به قريباً ثم قال: إنه أفضل حتى من التخلي لنفل العبادة ثم قال: فأفضل مكسوب التجارة ثم الصناعة ثم طلب العلم.

وقال في المقدمة الرابعة: ترجم البخاري في كتاب البيوع من صحيحه باب ما ذكر في الأسواق. قال ابن بطال: أراد بذكر الأسواق إباحة المتاجر ودخول الأشراف والفضلاء إلى الأسواق وكأنه أشار إلى ما لم يثبت على شرطه من أنها شر البقاع.

وقال ابن رشد: وأما جواز دخول الأسواق والمشى فيها فكفى في الحجية في ذلك قول الله عز وجل: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنَ الْمُرْسَلِينَ إِلَّا إِنَّهُمْ لَيَأْكُلُونَ الطَّعَامَ وَيَمْشُونَ فِي الْأَسْوَاقِ﴾^(١).

وكان البخاري صاحب تجارة وزرع وروى أنه أعطي ببضاعة خمسة آلاف فذكر في نفسه ولم يتلفظ فأعطي فيها بعد ذلك أضعاف الأولى ألوفاً مؤلفة.

وقد صنفت مؤلفات كثيرة في وجوه المكاسب أشار إليها صاحب الترتيب الإدارية منها:

١ - كتاب البركة في فضل السعي والحركة قال وهو مجلد اشتمل على سبعة أبواب، الباب الأول في فضل الحرث والزرع والثمار وغرس الأشجار وحفر الأنهار وفيه فصول. الباب الثاني في فضل الغزل وفيه فصول، الباب الرابع فيما ورد من الآثار في الطب والمنافع.

٢ - وكتاب الشرح الجلي للشهاب التبريز اشتمل على أنواع المتاجر والحرف والصنائع وأنه تكلم على الزراعة والتجارة والخياطة والحياكة والقصارة والجزارة والطباخة والصبغة.

(١) سورة الفرقان: الآية ٢٠.

ثم ذكر في المقدمة التاسعة: الحرف والصناعات التي عرفها أهل الإسلام واستعملوها وأن خالد بن يزيد الأموي ترجم بعض الكتب المصنفة منها باللسان القديم في أواخر عصر الصحابة. وألف الجاحظ كتاب الأخطار والمراتب في الصناعات وله أيضاً كتاب غش الصناعات، إلى غير ذلك مما مجرد الإشارة إليه يستغرق صفحات.

من هذا العرض يتبين مدى أهمية المكاسب على اختلاف وجوهها في الإسلام ومن ثم فليس غريباً أن نرى التجارة تتسع وتنتشر مع اتساع الإسلام وانتشار سلطانه حتى تهيأت أسواق ضخمة وتجارات واسعة وصناعات متنوعة. وقد عرف المجتمع الإسلامي صيغة الإنتاج المشتركة وكان هناك عقود المشاركة التي يسهم فيها الشركاء بنسب مختلفة بقوة العمل وأدوات الإنتاج والمواد الأولية ثم يتقاسمون الأرباح بينهم بنسبة إسهامهم.

وإن أمم الأرض قاطبة تسعى جاهدة لاستغلال اقتصادها ومواردها وإمكاناتها من أجل حياة أفضل وأخذت تنسق فيما بينها الخطط والمشروعات حماية لاقتصادها من جهة ورفعاً لمستوى شعوبها من جهة أخرى كالسوق الأوروبية وغيرها من المنظمات والأحلاف والمعاهدات وإن الأمة الإسلامية لها من تراثها الاقتصادي نظرياً وتطبيقاً، ومن إمكاناتها المادية والمعنوية ومواردها الطبيعية وتشعب حاجاتها ما يدعوها إلى إقامة صروح اقتصادية تكفل لها القوة والمنعة والعزة.

والله ولي التوفيق.

الرَّكُوتُ عَبْدُ اللَّهِ مُحَمَّدُ عَبْدُ اللَّهِ

أَخْلَاصَةُ لِعَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ

أولاً - عقد الاستصناع يحتل مكانة بارزة في الفقه الحنفي له خصائصه ومميزاته عن العقود الأخرى، أما المذاهب الأخرى فقد مزجته بعقود أخرى كعقد السلم.

ثانياً - عرفوه بتعريفين:

أحدهما - هو عقد على مبيع في الذمة.

والآخر: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

وعند المحققين أن الصحيح هو التعريف الثاني لأن الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً. واعتبروه من قبيل البيوع لا المواعدة.

ثالثاً - وحكمه أنه جائز على خلاف القياس وفقاً لحاجة الناس وتيسيراً عليهم وهو لازم للطرفين وهذا الرأي أخذت به مجلة الأحكام العدلية.

رابعاً - ويتفق مع عقد السلم في بعض الوجوه ويفترق عنه من وجوه أخرى يتفقان في أن كلا منهما بيع وأنه جوز على خلاف القياس إلا أن عقد الاستصناع يشترط فيه كون العمل والعين من الصانع وأن الاستصناع يقع فيما يتعامل الناس به وإلا كان سلباً ويفترقان من وجوه أخرى فإن السلم بيع من كل الوجوه، أما الاستصناع فبيع وإيجار وعمل وأن الاستصناع يبطل بوفاة أحد المتعاقدين بخلاف السلم وأن السلم يشترط فيه دفع الثمن مقدماً بخلاف الاستصناع. وأنه يلزم بيان الجنس والصفة وكل المواصفات بدقة تمنع الجهالة والمنازعة بين المتعاقدين.

الاستصناع ودوره في
العمليات التمويلية المعاصرة
إعداد

الدكتور عبد السلام العبادي
ممثل المملكة الأردنية الهاشمية في الجمع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم محمد بن عبد الله خاتم الأنبياء والمرسلين، المبعوث رحمة بالناس أجمعين وعلى آله وصحبه ومن اتبعه وسار على دربه إلى يوم الدين، وبعد . .

١ - فهذه ورقة علمية حول عقد الاستصناع ودوره في العمليات التمويلية المعاصرة، وبخاصة في البنوك والمؤسسات التمويلية الإسلامية، أقدمها لمجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة في جدة في الفترة من ٧ - ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ وفق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢م راجياً أن تحظى بالمناقشة على ضوء ما قدم للمجلس من بحوث وأوراق عن عقد الاستصناع.

٢ - لذا لا تهتم هذه الورقة باستعراض مباحث عقد لاستصناع الاستعراض الفقهي المعهود من حيث التعريف في اللغة والفقه وبيان أركانه وشروط انعقاده وشروط صحته واختلافات الفقهاء في مسائله، فهذا يمكن معرفته بسهولة بالعودة لما كتب عن هذا العقد في الكتب الفقهية قديماً وحديثاً - ولكنني - أريد أن أعرض لبعض من المشكلات التمويلية التي نريد حلها في الواقع الاقتصادي المعاصر على ضوء قواعد الاقتصاد الإسلامي . . وبعد عرض طرف من هذه المشكلات ننظر إلى عقد الاستصناع لنعرف هل يمكنه حل هذه المشكلات أو المساعدة في حلها بصورة مقبولة، ولو على أساس بعض المذاهب الفقهية المعتبرة فيه . . أو أنه لا يمكنه ذلك، وبالتالي فلنبحث عوضاً من ضالتنا في عقود أخرى أو لتتوجه إلى استحداث عقود جديدة نلتزم فيها بالقواعد الشرعية المقررة، بحيث لا نحل حراماً ولا نحرم حلالاً دون تقييد بما قرره الفقهاء من عقود في السابق من منطلق أن الأصل في ذلك الإباحة ما دام لم يمنع منه مانع شرعي .

٣ - وواضح أن المقصود هنا بالمشكلات التمويلية التي نريد حلها ليس المشكلات التمويلية بمعناها الواسع وبأبعادها كلها فكثير من هذه المشكلات بمعناها الواسع لها حلول مستقرة واضحة في الفقه الإسلامي قديماً وحديثاً . فهناك عقود معروفة تعمل في هذا المجال، وبشكل مباشر منذ نشأة الفقه الإسلامي مثل عقد المضاربة وهناك عقود جديدة تم استحداثها مع نشأة البنوك ومؤسسات التمويل الإسلامية مثل عقد المرابحة للأمر بالشراء، وعقد المشاركة المتناقصة، وسندات المقارضة فالذي نريده هنا المشكلات التمويلية، التي يمكن معالجتها على أساس عقد الاستصناع، فمن المعلوم أن كثيراً من الناس يحتاجون إلى سلع متنوعة تدخلها الصناعة الإنسانية، وهي ذات أثمان ليست متاحة للراغبين في الحصول عليها باستمرار، لأنهم لا يملكون أثمان هذه المصنوعات، والصانع يرغب في الحصول على ثمن ما يصنع كله أو جزء كبير منه ليتمكن من مواصلة عمله، وصناعة أشياء أخرى وهناك جهات أخرى تملك المال ويمكنها أن تدفع للصانع ثمن ما يصنع عن الراغب في الشراء ثم تسترد ما دفعت مع زيادة مناسبة. وهذا الدفع يكون في البنوك التجارية العادية، على سبيل الإقراض مقابل فائدة ربوية . . والبنوك الإسلامية لا يمكنها أن تفعل ذلك على سبيل الإقراض الربوي، فهل يمكن أن يساعد عقد الاستصناع في ذلك . وكيف؟.

٤ - قد يقول قائل أليس في عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء حلاً لهذه المشكلة؟ . . نعم، لقد حل عقد المرابحة للأمر بالشراء جزءاً كبيراً من المشكلة على أساس أن تقوم البنوك الإسلامية بشراء السلعة المصنعة ومن ثم بيعها بربح للمحتاج لمثل هذه السلعة والطالب لشرائها . . ولكن ما زالت جوانب مهمة من هذه المشكلة بحاجة إلى حل . . فعقد المرابحة لا بد أن يكون قائماً على أساس شراء سلع ومواد فحسب فهو لا يليق دفع الأجر المكلّف بها طالب التمويل لأنها ستكون عند ذلك قرصاً ربوياً. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن من شروط عقد المرابحة أن يملك البنك أو المؤسسة المالية السلع المشتراة ويتسلمها، وبالتالي يتحمل تبعه هلاكها . . فإذا كانت الأشياء المصنعة لا يمكن

للبنك أن يتسلمها قبل تسلم طالب الشراء فهي تصنع وتركب مباشرة في حوزة المرائب، مثل تصنيع الحجر الذي تكسى به وجوه الجدران الخارجية في البنايات، وتصنيع الخشب للأبواب والحديد أو الألمنيوم للشبابيك، ومثل تصنيع المصاعد للبنايات. . . ففي هذه الأشياء وأمثالها لا يعتبر التسليم إلاً على الراكب، كما يقال في اصطلاح أهل هذه الحرف، ومن المعلوم فقهاً أن التسليم في كل شيء بحسبه. . . ومعنى ذلك أن التسليم المعتبر في شراء هذه السلع لا يمكن أن يتم إلاً بعد تركيبها، والتركيب يعني أن المرائب قد تسلمها قبل تسلم البنك، فكيف يبيعها البنك الإسلامي أو المؤسسة التمويلية الإسلامية له بعد ذلك إذا كان الأمر قد تم وفق عقد المرابحة للأمر بالشراء؟! فهذا لا يجوز كما هو واضح.

٥ - وبعد تفكير وجدت أن عقد الاستصناع يحل هذه المشكلة التمويلية حلاً جذرياً على أساس أن يجري اتفاق بين طالب الاستصناع والبنك أو المؤسسة التمويلية الإسلامية يلتزم فيه البنك أو المؤسسة بتصنيع شيء معين بسعر معين يتفق على تقسيطه الفترة التي يراها المتعاقدان مناسبة. . . وواضح أن البنك أو المؤسسة سوف يحسب بهذا الثمن ما سوف يدفعه حقيقة عند اتفائه مع صانع لهذه الأشياء مضافاً إليه الربح الذي يراه مناسباً. . . وبعد ذلك يجري البنك أو المؤسسة اتفاقاً منفصلاً مع صانع أو جهة يختارها لتصنيع هذه الأشياء وفق المواصفات التي ضمت العقد الأول وبحيث يدفع الثمن فوراً أو بعد التسليم وعلى أن تركيب الأشياء المصنعة وتسلم في المكان المحدد في العقد أياً كان هذا المكان، وواضح أنه لا إشكال في أن يكون هذا المكان البناية التي يقوم طالب الاستصناع في العقد الأول ببناؤها، ويقوم البنك أو المؤسسة بعد ذلك بالتأكد من أن هذه الأشياء قد تم تصنيعها وفق المواصفات ومن حق طالب الاستصناع في العقد الأول - صاحب البناية - التأكد أيضاً إن ما ركب قد تم وفق المواصفات التي طلبها. . . ويجب أن نشير هنا إلى الانفصال الكامل بين العلاقة الحقوقية وتحمل الالتزامات في العقد الأول عنه في العقد الثاني، بحيث لا يكون هنالك أي علاقة حقوقية والتزامات مالية بين طالب الاستصناع في العقد الأول

— صاحب البناية — والصانع الذي كلفه البنك . . وإذا حدث خلاف من حيث المواصفات ومواعيد التسليم وغيرها فهو يحل في ظل كل عقد على حده وفق الشروط الواردة فيه .

٦ — وبناء على هذا الفهم أشرفت على وضع عقود استصناع في مؤسسة إدارة وتنمية أموال الأيتام التي أعمل مديراً عاماً لها وهي مؤسسة مالية عامة في المملكة الأردنية تعمل وفق قواعد الاقتصاد الإسلامي لتنمية أموال الأيتام واستثمارها، بحيث تحول لها جميع الأموال المنقولة التي يمتلكها كل من لم يبلغ سن الرشد في المملكة ليتم تنميتها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم تعاد إلى أصحابها بعد بلوغ سن الرشد هي والأرباح التي تحققت خلال فترة وجودها في المؤسسة، وذلك على أساس أنها وصي عام على مال القاصرين، وفق إجراءات وشروط حددها القانون، ليس هنا مجال الحديث عنها . . وألحق بهذه الورقة صوراً عن بعض العقود التي تعاملت بها المؤسسة في مجال عقد الاستصناع .

وواضح أن هذا الفهم والتوجه يتيح استصناع أمور أخرى أكثر أهمية مثل بناء بناية كاملة وفق مواصفات محددة، أو بناء مصنع، أو سفينة كبرى أو طائرة، مما يعني أن عقد الاستصناع بهذا الفهم قد يشارك مشاركة فاعلة في تحقيق التنمية الاقتصادية في مجالات الإسكان والصناعة والنقل وغيرها من الحالات المشابهة .

٧ — ومن المعلوم فقهاً أن الاستفادة من عقد الاستصناع على هذه الصورة لا تفره جميع المذاهب الفقهية . . فعقد الاستصناع بصورته المعروفة كان محل خلاف بين الفقهاء فالحنفية نظروا إليه عقداً مستقلاً بشروط خاصة به فهو عقد بيع، فقد عرفه السمرقندي في تحفة الفقهاء بأنه (عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع)^(١) ، وعرفه ابن عابدين بأنه (طلب العمل من الصانع في شيء

(١) تحفة الفقهاء، السمرقندي: ٥٣٨/٢ .

خاص على وجه مخصوص^(١) ، وذكر السرخسي أن بيع عين شرط فيه العمل هو الاستصناع^(٢) .

واشترطوا أن يبين في عقد الاستصناع نوع ما سيعمل وقدره وصفته كما ذكر الكاساني في البدائع أن يكون موصوفاً (يوصف ويعرف على وجه لا يبقى بعد الوصف جهالة مفضية إلى المنازعة، لأن الفساد (أي فساد العقد) للجهالة فإذا صار معلوماً بالوصف جاز)^(٣) .

كما اشترطوا أن يكون المراد وصفه مما يجري فيه التعامل بين الناس^(٤) ، وقد نص فقهاء الحنفية على أن هذا العقد يجب أن تكون فيه العين والعمل من جهة الصانع أما إذا كانت العين من المستصنع، فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً وكذلك إذا لم يشترط العمل على جهة الصانع، فإنه لا يكون استصناعاً بل سلماً أو سلفاً فالاستصناع عند الحنفية غير الإجارة وغير السلم والذي هو بيع أجل بعاجل أي بيع ما ليس عند الإنسان بثمن حال . . على أن يكون البيع موصوفاً محدداً وأجل تسليمه محدداً أيضاً، فلا بد من تعجيل الثمن أما الاستصناع فلا يشترط فيه تعجيل الثمن عند الحنفية . . كما لا يشترط أن يخلو من أجل التسليم في رأي أبي يوسف ومحمد على خلاف رأي أبي حنيفة .

والأصل في المذهب الحنفي أن عقد الاستصناع ليس لازماً إلا ما نقل عن أبي يوسف وقد ذهبت مجلة الأحكام العدلية المبنية على المذهب الحنفي إلى لزوم هذا العقد منذ انعقاده فجاء في المادة (٣٩٢) (إذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً) . . والواقع أن المجلة قد تبنت هذا الموقف على أساس التوسع في رأي أبي يوسف، فقد نقل عنه أن المستصنع بالخيار إذا جاء

(١) حاشية ابن عابدين: ٢٢٣/٥ .

(٢) المبسوط، السرخسي: ٨٤/١٥ .

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: ٢٠٩/٥ .

(٤) فتح القدير، الكمال بن الهمام: ٢٦٢/٦ .

المصنوع مغايراً للأوصاف المشروطة، وأنه إذا جاء متفقاً مع الأوصاف المشروطة فلا خيار له في ذلك ولا يندرج هذا الأمر في حالات خيار الرؤية، ولم ينقل عنه ما يتعلق بلزوم العقد قبل العمل من الصانع، فكونه لم ينص على عدم اللزوم إلاً في حالة مخالفة المواصفات يدل على أنه يذهب إلى اللزوم قاعدة عامة باستثناء ما ذكر فيه عدم اللزوم، ولذا نصت كثير من البحوث المعاصرة على أن المجلة قد تبنت في هذه المسألة رأي أبي يوسف. والواقع أن القول بعدم لزوم عقد الاستصناع بعد التوسع في مجالات عمله مع نمو الصناعات وتطورها يؤدي إلى الإخلال بمصالح مهمة لا يجوز التفريط بها. . مما يقتضي الترجيح للقول باللزوم.

٨ - أما المالكية والشافعية والحنابلة فلم يذهبوا إلى أن الاستصناع عقد مستقل إنما عالجوا المسألة من خلال عقد المسلم أو الدفع على أساس المسائل التي تندرج تحت ما يسمى بالسلم في الصناعات، فاشتروا الالتزام فيها بالشروط المقررة لعقد السلم عندهم^(١) وأهم هذه الشروط أن يقوم المسلم وهو طالب الاستصناع هنا بتعجيل الثمن، وأنه لا بد من بيان مدة الصنع النهائي، ووقت التسلم وأن يكون المصنوع مما يوجد في الأسواق. . وعلى هذا الفهم لطبيعة هذه المعاملة وتكييفها فإنها لا تقدم معالجة للمشكلة المطروحة للبحث. لذا فإن ترجيح ما ذهب إليه أئمة الحنفية وبخاصة الإمام أبي يوسف بخصوص عقد السلم هو المناسب والمحقق للمصلحة الشرعية المعبرة.

الدكتور عبد السلام العيادي

(١) انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل: ٥٣٨/٤؛ والمهذب، للشيرازي: ٢٩٦/١؛
كشاف القناع على متن الإقناع، للبهوتي: ١٣٣/٣.

ملحق بأمثلة على عقود استصناع تمويلية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقد استصناع أبواب حديد

بعون الله تم الاتفاق بين:

الفريق الأول: مؤسسة إدارة وتنمية أموال الأيتام.

الفريق الثاني:

١ - بالمتر المربع: تقديم وتركيب أبواب حديد بلجيكي ومشابك من تيوبات عرض ٦ سم وقضبان ٥/٢٠ والنهايات الملتوية ٥/٢٠ ولا تزيد المساحة بين القضبان عن ١٥ سم والسعر يشمل الخردوات اللازمة والمفصلات والأيدي مع تقديم وتركيب الرسومات الجاهزة من الحديد كما هو بالرسم المرفق والسعر لا يشمل الزرफल والزجاج والدهان والكيل هندسي صافي للفتحة الإنشائية.

٢ - يجب على الفريق الثاني تزويد الفريق الأول بالمخططات اللازمة والتفصيلية لأعمال الأبواب الحديدية المراد تركيبها بالمشروع والموقعة من قبل الفريق الثاني.

٣ - يلتزم الفريق الأول بإتمام الأعمال الموكلة إليه خلال خمسة وخمسين يوماً (من تاريخ أمر المباشرة بالعمل الصادر من الفريق الثاني خطياً).

- ٤ - على الفريق الثاني وبشكل فوري اعلام الفريق الأول خطياً (خلال مدة تنفيذ متعهد الأبواب الحديدية لأعماله عن أية أضرار يحدثها أو يتسبب بها بالمشروع.
- ٥ - يتم قيد قيمة أعمال الأبواب الحديدية المنفذة على حساب الفريق الثاني وبالسعر المحدد بهذه الاتفاقية وتعتبر هذه الاتفاقية من أصل قيمة عقد بيع المرابحة بين الفريقين.
- ٦ - إن أي خلاف أو نزاع ينجم عن هذه الاتفاقية يتم البت فيه عن طريق التحكيم بموجب قانون التحكيم الأردني الساري المفعول.
- ٧ - يعتبر هذا العقد بكافة بنوده جزء لا يتجزأ من الاتفاقية العامة المعقودة ما بين الفريق الأول والفريق الثاني للشروط العامة للتعامل وعقود المرابحة الموقعة بين الطرفين.
- ٨ - تكون الأسعار للأبواب الحديدية حسب الشروط والمواصفات المذكورة بالبند رقم (١) ثمانية وستين ديناراً (للمتر المربع الواحد شاملاً الخردوات اللازمة والمفصلات، شبك حماية سعر المتر الواحد تسعة عشر ديناراً) م مع مبسط ٥/٢٠.
- ٩ - تكال أعمال الأبواب على الراكب بالمتر المربع لمساحة الباب على أن يتم الكيل من السلاح إلى السلاح ومن العتبة أو البرطاش إلى القمط أو صندوق الأباجورات ولا يؤخذ أي عرف آخر بالكيل.
- ١٠ - في حالة تأخر أو تعثر أو إخلال المتعهد الرئيسي في إنهاء أعمال تجهيز الفتحات المعمارية والمعين من قبل الفريق الثاني وفي حالة تأدية هذا التأخير أو الإخلال بأي شكل من الأشكال التي ترتب المسؤولية على الفريق الأول تجاه متعهد الأبواب الحديدية فيتحمل الفريق الثاني كامل المسؤولية التي تترتب على الفريق الأول تجاه متعهد الأبواب الحديدية.
- ١١ - عند استلام الأبواب الحديدية من قبل لجنة المؤسسة من الصانع حسب

المواصفات الموضحة في البند الأول من هذه الاتفاقية يتم دفع القيمة المستحقة للصانع دون الحاجة إلى موافقة الطرف الثاني في هذه الاتفاقية على دفع القيمة للصانع ولا يحق للطرف الثاني الاعتراض.

١٢ - يقر الفريق الثاني بأن دفاتر الفريق الأول وحساباته تعتبر بنية قاطعة لإثبات أية مبالغ ناشئة ومتعلقة بهذا العقد وتطبيقاته مهما كانت مع ما يلحقها من مصاريف سواء أكانت للفريق الأول أم للغير. ويصرح بأن قيود الفريق الأول وحساباته تعتبر نهائية وصحيحة بالنسبة له ولا يحق له الاعتراض عليها، كما أنه يتنازل مقدماً عن أي حق قانوني يجيز له طلب تدقيق حسابات الفريق الأول وقيوده من قبل أية محكمة أو إبراز دفاتره وقيوده، وتعتمد في ذلك الكشوفات المنسوخة عن تلك الدفاتر والحسابات والتي يصادق المفوضون بالتوقيع عن الفريق الأول على مطابقتها للأصل.

١٣ - القيمة التقديرية لأعمال الأبواب الحديدية تقدر

١٤ - وقعت هذه الاتفاقية من قبل الطرفين بتاريخ / / ١٩٩٩م.

الفريق الأول

الفريق الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقد استصناع أبواب حديد

بعون الله تم الاتفاق بين :

الفريق الأول: مؤسسة إدارة وتنمية أموال الأيتام.

الفريق الثاني:

يلتزم الفريق الثاني بتقديم وتركيب أبواب حديد للمشروع المقام على قطعة الأرض في وذلك حسب الشروط التالية:

١ - بالمتر المربع: تقديم وتركيب أبواب حديد بلجيكي ومشابك من تيوبات عرض ٦ سم وقضبان ٥/٢٠ والنهايات الملتوية ٥/٢٠ ولا تزيد المساحة بين القضبان عن ١٥ سم والسعر يشمل الخردوات اللازمة والمفصلات والأيدي مع تقديم وتركيب الرسومات الجاهزة من الحديد كما هو بالرسم المرفق والسعر لا يشمل الزرफल والزجاج والدهان والكيل هندسي صافي للفتحة الإنشائية.

٢ - يلتزم الفريق الثاني بإتمام الأعمال الموكلة إليه خلال أربعين يوماً من تاريخ أمر المباشرة بالعمل الصادر من الفريق الأول خطياً باستثناء الدرابزين حيث يتم تركيبه بعد إنجاز أعمال البلاط.

٣ - يلتزم الفريق الثاني بأن يقوم بجميع الأعمال بواسطة عمال أكفاء من ذوي السمعة الحسنة ويتحمل مسؤولية عمله وعماله طيلة فترة العمل ويحق للفريق الأول رفض أي عامل دون اعتراض من الفريق الثاني.

- ٤ - على الفريق الثاني أن يقوم بحماية أعمال الأبواب الحديدية المركبة كافة من أي تلف أو خدش وعليه أن يستبدل وعلى نفقته الخاصة القطع التي يلحق بها الضرر نتيجة لعدم تقيده بهذا الشرط .
- ٥ - على الفريق الثاني أن يتحمل أية أضرار تلحق بالمشروع قد تنجم للفريق الأول أثناء تنفيذ الفريق الثاني للأعمال الموكلة إليه .
- ٦ - يلتزم الفريق الثاني بعدم تأخير تقديم وتركيب الأبواب الحديدية للمشروع وحسب طلب الفريق الأول وضمن المواصفات والشروط المذكورة وبالعكس ذلك فإنه يتحمل غرامة مقدارها خمسة وعشرون ديناراً عن كل يوم تأخير .
- ٧ - في حال إخلال الفريق الثاني بإحكام البند الثاني من هذه الاتفاقية وفي حال تأدية هذا الإخلال بأي شكل من الأشكال إلى ترتب مسؤولية على الفريق الأول تجاه الغير فيتحمل الفريق الثاني كامل المسؤولية التي تترتب على الفريق الأول تجاه الغير دون أن يكون للفريق الثاني حق الاعتراض على ذلك .
- ٨ - يلتزم الفريق الثاني بالعمل حسب المخططات والمواصفات المذكورة بالبند رقم (١) .
- ٩ - إذا حصل أي تقصير من الفريق الثاني عندها يقوم الفريق الأول بتكملة العمل على حساب الفريق الثاني مهما بلغت التكاليف .
- ١٠ - تكون الأسعار للأبواب الحديدية حسب الشروط والمواصفات المذكورة بالبند رقم (١)، خمسون ديناراً للمتر المربع الواحد شاملاً الخردوات اللازمة والمفصلات، شبك حماية سعر المتر ١٤ دينار .
- ١١ - تكاليف أعمال الأبواب على الراكب بالمتر المربع لمساحة الباب على أن يتم الكيل من السلاح إلى السلاح ومن العتبة أو البرطاش أو القمط أو صندوق الأباجورات والكيل هندسي ولا يؤخذ أي عرف آخر بالكيل .

١٢ - تقدر أعمال الأبواب الحديدية بحوالي ألفين ومائتي دينار تسدد للفريق الثاني على الوجه الآتي:

(أ) يدفع الفريق الأول للفريق الثاني ٩٠٪ من العمل المنجز بموجب تقديم فاتورة بالجزء المنجز.

(ب) يتم تنظيم فاتورة نهائية للفريق الثاني بعد أن يتم استلام الأعمال استلاماً نهائياً من قبل مهندسي المؤسسة.

١٣ - لا يحق للفريق الثاني إحالة الاتفاقية بمجموعها أو مجزأة إلى أي فريق آخر إلا بموافقة الفريق الأول.

١٤ - وقعت هذه الاتفاقية من قبل الطرفين بتاريخ / / ١٩٩٩ م.

الفريق الأول

الفريق الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقد استصناع أبواب خشبية

بعون الله تم الاتفاق بين:

الفريق الأول: مؤسسة إدارة وتنمية أموال الأيتام ممثله بمديرها العام.

الفريق الثاني:

١ - يلتزم الفريق الأول بتقديم وتركيب أبواب خشبية للمشروع المقام على
قطعة الأرض رقم حوض وفق المواصفات والشروط
التالية:

بالمتر المربع تقديم وتركيب أبواب منجور داخلية كبس على خشب
أبيض ٥, ٧ - ٤, ٣ وتركيب قشاط سويد على الباب من جميع حوافه
سماكة ٤, ٤ - ٥, ٢ والمعاكس ٥ ملم أكومية وعرض خشب الحلق ٥, ١٣
إلى ١٤ سم بزيادة ٢ سم تقريباً للقسارة والبلاط الصيني يكون الحلق
- ١٦ سم تضاف الزيادة في الحلق على مربع الباب والكشفات خشب
سويد ٧ سم والسماكة ١ سم والكيل من طرف الكشفة إلى طرف الكشفة
وكل زيادة على عرض الحلق بعد ٥, ١٣ تضاف مع كيبيل الباب
والمفصلات عدد (٣) زر صيني مع ستوب كاوتشوك والسعر لا يشمل
الدهان ولا الزجاج ولا الزر فيل مع التزام الطرف الثاني بتركيب الزر فيل
والتزام الطرف الأول بتقديم الزر فيل.

٢ - يقوم الفريق الثاني بتزويد الفريق الأول بأية مخططات تفصيلية لأعمال

الأبواب الخشبية المراد تركيبها بمشروع الفريق الثاني إذا طلب منه ذلك .

٣ - يلتزم الفريق الأول بإتمام الأعمال الموكلة إليه خلال خمسة وأربعين يوماً على النحو التالية :

(أ) المرحلة الأولى تقديم وتركيب حلوق الأبواب بعد دهنها بدهان أساس (زيت) وقبل أعمال القصارة أخشنه للجدران خلال مدة سبعة أيام من تاريخ أمر المباشرة الأول والصادر من قبل الفريق الثاني خطياً .

(ب) المرحلة الثانية تقديم وتركيب الأبواب الداخلية بعد الانتهاء من أعمال تبييط البلاط الأرضي والبلاط الصيني لجدران الحمامات والمطبخ وذلك خلال مدة ثمانية وثلاثين يوماً من تاريخ أمر المباشرة الثاني والصادر من قبل الفريق الثاني .

٤ - على الفريق الثاني إعلام الفريق الأول خطياً خلال مدة تنفيذ متعهد المنجور عن أية أضرار يحدثها أو يتسبب بها بالمشروع .

٥ - تكال أعمال الأبواب الخشبية على الراكب بالمتري المربع لمساحة الباب على أن يتم الكيل من الكشافة للكشافة للبلاط والكيل هندسي .

٦ - إن أي خلاف أو نزاع ينجم عن هذه الاتفاقية يتم البت فيه عن طريق التحكيم بموجب قانون التحكيم الأردني الساري المفعول .

٧ - عند استلام الأبواب الخشبية من قبل لجنة المؤسسة من الصانع حسب المواصفات الموضحة في البند الأول من هذه الاتفاقية يتم دفع القيمة المستحقة للصانع دون الحاجة إلى موافقة الطرف الثاني في هذه الاتفاقية على دفع القيمة للصانع ولا يحق للطرف الثاني الاعتراض .

٨ - يقر الفريق الثاني بأن دفاتر الفريق الأول وحساباته تعتبر بنية قاطعة لإثبات أية مبالغ ناشئة ومتعلقة بهذا العقد وتطبيقاته مهما كانت مع ما يلحقها من مصاريف سواء أكانت للفريق الأول أم للغير . ويصرح بأن قيود الفريق

الأول وحساباته تعتبر نهائية وصحيحة بالنسبة له ولا يحق له الاعتراض عليها، كما أنه يتنازل مقدماً عن أي حق قانوني يجيز له طلب تدقيق حسابات الفريق الأول وقيوده من قبل أية محكمة أو إبراز دفاتره وقيوده، وتعتمد في ذلك الكشوفات المنسوخة عن تلك الدفاتر والحسابات والتي يصادق المفوضون بالتوقيع عن الفريق الأول على مطابقتها للأصل.

٩ - يلتزم الفريق الأول بمتابعة تنفيذ هذه الاتفاقية وبذل كل جهد لتنفيذ كل ما ورد فيها من بنود وذلك وفق ما يراه مناسباً من إجراءات.

١٠ - يتم قيد قيمة أعمال الأبواب الخشبية المنفذة على حساب الفريق الثاني وبالسعر المحدد بهذه الاتفاقية، وتعتبر هذه الاتفاقية من أصل قيمة عقد بيع المرابحة بين الفريقين.

١١ - يعتبر هذا العقد بكافة بنوده جزء لا يتجزأ من الاتفاقية العامة المعقودة ما بين الفريق الأول والفريق الثاني للشروط العامة للتعامل وعقود المرابحة الموقعة بين الطرفين.

١٢ - على الفريق الثاني أن يعلم وبشكل فوري الفريق الأول عن أي تأخير يحدث من قبل أي مقاول فرعي (عينه الفريق الثاني) وأدى هذا التأخير إلى تأخير التوريد من قبل متعهد أعمال المنجور (والمعين من قبل الفريق الأول) لتقديم وتركيب أعمال الأبواب الخشبية الخاصة بمشروع الفريق الثاني.

١٣ - يكون سعر المتر المربع للأبواب الخشبية حسب الشروط والمواصفات المذكورة أعلاه.

١٤ - لا يحق للفريق الثاني إلغاء أو إضافة أية كمية من الأعمال المتفق عليها دون أخذ الموافقة الخطية من الفريق الأول.

١٥ - في حالة تأخر أو تعثر أو إخلال المتعهد الرئيسي في إنهاء أعمال تجهيز القتحات المعمارية والمعين من قبل الفريق الثاني وفي حالة تأدية هذا

التأخر أو الإخلال بأي شكل من الأشكال إلى ترتب المسؤولية على الفريق الأول تجاه متعهد أعمال المنجور والمعين من قبل الفريق الأول، فيتحمل الفريق الثاني كامل المسؤولية التي تترتب على الفريق الأول تجاه المتعهد.

١٦ - وقعت هذه الاتفاقية من قبل الطرفين بتاريخ / / ١٩٩٩ م.

الفريق الأول

الفريق الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقد استصناع أبواب خشبية وأعمال منجور

بعون الله تم الاتفاق بين :

الفريق الأول: مؤسسة إدارة وتنمية أموال الأيتام ممثلة بمديرها العام .

الفريق الثاني:

يلتزم الفريق الثاني بتقديم وتركيب أبواب خشبية للمشروع المقام على
قطعة الأرض حوض

وقد قام الفريق الثاني بزيارة الموقع والاطلاع على المخططات الهندسية
الخاصة بالمشروع وقام بدراستها ووافق على تقديم وتركيب أبواب خشبية وفق
المواصفات والشروط التالية:

١ - بالمتر المربع:

— الأبواب الداخلية:

تقديم وتركيب أبواب خشب كبس سمك صافي ٤,٥ سم مع معاكس
٥ ملم على الوجهين والحلق من خشب سويد بمقطع صافي ١٤ × ٤,٥
سم مثبت بمرباط حديد مجلفن والإطارات من خشب سويد بمقطع
١٠ × ٤,٥ سم والحشوات من خشب أبيض ٣,٥ × ٣,٥ سم مثبتة
على بعد ٧ سم من المحاور.

والوقفات والمفصلات عدد (٣) صيني والزجاج والبراويز من خشب

سويد ٧ × ٢ مثبتة على دفتان خشبية سمك ٣ سم بواسطة براغي مع تأسيس الحلق بالزيت الحار قبل التركيب وهذه المواصفات للأبواب الداخلية والحمامات والمطابخ والسعر لا يشمل الزرافيل.

– الأبواب الخارجية:

تقديم وتركيب أبواب خارجية خشب مرنتي سمك ٤,٥ سم مع معاكس من الداخل ميجانو ٣ ملم، والحلق مرنتي بمقطع ١٤ × ٤,٥ سم وما زاد عن ذلك يضاف إلى طول وعرض الباب. والمفصلات عدد (٣) للباب الواحد من نوع صيني، مع تأسيس الحلق بالزيت الحار قبل التركيب والسعر لا يشمل الزرافيل.

٢ – يلتزم الفريق الثاني بإتمام الأعمال الموكلة إليه على النحو التالي:

(أ) تركيب الحلوق: خلال شهر واحد من تاريخ توقيع هذا العقد.

(ب) إنجاز الأبواب الداخلية والخارجية والمطابخ وجميع الأعمال الواردة في هذا العقد بالكامل خلال ثلاثة أشهر من أمر المباشرة الصادر من الطرف الأول إلى الطرف الثاني.

٣ – يلتزم الفريق الثاني بأن يقوم بجميع الأعمال بواسطة عمال أكفاء من ذوي السمعة الحسنة ويتحمل مسؤولية عمله وعماله طيلة فترة العمل ويحق للفريق الأول رفض أي عامل دون إبداء الأسباب ودون اعتراض من الفريق الثاني.

٤ – على الفريق الثاني أن يتحمل أية أضرار تلحق بالمشروع قد تنجم للفريق الأول أثناء تنفيذ الفريق الثاني الأعمال الموكلة إليه.

٥ – يلتزم الفريق الثاني بعدم تأخير تقديم وتركيب الأبواب الخشبية للمشروع وحسب طلب الفريق الأول وضمن المواصفات والشروط المذكورة وبالعكس ذلك فإنه يتحمل غرامة مقدارها ٢٠ عشرون ديناراً عن كل يوم تأخير.

٦ - في حال إخلال الفريق الثاني بأحكام البند الثالث من هذه الاتفاقية وفي حال تأدية هذا الإخلال بأي شكل من الأشكال إلى ترتب مسؤولية على الفريق الأول تجاه الغير فيتحمل الفريق الثاني كامل المسؤولية التي تترتب على الفريق الأول تجاه الغير دون أن يكون للفريق الثاني حق الاعتراض على ذلك .

٧ - إذا حصل أي تقصير من الفريق الثاني عندها يقوم الفريق الأول بتكملة العمل على حساب الفريق الثاني مهما بلغت التكاليف ويعود بفرق السعر على الفريق الثاني .

٨ - يكون سعر المتر المربع الواحد كما يلي :

- الأبواب الداخلية والمطابخ ٣٢ ديناراً للمتر المربع الواحد .

- الأبواب الخارجية : ٥٥ ديناراً للمتر المربع الواحد .

- صناديق الأباجورات : ١٤ ديناراً للمتر المربع الواحد .

وذلك حسب المواصفات المذكورة في البند الأول دون علاوات أو إضافات والسعر لا يشمل الزرافيل .

٩ - تكال الأبواب على الراكب بالمتر المربع من الكشفة للكشفة، ومن الكشفة للبلاط والكيل هندسي .

١٠ - تقدر أعمال الأبواب الخشبية بحوالي عشرة آلاف دينار تدفع للفريق الثاني على الوجه التالي :

(أ) ٣٥ ٪ من القيمة الإجمالية عند الانتهاء من تركيب الحلوq وصناديق الأباجورات .

(ب) يتم تسليم الجزء الثاني على دفعتين :

- الجزء الأول من الدفعة الثانية بعد تسليم أعمال المنجور في الطابق الأرضي والأول بكامله .

- الجزء الثاني من الدفعة الثانية بعد تسليم أعمال المنجور في الطابق الثاني والرووف كاملة .

(ج) يقدم الطرف الثاني شيك تأمين ١٠٪ من القيمة الإجمالية كضمانة
حسن الأداء، ويقدم مع توقيع هذا العقد.

١١ - لا يحق للفريق الثاني إحالة الاتفاقية أو أي جزء منها إلى أي فريق آخر إلا
بموافقة الفريق الأول.

١٢ - وقعت هذه الاتفاقية من قبل الفريقين بتاريخ / / ١٩٩٩ م.

الفريق الأول

الفريق الثاني

الاسْتِصْنَاعُ وَمَوْقِفُ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ مِنْهُ

فِي

صُوْرَةِ "عَقْدِ اسْتِصْنَاعٍ" أَوْ "عَقْدِ السَّلَامِ"

إِعْدَاد

أ. د. حَسَنَ عَلِي السَّازَلِي

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن

بالمعهد العالي للقضاء

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن نهج نهجه وسار على هديه إلى يوم الدين .

أما بعد:

فإن نعم الله تعالى على الإنسان كثيرة، ولا يحصيها عد، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْدُوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تَحْصُوهَا﴾^(١)، ولا يلم بأطرافها ومداهها فكر، ولا يحيط بأسرارها عقل، إلا من أذن الله له، وشاءت إرادته أن يمنحه شيئاً من أسرارها .

قال تعالى: ﴿وَلَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِّنْ عِلْمِهِ إِلَّا بِمَا شَاءَ وَسِعَ كُرْسِيُّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَلَا يَئُودُهُ حِفْظُهُمَا وَهُوَ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ﴾^(٢) .

ولما كان الإنسان محتاجاً في مسيرته الحياتية إلى أن ينال من نعم الله، وينعم بما تفضل الله به عليه من حوله من نعم ميسورة التحصيل، ظاهرة الأسباب، تحصيلها ميسور لكل الخلق على السواء، كذلك فإنه محتاج إلى نعم أخرى تحتاج في كسبها وتحصيلها، وصياغتها، وتوطئة أكنافها واستخراجها إلى جهد - يقل ويكثر - وإلى عقل وفكر - يثابر أو يقصر - ولكل قدر من الفكر والجهد والتدبر نتيجته التي ترضي، وتسد حاجات للناس، ويقدر ما يعلو الفكر والجهد بقدر ما تكون النتائج عالية والمصالح مجلوبة، والقوة محققة، وهذا ما يدعو إليه الإسلام ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ .

(١) الآية ١٨ من سورة النحل .

(٢) الآية ٢٥٥ من سورة البقرة .

وقال عليه الصلاة والسلام: «المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف، وفي كل خير...» الحديث.

ومن هنا جاء توجيه الله تعالى للمؤمنين وتفكيرهم، وأمرهم بالنظر والتدبر في هذا الكون ومن احتواه، لمعرفة القدرة القادرة والقوة القاهرة، التي خلقت وأوجدت، وسخرت ويسرت، ووهبت وأعطت، منة منه جل شأنه وفضلاً، فبقدر أعمال العقل — هبة الله إلى الإنسان — في العلو والبحث والتدبر، بقدر ما تكون المعرفة، ويكون الإيمان ويكون القرب، ويكون الخضوع والتذلل ومن ثم يكون للاهتمام بما أمر حلالة، ويكون لانتهاء عما نهى طلاوة، وفي كل ذلك شفاء وسعادة للروح وللجسم، للفرد للمجتمع، للدولة وللدول وللعالم بأسره.

والآيات في هذا المضمار كثيرة...

قال تعالى: ﴿وَفِي الْأَرْضِ آيَاتٌ لِلْمُتَّقِينَ ﴿١٠٢﴾ وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ ﴿١٠٣﴾ وَفِي السَّمَاءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ ﴿١٠٤﴾ فَوَرَبِّ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ إِنَّهُ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَا أَنَّكُمْ تَنْطِقُونَ ﴿١٠٥﴾﴾ (١).

وقال تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى طَعَامِهِ ﴿١٠١﴾ أَنَا صَبَّبْنَا الْمَاءَ صَبًّا ﴿١٠٢﴾ ثُمَّ شَقَقْنَا الْأَرْضَ شَقًّا ﴿١٠٣﴾ فَأَنْبَتْنَا فِيهَا حَبًّا ﴿١٠٤﴾ وَعَسَا وَقَضَا ﴿١٠٥﴾ وَزَيَّنَّاهَا وَمَخَلَّا ﴿١٠٦﴾ وَحَدَّائِنَ عَلَيْهَا ﴿١٠٧﴾ وَفَكَهَمُوا وَاثًا ﴿١٠٨﴾ مَتَلَمَّا كَرُوا ﴿١٠٩﴾ وَلَا تَنْفِكُوا ﴿١١٠﴾﴾ (٢).

وقال تعالى: ﴿أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ ﴿١٧﴾ وَإِلَى السَّمَاءِ كَيْفَ رُفِعَتْ ﴿١٨﴾ وَإِلَى الْجِبَالِ كَيْفَ نُصِبَتْ ﴿١٩﴾ وَإِلَى الْأَرْضِ كَيْفَ سُطِحَتْ ﴿٢٠﴾ فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ ﴿٢١﴾ لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ ﴿٢٢﴾ إِلَّا مَنْ تَوَلَّى وَكَفَرَ ﴿٢٣﴾ فَعَذَابُ اللَّهِ الْعَذَابُ الْأَكْبَرُ ﴿٢٤﴾ إِنَّ إِلَيْنَا إِيَابَهُمْ ﴿٢٥﴾ ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا حِسَابَهُمْ ﴿٢٦﴾﴾ (٣).

* ويقدر الامثال والالتمار، والاستشفاف والتشيع، والسلوك والاستيعاب كان أهل العلم لهم منزلتهم...

(١) الآيات من ٢٠ - ٢٣ من سورة الذاريات.
 (٢) الآيات من ٢٤ - ٣٢ من سورة عبس.
 (٣) الآيات من ١٧ - ٢٦ من سورة الغاشية.

قال تعالى: ﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولَئِكَ الْأَلْبَابِ ﴾ (١).

ولقد كان من آيات ذلك التوجيه الرباني للعلم منذ آدم عليه السلام، قال تعالى: ﴿ وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ﴾ (٢).

إلى رسالة محمد ﷺ: قال تعالى: ﴿ أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ① خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ② أَقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ③ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ④ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ⑤ ﴾ (٣).

وقال تعالى: ﴿ وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُن تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا ﴾ (٤).

وقال تعالى: ﴿ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾ (٥).

* كان من آيات هذا التوجيه الرباني إلى العلم أن يتنوع العلم ويزكو، وينبعث من شجرته فروع كثيرة، بقدر ما كان استيعابها لأمة من الأمم بقدر ما كان تقدمها وريقها، ومن هنا انطلق العالم في حرب شعواء لاكتساب ضروب العلم وتسخيرها لخدمة كل شعب ظفر من هذه الشجرة بما يحقق له علواً، ونصراً، وسيادة، وبات الناكص والخامل في هذا الدرب كسيف البال، عالة على أولئك المشابرين في رحابه والمتفانين في معرفة ضروبه ودروبه.

ولقد وجدنا فقهاء الأمة الإسلامية، يعكسون من أنوار التشريع الإسلامي ما يفتح الباب دائماً، إلى نيل ضروب المعرفة، وتحصيل كل سبيل العلم، مدرسة بعد مدرسة وفناً أثر فن، وصنعة أثر صنعة.

ما أغلقوا باباً ففتح الله، ولا ضيقوا طريقاً وسعه الله على خلقه، بل كان

(١) الآية ٩ من سورة الزمر.

(٢) الآية ٣١ من سورة البقرة.

(٣) الآية من ١ - ٥ من سورة العلق.

(٤) الآية ١١٣ من سورة النساء.

(٥) الآية ١١٤ من سورة طه.

همهم تطبيق شريعة الله تعالى، التي وسعت كل شيء بحكمة بالغة، وإعجاز معجز، استمر طيلة القرون، بل ويستمر - بمشيئة الله تعالى - إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ولقد كان الفقه الإسلامي حريصاً كل الحرص، وهو يوضح ويبين شريعة الله تعالى أن يبرز أحكام العقود والتصرفات التي تتم بين الناس - ما شرع منها وما لم يشرع، ما صحح منها وما لم يصحح - توجيهاً لمسيرة الناس إلى ما فيه خيرهم وتحقيقاً لمصالحهم، وتحديداً لعلاقات الناس في معاملاتهم، منعاً من الظلم والتظالم، ودفعاً للشحناء، وإيضاحاً للآفاق التي من خلالها يرى كل إنسان ما يحقق له مصلحته فيسير فيه، وما يجلب له مضرة فيبتعد عنه.

ولقد كان للصناعة أثرها في الماضي والحاضر، وكان لها دورها في رقي الأمم ومكانتها في سد حاجات الناس المتجددة، ورغباتهم المتنامية تجدد الليل والنهار ونمو المسيرة الإنسانية عبر القرون والأزمان.

وكان دور الفقه الإسلامي أن يبين للناس - إذا ما أرادوا أن يصنع الإنسان لغيره شيئاً - حقيقة العقد المنظم لهذه العلاقة - وهو الذي أطلق عليه بعض الفقهاء (الحنفية) «عقد الاستصناع» - ومشروعيته، وحكمه وآثاره، وعالجه فقهاء المذاهب (المالكية والشافعية والحنابلة) عن طريق عقد السلم.

ولما كان إبراز المنهج الذي عالج به كل مذهب (الاستصناع) أهميته البالغة، التي تظهر لنا بوضوح، إحاطتهم لهذه العقود بما يدرأ عنها المضرة لأي من المتعاقدين ويجلب لكل منهما ويحقق له المصلحة التي ابتغاها من وراء هذا العقد...

كان تناولي لهذا العقد حسب المنهج التالي:

المبحث الأول: عقد الاستصناع عند الحنفية، ويشمل:

تعريفه، وحكمه ومشروعيته، وتكليفه، وأركانه وشروط جوازه وصفته، آثاره.

المبحث الثاني: الاستصناع عند المالكية، ويشمل:

رأى المالكية في عقد الاستصناع، ورأيهم في بعض الاستصناع – حسب اصطلاح الحنفية – ثم عرض رأيهم في «السلم» في أشياء تصنع، وشروط هذا العقد، ومتابعة صور السلم في الصناعات وبيان حكمها.

المبحث الثالث: الاستصناع عند الشافعية، ويشمل:

رأى الشافعية في عقد الاستصناع، ثم رأيهم في (السلم) في أشياء تصنع، سواء صنعت من مادة واحدة، أو من أكثر من مادة خلقة، أو صنعه (ويمكن ضبط أجزائها، أو لا يمكن، يقصد كل جزء منها أو لا يقصد) . . .

المبحث الرابع: الاستصناع عند الحنابلة، ويشمل:

رأى المذهب الحنبلي في عقد الاستصناع، ثم رأيهم في التعاقد على أشياء تصنع . . .

* ويعرض ذلك – بمشيئة الله تعالى وتوفيقه – ينكشف لنا حقيقة كل من عقدي «الاستصناع» و «السلم» ووجه الالتقاء، والتباعد، وشروط كل من العقدين . . .

وأسال الله تعالى أن يجعل هذا الجهد خالصاً لوجهه الكريم، وأن يغفر لنا زلاتنا، وقصورنا.

﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِكْرَاهًا كَمَا حَمَلْتُمْ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ ۗ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا إِنَّكَ أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾ (١)

(١) من الآية ٢٨٦ آخر سورة البقرة.

المبحث الأول

رأي المذهب الحنفي في عقد الاستصناع

يلزمنا أولاً أن نبين حقيقة هذا العقد، ثم حكمه، وتكييفه، وشروط صحته وأركانه، وما يشترط في المعقود عليه، ثم صفة هذا العقد، وآثاره، وانتهائه.

تعريف الاستصناع، لغة، واصطلاحاً:

(أ) تعريفه لغة:

الاستصناع مصدر للفعل استصنع واستصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه، ويقال: اصطنع فلان باباً: إذا سأل رجلاً أن يصنع له باباً، كما يقال: اكتتب: أي أمر أن يكتب له.

فمعناه لغة: طلب الصنعة، وفي القاموس: الصناعة ككتابة حرفه الصانع وعمله الصنعة، فعلى هذا الاستصناع لغة طلب عمل الصانع.

(ب) تعريف الاستصناع اصطلاحاً:

عرف الحنفية عقد الاستصناع بتعريفات متعددة نورد منها ما يلي:

* عرفه الكاساني بقوله: الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(١)، وعرفه ابن عابدين بقوله: «الاستصناع هو طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص يعلم مما يأتي...»^(٢).

* وعرفه البابرتي بقوله: «الاستصناع أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول:

(١) بدائع الصنائع: ٢/٥، ٣، ٤.

(٢) حاشية رد المحتار: ٢٢٣/٥.

اصنع لي شيئاً صورته كذا، وقدره كذا بكذا درهماً، ويسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها أو لا يسلم»^(١).

ومثله تعريف الكمال بن الهمام: «الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر: اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا أو دستاً - أي برمة - تسع كذا، وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن أو لا يعطى شيئاً فيعقد الآخر معه»^(٢).

وعرفه ابن نجيم بقوله: الاستصناع أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفار اصنع لي خفاً طوله كذا أو سعته كذا، أو دستاً - أي برمة - تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا، ويعطى الثمن المسمى، أو لا يعطى شيئاً، فيقبل الآخر منه»^(٣).

وعرفه في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٤):

«الاستصناع عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع والشيء مصنوع.

* * *

ويتضح من تعريف الاستصناع عند الحنفية ما يأتي:

(أ) أنه تعاقد بين: صاحب صنعة - وهو الصانع - وآخر هو «المستصنع».

(ب) أن المبيع (الشيء المصنوع) هو مبيع في الذمة، شرط فيه العمل - وحددت أوصافه المميزة له عن غيره من وزن وهيئة وغير ذلك.

(ج) أن الثمن معلوم ومحدد، ويصح أن يعطيه المستصنع للصانع مقدماً عند التعاقد، ويصح أن يعطيه قدرأ منه والباقي عند استلام «الشيء المصنوع»، ويصح أن يؤخره إلى أنه يتسلم «المصنوع».

* * *

(١) شرح فتح القدير: ٣٥٤/٥.

(٢) شرح فتح القدير: ٣٥٤/٥.

(٣) البحر الرائق كنز الدقائق: ١٨٥/٦.

مشروعية عقد الاستصناع:

اختلف الفقهاء في جواز عقد الاستصناع إلى رأيين:

الرأي الأول:

يرى أنه لا يجوز عقد الاستصناع، وهو قول زفر من الحنفية وكذا المالكية والشافعية والحنابلة (مع إيجاد بديل لهذا العقد في المذاهب الثلاثة) كما سيأتي بيانه:

إن القياس يقتضي عدم جواز عقد الاستصناع، وذلك لأنه لا يمكن أن يكون عقد إجارة، لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال شخص لآخر احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، أو قال له: اصبغ ثوبك أحمر بكذا، فإنه لا يصح.

وكذلك لا يمكن أن يكون عقد الاستصناع «عقد بيع» باعتبار أن «المستصنع» فيه مبيع لأنه بيع معدوم، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان أي أن بيع ما يكون موجوداً مملوكاً لغير العاقد لا يجوز للنهي عنه، والصنعة المطلوبة — حال العقد — هي معدومة وغير موجودة، فتكون أولى بعدم الجواز.

وأيضاً فإنه لا يمكن أن يكون (سلباً)^(١) لأن هذا ليس بسلم، لأنه

(١) عرف الحنفية السلم بقولهم: «بيع الدين بالدين» فإن السلم فيه مبيع، وهو دين، ورأس المال قد يكون عيناً وقد يكون ديناً، ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بأنفسهما، فيصير عيناً. اهـ. في حاشية أحمد الشلبي هامش تبين الحقائق: ٤/١١٠.

* وعرفه المالكية بـ «عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة، غير متمائل العوضين». قال ابن عرفة: الحطاب: ٤/٥١٤.

* وعرفه الشافعية بـ «بيع موصوف في الذمة...». قال الشارح هذه خاصته المتفق عليها. مغني المحتاج: ٢/١٠٢. وعرفه الحنابلة بـ «عقد على شيء يصح بيعه» موصوف في الذمة، مؤجل — أي الموصوف — بثمن مقبوض في مجلس العقد. قال في المبدع: واعترض بأن قبض الثمن شرط من شروطه، لا أنه داخل في حقيقته فالأولى أنه «بيع موصوف في الذمة إلى أجل» وأجمعوا على جوازه. كشاف القناع: ٣/٢٨٩.

لم يضرب له أجل، ومن شروط صحة السلم أن يكون المعقود عليه وهو (المسلم فيه) مؤجلاً^(١)، وذلك عند الحنفية والمالكية والحنابلة خلافاً للشافعية^(٢).

الرأي الثاني:

يرى جواز عقد الاستصناع استحساناً وهو رأي الحنفية غير زفر، والمالكية في بعض الصور ووجه الاستحسان ما يلي:

١ - أن التعامل بالاستصناع يرجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم من غير تكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»، ولقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

٢ - وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً: «واستصنع منبراً»^(٣).

٣ - وقد احتجم ﷺ وأعطى الحجام. مع أن مقدار عمل الحجامة، وعدد كرات وضع المحاجم، ومصها، غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء.

* وسمع رسول الله ﷺ بوجود الحمّام، فأباحه بمتزر، ولم يبين له شرطاً وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين (رضوان الله عليهم) على هذا الوجه إلى الآن، وهو لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها، فقصرناه على ما جرى به التعامل.

* ومن ثم قصر الحنفية جواز عقد الاستصناع على ما فيه تعامل، وأما

(١) قال رسول الله ﷺ: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» متفق عليه. وبهذا أخذ جمهور الفقهاء.

(٢) جاء في مغني المحتاج: ١٠٥/٢، «ويصح السلم حالاً ومؤجلاً... وإنما يصح حالاً إذا كان المسلم فيه موجوداً عند العقد، وإلا اشترط فيه الأجل...».

(٣) شرح فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ وتبيين الحقائق: ١٢٣/٤.

ما لا تعامل فيه فقد رجعوا فيه إلى القياس، فقالوا بعدم جوازه، كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له، أو يخيّط قميصاً بغزل نفسه»^(١).

* وقال المالكية في بعض الصور بذلك - كما سيأتي، وهو ما سمي بـ «بيعة أهل المدينة»^(٢) على تفصيل وضوابط سيأتي بيانها.

* * *

تكييف عقد الاستصناع:

* وبناء على القول بجواز عقد الاستصناع عند الحنفية، فما تكييفه؟

اختلف علماء الحنفية في تكييف عقد الاستصناع إلى رأيين:

الرأي الأول:

يرى أن عقد الاستصناع هو مواعدة «وهو رأي عند الحنفية حكى عن

الحاكم الشهيد والصفار، ومحمد بن سلمة، وصاحب المنثور:

«وإنما ينعقد العقد بيعاً بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً عنه»، أي قد أتم صنعه، والدليل على أنه مواعدة: أن للصانع ألا يعمل، إذ ليس هو عقداً لازماً^(٣)، وأنه لا يجبر عليه، بخلاف السلم، وللمستصنع ألا يقبل ما يأتي به الصانع، ويرجع عنه، ولا تلزم «المعاملة» وكذا «المزارعة» على قول أبي حنيفة لفسادهما مع التعامل، لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الأول، وهذا كان على الاتفاق^(٤).

أو نقول: «أن ثبوت الخيار لكل واحد منهما فيه دليل على أنه مواعدة وليس عقد بيع وإنما ينعقد بالتعاطي، أي بعد أن يتم الصنع، يعطى هذا الشيء

(١) تبين الحقائق: ١٢٣/٤.

(٢) يراجع ص ٢٨.

(٣) تبين الحقائق: ١٢٣/٤؛ وشرح فتح القدير: ٣٥٥/٥.

(٤) شرح فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ والمبسوط: ١٣٩/١٢.

المصنوع ويعطى الآخر الثمن»^(١) .

الرأي الثاني : في عقد الاستصناع :
يرى أنه ينعقد بيعاً .

وهو الرأي الصحيح في مذهب الحنفية .

وهو مذهب عامة مشايخ الحنفية جاء في شرح فتح القدير : «والصحيح من المذهب جوازه بيعاً ، لأن محمداً (رضي الله عنه) ذكر فيه القياس والاستحسان ، وهما لا يجريان في المواعدة ، ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه تعامل» ، ولو كان مواعدة جاز في الكل ، وسماه (أي محمد بن الحسن) شراء ، فقال إذا رآه المستصنع فهو بالخيار ، لأنه اشترى ما لم يره ، ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها ، ولو كانت مواعدة لم يملكها ، وإثبات أبي اليسر الخيار لكل واحد منهما لا يدل على أنه غير بيع ، ألا ترى أن في بيع المقايضة^(٢) ، لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار ، وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيه المعدوم موجوداً ، وفي الشرع كثير كذلك ، كطهارة المستحاضة ، وتسمية الذبائح إذا نسيها ، والرهن بالدين الموعود ، وقراءة المأموم . كل ذلك اعتبر فيه الشرع المعدوم موجوداً .

شروط صحة عقد الاستصناع عند الحنفية :

نعرض فيما يلي الشروط التي يلزم توافرها لجواز عقد الاستصناع عند الحنفية – مع إيراد آراء المخالفين في اشتراط أي من هذه الشروط إذا وجد اختلاف .

الشرط الأول :

أن يكون المصنوع معلوماً .

(١) والوعد غير ملزم عند الحنفية .

(٢) بيع المقايضة هو «بيع العين بالعين – كبيع السلع بأنواعها، نحو بيع الثوب بالثوب وغيره» ، تبين الحقائق : ٤ / ١١٠ ، حاشية أحمد الشلبي .

وذلك بأن يبين جنس المصنوع، ونوعه، وصفته، وقدره، لأنه لا يصير معلوماً بدونه فإذا جهل شيء من ذلك يفسد العقد، لجهالة المعقود عليه، إذ هو مبيع .

الشرط الثاني:

(أن يكون المصنوع مما يجري فيه التعامل بين الناس) وقد ضرب علماء المذهب أمثلة لذلك:

فقالوا: (مثل أواني الحديد والنحاس والرصاص، والزجاج وكذا الخفاف، والنعال، ولجم الحديد للدواب، ونصول السيوف، والسكاكين، والقسي، والنبل، والسلاح كله والطشت والقمقمة ونحو ذلك - قاله الكاساني .

ثم قال:

(ولا يجوز في الثياب، لأن القياس يأبى جواز الاستصناع، وإنما جوازه استحساناً لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب)^(١) .

* وإذا نظرنا إلى الأمثلة التي أجازوا فيها الاستصناع وجدناها تشمل ما يأتي:

— الأواني المنزلية جميعها .

— والأحذية . . .

— والأسلحة جميعها .

— والمصنوعات الحديدية لاستعمال الدواب .

كما أننا إذا نظرنا إلى دليل جوازها وجدناها (تعامل الناس في هذه الأشياء) وهو عرف مدعم بالنصوص التي أوردناها فيما تقدم، ومن ثم يمكن أن يقال بناء على رأي الحنفية أن كل مصنع جرى فيه التعامل بين الناس اليوم - مما يبيحه الشرع - يكون جائزاً.

(١) بدائع الصنائع: ٢/٥ - ٥ .

* ومن ثم جاء نص المادة (٣٨٩) من مجلة الأحكام العدلية مقررًا ذلك ونصها: (كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الاطلاق وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلمًا، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم، وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضاً.

* * *

أثر اشتراط الأجل في عقد الاستصناع:

فإذا ضرب للاستصناع أجل، وقد اختلف في اعتباره استصناعاً إلى رأيين عند الحنفية:

الرأي الأول: رأي أبي حنيفة.

(يرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا ضرب المتعاقد للاستصناع أجلاً صار سلمًا، حتى يعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم.

أما عقد الاستصناع فقد ثبت فيه خيار الرؤية، فإذا رآه المستصنع فهو بالخيار إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، لأنه اشترى ما لم يره - خلافاً لأبي يوسف - ومن هنا اختلفا.

ووجه قول أبي حنيفة:

أنه إذا ضرب أجلاً في الاستصناع فقد أتى بمعنى السلم (إذ السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً)^(١) والعبرة في العقود لمعانيها، لا لصور الألفاظ فيها، ألا ترى أن البيع ينقصد بلفظ التمليك، وكذا الإجارة، وكذا النكاح على أصلنا، ولهذا صار سلمًا فيما لا يحتمل الاستصناع، وهو ما لم يجر التعامل فيه وكذا هذا الذي ضرب فيه أجلاً.

- ولأن التأجيل يختص بالديون، لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير

(١) قد سبق تعريف السلم ص ٤٣٤.

المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة، وليس ذلك إلاً السلم إذ لا دين في الاستصناع، ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل بالاتفاق، ثم إذا صار سلماً يراعى فيه شرائط السلم، فإن وجدت صح سلماً، وإلاً لم يصح.

الرأي الثاني: رأي أبي يوسف ومحمد:

يرى الصحبان أنه لا يشترط (ألا يكون في عقد الاستصناع أجل) وأنه يكون عقد استصناع على كل حال بدون هذا الشرط، فسواء أضرِب فيه أجل أم لم يضرِب فيه أجل هو عقد استصناع ما دام الشيء المستصنع مما يجوز فيه الاستصناع. فإن كان مما لا يجوز فيه الاستصناع (كالثياب ونحوها) فضرِب أجلاً للاستصناع فيها ينقلب عقد الاستصناع سلماً في قول أبي حنيفة وقول الصحابين بالاتفاق.

ووجه قول أبي يوسف ومحمد في أن هذا ليس بشرط: أن العادة جارية بضرِب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل، لا تأخير المطالبة، فلا يخرج بالأجل عن كونه استصناعاً.

— أو يقال: قد يقصد بضرِب الأجل تأخير المطالبة، وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال، بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع، لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرِب الأجل فيه تعجيل العمل، فتعين أن يكون لتأخير المطالبة بالدين، وذلك بالسلم. أو يقال أن اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره أن ذكر الاستصناع يقتضي ألا يكون سلماً، لأن اللفظ حقيقة وهو ممكن العمل، وذكر الأجل يقتضي أن يكون سلماً لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل وإذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الأول.

ويحكى عن الهندواني: أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال، فلا يصير به سلماً، وإن كان من قبل الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال، وفيما إذا صار سلماً يعتبر شرائط السلم المذكورة.

الترجيح :

أرى أن قول الصاحبين - أبي يوسف ومحمد - في الهدف من ذكر الأجل في عقد الاستصناع وهو أن يقصد المستصنع بذكره والنص عليه تعجيل العمل، وتقديم الشيء والمصنوع في موعد ملائم لمصلحة المستصنع بل والصانع، هو قصد معتبر لا غنى عنه في مثل هذه العقود ضماناً للوفاء بالشيء المستصنع في وقت الحاجة إليه، إذ لو فات هذا الوقت ومضى لأمكن أن تكسد السلعة ولا تتحقق المصلحة من ورائها.

وبخاصة أن عقد الاستصناع عقد غير لازم من الطرفين قبل الصنع بالاتفاق بين علماء المذهب الحنفي، فمن مصلحة المستصنع أن يقدر الأجل الذي يمكنه فيه أن يحصل على الشيء المستصنع تحقيقاً لغرضه، وضماناً لعدم تسرب الزمن منه، وأعداراً للصانع حتى لا يكون انصرافه عنه ورجوعه عن الوفاء دون سبب ظاهر وفيه أيضاً مصلحة للصانع، إذ أنه بالأجل يحثه على الإنجاز وإتمام العمل في الوقت المطلوب، وتقديمه إلى المستصنع في مواعده المحدد، وبعد ذلك يتفرغ لغيره من الأعمال.

* * *

أركان عقد الاستصناع :

الركن الأول: الصيغة - وما يشترط فيها.

ويشترط في صيغة العقد ما يشترط في صيغة عقد البيع ولا نرى الحاجة في الإفاضة في ذلك.

الركن الثاني: العاقدان.

ويشترط فيهما ما يشترط في العاقدين في عقد البيع، ولا نرى الإفاضة في ذلك^(١).

(١) إذا سرنا على رأي الحنفية فالركن هو رضا المتعاقدين، ولكنه لا يقوم الرضا إلا بوجود عاقدين، ومعقود عليه، ومن ثم كان رأي غيرهم جعل هذه الثلاثة أركاناً.

الركن الثالث: المعقود عليه في عقد الاستصناع وما يشترط فيه.

وهذا الركن أرى بسط الحديث فيه إذ هو يتميز بميزات خاصة جعلته يصدق عليه هذا الاسم، وهو (الاستصناع)، فأبين حقيقة المعقود عليه في عقد الاستصناع ثم ما يشترط في المعقود عليه لكي يصح عقد الاستصناع عند علماء الحنفية.

أولاً: حقيقة المعقود عليه في عقد الاستصناع.

اختلف فقهاء المذهب في حقيقة المعقود عليه في هذا العقد إلى رأيين:

الرأي الأول: لأبي سعيد البردعي^(١).

يرى أبو سعيد البردعي أن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو «العمل» لأن الاستصناع استفعال من صنع أي طلب الصنع، وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أن المعقود عليه هو العمل، والأديم فيه والصرم بمنزلة الصيغ، أي بمنزلة الآلة للعمل^(٢)، ولهذا يبطل عقد الاستصناع بموت أحد المتعاقدين، كما تبطل الإجارة بذلك (عند المذهب الحنفي).

الرأي الثاني: وهو رأي جمهور علماء المذهب^(٣).

يرى هؤلاء أن المعقود عليه هو العين وليس العمل، وذكر الصنعة لبيان الوصف وهذا هو الأصح في المذهب الحنفي، وقد قالوا في توجيه هذا الرأي: إن المعقود عليه هو العين (أي المستصنع فيه) لأن الصانع لو جاء بالمستصنع فيه مفروغاً عنه، ولا من صنعه (بأن كان من صنع غيره) أو من صنعه قبل العقد، فأخذ المستصنع كان جائزاً، أي أنه لا يشترط أن يقوم الصانع بعمله في العين

(١) أبو سعيد البردعي: هو أحمد بن الحسين - أبو سعيد - من الفقهاء الكبار، قتل في وقعة القرامطة مع الحاج سنة ٣١٧هـ سبع عشرة وثلاثمائة من الهجرة وتمازج ترجمته في طبقات عبد القادر؛ وحاشية ابن عابدين: ٢٢٥/٥.

(٢) تبين الحقائق، للزيلعي: ١٢٤/٤.

(٣) نفس المرجع السابق.

بعد العقد، حتى لو جاء به مفروغاً، لا من صنعته، أو من صنعته قبل العقد، فأخذه المستصنع جاز.

وكذا لو عمل بعد العقد، وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز، وكذا محمد رحمه الله قال: (إذا جاء به مفروغاً فللمستصنع الخيار لأنه اشترى ما لم يره سماه شراء، وأثبت فيه خيار الرؤية، وهو لا يثبت إلا في العين.

ثم ردوا على ما قاله أبو سعيد البردعي من قوله: (إنه يبطل بموت أحدهما) فقالوا: إنما يبطل بموت أحدهما، لأن للاستصناع شبهة بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع، فله شبهة بالإجارة قلنا يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع، وهو المقصود بالعقد أجرينا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع.

وقيل أن عقد الاستصناع ينعقد إجارة ابتداء وبيعاً انتهاء قبيل التسليم، لأن البيع لا يبطل بموت أحدهما، بل يستوفى من تركته، والإجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع، فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة، كما قلنا في الهبة بشرط العوض إنها هبة ابتداء بيع انتهاء، والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين، فاعتبرناهما جميعاً، توفيراً على الأمرين حفظهما.

فإن قيل: إذا اعتبرتم فيه معنى الإجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي (في العقد) ولا يخير (كما سبق القول).

قلنا: الإجارة تفسخ بالأعذار (عند الحنفية) وهذا عذر (لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم، فباعثاره كان للصانع فسخه (منعاً للضرر به).

وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية، فباعثاره يكون للمستصنع الفسخ، لأنه اشترى ما لم يره — على قول من قال بالتخيير — ولأن الجواز للضرورة فيظهر في حقه، ولا ضرورة في حق اللزوم، فلا يظهر في حقه^(١).

* * *

(١) تبين الحقائق: ١٢٤/٤.

صفة عقد الاستصناع :

يرى الحنفية: أنه لبيان صفة هذا العقد يلزم التفرقة بين احتمالات ثلاثة: حالة ما قبل العمل في السلعة المطلوب صنعها وحالة ما بعد العمل فيها، قبل رؤية المستصنع الشيء المصنوع وحالة ما بعد هذه الرؤية.

الحالة الأولى: حالته قبل العمل في الشيء المستصنع:

أما صفة عقد الاستصناع قبل العمل في الشيء المصنع: فهو عقد غير لازم في الجانبين، جانب الصانع، وجانب المستصنع، بلا خلاف عند الحنفية.

وبناء على ذلك يكون لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين، ويكون لكل واحد منهما الفسخ، لأن القياس يقتضي ألا يجوز عقد الاستصناع - كما سبق ذكره - وإنما عرفنا جوازه استحساناً لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس.

أو نقول إن جواز عقد الاستصناع للحاجة، وهي في الجواز، لا اللزوم. ولذا قلنا إن للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع، لأن العقد غير لازم.

الحالة الثانية: حالته بعد العمل في الشيء المستصنع، وقبل رؤية

المستصنع له:

أما صفة عقد الاستصناع بعد الفراغ من العمل في الشيء المستصنع، وقبل أن يراه المستصنع، فهو أيضاً عقد غير لازم، لأنه لا يتعين إلاً باعتبار المستصنع، حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء (كذا ذكر في الأصل) لعدم تعينه، لأن العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة، لما ذكرنا من أنه لو اشترى المصنوع من مكان، وسلمه إليه، جاز، وهذا دليل على أنه يتعلق بالذمة (مثله) ولا يتعلق بالعين.

* وكذا لو باعه الصانع لغير المستصنع، وأراد المستصنع أن ينقض البيع

ليس له ذلك؛ لأنه لا يتعين إلاً باختيار المستصنع، ولم يختر، لكنه لم يره.

* ولو استهلك الصانع المصنوع قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم - كذا قال أبو يوسف - فإنه لا يجب شيء، إذ قد فات في مقابل الثمن، فلا يستحق البائع شيئاً، ومثله هذا.

الحالة الثالثة: حالته بعد انتهاء العمل وإحضار المصنوع للمستصنع: إذا أحضر الصانع العين للمستصنع على الصفة المشروطة، ورآها، فقد اختلفت الرواية في اللزوم وعدمه بالنسبة لكل من الصانع والمستصنع إلى ثلاث روايات:

الرواية الأولى:

أنه إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع، وللمستصنع الخيار أي أنه يكون العقد لازماً بالنسبة للأول دون الثاني.

وذلك لأن الصانع بائع للمستصنع ما لم يره، فلا خيار له.

وأما المستصنع فمشتري ما لم يره، فكان له الخيار، إذا رآه.

وإنما كان كذلك، لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة، فقد ألحق بالموجود ليتمكن القول بجواز العقد، كما سبق بيانه.

ولأن الخيار كان ثابتاً للصانع والمستصنع قبل الإحضار، لأن العقد غير لازم كما سبق القول - والصانع بإحضاره المصنوع أسقط خيار نفسه، فبقي خيار صاحبه (وهو المستصنع) على حاله، كالبيع الذي شرط فيه شرط الخيار للمتعاقدين، إذا أسقط أحدهما خياره أنه يبقى خيار الآخر، كذا هذا.

(هذا جواب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضي الله عنهم).

الرواية الثانية:

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن لكل واحد منهما الخيار. أي أن العقد لا يكون لازماً حتى بعد إحضار المصنوع ووجه هذه الرواية أن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه، ودفع الضرر واجب.

الرواية الثالثة: روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما، أي أن العقد يكون لازماً وذلك لأن الصانع قد أفسد متاعه، وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه لكان فيه إضرار بالصانع.

بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد، لأننا لا ندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة، أو لا يقع، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه. فثبت الخيار.

* وقد رجح المذهب جواب ظاهر الرواية، فقال الكاساني هو الصحيح، لأن في إثبات الخيار للصانع ما شرع له الاستصناع، وهو دفع حاجة المستصنع، لأنه متى ثبت الخيار للصانع، فكل ما فرغ عنه يتبعه من غير المستصنع، فلا تندفع حاجة المستصنع.

* ورد على قول أبي يوسف بقوله:

وأما قول أبي يوسف أن الصانع يتضرر بإثبات الخيار للمستصنع مسلم، ولكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع لأن المصنوع إذا لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله، ولا يتعذر ذلك على الصانع، لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك.

ولأن المستصنع إذا غرم ثمنه، ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته، فلا بد من ثبوت الخيار للمستصنع، والله سبحانه وتعالى أعلم وهو موفق^(١).

فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم، أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفافاً معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز، ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار، فكان جائزاً.

(١) بدائع الصنائع: ٢/٥ - ٤.

فإن عمل كما أمر استحق الأجر، وإن أفسد فله أن يضمته حديداً مثله؛ لأنه لما أفسده، فكأنه أخذ حديداً له، واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع لأن المضمونات تملك بالضمآن.

* وهذا غير ما نحن فيه، إذ ما نحن فيه (عقد الاستصناع) هو أن الشيء محل عقد الاستصناع يتكون من مادة وصنعة، وكلاهما من عند الصانع، ولذلك اختلفا فهذا عقد استصناع وأما الآخر فعقد إجارة كما أسلفنا.

الترجيح:

وأرى رجحان ما انتهى إليه المذهب من أن خيار الصانع سقط بعد إحضار السلعة إلى المستصنع، وثبت خيار الرؤية للمستصنع، لأنه يشتري ما لم يره.

آثار عقد الاستصناع:

وأما حكم عقد الاستصناع، أي الأثر المترتب على عقد الاستصناع فهو:

ثبوت الملك للمستصنع في العين المباعة في الذمة.

وثبوت الملك للصانع في الثمن.

وكل ذلك على الوجه الذي بيناه فيما تقدم.

* * *

انتهاء عقد الاستصناع:

ينتهي عقد الاستصناع بما يلي:

١ - إتمام صنع الشيء، وتقديمه إلى المستصنع، وقبوله له فإذا تم ذلك ملك المستصنع الشيء المصنوع، وملك الصانع الثمن، فإن كان الثمن قد دفعه مقدماً فيها، وإلاً بأن كان مؤجلاً كله أو بعضه فإنه يلزمه دفعه كله أو ما تبقى منه، فور قبوله الشيء - المصنوع.

٢ - موت أحد العاقدين:

وذلك نظراً لأن لعقد الاستصناع شبهاً بالإجارة وشبهاً بالبيع، أو هو كما سبق أن بينا إجارة ابتداء بيع انتهاء.

وإذا كان لعقد الاستصناع شبهاً بالإجارة فإن الإجارة تنفسخ بموت أي العاقدين أو كليهما، وذلك لأن الإجارة عند الحنفية تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة شيئاً فشيئاً، وإذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها، والملك صفة الموجود لا المعدوم، فلا يملكها الوارث، إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث، فما لم يملكه يستحيل وراثته.

وإذا كان عقد الاستصناع له شبه بالإجارة فيعطي حكمها، ومن ثم نص فقهاء المذهب على أنه إذا مات الصانع يبطل عقد الاستصناع ولا يستوفى المصنوع من تركته [ذكره محمد في كتاب البيوع فتح القدير: ٣٥٦/٥] ونص في الحموي على الأشباه على أنه (يبطل الاستصناع بوفاة الصانع أو المستصنع لمشابهته للإجارة، والإجارة تنفسخ بالموت).

٣ - وبناء على أن للاستصناع شبهاً بالإجارة، فإنه أيضاً ينتهي عقد الاستصناع بهلاك العين التي تعينت لصنع الشيء المطلوب صنعه في عقد الاستصناع منها وذلك لوقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه (المصنوع) حينئذ، أما إذا كان مثلها يوجد في الأسواق ويتمكن الصانع من الحصول عليه بيسر وسهولة فإنه لا ينتهي عقد الاستصناع لعدم اليأس من استيفاء المعقود عليه.

٤ - نص المذهب الحنفي على أن الإجارة تنتهي بانقضاء المدة إلا لعذر لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود هذه الغاية، إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل.

ولما كان عقد الاستصناع له شبه الإجارة فإننا إذا طبقنا هذا الحكم عليه وأجزنا ذكر الأجل فيه على رأي ابي يوسف ومحمد - (كما سبق بيانه)^(١) فإنه إذا انقضى الأجل دون أن يتم الانتهاء من الصنع، فإن عقد الاستصناع ينتهي بانقضاء المدة دون الانتهاء من الصنع وتقديم الشيء المصنوع إلى المستصنع على الصفة التي اتفقا عليها.

(١) ص ٤٤٠.

رأي المذهب المالكي في التعاقد (استصناعاً) أو (سلباً) على الأشياء التي يراد تصنيعها

نوضح فيما يلي - بإذن الله تعالى وتوفيقه - رأي المالكية في عقد الاستصناع، الذي أجازه المذهب الحنفي، ثم رأيهم في عقد السلم الذي يرد على عين تصنع، ثم تسلم عند حلول الأجل الذي اتفق عليه العاقدان في عقد السلم إلى المسلم (المشتري).

المطلب الأول

رأي المالكية في جواز عقد الاستصناع

يرى المالكية عدم جواز عقد الاستصناع، الذي بيناه آنفاً في المذهب الحنفي، والذي يدور حول أن يتعاقد المستصنع مع الصانع على أن يصنع له من مادة مملوكة للصانع شيئاً ما بثمن معين يدفعه عند تقديم الصانع الشيء المستصنع إلى المستصنع.

* وقد أثار علماء المذهب هنا صورتين جمع بينهما أن المعقود عليه يسلم في المستقبل وكذا الثمن، وقد اختلف الحكم فيهما:

الصورة الأولى: (الشراء من دائم العمل حقيقة أو حكماً^(١)) - كالخباز والجزار والبقال واللبان - وحكمه أنه بيع في المذهب، وروي عن مالك عدم جوازه:

(١) حقيقة ككون البائع من أهل حرفة هذا الشيء لتيسره عنده فأشبهه المعقود عليه المعين، وحكماً بأن يؤخر الشروع في الأخذ خمسة عشر يوماً - الدسوقي: ٢١٦/٣، والحطاب.

(أ) قال الحطاب: (هذه تسمى بيعة أهل المدينة) لاشتهارها بينهم، والمسألة في كتاب التجارة إلى أرض دار الحرب من المدونة، وفي أوائل السلم قال في كتاب التجارة، وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم، يأخذ كل يوم شيئاً معلوماً، ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء، وكذلك كل ما يباع في الأسواق، ولا يكون إلاً بأمر معلوم يسمى ما يأخذ كل يوم، وكان العطاء يومئذ مأموناً، ولم يروه ديناً بدين واستخفوه انتهى. وقد ذكروا أنه يتأخر الشروع العشرة أيام ونحوها، وقال في رسم حلف بطلاق امرأته من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع، وحدثنا مالك عن عبد الرحمن بن المجرم عن سالم بن عبد الله قال: كنا نبتاع اللحم من الجزائريين بسعر معلوم نأخذ منه كل يوم رطلاً، أو رطلين، أو ثلاثة، ويشترط عليهم أن يدفعوا الثمن من العطاء قال: وأنا أرى ذلك حسناً، قال مالك: ولا أرى به بأساً إذا كان العطاء مأموناً وكان الثمن إلى أجل، فلا أرى به بأساً، قال ابن رشد (كنا... إلى آخره) يدل على أنه معلوم عندهم مشهور ولاشتهار ذلك من فعلهم سميت (بيعة أهل المدينة)، وهذا أجازه مالك وأصحابه اتباعاً لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين، أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه، وأن يكون أصله عند المسلم إليه، على ما قاله غير ابن القاسم في سماع سحنون من السلم والآجال.

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

(ب) وقد روي عن مالك أنه لم يجز ذلك، ورآه ديناً بدين. وقال تأويل حديث (مجرم) أن يجب عليه ثمن ما يأخذ كل يوم إلى العطاء، وهذا تأويل سائغ في الحديث، لأنه إنما سمي فيه السوم وما يأخذ كل يوم، ولم يذكر عدد الأبطال التي اشترى منه فلم ينعقد بينهما بيع على عدد مسمى من الأبطال، فكلما أخذ شيئاً وجب عليه ثمنه إلى العطاء، ولا يلزم واحداً منهما التماذي على ذلك إذا لم يعقدا بيعهما على عدد معلوم مسمى من الأبطال، فكلما أخذ شيئاً وجب عليه ثمنه إلى العطاء، وإجازة ذلك مع تسمية الأبطال التي يأخذ منها في

كل يوم رطلين أو ثلاثة على الشرطين المذكورين هو المشهور في المذهب، وهو قوله في هذه الرواية: وأنا أراه حسناً، معناه: وأنا أجزى ذلك استحساناً، اتباعاً لعمل أهل المدينة وإن كان القياس يخالفه انتهى).

هذه المسألة كما قررها علماء المذهب تحتوي على عناصر معينة.

١ - أن يتعاقد المشتري مع شخص دائم العمل حقيقة، أو حكماً ككون البائع من أهل حرفة ذلك الشيء لتيسره عنده، فأشبه المعقود عليه المعين. (قال اللخمي (السلم في الشيء لمن هو من أهل حرفته جائز على الحلول).

فهو تعاقد مع أهل حرفة معينة، وضربوا له مثلاً بالخباز، والجزار، واللبان والبقال ومثل ذلك كل ما يباع في الأسواق.

٢ - أن المعقود عليه كله غير موجود وقت التعاقد، وأن مقتضى هذه المهنة أن يوجد مع البائع في كل يوم، وما على المشتري إلا أن يتقدم إليه لأخذ ما اتفقا عليه من المقدار في كل يوم.

٣ - (أن الشراء إما لجملة يأخذها مفرقة على أيام - كقنطار بكذا كل يوم رطلين - أو يعقد معه على أن يشتري منه كل يوم عدداً معيناً - وليس لأحدهما الفسخ في الصورة الأولى، أما الثانية فلاي منهما ذلك) الدسوقي: ٢١٦/٣، ومسألتنا هي الأولى.

٤ - أن مقدار ما يأخذه البائع في كل يوم معلوم.

٥ - أن الثمن هنا في صورتنا مؤجل إلى أجل معلوم - وهو العطاء - وكان العطاء يومئذ مأموناً - ومنه يفهم أن الأجل معلوم لأن للعطاء أجلاً معيناً، وأن الوفاء بالثمن مطمئن إليه، لأن العطاء مأمون الوصول إلى مستحقه. فإذا حل الأجل سلمه جميع ثمن ما أخذه خلال المدة الماضية.

* هذا النوع من التعاقد يرجح المذهب المالكي أنه بيع، وليس سلماً.

- أما أنه بيع، فقد تقدم لنا نص ما ورد في المدونة وهو يعبر عن كونه

بيعاً (قال في كتاب التجارة وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم . . .).

وقد روي عن سالم بن عبد الله قوله: (كنا نبتاع اللحم من الجزائريين بسعر معلوم) قال الدسوقي: (ووجه كونه بيعاً لا سلماً أنهم نزلوا دوام العمل منزلة تعين المبيع والمسلم فيه لا يكون معيناً)

وقال ابن عرفة أنه: (يخالف السلم أيضاً في عدم وجوب نقد رأس المال)^(١).

ولكن اللخمي ورد عنه: (السلم في الشيء لمن هو من أهل حرفته جائز على الحلول)^(٢).

— وقد نقلنا آنفاً أنه: ليس ذلك محض سلم، ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه فيه.

ولا شراء شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله.

وإذا لم يكن بيعاً حقيقة ولا سلماً محضاً، فما هو؟

فهو عقد خاص جمع بين بعض خصائص البيع وبعض خصائص السلم وسموه (بيعة أهل المدينة).

حكم هذا النوع من التعاقد:

في المذهب رأيان:

الرأي الأول: وهو المشهور في المذهب — أنه يجوز هذا التعاقد ويصح — وقد أجازاه مالك وأصحابه اتباعاً لما جرى عليه عمل أهل المدينة، فقد اشتهر ذلك بينهم، ولاشتهار ذلك من فعلهم سميت (بيعة أهل المدينة).

(١) المواق على الخطاب: ٥٣٨/٨.

(٢) نفس المصدر.

وقد اشترطوا لصحته شرطين:

الشرط الأول: أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه، وقد ذكروا أنه يجوز أن يتأخر الشروع العشرة أيام ونحوها.

الشرط الثاني: أن يكون أصل المسلم فيه عند المسلم إليه، على ما قاله غير ابن القاسم في سماع سحنون من السلم والآجال، وليس ذلك محض سلم: ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه فيه، ولا شراء شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله.

* وكأني بالمذهب يريد أن يطمئن إلى أمرين: الأول: أن يكون أصل السلعة موجوداً حتى لا يكون العقد ديناً بدين، والثاني: أن يشرع في الأخذ فعلاً، بأن قبض أوله، حتى لا يكون بيعاً لشيء غير موجود عند التعاقد بثمن مؤجل، ويعتبر الشروع قائماً إذا تم في مدة قريبة.

الرأي الثاني: ما نقلناه آنفاً (أنه روي عن مالك أنه لم يجز هذا العقد، ورآه ديناً بدين، وقال تأويل حديث مجمر، أن يجب عليه ثمن ما يأخذ كل يوم إلى العطاء، وهذا تأويل سائغ في الحديث، لأنه إنما سمي فيه السوم وما يأخذ كل يوم، ولم يذكر عدد الأبطال التي اشترى منه، فلم ينعقد بينهما بيع على عدد مسمى من الأبطال، فكلما أخذ شيئاً وجب عليه ثمنه إلى العطاء، ولا يلزم واحداً منهما التمادي على ذلك إذا لم يعقدا بيعهما على عدد مسمى من الأبطال، فكلما أخذ شيئاً وجب عليه ثمنه إلى العطاء.

وإجازة ذلك مع تسمية الأبطال التي يأخذ منها في كل يوم رطلين أو ثلاثة على الشرطين المذكورين هو المشهور في المذهب، وهو قوله في هذه الرواية: وأنا أراه حسناً، معناه: وأنا أجزى ذلك استحساناً اتباعاً لعمل أهل المدينة، وإن كان القياس يخالفه.

إذن إجازة هذا النوع من التعاقد مبنية على الاستحسان الذي دليله عمل أهل المدينة، وحديث مجمر.

أما القياس فإنه لا يجيز هذا النوع من التعاقد .

الآفاق التي تمتد إليها هذه الصورة في عالمنا المعاصر :

على ضوء ما قرره علماء المالكية من جواز هذا النوع من العقد (على المشهور في المذهب) وعلى ضوء ما أحاطوا به العقد من شروط للقول بصحته وما يحيط به من خصائص لا تجعله سلماً محضاً، ولا شراء شيء بعينه حقيقة، على الوجه الذي أوضحناه تفصيلاً فيما تقدم .

أستطيع أن أقول :

إن المالكية فتحوا باباً للتعاقد مع أصحاب الحرف – ومنهم أصحاب الصناعات – على أن يقدموا لهم ما يحتاجون إليه من أشياء مصنعة، سواء أكانت خبزاً، أو غيره من المصنوعات التي تنتجها المصانع بصفة مستمرة يومياً، ويحتاج إليها الناس في كل يوم من لحم، وخبز، أو لبن، أو مشروب مشروع، بل يمكن أن نعيده إلى ما ليس بمأكل، من أدوات التنظيف كالصابون بأنواعه للوجه أو للملابس أو للأرض . . . وأدوات التطهير، وأدوات الخياطة من خيط وأزرار، وما شابه ذلك من كل ما يباع في الأسواق وما يعتاده الناس .

*** علاقة هذا العقد بعقد التوريد :**

إن عقد التوريد هو عقد يلتزم فيه المورد بتقديم سلعة معينة بثمان معين لجهة معينة في موعد معين .

إذا نظرنا إلى خصائص هذا العقد وجدناه يتفق مع عقد التوريد في هذه الخصائص ومن ثم يكون عقد التوريد عقداً صحيحاً، إذا توافرت فيه جميع الشروط التي نص عليها الفقهاء في عقد البيع، بالإضافة إلى ما اشترطناه في هذا العقد الذي معنا .

صلة هذا العقد بعقد الاستصناع عند الحنفية :

(أ) واضح أن كلا المذهبين بنى رأيه في جواز العقد (عقد الاستصناع

عند الحنفية) و (بيعة أهل المدينة) على الاستحسان، وقد سبق أن بينا أدلة كل مذهب للأخذ بالاستحسان.

أما القياس: فقد رأى المذهب أن لا يصح أي عقد من هذين العقدين لأنه بيع ما لم يوجد، وبيع ما لم يوجد منهى عنه بحديث الرسول الله ﷺ . . . إلى آخر ما ذكرناه في موطنه في بداية عقد الاستصناع.

(ب) وأن كلا المذهبين قد فتح باباً لسد حاجات الناس من السلع التي تحتاج إلى صناعة، والصناعة في كل عصر تحتاج إلى دراسات للسوق، ولحاجة الناس المتجددة، ولأغراضهم المختلفة، ولقدراتهم المادية . . . ، ولرغباتهم وغير ذلك من الدراسات، ومن ثم فتح الباب لتلبية هذه الحاجات بتقديم المُتَّجِجِ أو الشيء المصنوع إلى من يطلبه مع بيان الجنس والنوع والصفة، والشكل والهيئة، والحجم، والمقدار . . . وغير ذلك مما اتفق عليه المتعاقدان.

(ج) ويختلف العقدان من جوانب.

— أن عقد الاستصناع عقد جائز غير لازم عند الحنفية، قبل العمل، أما بعد العمل، وإحضاره فقد اختلف في لزومه — على ما سبق ذكره وإن كان أحد الآراء يجعله لازماً إذا جاء على الصفة التي اتفق عليها، وهو رأي أبي يوسف^(١).

أما المالكية: فيجعلونه لازماً، إذ هو بيع كما صرح المذهب (والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع . . . ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمى ما يأخذ كل يوم، ويشرع في الأخذ (ويجوز التأخر في الشروع لعشرة أيام) ويتأخر الثمن جميعه إلى العطاء).

والقول باللزوم في عقود المعاوضات هو الذي أراه راجحاً، منعاً من النكوص عن الوفاء بما أوجبه العقد عند التغير الذي يحدث عادة في الأسواق من جراء رواج سلعة أو نفاذها، أو من تبدل الرغبات فيها أو من إغراق السوق ببديل أفضل أو ما إلى ذلك، مما يؤدي إلى الإضرار بأحد المتعاقدين عند التراجع عن العقد والعدول عن الصفقة.

(١) يراجع رأي أبي يوسف في صفحة ٤٤٦.

الصورة الثانية:

الشراء من غير دائم العمل لسلعة تصنع هو سلم:

نص المذهب المالكي على أن شراء سلعة تصنع من غير دائم العمل هو سلم يأخذ أحكامه فلا يعين العامل ولا المعمول منه، ويكون ديناً في الذمة. وقد مثلوا له بما إذا عقد على قنطار خبز يؤخذ من المسلم إليه بعد شهر قدره - وصفته كذا.

ثم أوضح الدسوقي أن غير دائم العمل هو من كان انقطاعه أكثر من عمله أو تساوى عمله وانقطاعه^(١).

وحكم هذه الصورة:

أن الشراء من غير دائم العمل جائز، وهو سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم من تعجيل رأس المال، وضرب الأجل، وعدم تعيين العامل، والمعمول منه، فإن عُيِّنَا أو أحدهما كان فاسداً.

وسياتي لنا في الصور التالية رأي أشهب في جواز السلم إذا عين العامل والمعمول منه حيث قال: (وإن تعيين المعمول منه أو العامل لا يضر في السلم). وبناء على ذلك يصح شراء سلعة تصنع من غير دائم العمل، مطلقاً سواء عين المعمول منه بأن قال من هذا النحاس بعينه - أو عين العامل - بأن قال من صنعة فلان من الناس أو عينهما.

المطلب الثاني

في السلم في الصناعات

لقد نص علماء المالكية على أن استصناع شيء معين - كاستصناع سيف أو ركاب من حداد، أو سرج من سروجي، أو ثوب من حياك، أو باب من نجار - على صفة معلومة بثمن معلوم، وهو سلم تشترط فيه شروط

(١) حاشية الدسوقي: ٢١٧/٣.

السلم^(١) على الوجه الذي سنبينه .

ويستوي في هذه الصورة أن يكون الصانع المعقود معه دائم العمل، أو غير دائم العمل^(٢) .

شروط صحة السلم في الصناعات :

بَيِّنَا أَنفَاءً أَنْ اسْتَصْنَعَ السِّيفَ وَالسَّرِجَ وَنَحْوَهُمَا سَلْمٌ، سِوَاءَ كَانَ الصَّانِعُ الْمَعْقُودَ مَعَهُ دَائِمَ الْعَمَلِ أَوْ غَيْرَ دَائِمَ الْعَمَلِ، كَأَنْ تَقُولَ لِإِنْسَانٍ اصْنَعْ لِي سِيفًا أَوْ سَرِجًا صَفْتَهُ كَذَا بَدِينَارٍ، فِقَبْلَ، فَإِنَّهُ يَشْتَرِطُ لَصِحَّتِهِ تَعْجِيلَ رَأْسِ الْمَالِ، وَضَرْبَ الْأَجْلِ، وَأَلَّا يُعَيِّنَ الْعَامِلَ، وَلَا الْمَعْمُولَ مِنْهُ .

* أما فساد السلم بعدم تعجيل رأس المال، فذلك حتى لا يصير بيع كاليء بكاليء، وهو منهى عنه .

* وأما فساده بعدم ضرب الأجل، فذلك لقول النبي ﷺ: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» [رواه البخاري ومسلم].

* وأما فساده بتعيين العامل والمعمول منه أو أحدهما فلا اعتبارات نبينها فيما يأتي نظراً لاختلاف الآراء في هذا الحكم في كل صورة منها، مما يقتضي منا فصل كل صورة عن الأخرى .

(١) وشروط السلم عند المالكية إجمالاً هي :

* الأول: تسليم رأس المال (حلولة) (ورأس المال هو الثمن أو المسلم) للنهي عن الكاليء بالكاليء .

* الثاني: أن يكون المسلم فيه (وهو السلعة المؤخرة - الثمن -) ديناً .

* الثالث: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل معلوم .

* الرابع: أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند المحل .

* الخامس: أن يكون المسلم فيه معلوم المقدار .

* السادس: أن يكون المسلم فيه معلوم الأوصاف .

(٢) الدسوقي: ٢١٧/٣ .

مع النص مقدماً على أن الرأي السائد في المذهب هو فساد هذا السلم إذا عين العامل، أو المعمول منه، أو هما معاً بالأولى، وصحته إذا لم يعينهما أو أحدهما وذلك أربعة أقسام نعرضها فيما يلي:

القسم الأول

حكم السلم في الصناعات إذا لم يعين العامل

ولا المعمول منه (الشيء المصنع)

في هذه الصورة يكون مسلماً يجري عليه حكمه، فلا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل، وتقديم رأس المال.

قال في المدونة: من استصنع طستاً أو قننسة أو خفاً أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة، فإن كان مضموناً إلى مثل أجل السلم، ولم يشترط عمل رجل بعينه، ولا شيئاً بعينه يعمله منه، جاز ذلك إذا قدم رأس المال مكانه، أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال (الثلث) أجلاً بعيداً لم يجز، وصار ديناً بدين.

القسم الثاني

حكم السلم في الصناعات

إذا عين الشيء المعمول منه والعامل

وقد ضرب المذهب أمثلة لهذا القسم بما إذا قال المستصنع للصانع اعمل من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الخشب بعينه، أو من هذا الغزل بعينه، قوساً أو باباً صفته كذا...

حكم هذا القسم:

(أ) يرى المذهب المالكي (خلافاً لأشهب) فساد السلم في هذا القسم لأن المعمول منه ليس ديناً في الذمة، ومن شروط صحة السلم أن يكون المسلم فيه (المثمن) ديناً في الذمة.

إذ السلم بالاتفاق (بيع شيء موصوف في الذمة).

وإذا لم يكن مسلماً فإنه يكون من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع . . . فإن كان يعرف وجه خروج الشيء من العمل، أو تمكن إعادته للعمل (كالنحاس) «وعمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع في العمل بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك . . . فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط . . . حتى يشرع في العمل.

فإن انتفى معرفة وجه خروج الشيء من العمل (صفتة من كونه جيداً أو رديئاً) أو إمكان إعادته فلا يجوز.

(ب) يرى أشهب جواز السلم إذا عين المعمول منه أو العامل حيث قال: (إن تعيين المعمول منه أو العامل لا يضر في السلم)^(١).

القسم الثالث

حكم السلم في الصناعات

إذا عين المعمول منه دون العامل

(أ) يرى المذهب أنه إذا عين المسلم (المستصنع) المعمول منه، دون العامل فإنه لا يصح السلم عند المالكية أيضاً (خلافاً لأشهب).

وذلك لأن المسلم فيه (المثمن) لا بدّ من أن يكون ديناً في الذمة، ولا يصلح أن يكون معيناً، فإذا عين كما في هذه الصورة فإنه لا يصح السلم.

وإذا لم يصح السلم فإنه يكون أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع — على الوجه الذي ذكرناه في القسم الثاني — إلا أنه يجوز على تعجيل العمل، وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام، يتعجيل النقد وتأخيره.

(١) حاشية الدسوقي: ٢١٧/٣.

(ب) ويرى أشهب جواز السلم إذ أن تعيين المعمول منه، أو العامل لا يضر في السلم، وهنا عين المعمول منه، فلا يضر ذلك ويصح السلم فيه.

القسم الرابع

حكم السلم في الصناعات إذا عين العامل فقط

إذا عين المستصنع العامل فقط دون المعمول منه، كأن يقول له:

أن يكون الصانع فلاناً من الناس، فقد اختلف في حكم هذه الصورة أيضاً.

(أ) يرى المذهب المالكي: (خلافاً لأشهب) أنه لا يصح السلم إذا عين العامل. قال في المدونة: فإن شرط عمل رجل بعينه لم يجز، وإن نقده، لأنه لا يدري أيسلم ذلك الرجل إلى ذلك الأجل أم لا، فذلك غرر. اهـ. وعلى هذا درج ابن رشد.

وقال ابن رشد: لا يجوز ذلك لأنه يحتويه أصلان متناقضان:

لزوم النقد لكون ما يعمل منه مصوغاً، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه^(١).

(ب) ويرى أشهب جواز السلم في هذه الصورة أيضاً لأن تعيين العامل أو المعمول منه لا يضر في السلم عنده.

وقد جاء في المدونة — في موضع آخر — ما يقتضي جواز السلم إذا عين العامل فقط، لقولها: من استأجر من يبني له داراً، على أن الجص والآجر من عند الأجير جاز، وهو قول ابن بشير. اهـ موافق.

وهذه الصورة الواردة في المدونة تفتح باباً لجواز عقد المقاول، والذي بمقتضاه يقوم المقاول بالقيام بالعمل ومادة العمل من عنده هو رأي المقاول — وما على الطرف الآخر إلا أن يتسلم المعقود عليه كاملاً في مقابل ما دفعه من ثمن.

(١) المقدمات، لابن رشد: ١٥٩/٢.

المطلب الثالث

صور أخرى في هذا الموطن

أثار علماء المالكية عدة صور تتعلق بموضوع بحثنا بينها ووضحوا حكمها، وهي:

الصورة الأولى: أن يجد صانعاً يصنع شيئاً من مادة يملكها، فقال له: (أكمل له لي على صفة كذا بدينار). وهي مسألة (وتور ليكمل)^(١).

ففي هذه الصورة:

نجد أن المادة المصنعة ملك للصانع.

وأن الصانع بدأ في تصنيعها.

وأن المشتري رأى ما يصنعه في المرحلة الأولى.

ثم طلب المشتري من البائع أن يكملها له، وحدد الصفة الخاصة التي يبتغيها، وحدد الثمن لهذا الشيء والمصنع.

ففي هذه الصورة وقع العقد على المصنوع على وجه السلم، ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري.

حكمها:

يرى المالكية جواز هذا البيع، ولكن بشرط أن يشرع الصانع في تكميله بالفعل أو بعد أيام قلائل، كخمسة عشر يوماً فأقل، وإن لم يشرع في تكميله خلال هذه المدة منع هذا البيع، لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه.

وكذلك يشترط أن يكون عند الصانع نفس المادة المصنعة - كالنحاس مثلاً - بحيث إذا لم يأت المصنوع على الصفة المطلوبة كسره وأعاده، وكماله مما عنده من النحاس. فإن كان الشيء لا يمكن إعادته كالثياب.

فقد قال اللخمي: في مسألة شراء الثوب على أن يتم له نسجه إن مثل ذلك الثوب يشترط صبغه، وشراء العود على أن يعمل له تابوتاً، هذا كله لا يجوز،

(١) حاشية الدسوقي: ٢١٥/٣.

لأنه مما يختلف خروجه، ولا يمكن أن يعاد لهيئته الأولى .

قال فأثماً إن كان هذا المشتري المعين إذا شرط على بائعه أن يعمله لا يختلف صفته إذا صنع فإنه جائز، قال وذلك كالذي يشتري القمح على أن يطحنه بائعه والزيتون على أن يعصره فيأخذ منه كيلاً معلوماً، وكذلك الثوب على أن يخيطة فهذا كله جائز .

وقال: لو لم يسلم في الغزل على أن ينسج، واشتراه على أنه إن خرج على ما وصفه أخذه ونقد الثمن، وإن خرج على غير ذلك كان لبائعه جاز. اهـ .
انظر على هذا بالنسبة إلى الحرار يكون الثوب بيده يعمله فيشتريه منه التاجر على أن يكمله له على هذا المأخذ .

تكييف المذهب لهذه الصورة:

اختلف علماء المذهب في تكييف هذه الصورة، هل هي من باب اجتماع البيع مع الإجارة — باعتبار أن المادة المصنعة من عند البائع — أو من باب السلم باعتبار عدم وجود الشيء المصنوع وقت التعاقد؟

فقد اختلف علماء المالكية في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أن هذه الصورة من باب اجتماع البيع والإجارة وذلك يجوز وهذا الرأي هو ما نصَّ عليه في الشرح الكبير للدردير، تبعاً لابن الحاجب والتوضيح^(١) .

(١) جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢١٥/٣: «وقد جعل عج وعبق، وشارحنا هذه المسألة تبعاً لابن الحاجب والتوضيح من باب اجتماع البيع والإجارة»، ثم قال وهو مغاير لأسلوب المصنف: ويصح أن يكون من باب السلم بناءً على رأي: أشهب المجوز في السلم تعيين المصنوع منه والصانع، وهنا عين المصنوع منه وهذه يمنعا ابن القاسم وأنت إذا أمعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم، نظراً للمعدوم في حال العقد، ولها شبه بالبيع نظراً للموجود، وليست من اجتماع البيع والإجارة، ولكن أقرب ما يتمشى عليه كلام المصنف قول أشهب الذي يجيز تعيين المعمول منه .

أما أنها من باب البيع، فلأن السلعة المطلوب تصنيعها موجودة حال التعاقد، وقد تعاقد مع صاحبها على صنعها.

وأما أنها من باب الإجارة، فلأنه قد تعاقد مع صاحب السلعة على أن يتم تصنيعها شيئاً معيناً من هذه المادة.

فقد اجتمع في العقد بيع وإجارة، ويجوز عند المالكية اجتماع عقد البيع مع الإجارة.

الرأي الثاني: يرى أنها من باب السلم فتجوز أيضاً:

وهذا الرأي يتمشى مع رأي أشهب الذي يجوز في السلم تعيين المصنوع منه والصانع، وفي هذه الصورة عين المصنوع منه - فقط - أي المادة المصنعة التي اشتراها من البائع.

أما أنها من باب السلم، فلأنه (السلعة المصنعة)، والتي جرى التعاقد عليها معدومة حال العقد، إذ الموجود فقط مادتها لدى البائع، ولكن ما جرى عليه التعاقد هو (إبريق أو طشت أو غيرهما) مما يصنع من هذه المادة، فالإبريق وما مثله معدوم حال التعاقد.

يقول صاحب الشرح الكبير: «وإطلاق السلم على هذا الشراء مجاز وإنما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكماً، فهو من أفراد»، وإن اشترى المعمول منه واستأجره جاز إن شرع، ويضمنه مشتريه بالعقد وإنما يضمنه بائعه ضمان الصانع^(١).

وقد منع ابن القاسم: - في السلم تعيين المعمول منه لأن من شروط السلم أن يكون - المسلم فيه ديناً (في الذمة) فإذا تعين المعمول منه، لا يكون حينئذٍ ديناً، ومن ثم لا يصح سلماً لعدم توافر شرطه وبناءً على رأيه تكون بيعاً أي مع إجارة - كما تقدّم - .

(١) حاشية الدسوقي: ٢١٦/٣.

النتيجة:

بناءً على ما تقدّم تكون هذه الصورة جائزة عند الملكية، سواء اعتبرت بيعاً وإجارة، أو اعتبرت سلباً... وقد قدمنا الشروط اللازم توافرها.

الصورة الثانية:

أن يشتري المعمول منه من البائع، ثم يستأجره حال العقد على عمله أو صناعته شيئاً معيناً، آنية أو سيوفاً أو غيرهما... .

ففي هذه الصورة:

اشترى مادة معينة من صاحبها، وملكها.

ثم استأجر المشتري البائع على صنعها شيئاً معيناً على أن يتم ذلك الاستئجار حال التعاقد على بيعها.

ففي هذه الصورة وقع العقد فيها على المعمول منه على وجه البيع، وملكه المشتري ثم استأجره حال العقد على عمله، وهذه الصورة فيها حالتان:

الأولى: أن يعين العامل.

الثانية: ألا يعين العامل.

حكم هاتين الصورتين:

نص المذهب على صحة العقد في الصورتين — بشرط أن يشرع في العمل، ولو حكماً، كتأخيره نصف شهر. جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (وأما إن اشترى المعمول منه) وعينه، ودخل في ضمانه (واستأجره) بعد ذلك على عجلة (جاز، إن شرع) في العمل، ولو حكماً، كتأخيره نصف شهر (عين العامل أم لا).

قوله: (وإن اشترى المعمول منه... .) يعني أنه إذا اشترى منه حديداً... . معيناً، واستأجره على أن يعمل له منه شيئاً بدينار، فإن ذلك جائز، سواء شرط تعجيل النقد أم لا؛ لأنه من باب اجتماع البيع والإجارة في الشيء، وهو جائز، وسواء كان العامل معيناً أم لا، بشرط أن يشرع في العمل.

وفهم من قوله: (واستأجره) أنه لو استأجر غير البائع لجاز من غير قيد الشروع، قوله: (وإن اشترى المعمول منه . . .) إلخ، الفرق بين هذه والتي قبلها، وهو قوله (وتور ليكمل) أن العقد فيما قبلها وقع على المصنوع على وجه السلم، ولم يدخل المعمول منه في ملك المشتري، وهذه وقع العقد فيها على المعمول منه على وجه البيع وملكه المشتري، ثم استأجره حال العقد على عمله، وهذه الثانية هي مسألة ابن رشد، والتي قبلها مسألة المدونة.

ففي الأولى أربعة أحوال وهي تعيين المعمول منه، والعامل وعدم تعيينهما، وتعيين الأول دون الثاني، والعكس، صحة العقد في حالة فسادها في ثلاث^(١).

وفي الثانية: حالتان فقط: أن يعين العامل أو لا يعين، والعقد صحيح فيهما).

(١) خلافاً لأشهب كما سبق بيانه.

رأي المذهب الشافعي في التعاقد (استصناعاً) أو سلباً على الأشياء التي يراد تصنيعها

نبين فيما يلي رأي المذهب الشافعي في هذا النوع من التعاقد، والذي يرد على سلعة - غير موجودة - وهي سلعة لا توجد إلاً بصنعة يقوم بها البائع في العين التي تتخذ منها هذه السلعة.

وقد علم لدينا مما تقدم أن مذهب الحنفية يجيز عقد الاستصناع، ويلزمنا هنا أن نبين رأي المذهب الشافعي في هذا العقد.

كما أنه يلزمنا أن نبين رأي هذا المذهب في التعاقد عن طريق عقد السلم على عين تصنع، ثم تسلم عند حلول الأجل الذي اتفق المتعاقدان عليه في عقد السلم.

المطلب الأول

رأي المذهب الشافعي في عقد الاستصناع

نص المذهب الشافعي على أن «عقد الاستصناع» لا يجوز، لأن المستصنع فيه مبيع وهو معدوم، ويبيع المعدوم لا يجوز لنهيه ﷺ (عن بيع ما ليس عند الإنسان).

وأيضاً لأن هذا البيع هو في حكم بيع العين، ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقده لم يجز بيعه، فكذلك إذا كان معدوماً بل أولى. وقد سبق إيضاح ذلك^(١).

(١) ص ٤٣٤.

وقد جاء في الأم، قال (الشافعي):

(قال) ولو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد، أو نحاس وورصاص، لم يجز لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما، وليس هذا كالصبع في الثوب، لأن الصبع في ثوبه زينة، لا يغيره أن تضبط صفته، وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع. (قال) وهكذا كل ما استصنع).

المطلب الثاني

رأي المذهب الشافعي في

التعاقد (سلباً) على أشياء تصنع

نظراً لأن عقد (الاستصناع) لا يجوز عند الشافعية، كما بينا آنفاً، ونظراً لأن بعض صور الاستصناع قد وردت عندهم في عقد السلم، مع الاختلاف بين العقدين في أحكامهما، فإنني أورد هذه الصور، وأبين حكمها عند الشافعية حتى تتضح رؤية المذهب في سد حاجات الناس فيما يرغبون التعاقد عليه من سلع يرغبون في صنعها لهم، مع النص مقدماً على أنها تخضع لأحكام عقد السلم عندهم، صحة وفساداً.

إذا تتبعنا ما ورد من الصور في المذهب الشافعي لبعض السلع التي يراد شراؤها إذا صنعت - عند طريق عقد السلم - نجد أنهم يفرقون في الحكم بين السلع التي تصنع من شيء واحد، وبين السلع التي تصنع من أكثر من شيء، وبين الأشياء المختلطة خلقة، وبين الأشياء المختلطة صنعة... وأورد فيما يلي هذه الصورة وحكمها:

أولاً - الأشياء المصنعة من مادة واحدة:

في التعاقد سلباً على شيء مصنع من مادة واحدة:

فرق المذهب في الحكم بين المصبوبة في قالب أو المضروبة، وبين المعمولة بآلة فأجاز السلم في الأولى دون الثانية: فقالوا: (لا يصح السلم في مختلف أجزاءه كبرمة من نحو حجر - معمولة - أي محفورة بالآلة، واحترز بها

عما صب منها في قالب وهذا قيد أيضاً فيما بعدها — من كوز، وطس (طشت) وأباريق، وحباب (الزير) ونشاب ونحوها لعدم انضباطها باختلاف أجزائها).

(قال الأشموني) والمذهب جواز السلم في الأواني المتخذة من الفخار — ولعله محمول على غير ما مرَّ أي من المعمولة.

(ويصح السلم في الأشكال المربعة لعدم اختلافها، والمدورة كالمربعة، كما صرح به سليم في التقريب، وقال الأوزاعي أنه الصواب، واقتضاه كلام الشيخ أبي حامد، بل صحح في كل ما لا يختلف من ذلك، مضروباً أو مصبوباً — كما صرح به الماوردي، ولو شرط كون السطل من نحاس وخصائص جميعاً لم يصح — نص عليه في الأم، قال لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل منهما).

* ويصح فيما صب من المذكورات — كما اقتضاه كلام الشرح والروضة — أي من أصلها المذاب في قالب — كالهاون — مربعاً كان أم لا، لأن ذلك لا يختلف^(١).

* وكذلك نص المذهب على صحة السلم في الأشياء المتخذة من شيء واحد كالخفاف والنعال المتخذة من شيء واحد، بشرط أن تكون جديدة واتخذت من غير جلد.

* * *

* ومن هذه الصورة يتبين لنا أن المذهب يصحح السلم في السلع المصنعة من شيء واحد بشرط أن تكون مصبوبة في قالب، حتى لا تختلف وحداتها ولا مادتها، ولا أشكالها، ولا ثخانتها ورقتها...

أما المعمولة: وهي التي صنعت باليد بآلة كما صرح المذهب بذلك (أي الصناعة اليدوية) فإنها تختلف من واحدة إلى أخرى، مادة وثخانة ورقة، وصنعة نظراً لما يكتنف يد الصانع من تفاوت بين شخص وآخر، ومن وقت إلى وقت ومن حالة إلى حالة جاء في نهاية المحتاج:

(١) ١١٤/٢ ب.

(ولا يصح السلم) في مختلف أجزائه (كبرمة) من نحو حجر (معمولة) أي محفورة بالآلة، واحترز بها عما صب منها... وكوز، وطس، وقمقم، ومنازة وطجير (اللدست) ونحوها من حب وإبريق ونشاب لعدم انضباطها باختلاف أجزائها).

إذ المحفورة بالآلة من مادة واحدة، هي صنعة يدوية، تختلف من واحدة إلى أخرى، مادة وثخانة ورقة، ومهارة فوحدها تختلف كما ذكرنا آنفاً.

وخلاصة ذلك أن الأشياء المصنعة عن طريق صب مادة واحدة في قالب، أو ضربها فإنه يجوز السلم فيها، لعدم اختلافها، وهذا يصدق على كل ما تخرجه المصانع من السلع التي يتحقق فيها ما ذكرنا، والمادة واحدة - مصبوبة في قالب أو مضروبة - .

أما الأشياء المصنعة يدوياً من مادة واحدة فإنه لا يصح السلم فيها لاختلافها.

ثانياً - التعاقد (سلباً على شيء مصنع من أكثر من مادة):

ونظراً لأن التعاقد على الأشياء المصنعة من مواد متعددة (أي الأشياء المختلطة المواد) يختلف حكمه باختلاف انضباط الأجزاء المختلطة أو عدم انضباطها، قصدها أو عدم قصدها، اختلاطها خلقة أو صنعة، في المذهب الشافعي، فإنني أورد هذه الصور مع بيان حكمها، وأبدأ بالصورة الأولى منها.

الصورة الأولى: التعاقد على شيء مختلط الأجزاء خلقة:

وقد ضرب المذهب مثلاً لهذه الصورة بالشهد، بفتح الشين وضمها، وهو مركب من غسل النحل وشمعه خلقة، فهو شبيه بالتمر وفيه النوى.

حكمه:

(أ) الأصح عند الشافعية صحة السلم فيه لانضباط أجزائه.

(ب) ومقابل الأصح أنه لا يصح السلم فيه، لأنه الشمع يقل ويكثر فيه، فينتفي الانضباط بين أجزائه فيه، وإذا انتفى الانضباط فيه لا يصح السلم فيه.

الصورة الثانية: التعاقد (سلباً) على شيء مختلط الأجزاء صنعة:
ويمكننا أن نعرض رأي المذهب في أنواع هذه الأشياء المختلطة صنعة في
ثلاثة أنواع:

النوع الأول: من الأشياء المختلطة صنعة:
(التعاقد على الشيء المختلط صنعة المنضبطة أجزاؤه (عند أهل تلك
الصنعة) المقصود الأركان كما بأصله.
وقد مثل له الفقه الشافعي بـ (العتابي) - وهو مركب من قطن وحرير -
وخز^(١) وهو مركب من إبريسم ووبر، أو صوف.
حكمه:

١ - الأصح عند الشافعية صحة السلم في هذه الصورة أيضاً، وذلك
لسهولة ضبط كل جزء من هذه الأشياء^(٢).
المراد بالانضباط:

لقد ذكر علماء المذهب رأيين في المراد بالانضباط:
الأول: أن المراد بالانضباط أن يعرف العاقدان أن اللحمة من أحدهما
والسدى من الآخر.

والثاني: (وقد حكى بقبيل) أن المراد به معرفة وزن كل جزء من الأجزاء.
وقد رجح السبكي الأول، ورجح الثاني الأذرعى، لأن القيم والأغراض
تفاوتت بذلك تفاوتاً ظاهراً^(٣)، وعليه ينطبق قول الرافعي في الشرح الصغير
لسهولة معرفة اختلاطها وأقذارها.

(١) الخز اسم دابة، ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها والجمع خزوز مثل فلوس فقول
الشارح أنه مركب من إبريسم... لعله اصطلاح حادث - حاشية الشبراملسي القاهري،
توفي سنة ١٠٨٧هـ، ونهاية المحتاج: ١٩٦/٤.

(٢) علق الشبراملسي عليه بقوله: (زاد حج وعليه يظهر الاكتفاء بالظن، والمراد ظن
المتعاقدين: ١٩٧/٤).

(٣) علق الشبراملسي عليه بقوله: (زاد حج وعليه يظهر الاكتفاء بالظن، والمراد ظن
المتعاقدين: ١٩٧/٤).

٢ - ومقابل الأصح أنه لا يصح السلم في هذه الصورة أيضاً، لانتفاء الانضباط فيها إذ أن الحرير وغيره يقل ويكثر، فإذا وجد ذلك انتفى الانضباط فلا يصح السلم.

النوع الثاني: من الأشياء المختلطة صنعة:

هو: (التعاقد على الشيء المختلط صنعة الذي يقصد أحد الخليطين فيه والخليط الآخر أضيف لإصلاح هذا الشيء).

وقد مثل المذهب له بـ «خل تمر، أو زبيب» فالخل يحصل باختلاط التمر أو الزبيب بالماء الذي هو قوامه.

فقد اختلط هنا التمر والزبيب بمادة غير مقصودة غير أنها من مصلحته.

الحكم:

الأصح في المذهب الشافعي هو أنه يصح التعاقد سلماً على هذا الشيء المختلط صنعة على النحو الذي سبق ذكره.

والظاهر أن وجه الحكم في ذلك.

أن المادة المضافة هي من مصلحة المادة المقصودة.

وأن المادة المضافة غير مقصودة.

فقد اختلقت المادة المقصودة بمادة غير مقصودة وتحقق مصلحته للمادة المقصودة.

ومقابل الأصح أيضاً لا يجوز التعاقد سلماً على هذه الصورة أيضاً لأن الماء يقل ويكثر، فإذا كان ذلك كذلك انتفى الانضباط، وإذا انتفى الانضباط لم يصح السلم.

النوع الثالث: من الأشياء المختلطة صنعة:

هو: التعاقد (سلماً) على الشيء المختلط المقصود الأركان التي لا تنضبط).

وقد مثل فقهاء المذهب الشافعي لذلك بـ (هريسة، ومعجون ركب من جزئين أو أكثر، وغالية، وخف ونعل، وترياق مخلوط^(١) والقسي، لأنها مركبة من خشب وعظم وعصب^(٢) .

ولأن الغالية مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور — كما في الروضة، وفي تحرير المصنف: مركبة من دهن ومسك وعنبر.

ومثل الغالية الند، وهو بفتح النون: مسك وعنبر وعود خلط بغير دهن والخف والنعل كل منهما على ظهارة وبطانة وحشو والعبارة لا تفي بذكر أقدارها وأوضاعها.

أما الخفاف المتخذة من شيء واحد، ومثلها النعال، فقد سبق أن ذكرناها في الصورة «أولاً» التعاقد على شيء مصنع من مادة واحدة، وذكرنا حكمها.

حكمها:

يرى المذهب الشافعي عدم صحة السلم في هذه الصورة، لعدم انضباط أجزائها جاء في الأم:

(قال) الشافعي: (ولو شرط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد، أو نحاس وورصاص لم يجز لأنهما لا يخلصان، فيعرف قدر كل واحد منهما، وليس هذا كالصبغ في الثوب لأن الصبغ في ثوبه زينة لا يغيره أن تضبط صفته، وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع، قال وهكذا كل ما استصنع.

ولا خير أن يسلف في قلنسوة محشوة، وذلك أنه لا يضبط وزن حشوها ولا صفته ولا يوقف على حد بطانتها، ولا تشتري هذه إلاً يداً بيده.

ولا خير في أن يسلفه في خفين ولا نعلين مخروزين، وذلك أنهما

(١) واحترز بالترياق المختلط عما هو نبات واحد، أو حجر فإنه يجوز السلم فيه.

(٢) ومثل القوس: النبل المرش: بفتح الميم وكسر الراء وإسكان الياء بوزن كريم لاختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلظة وتعذر ضبطه.

لا يوصفان بطول ولا عرض، ولا تضبط جلودهما، ولا ما يدخل فيهما، وإنما يجوز في هذا أن يتناع النعلين والشراكين ويستأجر على الحدو، وعلى إخراج الخفين.

(ولا بأس أن يتناع منه صحافاً أو قداحاً من نحو معروف، وبصفة معروفة وقد ر معروف من الكبر والصغر، والعمق والضيق، ويشترط أي عمل.

ولا بأس إن كانت من قوارير، ويشترط جنس قواريرها ورقته وثخانتها، ولو كانت القوارير بوزن مع الصفة كانت أحب إلي، وأصح للسلف، وكذلك كل ما عمل فلم يخلط بغيره والذي خلط بغيره النبل فيها ريش ونصال وعقب ورومة، والنصال لا يوقف على حده، فأكره السلف فيه، ولا أجزئه).

واضح أن المذهب الشافعي جعل السبب في عدم جواز السلم في الصور التي لم يجز السلم فيها هو:

* عدم انضباط الأجزاء التي تكون منها الشيء المختلط صنعة.

* عدم إمكان فصل هذه الأجزاء ليعرف قدر كل جزء منها.

* تفاوت الصنعة أو تفاوت الأشكال في الأشياء المصنعة من مادة واحدة.

[الصورة الأولى: ص ٤٦٨].

ومن هذا يمكن أن نقول إنه:

(أ) إذا انضبطت أجزاء الشيء المصنع من أكثر من مادة، بحيث يمكن أن يعرف قدر كل مادة منها بأي وسيلة من الوسائل العلمية.

(ب) أو أمكن فصل كل جزء من هذه الأجزاء ليعرف مقدار نسبته في الشيء المصنع المختلط، بأي وسيلة من الوسائل العلمية.

(ج) وكذلك إذا أمكن ألا تتفاوت الصنعة من سلعة إلى أخرى من السلع المصنعة، وألا تتفاوت أشكالها... تفاوتاً يتعلق به غرض للمتعاقد أو يعتد به في أمثالها.

* إذا تحقق ذلك فإنه يمكن أن نقول أن المذهب يجيز التعاقد (سلباً) على هذه الأشياء المصنعة سواء كانت تتخذ من مادة واحدة، أو من أكثر من مادة.

ولعل هذا هو الذي جعل الشيخ محمد نجيب المطيعي يفتي بجواز السلم في الأشياء المصنعة في زماننا هذا كأجهزة التلفاز، والمذياع والسلع المعمرة: مثل الثلاجة والغسالة ونحو ذلك. حيث يقول: (فرع) استحدثت في زماننا هذه من أسباب الصنعة أدوات لم تكن معروفة عند أئمتنا السابقين رضوان الله عليهم — كالمذياع والمرناة — وهو جهاز يأتيك بالصورة والصوت (تلفزيون) من بعيد، والثلاجة الكهربائية والغسالة الكهربائية، وكل نوع من هذه الأنواع له من التركيب وتنوع القطع وتباين الأجزاء ما يصعب على المتعاقدين ضبطه، فإن أمكن تحديد النوع والعلامة وكان مع الجهاز دليل مطبوع مكتوب يوضح أجزائه ومقاديرها وأبعادها وقوتها وكان المتعاقدان خيرين بأسرارها كوكيل المؤسسة لصنع الأجهزة، وتوزيعها، جاز السلم بينهما.

أما إذا لم يكن عليمًا بدقائق هذه الأجهزة بحيث يمكن تغيير مصباح، أو محرك جيد، ووضع بدله، أقل جودة، أو قديماً، فسد السلم، لانعدام العلم والإحاطة بدقائق الجهاز.

ويؤخذ من قول الشافعي في الأم في باب لحم الوحش: (جواز سؤال أهل العلم به، فإن بينوا عيباً رد بالعيب وإلاً فلا).

ثم قال: (فرع).

(لا يجوز السلم في أنواع الأثاث إذا كان يشتمل على الحشايا والأسلاك اللولبية والقطن والجلد والقماش والطلاء وما أشبه ذلك، لعدم إمكان انضباطه، وتشابه الرديء منها بالجيد والله أعلم). اهـ .

(وأقول: ما يمكن انضباطه، ومعرفة أجزائه مادة وقدرًا... ونسبة، بواسطة أهل الخبرة، ولا يتفاوت صنعة وشكلًا...)

يمكن القول بجواز عقد السلم فيه تخريجاً على رأي الشافعية كما بيناه
أنفاً).

* * *

المطلب الثاني

النصوص الفقهية من كتب المذهب الشافعي

جاء في مغني المحتاج ١٠٨/٢ في باب السلم:

١ - (ويشترط في السلم معرفة الأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافاً
ظاهراً).

وينضبط بها السلم فيه، وليس الأصل فيه عدمها لتقريبه من المعاينة ولأن
القيمة تختلف بسببها وهذا الشرط معطوف على قوله أول الفصل، ويشترط كون
المسلم فيه مقدوراً على تسليمه، كما قدرته في كلامه، وكان ينبغي أن يقدم
شرط كونه موصوفاً ينضبط بالصفات، ثم العلم بها، فإن لم تعرف لم يصح
السلم لأن البيع لا يحتمل جهل المعقود عليه وهو عين، فلأن لا يحتمل وهو
دين أولى.

وخرج بالقيد الأول، ما يتسامح بإهمال ذكره كالكحل والسمن في الرقيق
كما سيأتي، وبالثاني ما لا ينضبط كما سيأتي أيضاً.

وبالثالث: كون الرقيق قوياً على العمل وضعيفاً أو كاتباً أو أمياً، أو نحو
ذلك فإنه وصف يختلف به الغرض اختلافاً ظاهراً، مع أنه لا يجب التعرض له،
لأن الأصل عدمه.

٢ - (ويشترط ذكرها في العقد) مقترنة به لتمييز المعقود عليه، فلا يمكن
ذكرها قبله ولا بعده، ولو في مجلس العقد، نعم إن توافقا قبل العقد، وقالوا
أردنا في حالة العقد ما كنا اتفقنا عليه صح كما قاله الأسنوي، وهو نظير من له
بنات وقال لآخر زوجتك بنتي ونويا معينة، ولا بد من أن يكون ذلك (على وجه

لا يؤدي إلى عزة الوجود) لأن السلم غرر كما مر فلا يصح إلا فيما يوثق بتسليمه، والعزة هنا بمعنى القلة، ويقال شيء عزيز أي قليل.

فلا يصح السلم فيما لا ينضب مقصوده، كالمختلط، المقصود الأركان التي لا تنضب كالهريسة ومعجون، وغالية، وخف، ونعل (وترياق مخلوط) لعدم انضباط أجزائها لأن الغالية مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور - كما في الروضة - وفي تحرير المصنف مركبة من دهن ومسك وعنبر، ومثل الغالية الند - وهو بفتح النون: مسك وعنبر وعود خلط بغير دهن.

والخف والنعل كل منهما على ظهارة وبطانة وحشو، والعبارة لا تفي بذكر أقدارها وأوضاعها.

أما الخفاف المتخذة من شيء واحد، ومثلها النعال فيصح فيها إن كانت جديدة واتخذت من غير جلد، يجوز السلم فيها - كالثياب المخيطة والأمتعة.

واحترز بالترياق المختلط عما هو نبات واحد أو حجر فإنه يجوز السلم فيه وهو بناء مثناة أو دال مهملة أو طاء كذلك مكسورات أو مضمومات، فهذه ست لغات ذكرها المصنف في دقائقه، ويقال أيضاً دراق وطراق.

ومثل ذلك القسي - وهي بكسر القاف والسين وتشديد الياء، جمع قوس، ويجمع أيضاً على أقواس = مركبة من خشب وعظم وعصب.

والنبيل المريش، يفتح الميم وكسر الراء وإسكان الياء بوزن كريم - لاختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلظة وتعذر ضبطه.

أما النبيل قبل خرطه وعمل الريش عليه، فيصح لتيسر ضبطه.

ولا يصح السلم في الحنطة المختلطة بالشعير، ولا في الأدهان المطيبة من نحو بنفسج وبان وورد بأن خالطها شيء من ذلك، أما إذا روح سمسها بالطيب المذكور واعتصر فإنه لا يضر.

(والأصح صحته في المختلط^(١) المنضبط) الأجزاء (كعتابي) وهو مركب من قطن وحرير (وخز) وهو مركب من إيريسم ووبر أو وصوف لسهولة ضبط كل جزء من هذه الأجزاء.

تنبيه:

المراد بالانضباط: قيل أن يعرف العاقدان أن اللحمة من أحدها والسدى من الآخر.

وقيل معرفة الوزن، ورجح السبكي الأول، والثاني الأذري، وهو الظاهر لأن القيم والأغراض تتفاوت بذلك تفاوتاً ظاهراً، وعليه ينطبق قول الرافعي في الشرح الصغير لسهولة معرفة اختلاطها وأقذارها.

(وجبن وأقط) كل منهما فيه مع اللبن المقصود الملح، والإنفحة من مصالحه، وهو بكسر الهمزة وفتح الفاء وتخفيف الحاء المهملة: كرش الخروف والجدي ما لم يأكل غير اللبن، فإن أكل فكرش، وجمعها أنافح ويجوز في باء الجبن السكون والضم مع تخفيف النون وتشديدها، والجيم مضمومة في الجميع وأشهر هذه اللغات إسكان الباء وتخفيف النون.

(وشهد) بفتح الشين وضمها مركب من عسل النحل وشمعه خلقة، فهو شبيه بالتمر وفيه النوى.

(وخل وتمر أو زبيب) هو يحصل من اختلاطهما بالماء الذي هو قوامه.

ومقابل الأصح في السبعة ينفي الانضباط فيها قائلاً إن كلا من الحرير والشمع والماء وغيره يقل ويكثر، والسلك المملح كالجبين.

تنبيه:

كلام المصنف قد يوهم أن هذه الأمثلة من أمثلة القسم المتقدم – وهو المختلط المقصود والأركان وليس مراداً، بل من أمثلة النوع الثالث من

(١) نهاية المحتاج: ١٩٦/٥.

المختلطات (وهو أن يقصد أحد الخليطين والآخر للإصلاح كما هو في الشرح والروضة... وإدخاله الشهد في هذا النوع تبع فيه المحرر وليس منه، بل هو نوع رابع، كما ذكره في الشرح والروضة وهو المختلط خلقة فلو قدمه أو أخره لكان أولى.

ويصح السلم في اللبن والسمن والزبد، ويشترط ذكر جنس حيوانه ونوعه ومأكوله من مرعى أو علف معين بنوعه ويذكر في السمن أنه جديد أو عتيق، ولا يصح في حامض اللبن لأن حموضته عيب إلا في مخيض لا ماء فيه فيصح فيه.

ولا يصح السلم فيما يندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة، أي محل يعز وجوده فيه لانتفاء الوثوق بتسليمه، نعم لو كان السلم حالاً، وكان السلم فيه موجوداً عند المسلم إليه بموضع يندر فيه، صح كما في الاستقاء، ولا فيما لو استقصى وصفه عز وجوده - لما مر - كاللؤلؤ الكبار واليواقيت وغيرهما من الأحجار النفيسة لأنه لا بد من التعرض للحجم والوزن والشكل والصفاء، واجتماع الأمور نادر، وخرج بالآلئ الكبار وهي ما تطلب للزينة، الصغار وهي ما تطلب للتداوي وضبطها الجويني بسدس دينار...

فرع (ويصح السلم في الحيوان):

لأنه ثبت في الذمة قرضاً في خير مسلم، ففيه: «أنه ﷺ اقترض بكرة» فقيس على القرض السلم، وعلى البكر غيره من سائر الحيوان.

وروى أبو داود بأنه ﷺ أمر عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن يأخذ بعيراً ببعيرين إلى أجل، وهذا سلم، لا قرض، لما فيه من الفضل والأجل وحيث النهي عن السلف في الحيوان قال ابن السمعاني في الاصطلاح: غير ثابت وإن خرج الحاكم...

ولا يصح السلم في مختلف أجزائه (كبرمة معمولة) وهي القدر (وجلد) على هيئته (و) معمول نحو (كوز وطس) بفتح الطاء، ويقال له طشت، ولم يذكره في المحرر.

(وقمقم ومنارة) بفتح الميم (ونحوها) كالأباريق، والحباب بكسر الحاء المهملة وبالموحدة جمع حب بضمها وهي الخابية والأسطال الضيقة الرأس لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها إما لاختلاف الأجزاء في الدقة والغلظ كالجلد، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها كالأمثلة المذكورة.

أما قطع الجلد فيجوز السلم فيها وزناً لانضباطها، لأن جملتها مقصودة، وما فيها من التفاوت يجعل عفواً، ولا يصح في الرق لما ذكر.

تنبیه:

تقييده البرمة بالمعمولة للاحتراز عن المصبوبة في القالب كما سيأتي فيكون ذلك قديماً في كل ما بعده إلاً الجلد — كما قدرته في كلامه، فكان ينبغي تقديمه وعطف هذه الأشياء عليه أو عكسه لمغايرته لها.

قال الأشموني: والمذهب جواز السلم في الأواني المتخذة من الفخار، ولعله محمول على غير ما مر.

ويصح السلم في الأسطال المربعة لعدم اختلافها، والمدورة كالمربعة، كما صرح به سليم في التقريب.

وقال الأذرعي إنه الصواب، واقتضاه كلام الشيخ أبي حامد، ويصح في كل ما لا يختلف من ذلك مضرورياً كان أو مصبوباً، كما صرح به الماوردي، ولو شرط كون السطل من نحاس وخصاً جميعاً لم يصح نص عليه في الأم، قال: لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما.

(وفيما صب منها) أي المذكورات — كما اقتضاه كلام الشرح والروضة: أي من أصلها المذاب (في قالب) بفتح اللام — أفصح من كسرهما — كالهاون — بفتح الواو مربعاً كان أم لا، لأن ذلك لا يختلف. مغني المحتاج: ١١٤/٢.

شروط السلم عند الشافعية :

بعد أن عرف فقهاء الشافعية السلم بأنه شرعاً «بيع شيء موصوف في الذمة» .

ذكروا أنه يشترط لصحة السلم – على شروط البيع المتوقف صحتها عليه – أمور سبعة أخرى، ثم عددها شرحاً وتفصيلاً، ونوجزها فيما يلي :

الشرط الأول: تسليم رأس المال – وهو الثمن – في المجلس الذي وقع العقد به قبل التفرق منه، أو لزومه – لأن لزومه كالتفرق، إذ لو تأخر تسليم الثمن لكان في معنى بيع الدين بالدين إن كان رأس المال في الذمة، ولأن في السلم غرراً، فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال ولا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضي أبو الطيب كالصرف، ولا يغني عنه شرط تسليمه في المجلس .

الشرط الثاني: كون المسلم فيه ديناً^(١) .

الشرط الثالث: بيان محل التسليم للمسلم فيه – إذا كان العاقدان في موضع لا يصلح للتسليم، أو كان يصلح ولكن لحمله مؤنة، وإلا فلا يشترط ذلك ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه .

الشرط الرابع: حلول رأس المال .

الشرط الخامس: القدرة على تسليم المسلم فيه عند وجوب تسليمه، لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه فيمتنع السلم فيه .

الشرط السادس: كون المسلم فيه معلوم القدر، كيلاً – فيما يكال أو وزناً فيما يوزن – أو عدداً فيما يعد، أو ذرعاً فيما يذرع، مع قياس ما ليس فيه بما فيه، ويصح في المكيل وزناً وعكسه حيث كان الكيل يعد ضابطاً فيه، بخلاف الربوي لأن الغالب ثم التعبد .

(١) يراجع نهاية المحتاج، للرملی: ١٧٨/٤ – ٢١٤ .

أراد بالشرط ما لا بد منه فيدخل فيه الركن – كما هنا – لأن لفظ السلم موضوع لما كان – المسلم فيه – ديناً . نهاية المحتاج: ١٨٣/٤ .

الشرط السابع: معرفة الأوصاف^(١) التي تتعلق بالمسلم فيه التي ينضبط المسلم فيه بها، ويختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً، ويشترط ذكرها في العقد (مقترنة به ليتميز المعقود عليه . . .) على وجه لا يؤدي إلى عزة الوجود (أي قلته) لأن السلم غرر فلا يصح فيما يوثق بتسليمه.

(١) معرفة الأوصاف، للمتعاقدين، مع عدلين، نهاية المحتاج: ١٩٤/٤.

رأي المذهب الحنبلي في التعاقد (استصناعاً) أو (سلباً) على الأشياء المصنعة

يلزمنا حين نبين رأي المذهب الحنبلي في ذلك أن نوضح رأيه في (عقد الاستصناع) الذي سبق بيانه، والذي أجازته المذهب الحنفي - ثم نبين رأي المذهب الحنبلي في سد حاجات الناس إلى السلع المصنعة، وضوابط جوازها، وذلك من خلال ما أورده في عقد السلم.

المطلب الأول

رأي المذهب الحنبلي في عقد الاستصناع:

(أ) أوردت كتب المذهب الحنبلي في أكثر من موضع أنه لا يصح عقد

الاستصناع، فقد نص البهوتي على ذلك حيث يقول:

(ولا يصح استصناع سلعة) بأن يبيعه سلعة يصنعها له (لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم) ذكره القاضي وأصحابه.

وكذلك نص المرداوي على ذلك فقال:

ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم. واقتصر عليه في الفروع.

ثم أثار فقهاء المذهب صورتين لهما تعلق باستصناع السلعة المباعة:

المطلب الثاني

صور لها تعلق باستصناع السلعة

الصورة الأولى:

صورة يكون فيها الشيء المستصنع، قد تم صنع بعضه ولم يتم الانتهاء من تصنيعه جميعه - كما في ثوب نسج بعضه، ولم يتم نسج باقيه^(١) ففي هذه الصورة وجد بعض المعقود عليه (الثوب المنسوج بعضه) وبعضه لم يوجد (وهو باقي الثوب الذي لم ينسج بعد) فالتعاقد على هذا الثوب جمع بين موجود، ومعدوم، فهل يصح التعاقد (بيعاً) على مثل ذلك؟

لقد ظهر في المذهب رأي حكى به (قيل) مما ينبىء عن ضعفه أنه يصح التعاقد على ذلك إن صح الجمع في عقد واحد بين بيع وإجارة منه .

ولكن الرأي في المذهب أنه لا يصح العقد على ذلك، حيث قالوا:

(لا يصح بيع ثوب نسج بعضه على أن ينسج بقيته، وعللوا - تبعاً للقاضي (في تعليقه لعدم صحة استصناع سلعة الذي قدمناه) بأن بيع المنسوج بيع عين، والباقي موصوف في الذمة، ولا يصح أن يكون الثوب الواحد بعضه بيع عين، وبعضه مسلم فيه لأن الباقي سلم في أعيان، وذلك لا يجوز، ولأنه بيع، وسلم، واستنجار، فاللحمة غائبة، فهي سلم فيه، والنسج استنجار .

واقصر على هذا الحكم في المستوعب والحاويين، والفروع، وغيرهم، وقدمه في الرعاية الكبرى وقال: وقيل يصح بيعه إلى المشتري، إن صح جمع بين بيع وإجارة منه بعقد واحد، لأنه بيع وسلم، أو شرط فيه نفع البائع).

* أما الجمع بين بيع وإجارة في المذهب الحنبلي في عقد واحد على محل واحد، وذلك كما لو اشترى ثوباً وشرط على البائع خياطته، أو زرعاً وشرط على البائع حصاده، أو قطعة حديد وشرط على البائع ضربها سيفاً، ونحو

(١) هذه الصورة هي الصورة التي أثارها المالكية يراجع: ص ٤٦٢ .

ذلك، فإن المذهب يرى صحة هذا العقد لأن كل واحد منهما يصح إفراده بالعقد، واجتماع هذين العقدین صحیح، فيقاس عليه اشتراط قيام البائع بعمل في المبيع فيكون صحيحاً متى كان هذا العمل معلوماً.

وبناء على ذلك تصح هذه الصورة التي معنا، لأنها جمعت بين بيع وسلم على محل واحد، وليست من قبيل جمع بين عقد بيع عين، وعقد سلم على محل آخر، إذ لا يصح في المذهب اجتماع عقدین في عقد؛ للنهي عن ذلك فقد نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة.

أو أنها تصح على أنها بيع شرط فيه نفع البائع، فقد نص المذهب على جواز اشتراط شرط يحقق نفعاً مباحاً لأحد المتعاقدين، كما في الأمثلة التي ذكرناها آنفاً (في الجمع بين بيع وإجارة) إذ هي تحقق نفعاً لأحد المتعاقدين: البائع أو المشتري وكل هذه الصور ترد على محل عقد البيع فقط (وليست على محلين حتى تكون من باب عقدین في عقد) كما لو اشترى قطعة حديد وشرط على البائع ضربها سيفاً ونحو ذلك فإنه يجوز، فقد روي عن محمد بن مسلمة أنه اشترى من نبطي حزمة حطب، وشارطه على حملها.

وبناء على هذا التوجيه أيضاً تصح هذه الصورة التي معنا. كما صحت في المذهب المالكي.

الصورة الثانية:

كما أثار المذهب صورة أخرى، وهي أن البائع أحضر لحمة الثوب وباعها مع الثوب وشرط على البائع نسجها.

ذكر المرادوي أنه (إن أحضر اللحمة وباعها مع الثوب، وشرط على البائع نسجها فعلى الروائتين في اشتراط منفعة البائع. أي كما ذكرنا في الصورة السابقة).

المطلب الثالث

رأي المذهب الحنبلي في التعاقد

(سلباً) على أشياء تصنع

إذا تتبعنا ما أورده المذهب الحنبلي من صور لما يصح التعاقد عليه بعقد السلم من الأشياء التي لا بد من صنعة تجري فيها، وتبرزها وتعطيها هذا الاسم الذي تم التعاقد عليه، والذي هو محل عقد السلم، نجد أن هنا صوراً متعددة، كلها تحتاج إلى قيام البائع بصنعها وتقديمها عند حلول الأجل (الأجل الذي نص عليه في عقد السلم) تامة طبقاً للأوصاف التي نص عليها في هذا العقد.

فقد صح في المذهب السلم في الغزل، والثياب والرصاص والنحاس، والحديد، والبلور، والسيوف، والنشاب، والنبل المريشين والقوس، والآجر واللين، ونحو ذلك ولا شك أن كل هذه الأشياء لا بد فيها من صنعة تأتي عليها وجهد وعمل في استخراجها، واستخلاصها، وصياغتها، وصنعها...

ونوضح ذلك فيما يلي:

* فالغزل لا يكون إلا بعد غزال، يجعل القطن أو الصوف أو الحرير وغيرها مغزولاً ليصبح صالحاً للنسج.

* والثياب لا تكون كذلك إلا بعد حياكتها وإعدادها لللبس سواء أكانت من نوع واحد من الغزل أو أكثر من نوع، مصبوغة أو غير مصبوغة، والصبغ يحتاج إلى صباغ، والغزل يحتاج إلى غزال، والثوب يحتاج إلى حائك.

* ومثل ذلك الرصاص والنحاس والحديد، والبلور، كل ذلك يحتاج إلى مصانع لاستخلاصه من الخام الذي يعطي ذلك، بل يحتاج إلى أكثر من خام ليأخذ هذا الاسم في بعض المعادن.

* ومثل ذلك الأواني، والقصباع والأقداح، فلا بد من وجود صانع يقوم بصياغة المادة المتخذ منها كل نوع حتى تأخذ هذا الاسم.

ومثل ذلك السيوف، والنشاب، والنبل، ونحو ذلك من أنواع الأسلحة . . . كل ذلك أيضاً يحتاج إلى صناعة تقوم على [ك] ، [د] ، مدين المعسر معدماً، أي إنه يملك بعض المال، ولكنه قليل لا يكاد يكفيه للإففاق على نفسه وعياله بالمعروف وقضاء دينه إلا بمشقة وضيق وضرر. فقد قال ابن رشد فيه: «وأما المعسر الذي ليس بمعديم - وهو الذي يُخْرِجُهُ تعجيلُ القضاء ويُضُرُّ به - فتأخيره إلى أن يوسر ويمكنه القضاء من غير مضرة تلحقه مرغّب فيه ومدوب إليه. قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِراً أَظْلَهُ اللهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ» كما رأينا في صدر ما نقلناه عن المذهب بعدم صحة عقد الاستصناع، كعقد مغاير، عن عقد السلم له خواصه وأحكامه .

المطلب الرابع النصوص الفقهية من المذهب الحنبلي

وجاء في كشاف القناع:

* ولا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له (لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم) ذكره القاضي وأصحابه^(١) .

كما جاء فيه أيضاً بخصوص ما يصح السلم فيه من الأشياء المختلفة (المصنعة من أكثر من شيء)^(٢) (ويصح السلم فيما يجمع أخلاطاً) وأحدها خلط - بكسر الخاء (مقصودة متميزة، كثياب منسوجة من نوعين) كإبريسم وقطن، لأن ضبطها ممكن ونشاب، ونبل مريشين، وخفاف ورماح متوز

(١) ١٦٥/٣ .

(٢) ٢٩٠/٣ .

ونحوها) لإمكان ضبطها بالصفة^(١).

(ولا يصح السلم فيما يجمع أخلاطاً) غير متميزة (كقسي مشتملة على خشب وقرن وعصب وتوز) بفتح المثناة فوق وسكون الواو (ونحوها) كطلاء، إذ لا يمكن تمييز ما في القوس من كل نوع من هذه.

(ويصح) السلم (في شهد) وهو العسل في شمعها (وزناً) لأنه اتصال خلقه، كالنوى في التمر، والعظم في اللحم.

ولا يصح السلم (فيما لا ينضبط: كالجواهر كلها من در، وياقوت، وعقيق وشبهه كلؤلؤ ومرجان، لأنه يختلف اختلافاً متبايناً بالكبر والصغر وحسن التدوير، وزيادة ضوئها، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور لأن ذلك يختلف، ولا بشيء معين، لأنه قد يتلف ...

* ولا يصح السلم في مخلوط بما لا ينفعه خلط، كلبن مشوب بماء وحنطة مخلوطة بزوان لأنه مجهول لا ينضبط بالصفة (أو لا يتميز، كمغشوش من أثمان) فلا يصح السلم فيها، لأن غشها يمنع العلم بالقدر المقصود منها. (وكعاجين وحلوى وند وغالية) فلا يصح السلم فيها لعدم ضبطها بصفة.

* (ويصح السلم فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحة) كجبن يوضع فيه الإنفحة والخبز يوضع فيه الملح، وخل تمر يوضع فيه الماء، والمسكنجين يوضع فيه الخل ونحوها، كدهن ورد وبنفسج، لأن ذلك يسير غير مقصود لمصلحة فلم يؤثر ...

ثم أورد بعد ذلك من أنواع ما يصح السلم فيه: السلم في الأشياء التي لا بد فيها من صنعة، لكي تستخلص وتصيح بحال يطلق عليها اسم خاص بها يميزها عن غيرها.

(١) وورد في المبدع أن الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط كالمقامم (ما يسخن فيه من نحاس) والأسطال الضيقة الرؤوس.

ومن هذه الأشياء السلم في الغزل. وفي الرصاص، وفي النحاس، وفي الحديد وفي الأواني، وفي القصاع والأقداح، وفي السيوف وفي الشباب وفي النبل، وفي الخشب بأنواعه (للبناء، للقسى، أو للوقود) وفي الحجارة للأرحية أو للآنية وفي البلور، وفي الآجر واللبن، وفي الثياب مصبوغة أو غير مصبوغة، متخذة من نوع واحد من الغزل أو من أكثر من نوع.

فقال في أثناء ذكر الشرط الثاني من شروط السلم ما يأتي:

الشرط الثاني:

(أن يصفه) أي المسلم فيه (بما يختلف به الثمن) اختلافاً (ظاهراً) لأن السلم عوض يثبت في الذمة، فاشتراط العلم به كالثمن، وطريقة الرؤية أو الصفة، والأول ممتنع فتعين الوصف، فعلى هذا يذكر جنسه - أي المسلم فيه فيقول مثلاً تمر (و) يذكر (نوعه فيقول) مثلاً (برني أو معقلي) ونحوه (و) يذكر (قدر حبه، فيقول: صغاراً أو كباراً) (و) يذكر (لونه إن اختلف) اللون (كالطيرزد) نوع من التمر، يكون منه أسود وأحمر (و) يذكر (بلده، فيقول) مثلاً (كوفي أو بصري) (و) يذكر (حدائته وقدمه) . . . (ثم يتابع البهوتي تطبيقات ذلك فيما يجري فيه السلم في الذهب من المحاصيل والحيوانات . . . ومنتجاتها) ثم يذكر ما أردت إظهاره هنا مما يلزمه صنعة لكي يصبح بهذا المسمى المتعاقد عليه، ومنه قوله.

* ويصف غزل القطن، وغزل (الكتان باليد واللون والغلظ والرقعة والنعومة والخشونة، ويصف القطن بذلك) أي بالبلد واللون (ويجعل مكان الغلظ والرقعة طويل الشعرة أو قصيرها . . .).

* (ويضبط الرصاص) بفتح الراء (والنحاس) بضم النون (والحديد) بالنون فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب (و) يذكر (النعومة والخشونة واللون، إن كان يختلف) لونه (ويزيد في الحديد ذكراً أو أنثى، فإن الذكر أحد وأمضى) من الأنثى.

* (وتضبط الأواني غير مختلفة الرؤوس والأوساط) لأن السلم لا يصح في مختلفها و (بقدرها) أي كبرها وصغرها (وطولها وسمكها، ودورها، كالأسطال القائمة الحيطان).

* (ويضبط القصاع والأقداح من الخشب بذكر نوع خشبها) فيقول (من جوز أو توت أو نحوه) (وقدرها في الصغر والكبر، والعمق والضيقة، والشخانة والرقعة).

(وإن أسلم في سيف ضبط) السيف (بنوع حديده و (ضبط) طوله وعرضه ودقته وغلظه، وبلده، وقديم الطبع أو محدثه، ماض أو غيره ويصف قبيعه وجفنه) أي قرابه.

(ويضبط خشب البناء بذكر نوعه ورطوبته، ويسه، وطوله ودوره)، أي إن كان مدوراً (أو سمكه وعرضه) إن لم يكن مدوراً... [ثم وألى أنواع الأخشاب... ص ٢٩٦ ومنها الخشب للقسي... وللوقود...].

* ويذكر في النشاب والنبيل نوع خشبه، وطوله (أي النشاب أو النبيل) وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه.

* ويضبط حجارة الأرحية بالدور والشخانة والبلد والنوع إن كان يختلف، وإن كان الحجر للبناء:

* ذكر اللون والقدر والنوع والوزن.

* ويذكر في حجارة الآنية: النوع واللون والقور واللين والوزن.

* ويصف البلور بأوصافه هكذا في المغني، مع أنه قال قبله لا يصح السلم في البلور.

* ويصف الآجر واللين بموضع التربة، واللون والدور والشخانة.

(ويضبط الثياب) إذا أسلم فيها (فيقول: كتان أو قطن) أو إبريسم (والبلد والطول والعرض والصفافة والرقعة والغلظ والنعومة والخشونة، ولا يذكر الوزن،

فإن ذكره لم يصح) السلم لندرة جمع الأوصاف مع الوزن . . .

(وإن أسلم في مصبوغ مما يصبغ غزله صح السلم، لأنه مضبوط) وإن كان المصبوغ مما يصبغ بعد نسجه لم يصح (السلم فيه، لأن الصبغ لا ينضب، ولأن صبغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وخشونته.

وإن أسلم في ثوب يختلف الغزل أي من نوعين فأكثر - كقطن وكتان، أو قطن وإبريسم وكانت الغزول - من كل نوع - مضبوطة، بأن يقول السدي إبريسم، واللحمة كتان أو نحوه) كقطن صح السلم للعلم بالسلم فيه وإلاً لم يصح.

ويصح السلم في الكاغد - ويضبطه بذكر الطول والعرض والرقعة والغلط واستواء الصنعة^(١).

(١) ويراجع الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، تأليف علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي: ٣٠٠/٤.

تقسيمات للصور التي يصح فيها استصناع السلعة «سليماً» عند الحنابلة

على ضوء ما قدمناه في المطلب الثاني، والثالث، وما أوردناه من جملة للأمثلة التي وردت في كتب المذهب الحنبلي نستطيع أن نضع من خلال ما صرح به المذهب من ضوابط للصحة والفساد فيما يتعاقد عليه عن طريق عقد السلم في سلع يطلب صنعها. وهذا التقسيم يتقارب تقارباً كبيراً مع ما قمت بإبرازه من أقسام في مذهب الشافعية في مثل هذا الموطن... وأعرض هذا التقسيم فيما يلي:

القسم الأول

التعاقد سليماً على أشياء تصنع من مادة واحدة

أجاز المذهب الحنبلي صحة التعاقد «سليماً» على أشياء تصنع من مادة واحدة، وقد سبق أن مثل لها المذهب الشافعي بالكوز والطست والأباريق والحجاب، (الزير) والنشاب...، فإذا تابعنا هذه الأمثلة عند الحنابلة نجد أنهم نصوا على أنه يصح السلم في غزل القطن، والكتان، والرصاص والنحاس، والحديد...

والأواني غير المختلفة الرؤوس والأوساط؛ لأن السلم لا يصح في مختلفها والقصاع والأفداح من الخشب
والسيف، والنشاب، والنبيل
والخشب بأنواعه

والأرجحية...

والبلور، والآجر، واللبن

والثياب، والمصبوغ منها إذا كان مما يصبغ غزله، فإن كان مما يصبغ بعد

نسجه لم يصح السلم فيه، لأن الصبغ لا ينضبط

والكاغد.

كل هذه الأشياء التي أوردتها المذهب عند ذكر الشرط الثاني لصحة السلم،

وهو (أن يصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن اختلافاً ظاهراً، لأن السلم عوض

يثبت في الذمة، فاشتراط العلم به كالثمن، وطريقة الرؤية أو الصفة، والأول

ممتنع، فتعين الوصف، فعلى هذا يذكر جنسه ونوعه، وقدر حبه، ولونه إن

اختلف اللون، وحدائته وقدمه، و...

القسم الثاني

عقد السلم على أشياء تصنع من أكثر من مادة

وهذا القسم يمكن أن نضعه في الصور الآتية، ضبطاً للمسيرة، وإيضاحاً

للحكم في كل منها، وعلة الحكم.

الصورة الأولى

عقد السلم على شيء مكون من

أكثر من مادة، والخلطة حدثت خلقة

فقد نص فقهاء المذهب الحنبلي على (صحة السلم في الشهد) وهو العسل

في شمعها (وزناً) لأنه اتصال خلقة، كالنوى في التمر، والعظم في اللحم.

* وتعليل المذهب هنا يجعل الحكم يعم كل الأشياء المكونة من أكثر من

مادة خلقة، ولا يعلل بما علل به الشافعية من قولهم (لانضباط أجزائه).

الصورة الثانية

التعاقد «سلباً» على الأشياء

المختلطة من أكثر من مادة صنعة

وهذه الصورة تشمل ثلاثة أنواع يصدق عليها هذا الاسم:

النوع الأول: التعاقد على ما يجمع أخلاطاً مقصودة متميزة.

فقد نص فقهاء المذهب على (صحة السلم فيما يجمع أخلاطاً مقصودة متميزة، كثياب منسوجة من نوعين - كإبريسم وقطن، لأن ضبطها ممكن، ونشاب، ونبل مريشين، وخفاف ورماح متوز ونحوها، لإمكان ضبطها بالصفة).

(ولا يصح السلم فيما يجمع أخلاطاً غير متميزة، كقسى مشتملة على خشب وقرن وعصب وتوز. ونحوها، كطلاء، إذ لا يمكن تمييز ما في القوس من كل نوع من هذه).

(ولا يصح السلم في ما لا يتميز كمغشوش من أثمان - لأن غشها يمنع العلم بالقدر المقصود منها - وكمعاجين وحلوى وند وغالية، فلا يصح السلم فيها لعدم ضبطها).

* وواضح أن تعليل المذهب هنا لصحة السلم في هذا النوع بأن (ضبطها ممكن بضبط صفاتها) يجعلنا نقول: إن كل ما يتحقق فيه هذه العلة من الأشياء المراد صنعها عن طريق عقد السلم يكون صحيحاً. ومعلوم لنا أن ضبط الأجزاء الآن وتمييزها ممكن بواسطة أهل الخبرة.

النوع الثاني: التعاقد «سلباً» على ما يترك فيه شيء غير مقصودة لمصلحة.

هذا النوع يتميز بأن فيه أكثر من مادة، إلا أن ما زاد عن مادته وضع فيه لمصلحة هذه المادة الأصلية. وقد صح السلم فيه. حيث قالوا: (يصح السلم فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحة (كخبز يوضع فيه الإنفحة، والخبز يوضع فيه الملح، وخل تمر يوضع فيه الماء، والسكنجبين يوضع فيه الخل،

ونحوها كدهن ورد وينفسج، لأن ذلك يسير غير مقصود لمصلحة فلم يؤثر).

ومن هذا التعليل أيضاً الذي أورده المذهب الحنبلي لصحة السلم فيما ما هذا شأنه وهو (وضع شيء يسير غير مقصود لمصلحة المادة الأصلية المقصودة) لا يؤثر في صحة السلم. يمكن أن يطبق ذلك على كل المواد التي يحتاج فيها إلى خلطها بقدر يسير من مادة أخرى غير مقصودة لمصلحة المادة الأصلية). وذلك يعم كل ما هذا شأنه من أنواع المواد المثيلة أو المشابهة.

* أما المخلوط بما لا ينفعه فإنه لا يصح السلم فيه، وقد ضرب المذهب له مثلاً باللبن المشوب بالماء، والحنطة المخلوطة بزوان، فإن السلم في ذلك لا يصح؛ لأنه مجهول لا ينضبط بالصفة.

* ومن هنا يتبين لنا أن المذهب الحنبلي يصحح السلم في الأشياء المختلطة صنعة من أكثر من مادة وذلك إذا تحقق فيها ما يأتي:

أولاً: أن تكون أخلاطها مقصودة متميزة.

ثانياً: إمكان ضبطها بالصفة.

فما لا يتحقق فيه ذلك لا يصح السلم فيه.

* أما الأشياء المختلطة خلقة فيصح السلم فيها لانصالها خلقة، إذ لا دخل لعمل الإنسان فيها، فإن دخل فيها غش – كلبن مشوب بالماء فلا يصح السلم فيها لعدم ضبطها بصفة.

الخاتمة

وتحتوي على خلاصة ما عرضناه من آراء المذاهب: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، مع إبراز ما تلتقي فيه هذه المذاهب أو تفترق، والآفاق التي يمكن أن يمتد إليها هذا النوع من التعاقد في كل مذهب:

آراء المذاهب

أولاً - المذهب الحنفي:

* وقد عرضت من خلال هذا المذهب تعريف الاستصناع عند جمع من فقهاء الحنفية، ومنه تعريف الكاساني: (الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل) والثمن معلوم ومحدد، ويصح أن يدفعه كله عند التعاقد أو بعضه والباقي عند استلام المصنوع ويصح تأخيره إلى أن يتسلم المصنوع.

* ثم بينت رأي الحنفية في جواز هذا النوع من التعاقد (غيرزفر) وبينت أدلة كل فريق.

* ثم عرضت رأي الحنفية في تكيف عقد الاستصناع هل هو مواعدة، أو هو عقد بيع، أو هو عقد يبدأ بإجارة وينتهي بيعاً - ورجحت أنه بيع.

* ثم ذكرت شروط صحة عقد الاستصناع عندهم من كون المصنوع معلوماً، وكونه مما يجري فيه التعامل بين الناس، كما وضحت أثر اشتراط الأجل في عقد الاستصناع، وهل يصير به سلباً - كما يرى أبو حنيفة - أو يظل عقد استصناع كما يرى أبو يوسف ومحمد. . ورجحت قول الصحابين.

* ثم تعرضت لأركان عقد الاستصناع، وفصلت الحديث في المعقود عليه (في حقيقته).

ثم بينت صفته - لازماً أو غير لازم - وعرضت رأي المذهب في أنه غير لازم في حالة ما قبل تمام الصنع، وكذا حالة ما بعد تمامه قبل تقديمه للمستصنع، أما بعد تقديم المصنوع إلى المستصنع فقد عرضت آراءهم وهي: يسقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار - وهذا هو جواب ظاهر الرواية - وروى عن أبي حنيفة أن لكل منهما الخيار، وروى عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما - أي أن العقد يكون لازماً عنده - وإن كانت مجلة الأحكام العدلية رأت أن عقد الاستصناع عقد لازم فليس لأحد المتعاقدين الرجوع، وإذا لم يكن على الأوصاف المطلوبة المبيّنة كان المستصنع مخيراً (م ٣٩٢).

* ثم بينت الأثر المترتب على عقد الاستصناع من ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن.

* وأخيراً بينت ما ينتهي به عقد الاستصناع - من تقديم المصنوع إلى المستصنع وقبوله له، ومن موت أحد العاقدين، ومن هلاك العين التي تعينت لصنع الشيء المطلوب صنعه في عقد الاستصناع منها ووقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه حينئذ منها. ومن أنه إذا أجزنا ذكر الأجل في عقد الاستصناع - بناء على رأي أبي يوسف ومحمد - فإنه ينتهي بانقضاء الأجل دون أن يتم انتهاء الصانع من الشيء المصنوع وتقديمه إليه على الصفة المتفق عليها.

ثانياً - المذهب المالكي:

تناولت بيان رأي المالكية في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بينت أن المذهب المالكي لا يجيز عقد الاستصناع، ولكن وردت صورتان في المذهب تقتربان من عقد الاستصناع عند الحنفية.

الصورة الأولى: الشراء من دائم العمل حقيقة أو حكماً - كالحباز والجزار والبقال واللبان وكذلك كل ما يباع في الأسواق، وهو (بيعة أهل المدينة) قال سالم بن عبد الله: كنا نبتاع اللحم من الجزارين بسعر معلوم نأخذ منه كل يوم رطلاً أو رطلين أو ثلاثة، ويشترط عليهم أن يدفعوا الثمن من العطاء: قال: وأنا

أرى ذلك حسناً، قال مالك : ولا أرى به بأساً إذا كان العطاء مأموناً وكان الثمن إلى أجل . . . بشرط أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه، وأن يكون أصله عند المسلم إليه .

* وروي عن مالك أيضاً أنه لم يجزه، ورآه ديناً بدين – وأول الأثر .

* ورجحنا جوازه – وبيننا الآفاق التي تمتد إليها هذه الصورة – مع مقارنتها بعقد التوريد – وبينت صلة هذه الصورة بما قرره المذهب الحنفي ورجحت لزوم العقد في عقود المعاوضات .

الصورة الثانية: شراء سلعة تصنع من غير دائم العمل، وقد نص المذهب على أنها سلم تأخذ أحكامه . . .

المطلب الثاني: السلم في الصناعات، وقد بينت حقيقته، وشروط صحته، ثم قسمته إلى أربعة أقسام، وذلك، لأنه إما أن يعين المعمول منه والعامل، أولاً يعينهما، أو يعين أحدهما دون الآخر، وبينت حكم كل قسم، ورجحت رأي أشهب الذي يرى صحة السلم في الأقسام الأربعة، خلافاً للمذهب الذي يرى صحته في صورة واحدة، وهي إذا لم يعين المعمول منه ولا العامل .

المطلب الثالث: بينت فيه رأي المذهب في صورتين:

الصورة الأولى: شراء شيء يجري البائع صنعه، ولم يتم هذا المصنع، على أن يتم البائع صنعه، وللمذهب رأيان:

الرأي الأول: يرى أنه يصح هذا التصرف، لأنها تؤدي إلى اجتماع بيع وإجارة، ويصح ذلك في المذهب المالكي .

الرأي الثاني: يرى أنه يصح على أنه سلم وتطبق عليه أحكامه، ويقول الدسوقي إن إطلاق السلم عليه مجاز، وإنما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكماً . . .

الصورة الثانية: شراء مادة معينة من صاحبها، ثم يستأجر المشتري البائع على صنعها شيئاً معيناً على أن يتم ذلك الاستئجار حال التعاقد على بيعها .

ويرى المذهب صحة هذا التصرف على أن يشرع في العمل .

ثالثاً — المذهب الشافعي :

بينت أيضاً رأي الشافعية في التعاقد (استصناعاً) أو (سلباً) على أشياء يراد صنعها في مطلبين :

المطلب الأول: رأى الشافعية في جواز عقد الاستصناع، وقد بينت أنهم لا يجيزون هذا العقد، وبينت أدلتهم .

المطلب الثاني: في السلم في الصناعات، وقد تابعت الصور التي أثار علماء المذهب، وضبطتها فيما يأتي :

أولاً: التعاقد (سلباً) على شيء يصنع من مادة واحدة .

* وقد أجاز المذهب منها (المصبوبة في قالب، أو المضروبة) مثل كوز، وطس، وحباب، وأباريق ونشاب ونحوها، والهاون، لأن ذلك لا يختلف .

* أما المعمولة بالآلة — أي المحفورة بالآلة — فإن المذهب لم يجز السلم فيها، لعدم انضباطها باختلاف أجزائها .

* وكذلك يصح السلم في الأشياء المتخذة من شيء واحد كالخفاف والنعال المتخذة من شيء واحد بشرط أن تكون جديدة، واتخذت من غير جلد .

ثانياً: التعاقد (سلباً) على شيء مصنع من أكثر مادة، وله صورتان رئيستان :

الصورة الأولى: التعاقد (سلباً) على شيء مختلط الأجزاء خلفة، وذلك مثل (الشهد) إذ هو مركب من عسل وشمع .

والأصح في المذهب صحة السلم في ذلك لانضباط أجزائه .

ومقابل الأصح أنه لا يصح لأن الشمع يقل ويكثر فيتنفي الانضباط بين أجزائه فلا يصح السلم .

الصورة الثانية: التعاقد (سلباً) على شيء، مختلط الأجزاء صنعة، وقد جعلته في الأنواع التالية:

النوع الأول: التعاقد على الشيء المختلط صنعة، المنضبطة أجزاؤه عند أهل الصنعة، المقصود الأركان كما بأصله. كالعنابي - وهو مركب من قطن حرير، وخز، وهو مركب من إبريسم ووبر أو صوف.

النوع الثاني: التعاقد على الشيء المختلط الأجزاء صنعة، الذي يقصد أحد الخليطين فيه، والخليط الآخر أضيف لإصلاح هذا الشيء، مثل خل تمر، أو خل زبيب، فالخل يحصل باختلاط التمر - أو الزبيب - بالماء الذي هو قوامه - فالماء أضيف لمصلحة الخل.

* وقد اختلف رأي المذهب الشافعي في صحة السلم في هذا النوع إلى رأيين:

الرأي الأول وهو الأصح: يصح السلم فيهما، لسهولة ضبط كل جزء في الأول، ولأن الثاني من مصلحته.

الرأي الثاني: وهو مقابل الأصح: لا يصح السلم فيهما، لعدم انضباط الأجزاء فيهما.

النوع الثالث: التعاقد (سلباً) على الشيء المختلط المقصود الأركان التي لا تنضبط، مثل هريسة، ومعجون مركب من جزأين أو أكثر، وغالية، وقسي مركب من خشب وعظم وعصب. وهذا النوع لا يصح السلم فيه، لعدم انضباط أجزائه.

وبينت أن مدار القول بالصحة أو عدمها هنا يدور حول ما يأتي:

(أ) في الأشياء المصنعة من مادة واحدة: تفاوت الصنعة أو تفاوت الأشكال ونحوها، فإن لم تتفاوت صح السلم، وإن تفاوتت لم يصح.

(ب) في الأشياء المختلطة الأجزاء خلقة أو صنعة: انضباط الأجزاء

المتكون منها هذا الشيء، أو إمكان فصل هذه الأجزاء ليعرف قدر كل جزء منها، فإن أمكن ذلك صح السلم، وإلا لم يصح.

وأخيراً بينت أن هذا الضابط يمكن أن يحكم لنا على كل أنواع ما يجري السلم فيه من الأشياء المختلطة خلقة، أو صنعة، فإن تحقق هذا الضابط صح السلم، وإلا لم يصح.

وهذا ما اتجه إليه الشيخ محمد نجيب المطيعي «الفتاوى الشافعية» معماً ذلك على كل أنواع المصنوعات في زماننا من السلع المعمرة كالتلفاز، والمذياع، والثلاجة والغسالة... ونحو ذلك [يراجع ص ٤٧٥].

رابعاً — المذهب الحنبلي:

بينت أيضاً رأي المذهب الحنبلي في عقد الاستصناع ثم في عقد السلم على الأشياء التي يراد صنعها في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: بينت فيه أن المذهب الحنبلي لا يصح عنده عقد الاستصناع، كما ذكره القاضي وأصحابه، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم.

المطلب الثاني: صور أوردتها المذهب لها تعلق باستصناع السلعة.

الصورة الأولى: صورة يكون فيها الشيء قد تم صنع بعضه، ولم يتم الانتهاء منه، وأراد بيعه على أن ينسج باقيه [وهي مسألة تورليكميل عند المالكية] ففي المذهب رأيان:

الرأي الأول: يرى أنه لا يصح بيعه... لأن بيع المنسوج بيع عين، والباقي موصوف في الذمة، ولا يصح أن يكون الثوب الواحد بعضه بيع عين، وبعضه مسلم فيه، لأن الباقي سلم في أعيان وذلك لا يجوز، ولأنه بيع واستئجار وسلم... .

الرأي الثاني: وحكى بقبيل — مما ينسب عن الضعف — أنه يصح بيعه إلى

المشتري إن صح جمع بين بيع وإجارة منه بعقد واحد، لأنه بيع وسلم، أو شرط فيه نفع البائع.

الصورة الثانية: إذا أحضر البائع لحمه الثوب وباعها مع الثوب وشرط على البائع نسجها:

ففي هذه الصورة تجري الروايتان في اشتراط منفعة البائع.

* والمذهب يرى صحة الجمع بين بيع وإجارة، ويرى صحة بيع شرط فيه نفع البائع.

المطلب الثالث: التعاقد (سلباً) على أشياء تصنع.

وقد أبرزت تحت هذا المطلب صوراً متعددة نص المذهب على صحة التعاقد عليها سلباً، وهي كلها تحتاج إلى صنعة. . .

المطلب الثالث: الضوابط التي يلزم توافرها لصحة عقد السلم في الأشياء المتعاقد على صنعها:

أستطيع أن أخلص إلى التقسيم التالي:

القسم الأول: الأشياء المصنعة من مادة واحدة، ويرى المذهب صحة السلم في هذه الأشياء.

القسم الثاني: السلم في أشياء تصنع من أكثر من مادة، ويندرج تحتها صورتان:

الصورة الأولى: السلم في الأشياء المختلطة خلقة، وهو صحيح في المذهب.

الصورة الثانية: السلم في الأشياء المختلطة صنعة، ويصح السلم في نوعين منها:

النوع الأول: السلم فيما يجمع أخلاطاً مقصودة متميزة - كثياب منسوجة من نوعين (كإبريسم وقطن).

وبينت ضابط هذا النوع، وأفاق تطبيقه.

النوع الثاني: السلم فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته، كخل تمر، أو زبيب، يوضع فيه الماء، وخبز يوضع فيه الملح.

ويصح السلم في هذا النوع أيضاً، لأن ما خلط به يسير غير مقصود لمصلحته، فلم يؤثر.

ثم بينت الضابط الذي يمكن أن يحكم صحة السلم في الأشياء المختلطة صنعة، وهو أن تكون أخلاطها مقصودة متميزة، وإمكان ضبطها بالصفة.

أما المختلطة خلقة فهي صحيحة مطلقاً، لأنه لا عمل للإنسان فيها فإن دخلها غش لا يصح السلم فيها.

«وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين».

﴿ رَبَّنَا لَا تُؤِخِّرْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ ﴾.

وصلّى الله وسلّم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن نهج وسار على هديه إلى يوم الدين.

أ. د. حسنّ علي الساذلي

أثرُ الاستِصْناعِ
في تنشيطِ حركةِ الصِّناعيَّةِ
إعداد
الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور
عضو مجمع الفقه الإسلامي بمجدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عرف الفقه الإسلامي بمجموعة مذاهبه أنواعاً من العقود المرنة ذات الطابع اللين المستجيب لمقتضيات التطور الاجتماعي للجماعات الإنسانية، من هذه العقود الليّنة: عقد الاستصناع والواقع أن عقد الاستصناع ليس عقداً متفقاً عليه كعقد الرهن مثلاً، بل هو من العقود المختلف فيها بين المذاهب الفقهية؛ فمن مبيح ومن مانع، ومن مفصل.. بين هذا وذاك.. بشروط. ومع ذلك فلقد كان المذهب الحنفي - وهي شهادة حق - أوسع المذاهب المحتضنة لهذا العقد التعاملّي الذي إنما أجازته من أجازته من الفقهاء استحساناً لشدة حاجة الناس إليه وللتعامل به سلفاً وخلفاً حتى أصبح ذلك من المسلّمات.

هذا العقد صار له اليوم في عالم المعاملات المالية - صار له دورٌ بارز وأثر فعّالٌ في تنشيط الحركة الصناعية الجبارة في هذا العصر، عصر الآلة، فلماذا لا ندرس هذا المحور درساً متأنياً مستوعباً، لنهتبل فرصة اعتراف الفقه الإسلامي به بشروطه المعتمدة فنفيد منه أفراداً وجماعاتٍ في مضممار الطيران والبحار والمعامل والآلات والبخار والكهرباء؟!!

بل ولماذا نستجدي دائماً من الآخرين الملالم مع الذل، ونحن لدينا الكنوز المترعة مع العز؟! لهذا كلّه أشرعت اليراع وتوفّرت على هذا المحور النفاع ورأيتُه أجدى المحاور وأحراها بالبحث والتقصي، فالعصر لا يريد منا أن نكرّر ما قاله الأولون، بل أن نفهمه ونهضمه ونزيد عليه، ونستخرج منه ومنا شرباً طيباً مباركاً فيه سائغاً للشاربين وقدمت هذا البحث المتواضع لمجمعنا الفقهي الإسلامي العتيد في دورته السابعة اليمونة، وأقمته على مدخل ومقصد وخاتمة سائلاً الله تعالى أن يجعل له القبول وأن يسدّد خطانا جميعاً لما يحب ويرضى والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

المدخل إلى البحث تعريف عام بعقد الاستصناع

الاستصناع هو (عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل)^(١) .

جاء في شرح المجلة للشيخ خالد الأناسي ما نصه في شرح المادة ٣٨٨ منها في ترجيح هذا الحد؛ [والصحيح هو القول الأخير - أي المذكور آنفاً - لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يُسَمَّى سَلْمًا، وهذا يُسَمَّى استصناعاً، واختلافُ الأسمي دليل اختلاف المعاني في الأصل].

ثم قال في الاستدلال لمشروعيته، [وهو جائز استحساناً، والقياس يقتضي عدم الجواز لأنه بيع المعدوم، وقد نهى ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده ورخص في السلم، وهذا ليس بسلم، لأنه لم يُضرب له أجل، وجه الاستحسان الإجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأمصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير، والقياس يترك بمثله]، ثم قال: (ودليله الإجماع العملي، وهو قاضٍ على القياس)^(٢) .

فعقد الاستصناع يشمله بالمنع عموم النص المانع، وإن لم يكن وارداً فيه خصيصاً، ولكن الاستصناع عقد تعارفه جميع الناس في كل البلاد لاحتياجهم إلى طريقته، فلذلك أقر الاجتهاد عقد الاستصناع للعرف الجاري فيه، واعتبر هذا العرف مخصصاً لعموم النص العام المانع، فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع

(١) انظر شرح المجلة، للشيخ خالد الأناسي: ٤٠٠/٢ .

(٢) المرجع السابق: ص ٤٠٠ وما بعدها.

ضمناً كما استثنى السَّلم صراحةً، وبقي العمل بالنص في غير ذلك من أنواع بيع المعدوم، وقد نقل انعقاد الإجماع على صحة الاستصناع، وهذا يقال له في عرف الفقهاء واصطلاحهم: (العرف المقارن العام) وهو في الاجتهاد الحنفي مخصَّص للنص^(١).

وأبرز شروطه: بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته بما ينفي الجهالة المفضية للمنازعة، وأن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس، واشترط الإمام أبو حنيفة أن لا يكون فيه أجل وإلاً انقلب سلماً، وقال صاحبان ليس هذا بشرط، والعقد استصناع على كل حال حُدِّد فيه أجل أم لا، لأن العادة جارية بتجديد الأجل في الاستصناع، وقولهما هو الأولى بالأخذ لتمشيه مع الحياة العملية^(٢).

وصفته؛ أنه عقد غير لازم قبل الصنع؛ وبعد الفراغ من الصنع، ولكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه والعدول عنه، قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع، فإذا جاء الصانع بالشيء المصنوع إلى المستصنع، فقد سقط خياره لأنه رضي بكونه للمستصنع حيث جاء به إليه، وحيثُ إذا رآه المستصنع فله الخيار؛ إن شاء أخذه وإن شاء تركه، وقَسَخَ العقدَ، عند الإمامين أبي حنيفة ومحمد، لأنه اشترى شيئاً لم يره، فكان له خيار الرؤية، بخلاف الصانع فهو بائع فلا خيار له.

وقال الإمام أبو يوسف: العقد لازم إذا رأى المستصنع المصنوع ولا خيار له إذا جاء موافقاً للطلب والشروط، لأنه مبيع، بمنزلة المسلم فيه، فليس له خيار الرؤية لرفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقاً

(١) انظر المدخل الفقهي العام: ١/٨٨٩، ف ٥١٨/أ، للأستاذ الجليل مصطفى أحمد الزرقاء حفظه الله، وانظر (العرف والعادة عند الفقهاء)، لأستاذنا الجليل أحمد فهمي أبو سنة، وانظر كتابنا (نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي).

(٢) انظر البدائع: ٣/٥، ٢١٠؛ وفتح القدير: ٥/٣٥٠ وما بعدها؛ ورد المحنار: ٤/٢٢٣؛ والمبسوط: ١٢/١٢١؛ والفقهاء الإسلامي وأدلته: ٤/٢٤٣ وما بعدها، الطبعة الأولى.

لطلب المستصنع فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة، قلت؛ والقول برأي أبي يوسف أجددُ بالترجيح في هذا العصر للحاجة إلى تثبيت العقود وعدم خلخلتها واهتزازها في عصر فسدت فيه الذمم، هذا حكم الاستصناع في حق المستصنع، وأما حكمه في حق الصانع فثبوت الملك اللازم إذا رآه المستصنع ورضي به ولا خيار له وهذا في ظاهر الرواية^(١) وبعد؛ فيجوز عدم وجود المعقود عليه في بيع الاستصناع في رأي بعض الحنفية^(٢).

(١) انظر المبسوط: ١٣٩/١٢ وما بعدها؛ وشرح المجلة للأتاسي: ٤٠٠/٢ وما بعدها.

(٢) راجع الفقه الإسلامي وأدلته: ٢٤٣/٤، وما بعدها؛ وشرح المجلة للأتاسي الصفحة ذاتها.

المبحث الأول المعضلات الفقهية في عقد الاستصناع

١ - المعضلة الأولى؛ مدى اللزوم في عقد الاستصناع:

الاستصناع كان يعتبر في أصل المذهب الحنفي عقداً غير لازم، فأصبح بمقتضى نصوص المجلة عقداً لازماً، وعلى هذا فيجوز في الاستصناع لكل من الطرفين فسخه في أصل المذهب بلا خلاف ما دام الشيء المستصنع لم يصنع بعد، أما بعد صنعه وإحضاره فيكون للمستصنع حقاً في الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الرأي الراجح في المذهب، ولكن المجلة أخذت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده، إلا إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المبيّنة في العقد، وحينئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط، لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع، وذلك بنص المادة ٣٩٢ من المجلة.

جاء في لائحة الأسباب الموجبة من مقدمة المجلة أنها اختارت قول الإمام أبي يوسف بعدم خيار المستصنع إذا حضر الصانع المصنوع بعد العمل موافقاً للشروط، وذلك وفقاً لما تقتضيه به المصلحة الزمنية.

والمقول في كتب المذهب أن أبا يوسف لا يقول بعدم خيار المستصنع إلا بعد الصنع وإحضار الصانع المصنوع موافقاً للأوصاف المشروطة، أما قبل الفراغ من صنعه أو بعد الفراغ قبل إحضاره فلا خلاف في أن المستصنع مخير^(١)، لكن نص المادة ٣٩٢ من المجلة جاء صريحاً في أنه بعد انعقاد الاستصناع لا خيار لأحد من الطرفين إلا إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المشروطة، فأفاد إطلاق

(١) انظر البدائع ورد المحتار في مبحث الاستصناع؛ والمدخل الفقهي العام: ٤٥٦/١، ف٢٠٢ وحاشيتها، للأستاذ الجليل مصطفى أحمد الزرقاء.

نصّها اللزوم بحق الطرفين قبل الصنع بعد انعقاد العقد، وهو ليس قولاً لأحد في المذهب الحنفي، والذي رجّحه الأستاذ الجليل الزرقاء في كتابه القيم المدخل الفقهي ورمز له بقوله: (الظاهر) وهو أن المجلة اتخذت نظرية الإمام أبي يوسف أساساً وتوسّعت فيها بالتعديل في بعض نواحيها بحسب المصلحة الزمنية، وقد اقترنت بالإرادة السلطانية فأصبحت قانوناً من ولي الأمر، فالعبرة لنصها لا للنصوص التي استُمدت منها^(١).

والذي يتوجّه اليوم ترجيح قول الإمام أبي يوسف أولاً، ثم الوصول إلى ترجيح رأي المجلة ثانياً بالإلزام في حق الطرفين حفظاً لحقوق الناس من الضياع.

* * *

٢ - المعضلة الثانية؛ الشرط الجزائي في عقد الاستصناع:

كان الاجتهاد الحنفي الذي جاء بنظرية الفساد من الاجتهادات التي ضيّقت من حرية سلطات الإرادة في الشروط العقدية، وإن كان يعدّ متوسطاً بالنسبة إلى غيره، فكان الشرط الذي لا يجوز اشتراطه في العقد يُعدّ مفسداً للعقد. ولما كانت هذه الشروط كثيرة أصبحت حوادث الفساد في العقود كثيرة كذلك^(٢).

وفي أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطوّرت أخيراً أساليب العقود في التجارة الداخلية والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة كالحق المسمّى بحق الابتكار أو الحق الأدنى، واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات إلى بيعها أو التنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها. واتسع مجال عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيضاء مع المعامل والمصانع، وكذا عقود التعهد بتقديم الأرزاق

(١) انظر المدخل الفقهي: ٤٥٦/١، الحاشية.

(٢) انظر المدخل الفقهي: ٧١٣/١، ف ٣٨٦ وما بعدها.

وغيرها إلى الهيئات الاعتبارية، مما سُمي (عقود التوريد) وكل ذلك يعتمد المشاركات في شتى صورها، وازدادت قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية حتى أصبح تأخر أحد المتعاقدين، أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرّاً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما كان قبلاً، ولا يُعوّض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي، لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، ولا يجبر ضرر التعطل أو الخسارة الذي يلحقه جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاوناً منه أو امتناعاً.

وهذا قد ضاعفَ احتياجَ الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضماناتٍ ماليةً على الطرف الآخر الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح علماء القانون الوضعي الحديث (الشرط الجزائي) وهو يتخرج على مذهب القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار، وقد أُيدَ ذلك ابن القيم رحمه الله بما رواه البخاري في صحيحه عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال: (قال رجل لكريه: ارحل بركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: (من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه)^(١)، وابن شبرمة قال في حديث جابر بن عبد الله في قصة البعير (البيع جائز والشرط جائز)^(٢) فهذا وأمثاله يدل دلالة قاطعة على أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود تعويضاً عن ضرر محقق هو شرط صحيح معتبر يضاف إليه ما لم يكن هنالك عذر شرعي في الإخلال بالالتزام به.

وقد تأيد ذلك بقرار هيئة كبار العلماء في السعودية سنة ١٣٩٤هـ.

(١) أعلام الموقعين، طبعة المنيرية: ٣/٣٣٩؛ والمدخل الفقهي، للأستاذ الجليل الزرقاء:

٢٣٤/١، وف ٣٨٦ وما بعدها، وانظر صحيح البخاري مع فتح الباري: ٥/٢٦٢.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط.

المبحث الثاني

مدى أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية

أدّى الاستصناع في العُصر الخوالي وظيفته في الحياة العملية، فأفاد كلاً من الصانع والمستصنع والصنعة والفرد والجماعة، ثم تطورت الحياة الاجتماعية في العصور الحديثة فانتشر الاستصناع انتشاراً بين الناس واسعاً، فشمّل صناعات متطورة ومهمّة في حياة الناس اليوم، كالطائرات والسفن والسيارات والقطارات والمعامل، فأدّى إلى تنشيط الحركة الصناعية وأسهم في سعادة الفرد والمجتمع.

والشيء الملفت للنظر ما وصل إليه الاستصناع في هذه الأيام من بناء المساكن الحديثة وغيرها من المباني والمؤسسات.

وإني أستطيع أن أضرب عدداً من الأمثلة على هذا الأثر ومداه في تنشيط الحركة الصناعية في العصور الحديثة، وذلكم في كل من عقد التوريد وعقد المقاوله، ثم في التمويل للمشاريع الكبرى، وبيع الدُور السكنية على الخريطة.

١ - فأما عقد المقاوله؛ فهو عقد عرفه علماء القانون، وليس هو في الواقع عقد الاستصناع، ولا يجوز الخلط بينهما، ولو أنّ بينهما نسباً ووليجة، لكنّ عقد المقاوله يمكن التصرف فيه ببعض التحوير الفقهي، فيصبح حينئذٍ عقد استصناع شرعياً لا غبار عليه، وهو يتم فيه عادة الاتفاق على مدة التسليم والإلزام بغرامة معيّنة عند التأخير، فالتغريم كما مر أمر جائر بالشرط المسمّى بالشرط الجزائي الذي أقره الاجتهاد الحنبلي من الفقه الإسلامي كما مر آنفاً.

٢ - وكذلك عقد التوريد؛ فهو غير عقد الاستصناع بل هو تعهّد والتزام من إنسان يجلب أشياء لإنسانٍ آخر أو لجهة أخرى، فهذا هو فحواه، ومع ذلك فإنه عقد يمكن أن يبتني على عقد الاستصناع بوجه من الوجوه.

٣ - وكذلك التمويل للمشاريع الكبرى في هذا العصر يمكن أن يَبْتَنِي على عقد الاستصناع في كثير من الوجوه، كل ذلك بشرط وضوح التعاقد في كل هذه الأمور مع بيان شروطه، وأوصافه بياناً وافياً كافياً مُزِيلاً لكل جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف، وذلك كتمويل المعامل الكبرى، والصناعات الثقيلة كالتائرات والسيارات وما شاكل ذلك .

٤ - ومن التطبيقات الجديدة على عقد الاستصناع بيع الدور السكنية وما شاكلها على الخريطة، ضمن أوصافٍ محدّدة، فهذا الأمر لا يصح إلاّ بتخريجه على عقد الاستصناع، ويُعد العقد صحيحاً إذا ذُكرت في شروط العقد كل المواصفات التي تمنع الجهالة المفضية إلى النزاع وتزيلها، وأصبح اليوم من السهل الميسور بيان كل ذلك بشكل مكتوب واضح متفق عليه مع بيان تسديد الثمر وآماده، ومدة التسليم بشكل تقريبي مستعجل، مع توثيق ذلك كُلّه^(١) .

(١) قلتُ: ولقد انعقدت في الخرطوم العاصمة السودانية في تشرين الثاني عام ١٩٩١م ندوة دولية لشؤون الإسكان من المتخصصين بالاقتصاد المعاصر، ويُحْت فيها الموضوعات المهمة من مسائل الإسكان ولا سيما على ضوء عقد الاستصناع وغيره من العقود الفقهية الصحيحة وخرج المشاركون بالندوة بتوصيات مهمة جداً في هذا المضمار، وكان لعقد الاستصناع دور بارز في هذه الندوة التي أسهمت بتطويره من الناحية الفنية، وكان كاتب السطور أحد المشاركين في هذه الندوة الدولية مع لفيف من الزملاء العلماء الأجلاء من شتى بلاد العالم الإسلامي .

خاتمة البحث

والآن أضع القلم بعد أن تحدثت عن عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الصناعية المعاصرة، بحيث بات اليوم من الضروري توسيع بحث الاستصناع وتطويره من ناحية الصياغة الفقهية الحديثة، وذلك بالأخذ بكل الاجتهادات الفقهية الإسلامية ضمن المذاهب الفقهية الكبرى لفقهاء الأمصار، دون تخرج من ذلك، فإن المعاملات المالية اليوم لا يتسع لها مذهبٌ واحد من مذاهب الشريعة، وهي دائماً في توسع وازدياد وتطور، والرأي أن نخضعها للفقه الإسلامي بمذاهبه كلها، فنجد فيها جميعاً العلاجات العجيبة لمشكلات التعامل المالي الحديث، فنبينا محمد ﷺ هو ينوع الشريعة، والمذاهب الفقهية بجداولها، وهو بعث بها كلها فكأنه بعث بشرائع متعدّدة، وما هي إلاّ شريعة واحدة ذات كنوزٍ متعددة متنوّعة.

وما أحسن ما قاله العلامة ابن القيم رحمه الله تعالى:

[هذا فصل عظيم النفع جداً، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يُعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمةٌ كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى

الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل^(١).

الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

(١) أعلام الموقعين، طبعة المنيرية: ٣/٤٤٤.

مَصَادِرُ الْبَحْثِ وَمَرَاجِعُهُ

- ١ - الأتاسي (خالد)، شرح المجلة، طبعة حمد.
- ٢ - الكاساني (علاء الدين)، البدائع في ترتيب الشرائع.
- ٣ - ابن الهمام (كمال الدين)، فَتْحُ الْقَدِيرِ شرح الهداية.
- ٤ - ابن عابدين (محمد أمين)، رد المحتار على الدرر، طبعة بولاق سنة ١٢٧٢هـ مع التكملة.
- ٥ - السَّرْحِيسِي (شمس الأئمة)، المبسوط شرح الكافي.
- ٦ - ابن القيم (الزُّرْعِي) أعلام الموقعين عن ربِّ العالمين، طبعة المنيرية.
- ٧ - العسقلاني (الحافظ أحمد ابن حجر)، فتح الباري شرح صحيح البخاري.
- ٨ - الزرقاء (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، مطبعة الجامعة السورية.
- ٩ - الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، مطبعة دار الفكر، الطبعة الأولى.
- ١٠ - قدرى باشا (محمد)، مرشد الحيران إلى أحوال الإنسان.
- ١١ - أبو سنة (أحمد فهمي) العرف والعادة عند الفقهاء.
- ١٢ - الفرفور (محمد عبد اللطيف)، نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصالح المرسلة، طبعة دار دمشق.

عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ

إِعْدَادِ

فَضِيلَةِ الشَّيْخِ كَمَالِ الدِّينِ جَبَّيْطِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وصلّى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه .

الاستصناع:

الاستصناع: لغة مصدر ثلاثي مزيد بثلاثة أحرف من استصنع الشيء أي دعا وطلب صنعه والاستصناع افتعال من الصنعة وفي الحديث قال رسول الله ﷺ: «لا توقدوا بليل ناراً ثم قال أوقدوا واصطنعوا فإنه لن يدرك قوم بعدكم مذكم ولا صاعكم».

فقوله اصطنعوا أي اتخذوا صنيعاً أي طعاماً تنفقونه في سبيل الله، يقال (اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً، وعن ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب كأن يجعل فصّه في باطن كفّه إذا لبسه فصنع الناس ثمّ إنّه رمى به). أي أمر أن يصنع له كما تقول اكتتب أي أمر أن يكتب له. والطاء في اصطنع بدل من تاء الافتعال لأجل الصاد، والحرفة المصطنعة هي الصناعة والعمل الصنعة والصناعة^(١) فالاستصناع من استصنع فلان عنده صنيعاً اتخذها نقله الجوهري^(٢).

وصيغة استفعل ترد الزيادة فيه لعدّة معان أولها الطلب ومعناه نسبة الفعل إلى الفاعل للدلالة على إرادة تحصيل الحدث من المفعول وهو الغالب في هذه الصيغة حقيقة كان كاستكتب واستفهم، أو مجازاً كاستخرج الذهب من الأرض واستوقد النار، كما ترد صيغة استفعل للتحوّل ومعناه الدلالة على أنّ الفاعل قد

(١) لسان العرب: ٢٠٨/٨ - ٢١٣، دار الطباعة والنشر، بيروت ١٩٥٦م.

(٢) تاج العروس من جواهر القاموس: ٤١٢/٥ - ٤١٥.

انتقل من حالته إلى الحالة التي يدلّ عليها الفعل كما في قولهم استنوق الجمّل واستنسر البغاث أي الطيور الصغيرة فتشبهت بالنسور^(١) وقد دخله الإبدال إبدال التاء بالطاء والطاء تبدل من تاء الافتعال بعد حروف الإطباق وهي الصاد والضاد والظاء فيجب إبدال تائه طاء فتقول في افتعل من صبر اصطبر ومن ضرب اضطرب ومن طهر أظهر ومن ظلم اظلم والأصل اصتبر واضترب واظتلم فاستقل اجتماع التاء مع الحرف المطبق لما بينهما من تقارب المخرج وتباين الصفة إذ التاء مهموسة مستقلة والمطبق مجرور مستقل فأبدل من التاء حرف استعلاء من مخرجها وهو الطاء^(٢).

وفي العرف الاصطلاحي هو عقد على مبيع في الذمة مشروط فيه أوصاف وعمل فمن قال لمن هو من أهل الصنعة أصنع الشيء الفلاني ممّا هو من اختصاصك وقد أجابه إلى ذلك بعد ما اتّفقا على الثمن فقد انعقد العقد، إذن فهو عقد على مبيع في الذمة مشروط بعمل كما عرّفه الكاساني^(٣) وفي المبسوط قال السرخسي: وإذا استصنع الرجل خفين أو قلنسوة أو طستاً أو كوزاً أو آنية من أواني النحاس فالقياس أن لا يجوز ذلك لأن المستصنع فيه مبيع معدوم ويبيع المعدوم لا يجوز لئنه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ثمّ هذا في حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقد لم يجر بيعه فكذلك إذا كان معدوماً بل هو أولى ولكنّا نقول نحن تركنا القياس لتعامل الناس من غير نكير وهو أصل من الأصول كبير لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». وقال ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة». وهو نظير دخول الحمّام بأجر فإنّه جائز لتعامل الناس وإن كان مقدار المكث فيه وما يصبّ من الماء مجهولاً وكذلك شرب الماء من السقاء بفلس والحجامة بأجر جائز لتعامل الناس وإن لم يكن له مقدار ممّا

(١) دروس من التصريف، لمحبي الدين عبد الحميد: طبعة ١٩٣١م.

(٢) شرح الأشموني المعنون بمنهج السالك إلى ألفية ابن مالك: ٣٠٣/٢، طبعة ١ تونس

١٣٩٣هـ.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦، طبعة الإمام.

يشترط أن يصنع من الكنه على ظهره معلوم، وفي الحديث أن النبي ﷺ استصنع خاتماً واستصنع المنبر فإذا ثبت هذا يترك كل قياس في مقابلته^(١) فالاستصناع هو بيع سلعة ليست عنده على غير وجه السلم فهو عقد على مبيع في الذمة مشروط فيه العمل فمن قال لغيره اصنع لي كذا بكذا درهماً واتفقا على ذلك انعقد عقد الاستصناع عند الحنفية وكذلك عند الحنابلة على غير وجه السلم فهو إذن من البيوع المذكور عند الكلام على البيع بالصنعة.

وبيع الاستصناع عند الشافعية والمالكية ملحق ببيع السلم ويؤخذ تعريفه وأحكامه من السلم وذلك عند الكلام على السلف في الشيء المسلم للغير من الصناعات ففي المدونة قلت: ما قول مالك في رجل استصنع طستاً أو كوزاً أو قميصاً أو قلنسوة أو خفين أو ليداً أو استصنع سرجاً أو قارورة أو قدحاً أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آتيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات فاستعمل من ذلك شيئاً موصوفاً، وضرباً لذلك أجلاً بعيداً وجعل لرأس المال أجلاً بعيداً أيكون هذا سلفاً لأنه ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً أم لا يكون سلفاً ويكون بيعاً من البيوع في قول مالك؟ قال أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلاً بعيداً أو جعل ذلك مضموناً على الذي عملها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يريه بعمله منه ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين ولم يضرب لرأس المال أجلاً فهذا سلف جائز وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصف. قلت وإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً والمسألة على حالها فسد وصار ديناً في دين في قول مالك، قال: نعم، قلت: وإن لم يضرب لرأس المال أجلاً واشترط أن يعمله هو نفسه أو عمل رجل بعينه، قال: لا يكون هذا سلفاً لأن هذا رجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل وشرط عليه عمل نفسه وقدم نقده فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أولاً فهذا من الغرر وهو إن سلم عمله له، وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف

(١) المبسوط، للسرخسي: ١٢/١٣٨ - ١٣٩، طبعة ١.

هذا فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلاً. قلت فإن كان إنما أسلفه كما وصفت لك على أن يعمل له ما اشترطه عليه من حديد قد أراه إياه أو طواهر أو خشب أو نحاس قد أراه إياه قال لا يجوز ذلك قلت لم؟ قال لأنه لا يدري أسلم ذلك الحديد أو الطواهر أو الخشب إلى ذلك الأجل أم لا ولا يكون السلف في شيء بعينه فذلك لا يجوز في قول مالك^(١) وتتفق الإجارة على العمل مع الاستصناع في أن العامل الذي هو الصانع في الاستصناع والذي هو الأجير في الإجارة على الصنع والفريق بينهما أن في الإجارة على الصنع أن المحل هو العمل. وفي الاستصناع هو العين الموصوفة التي تكون في الذمة فليس فيه بيع عمل^(٢) ثم إن الإجارة على العمل تكون بشرط أن يقدم التاجر للعامل المادة التي ستصنع فالعمل على العامل والمادة على من استأجره وأما في الاستصناع فكلاهما من العامل المادة والصنعة ويتفق الاستصناع مع بيع السلم في كون كل منهما شراء آجل بعاجل كما في ابن عابدين فالاستصناع هو نوع من أنواع السلم لأن الأصل أنه في المزروعات والاستصناع إنما هو شراء آجل بعاجل في المصنوعات فيتفق الاستصناع مع السلم في صور كثيرة ولذا أجرى المالكية والشافعية ذكر الاستصناع في باب السلم وجعله الحنفية ضمن مبحث السلم إذ هو نوع منه والفريق بينهما أن السلم أعم لأنه عام في المصنوع وغيره وأما الاستصناع فهو خاص بما اشترطت فيه الصنعة والعامل وكذلك السلم من شرطه تعجيل الثمن على أن لا يكون من الدين بالدين وهو ممتنع في حين أن الاستصناع ليس فيه تعميم ذمتين بدينين لأن العمل معدوم سيوجده الصانع في المستقبل ولذا أجاز أكثر الحنفية تأخير الثمن ولم يشترطوا التعجيل فيه^(٣) كما يتفق الاستصناع مع الجعالة في أنها التزام عوض معلوم على عمل معين

(١) المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي: ١٨/٩ - ١٩، طبعة السعادة

١٣٢٣هـ.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢٢٥/٥، طبعة الحلبي.

(٣) فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ وبدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦؛ والمبسوط: ١٣٨/١٢ وما بعدها.

والاستصناع عقد عمل كذلك^(١) فهما يتفقان في أنهما عقدان مشروط فيهما العمل ويفترقان في أن الجعالة عامة في الصناعات وغيرها من الأعمال بخلاف الاستصناع فإنه خاص بالمصنوعات كما أن العمل في الجعالة قد يكون معلوماً وقد يكون مجهولاً كحفر البئر فإنه مجهول فيه ساعات العمل لتحقيق الغاية وقد يكون معلوم المقدار والزمن وما يستغرق من ساعات العمل أما الاستصناع فلا بد أن يكون معلوماً وإلا لا تمتنع.

والاستصناع كغيره من كثير من العقود هو مستثنى من أصل ممنوع ذلك أن المعقود عليه وهو ما التعاقد عليه ظهرت فيه أحكامه وترتبت عليه آثاره قد يكون عيناً مالية كالمبيع والمرهون والموهوب وقد يكون عيناً غير مالية كعقد الزواج فإنه عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية وقد يكون منفعة كمنفعة المأجور في الإجارة من الدور والعقارات ومنفعة الشخص في صباغة ثوب أو إصلاح آلة. فما يصلح أن يكون معقوداً عليه هو الأمر المهم في ذاته أو في الانتفاع به وليس كل شيء صالحاً لأن يكون معقوداً عليه بل لا بد أن تكون هناك منفعة معتبرة شرعاً وعرفاً فلذا لا يصح العقد على خمر بين المسلمين ولا يصح العقد على امرأة محرم بسبب نسب أو رضاع ولا على ما لا يعتبر منفعة شرعاً كصنع آلات الغناء أو العزف وهذا شرط عام في كل معقود عليه، ومن شرط المعقود عليه أن يكون موجوداً وقت التعاقد لأنه لا يصح التعاقد على المعدوم ولذا لا يصح بيع زرع قبل ظهوره أو قبل بدو صلاحه لأنه لا يعلم هل ينبت أم لا ولا يصح العقد على ما فيه غرر أو خطر، فإذا لا يصح العقد على بيع الجنين في بطن أمه لاحتمال انعدامه قبل ولادته بموته في بطن أمه ولا يصح بيع اللبن في الضرع لاحتمال عدم وجوده، وأن ما به هو انتفاخ ولا يبيع اللؤلؤ في الصدف أو الحيتان في البحر، وكل ما لا يصح التعاقد عليه لعدم وجوده والأصل في كل ذلك نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عندك وقال: لا تبع ما ليس عندك. وكذلك لا يصح التعاقد على ما هو مستحيل الوجود في المستقبل كالتعاقد مع حكيم على علاج مريض توفي

(١) البجيرمي عل شرح الخطيب: ٣٣/٣، طبعة مصطفى محمد.

إذ الميت لا يصلح للعلاج كما لا يصح التعاقد على حصاد زرع قد احترق فمثل هذه العقود كلها وهذا الشرط مطلوب لا فرق بين عقود المعاوضات أو عقود التبرعات عند الحنفية والشافعية فلا فرق بين عقد البيع والهبة والرهن عندهما وذلك لنهي ﷺ عن بيع ما ليس عندك وعن بيع حبل الحبلة أي بيع ولد الناقة أو ولد الناقة أو ولد ولدها^(١) وقد كان بيع الملاقيح والمضامين متعاملاً بهما في الجاهلية فورد الحديث بالنهي عن الملاقيح والمضامين عن ابن عمر^(٢) وفرق مالك بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات فأجاز الغرر في التبرعات ومنعها في المعاوضات وأباح اليسير منه فيما كان منشأه المكارمة والمجاملة وهو النكاح ونفاه فيما كان مبنياً على المشاحة والمكايسة.

ومنع التصرف بالمعدوم وبما يستحيل وجوده قاعدة عامة لا مرأى فيها لكن استثنى الفقهاء من هذه القاعدة مجموعة من العقود كعقد السلم والإجارة والمساقاة والاستصناع إذ السلم بيع آجل بعاجل أي بيع ما ليس بموجود بضمن حال كما يفعل الزراع مع التاجر فبييع المحصول الزراعي قبل الحصاد وقد أجازته رسول الله ﷺ فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». والإجارة عقد على منافع بعوض ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع وكذلك الاستصناع هو عقد على عمل الصانع بأن يصنع مثلاً شيئاً نظير عوض معين بخدمات من عنده كما نفعه مع الخياطين والنجارين والحدادين مثلاً وقد أجاز بالإجماع لحاجة الناس إلى التعامل به في كل زمان ومكان وهذه العقود الثلاثة المعقود عليه غير موجود عند إنشاء العقد فالإباحة استثناء من المنع الأصلي واستحساناً لحاجة الناس إليها وتعارفهم عليها. وعليه فهو رخصة إذ هو استثناء من بيع ما ليس عندك وبشكل كونه رخصة بتعريفها بأنها انتقال من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي وذلك لأن الاستصناع والمزارعة والمغارسة والسلم ونحوها لم تكن ممنوعة ثم أبيحت حتى يتحقق التغيير.

(١) رواه أحمد ومسلم والترمذي عن ابن عمر، نيل الأوطار: ١٣٧/٥.

(٢) نصب الراية: ١٠/٤.

والجواب على هذا أن الرخصة تطلق بإزاء أربعة أشياء يطلق لفظ الرخصة على ما وضع عن هذه الأمة من التكاليف الغليظة والأعمال الشاقة التي دل عليها قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾ .

وقوله: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِمْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾ .

وقوله: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ .

فالرخصة هنا راجعة إلى معنى اللين وهو الأصل فيها وتطلق الرخصة على ما كان من المشروعات توسعة على العباد مما هو راجع إلى نيل حظوظهم وقضاء أوطارهم . والعزيمة الأولى هي التي نبه إليها قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ .

وقوله: ﴿وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا تَسْأَلْكَ رِزْقًا﴾ الآية .

والعباد ملك الله على الجملة والتفصيل فحق عليهم التوجه إليه وبذل الجهد في عبادته لأنهم عباده وليس لهم الحق لديه ولا حجة عليه فإذا وهب لهم حقاً ينالوه فذلك كالرخصة لهم لأنه توجه إلى غير المعبود واعتناء بغير ما اقتضته العبودية إذ العزيمة هي امتثال الأوامر واجتناب النواهي على الإطلاق والعموم أكانت أوامر ندب أو وجوب أو كانت النواهي كراهية أو تحريماً والإذن من الله في أن ينال حظاً من الحظوظ هو بهذا المعنى رخصة ويدخل فيها على هذا الوجه كل ما كان تخفيفاً وتوسعة على المكلف والعزائم حق الله على العباد والرخص حظ العباد من لطف الله وهكذا تشترك المباحات مع الرخص على هذا الترتيب من حيث إنها توسعة على العباد ورفع حرج ومشقة وإطلاق الرخصة على ما استثنى من أصل كلي بمقتضى المنع مطلقاً من غير اعتبار لكونه لعذر شاق يدخل فيه القرض والقراض والمساقاة ورد الصاع من الطعام والمصرأة وبيع العرايا بجزها تمراً وضرب الدية على العاقلة وما أشبه ذلك وكل هذه العقود ونحوها مستند إلى أصل الحاجيات فهي قد اشتركت مع الرخصة بالمعنى الأول في هذا الأصل فيجري عليها حكمها في التسمية كما جرى عليها حكمها في

الاستثناء عن أصل ممنوع^(١) والحاصل أن العزيمة راجعة إلى أصل كلي ابتدائي والرخصة راجعة إلى جزئي مستثنى من ذلك الأصل الكلي وقد يكون لعذر شاق فلا ينتقل إلى الرخصة إلا عند العذر وقد يكون مطلقاً من غير اعتبار عذر فيدخل في كل ذلك ما أبيح ابتداءً للحاجة إليه كبيع الاستصناع فهو مستثنى من أصل كلي يقتضي المنع وهو بيع ما ليس عندك الذي ورد النهي عنه واستثناء بيع الاستصناع هو استحسان والاستحسان في مذهب مالك هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي يقتضي المنع. ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس لأن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من مقاصد الشريعة في الجملة في مآلات الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك وكثيراً ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي والحاجي مع التكميلي فيكون إجراء القياس مطلقاً، والضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارد فيستثنى موضع الحرج والمشقة. وكذلك في الحاجي مع التكميلي أو الضروري مع التكميلي وله في الشريعة أمثلة كثيرة فالقرض مثلاً هو ربا في الأصل لأنه درهم بدرهم إلى أجل ولكنه أبيح لما فيه من الرفقة والتوسعة على المحتاجين بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق وحرج على المكلفين ومثله بيع العرايا بخرصها تمراً فإنه بيع رطب يابس وهو ممنوع لما فيه من الغرر ولكنه أبيح لما فيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة للمعري والمعري ولو امتنع مطلقاً لكان وسيلة لمنع العرايا كما أن ربا النسيتة لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه وجميع الرخص ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك لأننا لو بقينا على الأصل أي أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل العام من المصلحة فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه وهي قاعدة بنى عليها مالك وأصحابه قال ابن العربي

(١) الموافقات، للشاطبي: ١/١٨١ إلى ١٨٤، طبعة بولاق.

في أحكام القرآن: والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين والعموم إذا استمر والقياس إذا اطرده فإن مالكاً وأبا حنيفة يخصان العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ويريان معاً تخصيص القياس ونقض العلة ولا يرى الشافعي لعللة الشرع إذا ثبت تخصيصاً وهذا الذي قال هو النظر في مآلات الأحكام من غير اقتصار على مقتضى الدليل العام والقياس العام. وفي المذهب المالكي من هذا المعنى كثير جداً والاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس قال ابن العربي وقد سمعت ابن القاسم يقول ويروي عن مالك أنه قال تسعة أعشار العلم الاستحسان وهذا كله يوضح أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها^(١) وقاعدة الاستحسان نشأت من أصل عظيم متين العرى هو النظر في مآلات الأفعال الذي هو مجال للمجتهد صعب المورد وإن كان عذب المذاق محمود الغب يدل عليه أن التكاليف الشرعية شرعت لمصالح العباد وهي إما أخروية فترجع إلى مآل المكلف في الآخرة ليكن من أهل النعيم وإما دنيوية فالأعمال عند التأمل مقدمات لنتائج المصالح وأنها أسباب لمسيبات مقصودة للشارع والمسيبات هي مآلات الأسباب واعتبارها وجريان الأسباب مطلوب وهو النظر في المآلات الذي تفرع عليه قاعدة مراعاة الخلاف والحيل وسد الذرائع والاستحسان. وقد اختلفت الآراء هل الاستصناع بيع أو وعد بيع وقد رأى بعض الفقهاء أنه بيع يثبت فيه الخيار للمشتري وفيه أيضاً خيار الرؤية وثبوت الخيار للمشتري للرد بالعيب لا يكون إلا في البياعات اللازمة التي يجري فيها التقاضي بين البائع والمشتري والتقاضي إنما يجري في الواجب لا في الموعود لأن الموعود غير لازم وهذا كله يرجح أن يكون الاستصناع بيعاً من البيوع وليس مواعدة نعم هو بيع مبني على الخيار وهذا مذهب محمد من الحنفية حيث ذكر في جواز بيع الاستصناع القياس والاستحسان وهناك من يرى أنه مواعدة وليس

(١) الموافقات: ١٠٣/٤ - ١٠٩، طبعة بولاق ١٣٠٢ هـ.

بيع بدليل أن الصانع بالخيار في العمل إن شاء عمل وإن شاء ترك وبهذا يظهر أن الاستصناع وعد لا بيع لأن كل ما لا يلزم به الصانع مع إلزامه نفسه به يكون وعداً لا عقداً فالارتباط بين الصانع والمستصنع ارتباط مواعدة لا ارتباط بيع وحجته أنه مواعدة وليس بيعاً أن الصانع لا يجبر على الصنعة وإن ألزم نفسه بها بخلاف السلم مثلاً فإن البائع إذا قبض الثمن فقد التزم بالمسلم فيه عند الأجل فوجب عليه وأجبر على ما التزم به ومن جهة أخرى فالمستصنع له الحق في عدم تقبل المصنوع كما له أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته وكل هذا علامة على أنه مواعدة لا بيع .

وسواء قلنا هو بيع أو مواعدة فالاستصناع من العقود غير المسماة ومعنى ذلك أن الشارع لم يضع لها اسماً خاصاً بها ولا بين أحكامها المترتبة عليها بخلاف البيع والإجارة والشركة والهبة والكفالة والحوالة والوكالة والرهن والقرض والصلح والوصية ونحوها فإنها من العقود المسماة التي وضع لها الشرع اسماً وبين أحكامها والعقود غير المسماة هي العقود المستحدثة التي استحدثها الناس تبعاً للحاجة وهي كثيرة لا تنتهي ولا تنحصر لأنها تنشأ وتظهر بحسب حاجات الناس وتطور المجتمعات وتشابك المصالح مثله مثل بيع الوفاء وبيع الاستئجار والتحكير وأنواع المقالات أي التعهدات والالتزامات الحديثة وأنواع الشركات التي تمنح امتيازات للتنقيب عن البترول أو التنقيب عن المياه والمعادن وكعقود النشر والتوزيع والإعلان الذي يكون على طريق الصحف أو المجلات والإذاعة والتلفزة ونحوها . وقد تردد الاستصناع الذي هو صنع شيء معين كصنع الأحذية والمعطف ونحوها من الثياب أو صنع الآلات والأواني أو السيارات والبواخر والمفروشات ونحوها من كل ما يستلزم مواد أصلية وتراكيب خاصة ليحقق الغاية التي من أجلها وقع عقد الاستصناع .

وبالرجوع إلى بحث حرية التعاقد اتفق المجتهدون على أن الرضا أساس التعاقد لقوله تعالى في المعاملات المالية: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا

أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (١).

وقوله ﷺ: «إنما البيع عن تراض» (٢) وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» (٣) فالتراضي هو الذي يولد العقد والتزامه دون حاجة إلى شكلية معينة إلا عقد النكاح لأن الأصل في الأبضاع التحريم وفي غيرها من الأشياء التحليل وإذ ذهبت الظاهرية وابن حزم إلى أن الأصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة وجمهور الفقهاء جعلوا الأصل في العقود وما يتصل بها الإباحة ما لم يمنها الشرع أو تخالف النصوص فلم يشترطوا لصحة العقد إلا الرضا والاختيار وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

أوجبت الوفاء بالعقود من غير استثناء فيها، باشره الإنسان بنفسه أو بتوكيل منه بإرادته الحرة وبذلك يكون العقد ملزماً له بنتائجه ومقيداً لإرادته حفظاً على مبدأ استقرار التعامل ولذا قلنا إن الأصل في العقود التحليل وإن الجري على الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقاً لمصالحهم وتثبيتاً لأغراضهم مما يقتضيه العقد ومما لا ينافيه جائز وإن تحريم شيء من العقود أو الشروط بغير دليل شرعي تحريم لما لم يحرمه الله. ويستخلص من ذلك أن الأصل فيها الإباحة إلا ما دلّ الشرع بخلافه لقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» [رواه مسلم وفي رواية البخاري: من أحدث في أمرنا ما ليس منه. . .] فكل موضوع لا يمنع الشرع ولا تقتضي قواعد الشريعة وأصولها منعه فجائز التعاقد عليه فإذا استكمل العقد أركانه وشروطه وبشره الإنسان بإرادته الحرة كان ذلك ملزماً له بنتائجه ومقيداً لإرادته تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وهذا ما تستلزمه الذمة وهي كما للقرافي معنى شرعي مقدّر في المكلف قابل للإلزام واللزوم واختار ابن الشاط في تفسيرها أن يقال قبول الإنسان شرعاً

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري.

(٣) رواه الدارقطني عن أنس قال الشوكاني وفيه مجهول، نيل الأوطار: ٣١٦/٥.

للزوم الحقوق والتزامها إن قلنا بسلب الأهلية عن الصبي أو يقال دون التزامها إن أثبتنا له ذمة. والفرق بين كلام الإمامين أن القبول مسبب عن الذمة على ما للشهاب القرافي وهو عينها على ما لابن الشاط. والأقرب إثبات الذمة للصبي للزوم أورش الجنایات وقيم المتلفات له. وربما التبتت الذمة بالأهلية أي أهلية المعاملات ويحسن بنا إيراد حقيقتهما والتمييز بينهما.

فأهلية التصرف كما للشهاب القرافي قبول يقدره الشرع ولا يشترط فيه الإباحة والفرق بين الذمة والأهلية أن أهلية التصرف قبول خاص ليس فيه إلزام ولا التزام والذمة معنى مقدر في المحل قابل لهما^(١) وكل من أهلية التصرف والذمة من قبيل خطاب الوضع كما أن ترتيب آثار العقود من عمل الشارع وإرادة العاقدين تنشئ العقد والشريعة ترتب ما لكل عقد من أحكام وآثار ترتيب المسبب عند وجود سببه وانتفاء موانعه، فنقل ملكية المبيع للمشتري واستحقاق الثمن في ذمة المشتري للبائع بتقدير الشرع وتستمد إرادة العاقدين سلطانها من الشرع بالحدود التي حددها لكل عقد من العقود وقد تكون هذه الحدود محققة لحاجة المتعاقدين فلا يحتاجان إلى اشتراط شروطه وقد لا تتحقق حاجتهما وغرضهما فيحتاجان أو أحدهما إلى شروط تحقق الغرض المطلوب في حدود ما تبيحه الشريعة وحرية هذا الاشتراط هو مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقرر في القوانين الوضعية. والشريعة والقانون متفقان على أن تقدير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة الشارع لا من عمل العاقد إلا أن الفارق بينهما في مدى تفويض الشارع إلى العاقدين من السلطان على تعديل الأحكام التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد^(٢).

وللعقود أثران عامان هما النفاذ والإلزام واللزوم فالنفاذ معناه ثبوت حكم العقد الأصلي والالتزامات منذ انعقاده وهي آثار العقد الخاصة ونتائج المترتبة عليه التي هي انتقال المبيع ملكاً للمشتري وانتقال الثمن ملكاً للبائع بمجرد انعقاد

(١) الفروق، للقرافي: ص ١٨٣، قاعدة الذمة وقاعدة أهلية المعاملة.

(٢) المدخل الفقهي، للأستاذ الزرقاء وحاشيته: ف ٢١٧ ص ٤٧٥.

العقد وإيجاب تنفيذ الالتزامات على المتعاقدين كتسليم المبيع وتسليم الثمن وضمن العيب إن ظهر به عيب وانتقال الضمان على المشتري بعد التسليم.

والفرق بين اللزوم والإلزام أن الإلزام هو إيجاب تنفيذ التزامات التعاقد من الجانبين وهي من أثر العقد أمّا اللزوم فهو عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي وهو المسمى بالإقالة وهو في الواقع بيع إذ شرطه الرضا. ويكتسب العقد صفة اللزوم عند الحنفية والمالكية بمجرد تمام العقد وهو ما أخذت به القوانين وجرى عليه القضاء أما عند الشافعية والحنابلة فلا يكسب العقد صفة اللزوم إلا بعد انقضاء مجلس العقد بأبدانهما عملاً بحديث خيار المجلس وبما نقلنا ندرك سبب الخلاف بين الفقهاء في أن الاستصناع بيع أو وعد ببيع فمن ذكر في جوازه القياس والاستحسان جعله بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية الذي من مختصاتبيعات وأكد أنه بيع حيث يجري فيه القضاء والتقاضي إنما يكون في اللازم الواجب لا في الموعود ومن رأى أنه وعد نظر إلى اختيار الصانع في العمل وعدمه بناء على أن المواعدة لا تلزم الذمة وأن من التزم شيئاً لزمه وذلك إنما يكون بالشروع فيه وذلك هو الفرق بين الاستصناع والسلم فإن السلم يجبر بما التزم به من تسليم المسلم فيه والمستصنع له الحق في عدم قبول ما يأتي به الصانع وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته وكل ذلك علامة على أنه وعد لا عقد لأن من أثر العقود اللزوم ومن أثر المواعدة عدم اللزوم.

وكما تردد الفقهاء في كون الاستصناع بيعاً أو هو وعد ببيع كذلك اختلفوا في كونه بيعاً أم إجارة فرأى أكثر الحنفية والحنابلة أن الاستصناع بيع وعدوا الاستصناع من أنواع البيوع وعرفوه بأنه بيع عين شرط فيه العمل كما في المبسوط للسرخسي حين بين أنواع البيوع وجعلها أربعة وجعل الاستصناع بيع عين شرط فيه العمل ثم قال فالمستصنع فيه مبيع عين ولهذا ثبت فيه خيار الرؤية والعمل مشروط فيه لأن هذا النوع من العمل اختصاص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم^(١) وفي البدائع أن الاستصناع بيع لكن للمشتري

(١) المبسوط: ١٣/٨٦، ٨٧.

الخيار فيه خيار الرؤية فهو حينئذٍ بيع إلا أنه ليس على إطلاقه وبذلك خالف البيع المطلق في اشتراط العمل في الاستصناع. والمعروف أن البيع المطلق لا يشترط فيه العمل وذهب آخرون إلى أن الاستصناع إجارة محضة وهو قول أبي سعيد البرادعي وغيره فالمعقود عليه عنده هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل قال ولو كان بيعاً لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما ذكره في جامع قاضيخان. وأجاب آخرون بأن للاستصناع شبهة بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبهة بالبيع من حيث إن المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع^(١) وذهب آخرون إلى أنه إجارة ابتداء وبيع انتهاء كما في الذخيرة لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع. فإن قيل انعقد إجارة أجبر الصانع على العمل وأجبر المستصنع على إعطاء المسمى؟ فالجواب أنه لم يجبر لأنه لا يملكه إلاً بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه والإجارة تفسخ بهذا العذر والمستصنع ولو شرط تعجيله لجاز لأن هذه الإجارة في الآخرة كسواء ما لم يره والاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم، ولهذا كان للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم، أما بعدما يراه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لأنه بالآخرة بائع^(٢) والاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً جائز مشروع عند أكثر الحنفية على سبيل الاستحسان ومنعه زفر من الأحناف أخذاً بالقياس إذ قد ورد النهي عن بيع المعدوم وبيع ما ليس عندك كما تقدم، والصحيح الجواز استحساناً فقد استصنع رسول الله ﷺ الخاتم ففي النهاية في غريب الحديث استصنع رسول الله ﷺ خاتماً من ذهب قال صاحب

(١) فتح القدير وشرح العناية على الهداية: ٣٥٦/٥؛ وفتح القدير: ٣٥٧/٥.

(٢) البدائع: ٢٦٧٨/٦.

الاعتبار^(١) هذا حديث صحيح ثابت وله طرق في الصحاح عدّة وفي البدائع الإجماع من لدن رسول الله ﷺ على الاستصناع من دون نكير وتعامل الناس بهذا العقد والحاجة الماسة إليه وفي الإنصاف في مسائل الخلاف لابن الجوزي الحنبلي: نصّ الحنابلة على أنه لا يصح استصناع سلعة لأنه يبيع ما ليس عندك على وجه غير السلم وقيل يصح بيعه إلى المشتري إن صحّ الجمع بين بيع وإجارة منه بعقد واحد لأنه يبيع وسلم^(٢) ، يصحّ الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة على اعتبار أنه عقد سلم ويشترط فيه ما يشترط في السلم التي من بينها تسليم جميع الثمن في مجلس العقد. ويصح عند الشافعية سواء حدّد فيه الأجل لتسليم المصنوع أم لا، نص عليه السيوطي^(٣) . وحيث جرى على الاستصناع عمل الناس واستحسنوه كان ذلك دليلاً على جوازه وصحته يشهد لذلك قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»^(٤) وما رواه ابن مسعود من قوله عليه السلام: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن^(٥) وبالرغم من أن الاستصناع كالسلم ففرق بينهما فهو كالسلم من حيث أنه يبيع معدوم أجزى للحاجة ولتعامل الناس به وللعرف اعتباره ولكن هناك فروق بينهما أهمها:

— أن المبيع في السلم دين تتحمّله الذمة وهو إما مكيّل أو موزون أو معدود متقارب أو مذروع والمبيع في الاستصناع هو عين لا دين كاستصناع أثاث أو حذاء أو خياطة ثوب .

— من شرط السلم الأجل المعلوم وليس الاستصناع كذلك على ما تقدم عن أبي حنيفة .

(١) الاعتبار: ص ١٨٧ ، طبعة المنبرية .

(٢) الأنصاف: ٣٠٠/٤ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٨٩ .

(٤) رواه أحمد والطبراني وابن خزيمة عن أبي خزيمة عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً .

(٥) رواه أحمد والبخاري والطبراني في الكبير .

– عقد السلم لازم وعقد الاستصناع غير لازم لا قبل الصنع ولا بعد الفراغ منه فلكل من المتعاقدين الخيار في الإمضاء والفسخ والإنجاز والعدول عنه قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع. بحيث لو باع الصانع المصنوع قبل أن يراه المستصنع جاز لأن العقد غير لازم والمعقود عليه ليس هو عين المصنوع وإنما مثله في الذمة نعم إذا جاء الصانع بالشيء المصنوع إلى المستصنع سقط حق خياره لأنه رضى بكونه للمستصنع حيث جاء به إليه.

– الفارق الرابع من شرط السلم قبض رأس المال في مجلس العقد ولا يشترط قبضه في الاستصناع وإنما اشترط في السلم تقديم رأس المال حتى لا يؤدي إلى الدين بالدين وهو ممتنع.

حكمة مشروعية الاستصناع:

هي لسد حاجات الناس ومتطلباتهم وقد تطورت الصناعات تطوراً كبيراً وبالصناعة يحصل للصانع الارتفاق ببيع ما يتكر وما ينتج من صناعته وفق الشروط والمتطلبات في المواصفات والمقاييسات، والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجاته وفق ما يناسبه في نفسه وماله وقد يكون الموجود في الأسواق من المصنوعات ما لا يفي بحاجته ولا يحقق رغبته والاستصناع هو الذي يحقق له مطلوبه ومرغوبه فهو حينئذ يرجع إلى نمو المال وزيادته ومنفعة المتعاقدين فيكون بيد أحدهما نقد يطالب نماءه وبيد الآخر ثمرة وعمل يتبغى فضل الله فيهما وهذا يرجع إلى الحاجيات وهو ما يفترق إليه من حيث التوسعة ورفع التضييق المؤدي إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب وهي كالتمة للضروريات الخمس التي دارت الشريعة على المحافظة عليها لعظمتها حيث روعيت في كل ملة فإن في الترخيص في الاستصناع تميماً لقاعدة حفظ المال الذي هو أحد الكليات الخمس، وهذه المتممات والمكملات هي مشار التشديدات والترخيصات كمنع الربا وجواز السلم والقرض والمساقاة والاستصناع بالنسبة للمال وكوجوب الحدّ في شرب القليل من الخمر الذي لا يسكر بالنسبة

للعقل. ولقد اعتبر الشارع المتممات وجعلها في رتبة ما أتته بطريق التبع لها مبالغة في مراعاتها وما ذلك إلا لترد الأمة المصالح وتجافي المفساد وهذا هو السر الذي يرنو إليه التشريع من وراء التكاليف فإن الحكمة فيه إقامة مصالح الدارين على وجه لا يختل لها به نظام ولذلك كان وضع الشريعة على هذا الوجه أبدياً و كلياً وعماماً وزادت عناية الله بهذه الشريعة الغراء فعصمها من التبديل والتغيير كما أنبأ بذلك تصريحاً وتلويحاً فقال تعالى: ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴾.

وقال: ﴿ كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ عَلَيْكُمْ ﴾.

أركان الاستصناع:

أركانه ثلاثة العاقدان والمحل والصيغة: أما الصيغة فكل ما يدل على الرضا والقبول كقول المستصنع للصانع اصنع لي كذا ونحوها من العبارات لفظاً أو كتابةً واستجابة الصانع للطالب وقبوله لذلك. أما المحل فقد اختلف الفقهاء فيه هل هو العمل أو العين مشروطة بالعمل؟

ذهب جمهور الحنفية إلى أن العين هي المعقود عليه بدليل ثبوت خيار الرؤية للمستصنع وخيار الرؤية يكون في البيع العين^(١) والاستصناع هو طلب العمل لغة^(٢) والأشياء التي تستصنع بمنزلة الآلة للعمل كما في المبسوط، وأما العاقدان فشرطهما أهلية التعاقد بالإصالة عن نفسه أو بولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره.

الشروط الخاصة بالاستصناع:

للاستصناع شروط هي: أولاً أن يكون المستصنع معلوماً وكون محل العقد معلوماً علماً يمنع من النزاع شرط عام في كل المعاوضات وذلك للنهي الوارد

(١) المبسوط: ١٢/١٣٩.

(٢) فتح القدير: ٥/٣٥٥ وما بعدها؛ والدرر شرح الغرر: ٢/١٩٨، طبعة ١.

في السنة عن بيع الغرر وعن بيع المجهول فقد أخرج الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وبيع الحصاة أن يقول بعثك هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرمي بالحصاة أو يقول هذه الأرض ما انتهت إليه في الرمي . والعلم إما أن يتحقق بالإشارة إلى المبيع إذا كان موجوداً أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه أو برؤية بعضه إن كانت أجزاءه متماثلة أو بالوصف المانع للجهالة الفاحشة وذلك ببيان الجنس والنوع والقدر وهذا هو الشرط المشترط في الاستصناع إذ لا يصح التصرف بالمجهول جهالة فاحشة المفضية إلى المنازعة ويكون العقد بالجهالة الفاحشة فاسداً عند الحنفية وباطلاً عند غيرهم كما لا يصح التصرف بما يشتمل على الغرر الكثير والفرق بين الجهالة والغرر أن الغرر أعم من الجهالة فكل مجهول غرر وليس كل غرر مجهولاً فقد يوجد الغرر بدون جهالة كما في شراء الشيء الهارب المعلوم الصفة ولا توجد الجهالة بدون غرر كما أوضحه القرافي في فروقه^(١) وقد بين القرافي أن ما يجوز بيعه على الصفة هو ما توفر فيه شروط ثلاثة :

— القرب حيث تمكن رؤيته من غير مشقة لأنه عدول عن اليقين إلى توقع

ما فيه غرر .

— عدم البعد جداً لتوقع تغييره قبل التسليم .

— أن يصفه بصفاته التي تتعلق الأغراض بها وهي شروط التسليم ليكون مقصود المالية حاصلة فإن لم يذكر الجنس امتنع إجماعاً وإن ذكر الجنس جوزه أبو حنيفة إذا عينه بمكانه فقط كقوله من مخزني الذي هو بالبصرة . وللمشتري الخيار عند الرؤية ومنع الاقتصار على الجنس مالك والشافعي وابن حنبل رضي الله عنهم لبعد العقد عن اللزوم بسبب توقع مخالفة الغرض عند الرؤية وأبو حنيفة يقول لا ضرر عليه لأن له الخيار فإن أضاف إلى الجنس صفات السلم

(١) الفروق للقرافي : ٣/٢٥٨ ؛ الفرق ١٨٧ : قاعدة ما يجوز بيعه على الصفة وما لا يجوز بيعه على الصفة .

جوزه مالك وابن حنبل ووافقاه على الجواز وألزما البيع إذا رآه موافقاً ومنع الشافعي الصحة للغرر وأثبت له الخيار أبو حنيفة عند الرؤية وإن وافق الصفة فالصفة عند أبي حنيفة في غير الحيوان توجب الصحة دون اللزوم وعند الشافعي لا توجبهما وعند المالكية توجب الصحة واللزوم. وحجة أبي حنيفة أن الجهل إنما وقع في الصفات دون الذوات ونهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع المجهول إنما هو فيما جهلت ذاته لأن الجهل بالذات أقوى من الجهل بالصفات لأن الصفات تابعة للذوات لقوله عليه السلام: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه». ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه الصفة كالنكاح وباطن الصبرة والفواكه في قشرها وقياساً على الأخذ بالشفعة فإنه لا يشترط معرفة الصفة وأجاب القرافي عن ذلك بأن تفاوت المالية إنما هو بتفاوت الصفات دون الذوات ومقصود الشرع حفظ المال من الضياع وعن الثاني بأن حديث من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه قال الدارقطني حديث موضوع وعن الثالث بأن كل من قال بانتفاء خيار الرؤية قال باشتراط الصفة وقياس ذلك على النكاح بعيد، والفرق هو سترة المخدرات عن الكشف لكل خاطب لثلاث يتسلط عليهن السفهاء ثم باطن الصبرة مساو لظاهرها وليست صفات المبيع مساوية لجنسه والعلم بأحد المتساويين علم بالآخر والأخذ بالشفعة إنما هو دفع للضرر فلا يلحق به ما لا ضرر فيه. وأما احتجاج الشافعي بالقياس على السلم فالجواب إن من شرط السلم أن يكون في الذمة والمعين لا يكون في الذمة بدليل لو رآه وأسلم فيه لم يصح. ولا شك أن الصفة تنفي الجهالة قال تعالى: ﴿فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [البقرة: ٨٩].

فأخبر تعالى أن رسوله محمداً ﷺ كان معروفاً عندهم لأجل الإحاطة بصفته في كتبهم. وحيث اشترطنا الصفات في الغائب أو السلم ونحوه من كل ما كان معدوماً عند التعاقد فيتنزل كل وصف على أدنى رتبة وعلى صدق مسماه لغة وذلك لعدم انضباط مراتب الأوصاف في الزيادة والنقص حتى لا يؤدي إلى التخاصم والتشاجر.

والقوانين الوضعية المدنية اشترطت هذا الشرط وهو أن يكون المبيع معيناً

أو قابلاً للتعين ببيان طرق التعيين الأحق فإذا كان الشيء محل التزام مما يعين بذاته وجب أن تكون ذاتيته معروفة وإذا كان الشيء مما يعين بنوعه لزم أن يذكر جنسه ونوعه ومقداره^(١) والشرع والقانون وإن اتفقا على هذا الشرط من حيث المبدأ فقد اختلفا في التطبيق فالفقهاء يوجبون تعيين محل العقد تعييناً تاماً لا يتطرق إليه احتمال وإلا كان العقد فاسداً عند أبي حنيفة وباطلاً عند غيره وأهل القانون يكتفون بكون المحل قابلاً للتعين وإن لم يكن معيناً وقت العقد كالتعهد بتوريد أغذية معينة النوع لمدرسة أو مستشفى . والعقود ثلاثة منها ما يرد على الذمم فيكون متعلقة بالأجناس الكلية دون أشخاصها ويحصل الوفاء بمقتضاها بأي فرد من أفراد ذلك الجنس فإن دفع فرداً منه فظهر مخالفته للعقد رجع بفرد غيره وتبين أن المعقود عليه باق في الذمة إلى الآن حتى يقبض من ذلك الجنس فرداً مطابقاً للعقد هذا متفق عليه . القسم الثاني مبيع شخص الجنس فهذا معين وخاصيته أنه إذا فات ذلك الشخص قبل القبض انفسخ العقد اتفاقاً واستثنى من الشخصيات صورتان: النقود إذا شخصت وتعينت للحس هل تعين أم لا؟ وفي ذلك أقوال ثلاثة، الصورة الثانية المستثناة من الشخصيات ما إذا كان لأحد على أحد دين فلا يجوز أن تأخذ فيه سكنى دار أو ثمرة يتأخر قبضها وهو يؤدي إلى فسخ الدين في الدين وقيل بجواز ذلك للتعين، والتعين لا يكون إلا في الذمة وما لا يكون في الذمة لا يكون ديناً، الأول لابن القاسم والثاني لأشهب من المالكية . القسم الثالث من الأقسام الثلاثة ما لا هو معين مطلقاً ولا هو غير معين مطلقاً بل فيه شبه للطرفين وهو بيع الغائب على الصفة فهو من جهة أنه غير مرئي أشبه ما في الذمة ولذلك قيل ضمانه من البائع وهو من جهة أن العقد لم يقع على جنس بل على شخص معين أشبه المعين من هذا الوجه ولذلك قيل أن ضمانه من المشتري^(٢) .

(١) انظر موجز النظرية العامة للالتزامات، للدكتور عبد الحي حجازي: ص ٦٦ وما بعدها.

(٢) انظر الفروق، للقرافي في الفرق ١٨٩: قاعدة ما يتعين من الأشياء وما لا يتعين في البيع

ونحوه: ٢٦١/٣.

الشرط الثاني الخاص بالاستصناع أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس كطست وقمقم وخفين كأن يقول اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا أو دستاً أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أولاً يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه وهذا جائز استحساناً تبعاً للعين أما ما لا تعامل فيه فيمتنع ويرجع فيه للقياس الذي يقتضي المنع وعدم الجواز لأنه بيع معدوم وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل. والقياس يترك بالاستحسان والاستحسان هنا هو الإجماع الثابت بالتعامل فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل ذلك بالمزارعة لأن للناس فيها تعاملًا على أن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً وقد ذكرنا أن المعقود عليه العين دون العمل وإنما العمل تابع. وعليه فمن شروط الاستصناع أن يكون مما فيه تعامل بين الناس أما ما لا تعامل فيه فإننا نرجع إلى القياس المقتضي للمنع لوجود الجهالة والعدم ويحمل على السلم ويأخذ أحكامه ومعلوم أن من شروط المسلم فيه أن يكون معلوم الجنس كأن يبين أنه من حنطة أو شعير وأن يكون معلوم النوع كأن يقول حنطة سقية أو سهلية أو جبلية وأن يكون معلوم الصفة كأن يقول جيدة أو رديئة أو وسط وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الأذرع.

وكل هذه الشروط ترجع إلى إزالة الجهالة المفضية إلى التنازع وأن يكون رأس المال والمسلم فيه مختلفين جنساً تجوز النسبة فيه بينهما فلا يجوز إسلاف الذهب والفضة أحدهما في الآخر لأن ذلك ربا ولا يجوز تسليم الطعام بعضه ببعض على الإطلاق لأنه ربا ويجوز إسلاف الذهب والفضة والحيوان والعروض والطعام كما يجوز إسلاف العروض بعضها ببعض^(١).

(١) البدائع: ٢٠٧/٥؛ ورد المختار: ٢١٥/٤ - ٢١٧؛ والقوانين الفقهية، لابن جزي: ص ٢٦٩.

الشرط السادس: أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير لا يجوز السلم فيه لأن المسلم فيه مبيع والمبيع مما يتعين بالتعيين والدرهم والدنانير لا يتعين في عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها. الشرط السابع أن يكون المسلم مؤجلاً وقد اختلف العلماء في هذا الشرط فالمالكية والحنفية والحنابلة اشترطوا لصحة السلم أن يكون مؤجلاً ولا يصح السلم الحال لقول رسول الله ﷺ: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». فهذا الحديث أمر بالأجل والأمر يقتضي الوجوب كما أوجب كون المسلم فيه مقدراً بالكيل أو الوزن ولأن السلم رخصة أجزى للرفق بالناس ولا يحصل الرفق إلاً بالأجل فإذا انتهى الأجل انتهى الرفق فلا يصح حينئذ وباعتباره رخصة يقتصر على حال ورودها^(١) وفي المنتقى للباجي أن الظاهر من مذهب مالك أن السلم لا يجوز إلاً في مؤجل وبه قال أبو حنيفة وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك يجوز أن يسلم إلى يومين أو ثلاثة وزاد ابن عبد الحكم أو يوم. قال القاضي أبو محمد: واختلف أصحابنا في تخريج ذلك على المذهب فمنهم من قال إن ذلك رواية في جواز السلم الحال وبه قال الشافعي ومنهم من قال أن الأجل شرط في السلم قولاً واحداً وإنما تختلف الرواية عنه في مقدار الأجل والدليل على اعتبار الأجل أن ما اختص بالسلم فإنه شرط في صحته كعدم التعيين ووجه القول الثاني أن هذه معاوضة فلم يكن من شرط صحتها التأجيل كالبيع^(٢) وعند الشافعية يصح السلم حالاً ومؤجلاً فإن اطلق عن الحلول والتأجيل وكان المسلم فيه موجوداً انعقد حالاً لأنه جاز السلم مؤجلاً فلأنه يجوز حالاً بالأولى لبعده عن الغرر وما ورد في الحديث من قوله ﷺ إلى أجل معلوم فمعناه العلم بالأجل للأجل نفسه. وفائدة العدول من البيع إلى السلم الحال هو جواز العقد مع غيبة المبيع فإن المبيع إذا لم يكن حاضراً مرثياً لا يصح عند الشافعية. وإن أخرج العقد

(١) المبسوط: ١٢/١٢٥؛ والبدائع: ٥/٢١٢؛ وفتح القدير: ٥/٣٥٥.

(٢) المنتقى، للباجي: ٤/٢٩٧.

لإحضاره فربما تلف وربما لا يتمكن المشتري من الحصول عليه كما لا يتمكن من فسخ العقد لأن العقد متعلق بالذمة وما ثبت بالذمة يلزم العاقد به^(١) ولقد اتفق الفقهاء على أن الأجل لا بد أن يكون معلوماً لقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَسْتُمْ بِدِينٍ إِلَيْهِ آجَلٌ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولقول الرسول في الحديث المتقدم إلى أجل معلوم ولأنه بتعريف الأجل يتحدد الوقت الذي يقع فيه قضاء المسلم فيه فإذا جهل الأجل وقع رب السلم في الغرر وبعد ما اتفقوا على وجوب معرفة الأجل اختلفوا في كيفية العلم به قالت الحنفية والشافعية والحنابلة لا بد من تحديد زمن بعينه لا يختلف فلا يصح التأجيل للحصاد والدارس والنيروز وهو اليوم الأول من السنة القبطية وهو أول الربيع والمهجران وهو أول الخريف وقدم الحاج ونحو ذلك كالصيف والشتاء وحثهم أن رسول الله ﷺ قال إلى أجل معلوم والتحديد بهذه الأوقات غير معلوم ومثير للنزاع حيث أنه يتقدم ويتأخر ويقرب ويبعد وزادوا فأكدوا ذلك بما رواه البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي عن ابن عباس أنه قال: لا تتبعوا إلى العطاء ولا إلى الأندر ولا إلى الدياس ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم^(٢) أما المالكية فقالوا بجواز السلم إلى هذه الأوقات ويعتبر ذلك ميقاتها وهو الوقت الذي يحصل فيه غالب ما ذكر وهو وسط الوقت المعد لها الذي يغلب فيه الوقوع وحثهم أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة ولا يتفاوت فيه تفاوتاً كثيراً فأشبهه ما إذا قال إلى رأس السنة وضرب الأجل شرط في السلم وبعبكسه الاستصناع فمن الحنفية من يرى أنه يشترط في عقد الاستصناع خلوه من الأجل وكلما ذكر الأجل في الاستصناع انقلب إلى سلم واعتبرت فيه شروط السلم^(٣) واستدل على اشتراط عدم ضرب الأجل في الاستصناع بأن

(١) المهذب: ٢٩٧/١.

(٢) العطاء: المناولة - والإنذار: البيدر أو المكس من القمح - والدياس هو دوس الحب بالقدم ونحوه لينقشر. راجع: نصب الرأية: ٢١/٤.

(٣) البدائع: ٢٦٧٨/٦.

السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً فإذا ضرب الأجل في الاستصناع صار بمعنى السلم وأخذ حكمه ولو كانت الصيغة استصناعاً كما احتج بأن التأجيل يختص بالديون لأنه وضع لتأخير المطالبة فتأخير المطالبة إنّما يكون في عقد فيه مطالبة وليس هذا إلاّ في السلم لأنه لا دين في الاستصناع فإذا ضرب فيه الأجل وكانت تلك الصنعة معروفة فهو سلم في قول أبي حنيفة بمعنى تعتبر فيه شروط السلم من قبض رأس المال في المجلس ومن انعدام الخيار فيه لرب السلم إذا أحضره المسلم إليه وخالف في ذلك الإمامان أبو يوسف ومحمد واعتبراه استصناعاً على حاله اعتماداً على العرف والعادة^(١) إذ قد جرى العرف بضرب الأجل في الاستصناع وهو إنّما جاز للتعامل ولولا التعامل لما جاز وقد جرى العرف بضرب الأجل فيه فلا يتحول إلى السلم بضرب الأجل وهو عقد جائز غير لازم وذكر الأجل تيسير فيه وتأخير المطالبة فلا يتغير العقد به من جنس إلى آخر ولو كان الاستصناع بذكر الأجل فيه يصير سلماً لصار السلم بحذف الأجل منه استصناعاً ولو كان هذا سلماً لكان سلماً فاسداً لأنه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم فالاستصناع عندهما إذا أطلق يحمل على حقيقته ولا ينقلب سلماً ولو لم يضرب الأجل لأن كلام المتعاقدين يحمل على مقتضاه وإذا كان كذلك فالأجل حيثئذ يحمل على الاستعجال لا الاستمهال ولم يرتض السرخسي قولهما ورد كل ما ضرب فيه الأجل إلى السلم موضحاً أن الأجل مؤخر للمطالبة ولا يكون قولهما ورد كل ما ضرب فيه الأجل إلى السلم موضحاً أن الأجل مؤخر للمطالبة ولا يكون ذلك إلاّ بعد لزوم العقد واللزوم إنّما هو في السلم دون الاستصناع فثبوت الأجل دليل على أنه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه ولهذا لو جاء به مفروغاً لا من صنعته يجبر على القبول قال السرخسي وبهذا يظهر فساد قولهم أنه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه قال السرخسي نعم إذا قال على سبيل الاستعجال افرغ منه غداً أو بعد غد فهذا لا يكون سلماً لأن ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأخير المطالبة بالتسليم أي أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ

(١) تحفة الفقهاء: ٥٣٩/٢.

من العمل ويحكى عن الهندواني قال إن كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلماً وإن كان من الصانع فهو سلم لأنه يذكر على سبيل الاستمهال وقيل أن ذكر أدنى مدة يتمكّن فيها من الفراغ من العمل فهو استصناع وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم لأن ذلك يختلف باختلاف الأعمال فلا يمكن تقديره بشيء معلوم^(١).

الآثار العامة للاستصناع:

الاستصناع عقد غير لازم عند أكثر الحنفية سواء تم أو لم يتم وسواء كان موافقاً للصفات المتفق عليها أم غير موافق لكن ذهب جماعة من الفقهاء إلى أنه إن تم صنعه حسب الاتفاق مطابقاً للأوصاف المتفق عليها يصير لازماً عند أبي يوسف فإن لم يطابق لها فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده وقد اختارت مجلة الأحكام العدلية في مادتها ٣٩٢ قول أبي يوسف من لزوم عقد الاستصناع وذلك لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضار إذا كان مطابقاً للوصف المتفق عليه. وينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع ويكون في كل ما جرى به التعامل وشرط صحته بيان الجنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته ولا يصح فيما لا تعامل فيه إذا ضرب له شهراً فأكثر ويكون حينئذ سلماً يعتبر فيه شروط السلم كذلك يعتبر سلماً إذا ضرب له أجل بشهر فأكثر ولو كان مما جرى به العمل وكل هذه الأحكام مستفادة من الدر وحاشيته رد المحتار أو آخر السلم. وإذا عيّن في العقد بدء المدة اتبع ما نصّ عليه في العقد وإلّا فمن تاريخ العقد إلّا إذا قضت ظروف العقد أو العرف بغير ذلك. ويظهر هذا ويتجلى في عقود العمل وكثيراً ما تكون بين أصحاب الشركات والمعامل وبين من يعمل فيها وقد تكون بين الصانع وصاحب رأس المال وكثيراً ما كان العامل ضحية مالك رأس المال يستغله وينتفع بثمرة عمله إلى أبعد حدود الاستغلال حتى إذا شاخ أو أصيب بعاهة ولو من جراء عمله تركه صاحب المعمل

(١) المبسوط: ١٢/١٤٠.

وهكذا يكون فريسة للفقر والمرض فسنت قوانين لتأمين العمال في عملهم وفي حياتهم حتى الممات واشترطت أن العامل إذا مرض يداوي على حساب من يعمل عنده في معمله وإذا أصيب يعطى أجره كاملاً مدة من الزمن ثم يعطى نصف الأجرة فإذا عجز أحيل على المعاش وكانت هذه الشروط قد وضعت لحماية العامل من طغيان أرباب رؤوس الأموال على العمال واستنفاد قواتهم لمصلحتهم بلا تفكير فيمن كانوا سبباً مباشراً لإثرائهم وقام بعد ذلك من يدافع عن أصحاب رؤوس الأموال وضمنوا بتطبيق هذه القوانين التي هي لفائدة العمال ووضعوا عقداً يسمّى عقد العمل ودوّنوا فيه من البنود ما لو تمسك بها الطرفان لما استفاد العامل بشيء ولو كانت إصابته وقت العمل بل ولو ذهبت بحياته كل ذلك تحايلاً على الإفلات من تطبيق القوانين قوانين حماية العمال وهو في غاية الاحتياج لسدّ الرمق يقدم له العقد المذكور فإن نازع فيه رفض ولكنه لشدة احتياجه وتحت تأثير الضرورة يتقدّم ويمضيه ومثل هذا العقد في الواقع باطل لأنه فقدت فيه إرادة العامل هذا من جهة ومن جهة أخرى ففيه إسقاط الحق قبل وجوبه وكل حق أسقط قبل وجوبه لا يلزم لأن التنازل وإسقاط الحقوق إنما يكون عن شيء محقق أو مقدر الوجود غالباً ولذا تعهد العامل بأن لا يطالب صاحب العمل بتعويض عما يصيبه في عمله كان تعهده هذا باطلاً وأما ضمان الصناع شرعاً فإنهم يضمنون ما هلك عندهم إذا كانوا يأخذون العمل في بيوتهم ودكاكينهم أو يغيبون عليه دون حضور صاحبه فكان لزاماً أن يضمنوا كل ما أتى على أيديهم من حرق وكسر أو قطع في المصنوع إن قام بالعمل في محله والقاعدة العامة أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استوجب عليه لأنه أمين ولا ضمان على الأمين إلا أن يتعدّى سواء أكان التعديّ بالنفس أو بالسبب لعدم الاحتياط والإهمال فإن هلك بغير تعديه ومع احتياظه فلا ضمان عليه كذلك لا ضمان عليه لما فيه غرر كثقب الجواهر ونقش الفصوص وقد ضمن مالك رحمه الله الصناع لما هلك عندهم عملاً بقول علي لا يصلح الصناع إلا ذلك اللهم إلا أن تقوم لهم بيّنة على هلاكه من غير تعديهم ومن التزم عملاً ملحوظاً فيه شخص الملتزم كخياط معروف أو نجار أو حداد مثلاً معيناً فيتعين عليه أداء

الالتزام بنفسه حسب التعاقد فإن أذاه غيره فللملتزم له الامتناع عن القبول ولو تلفت مادة الالتزام فالملتزم ضامن لأنه يجعله الغير يفي بما التزم هو به مع أنه هو المقصود بالذات اعتبر ذلك تعدّ منه والمتعدّي ضامن والصانع أحقّ بما صنع مما تحت يده متى كان يعمل في بيته أو حانوته حتى يأخذ أجره ومعنى هذا إن عامل الغرس والبناء كالبستاني والبناء والمهندس له حق الامتياز على ما عمل ما لم يسلمه لربه ومتى سلّمه لربه حاصص بدينه كبقية الغرماء كالصانع فإن سلّم ما تحت يده للمالك فلا امتياز له بل يشارك كبقية الغرماء^(١) وخيار الرؤية يثبت بالشرع لا بالشرط أي دون حاجة إلى شرط خاص يدرج في العقد بخلاف خيار الشرط وخيار التعيين بل لا بد لثبوتهما من شرط خاص بحيث إذا انعدم هذا الشرط لم يقم الخيار ويثبت خيار الرؤية في الفقه الحنفي لمن لم يكن قد رأى المعقود عليه بحيث يكون له عندما يراه أن يمضي العقد أو أن يفسخه دليل ذلك قوله ﷺ من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه وفي خليل عند قوله وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية قال الحطاب يعني يجوز بيع الغائب ولو بلا وصف لكن يشترط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه وأما إذا انعقد البيع على الإلزام أو سكتاً على شرط الخيار فالبيع فاسد نقله عن ابن عبد السلام ويفهم هذا من قول خليل على خياره وقيل الغائب لا يباع إلا على الصفة أو رؤية متقدمة قال في المقدمات وهو الصحيح. والبيع لا ينعقد إلا على صفة توصف أو على رؤية قد عرفها أو على شرط في عقد البيع أنه على الخيار إذا رأى، فكل بيع ينعقد في سلعة بعينها غائبة على غير ما وصفنا فهو منتقض^(٢) قال ابن الهمام: وإن اشترى الشيء وهو يراه فلا خيار له وإذا كان رآه قبل ذلك فإن ظل المبيع على حاله ولم يتغير فلا خيار له وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار لأنه إذا تغير عن حاله

(١) المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، لعبد الله علي حسين: ٩٠/٣.

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: ٢٩٦/٤، مطبعة السعادة ١٣٢٩هـ؛ والمهذب: ٣/١ - ٢٦٤؛ والمغني: ٧٤/٤ - ٩٠.

فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه^(١) .

ومن باب الاستصناع العقود الواردة عن العمل وهو المعبر عنها بالمقاولات والمقولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه ويجوز أن يقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك كما يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها إلى جانب التزامه بالعمل فإذا التزم بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للموصوفات المتفق عليها فإن لم يقع التعرض لموصوفات المواد وجب أن تكون المواد وافية بالغرض المقصود فإن ظهر في هذه المواد أو في بعضها عيوب ضمنها المقاول وللمشتري رفض المبيع ويضمن المقاول كلّ عيب يتعدّر كشفه عند تسليم العمل وذلك وفقاً للأحكام ضمان العيب في الشيء المبيع .

وإن كانت مواد العمل مقدمة من رب العمل وجب على المقاول أن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص العادي وأن يراعي أصول الفن في استعمالها واستخدامها وأن يقدم حساباً عنها لرب العمل ويردّ عليه ما بقي منها بعد استفراغ العمل فإذا فسدت أو انعدم صلاح بعضها ولم تبق صالحة للاستعمال بسبب إهمال المقاول أو بتقصير منه أو بقصور كفاية فنية وجب عليه قيمتها أو التعويض عما فسد إن كان له مقتضى .

وإذا ظهر أثناء العمل عيوب في المواد التي قدّمها رب العمل للعامل وجب على العامل أن يخطر فوراً ربّ العمل بذلك فإذا أهمل ولم يخبره بذلك كان مسؤولاً على ما يترتب على إهماله من نتائج وكذلك إذا قامت عوامل أخرى تعوق العامل أو المقاول من تنفيذ العمل في أحوال ملائمة فإن لم يخطر ربّ العمل فوراً كان مسؤولاً عن نتائج ذلك .

(١) فتح القدير: ١٤١/٥ .

التزامات المقاول :

على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة وفي المدة المتفق عليها فإن لم تكن هناك شروط أو لم يقع الاتفاق على أجل التزم بإنجاز العمل حسب ما يقتضيه العرف في أمثالها وحسب المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل وعرف الحرفة كما على المقاول أن يأتي على نفقته بكل ما يحتاج إليه في إنجاز العمل من عمالة وأدوات ومهمات ما لم يقع الاتفاق على غير ذلك .

وإذا تبين أثناء سير العمل أن المقاول يقوم بتنفيذ ما عهد إليه على وجه معيب أو مخالفاً لمقتضيات العقد فلرب العمل أن ينذره لتصحيح طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يضربه له فإن انقضى الأجل ولم يرجع المقاول في التنفيذ في الطريقة الصحيحة أو المتفق عليها جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد أو الإذن له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة المقاولة تسمح بذلك كما يجوز له فسخ العقد دون إنذار أو تحديد أجل إذا كان إصلاح العيب أو المخالفة مستحيلاً أو ممتنعاً، وللقاضي رفض طلب الفسخ إذا كان العيب في طريقة التنفيذ ليس من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود لكن يثبت لرب العمل التعويض إذا كان له مقتضى .

وإذا تأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه تأخراً لا يرجي معه مطلقاً أن يتمكن بالقيام بما عهد له كما ينبغي في المدة المتفق عليها جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم . وكذا إذا اتخذ المقاول مسلكاً ينم عن نيته في عدم تنفيذ الالتزام أو أن يأتي فعلاً ما من شأنه أن يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً وكل هذه الأحكام منشؤها قاعدة لا ضرر ولا ضرار .

وإذا هلك الشيء المقاول عليه أو تلف بسبب حادث مفاجيء أو بقوة قاهرة قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطلب بالثمن المتفق عليه ولا يرد نفقاته ما لم يكن رب العمل قد أجل التزامه وتسلم العمل فإذا حل أجل التسليم

وتأخر عن تسلّمه حسب الاتفاق فوق الحد المفاجيء حقّ للمقاول أن يطالب برّد نفقاته لأن الإخلال بسبب ربّ العمل وكذلك إذا كانت المواد مقدّمة من ربّ العمل وهلك الشيء أو تلف قبل تسليمه له بسبب حادث مفاجيء أو قوّة قاهرة فليس له أن يطالب المقاول بقيمة تلك المواد ما لم يكن المقاول وقت الهلاك أو التلف مخلاً بالتزامه بتسليم العمل لصاحبه ولم يثبت أن الشيء كان ليتلف لو أنّه قام بالتسليم من غير إخلال بالتزامه وتعتبر مواد العمل مقدّمة من ربّ العمل إذا كان قد أدّى للمقاول قيمتها أو عجل له مبلغاً تحت الحساب يشمل هذه القيمة .

والفرق بين الطوارئ الحادثة غير المتوقعة وبين القوّة القاهرة هو أن الطوارئ الحادثة غير المتوقعة يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقاً يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلاً وأما القوّة القاهرة فهي التي تتحقق فيها الاستحالة ونظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة فهي تستهدف بالنقد باعتبارها مخلاً لتحكم القاضي ولم تترك هذه الطوارئ لتقدير القاضي تقديراً ذاتياً وشخصياً بل قيّد ذلك بأن اقتضت العدالة ذلك وهي عبارة تشير إلى توجيه موضوعي النزعة وعليه فإذا ثبت القاضي من قيام الطوارئ غير المتوقع عمد إلى إعمال الجزاء برد الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة إلى الحد المعقول وشرط الحادثة الطارئة أن تكون حادثة استثنائية عامة كالفيضان مثلاً والجراد ونحو ذلك ممّا لا يختص بالشخص كالحريق مثلاً. ثمّ نظرية الطوارئ غير المتوقعة تختلف عن نظرية القوّة القاهرة في أن الطوارئ غير المتوقع لا يجعل التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حدّ الاستحالة ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتّصل بالجزاء فالقوّة القاهرة تقضي على انقضاء التزام وعلى هذا النحو يتحمل تبعاتها كاملة. أما الطوارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلّا إنقاص الالتزام إلى الحدّ المعقول وبذلك يتقاسم تبعته الطرفان. ومرجع هذه الأحكام منشؤها الإعدار في المذهب الحنفي والجوائح في المذهب المالكي والحنبلي مع خلاف في الأحكام في المساواة بين طرفي العقد التبادلي

وفي العدالة عموماً^(١) وقد وقع في سنة ١٢٥٠ في غلة حبّ الزيتون عاهة وهي الدود ولا يليق عصره في معصرة ضرب الماء لأنه يفسد لون الزيت فعذل الناس إلى عصره بمعصرة السلنطي وتركوا معصرة ضرب الماء وقد كان إنسان اكرى معصرة من معاصر ضرب الماء أوائل الشتاء فوَقعت العاهة بالحب فقل الواردون لمعصرة ضرب الماء فتضرر المكثري بذلك وطلب فسخ الكراء عن نفسه كالفنادق إذا قل الواردون إليها لفتنة فهو عيب يوجب خيار المكثري ولا يلزم المسوخ أن يحط من الكراء والله أعلم^(٢) وإذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا في العقود يفسخ العقد من تلقاء نفسه وهذا إذا كانت الاستحالة كلية فإذا كانت جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما فسخ العقد بشرط علم الطرف المقابل. ويضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديّه أو بتقصيره أم لا ويتنفي الضمان أو الخسارة إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه.

وإذا كان لعمل المقاول أثر في العين جاز له حبسها حتى يستوفي الأجرة المستحقة فإذا تلفت في يده قبل سداد أجره فلا ضمان عليه ولا أجر له أما إذا لم يكن لعمله أثر في العين فلا حق له في حبسها لاستيفاء الأجرة فإن فعل وتلفت كان عليه ضمان الغصب وإذا كان عقد المقاول قائماً على تقبل بناء يصنع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا مشتركين في التعويض لصاحب العمل على الخلل الحاصل بسببهما من تقصير أو تعدد وعن كل ما يحدث في خلال عشر سنوات من تهديم كلي أو جزئي فيما شيده من البناء وما أقامه من منشآت وهما مسؤولان وضامنان لكل عيب يهتدّ متانة البناء

(١) يراجع فيما يتعلق بالحوادث الطارئة غير المتوقعة: الكاساني: ١٩٧/٤ - ١٩٩؛ والهندية: ٤٥٩/٤ - ٤٦٢؛ وابن عابدين: ٧٦/٥؛ ومصادر الحق: ٩٥/٦ - ١١٨.

(٢) من لفظ الدرر فيما به العمل من مذهب دار الهجرة، لمحمد السنوسي: فصل جوامع الكراء: ص ١٦٦.

وسلامته فإذا تضمن العقد السلامة لمدة أطول كانا ضامنين للمدة المتفق عليها وهما ضامنان وإن كان الخلل ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها لعدم احتياطهما لذلك. وتبدأ مدة الضمان من وقت تسلم المحل فإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم من غير إشرافه على التنفيذ كان مسؤولاً عن عيوب التصميم لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان». لا عن عيوب التنفيذ لأن الغرم بالغنم وإذا عمل المقاول بإشراف مهندس آخر فلا يكون مسؤولاً عن التصميم ولكن يكون مسؤولاً عن عيوب التنفيذ لأن الغرم بالغنم كما قدمنا. ولو شرط المهندس أو المقاول الإعفاء من المسؤولية وحط الضمان عنه والحدّ منه كان الشرط باطلاً ووجب عليه الضمان لأن هذا الشرط ينافي المصلحة مع حق الآخرين لكن إذا سكت رب العمل عن العيوب التي انكشفت أو عن التهديم الذي حصل سنّة كاملة وبعدها قام بدعوى الضمان سقط حقه فيه وذلك أخذاً بقاعدة مبدأ المنع من سماع الدعوى وبمبدأ تخصيص القضاء^(١) وقرر بعضهم السقوط بعد ثلاث سنوات تنزيلاً له منزلة من أخرج الشيء من يده والخراج بالضمان.

التزامات صاحب العمل :

أما صاحب العمل فيجب عليه أن يتسلم العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته لذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب بدون تقصير منه فلا ضمان عليه وعلى صاحب العمل أن يبادر إلى دفع الأجرة عند تسليم المعقود عليه إلاّ إذا كان الاتفاق على غير ذلك أو جرى العرف في ذلك على طريقة مخصوصة وإذا تمّ عقد المقاوله على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معيّن وذلك لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين أن التنفيذ

(١) أحكام التزامات المقاول: ٢١١/٤ وما بعدها؛ والمغني لابن قدامة: ٣٣/٦ - ٣٦ وما بعدها؛ ورد المختار: ١٠/٥ و ١١؛ وتحفة الفقهاء: ٤٨٤/٢ ومن المواد التي: ٤٣ و ٥٨ و ٨٥ و ٨٧ و ٨٨ و ٣٩٢ و ٤٨٢ و ٤٨٣ و ٥٧٤ و ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١١ و ٨٩١ و ١٣٨٧ و ١٣٩٨ و ١٦٦٠ و ١٨٠١ من المجلة وشرحها لعلي حيدر الأتاسي والمواد ٦١٣ و ٦٢٠ من مرشد الحيران.

يقتضي زيادة حسيّة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد إعلانه بمقدار الزيادة جاز له أن يتحلّل من العقد مع أداء قيمة ما أنجزه المقاول من العمل وفقاً لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة فإذا لم تكن الزيادة جسيمة ولكنها محسوسة وضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه وجب على المقاول أن يخطر رب العمل قبل الاستمرار في التنفيذ بمقدار ما يتوقّعه من زيادة في النفقات فإذا مضى في التنفيذ دون إخطار فلا حق له في طلب الزيادة. وإذا أبرمت المقاولة على تصميم وقع الاتفاق لقاء أجر معين فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة بسبب تعديل أو إضافة في هذا التصميم إلا إذا كان التعديل والزيادة من صاحب العمل وبرضاه فإذا كان يرعى الاتفاق الجاري مع المقاول بشأن هذا التعديل أو الإضافة فإن لم يقع الاتفاق على الأجر ولم يقع تعيينه استحق المقاول أجر المثل مع قيمة ما قدّمه من المواد التي يتطلبها العمل وكذلك إذا لم يقع الاتفاق مع المهندس الذي قام بتصميم للبناء وقام على الإشراف على التنفيذ فإن لم يتفق على أجر استحق أجر المثل طبقاً لما جرى به العرف والعادة محكمة كما هو معلوم فإذا طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل طبقاً للتصميم الذي أعدّه استحق أجر المثل فيما قام به من العمل دون الباقي^(١).

المقاول الثاني: يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد من ذلك ولم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به نفسه وتبقى مسألة المقاول قائمة قبل صاحب العمل ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأوّل إلا إذا أحاله على ربّ العمل^(٢).

(١) أحكام التزامات رب العمل أشارت إليها مجلة الأحكام العدلية في موادها ٢٢٥ - ٢٢٦ - ٤٣٩ - ٤٦٦ - ٤٦٨ - ٤٦٩ - ٤٧٣ - ٥٦٣ - ٥٨٠ - ٥٨٢ - ٦١٠ - ٧٦٨ - من المجلة وشرحها لعلي حيدر والأناسي. والمواد ٥٨٢ - ٥٨٣ - ٦١٩ - ٦٢٤ - ٦٢٩ من مرشد الحيران.

(٢) بدائع الصنائع: ٤/٢٠٨؛ ورد المختار: ١١/٥ و ١٢ والمواد ٥٧١ - ٥٧٣ من المجلة وشرحها والمواد ٦٢١ - ٦٢٦ - ٦٢٧ من مرشد الحيران.

انتهاء المقاوله: ينقض عقد المقاوله بإنجاز العمل المتفق عليه أو بفسخه رضاء أو قضاء وكذلك تنتهي إذا حصل عذر يحول دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه فيجوز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه لكن إذا بدأ المقاول في التنفيذ ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه فإنه يستحق قيمة ما تم من العمل وما أنفقه في سبيل التنفيذ بقدر ما يعود على صاحب العمل من نفع ولمن تضرر من الفسخ أن يطالب الطرف الآخر بتعويضه في الحدود التي يقرها العرف^(١).

وتفسخ المقاوله بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محلّ الاعتبار في التعاقد فإذا خلا العقد من ذلك ولم تكن مؤهلاته الشخصية أو إمكاناته محلّ اعتبار في التعاقد فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولكن يجوز لرب العمل إنهاءه إذا لم تتوفر في ورثته الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل وفي كلا الحالتين للورثة قيمة ما تم من العمل والتفقات وفقاً لشروط العقد وما يقتضيه ولرب العمل أن يطالب بتسليم المواد والله أعلم وأحكم.

الشيخ كمال الدين جهّيط

(١) مرجع ذلك قاعدة لا ضرر ولا ضرار. وهو حديث رواه مالك والشافعي عنه وعن يحيى المازني مرسلأ وأحمد وعبد الرزاق وابن ماجه والطبواني عن ابن عباس وأخرجه ابن أبي شيبة والدارقطني عنه وفي الباب عن أبي سعيد وأبي هريرة وجابر وعائشة وغيرهم.

انظر: كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما ظهر من الأحاديث عن السنّة الناس لإسماعيل ابن محمد العجلوني الجراحي بتعليق أحمد القلاش الحلبي، طبعة مؤسسة الرسالة ٢ صحيفة ٤٩١.

الاستِصْنَاعُ وَالْمَقَاوِلَاتُ

فِي الْعَصْرِ الْحَاضِرِ

إِعْدَادُ

فَضِيلَةُ السَّيِّدِ مُحَمَّدِ بْنِ كَامِلٍ التَّارِزِيِّ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الاستصناع

مقدمة:

الاستصناع هو عقد من العقود، كالبيع، ينعقد بالإيجاب والقبول، وصورته: أن يقول إنسان لنجار، مثلاً: اصنع لي خزانة، أو يقول لحداد اصنع لي شباكاً، ويبين نوع ما يريد وقدره وصفته، فيستجيب الصانع لإنجاز ما طلب هذه بثمن معين.

والاستصناع كان موجوداً منذ القدم، لحاجة أعضاء المجتمع إلى هذا النوع من الجهد، وتلبية رغباتهم ورغبات غيرهم، وتعامل الناس به في مختلف البلدان. واستمر العمل به في الجزيرة العربية قبل الرسالة، وأقره الرسول ﷺ بعد أن جاءه الوحي بما أحله الله وحرمه.

ذلك لأن الشريعة الإسلامية ما جاءت لتقضي على كل عادات الناس ومعاملاتهم قبل الإسلام، بل أقرت البعض مما هو صالح، ويتماشى مع مبادئ الشريعة وأهدافها ومنعت البعض الآخر، واشترطت شروطاً قومت بها اعوجاجه، فأصبح بها يسير طبق نصوص الشريعة ومنهجها.

فكان الاستصناع من العقود التي أقرها الإسلام، بعدما قيده بشروط تقي المجتمع من الضرر والضرار.

الصناعة والاستصناع في الشريعة الإسلامية :

الصناعة والاستصناع عمل يقره القرآن، وتؤيده القواعد والمبادئ الإسلامية.

أما القرآن فقد عني بتوجيه الناس إلى الصناعة بمختلف أنواعها، وجاءت آيات كثيرة من القرآن تحث المؤمنين على ممارسة الصناعات، واستخراج خيرات الأرض، وجعلها صالحة لتلبية حاجيات الإنسان المتعددة. قال تعالى: ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ ﴾^(١).

وقال تعالى: ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ ﴾^(٢).

وقال تعالى: ﴿ وَصَنَعُ الْفُلْكَ وَكَلَّمَا مَرْ عَلَيْهِ مَلَأُ مِنْ قَوْمِهِ سَخِرُوا مِنْهُ قَالَ إِنْ تَسْخَرُوا مِنَّا فَإِنَّا نَسْخَرُ مِنْكُمْ كَمَا تَسْخَرُونَ ﴾^(٣) فَسَوْفَ تَعْلَمُونَ مِنْ يَأْتِيهِ عَذَابٌ يُخْزِيهِ وَيَحِلُّ عَلَيْهِ عَذَابٌ مُقِيمٌ ﴾^(٣).

ولقد وردت هذه الآيات تستعرض العناية الربانية بالأمم التي قبلنا، واستمرار هذه العناية بالإنسان الذي جعله الله خليفة في الأرض، عملاً بالقاعدة المقررة في الشريعة الإسلامية: أن (شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ)، لا سيما إذا كان السياق في معرض المدح والتحسين.

موقف الشريعة الإسلامية من إنشاء العقود:

الأصول العامة الإسلامية تعطي الحرية لكل مكلف أن ينشئ ما شاء من عقود، ولو لم يرد نص من الشرع في إباحته، للقاعدة المعروفة عند الفقهاء: أن «الأصل في الأشياء الإباحة» ومنها العقود والشروط، إلا إذا ورد نص من الشارع يفيد التحريم أو المنع.

(١) سورة الحديد: الآية ٢٥.

(٢) سورة الأنبياء: الآية ٨٠.

(٣) سورة هود: الآية ٣٨، ٣٩.

وقد ذكر الشاطبي في الموافقات أن القاعدة المستمرة بين العلماء هي: التفرقة بين العبادات والمعاملات، فالأصل في الأولى ألا يقدم عليها المكلف إلا بإذن من الشارع، إذ لا مجال للعقول في اختراع العبادات؛ والأصل في الثانية الإباحة، حتى يدل دليل على خلافه^(١)، فالعقود والشروط هي من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾^(٢)، فإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، بل كانت جائزة ومباحة.

وعلى هذا الأساس صرح الإمام الشافعي في الأم: إن أصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضى المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرماً بإذنه، داخل في معنى المنهي عنه، وما فارق ذلك - أبعناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى^(٣).

وقد ذهب الإمام ابن تيمية في نفس هذا الاتجاه، إذ يقول: (ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً)^(٤).

وتماشياً مع هذا الرأي قال الكاساني في باب الشركات: (إما العنان فجائز بإجماع فقهاء الأمصار، لتعامل الناس بذلك في كل عصر، من غير نكير؛ ولأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجاتهم إلى استئناء المال، وهذا النوع طريق صالح للاستئناء، ولم يرد نص في تحريمه، فكان مشروعاً)^(٥).

وقال الزيلعي في باب الربا: ولا نسلم أن حرمة البيع أصل، بل الأصل هو الحل، والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها، وهذا لأن الأموال

(١) الموافقات، للشاطبي: ٢٨٤/١.

(٢) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٣) الأم، للشافعي: ٣/٣.

(٤) القواعد النورانية: ص ١٨٤.

(٥) بدائع الصنائع: ٥٨/٦.

خلقت للابتدال فيكون باب تصليحها مفتوحاً، فيجوز ما لم يقيم الدليل على منعه^(١).

وهناك رأي ثانٍ في موضوع إنشاء العقود، وهو يقول بأن الأصل في العقود والشروط الحظر، إلا ما ورد من الشارع بإباحته، وهو مذهب الظاهرية، وقلة من العلماء في المذاهب الأربعة.

ولقد ردَّ على هذا المذهب ابن القيم عندما قال في هذه المسألة^(٢): القول بأن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان خطأ، ما لم يقيم عندهم دليل على دعواهم، وجمهور الفقهاء على خلاف هذا الاعتقاد، إذ يرون أن الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا ما أبطله الشارع، أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح... وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه (الله).

الاستصناع لغةً وشرعاً:

(أ) الاستصناع في اللغة:

جاء في لسان العرب: صنعه يصنعه صنعاً فهو مصنوع، وصنع عمله، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿صُنِعَ اللَّهُ لِدَيْ أَنْفَقَ كُلَّ شَيْءٍ﴾^(٣).

ثم قال: ويقال اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً... روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب.

فقوله (اصطنع) أي أمر أن يصنع له، كما تقول اكتب أي أمر أن يكتب له، والطاء في اصطنع بدلاً من تاء الافتعال، أي أبدلت التاء طاء لوجود الصاد. ثم قال: واصطنع الشيء، أي دعا إلى صنعه. والصناعة: حرفة الصانع، وعمله الصنعة، والصناعة ما تستصنع من أمر^(٤).

(١) تبين الحقائق: ٨٧/٤.

(٢) إعلام الموقعين: ٣٨٤/١.

(٣) سورة النمل: الآية ٨٨.

(٤) ابن منظور، مادة: صنع ٤٨١/٢ - ٤٨٢.

وقال في القاموس المحيط: والصناعة ككتابة: حرفة الصانع، وعمله الصناعة. وصنعة الفرس حسن القيام عليه. والصنيع السيف الصقيل المجرب، والسهم كذلك. وصنيعتي أي اصطنعته ورببته وخرجته.

ثم قال: ورجلٌ صنَّعُ اليدين (بالكسر وبالتحريك): حاذق في الصناعة^(١).

وفي الصحاح: الصُّنْع (بالضم) مصدر قولك صنع إليك معروفاً، والصناعة حرفة الصانع، وعمله الصناعة، وسيف صنيع أي مجلو. وامرأة صناع اليدين أي امرأة حاذقة ماهرة بعمل اليدين^(٢).

وفي المعجم الوسيط: صنع صنعاً: مهر في الصنع فهو صنع، استصنع فلاناً كذا طلب منه أن يصنعه له، والتصنيع: جعل الأمة صناعية بالوسائل الاقتصادية. الصانع من يصنع بيديه، ومن يحترف الصناعة. والصناعة حرفة الصانع، وكل علم أو فن يمارسه الإنسان حتى يمهر فيه ويصبح حرفة له^(٣).

وبهذا ندرك إجماع علماء اللغة على أن (الاستصناع) هو: طلب عمل من الصانع فيما هو من خصائص حرفته ومهارته.

(ب) الاستصناع في اصطلاح الفقهاء:

لقد كان هذا العقد مثار خلاف بين المذاهب، وحتى داخل المذهب الحنفي: هل هو بيع السلم فتجب فيه شروط السلم؟ أو هو بيع عادي فيجب فيه ما يجب في البيع من شروط؟ أو هو وعد بالبيع وليس بعقد بيع، فيتم بالتعاطي؟

ثم هل المبيع هو العين التي ستصنع؟ أو المبيع هو العمل؟

وهل يجري فيه خيار الرؤية، بعد الصنع كما في البيع العادي؟ أولاً يجري فيه الخيار، كي لا يتضرر الصانع، لأنه صنعه خصيصاً للمستصنع^(٤)؟

(١) الفيروزآبادي: ٥٢/٣.

(٢) الجوهري: ص ١٢٤٥.

(٣) المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية: ٥٢٧/١.

(٤) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء: ٢٠٥/١.

وهذا ما سنحاول بيانه عندما نبين وجهة نظر كل مذهب بانفراده. ويجدر أن نشير هنا إلى أن الاستصناع عند الحنفية هو بيع، لا وعد بالبيع، وهو عقد من العقود أجازوه استحساناً لا قياساً، وبسطوا فيه القول في كتبهم، ببيان حقيقته وصفته وشروطه وحكمه، بينما بقية المذاهب الأخرى منعت هذا العقد، واعتبرته من بيع المعدوم، وألحقوه بالسلم في الصناعات.

اختار جانب كبير من فقهاء الحنفية تعريف هذا العقد بذكر وصفه وصورته، وهو المعروف عندهم: التعريف بالرسم^(١)، واختار جانب آخر تعريف هذا العقد ببيان طبيعته.

(أ) تعريف الاستصناع بالرسم :

فقد مثل السرخسي للاستصناع بقوله: (فإذا قال شخص لآخر من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني، بكذا درهم، وقيل الصانع ذلك انعقد استصناعاً عند الحنفية، كما إذا استصنع الرجل عند الرجال خفين، أو قلنسوة، أو طستاً، أو كوزاً، أو آنية من النحاس^(٢)).

ومثل الكاساني لصورة الاستصناع بقول الإنسان لصانع خفاف أو صفار: اعمل لي خفاً أو آنية من أديم أو نحاس، من عندك، بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره ووصفه، فيقول الصانع: نعم^(٣).

ومثل العلامة نظام^(٤) للاستصناع بقوله: جائز في كل ما جرى التعامل فيه، كالقلنسوة والخزف والأواني المتخذة من الصفر والنحاس وما أشبه ذلك، استحساناً.

(١) الرسم: هو لفظ مميز للمخبر عنه مما سواه دون أن ينبىء عن طبيعته، (الأحكام، لابن حزم: ٣٤/١).

(٢) المبسوط: ١٣٨/١٢.

(٣) بدائع الصنائع: ٢/٥.

(٤) الفتاوى الهندية: ٢٠٧/٣.

ويقول الكمال بن الهمام: الاستصناع: طلب الصنعة، وهو أن يقول لصانع خف أو كعب أو أواني الصفر: اصنع لي خفاً طوله وسعته كذا، أو دستاً أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا^(١).

ويبدو أن الصور التي تعرض لها الفقهاء في الاستصناع كانت لا تتعدى حدود الخف والقلنسوة والأواني والآلات النحاسية والحديد والزجاج.

فإذا اقتصر حاجاتهم في ذلك العصر على هذه الأشياء، فلا مانع من أن يتناول الاستصناع أشياء أخرى اقتضتها حاجات العصور المتأخرة، كالأسلحة الحربية والسيارات والأرتال والطائرات والسفن، وكل المحركات على اختلاف أنواعها، ومواد البناء، وكل المعدات التي يحتاج إليها في هذا العصر.

(ب) تعريف الاستصناع عند الحنفية بالحد^(٢) :

وقد اختارت الموسوعة الفقهية تعريف الكاساني للاستصناع وهو: عقد على مبيع في الذمة، شرط فيه العمل على الصانع^(٣).

وقال ابن عابدين: هو: طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص^(٤) أي يكون العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين والعمل من الصانع. فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً^(٥).

ولو لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، بل يسمى: سلماً.

فإذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، رضي بها المستصنع؛ فإنما جاز

(١) فتح القدير: ٢٤٢/٦.

(٢) الحد: هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشيء المخبر عنه، (الأحكام، لابن حزم: ٣٤/١).

(٣) بدائع الصنائع: ٢/٥.

(٤) حاشية ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار: ٢٢٣/٥.

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي: ٤/٣٣١.

لا بالعقد الأول بل بعقد آخر، وهو: التعاطي، بتراضيهما^(١).

وبهذا نعلم أن الاستصناع هو غير السلم وغير الإجارة عند الحنفية، لأن السلم هو بيع أجل بعاجل، أي بيع شيء غير موجود بثمن حال؛ والإجارة هي عقد على المنافع بعوض، أما الاستصناع فهو: الاتفاق على عمل الصانع بأن يصنع شيئاً نظير عوض معين بخامات من عنده.

وهو يشبه السلم لأنه بيع المعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم به عند العقد في ذمة الصانع البائع؛ ولكنه يفترق عنه من حيث إنه لا يجب فيه تعجيل الثمن، ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق.

ويشبه الإجارة أيضاً، لكنه يفترق عنها من حيث أن الصانع في الاستصناع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله^(٢).

وبما أن الفقهاء كغيرهم اشترطوا في كل حد أن يكون جامعاً مانعاً، فلا يكون التعريف الذي اختير للاستصناع حداً إلا إذا كان جامعاً لجميع أفراد، ومانعاً من دخول أي عقد من العقود هو خارج عن الاستصناع، فقولنا: هو عقد، إخراج لقول من قال: إنه مواعدة، أي وعد بالبيع، إذ الوعد ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بإنفاذ ما يطلب، ولكنه لا يلزم به قضاء، لأنه ليس بعقد، بينما الاستصناع عقد يجري فيه التقاضي، ويجب الإيفاء به^(٣).

والقاعدة المعروفة عند الفقهاء أن التقاضي لا يكون في الموعود، وإنما يكون في الواجب.

وكذا أثبت الفقهاء في الاستصناع خيار الرؤية، وهذا الخيار يختص بعقد

البيع.

(١) بدائع الصنائع: ٢/٥.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: ٦٣١/٤.

(٣) بدائع الصنائع: ٢/٥.

والاستصناع إنما جاز اعتباره عقداً بالقياس والاستحسان، والوعد بالبيع لا يتوقف إثباته على دليل^(١) وهذه الفوارق هي التي وجه بها محمد الاستصناع.

وقولنا: على مبيع يدل على أن شيئاً مخصوصاً ذكرت مادته ومواصفاته، يباع، وهذا القيد أخرج الإجارة لأنها عقد على عمل من الأجير.

وقولنا: في الذمة، يدل على أن المقصود هو بيع خاص لا البيع المطلق، لأن من شروط البيع المطلق أن يكون المبيع مقبوضاً في المجلس.

وقولنا: شرط فيه العمل، قيد أخرجنا به السلم، لأن السلم هو بيع عاجل بأجل، ويشترط فيه قبض المال قبل افتراق العاقدين، أما الاستصناع فلا يشترط فيه القبض.

وقولنا: على الصانع، قيد يميز الاستصناع إذا السلم لا يشترط فيه الصنع، بينما الاستصناع قائم على الصنع.

وجاء في البدائع: إن الصانع إذا أتى بعين صنعها قبل العقد، ورضي بها المستصنع، جاز. وجواز هذا لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر هو التعاطي، بتراضيهما^(٢).

وبهذا أخرج هذ الحد: الوعد بالبيع، والإجارة، والسلم، والبيع المطلق، والتعاطي، فكان تعريفاً جامعاً مانعاً.

حكم عقد الاستصناع عند الحنفية:

لقد كادت تُجمع كلمة فقهاء الحنفية على جواز عقد الاستصناع ومشروعيته واعتمدوا في جواز هذا العقد على الاستحسان، قال صاحب الهداية^(٣): إذا استصنع شيئاً بغير أجل جاز، استحساناً، للإجماع الثابت بالتعامل، وفي القياس

(١) موسوعة جمال عبد الناصر: ٩١/٧.

(٢) الكاساني: ٢/٥.

(٣) شيخ الإسلام برهان الدين، شرح بداية المبتدىء: ٨٥/٣.

لا يجوز، لأنه بيع المعدوم لا على وجه السلم؛ وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم خاصة، وإلى هذا ذهب زفر.

وقال الكمال بن الهمام: ولكننا جوزناه (أي الاستصناع) استحساناً، للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»، وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً^(١).

وقال الكاساني^(٢): أما 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، ورخص في السلم، ويجوز استحساناً، لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»، وقال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»، والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي قطعة الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب، وفي شراء البقل لأن الحاجة تدعو إليه.

وقال الكمال ابن الهمام: واحتجم ﷺ وأعطى الحمام، مع أن مقدار عمل الحمامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم^(٣).

وقد قصر الحنفية تجويز بعض الأشياء على غير قياس على ما جرى فيه التعامل بين الناس وأقره المسلمون وقال السمرقندي^(٤): والقياس أنه لا يجوز، وفي الاستحسان جائز.

(١) فتح القدير: ٥/٢٤٢.

(٢) البدائع: ٥/٢.

(٣) فتح القدير: ٦/٢٤٢.

(٤) تحفة الفقهاء: ٢/٥٢٨.

ولم يشذ من علماء الحنفية عن القول بجواز الاستصناع إلا زفر الذي لا يقول بالاستحسان، ولا يقدمه على القياس، ولهذا قال بعدم جواز بيع الاستصناع^(١).

ووجه تقديم الاستحسان على القياس في الاستصناع، هو تعامل الناس بهذا العقد، وإجماعهم على ذلك منذ عهد رسول الله ﷺ، حتى اعتبروه دليلاً من أدلة الشريعة، يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام، وهو عدم جواز بيع المعدم، ولذلك كان الاستحسان عند علماء الأصول من الحنفية والحنابلة قياساً خفياً، رُجِّح على القياس الجلي، للمصلحة.

أما الشافعية فإنهم لا يقولون بالاستحسان، ولذا استنكر الشافعي العمل بالاستحسان، وقال: (من استحسَن فقد شرع).

على أن من قال بالاستحسان لا يقول به اعتباطاً، بل لا بدَّ له من مستند يستمد منه حجيته، وهو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان، وهو في الغالب حاجة الناس الملحة إلى ذلك، لأنه قلما يوجد في السوق ما يتطلبه الإنسان على الوجه المطلوب، فيحتاج أن يستصنع، فلو لم نقل بالجواز لوقع الناس في حرج، والدين يسر وليس بعسر، والله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢)

وحكم الاستصناع إنما يضاف ثبوته إلى السنة أو الإجماع أو القياس، أما الاستحسان فإنما يراد به، في الغالب: قياس خفي يقابل قياساً جلياً.

وقد عده عدد آخر من الفقهاء من العرف العام. قال مصطفى الزرقاء: العرف العام هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور، وذلك كالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم، من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها، فإن الناس قد احتاجوا إليه، ودرجوا عليه من قديم الزمان، ولا

(١) فتح القدير، للكمال ابن الهمام: ٢٤٢/٦.

(٢) سورة الحج: الآية ٧٨.

يخلوا اليوم من التعامل به مكان، وقد أصبح جارياً في جميع الحاجات^(١)،
والحقيقة أنه لا منافاة بين كل هذه الأقوال.

فاعتباره من الاستحسان، لأننا قدمنا فيه العمل بالقياس الخفي على القياس
الجلي، وهو مسمى الاستحسان عند الحنفية.

واعتباره من العرف العام، لأن تعامل الناس به من أقدم العصور هو مبني
على استحسان بعض الأعراف التي تحل حاجات المجتمع، وهو الذي فسره
الغزالي في المستصفي^(٢) وهو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته
الطبائع بالقبول، والذي سماه فقهاء المسلمين: إجماعاً.

السنة القولية تجيز الاستصناع:

ويرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع لم يكن دليلاً الاستحسان فقط،
وإنما كان دليلاً السنة القولية، واستشهدوا بحديثين لرسول الله ﷺ:

الحديث الأول:

ما رواه نافع عن عبد الله، أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب، وكان
يجعل فسه إلى باطن كفه إذا لبسه، فصنع الناس، ثم إنه جلس على المنبر فترعه
وقال: إني كنت ألبس هذا الخاتم وأجعل فسه من داخل، فرمى به ثم قال:
لا والله لا ألبسه أبداً، فنبذ الناس خواتيمهم^(٣).

وقد استشهد بهذا الحديث الفقهاء وأهل اللغة في حديثهم عن
الاستصناع^(٤) وفي تفسيرهم مادة صنع^(٥)، مع أنه حديث لم يرو في الصحاح،

(١) المدخل الفقهي العام: ٨٣٨/٢.

(٢) المدخل الفقهي العام: ٨٣٨/٢.

(٣) كتاب الاعتبار في بيان النسخ والمنسوخ: أبو بكر محمد الحازمي الهمداني: ص ٢٣١.

(٤) فتح القدير: ٢٤٢/٦؛ ومجمع الأنهر: ١٠٦/٢.

(٥) ابن منظور: ٤٨١/٢.

وإنما روي في كتاب النهاية في غريب الحديث^(١) وعُقب عليه صاحب الاعتبار بأنه حديث صحيح ثابت، وله طرق في الصحاح، وهو حديث نص في معنى الاستصناع.

الحديث الثاني:

الحديث الذي رواه البخاري، أن الرسول ﷺ استصنع المنبر رواه عن أبي حازم بن دينار: (إن رجالاً أتوا سهل بن سعد الساعدي وقد امتروا في المنبر ممّ عودُه فسألوه عن ذلك، فقال: والله لا أعرف ممّ هو، ولقد رايته أول يوم وضع، وأول يوم جلس عليه رسول الله ﷺ: أرسل رسول الله ﷺ إلى فلانة (امرأة قد سماها سهل): مري غلامك النجار أن يعمل لي أعوداً اجلس عليهنّ إذا علّمت الناس. فأمرته، فعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله ﷺ، فأمر بها فوضعت ها هنا)^(٢).

إن حديث المنبر وإن استشهد به فقهاء الحنفية^(٣) إلا أنه لا يعتبر نصاً صريحاً يدل على تجويز الرسول للاستصناع، لأن الروايات مختلفة في الصنع: أهو رغبة من الرسول وإنجاز من المرأة والغلام؟ وهذا لا يدل على أنه عقد استصناع أو هو عقد استصناع من الرسول نفسه نفذته المرأة؟

إجماع المسلمين على التعامل بالاستصناع:

وعلى كل فإن الاستصناع عند الحنفية لم يثبت بالسنة وحدها، بل ثبت بالإجماع، وإقرار الرسول لهذا النوع من العقود الذي اصطلاح عليه العرب وتعاملوا به من الجاهلية، وجاء الإسلام فأقره، وتونقل إقرار الرسول باستمرار المسلمين على التعامل به في عهد الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى يومنا هذا، بدون تكبير، وقد قال رسول الله: «إن أمتي لا تجتمع على ضلالة»^(٤).

(١) النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير: ٥٦/٣.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٣٩٧/٢؛ وعمدة القاري: ٢١٤/٦.

(٣) فتح القدير: ٢٤٢/٦؛ ومجمع الأنهر: ١٠٦/٢.

(٤) سنن ابن ماجه: ١٢٠٢/٢.

وقد ذكر مصطفى الزرقاء^(١) أن بعض فقهاء الحنفية أطلقوا على هذا النوع من الإجماع: (استحسان الإجماع) وهو عدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر انعقد عليه الإجماع.

وتعامل المسلمون بهذا النوع من العقود يسمى عندهم: إجماعاً عملياً، اعتبره الحنفية حجة، استناداً إلى قول الرسول ﷺ الذي رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، قال: إن رسول الله ﷺ قال: «إن الله نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد ﷺ خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه، فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون على دينه. فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئ»^(٢).

وكادت كتب الفقه الحنفي تجمع على جواز الاستصناع، مستندة في ذلك إلى السنة، والإجماع العملي، والاستحسان؛ إلا أن الإمام الكاساني زاد شيئاً آخر، مستنداً في ذلك إلى قاعدة، فقال: لأن فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة؛ واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً^(٣).

وبهذا نعلم أن المذهب الحنفي حل مشكلة الصناعات التي تطورت تطوراً غريباً، واحتيج إليها في هذا الزمان أكثر من كل الأزمنة الماضية، لأن السلم والإجارة لا يحلان كل حاجيات هذا العصر في الصناعة والاستصناع، فهذا العقد بما أحيط به من شروط ومواصفات، قد سهل على الناس أبواب التعامل، ووفر لهم كل مقومات الحياة بلا مشقة ولا ضرر ولا غرر، مع اجتناب كل ما حرمه الله، ونصت الشريعة على بطلانه.

(١) المدخل الفقهي العام: ١٥٠/١.

(٢) مسند الإمام أحمد: ٣٧٩/١.

(٣) بدائع الصناعات: ٣/٥.

ولما كان هذا العقد يتماشى مع ما جاءت به الشريعة من حفظ الحاجيات، ورفع المشقة على الناس، تماشياً مع قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١).

كان الحكم بجوازه لا يخالف منهج الشريعة الإسلامية، ولا يناقض أهدافها.

ومن الحنفية - كالحاكم الشهيد، والصفار، ومحمد بن سلمة - من ذهبوا إلى أن الاستصناع ليس عقداً من عقود المعاوضة، وإنما هو مواعدة تقوم على بيان ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بإنفاذ ما يطلب، فإذا أنجز المطلوب منه وسلمه إلى الطالب قبله، انعقد عند ذلك عقد البيع، بالتعاطي، لا قبله^(٢).

أما جمهور الحنفية فإنهم يعتبرون الاستصناع عقد بيع بعد الإيجاب والقبول، اعتماداً على ما ذكره الإمام محمد رحمه الله من أنه عقد بيع وليس بمواعدة^(٣).

التعاقد على المعدوم وموقف الفقهاء منه وخاصة الحنفية :

لَمَّا كان الاستصناع قائماً على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت العقد، والقاعدة المقررة في العقود اشتراط وجود المعقود عليه، لأن بيع المعدوم لا ينعقد، كان الاستصناع مثار جدل بين العلماء.

فمن اعتبر تعامل المسلمين بالاستصناع من عهد الرسول ﷺ إلى زماننا هذا، من غير تكبير، دليلاً على الجواز، اعتبر الاستصناع عقداً مستثنى من القاعدة، كالتسليم، لتعامل الناس به، استحساناً، وهذا هو مذهب الحنفية.

ومن قال: إن الاستصناع عقد بيع اختل فيه شرط من شروط عقد البيع، وهو وجود المعقود عليه، حكم بعدم جوازه، لعدة أمور:

(١) سورة الحج: الآية ٧٨.

(٢) موسوعة جمال عبد الناصر: ٩١/٧.

(٣) انظر في توجيه ذلك ما ورد في ص ٥٦٥.

أولاً: لأنه بيع غرر يؤدي إلى المنازعة، والرسول ﷺ نهى عن بيع الغرر، للحديث الذي رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر^(١) واعتبروا الاستصناع، كبيع الثمرة التي لم تخلق، وبيع السمك في الماء: بيعاً فاسداً.

ورد هذا من طرف من أجاز الاستصناع بأن الرسول لم ينه عن المعدوم، وإنما نهى عن الغرر، ومن المعدوم ما لا غرر في بيعه، لأنه ضبطت أوصافه في العقد، وفي الإمكان وجوده عادة، وتعامل الناس به في السلم والاستصناع بلا نزاع، وأقره الرسول ﷺ.

ثانياً: لأن الرسول ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، فقد ورد في الحديث الذي رواه الترمذي عن حكيم ابن حزام، أنه قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع، ثم ابتاعه له من السوق، ثم أبيع: فقال لا تبع ما ليس عندك^(٢).

ورد هذا الاستدلال على المنع، من طرف المجيزين للاستصناع، بأنه: ليس بيع معدوم، لأن المادة الخام للمبيع تكون موجودة عادةً عند البائع، والمواصفات التي طلبها المشتري من الصانع هي سهلة التنفيذ عند الصانع عادةً، ولا ينجر بهذا النوع من التعامل غرر أو نزاع، وقد أقرَّ الرسول ﷺ تعامل الناس به، وأجمع المسلمون على جوازه.

وقال ابن قدامة من الحنابلة^(٣): لا يجوز بيع ما لا يملكه ليمضي فيشتره ويسلمه، رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً.

والاستصناع ليس من باب بيع، المعدوم، ولا من باب بيع غير المملوك،

(١) رواه مسلم: مختصر مسلم، للحافظ المنذري: رقم ٩٣٩.

(٢) نيل الأوطار، للشوكاني: ٢٥٢/٥، باب النهي عن بيع ما لا يملكه ليمضي فيشتره [رواه

الخمس، وأخرج هذا الحديث ابن حبان، وقال الترمذي: حسن صحيح].

(٣) الشرح الكبير مع المغني: ١٩/٤.

وإنما ينطبق عليه حكم تأجيل قبض المبيع، كما إذا تمَّ الاتفاق على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن، مع أن الاستصناع عقدٌ أجازته أحد مصادر التشريع وهو الاستحسان، والرسول ﷺ لم يمنع العقود التي جرى تعامل الناس بها، ما دامت محققة لمصالح المسلمين، وغير جالبة للنزاع والضرر، مستجيبة للكليات العامة التي نادى الشريعة بالمحافظة عليها.

الاستصناع في المذاهب الأخرى

المالكية:

يرى المالكية أن الاستصناع هو عقد سلم، تشترط فيه جميع شروط السلم. ولا يرونه عقداً مستقلاً بعنوان الاستصناع، ولكنهم يتكلمون عنه في حديثهم عن السلم، بعنوان السلم في الصناعات. قال الدردير: إن استصناع سيف أو ركاب من حداد، وسرج من سروجي، أو ثوب من حياك، أو باب من نجار، على صفة معلومة، بثمن معلوم، يجوز، وهو سلم تشترط فيه شروطه^(١)

أما خليل في مختصره، فيقسم الاستصناع إلى قسمين:

الأول: هو ما كان العمل فيه دائماً، ومثل له بقوله: (والشراء من دائم العمل كالخباز، هو بيع فهو استصناع ملحق بالبيع)^(٢).

الثاني: هو ما كان العمل فيه غير دائم، ومثل له بقوله: (وإن لم يدم، فسلم، كاستصناع سيف أو سرج، وهو عندئذ استصناع ملحق بالسلم تشترط فيه جميع شروط السلم)^(٣).

وإن عين المعمول منه (أي المصنوع) أو العامل (أي الصانع) فسد العقد، لأنه حينئذ صار معيناً لا في الذمة، وأصبح ديناً بدين، وشرط صحة السلم كون المسلم فيه ديناً في الذمة.

(١) الشرح الصغير: ٢٨٧/٣.

(٢) كتاب مواهب الجليل (مختصر خليل): ٥٣٨/٤ - ٥٤٠.

(٣) المصدر السابق.

وقال في المدونة: وإن اشترط أن يعمل هو بنفسه، أو اشترط عمل رجل بعينه؟ قال: لا يكون هذا سلفاً لأن هذا الرجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل، واشترط عليه عمل نفسه، وقدم نقده، فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا. فهذا من الغرر: إن سلم عمله له، وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا، فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلاً.

ثم قال: وإن اشترط أن يعمل له من حديد قد أراه إياه أو ظواهر أو خشب أو نحاس قد أراه إياه؟ قال: لا يجوز ذلك لأنه لا يدري أيسلم ذلك الحديد أو الظواهر أو الخشب إلى ذلك الأجل أو لا. ولا يكون السلف في شيء بعينه، فذلك لا يجوز في قول مالك^(١).

ويجوز المالكية شراء المصنوع مع اشتراط زيادة عمل فيه أو إكماله إن شرع العامل في العمل فيما دون نصف شهر، كشراء سيف وآنية من نحاس ليكمل له حسب رغبة المشتري، فإن هذا العقد يخرج من باب السلم إلى البيع، لأنه يعتبر من باب استتجار الصانع بعد أن ملك المشتري المصنوع بالعقد، فلذلك كان العقد بيعاً صحيحاً بشرطه، وكان الضمان على المشتري بالعقد^(٢).

فالمالكية يعتبرون هذا العقد بيعاً معيناً، والحنفية يعتبرونه بيعاً موصوفاً في الذمة.

وبهذا ندرك أن الأصل في هذا الموضوع هو اتفاقهم على صحة هذا النوع من التعامل الذي كان موجوداً من عهد الرسول ﷺ؛ ولكن الخلاف بينهم في تخريج هذا العقد: هل هو بيع، فتجري عليه أحكام البيع؟ أو هو سلم فتجري عليه أحكام السلم؟ أو هو إجارة فتجري عليه أحكام الإجارة؟

فالمالكية لم يخرجوا بهذا النوع من التعامل عن العقود المتعارفة والتي ضببت شروطها وأركانها.

(١) المدونة الكبرى: ١٢٣/٣.

(٢) الشرح الصغير، للدردير: ٢٣٣/٣.

أما الحنفية فإنهم اعتبروا الاستصناع عقداً جديداً غير البيع والسلم والإجارة، وحاولوا أن يضبطوه بشروط من شأنها أن تحقق المصلحة المرجوة منه بدون مساس بأصول الشريعة وقواعدها، متجنبيين كل ما من شأنه أن يكون سبباً في غرر أو ضرر أو مفسدة.

أما ابن رشد فقد ذكر في المقدمات أن ابن القاسم يقسم السلم في الصناعات إلى أربعة أقسام:

الأول: أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله (أي الصانع) ولا يعين ما يعمل منه، فهو سلم على حكم السلم، لا يجوز إلا بوصف العمل، وضرب الأجل، وتقديم رأس المال.

الثاني: أن يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه، فليس هذا العقد بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة بالعمل في الشيء المبيع.

الثالث: أن لا يشترط عمله بعينه. ويعين ما يعمل منه، فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع.

الرابع: أن يشترط عمل الصانع بعينه، ولا يعين ما يعمل منه، فلا يجوز على حال، لأنه عقد يجتذبه أصلاً متناقضان: لزوم العقد، لكون ما يعمل منه مضموناً؛ وامتناعه، لاشتراطه عمل المستعمل بعينه^(١).

ويبدو أن ابن القاسم كان أكثر فقهاء المالكية وضوحاً في بيان أن المالكية لا تمنع تعامل الناس بالاستصناع، وإنما تسميه، حسب نوع التعامل: سلماً، أو بيعاً، أو إجارة. وإذا كان هذا التعامل لا تتوفر فيه شروط السلم أو البيع أو الإجارة فإنها عند ذلك تمنع هذا النوع من التعامل.

في المذهب الشافعي:

الشافعية: ألحقوا الاستصناع بالسلم، كالمالكية، فيؤخذ تعريفه وأحكامه

(١) المقدمات، لابن رشد: ٣٢/٢.

من السلم عند الكلام عن السلف في الشيء المسلم للغير من الصناعات. فإن كانت المادة من المستصنع فهي من باب الإجارة، وإن كانت من الصانع فهي من باب السلم.

وغالب كتب الشافعية لم تفرد الاستصناع بحديث خاص، وإنما تحدثت عما يصنع ضمن حديثها عن مسائل باب السلم، وأكدوا على صفات المطلوب صنعه حتى لا يؤدي التعامل بها إلى الجهل المفضي إلى النزاع والخصومة والغرر.

فقد جاء في المذهب^(١): ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه، وتضبط صفاته، ومثل لها بأشياء، من ضمنها ما يصنع، كالفخار والورق المصنوع وصيغ الغزل ونسجه.

ويقول النووي^(٢): ويجوز السلم في الزجاج والطين والجص والأبنية والأواني فيذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها... كما يجوز السلم في الكاغد عدداً، ويبين نوعه وطوله، كما يجوز في الآجر على الأصح، وفي وجه لا يصح (لتأثير النار، لأن النار لا يمكن ضبطها في طبخ الآجر).

وبهذا نعلم أن الشافعية يجيزون التعامل بالاستصناع على شروط معينة إذا ضبطت صفات المستصنع ضبطاً يزيل كل جهالة مفضية إلى النزاع. ولهذا أطال الشيخ النووي^(٣) في ذكر الأمثلة والأشياء التي يجوز فيها السلم، وما لا يجوز فيه السلم، معتمداً في كل ذلك على ما تعورف ضبط صفاته، وقبل في التعامل بين الناس بدون نزاع. أما ما أفضى إلى نزاع أو غرر أو جهالة فقد منعه.

وهم لا يسمون هذا النوع من التعامل بالاستصناع، وإنما يسمونه: سلماً.

وما اشتهر في كتب الفقه من أن المالكية والشافعية لا يجيزون الاستصناع

(١) المذهب، للشيرازي: ٢٩٧/١.

(٢) روضة الطالبين: ٢٧/٤ و ٢٨.

(٣) روضة الطالبين: ٢٥/٤ - ٢٩.

يوهم بأنهم عطلوا هذا النوع من التعامل بين الناس وإباحة غيرهم، بينما القضية هي قضية تخريج، والتزام بمصطلحات معينة لكل مذهب لا تزيد عن تقييد هذا العقد بقيود جديدة، وتغاير التسمية.

وإذا كان الشافعي لا يقول بالاستحسان الذي بموجبه أجاز الحنفية الاستصناع بل اعتبر أن «من استحسَن فقد شرع» فليس معنى ذلك أنه لا يجيز هذا النوع من التعامل بل خرج هذا النوع من التعامل على أنه سلمٌ بشروطه.

عند الحنابلة:

إن الحنابلة لم يقدموا الاستصناع في باب مستقل كما فعل الحنفية، وإنما تعرضوا إليه ضمن حديثهم عن السلم في الصناعات، كما فعل المالكية والشافعية.

فقد ذكر ابن قدامة عدة فصول يبين فيها ما يصح فيه السلم مما يوزن ويكال، ومما يضبط بالصفة التي تختلف أثمانها بقيمتها حسب الصفات والمواصفات، ومن ضمنها الأشياء التي تصنع، وقال^(١): وتضبط الثياب بستة أوصاف: النوع: كتان أو قطن، والبلد، والطول والعرض، والصفافة والرقعة، والغلظ والدقة، والنعومة والخشونة.

ويوصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والدقة والنعومة.

وقد أطلق الحنابلة التعامل بالسلم في كل الصناعات، متى توفرت شروط السلم المعروفة.

فإن فقد شرط من الشروط المقررة في السلم عند الحنابلة، بطل العقد. كما لا يصح اعتباره بيع استصناع لأنه يعتبر بائعاً ما ليس عنده على غير وجه السلم، وهو باطل كذلك^(٢).

(١) المغني مع الشرح الكبير: ٣٣٤/٤.

(٢) كشف القناع على متن الإقناع، للباهوتي: ١٣٣/٣؛ والإيناف، للمردوي: ٣٠٠/٤؛ والموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٢١/٣؛ وموسوعة جمال عبد الناصر: ٩٢/٧.

فالحنبلة لا يمتنعون تعامل المجتمع الإسلامي بالاستصناع، بل يبيحونه ولكن على اعتباره عقد سلم، يصح بما تصح به كل عقود السلم عندهم.

مقومات عقد الاستصناع عند الحنفية:

لقد ذكرنا فيما سبق أن الحنفية هم الذين يجيزون عقد الاستصناع، وهو عندهم عقد مستقل عن عقود البيع^(١)، ولكنه فقد بعض مستلزمات البيع، لأنه أشبه السلم من جهة، إذ هو كالسلم: بيعٌ آجلٍ بعاجل، لكنه يفترق عن السلم بأمور:

أولاً: لا يجب في الاستصناع تعجيل الثمن، بينما يجب في السلم التعجيل.

ثانياً: لا يجب في الاستصناع بيان مدة الصنع والتسليم، بينما يجب ذلك في السلم.

ثالثاً: لا يجب كون المصنوع مما يوجد في الأسواق، بينما هو مشروط في السلم.

ويشبه الاستصناع الإجارة من جهة أخرى، من حيث أن الاستصناع بيع عمل كالإجارة. ويفترق عن الإجارة بشيئين:

الأول: أن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله، وهو محل البيع، بينما الأجير مكلف بخصوص العمل.

الثاني: الإجارة على الصنع محل العقد فيها هو العمل؛ بينما في الاستصناع محل العقد هو العين الموصوفة في الذمة^(٢).

وقد عد السرخسي الاستصناع نوعاً من أنواع البيع، إذ قسمه إلى أربعة أنواع، قال: اعلم بأن البيوع أربعة:

(١) فتح القدير، للكمال بن الهمام: ٢٤٦/٦؛ والكفاية، لجلال الدين الخوارزمي: ١٦/٦.

(٢) نفس المصدر السابق.

الأول: بيع عين بضمن، وهو البيع المطلق.

الثاني: بيع دين في الذمة بضمن، وهو السلم.

الثالث: بيع عمل، العين فيه تبع، وهو الاستئجار.

الرابع: بيع عين، شرط فيه العمل، وهو الاستصناع^(١).

والكاساني اعتبر الاستصناع بيعاً، فقال^(٢): هو بيع، لكن للمشتري خيار الرؤية. وبهذا نعلم أن للاستصناع شبيهاً بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع، وهو العمل، وشبيهاً بالبيع من حيث أن المقصود منه العين فلشبهه بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان، وأثبتنا خيار الرؤية^(٣).

ولهذا قال في الذخيرة: هو إجارة ابتداءً، بيع انتهاءً، لكن قبل التسليم، فإذا مات الصانع قبل التسليم يبطل، ولا يستوفي المصنوع من تركته^(٤).

وقد ذكر البairتي صاحب العناية: أن أبوسعيد البردعي يقول: إن المعقود عليه هو العمل، وهو إجارة محضة^(٥). واستدلوا بفعل الصباغ، فإن في الصبغ العمل والعين، وهو إجارة محضة.

الاستصناع والمقاولات:

هذا وإن الاستصناع هو ضرب من ضروب ما يعرف في زماننا بالمقاوله، إذ المقاوله هي أن يتعهد أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً للطرف الثاني، مقابل ثمن معين. فإن تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة كان مقاوله في العرف، واستصناعاً في الشرع؛ وإن تعهد بتقديم العمل، كان مقاوله في العرف، وإجارة في الشرع.

(١) المبسوط: ٨٤/١٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٣/٥؛ والمبسوط: ٨٥/١٥.

(٣) العناية، للبairتي: ٢٤٣/٦.

(٤) نفس المصدر السابق.

(٥) فتح القدير، للكامل بن الهمام: ٢٤٤/٦ - ٢٤٥.

وهكذا تكون المقابلة في القانون الوضعي أعم من الاستصناع في الشرع .

شروط الاستصناع العامة :

لما كان الاستصناع نوعاً من أنواع البيع اشترط فيه الفقهاء ما اشترطوا في عقود المعاوضات من شروط عامة، سواء منها ما يتفق بالانعقاد، أو بالنفاذ، أو باللزوم، أو بالصحة . ومن ذلك^(١) :

١ - التراضي به لقول النبي ﷺ : «إنما البيع عن تراض» وهو أن يأتي به اختياراً، فإن كان أحدهما مكرهاً لم يصح^(٢) .

٢ - أهلية المتعاقدين: وهو العقل والبلوغ عند الشافعية والحنابلة، مما يكون به مكلفاً رشيداً. وهو العقل فقط عند الحنفية والمالكية، لأنهم جوزوا تصرف الصبي الذي يعقل . وكذلك جوز الحنابلة تصرف الصبي المميز، بإذن وليه^(٣) .

٣ - أن يجري العقد بين اثنين فأكثر، لأن الواحد لا يصلح أن يكون عاقداً من الجانبين^(٤) .

٤ - أن يكون المبيع مالاً مملوكاً أو مأذوناً في بيعه . والمال هو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة كالكلب إذ منفعته مباحة للضرورة^(٥) . وقال الكاساني : إنه منتفع حقيقة من مباح الانتفاع به شرعاً^(٦) .

٥ - أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع .

(١) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين : ٥/٤ .

(٢) المقنع، لابن قدامة : ٤/٢ .

(٣) المقنع، لابن قدامة : ٤/٢ ؛ ومواهب الجليل، للحطاب : ٤/٢٤١ ؛ وتبيين الحقائق شرح

كنز الدقائق، للزيلعي : ٤/١٢٤ ؛ ورد المحتار على الدر المختار : ٥/٤ .

(٤) البدائع، للكاساني : ١٣٥/٥ .

(٥) المقنع، لابن قدامة : ٧/٢ ؛ والكاساني : ١٤٣/٥ و ١٤٦ .

(٦) البدائع، للكاساني : ١٤٧/٥ ؛ والمغني، لابن قدامة : ٣/٤ .

٦ - أن لا يفصل بين القبول والإيجاب فاصل يدل على الإعراض وعدم الرضا. وعند الحنفية يقيد بخيار المجلس. وأجّي قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب^(١).

٧ - أن يكون المبيع موجوداً، مقدوراً على تسليمه، لنهي النبي عن بيع ما ليس عند الإنسان خلافاً لمن قال: إن بيع المعدم جائز إذا لم يكن فيه غرر، واستحال تسليمه، لأن الشرع صحح بيع المعدم في بعض الحالات، إذ أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه في السلم.

٨ - أن يكون المبيع معلوماً، برؤية، أو صفة تحصل بها معرفته؛ وكذلك الثمن يشترط فيه أن يكون معلوماً^(٢).

شروط الاستصناع الخاصة:

ينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المتعاقدين، وهما المستصنع والصانع. ويقال للمشتري: مستصنع، وللبائع: صانع، وللمعقود عليه: مصنوع.

أما الإيجاب والقبول فهو ما يتلفظ به العاقدان من عبارات تفيد رغبة مشتركة في تحقيق العقد^(٣).

فما صدر أولاً من أحد المتعاقدين فهو: الإيجاب، سواء كان بائعاً أو مشترياً. وما صدر ثانياً فهو: القبول.

ولا يشترط في الصيغة عبارات معينة، بل كل ما يدل على رضا الجانبين. وقد مثل الفقهاء للصيغ بكلمة: اعمل لي أو اصنع لي، فيقول الصانع: قبلت، أو رضيت، أو كل لفظ يدل على الرضا عرفاً.

(١) تبين الحقائق: ٤/٤؛ والكاساني: ١٣٥/٥ وما بعدها.

(٢) البدائع، للكاساني: ١٥٦/٥؛ والمقنع: ١١/٢ و١٦.

(٣) البدائع، للكاساني: ٣/٥.

وهل يصح الاستصناع بالتعاطي، وهو: الأخذ والعطاء، بدون كلام؟

ظاهر المذهب الحنفي يقر التعاطي في العقود، في الخصيص والنفيس، إذا لم يصرح أحد المتعاقدين بعدم الرضا، وقد أفتوا بصحة التعاطي في الإقالة والإجارة والصرف^(١).

والذي يظهر أن الاستصناع لما كان من شروطه بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره^(٢)، والتعاطي لا يتحقق به هذا الشرط، فإن الاستصناع لا يصح بالتعاطي.

وشرائط جوازه ثلاثة:

الأول: بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره ووصفه، لأنه لا يصير معلوماً بدونها^(٣) وزاد البعض^(٤): وبكل ما يصير به معلوماً علماً لا يؤدي إلى نزاع، مع العلم أن المعقود عليه في الاستصناع شيان: العين والعمل، وعليهما انبنى هذا العقد. والبيان المقصود من هذا الشرط يكون في كل شيء بحسبه، ومن شأنه أن يزول به كل غموض، ويبعد به شبح النزاع.

والمقصود الأصلي في هذا العقد إنما هو العين، وهو مشهور المذهب الحنفي، وهو ما صرح به في الهداية^(٥) فقال: والمعقود عليه العين دون العمل. وقال الكمال بن الهمام: وهذا نفي لقول سعيد البردعي، إذ أن المعقود عليه العمل، لأن الاستصناع ينسب عنه^(٦).

وقال السرخسي: والأصح أن المعقود عليه: المستصنع فيه، أي العين،

(١) رد المحتار على الدر المختار: ١٢/٤.

(٢) البدائع، للكاساني: ٣/٥.

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني: ٣/١؛ والموسوعة الفقهية: ٣٢٨/٣.

(٤) موسوعة جمال عبد الناصر: ٩٢/٧.

(٥) الهداية، للمرغيناني: ٢٤٣/٦.

(٦) فتح القدير، للكامل بن الهمام: ٢٤٣/٦.

وذكر الصنعة، أي العمل^(١)، لبيان الوصف، فإن المعقود عليه إنما هي العين بعد تكييفها بالعمل، حسب المواصفات التي طلبها المستصنع.

الثاني: أن يكون المراد صنعه مما يجري فيه التعامل بين الناس، ومثل له الكاساني بأواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولُجَم الحديد للدواب ونُصول السيوف والسكاكين والقسي، ونحو ذلك.

ثم قال: ولا يجوز في الثياب، لأن القياس يأبى جوازه^(٢)، أي أن هذه الأشياء جرى فيها التعامل بإجماع المسلمين، فأجيزت استحساناً لا قياساً، تيسيراً على الناس. والثياب لم يثبت تعامل الناس به استصناعاً، فلا يثبت بالقياس.

والقاعدة فيما جرى فيه التعامل قد عبر عنها الكمال بن الهمام بقوله: فقصرنا جواز الاستصناع على ما فيه تعامل؛ وما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيّط قميصاً بغزل نفسه^(٣).

ومثل هذا المعنى ورد في الفتاوى الهندية^(٤).

وقال ابن عابدين: ما فيه تعامل استصناع، لأن اللفظ حقيقة للاستصناع، فيحافظ على قضيته بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح^(٥) وهو مذهب الإمامين.

وقال في مجمع الأنهر^(٦): والاستصناع بلا أجل يصح استحساناً فيما تعورف فيه، كخف وطست وغير ذلك من الأواني، وهو بيع، والقياس أن

(١) الميسوط، للسرخسي: ٣٩/١٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٣/٥.

(٣) فتح القدير: ٢٤٢/٦.

(٤) الفتاوى الهندية، للعلامة نظام: ٢٠٣/٣.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٢١٢/٤.

(٦) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دعات أفندي: ١٠٧/٢. وكذلك بدر المتقى بشرح الملتقى: ١٠٧/٢.

لا يصح لأنه بيع المعدوم، ووجه الاستحسان أن المستصنع فيه المعدوم يُجعل موجوداً حكماً، كطهارة المعذور، فتزل منزلة الإجماع للتعامل به من زمن النبي إلى يومنا هذا... ولا يصح الاستصناع فيما لم يتعارف كالثوب، بحيث لو أمر حاكماً أن ينسج له ثياباً بغزل من عنده، بدراهم، لم يجز، إذ لم يجز فيه التعامل، فيبقى على أصل القياس، وهو فساد بيع المعدوم. فإن شرط فيه الأجل فحينئذ يجوز بطريق السلم.

ولهذا لما ذكرت المجلة العثمانية في مادتها ٣٨٩ شرط التعامل قالت: كل شيء تعامل باستصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سَلماً، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم. وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضاً.

فكانت هذه المادة يناقض آخرها أولها، إذ جعلت قسماً مما لم يتعامل باستصناعه مما لم تبين فيه المدة استصناعاً، مع أن تطبيق شرط التعامل يوجب الحكم بالفساد^(١).

ولذلك ذكر شارح المجلة علي حيدر: إن ما جاء في آخر المادة ٣٨٩ غير موافق لما في الكتب الفقهية، لأن الاستصناع إنما يجري في البلاد التي يكون فيها التعامل به، فلا يصح في غيرها، وهو ما اتفقت عليه كتب الفقه الحنفي بموجب شرط هو أن يجري فيه التعامل، فلا يصح في غيرها.

ويظهر أن تعامل الناس يتطور وينتشر من مدينة إلى أخرى، ومن بلد إلى آخر، فلا يمكن أن نقف على ما يجري فيه التعامل عند قرن معين أو بلد معين أو بضاعة معينة، ما دامت حاجات الناس متطورة متغيرة، وإذا كان التعامل بالاستصناع في الماضي مقصوراً على بعض الحاجات فإنهم اليوم أصبحوا في أشد الحاجة إلى تعميم الاستصناع في حاجات جديدة، حتى استصناع السيارات والبواخر والأبنية.

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٣٦٠/١.

وإذا كانت هذه الحاجة قد دفعت الفقهاء في الماضي إلى القول بتقديم القياس الخفي على القياس الجلي، وسمّوا هذا: استحساناً؛ وما ذهبوا إلى الاستحسان تشهياً، بل راعوا فيه تيسير وسائل التعامل بين الناس، وقَدّروا حاجة التجار إلى هذا النوع من التعامل، واستخدموا قواعد أقرها الفقهاء أنفسهم: المشقة تجلب التيسير - إذا ضاق الأمر اتسع - الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة أو خاصة - العادة محكمة^(١) فإن حاجة الناس إلى ذلك في عصرنا هذا أشد.

وفي نفس هذا الاتجاه يمكن أن نقر أشياء جديدة لم يجر التعامل بها في الماضي، ولكنها أصبحت في هذا الزمان مما يجري فيها التعامل بين الناس، بل عمت بلداناً كثيرة نتيجة انتشار المصانع في كل مكان، وتزايد حاجات الناس، وسهولة الاتصال بين الشعوب، وسرعة التنقل... على أن الأشياء التي مثل بها الفقهاء لم تذكر على سبيل الحصر، وإنما ذكرت لشرح ما يجوز فيه الاستصناع مما تعامل فيه الناس؛ ولذلك كانت الأمثلة تتغير في كتب الفقه من زمان إلى زمان.

ولهذا مثلت مجلة الأحكام العدلية بأشياء جديدة لم تذكر من قبل في كتب الفقه، واعتبرتها من الاستصناع الذي جرى به عمل الناس، فمثلت لذلك بالزورق والسفينة والبنديقية^(٢). كما مثلت موسوعة جمال عبد الناصر^(٣) بقطع الموبيليا والثياب والأحذية... مع أن القدماء نصوا على أن الثياب لا يجوز فيه الاستصناع، وعللوا ذلك بعدم التعامل.

وهنا يجب أن يقول المجمع الفقهي كلمته في الأشياء المستحدثة التي لم يجر فيها التعامل من قبل، وعمّ التعامل فيها بين الناس حديثاً، كالألات والمعدات والسفن والثياب وغيرها:

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ١/١٢٦؛ والأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٩٧؛ ودرر

الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر: ١/٣٦٠.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر - المادة ٣٨٨.

(٣) الموسوعة: ٧/٩٣.

هل نحكم فيها بفساد العقود، اعتباراً لأنها لم تكن مما تعامل الناس فيه، وملتزم فيها ما قاله الفقهاء في الماضي إلى أبد الدهر، بدون التفتات إلى تغير الزمان والأعراف والعادات، وأنه لا عبرة بما جرى عليه تعامل المسلمين في القرون الأخيرة؟

ولماذا لا نقول إن الشرط في الاستصناع هو تعامل المسلمين في أي زمان من الأزمنة، وقول الرسول: «لا تجتمع أمتي على ضلالة» لا يتقيد بأي عصر من العصور، وأنه مهما تحقق تعامل الناس مع توفر بقية الشروط كان استصناعاً. وما ذكر من الأشياء التي يجوز فيها الاستصناع إنما هو مجرد أمثلة. وهذا الاتجاه هو الذي يحقق ازدهار الصناعات التي انتشرت وعمت كل حاجيات الإنسان، وأصبح الحكم فيها بعدم الجواز لأن الناس لم يتعاملوا فيها من قبل حرجاً لا موجب له، ومنافياً لما قامت عليه الشريعة من سد حاجيات الإنسان، وتيسير أموره، ما دامت مجموع شروط الاستصناع متوفرة فيها، ولا تتضمن غرراً ولا ضرراً.

الثالث: أن لا يكون فيه أجل.

وقد اختلف الحنفية في هذا الشرط: فأبو حنيفة^(١) يقول بهذا الشرط لأنه يرى أنه إذا ذكر الأجل في عقد الاستصناع صار سَلَمًا، والأجل من شرائط السَلَم، مع العلم أن مراد الحنفية بالأجل عند إطلاقه هو شهر، والشهر يعتبر أقل أجل السَلَم.

فالذين يشترطون في الاستصناع أن لا يكون فيه أجل إنما يريدون الشهر فما فوق فإذا ذكر أجل دون الشهر فهو استصناع عند أبي حنيفة وصاحبيه، لأنه لا يصح أن يكون سَلَمًا.

وقد علل مذهب أبي حنيفة بأمرين:

(١) بدائع الصنائع، للكاساني: ٣/٥.

الأمر الأول: أن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجل، فإذا ضرب الأجل في الاستصناع صار بمعنى السلم، ولو كانت الصيغة استصناعاً^(١) والسلم بالأجل ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، والاستصناع بالأجل ثابت في عرفهم فلا يحمل عليه^(٢).

الأمر الثاني: أن التأجيل يختص بالديون، لأنه وضع لتأخير المطالبة، وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه المطالبة، وليس ذلك إلا في السلم، إذ لا دين في الاستصناع^(٣).

وقال أبو يوسف ومحمد: عدم ضرب الأجل ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال ضرب الأجل فيه أو لم يضرب، لأن اللفظ حقيقة فيه، فيحيط على مقتضاه^(٤) وذلك لأن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع. وإنما جاز للتعامل، لأن القصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة من المستصنع، فلا يخرج عن كونه استصناعاً، بينما القصد من السلم التأجيل فيه لتأخير المطالبة.

هذا ما عبر عنه البابرني عندما قال: أما المذكور على سبيل الاستعجال، بأن قال على أن يفرغ غداً أو بعد غد، فلا يصير سلماً، لأنه ذكره حينئذ للفرغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم^(٥).

وقد ذكر الهندواني قاعدة في التفرقة بين الآجال الاستعجالية والآجال الاستمهالية، فقال: إن ذكر المدة في الاستصناع: إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلماً، وإن كان من قبل الصانع فهو سلم، لأنه يذكره على سبيل الاستمهال. وفيما إذا صار سلماً يعتبر شرائط السلم^(٦).

(١) تحفة الفقهاء، للسمرقندي: ٥٣٩/٢.

(٢) مجمع الأنهر، لدمات أفندي: ١٠٦/٢.

(٣) المبسوط، للسرخسي: ١٤٠/١٢.

(٤) مجمع الأنهر، لدمات أفندي: ١٠٦/٢.

(٥) العناية، للبابرني: ٢٤٤/٦.

(٦) العناية، للبابرني: ٢٤٤/٦.

ويبدو أن هذه التفرقة التي ذكرها الهندواني صحيحة إلى أبعد مدى، لأن ما تعارف عليه الناس في هذا العصر، وفي العصور الماضية، أيضاً، أن الذي يطلب تحديد الأجل في الاستصناع إنما هو المستصنع الذي له رغبة في إحضار المصنوع والانتفاع به في أقرب وقت، فهو إذاً من الآجال الاستعجالية أما الصانع فليس من منفعتة التعجيل، بل بالعكس، فهو لا يرغب إلاً في الإمهال، وبذلك كانت الآجال الاستعجالية من خصائص الاستصناع، فلا تصير بها عقود الاستصناع سَلَمًا. أما إذا كانت الآجال من الصانع قصد الإمهال، فإن عقود الاستصناع تنقلب بها سَلَمًا، لأن الأجل في السلم إنما اشترط لإمهال المسلم إليه، وهو ما شرع إلاً ترفيهاً وتيسيراً عليه من الاكتساب في المدة.

فمقصد الأجل في الاستصناع والسلم مختلف، فيمكن أن يوجد الأجل في كليهما ويبقى الاختلاف بارزاً بينهما. وهذا ما يرجح، في نظري، مذهب الإمامين في عدم اشتراط الأجل، وصحة الامتناع بذكر الأجل أو عدمه.

وقد لخص شارح المجلة العدلية علي حيدر مسائل الاستصناع في خمس صور ضبطها على الصورة التالية:

الأولى: إذا لم تبين المدة في الأشياء التي جرى التعامل باستصناعها، فالعقد عقد استصناع بالإجماع عند الحنفية.

الثانية: إذا كانت المدة أقل من شهر، أي لم تبلغ المدة التي يصح بها السلم، والأشياء مما جرى التعامل بها على الاستصناع، فهو كذلك عقد استصناع بالإجماع.

الثالثة: إذا كانت المدة المبينة في الأشياء التي تستصنع عادة شهراً أو أكثر من شهر، فهو عقد استصناع عند الصاحبين، وعقد سلم عند الإمام.

الرابعة: إذا كانت المدة لأقل من شهر، أي للأجل الذي يصح به السلم، والأشياء مما لم تستصنع عادة، فهو سلم بالإجماع.

الخامسة: إذا لم تبين المدة في الأشياء التي لم يجر التعامل بها على وجه الاستصناع فهو عقد استصناع فاسد.

الاستصناع في القانون الوضعي

لم يفرد القانون الوضعي مباحث خاصة بعقدي السلم والاستصناع، بل أدخلهما ضمن الأحكام العامة للبيع المطلق، إذ القانون أجاز للبائع أن يشترط تأجيل تسليم المبيع، كما أن بيع المعدوم الذي ينتظر وجوده في المستقبل جائز، لأنه في حكم الموجود ومن ذلك السلم والاستصناع.

أما الشريعة الإسلامية فقد أفردت لهما مباحث خاصة حيث أن السلم وارد بالنص أما الاستصناع فقد ثبت بالاستحسان عند الحنفية، وهو عقد له خصائص تميز بها عن غيره من العقود.

ولكن القانون الوضعي تكلم عن المقاولة بصفة تفصيلية والمقاولة في القانون الوضعي أعم من الاستصناع، لأن المقاولة كما تكون بتقديم المقاول العمل والمادة معاً وهو ما يسمى عند الحنفية بالاستصناع، كذلك تكون بتقديم الصانع العمل فقط، وهو ما يسمى في عرف الفقه بالإجارة عند عامة الفقهاء.

وقد ذكر السنهوري^(١) عند حديثه عن المقاولة معايير تميز الفرع الثاني من المقاولة عن عقد العمل (الإجارة) فقال:

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النجار والنقاش والحداد والسباك ومن إليهم مقاولاً، إذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شيء معين يقوم بصنعه مستقلاً عن رب العمل، ولا يخضع لإشرافه فيه، ولا يتلقى منه تعليمات، غير ما هو مذكور في العقد.

أما إذا قام بإشراف رب العمل وتحت إدارته، ويتلقى منه تعليمات يقوم

(١) الوسيط، للسنهوري، الكتاب الأول من: ١٢/٧.

بتنفيذها، فهو عقد عمل لا عقد مقاوله^(١).

وذلك لأن تعريف (عقد العمل) في القانون المدني هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين أن يعمل في خدمة الآخر وتحت إرادته وإشرافه، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

وتتميز المقاوله عن البيع في القانون الوضعي، بأن الأصل في عقد المقاوله هو العمل، والبيع يقع على الملكية، فالمقاوله على العمل فقط هي الأصل، وهي مقاوله لا شبهة فيها.

أما إذا قدم الصانع المادة مع العمل، فهي اختلاط المقاوله بعقد آخر يقع على المادة، ويكون للصانع دوران: دور البائع الذي قدم المادة، وفي هذه الحالة يكون مسؤولاً عن جودة المادة؛ ودور المقاول الذي قدم العمل فالمادة إنما جاءت تابعة للعمل وتكون المقاوله ملزمة للصانع يصنع الشيء المطلوب، فتقع على العمل^(٢).

وهذا الرأي يجعل الاستصناع عقد مقاوله على العمل يتماشى مع رأي أبي سعيد البردعي أحد فقهاء المذهب الحنفي، الذي يقول بأن الاستصناع يقع على العمل دون المادة، مع أن الرأي الصحيح عند الحنفية أن الاستصناع بيع لا إجارة^(٣).

والإجارة المقصودة في هذا الباب المقاوله على خصوص العمل واعتبار الاستصناع عقد مقاوله واقعاً على العمل هو أحد آراء علماء القانون.

أما الرأي الثاني: فيرى أن الاستصناع (عقد المقاوله) هو بيع شيء مستقبل فهم يرون أن القصد من عقد المقاوله ليس هو العمل المكلف به الصانع، وإنما هو الشيء المصنوع، ولا يدخل في الاعتبار أن المقاول إنما تعاقد على

(١) الوسيط، للسنيوري، الكتاب الأول من: ١٢/٧.

(٢) الوسيط، للسنيوري، الكتاب الأول من: ٢٥/٧.

(٣) العناية، للبايرتي شرح الهداية: ٢٤٣/٦.

العمل^(١) وهذا الرأي يتفق مع وجهة نظر فقهاء الحنفية عند تقريرهم الاستصناع.

قال السنهوري: ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد، وهو إذا فعل وقبل منه رب العمل ذلك فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع لشيء مستقبل بل لشيء حاضر^(٢).

وقد علل الكاساني كما سبق^(٣) بنفس التعليل فقال: وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي بها المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما.

الرأي الثالث: يرى أن الاستصناع يكون مقاولة وبيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل فإذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض اصلاحات طفيفة، فالعقد بيع.

أما إذا كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة، كالرسم يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه، والألوان التي يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسم، فالعقد مقاولة عمل، وبذلك أصبح هذا العقد عقداً مختلطاً بين البيع والمقاولة.

وأما إذا تقاربت المادة والعمل، فيصبح العقد مزيجاً من بيع ومقاولة عمل، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه^(٤).

(١) الوسيط، للسنهوري، الكتاب الأول من: ٢٦/٧.

(٢) المرجع السابق: ٢٦/٧.

(٣) بدائع الصنائع: ٢/٥.

(٤) الوسيط، للسنهوري: ٢٧/٧.

ويترتب على أن العقد مزيج من البيع والمقاولة: أن الشيء المصنوع تنتقل ملكيته إلى رب العمل بمجرد تمام صنعه، فإذا استولت عليه الإدارة مثلاً كان مستحقاً لرب العمل لا للصانع، وإذا هلك الشيء المصنوع قبل التسليم فالهالك على الصانع، وذلك تطبيقاً لأحكام البيع ولكن الصانع يضمن العمل الذي أنجزه ضمان المقاول، وتسري هنا أحكام المقاولة لأحكام البيع^(١)، ويبدو أن أصحاب هذا الرأي ابتعدوا عن معنى الاستصناع المتعارف، لأننا إذا غلبنا جانب البيع على جانب العمل فقد أهملنا كل ما يقتضيه العمل من مستلزمات، والعكس بالعكس وهذا من شأنه أن يحدث بعض الصعوبات في التطبيق عندما نهمل أحد جوانب العقد.

نظرية القانون الوضعي في شروط الاستصناع:

قدمنا سابقاً أن القانون الوضعي جعل الحديث عن الاستصناع وأحكامه وشروطه ضمن الحديث عن المقاولة.

والمقاولة قائمة فيه على ثلاثة أركان شأنها شأن بقية العقود، وهي التراضي والمحل والسبب^(٢).

أما شروط التراضي فيقسمونها إلى قسمين:

الأول: شروط الانعقاد في التراضي. والثاني: شروط الصحة في التراضي.

أما شروط الانعقاد فهي:

أولاً: توافق الإيجاب والقبول، بحيث يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصر المقاولة، فيتم التراضي بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد، والعمل الذي يؤديه المقاول لرب العمل، والأجر الذي يتقاضاه منه.

الثاني: التصميم والمقايسة ودفتر الشروط.

(١) الوسيط، للسهوري: ٢٧/٧.

(٢) الوسيط، للسهوري: ٣٦/٧.

ومعنى هذا أن يكون عقد المقاولة مصحوباً بتصميم يجري على مقتضاه العمل. والمقايسة بيان مفصل عن الأعمال الواجب القيام بها، والأجرة الواجب دفعها. ودفتر الشروط.

والملاحظ أنه ليس من الضروري أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن بعض بل الواجب وذكر كل المواصفات للأعمال المطلوبة بصفة واضحة^(١). وكل هذه الشروط يتفق فيها القانون الوضعي مع الشروط التي أثبتتها علماء الفقه في الاستصناع، كما تقدم بيانه.

وأما شروط الصحة في التراضي فهي شروط صحة أي عقد آخر^(٢) وهي توافر الأهلية الواجبة، وسلامة التراضي من عيوب الإرادة، فإذا كان التراضي صادراً عن ناقص لأهلية رب العمل أو المقاول أو كليهما، كالقاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة فليس أهلاً لإبرام عقد المقاولة، وإذا أبرم العقد من أحدهما أو كليهما كانت المقاولة قابلة للأبطال.

كل هذه الشروط تتفق في روحها ومعناها مع شروط الصحة التي اشترطها علماء الفقه الإسلامي في الاستصناع وبقيّة عقود البيع.

شروط المحل:

أما شروط المحل في المقاولة، فهي مزدوجة بين المقاول ورب العمل، فالنسبة إلى المقاول هو العمل المتعاقد على تأديته.

وبالنسبة لرب العمل: الأجر الذي تعهد بدفعه للمقاول.

والشروط الواجب توافرها في العمل هي:

١ - أن يكون العمل ممكناً.

٢ - أن يكون معيناً أو قابلاً للعيين.

٣ - أن يكون مشروعاً.

(١) الوسيط، للسنيوري: ٣٩/٧.

(٢) الوسيط، للسنيوري: ٤٧/٧ - ٤٨.

أما الأجر فهو المال الذي يلتزم رب العمل بإعطائه للمقاول في مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود إليه .

ويشترط في الأجر شروط ثلاثة :

أولاً: أن يكون الأجر موجوداً في عقد المقاولة، وإلا كان العقد من عقود التبرع .

ثانياً: أن يكون الأجر معيناً أو قابلاً للتعيين حسب ما يتفق عليه المتعاقدان .

وقد يحدّد أنه بموجب مقايسة، أو على أساس وحدة القياس^(١) .

وبقية الشروط والتفاصيل الواردة في القانون الوضعي لا تختلف عن الأركان أو الشروط التي ضبطها الفقه الإسلامي، سوى في طريقة العرض، والاستشهاد بأمثلة من واقعنا المعين، وكيفية تطبيق القواعد عليها، مما جعل القانون الوضعي في خصوص باب الاستصناع أو المقاولة أكثر شمولاً ووضوحاً في ضبط مسائل هذا الباب .

(١) الوسيط، للسنهوري: ٥٩/٧ - ٦٣ .

عقد الاستصناع بين الإلزام وعدمه

الإلتزام أثر عام لجميع العقود فما من عقد صحيح إلا وينشئ التزاماً معيناً على أحد عاقديه أو التزامات متقابلة معينة بينهما، وموزعة عليهما، هي من الآثار الخاصة للعقد. (١)

وهناك فرق بين اللزوم والالتزام:

فاللزوم أمر يقرره المشروع إذا توفرت شروط معينة في التصرف.

أما الإلتزام فهو ما يقرره الشخصُ باختياره ابتداءً. وأثره المباشر شغل ذمته بأمر (٢).

وقد قسم الفقهاء العقود إلى نوعين: عقود لازمة، وعقود غير لازمة.

أما العقود اللازمة فأنواع ثلاثة:

الأول: عقود لازمة بحق الطرفين، ولا تقبل الفسخ بطريق الإقالة كالزواج.

الثاني: عقود لازمة بحق الطرفين، وتقبل الفسخ بطريق الإقالة، كالبيع

والصلح.

الثالث: العقود اللازمة بحق أحد الطرفين، كالرهن والكفالة.

أما العقود غير اللازمة فهي تسعة عقود، قسمت إلى ثلاثة أنواع بحسب

كون عدم اللزوم فيها مطلقاً أو مقيداً، وكونه أصلياً أو استثنائياً (٣).

النوع الأول: عقود غير لازمة مطلقاً في حق كلا الطرفين، وهي ثلاثة:

الإيداع والإعارة والمضاربة والشركة (٤).

(١) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء: ٤٣٦/١.

(٢) نظرية الإلتزام، للطاهر: ص ١٨.

(٣) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء: ٤٤٨/١ - ٤٥٧.

(٤) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء: ٤٤٨/١ - ٤٥٧.

فالإيداع مثلاً عقد يرد على حفظ الشيء لدى غير صاحبه، فلكل من الطرفين، أعني: المودع والوديع المكلف بالحفظ، أن يفسخ عقد الإيداع بمحض إرادته. ذلك لأن المودع مستعين بغيره على الحفظ، فله أن يترك هذه الاستعانة متى شاء. ولأن الوديع متطوع بالمعونة في هذا الحفظ، فله أن يتخلى عن هذه المعونة متى شاء.

النوع الثاني: عقود الأصل فيها عدم اللزوم، ولكنها تلزم في بعض الأحوال، وهي أربعة: الوكالة والتحكيم والوصية والهبة^(١).

فالوكالة مثلاً عقد يفوض به الإنسان غيره وينييه عن نفسه في التصرف. فلكل من الطرفين أن يفسخ عقدها متى شاء، إلا إذا تعلق بها حق شخص ثالث فتصبح لازمة.

ويمتنع فيها العزل والفسخ بلا رضا ذلك الشخص.

النوع الثالث: عقود الأصل فيها اللزوم ولكن في طبيعتها شيئاً من عدم اللزوم في ظروف محدودة. وجملة عقودها اثان هما الإجارة والمزارعة.

فالإجارة مثلاً الأصل فيها اللزوم في حق المتعاقدين فيجبر الطرفان على تنفيذها غير أن فقهاءنا قرروا فيها جواز العدول والفسخ بالأعذار الطارئة، إذ يكون تنفيذ الإجارة عندئذ إهداراً مالياً أو إصراراً غير معقول. وعندئذ يلزم المستأجر تعويض الضرر على الطرف الآخر إذا فوجيء بالفسخ بعد أن كلفه ما كلفه التهيؤ للعمل من مال ووقت أو تعطيل^(٢).

وقد عدَّ مصطفى الزرقاء عقد الاستصناع عقداً عاشراً منفرداً عن بقية العقود المتقدمة غير اللازمة، لأن الاستصناع يعتبر في أصل المذهب الحنفي غير لازم، وأصبح بمقتضى نصوص مجلة الأحكام العثمانية لازماً حسب المادة ٣٩٢، في حق الطرفين، منذ انعقاده^(٣).

(١) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء: ٤٤٨/١ - ٤٥٧.

(٢) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء: ٤٤٨/١ - ٤٥٧.

(٣) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء: ٤٥٦/١.

ويبدو أنه لا خلاف بين الحنفية في أن عقد الاستصناع غير لازم في مرحلة ما قبل الصنع، وكلام صاحب البدائع^(١) صريح في هذا المعنى، حيث قال: إنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، وقد علل عدم لزوم العقد قبل العمل^(٢) بأن الاستصناع جاء على خلاف القياس، فلم يشترط فيه اللزوم الذي اشترط في العقود التي جاءت على أصل القياس. وزاد في موسوعة جمال^(٣) عبد الناصر تعليلاً آخر وهو أن إلزام الصانع بالمضي، فيه ضرر له من ناحية أنه إتلاف لماله في عمل المطلوب، وقد لا يرضى المستصنع، فكان له أن يفسخ ولا يمضي، أما المستصنع فلأنه قد اشترى ما لم يره فكان له الخيار في الفسخ قبل الرؤية. ونفس هذا التعليل الأخير ذكر في الموسوعة الفقهية^(٤).

وأما مجلة الأحكام العثمانية فإنها أقرت في فصلها ٣٩٢^(٥) لزوم العقد مطلقاً، فقالت: وإذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدین الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة كان المستصنع مخيراً.

ويبدو أن ما ذهبت إليه المجلة أصبح هو المتعارف في عقود الاستصناع والمقاولات المدنية، اعتماداً على رأي أبي يوسف، مع الملاحظ أن المذكور في كتب الفقه أن رأي أبي يوسف خاص بما إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المشروطة. ولم يتعرض إلى لزوم العقد قبل العمل.

وقد علق مصطفى الزرقاء على هذا التعميم^(٦) بأن المجلة اتخذت رأي أبي يوسف أساساً، وتوسعت فيه بتعميم اللزوم حسب المصلحة الزمنية، وهذا

(١) البدائع، للكاساني: ٣/٥.

(٢) البدائع، للكاساني: ٣/٥.

(٣) موسوعة عبد الناصر: ٩٣/٧ - ٩٤؛ والموسوعة الفقهية: ٣/٣٢٩.

(٤) الموسوعة الفقهية: ٣/٣٢٩.

(٥) مجلة الأحكام العثمانية: ١/٣٦١.

(٦) المدخل الفقهي العام، للزرقاء: ١/٤٥٧.

ما أيدته لجنة الموسوعة الفقهية^(١) التي قالت :

واللجنة ترجح رأي أبي يوسف الذي أخذت به المجلة، وترى لزوم عقد الاستصناع، لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضار، إلا إذا جاء على خلاف الوصف.

وهذا نفس التعليل الذي ذكره شارح المجلة علي حيدر حيث قال^(٢) : لأنه لو جعل خيار للمستصنع للحق بالبائع أضرار، لأنه قد لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع.

وقد جاء في التقرير الهمايوني للمجلة العثمانية^(٣) التنبيه على ترجيح قول أبي يوسف في الاستصناع، وعند الإمام الأعظم للمستصنع الرجوع بعد عقد الاستصناع. وعند الإمام أبي يوسف رحمة الله عليه أنه إذا وجد المصنوع موافقاً للصفات التي بينت وقت العقد فليس له الرجوع، والحال أنه في هذا الزمن قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها البواخر والمدافع ونحوها بالمقاوله، وبهذا صار الاستصناع من الأمور الجارية العظيمة، فتخير المستصنع في إمضاء العقد أو فسخه يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة، لذلك لزم اختيار قول أبي يوسف رحمه الله في هذا مراعاة لمصلحة الوقت.

ورأيي أن ما اعتمده المجلة هو الذي يحقق المصلحة المرجوة من تجويز عقد الاستصناع، وأن إبقاء الخيار لهما ربما كان في الماضي يحقق مصلحة الطرفين، عندما كان الاستصناع يتوجه إلى أشياء صغيرة وقليلة الأهمية، وهذا يظهر من أمثلة عقود الاستصناع التي أشارت إليها كتب الفقه في الماضي.

أما وقد أصبحت هذه العقود تجري في أشياء ذات أهمية كبيرة، وتمثل مبالغ مالية طائلة، وتحقق أهدافاً اقتصادية في أعلى مستوى فلا يجوز أن تبقى على الخيار بين الطرفين.

(١) الموسوعة الفقهية: ٣/٣٢٩.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ١/٣٦١.

(٣) مجلة الأحكام العثمانية: ١/١٢.

أما إذا فرغ الصانع من عمله، فلذلك حالتان:
الأولى: ما قبل الرؤية: فقد ذكر في الأصل للإمام محمد عدم لزوم العقد بالنسبة للطرفين أيضاً. ذلك لأنه بالنسبة إلى المستصنع يرى أنه شراء لما لم يره، فكان له الفسخ وبالنسبة إلى الصانع، يرى أن العقد لم يقع على هذا المصنوع عيناً، إنما وقع على المبيع في الذمة، وإنما يتعين المصنوع محلاً للعقد إذا ما رآه المستصنع فرضي به، ألا ترى أن الصانع لو باع المصنوع إلى غير المستصنع جاز بيعه وليس للمستصنع أن يعترض أو ينقض البيع.

وهذا الرأي هو الذي اعتمد في التحفة^(١) وفتح القدير^(٢) والبدائع^(٣) وعلله الكاساني بأن العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة، لأنه لو اشترى من مكان آخر وسلم إليه جاز، ونسب هذا القول لأبي حنيفة وصاحبيه.

الثانية: إذا قدم الصانع العمل إلى المستصنع.

فإما أن يقدمه موافقاً لكل المواصفات أو لا. فالأول يسقط معه خيار الصانع ويبقى خيار المستصنع.

أما سقوط خيار الصانع فلأنه بإحضار المصنوع إلى المستصنع على الصفة المشروطة تعين أن يكون بائعاً وليس للبائع خيار رؤية.

وهذا بخلاف حال المستصنع فإن له الخيار لأنه لا يزال مشترياً لما لم يره. وجاء في البدائع: أما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة، فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار، لأن الصانع بائع، فلا خيار له؛ أما المستصنع فمشتري ما لم يره، فكان له الخيار... ولأن الصانع بالإحضار أسقط حق نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله.

(١) التحفة: ٦٢٩/٢.

(٢) فتح القدير: ٢٤٣/٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع: ٣/٥.

ثم قال الكاساني^(١) وهذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه. وروي عن أبي حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار. وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما جميعاً.

ووجه رواية أبي يوسف أن الصانع قد أفسد متاعه، وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع، لأن غيره لا يشتريه بمثله.

ويظهر أن مذهب أبي يوسف هو الذي عليه عمل الناس في هذا الزمان في أكثر بلاد العالم، وهو نفس ما ذهبت إليه المجلة العثمانية، وهو ما جاءت به القوانين الوضعية وسارت عليه عقود المقاولين في كل المعاملات.

وعلى رأي أبي يوسف يمكن أن تستمر هذه العقود وتتطور وينجر من وراء ذلك أن تنشط الصناعات، وتنمو وتزدهر، وأن يقوم انتاجها على تخطيط مدروس، حسب طلبات ملزمة للجانبين.

أما إثبات الخيار للطرفين على مذهب أبي حنيفة، فمن شأنه أن يؤدي إلى عرقلة النمو الاقتصادي، وقد يصبح حجر عثرة في تطور عجلة الانتاج، مهما التمس الفقهاء من مبررات لتأييد مذهبه.

وقد علل صاحب بدائع الصنائع^(٢) رواية أبي حنيفة التي تعطي التخيير للجانبين بأنها: دفع الضرر عن الصانع، وأنه واجب.

وجاء في فتح القدير^(٣): أما بعدما رآه المستصنع، فالأصح أنه لا خيار للصانع، بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه، لأنه بالآخرة بائع.

وبمثل هذا المعنى صرح صاحب العناية^(٤) فقال: ومن هو كذلك فله

(١) بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/٥.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني: ٤/٥.

(٣) فتح القدير، للكamal بن الهمام: ٢٤٤/٦.

(٤) العناية، للبايرتي: ٢٤٤/٦.

الخيار كما تقدم، ولا خيار للصانع، كذا ذكر في المبسوط فيجبر على العمل لأنه بائع باع من لم يره.

ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصح، بناء على جعله بيعاً لا عدة.

والثاني: وهو أن يكون العمل غير موافق للمواصفات التي وقع التعاقد عليها، فالمستصنع غير ملزم بالاستلام، ولا هو ملزم بدفع الثمن، لأن العقد إنما كان تلبية لرغبة المستصنع، ودفعاً لحاجته، لثبوت خيار فوات الوصف قال في شرح مجلة الأحكام: وإذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة.

فإن كان النقص الموجود فيه من قبيل العيب فللمستصنع خيار العيب.

وإن كان من قبيل الوصف، فله خيار الوصف، إن شاء قبله وإن شاء رده، ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده^(١).

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٣٢١/١.

خيار الرؤية

شرعية خيار الرؤية :

لقد تقدم أن الصانع إذا قدم المصنوع للمستصنع فله خيار الرؤية على مذهب أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف الذي لا يثبت له هذا الخيار ما دام متمتعاً بخيار الوصف إذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة، وخيار العيب إذا كان النقص من قبيل العيب.

وقول أبي يوسف هذا يشبه كثيراً قول المالكية بجواز بيع الغائب على الصفة، إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير صفته قبل القبض فإذا جاء على الصفة المذكورة كان البيع لازماً، إذ أن هذا يعتبر من الغرر اليسير وإن خالف الصفة المتفق عليها فللمشتري خيار الصفة^(١).

وقلنا فيما مضى: إن العين في الاستصناع لم تكن معدومة، ولكنها مملوكة للبائع، وتسلم له حسب الأوصاف التي طلبها المستصنع.

والحنفية يجوزون بيع العين الغائبة من غير رؤية ولا وصف، فإذا رآها المشتري كان له الخيار، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده. وكذلك المبيع على الصفة يثبت فيه خيار الرؤية.

وإذا كان للمشتري خيار الرؤية فلا غرر عليه، ولا تؤدي الجهالة إلى النزاع مطلقاً.

واستدلوا بالحديث الذي أخرجه الدارقطني في سننه مسنداً... عن

(١) بداية المجتهد، لابن رشد: ١٥٤/٢؛ الشرح الكبير، للدردير: ٣٥/٣.

محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار، إذا رآه» ورواه البيهقي والدارقطني في سننهما بزيادة: (إن شاء أخذه وإن شاء رده)^(١) مرسلًا.

ويؤيده ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، أنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة بن عبيد الله: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأنني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأنني بعته ما لم أره فحكماً بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة. أخرجه الطحاوي. وفي رواية البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص زاد: ولا خيار لعثمان. انتهى^(٢).

وجاء في فتح القدير: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه بجمع ثمنه، وإن شاء رد، سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها»^(٣).

وقال في الفتاوى الهندية^(٤) نقلاً عن الجوهرة النيرة: وخيار الرؤية يثبت حكماً لا بالشرط. ثم قال: وخيار الرؤية لا يمنع ثبوت الملك في البدلين، ولكن يمنع اللزوم، كذا في محيط السرخسي.

ومن باع ما لم يره، كأن ورث عيناً من الأعيان في بلدة أخرى، فباعها قبل أن يراها، فلا خيار له^(٥)، لأن المالك يعرف ما يملكه عادة، فلا ضرورة لثبوت الخيار له.

فإذا باع ما لم يره، وهو أمر نادر، كان مقصراً في حق نفسه، فلا يستحق

(١) نصب الراية لأحاديث الهداية، لعبد الله بن يوسف الزيلعي: ٩/٤.

(٢) نصب الراية لأحاديث الهداية، لعبد الله بن يوسف الزيلعي: ٩/٤، ١٠.

(٣) فتح القدير، للكamal بن الهمام: ٥٣٠/٥.

(٤) الفتاوى الهندية، للعلامة نظام: ٥٨/٣.

(٥) فتح القدير، للكamal بن الهمام: ٥٣٣/٥.

المطالبة بفسخ العقد. أما المتملك إن لم يتمكن من رؤية محل العقد، ولم يجد سبيلاً إليه، كان من المصلحة منحه الخيار^(١).

وخيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع: البيع الصحيح، والإجارة والقسمة، والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه، لأن كلاً منهما معاوضة فليس في ديون النقود عقود لا تنفسخ كالمهر وبدل الصلح^(٢) والاستصناع نوع من أنواع البيوع.

وقت ثبوت الخيار:

يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه لا قبلها. فلو أجاز العقد قبل الرؤية لا يلزم العقد ولا يسقط الخيار، وله أن يرد المعقود عليه، لأن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية.

أما لو فسخ العقد قبل الرؤية صح الفسخ، لا من أجل الخيار وإنما لأن العقد غير لازم، وغير اللازم يجوز فسخه، كالعقد الذي فيه خيار العيب، وعقد الإعارة والإيداع^(٣). وقد تقدم أن الاستصناع عقد غير لازم عند أبي جنيفة، فيجوز فسخه، وهو عقد لازم عند أبي يوسف فلا يجوز فسخه. كما لا يثبت فيه خيار الرؤية.

شروط ثبوت الخيار:

الأول: أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين أو مشخصاً عن الأعيان، كالأرض والدار والدابة والسيارة، إذا وصفت بما ينفي عنها الجهالة المفضية إلى النزاع، لأن للناس أغراضاً خاصة في الأعيان، فيثبت الخيار لينظر المتملك هل يصلح له أم لا. ويظل له الخيار ولو وافق الوصف عند الحنفية^(٤).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي: ٢٦٩/٤.

(٢) ابن عابدين: ٦٣/٤.

(٣) البدائع: ٢٩٥/٥؛ والفقه الإسلامي وأدلته: ٢٦٩/٤.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته: ٢٧٠/٤.

فإن كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار، حتى أنهما لو تباعا عيناً بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما، ولو تباعا ديناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما، ولو اشترى عيناً بدين فللمشتري الخيار ولا للبائع^(١).

الثاني: عدم الرؤية أي أن تكون العين التي بيعت لم يرها المشتري عند البيع. فإن اشتراه وهو يراه فلا خيار له، لأن الأصل هو لزوم العقد وانبرامه، لأن ركن العقد وجد مطلقاً عن شرط.

وإن كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن قد رآه قبل ذلك، نظر في ذلك:

إن كان المبيع وقت الشراء على الحالة التي كان عليها لم تتغير، فلا خيار له، لأن الخيار ثبت معدولاً به عن الأصل بالنص الوارد في شراء ما لم يره، وهذا قد اشترى شيئاً قد رآه فلا يثبت له الخيار.

وإن كان قد تغير عن حالته، فله الخيار، لأنه إذا تغير عن حالته فقد صار شيئاً آخر، فكان مشترياً شيئاً لم يره، فله الخيار إذا رآه^(٢).

كيفية الرؤية:

الرؤية قد تكون لجميع المعقود عليه، وقد تكون الرؤية لبعضه والضابط فيه: أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود، ويفيد المعرفة به^(٣). وذلك بأي حاسة من الحواس، حسب طبيعة محل العقد، فإن كان من المطعومات يكون العلم به بالذوق، وإن كان من المشمومات كانت معرفته بالشم، وإن كان من المرئيات فيكتفي بوصف الشيء وصفاً كافياً.

ويجوز عند الحنفية للبصير والأعمى التوكيل بالنظر والرؤية^(٤).

(١) بدائع الصنائع، للكاساني: ٢٩٢/٥.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني: ٢٩٢/٥ - ٢٩٣.

(٣) البدائع: ٢٩٣/٥؛ والدر المختار: ٦٨/٤.

(٤) البدائع: ٢٩٥/٥.

وقال الكمال بن الهمام: والمراد بالرؤية في الحديث: العلم بالمقصود... فلا يكفي بالرؤية في مثل ما إذا كان المبيع ما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه، فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه، فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته، وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده متغيراً، لأن تلك الرؤية غير معرّفة للمقصود الآن. وكذا اشتراء الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف له، فأقيم الوصف مقام الرؤية^(١).

وبناء على ذلك لا يكفي رؤية بيت من دار بل له حق الخيار حتى يطلع على الدار كلها ولا يكفي رؤية شاة من قطيع بل له الخيار حتى يرى القطيع كله. وإذا كان المبيع عددياً كالثياب والنعال فلا يكفي رؤية البعض بل له الخيار إلى أن يرى الكل.

وإذا كان المبيع من المثليات التي تباع كميلاً أو وزناً أو كان مغيباً في الأرض كالثوم والبصل فيكتفي برؤية بعض الأجزاء والوحدات ويروونه بعض النماذج.

وقت ثبوت خيار الرؤية ومدته:

سبق أن وقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها، حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضي به صريحاً، بأن قال: أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا المجرى، ثم رآه فله أن يردّه^(٢).

أما مدته فالأصح عند الحنفية أن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أن يوجد ما يسقطه، أي أنه لا يتوقت بوقت، بل متى ثبت فإنه يستمر إلى أن يحدث ما يسقطه، لأنه حق من الحقوق، والحقوق لا تسقط إلاً بإسقاطها، أو بانتهاء الأمد المحدد لها، ولأن سببه اختلال الرضا. والحكم يبقى سببه.

(١) فتح القدير: ٣٣٢/٥.

(٢) البدائع: ٢٩٥/٥.

مسقطات خيار الرؤية :

ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الأصل نوعان :
اختياري وضروري .

الأول : الاختياري . نوعان : صريح وما يجري مجرى الصريح^(١) .

١ - الصريح : يكون التصريح بالرضا والاختيار ممن له خيار الرؤية أو ما يقوم مقام التصريح سواء علم البائع أو لم يعلم ، لأن الأصل في البيع المطلق للزوم . والامتناع عن اللزوم لخلل في الرضا فإذا أجاز ورضي فقد زال المانع^(٢) .

٢ - ما يجري مجرى الصريح ، وهو الدلالة على الرضا بأن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية دليل الرضا ، بلزوم البيع ، لأن للقبض شبهة بالعقد ، فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وذلك الرضا^(٣) .

وهذا كأن يعرض المشتري السلعة للبيع أو يبيع بعضها ، فعندئذ يسقط خياره عن الباقي ، ويلزم البيع فيه كله .

الثاني : الضروري في خيار الرؤية :

كل ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه ، نحو موت المشتري . وكذا أجازة أحد الشريكين فيما اشترياه دون صاحبه عند أبي حنيفة .

وكذا إذا هلك بعضه أو انتقص ، بأن تعيب بأفة سماوية أو بعمل أجنبي ، أو بفعل البائع ، أو ازداد في يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة^(٤) .

(١) البدائع : ٢٩٥/٥ .

(٢) البدائع : ٢٩٥/٥ .

(٣) البدائع : ٢٩٥/٥ .

(٤) البدائع : ٢٩٦/٥ .

أثر خيار الرؤية :

يكون العقد الوارد على العين الغائبة أو غير المرثية غير لازم لمن ثبت له الخيار فيختر بين الفسخ والإجازة عند رؤية المعقود عليه، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة، ولأن جهالة وصف المعقود عليه تؤثر في رضا الممتلك فيثبت له الخيار، سواء أكان المعقود عليه موافقاً للوصف المتفق عليه أو مخالفاً له. وهذا مذهب الحنفية^(١).

ولا أثر لخيار الرؤية في نقل الملكية في البدلين، أي لا أثر لخيار الرؤية على العقد، فتنتقل ملكية المعقود عليه للممتلك، وملكية العوض للمالك، فور تمام العقد بالإيجاب والقبول.

اختلاف المتعاقدين في الرؤية :

ولو اختلفا في التغير وعدمه، فقال البائع: لم يتغير، وقال المشتري: قد تغير، فالقول قول البائع، لأن الأصل عدم التغير، والتغير عارض، فكان البائع مستمسكاً بالأصل، والمشتري مدعياً أمراً عارضاً فكان القول قول البائع مع يمينه إلا إذا طالت المدة فالقول للمشتري، بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية والمشتري ينكرها فالقول للمشتري مع يمينه^(٢).

اختلاف المتعاقدين في الاستصناع :

يجري في عقد الاستصناع ما يجري في بقية عقود البيع من أحكام، سواء ما يتعلق بأصل العقد، أو ما يتعلق بالالتزامات التي تحدث بين المستصنع والصانع. ويسري على الاستصناع ما يسري على كل المعاوضات المالية من أحكام إلا ما نص عليه الفقهاء من خصوصيات.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/٢٧٢؛ والبدائع: ٥/٢٩٢.

(٢) فتح القدير: ٥/٥٤٤؛ والفتاوى الهندية: ٣/٥٦ - ٥٧؛ والبدائع: ٥/٢٩٣؛ ومجمع الأنهر: ٢/٣٩.

فإن اختلفا في المصنوع، فقال المستصنع: لم تفعل ما أمرتك، وقال الصانع: بل فعلت، قالوا: لا يمين لأحدهما على الآخر. ولو ادعى الصانع على رجل: إنك استصنعت إلي في كذا، وأنكر المدعى عليه لا يحلف^(١).

والقول قول المستصنع، لأن الإذن يستفاد من جهة المستصنع^(٢).

وإن قال المستصنع: بهذا أمرتك، ولكن لا أريده، كان له ذلك، لأن الخيار ثابت له بعدم الرؤية عند أبي حنيفة، وهو ملزم به عند أبي يوسف، لأنه أتى به طبق المواصفات.

(١) الفتاوى الهندية، للعلامة نظام: ٢٠٨/٣.

(٢) المبسوط، للسرخسي: ٩٣/١٢.

خيار الوصف

قدمت الحديث عن خيار الرؤية لما للاستصناع من مساس بهذا الخيار، لأن عدم الرؤية في هذا العقد يعتبر مانعاً يمنع تمام الحكم، إذ الرؤية تمكن المستصنع من قبول المتعاقد عليه أورده عند تقديمه إليه، سواء أكان مطابقاً للأوصاف المطلوبة أو لا، في مشهور المذهب الحنفي، وكما للاستصناع مساس بخيار الرؤية فله مساس قوي أيضاً بخيار الوصف.

وخيار الوصف هو خيار ثانٍ يثبت للمستصنع إذا قدم الصانع المصنوع المتعاقد عليه. وقد فات وصف مرغوب فيه اشترطه المستصنع عند العقد^(١)، وغياب الوصف يمكن المستصنع من الخيار بين أن يقبل المصنوع بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع، وهو المسمى بخيار الوصف، وهو غير خيار الرؤية وإنما جاز له فسخ البيع لأن الوصف أو الأوصاف التي اشترطها المستصنع مرغوب فيها، فإذا فاتت أوجب التخيير، لأن المشتري ما رضي به دونه، فصار كفوات وصف السلامة في خيار العيب.

وأبو يوسف الذي لا يثبت للمستصنع خيار الرؤية، إذا جاء المصنوع مستكماً للأوصاف، فإنه يثبت خیر الوصف إذا جاء المصنوع فاقداً للأوصاف التي وقع الاتفاق عليها.

وأما سبب أخذه بجميع الثمن في رأي الحنفية فهو: لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكونها تابعة في العقد ويعد الشافعية والحنابلة داخلاً في خيار العيب وله حكمه.

(١) رد المحتار (ابن عابدين): ٤٩/٤؛ وفتح القدير: ٥٢٨/٥؛ ومجمع الأنهر: ٢٣/٢.

وشروط خيار الوصف ثلاثة :

أولاً: أن يكون الوصف المشروط مباحاً شرعاً. فإذا كان حراماً لم يصح.
ثانياً: أن يكون الوصف مرغوباً فيه عادة. فإذا لم يكن مرغوباً فيه في
العرف ألغي الشرط وصح البيع ولا خيار.

ثالثاً: ألا يكون تحديد الوصف المرغوب فيه مؤدياً إلى جهالة مفضية إلى
المنازعة. فإن فعل فسد البيع والشرط كأن يشترط في البقرة الحلوب أن تحلب
كذا رطلاً يومياً، فهذا شرط فاسد لأنه لا يمكن ضبطه.

أحكام خيار الوصف :

١ - يورث خيار الوصف فلو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظهر
المبيع خالياً من ذلك الوصف، كان للوارث حق الفسخ.

٢ - إذا تصرف المشتري أو المستصنع الذي له خيار الوصف تصرف
المالك، بطل خياره، لأن تصرفه مشعر بالرضا.

٣ - إذا هلك المبيع في يد المشتري أو تعيب في يده فله الرجوع على
البائع بمقدار نقص المبيع بسبب فوات الوصف المرغوب فيه، ويعرف ذلك
بتقويم المبيع مع الوصف وبدون الوصف، ويضمن البائع الفرق بينهما^(١)،
ويظهر أن المستصنع إذا بنى في أرض المشتري وأخل بأوصاف لا يمكن تداركها
يعامل نفس معاملة هلاك المبيع أو تعيبه في يد المشتري، لأنه يتعذر على
المستصنع في هذه الحالة أن يفسخ البيع، ما دامت الأرض أرضه، ورد المصنوع
مستحيل، كما يمكن اعتبار الإخلال بالوصف عيباً من التغيرير بالوصف. ومذهب
أبي حنيفة لا يوجب إرجاع المعيب بل يرجع المشتري بنقصان قيمته إن كانت
أنقص مما اشتراه به^(٢).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته : ٥٢٢/٤ .

(٢) مدخل الفقه الإسلامي : ٣٨٣/١ .

خيار العيب

البيع المطلق من شرط البراءة من كل عيب يقتضي سلامة المبيع من العيب لأن الأصل هو السلامة وهي وصف مطلوب مرغوب عادة وعرفاً والمطلوب عادة كالمشروط نصاً^(١) ، فإذا لم تتوفر السلامة يتأثر العقد في لزومه وفي أصل حكمه .
وصفة حكم البيع لشيء معيب هو أنه يفيد أن الملك غير لازم، لأن سلامة البديلين مطلوبة عادة في عقد المعاوضة ، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتعامل انتفاعه إلاً بقيد السلامة لأنه لم يدفع الثمن إلاً ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة ولذلك كان العاقد بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده^(٢) .

مشروعية خيار العيب :

الأصل في مشروعية هذا الخيار أحاديث وردت عن رسول الله ﷺ منها :

١ - ما رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم عن عقبه بن عامر أن النبي ﷺ قال : «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلاً بيّنه له»^(٣) .

٢ - ما رواه مسلم وأبو داود والترمذي وأحمد عن أبي هريرة : أن النبي ﷺ مر برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول، فقال : «من غشنا فليس منا»^(٤) .

(١) مجمع الأنهر: ٤٠/٢ .

(٢) مجمع الأنهر: ٢٣/٢ ، ٤٠ ؛ الفقه الإسلامي وأدلته : ٣٥٥/٤ ؛ وفتح القدير : ٢/٦ ؛ والكاساني : ٢٧٤/٥ .

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني : ٢١١/٥ .

(٤) جامع الأصول : ٤١٩/١ ؛ ونيل الأوطار : ٢١٢/٥ .

٣ - ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ، قال: «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر»^(١).

٤ - وروي عن أحمد في مسنده (من اشترى شاة محفلة مصراة فهو بخير النظرين).

٥ - وقال الكاساني: الأصل في مشروعية هذا الخيار ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام». وفي رواية: «فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة، إن شاء أمسك وإن شاء رد ورد معها صاعاً من تمر». ثم قال: والنظران المذكوران هما نظر الإمساك والرد. وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت بل هو على الغالب المعتاد. والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري^(٢)، وجمهور الفقهاء يعتبرون تصرية الإبل والغنم تغريراً فعلياً في الوصف يوجب للمغرور خياراً في إبطال العقد ولو لم يصحبه غبن وهو من باب التغرير في الوصف^(٣).

العيوب الموجبة للخيار:

والعيوب الموجبة للخيار هو كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً. وما لا يوجب ذلك فلا يعتبر عيباً^(٤)، وذلك كالعمى والعمور والحوول والشلل والزمانة والحنف والصدف والجرد والجماح. قال الكاساني بعد أن ذكر عدة عيوب، والتعويل في هذا الباب على عرف التجار،

(١) مختصر مسلم رقم الحديث: ص ٩٢٨.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني: ٢٧٤/٥. محفلة: تجمع اللبن في ضرعها - مصراة: ترك حلبها حتى يجمع لبنها فيكثر بعد ربط اخلاف حلماتها.

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني: ٢٧٤/٥.

(٤) مجمع الأنهر: ٤١/٢؛ وفتح القدير: ٣/٦؛ وبدائع الصنائع، للكاساني: ٢٧٤/٥.

سواء كان يوجب نقصان جزء من المبيع أو تغييراً أو نقصاناً من حيث المعنى دون الصورة^(١).

شروط ثبوت الخيار :

١ - أن يكون العيب قديماً، لذلك يشترط ثبوت العيب عند البيع أو بعده وقبل التسليم. حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد.

٢ - ثبوت العيب عند المشتري بعد قبض المبيع، ولا يكتفي بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب.

٣ - جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأنه يكون راضياً به دلالة.

٤ - عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع، ولو شرط الخيار للمشتري. لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حقه.

٥ - أن لا يزول العيب قبل الفسخ.

٦ - أن لا يكون العيب طفيفاً يمكن إزالته دون مشقة، كالنجاسة في الثوب الذي لا يضره الغسل^(٢).

طرق إثبات العيب :

لا يمكن الوصول إلى معرفة أقسام العيوب لأن طريق إثبات العيب يختلف باختلاف العيب.

١ - عيب ظاهر مشاهد: كما إذا أحضر الصانع نعلًا أصغر من رجل المستصنع أو شباكاً من خشب أصغر من النافذة.

(١) بدائع الصنائع: ٢٧٨/٥؛ ومجمع الأنهر: ٤٥/٢ - ٤٧؛ والفتاوى الهندية: ٦٦/٣ -

٧٤؛ ورد المختار على الدر المختار: ٧٦/٤.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٧٨/٥.

٢ - عيب خفي لا يعرفه إلا أهل الذكر: سواء كان في مادة المصنوع أو في نوع الصنعة التي قام بها الصانع.

٣ - عيب لا يعرفه إلا النساء.

٤ - عيب لا يعرف بالمشاهدة وإنما يحتاج إلى التجربة والاختبار:

(أ) فإن كان مشاهداً فلا حاجة لتكليف القاضي المشتري بإقامة البيئة على وجود العيب عنده، لكونه ثابتاً بالمشاهدة والعيان وللمشتري حق خصومة البائع بسبب هذا العيب^(١).

(ب) أما إذا كان العيب باطنياً: لا يعرفه إلا أهل الذكر كالأمعاء والأطباء، فإنه يثبت لممارسة حق الخصومة بشهادة رجلين مسلمين منهم أو رجل عدل، وبعده تجري الخصومة عند القاضي على قاعدة: البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر.

(ج) أما إذا كان العيب مما لا يطلع عليه إلا النساء فيرجع القاضي إلى قول النساء، وهن أهل الذكر فيما لا يطلع عليه إلا هن. ولا يشترط العدد منهن بل يكفي بقبول امرأة واحدة عدل وثنان أحوط.

(د) أما العيب الذي ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف إلا بالتجربة فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وتجري الخصومة عند الإنكار على قاعدة: البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر^(٢).

كيفية الفسخ والرد:

إذا ظهر العيب في المشتري أو المصنوع فالمشتري بالخيار بين أمرين:

١ - إمضاء العقد، وفي هذه الحالة يلتزم بأداء العقد كاملاً.

(١) بدائع الصنائع: ٢٧٨/٥؛ ورد المحتار: ٩٢/٤.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٧٩/٥.

٢ - فسخه واسترداد الثمن إذا كان قد قدمه، وعليه أن يرد العين المعيبة إن كان قد استلمها^(١).

إذا كان المبيع في يد البائع، يفسخ البيع بقول المشتري ما يفيد الرد.
أما إذا كان في يد المشتري فلا يفسخ إلاً بقضاء القاضي أو بالتراضي عند الحنفية. وإذا رد المبيع انفسخ العقد^(٢).

مسقطات الخيار:

١ - الرضا بالعيب من المشتري.

٢ - التصرف في المبيع تصرفاً يدل على الرضا بالعيب كبيعه وهبته واستعماله بأي وجه من الوجوه، كلبس الثوب وركوب الدابة والسكنى في المنزل.

٣ - هلاك المعقود عليه قبل القبض لفوات المحل سواء كان الهلاك بأفة سماوية، أو باستعمال المشتري، كأكل الطعام، وقطع الثوب فيمنع الرد ويثبت للمشتري حق الرجوع على البائع بنقصان العيب^(٣).

٤ - نقصان المبيع يوجب إسقاط خيار العيب، سواء كان النقصان في المبيع قبل القبض أو بعده، وسواء كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري. وكل منها له حكم يعرف في كتب الفروع.

٥ - الزيادة في المبيع سواء كانت الزيادة منفصلة متولدة عن البيع، بعد القبض أو قبله، أو غير متولدة، أو كانت متصلة متولدة أو غير متولدة وكل نوع من هذه الأنواع له حكم يوجد في كتب الفروع^(٤).

(١) فتح القدير: ٢٢/٦ إلى ٢٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٨٢/٦؛ ورد المحتار على الدر المختار: ٨٦/٤ إلى ٩٤.

(٣) بدائع الصنائع: ٢٨٢/٦؛ ورد المحتار على الدر المختار: ٨٦/٤ إلى ٩٤.

(٤) بدائع الصنائع: ٨٢/٥ إلى ٨٤.

إِخْلَالُ الصَّانِعِ أَوِ الْمُسْتَصْنِعِ بِالنِّزَامَاتِ الْعَقْدِ

لقد ذكر في أول البحث أن المشهور عند الحنفية أن عقد الاستصناع عقد غير لازم. وأن أي خلل يطرأ يمنع الصانع من تنفيذ ما تعاقد عليه، فلكل واحد من الطرفين الخيار في فسخ العقد.

أما المتأخرون من الحنفية فقد اعتمدوا القول الذي يقول بلزوم العقد فإذا ظهرت موانع خارجية عن إرادة الصانع، كحرق المصنع، أو غرق السفينة، أو قطع علاقات مع بعض الدول الموردة للمادة الخام المطلوب صنعها، فالمستصنع هنا بالخيار إن شاء انتظر الصانع حتى يتمكن من الإنجاز، وإن شاء فسخ العقد.

أما إذا كانت الموانع ناشئة عن إرادة الصانع، كسوء التنظيم والعجز عن إدارة الحضيرة أو التقاعس في احترام المواعيد فإن هذا يسبب تأخيراً في إنجاز المشروع وضرراً مادياً يلحق المستصنع.

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

فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد الضروري لتعطل المعمل وعماله، وكذا لو تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته لتضرر المستصنع بخسارة وقد تكون فادحة... ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الصانع بتنفيذ التزامه الأصلي، لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة، ذلك الضرر الذي

يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاوناً منه أو امتناعاً .

وهذا ما ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه . ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي الشرط الجزائي^(١) .

وأصبح الشرط الجزائي متعارفاً بين الصناع وفي كل المقاولات وحافزاً قوياً يدفع الصناع على احترام المواعيد وخير معين على تنظيم سير الحركة الاقتصادية في كل بلد .

مفهوم الشرط الجزائي في القانون المدني :

الشرط الجزائي : هو اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه ، أو تأخر في تنفيذه^(٢) .

وقد فسر الزرقاء الشرط الجزائي بأنه اتفاق الناس على أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه^(٣) .

موقف الشريعة الإسلامية من الشرط الجزائي :

لقد جاءت في الشريعة الإسلامية نصوص من الكتاب والسنة في حرية التعاقد ، وفي رضائته المطلقة .

١ - أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(٤) .

وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ نَفْسٍ وَوَيْتَهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾^(٥) .

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير ،

(١) المدخل الفقهي العام : ٧١٤/٢ ، فقرة ٣٧٦ .

(٢) مجلة البحوث الإسلامية ، المجلد ١ ، العدد ٢ : ص ٦٢ .

(٣) المدخل الفقهي العام الجزء الثاني : ص ٧١٤ .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٥) سورة النساء : الآية ٤ .

أو استحلال شيء من حقوقه، إنما هو رضا صاحبه. إما على سبيل التجارة والتبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل عن طيب نفس واختيار^(١).

وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَآفُؤُوا بِالْعَهْدِ﴾^(٢).

وقوله تعالى: ﴿وَآفُؤُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَتْ مَسْئُولا﴾^(٣).

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن عقد الإنسان وتعهد الذي باشره بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، كي تتولد الثقة والاطمئنان إلى نتائج التعامل الاقتصادية^(٤).

٢ - أما السنّة: فقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «المسلمون على شروطهم»^(٥) وقال أيضاً: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٦). أي كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل، وذلك بأن يكون الشرط منافياً لقواعد الشريعة أو مقاصدها.

وثبت أيضاً في السنة العملية أن النبي عليه السلام اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بغيراً وشرط لجابر ظهره إلى المدينة أي أنه اشترط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل عليه إلى المدينة^(٧). قال ابن شبرمة: البيع جائز والشرط جائز^(٨).

(١) المدخل الفقهي العام: ٤٦٧/١.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

(٤) المدخل الفقهي العام: ٤٦٨/١.

(٥) رواه أبو داود والحاكم في المستدرک؛ وأحمد في البيع ورمز السيوطي في الجامع الصغير إلى صحته. وقد حسنه الترمذي وضعفه النسائي؛ وروى بطرق أخرى: المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك.

(٦) حديث صحيح أخرجه البزار في مسنده والطبراني في الكبير كلاهما عن ابن عباس واعتمده الفقهاء.

(٧) أخرجه الطبراني في معجمه الوسيط.

(٨) فتح القدير: ٧٦/٦.

وما روى في صحيح البخاري بسند عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرهه:
(ادخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال
شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه. وقال أيوب عن
ابن سيرين أن رجلاً باع طعاماً وقال إن لم آتك يوم الأربعاء فليس بيني وبينك بيع
فلم يجيء فقال شريح للمشتري أنت أخلفت، فقضى عليه^(١) .

وهذه كلها نصوص تدل دلالة واضحة على أن ما أطلقنا عليه شرطاً جزائياً
وهو الذي يجري اشتراطه في العقود هو شرط صحيح يجب الأخذ به ما لم يكن
هناك عذر في الإخلال بالالتزام به .

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري: ٢٦٢/٥ .

رأي الفقهاء المذاهب في حرية الشروط العقدية

ومن هنا نعلم أن هناك شروطاً تعتبر ميداناً لإرادة العاقدين أطلق فيها الشرع حرية إرادة المتعاقدين ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئياً. ويعتبر العقد المسمى قائماً بين الطرفين على أساسها.

وأن هناك من جهة أخرى شروطاً ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدين فيها لأنها تمس أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام.

رأي المذهب الحنبلي:

ويقول الزرقاء: وهذا هو مبنى الاجتهاد الحنبلي بحسب نصوص فقهاه المختلفة وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الإسلامية وأرحبها صدرأ بمبدأ سلطان الإرادة ويتفق جوهر نظريته فيه مع النظريات القانونية الحديثة في الفقه الأجنبي. ومثله مذهب شريح القاضي ومذهب عبد الله بن شبرمة الكوفي. وعلى هذا الرأي بعض فقهاء المذهب المالكي^(١).

رأي بقية المذاهب الأخرى:

أما الحنفية فإنهم وإن توسعوا في مفهوم الاستصناع وسايروا تطور الصناعات وال عمران وأجازوا استصناع السلعة على مذهب أبي يوسف، وعلى مذهبه استقر عمل الأحناف على القول بصحته وأدرجوه في مجلة الأحكام العثمانية وجرى عرف الناس في سائر الأمصار على العمل به وكأنه السبب الذي

(١) المدخل الفقهي العام: ٤٨٠/٢.

جعل الناس تؤمن بأن المذهب الحنفي قادر على التطور ويستجيب لمقتضيات الزمن وللمعاملات الحديثة... إلا أنه في الآن نفسه، وقف المذهب الحنفي أمام عقبة كأداء وهي الشروط الجديدة التي اقتضاها تطور الميدان الصناعي والمقاولات عموماً فليس للمتعاقدين في هذا المذهب أن يشترطوا من الشروط ما يخالف مقتضى العقد، وهي الأحكام الأساسية التي نص عليها الشرع مباشرة أو استنبطها الاجتهاد حفظاً للتوازن بين العاقدين في الحقوق.

وعلى نفس هذا الاتجاه نظر جمهور الفقهاء المالكية ثم الاجتهاد الشافعي^(١).

الغرامات فيما زاد على المدة المتفق عليها:

مما يجدر ذكره أن العقود والشروط والمعاملات في البنائيات وسائر الصناعات هي من الأمور العادية وليست من العبادات الشرعية التي تفتقر إلى دليل التشريع إذ الأصل في العقود هو رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجبه على نفسيهما بشرط أن يكون هذا العقد خالياً من كل ربا أو ما نص الشارع على تحريمه أو بطلانه، ووضع الغرامة فيما زاد على المدة المحدودة في المقاولات وبناء العمارات والفنادق والمؤسسات مما تعارفه المقاولون، وضبط ضبطاً محكماً في كراس الشروط، وهو جائز من الوجهة الشرعية حسب المذهب الحنبلي ومشهور مذهب شريح.

مشاكل كراسة الشروط وأسبابها:

إن هذه المشاكل إنما تحصل عند التطبيق لأن الساهرين على المقاولات في بعض البلدان حديثة العهد بهذه النظم التي أصبحت عالمية يغفلون عن التحري في إعداد التصاميم التي يجري على مقتضاها إنجاز العمل والتحري في المقايسة ودفتر الشروط وضبط حقوق كل طرف وواجباته وبيان كل جزئية قد يحتاج إليها المتعاقدان دفعاً لكل لبس أو سوء تأويل. مع العلم أن إعداد الملف

(١) المدخل الفقهي العام: ٤٧٦/١، فقرة ٢١٨.

فن خاص يحتاج إلى كفاءات كثيراً ما يتساهل المقاولون في إعداده فيكون ذلك سبباً في تشكيكات ونزاعات سواء فيما زاد على المدة المحدودة أو عدم تطبيق ما تعهد به المقاول.

والمعروف عند أهل الاختصاص أن إعداد ملف المقاوله هو المرآة الصادقة للمقاول الكفاء الذي يستطيع أن يقدم عملاً نظيفاً متقناً في آجاله، وتطبيق كل المواصفات التي اقتضاها العقد ووضع الأشياء في مواضعها، إلا أن الطمع في الربح الكثير هو الذي دفع كثيراً من البعيدين عن هذا الميدان إلى ولوج باب المقاولات فكانوا سبباً في إثارة خصومات ومنازعات شككت الناس في قيمة القوانين وصلوحتها.

خاتمة

هذا ما انتهيت إليه في بحثي عن الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر. فقد حاولت فيه أن أتعرض إلى بعض المقارنات بين مذاهب الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود المعمول به في المحاكم المدنية، حتى أتمكن من إبراز أوجه التقارب والتباين بين هذه الآراء في خصوص عقد الاستصناع وما اتصل به من عقود.

إن هذا العقد تطور كثيراً في هذا العصر وأخذ أبعاداً كثيرة، وكبيرة حتى صار من أكثر العقود انتشاراً في الحياة التجارية والصناعية، سواء في الميدان الداخلي أو الخارجي. وهذا ما فرض على الدول الإسلامية أن لا تكتفي بما وصلت إليه مجلة الأحكام العثمانية التي واكبت النهضة الصناعية إلى سنة ١٢٩٦هـ تاريخ صدورها ثم صدور الأمر السلطاني بلزوم العمل بها في كافة الدول الإسلامية.

ومن ذلك التاريخ أصبحت الأحكام المدنية تتطور في كل بلد، إذ تولدت أنواع من الحقوق لم تكن معهودة من قبل، كامتياز المؤلف والمخترع والملكية الأدبية والصناعية والاسم التجاري وتطور العلائق الاقتصادية، كما تطورت الطرق التجارية كتجارة التوصية والتأمين.

والحاجة إلى اعتبار الشروط العقدية التي يمنع منها الاجتهاد الحنفي المعمول به في مجلة الأحكام وازدياد الزمن قيمة في الحركة الاقتصادية حتى أصبح تأخر المستصنع في دفع الثمن أو تأخر الصانع في تسليم ما تعهد بصنعه مضرراً بالطرف الآخر، فوجب التفكير في مخرج لكل هذه الأمور وغيرها في نطاق الفقه الإسلامي من مجموع المذاهب الإسلامي.

كل ذلك اجتناباً لما جرى به العمل حتى الآن، إذ سارت كل دولة إسلامية حسب نظرة خاصة أو إقليمية، فعدّلت أو نسخت ما أمّلت عليها ظروفها ومصالحها التصرف فيه وصاغته في قوانين وضعية ربما خالفت الشريعة الإسلامية.

والذي ندعو إليه هو صياغة هذه القوانين الجديدة صياغة إسلامية عامة لا تلتزم مذهباً معيناً وتتماشى مع التطور وتلبي حاجات الناس الجديدة في هذا الزمن.

واعتقادنا أن «مجمع الفقه الإسلامي» هو المؤهل اليوم للاضطلاع بهذه المهمة، وذلك بتكوين لجنة أو لجان تنجز مثل هذا المقترح بالاعتماد على ما صدر عن المجامع الفقهية والهيئات الدينية من أحكام وقوانين وفتاوى في كل باب.

عسى ذلك أن يساعد المسلمين في عامة بلدانهم على الخروج من الحرج الذي يقعون فيه يومياً في معاملاتهم، ويصير مرجعاً يعتمدونه إذ يدلّهم على حكم الله تعالى فيما استجد أو يستجد من الأحداث.

الشيخ مصطفى كمال التازي

الاستِصْناع

تعريفه - تكييفه - حكمه - شروطه
أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية

إعداد

الدكتور سعود بن مسعود بن مساعد الشبيبي

قسم شريعة - كلية شريعة - جامعة أم القرى
مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا دَاوُدَ مِنَّا فَضْلًا يَجِبَالٌ أَوْبَىٰ مَعَهُ وَالظَّيْرُ وَالنَّارُ لَهُ الْحَدِيدُ ﴿١١﴾ أَنْ أَعْمَلَ سِنِينَ وَوَقَدَّرَ فِي السَّرْدِ وَأَعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿١٢﴾ ﴾ (١) .

وقال تعالى: ﴿ يَعْمَلُونَ لَكُمْ مَا يُشَاءُونَ مِنْ تَحْرِيْبٍ وَتَمَثِيْلٍ وَحِفَافٍ كَالْجَوَابِ وَقُدُورٍ رَاسِيْنَ أَعْمَلُوا أَلْ دَاوُدَ شُكْرًا وَقَلِيْلٌ مِّنْ عِبَادِي الشُّكُورُ ﴿١٣﴾ ﴾ (٢) .

وقال تعالى: ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِيُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ ﴿٨١﴾ ﴾ (٣) .

وقال تعالى: ﴿ وَصَوَّغُوكَ الْفُلُوكَ وَكَلَّمَآرَ عَلَيْهِمْ مَلَأَ مِنْ قُوْمِهِ سَخِرُوا مِنْهُ ﴾ (٤) .

* * *

مقدمة:

الدين الإسلامي دين كامل شامل لما يقوم به العباد تجاه ربهم من العبادات وما يحتاجون لأنفسهم من العادات والمعاملات قال تعالى: ﴿ أَيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِيْنَكُمْ وَأَتَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيْنًا ﴾ (٥) .

فالنصوص الشرعية، وقواعد الشريعة الإسلامية العامة، وما اشتملت عليه مقاصد الشارع من جلب المصالح، ودرء المفساد كقيلة بحل مشكلات البشرية

(١) سورة سبأ: الآية ١٠ - ١١ .

(٢) سورة سبأ: الآية ١٣ .

(٣) سورة الأنبياء: الآية ٨٠ .

(٤) سورة هود: الآية ٣٨ .

(٥) سورة المائدة: الآية ٣ .

كلها والدنيا بأسرها حلاً بعيداً عن الحرج والمشقة والعنت، ولذلك رأينا بعد كثرة صور المعاملات نتيجة للتعامل بين الدول الإسلامية، والانفتاح على الدول الغربية والشرقية أن المجامع الفقهية أثرت إثراء واسعاً بكثرة الأبحاث التي تطرحها لإيجاد حلول شرعية، وأحكام فقهية لأنواع التعامل المستجدة، وكذا في بعض الموضوعات القديمة التي اختلفت فيها وجهات نظر الفقهاء، وتباينت آراؤهم وحيث إن موضوع الاستصناع أحد الموضوعات التي طرحت للبحث في الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي أحببت الإسهام بجهد المقل والكتابة فيه والله أسأل أن يكون في هذا البحث ما يوضح بعض الأمور الغامضة وإيجاد الحلول المناسبة بعد التدارس مع علماء أجلاء، وباحثين فضلاء، وخبراء واقتصاديين يشتركون في إبداء الرأي مجتمعين وقد قسمت البحث إلى مقدمة وستة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول: في تعريف الاستصناع.

المبحث الثاني: في اعتبار الاستصناع عقداً أو وعداً.

المبحث الثالث: تكييف عقد الاستصناع على القول بأنه عقد.

المبحث الرابع: المذاهب الفقهية في حكم الاستصناع.

المبحث الخامس: في الشروط الجامعة والفارقة بينه وبين السلم.

المبحث السادس: في أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الاقتصادية.

أما الخاتمة فقد اشتملت على أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون في هذا البحث خدمة للإسلام والمسلمين.

المبحث الأول

تعريف الاستصناع

الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وحيث إن المعنى اللغوي هو الأصل للمعنى الاصطلاحي فلا بد من تقديمه عليه.

تعريف: الاستصناع في اللغة:

الاستصناع طلب الصنعة قال ابن منظور: (اصطنع فلان خاتماً إذا سأل الرجل أن يصنع له خاتماً. . واستصنع الشيء دعا إلى صنعه)^(١).

والصناعة هي حرفة الصانع، وعمله الصنعة والفاعل صانع^(٢).

وعليه فإن الاستصناع هو طلب عمل من الصانع ليعمل شيئاً لطلب الصنعة.

تعريف الاستصناع اصطلاحاً:

جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يرون أن الاستصناع قسم من أقسام السلم ولذلك يندرج في تعريفه.

أما الحنفية فقد جعلوه عقداً مستقلاً له اعتباره الذي يجعله متميزاً عن عقد السلم، وقد عرفوه بعدة تعريفات. منهم من عرفه بالرسم، ومنهم من عرفه بالحد.

(١) لسان العرب «صنع». وانظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط صنع.

(٢) الفيومي، المصباح المنير «صنع» والفيروزآبادي، القاموس المحيط «صنع».

قال الكاساني هو: (أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما: اعمل لي خفا، أو آنية من أديم، أو نحاس من عندك بثمان كذا، ويبين نوع ما يعمل، وقدره، وصفته، فيقول الصانع: نعم)^(١).

وقد ذكر بعضهم من صور الاستصناع وزاد بعض ما وجد في عصور المتأخرين كصناعة الزجاج والحديد؛ مما يدل دلالة واضحة على أن ذكر الصور عند المتقدمين على سبيل التمثيل لا الحصر.

وأما تعريفه بالحد فقد ذكروا له عدة تعريفات: منها ما نقله الكاساني عن بعض الفقهاء أنه:

(عقد مقاوله)^(٢)، ويرى بعضهم أنه (عقد على مبيع في الذمة)^(٣) ونقل عن آخرين قولهم: (عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل)^(٤).

أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرف فيها بـ: (عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً)^(٥).

ومن أمثله ما ذكر في المجلة (إذا قال شخص لآخر من أهل الصنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً)^(٦).

وعرفه من المعاصرين أستاذنا الدكتور أحمد أبو سنة ونقله عنه الدكتور عبد العزيز الخياط حيث قال: (أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده على وجه خاص)^(٧).

(١) بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦؛ وانظر مجلة الأحكام العدلية مادة «٣٨٨».

(٢) بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) مادة «١٢٤».

(٦) مادة «٣٨٨».

(٧) العرف والعادة ١٣٩، نظرية العرف ١١٧.

فقد ذكر في التعريف ما يفرق بين الاستصناع والإجارة على الصنع، فالمادة في الاستصناع والعمل من العامل.

أما الإجارة على العمل فالمادة من طالب الصنعة ولعل أوفى تعريف وأقربه إلى حقيقة الاستصناع ما ورد في رسالة عقد الاستصناع حيث عرفه المؤلف بقوله: (عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص)^(١)؛ وعلى هذا التعريف الذي اعتبره عقداً يخرج الوعد.

والقول بأنه على مبيع يخرج الإجارة إذ هي عقد على منافع مؤقتة.

والقول بأنه في الذمة يخرج البيع؛ إذ البيع مقبوض في المجلس؛ والاستصناع مطلوب صنعه في الذمة.

والقول بأنه شرط فيه العمل قيد احتراز به عن السلم؛ إذ أن السلم بيع آجل بعاجل، والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عند كثير من الفقهاء كما سيظهر فيما بعد.

والقول بأنه على وجه مخصوص، أي: جامع شرائط الاستصناع^(٢) التي ستذكر فيما بعد والله أعلم.

(١) بدران الكاسب: ص ٥٩.

(٢) بدران الكاسب: ص ٥٩ - ٦١.

المبحث الثاني في اعتبار الاستصناع عقداً أو وعداً؟

من أهم مباحث الاستصناع معرفة صفته هل هو عقد أو مجرد مواعدة؟ وللإجابة على هذا السؤال لا بد من تعريف العقد والوعد ويمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

* المطلب الأول: في العقد:

تعريف العقد في اللغة:

يأتي العقد في اللغة بمعنى الشد والربط مادته من باب ضرب يقال عقدت الحبل فانعقد، والعقدة: ما يمسكه ويشده ويوثقه، ومنه قيل عقدت البيع والحبل، والعهد يعقده.

وعقدت اليمين وعقدتها بالشد يد توكيداً، وعاقدته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته^(١).

تعريف العقد في الإصلاح:

(اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما بتنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج)^(٢).

وفي القرآن المجيد: ﴿يَتَّابِعُهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣).

(١) الفيومي، المصباح المنير، مادة «عقد»؛ والقاموس المحيط مادة «عقد».

(٢) سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي «العقد».

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

وجاء في التعريفات: (ربط أجزاء التصرفات بالإيجاب والقبول)^(١) .
 وجاء في مجلة الأحكام العدلية (التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو
 عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول)^(٢) .
 وقال السنهوري: (ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في
 المعقود عليه)^(٣) .
 فهو ليس مجرد الإيجاب والقبول ولا الارتباط وحده بل هو مجموع
 الثلاثة^(٤) .

* المطلب الثاني: في الوعد:

تعريف الوعد في اللغة:

يستعمل الوعد في الخير والشر، ويتعدى بنفسه، وبالباء، فيقال: وعده
 الخير وبالخير، وشرأ بالشر، وقد أسقطوا لفظ الخير والشر .
 وقالوا في الخير: وعده وعداً وعدة، وفي الشر وعده وعيداً فالمصدر فارق
 وأوعده إيعاداً وقالوا أوعده خيراً أو شرأ بالألف أيضاً^(٥) .

تعريف الوعد في الاصطلاح:

عرف الوعد في الاصطلاح بأنه (ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بإنفاذ
 ما يطلب منه)^(٦) .

(١) الجرجاني «المعقد» .

(٢) مادة «١٠٣» .

(٣) مصادر الحق: ٤٠/١، ٧٣ - ٧٥ .

(٤) سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي «العقد» .

(٥) الفيومي، المصباح المنير «وعد»؛ وانظر الفيروزآبادي: القاموس المحيط «وعد»، سعدي

أبو جيب: القاموس الفقهي «وعد» .

(٦) الموسوعة الفقهية: ٩١/٧ .

قال السنهوري هو: (ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال)^(١). وقد يقع الوعد على عقد أو عمل كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضاً أو ببناؤه داراً. وجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء^(٢).

ولكن الخطاب ذكر عن المالكية أربعة أقوال في القضاء بالوعد وذكر أن ابن رشد حكاها في كتاب جامع البيوع والعارية والعدة.

١ - فليل يقضى بها مطلقاً.

٢ - وقيل لا يقضى بها مطلقاً.

٣ - وقيل يقضى بها إن كانت على سبب دخل الموعود في السبب أو لم يدخل.

٤ - وقيل يقضى بها إن كان على سبب ودخل الموعود من أجل الوعد في السبب.

وبالمثال التالي يتضح الفرق بين القولين الأخيرين.

يعد شخص آخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج فهذا الوعد ملزم للواعد تزوج الموعود أو لم يتزوج على القول الثالث، وهو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعود قد تزوج على القول الرابع^(٣).

* المطلب الثالث: الفرق بين العقد والوعد:

هناك فرق كبير بين العقد والوعد عند من يقول بعدم القضاء بالوعد، فمن يقول بأن الاستصناع عقد يرتب عليه الأثر من حيث اللزوم، ومن ثم يرتب على ذلك الضمان وإلى هذا ذهب بعض الحنفية والمالكية في بعض أقوالهم.

(١) مصادر الحق: ٤٥/١.

(٢) المصدر السابق.

(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام: ص ١٥٤ - ١٥٥.

وأما من يقول بأن الوعد غير ملزم فلا يرتب عليه من الآثار غير أن على الواعدين الإثم في عدم الوفاء بالوعد.

من المعلوم أن الذين جعلوا الاستصناع عقداً مستقلاً هم الحنفية، فجعلوا له أركاناً وشروطاً تميزه عن غيره من العقود، وقد قسمت الكلام في هذا المطلب إلى فرعين.

الفرع الأول: في قول من اعتبر الاستصناع وعداً:

يرى الحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور أنه مجرد مواعدة وليس بعقد وأنه يتعقد بالمعاطاة إذا جاء به مفروغاً منه بعد ذلك^(١)، جاء في المبسوط: (وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وإنما يتعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً عنه)^(٢).

وقد فصل ابن عابدين في لزوم العقد وجوازه حسب المراحل التي يمر بها حيث قال:

(وأما صفته: فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل كالبيع بالخيار للمتابعين فإن لكل منهما الفسخ، وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء، وأما إذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره وللمستصنع الخيار هذا جواب ظاهر الرواية، وروى عنه ثبوته لهما وعن الثاني عدمه لهما والصحيح الأول)^(٣).

وقد أيدوا وجهة نظرهم بما يلي:

(١) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ والسرخسي، المبسوط: ١٣٩/١٢؛ وابن عابدين: ٢٢٤/٥.

(٢) السرخسي: ١٣٩/١٢.

(٣) حاشية رد المحتار: ٢٢٤/٥؛ وانظر الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٩/٦؛ والسيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ والموسوعة الفقهية: ٣٢٦/٣ - ٣٢٧.

١ - قالوا: إن الصانع له ألا يعمل وهذا لا يكون في العقود، إذ العقود ملزمة لمن دخل فيها، وذلك بخلاف السلم الذي يجبر فيه المسلم إليه بما التزم به.

٢ - إن المستصنع له الحق في عدم قبول ما يأتي به الصانع وله الرجوع أيضاً قبل تمام الصناعة أو رؤيتها وهذا يدل على أنه وعد لا عقد^(١).

جاء في حاشية رد المحتار: (ولكل منهما الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق)^(٢).

الفرع الثاني: قول من اعتبر الاستصناع عقداً:

يرى الإمام أبو يوسف وبعض المتأخرين أنه عقد. جاء في المبسوط (وعن أبي يوسف قال: إذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحساناً)^(٣).

وجاء في فتح القدير: (والصحيح من المذهب جوازه بيعاً)^(٤).

وقد أيدوا وجهة نظرهم بما يلي:

١ - إن في هذا القول دفع الضرر عن الصانع في إفساد أمتعته وآلاته فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة ولو قيل بثبوت الخيار لثبت الضرر^(٥).

٢ - الصانع يملك الدراهم بقبضها ويضمنها ولو كانت مواعدة لم يملكها^(٦).

٣ - إثبات خيار الرؤية فيه والمواعدة لا تلزم فلا حاجة لخيار الرؤية فيها^(٧).

(١) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ وانظر السرخسي، المبسوط: ١٣٩/١٢؛ والموسوعة الفقهية: ٣٢٧/٣.

(٢) ابن عابدين: ٢٢٤/٥.

(٣) السرخسي: ١٣٩/١٢؛ وانظر ابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٢٢٤/٥.

(٤) السيواسي: ٣٥٥/٥؛ وانظر السرخسي، المبسوط: ١٣٩/١٢.

(٥) السرخسي، المبسوط: ١٣٩/١٢.

(٦) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ وانظر بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦.

(٧) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ وانظر السرخسي، المبسوط: ١٣٩/١٢.

٤ - تجوزيه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه تعامل يؤيد أنه عقد إذ لو كان وعداً لجاز في الجميع^(١) .

٥ - أن محمداً رحمه الله ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة^(٢) .

٦ - وتسميته شراء حيث قال محمد: إذا رآه فهو بالخيار لأنه اشترى ما لم يره^(٣) فاعتباره شراء دليل على أنه عقد.

٧ - قالوا أيضاً يجري فيه التقاضي وإنما يتقاضى في الواجب لا الموعد^(٤) .

الترجيح:

بعد استعراض آراء الطرفين في اعتبار الاستصناع عقداً أو وعداً يتضح رجحان قول القائلين بأنه عقد؛ لقوة الأدلة بجانب ما ذكره الذين ذهبوا إلى أنه وعد وما أيدوا قولهم به من أقوال لا تقاوم أدلة الذين اعتبروه عقداً حيث إن ما ورد عنهم يعتبر آثاراً مترتبة على أنه وعد وليس هناك أدلة تؤيد قولهم هذا من ناحية، والناحية الأخرى أن القول بأنه وعد يترتب عليه كثير من الأضرار على الصانع والمستصنع فالصانع قد يتلف متاعه وأدواته ولا يجد من يرغبها بتلك الصفات التي طلبها المستصنع، والمستصنع أيضاً قد يتضرر بسبب مضي الوقت وعدم حصوله على حاجته ولا شك أن الشريعة الإسلامية من مبادئها الشرعية وقواعدها العامة مبدأ رفع الضرر ودفعه عن المكلفين مع ثبوت خيار الرؤية إذا ظهر أن المصنوع على خلاف الصفات التي طلبها الصانع.

(١) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ وانظر الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦.

(٢) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ وانظر السرخسي، المبسوط: ١٣٩/١٢؛ والكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦.

(٣) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦.

المبحث الثالث

تكييف الاستصناع على القول بأنه عقد

الذين قالوا بأن الاستصناع عقد اختلفوا في تكييفه إلى عدة أقوال:

- ١ - عقد على مبيع في الذمة^(١).
- ٢ - عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل^(٢).
- ٣ - إجارة^(٣).
- ٤ - إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم^(٤).
- ٥ - بيع عمل العين فيه تبع^(٥).
- ٦ - بيع عين لها علاقة بالذمة^(٦).

هذه جملة الأقوال التي اطلعت عليها عند الحنفية في تكييف عقد الاستصناع وقد أيد كل قوله ببعض الأدلة العقلية وإليك بيانها مع التعقيب عليها بمناقشة المخالفين وما رد به على المناقشة.

١ - الذين قالوا: إن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة أيدوا قولهم هذا بأن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي بها المستصنع لجاز، ولو

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٧؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٥/٢٢٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٧.

(٣) السرخسي، المبسوط: ١٢/١٣٩.

(٤) ابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٥/٢٢٤.

(٥) السرخسي، المبسوط: ١٢/١٣٩.

(٦) السرخسي، المبسوط: ١٢/١٣٩؛ والسنهوري، مصادر الحق: ٣/٣٨.

كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي^(١).

ونوقش هذا القول بأن هذا يجوز بعقد آخر وهو التعاطي بالتراضي وليس بالعقد الأول^(٢).

٢ - أما الذين قالوا بأن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. فقد أيدوا قولهم بأدلة عقلية منها.

(أ) إن الاستصناع هو طلب الصنع؛ فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه^(٣).

(ب) العقد على مبيع في الذمة يسمى سلفاً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسماء دليل على اختلاف المعاني في الأصل^(٤).

٣ - الذين قالوا بأن الاستصناع إجارة أيدوا قولهم بعدة أمور.

(أ) المعقود عليه هو العمل والعقد الذي قصد فيه العمل هو الإجارة.

(ب) الاستصناع اشتقاق من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والمادة فيه بمنزلة الآلة للعمل^(٥).

وقد نوقش هذا القول بأنه لو انعقد الاستصناع إجارة لأجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى^(٦).

وأجيب على هذا الاعتراض بأنه لا يجبر الصانع لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) السرخسي، المبسوط: ١٣٩/١٢.

(٦) ابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٢٢٤/٥.

عين له من قطع أديم أو غيره والإجارة تفسخ بهذا العذر ألا ترى أن الزارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته وكذا رب الأرض^(١) .

هذا الجواب مبني على التسليم بأنه لا يجبر على العمل ولكن على القول بإجباره على عمل ما التزمه فلا حاجة إلى ذلك .

ولكن فرق كثير من العلماء بين الإجارة والاستصناع بأمرين :

١ - الإجارة على الصنع المادة فيها من طالب الصناعة أما الاستصناع فالعمل والمادة من الصانع .

٢ - و فرق آخر بين الاستصناع والإجارة على الصنع بأنه في الإجارة المعقود عليه هو العمل أما في الاستصناع فالمعقود عليه هو العين الموصوفة في الذمة لا بيع العمل^(٢) .

٣ - الذين قالوا: إن المعقود عليه هو العمل والعين فيه تبع قالوا إن الاستصناع اشتقاق من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والأديم فيه بمنزلة الآلة للعمل^(٣) .

ورد على قولهم هذا بأن المعقود عليه المستصنع فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف ألا ترى أنه لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذه جاز^(٤) .

أما الذين قالوا: إن الاستصناع بيع عين لها علاقة بالذمة، فيرد عليهم عدة اعتراضات .

أولاً: إن تعريف بيع العين لا ينطبق على هذا العقد حيث إن العين كما ورد تعريفها في مجلة الأحكام العدلية: (الشيء المعين المشخص كبيت وحصان

(١) المصدر نفسه .

(٢) الموسوعة الفقهية: ٣/٣٢٦ .

(٣) السرخسي، المبسوط: ١٢/١٣٩ .

(٤) المصدر نفسه .

وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين فكلها أعيان^(١) .

وقد نقل سعدي أبو جيب تعريفه عن الحنفية بقوله عند الحنفية: (ما كان قائماً في ملك الإنسان من نقود وعروض)^(٢) .

وحيث إن المستصنع فيه بيع معدوم كما نص عليه جمهور الحنفية فلا يمكن أن يكون المعدوم عيناً فليس المستصنع موجوداً ولا مشخصاً بل معدوماً والمعدوم يتعلق بالذمة وما تعلق بالذمة فهو دين . جاء في مجلة الأحكام العدلية : (الدين ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر . والمقدار المعين من الدراهم أو من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز فكلها من قبيل الدين)^(٣) .

أما ما يرد بأن الوصف قد يجعل الموصوف عيناً فيناقش بأن الوصف قد يكون لشيء موجود فإذا وصف الموجود صيره عيناً أما في الاستصناع فالمستصنع معدوم ووصف المعدوم لا يصيره عيناً وإلا لصار المسلم فيه بعد الوصف عيناً ولا أعلم من قال بأن الوصف في المسلم فيه يصيره عيناً . وما وجد من فروق بين الاستصناع والسلم في الشروط لا يؤثر في تعلق كل منهما بالذمة حيث إنه من المعلوم أن الوصف يتعلق أحياناً بعين إن لم تكن العين موجودة كما في الاستصناع وإذا كان الشيء معدوماً فهو دين . ثم لو عدنا إلى تعريف الاستصناع لغة وهو طلب الصنعة وطلب الصنعة يكون لشيء مستقبل لا لشيء موجود .

وأيضاً يعترض على قولهم بأن المعقود عليه عين فيقال: إن المصنوع غير موجود في ملك البائع وبيع ما لم يملكه البائع إذا كان عيناً غير صحيح لما ورد في الحديث أن النبي ﷺ قال: «لا تبع ما ليس عندك»^(٤) ، أي ما ليس في ملكك وهذا في بيع الأعيان .

(١) مادة «١٥٩»؛ وانظر الباز شرح المجلة، مادة «١٥٩»، وعلي حيدر، شرح المجلة، مادة «١٥٩» .

(٢) القاموس الفقهي «عين» .

(٣) مادة «١٥٨» .

(٤) الترمذي، الجامع الصحيح: ٥٣٤/٣؛ والألباني، إرواء الغليل: ١٣٢/٥ .

أما الدين — المتعلق بالذمة — فيجوز بيعه وهذا مقتضى عقد السلم، فإنه بيع شيء غير مملوك وقت العقد.

ثم لو سلمنا أن عقد الاستصناع على عين في بعض صوره لقلنا: إنه موجود على غير الصفة المطلوبة بالاستصناع كأن توجد المادة فقط والمعقود عليه المادة مصنعة.

ثم هذا في صور قليلة بل قد تكاد تكون نادرة في عقود الاستصناع والغالب أن المادة لا تعين وأحياناً لا تكون موجودة وقت العقد بل توصف وصفاً تاماً ينفي الجهالة ولا توجد إلاً بعد العقد وبهذا الوصف تتعلق بالذمة وما تعلق بالذمة فهو الدين لا العين.

وهذا ما سيتم مناقشته وعرضه في المبحث الآتي عند عرض آراء الفقهاء في الاستصناع واعتبارهم له وما سأذكره من تكييف له وبالله التوفيق.

المبحث الرابع

المذاهب في حكم الاستصناع

* تقديم:

حاجة الإنسان تتعلق بما في يد غيره فيسدها بالشراء إن كانت أعياناً موجودة، ولكن ما هو موجود قد لا يسد حاجة الإنسان، فيطلب إحضار ما يحتاجه بصفات معينة وشروط خاصة، وقد يدفع الثمن حالاً ويأخذ المثل من مآلاً وذلك السلم كما هو معلوم بشروطه المعتمدة عند الفقهاء ومن أهمها دفع رأس مال السلم في مجلس العقد عن الجمهور أو تأخيره إلى ثلاثة أيام كما هو مشهور عن المالكية^(١) وسيأتي تفصيل ذلك في شروط السلم.

وإن وجد الحاجة ولم يجد المال أو لم يدفعه فهو البيع بالدين.

ولكن ما هو موجود في السوق قد لا يسد حاجة الإنسان ولا يشبع رغبته، وقد يخشى على ماله من الاستغلال والضياع فهل يوجد عند الفقهاء حل يتلاءم مع مقاصد الشارع ويسد رغبات المكلفين بدون حرج يلحقهم أو ضرر يتوقعونه؟

هذا ما سيكون بحثه فيما يأتي:

فلا شك أن عقد الاستصناع يعتبر أحد العقود التي ذكرها الفقهاء لسد حاجات الناس ولكنهم اختلفوا في تكييفه وشروطه اختلافاً بيناً فإذا دفع الثمن في

(١) مذهب المالكية لا يسعفه الدليل إذ هو من باب بيع الدين بالدين، وقد نهى النبي ﷺ عنه، وتلقت ذلك الأمة بالقبول كما في حديث: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». وما قالوه من أن المدة القصيرة بعد العقد كمجلس العقد يرد أن ما بعد العقد يخالف وقت العقد بدليل اعتبار ذلك في الربا.

مجلس العقد فلا إشكال، إذا كان المعقود عليه سلماً تحقق شرطه أو استصناعاً بشرط السلم ولا خلاف في الحكم ما دامت المعاني متفقة وإن دفع جزءاً من الثمن وأخر الباقي فما دفع ثمنه صحيح والخلاف فيما لم يدفع ثمنه بين الجواز والفساد.

ولكن ما هو حكم ما لم يدفع عوضه في المجلس مما يستصنع هل هو صحيح أو غير صحيح؟

جواب هذا السؤال سيكون بعرض آراء الفقهاء وأدلة كل على حدة ومناقشتها وبيان ما يرد على الأدلة من اعتراضات وشبه وبيان الرأي الذي يترجح حسب قوة أدلته واتفاقه مع مقاصد الشارع، وقد قسمت هذا المبحث إلى عدة مطالب:

* المطلب الأول: المذاهب في الاستصناع:

المذهب الأول: مذهب الجمهور:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى اعتبار الاستصناع قسماً من أقسام السلم تشترط فيه شروط السلم وإليك نصوصاً من كل مذهب تؤيد النسبة إليهم.

قال الحطاب: (قال في المدونة: من استصنع طستاً أو قلنسوة أو خفياً أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة فإن كان مضموناً إلى مثل أجل السلم ولم يشترط عمل رجل بعينه ولا شيئاً بعينه يعمله منه جاز إذا قدم رأس المال مكانه أو إلى يوم أو يومين فإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً لم يجز وصار ديناً بدين)^(١).

وجاء في المهذب: (يجوز السلم في كل ما يجوز بيعه، وتضبط

(١) مواهب الجليل: ٥٣٩/٤ - ٥٤٠؛ انظر الدردير، الشرح الصغير: ٢٨٧/٣؛ والصاوي على الشرح الصغير: ٢٨٧/٣؛ والدسوقي، حاشية الدسوقي: ١٩٥/٣.

صفاته^(١)، وعد بعض الأشياء التي يجوز السلم فيها ومنها المصنوعات حيث قال: (كالأثمان والحبوب... والفخار والحديد والرصاص والبلور والزجاج)^(٢)

وذكر النووي عند تعداد شروط السلم النص الآتي:

(الشرط الأول تسليم رأس المال في مجلس العقد فلو تفرقا قبل قبضه بطل العقد ولو تفرقا قبل قبض بعضه بطل فيما لم يقبض وسقط بقسطه من المسلم فيه)^(٣).

وجاء في الإنصاف: (فائدة: ذكر القاضي وأصحابه أنه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم)^(٤).

وجاء في الفروع: (وذكر القاضي وأصحابه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم)^(٥).

وجاء في فتح القدير: (الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف.. اصنع لي خفاً طوله كذا... ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه جاز استحساناً تبعاً للعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر)^(٦).

يتضح من هذه النصوص أن الجمهور يرون جواز الاستصناع بشروط السلم وإن اختلف المالكية وغيرهم في تجويز الثمن إلى ثلاثة أيام وسيزاد الأمر وضوحاً عند بيان شروط السلم.

(١) الشيرازي مع المجموع: ١٠٩/١٣.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) روضة الطالبين: ٣/٤؛ وانظر الرافعي، فتح العزيز: ٢٠٨/٩ - ٢٠٩؛ والمحلى، شرح المنهاج: ٢٤٥/٢.

(٤) المرادوي: ٣٠٠/٤.

(٥) ابن مفلح: ٢٤/٤.

(٦) السيواسي: ٣٥٥/٥؛ والكاساني، بدائع الصنائع: ١٦٧٨/٦.

أدلة الجمهور:

يمكن أن يستدل لهم بالأدلة الآتية:

١ - أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الكالء بالكالء». قال الحاكم عن أبي الوليد حسان: هو بيع النسبئة بالنسبئة. وروى البيهقي عن نافع قال: (هو بيع الدين بالدين)^(١).

٢ - أن النبي ﷺ قد نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان بقوله: «لا تبع ما ليس عندك»^(٢).

٣ - الإجماع، قال الإمام أحمد إجماع الناس على أنه (لا يجوز بيع دين بدين)^(٣).

وقال السبكي في تكملة المجموع: (وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز نقل ذلك عن ابن المنذر).

المذهب الثاني:

ذهب جمهور الحنفية إلى جواز الاستصناع سواء دفع الثمن في مجلس العقد، أو دفع جزء منه أو لم يدفع شيء منه وأخر كله أو بعضه إلى إحضار المستصنع، أو بعد إحضاره دفعة واحدة أو على دفعات، وإليك نصوصاً من كتبهم المعتمدة.

قال الكاساني: (أما جوازه فالقياس أن لا يجوز لأنه باع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك

(١) الزيلعي، نصب الرأفة: ٣٩/٤ - ٤٠؛ وابن حجر، تلخيص الحبير: ٢٩/٣ - ٣٠؛ والشوكاني، نيل الأوطار: ١٧٦/٥.

(٢) الترمذي، الجامع الصحيح: ٥٣٤/٣؛ وابن ماجه، السنن: ١٣/٢؛ والألباني، إرواء الغليل: ١٣٢/٥.

(٣) ابن حجر، تلخيص الحبير: ٢٩/٣؛ والبيهقي، السنن: ٢٩٠/٥.

في سائر الأعصار من غير تكبير والقياس يترك بالإجماع^(١) .

وقال المرغيناني: (وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيعاً لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً)^(٢) .

وقال في فتح القدير: (الاستصناع طلب الصنعة... ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه جاز استحساناً)^(٣) .

وجاء في العناية: (الاستصناع هو أن يجيء إلى صانع فيقول اصنع لي شيئاً... صورته كذا وقدره كذا بكذا درهماً ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم)^(٤) .

أدلة جمهور الحنفية:

يتفق جمهور الفقهاء الحنفية في جواز الاستصناع في الجملة ولكنهم يختلفون في الشروط فالجمهور يرون أنه يجوز بشرط تسليم الثمن في المجلس والحنفية لا يشترطون ذلك وإن أقاموا أدلة على جوازه حيث أن القياس لا يعجزه عندهم فهو عقد على معدوم وهذه جملة من أدلتهم على جوازه .

١ - عن نافع أن عبد الله حدثه: (أن النبي ﷺ اصطنع^(٥) خاتماً 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 فنبذ الناس)^(٦) .

(١) بدائع الصنائع: ١٦٧٨/٦ .

(٢) الهداية: ٣٥٥/٥ .

(٣) السيواسي: ٣٥٤/٥ - ٣٥٥ .

(٤) البابرني مع فتح القدير: ٣٥٤/٥ .

(٥) اصطنع أمر أن يصنع له كما تقول اكتب أمر أن يكتب له والطاء بدل من تاء الافتعال لأجل الصاد ابن الأثير النهاية في غريب الحديث «صنع» .

(٦) البخاري، الجامع الصحيح مع فتح الباري: ٣٢٥/١٠ .

٢ - عن أنس بن مالك رضي الله عنه (أنه رأى في يد رسول الله ﷺ خاتماً من وِرق يوماً واحداً، ثم إن الناس اصطنعوا الخواتيم من وِرق فلبسوها)^(١) .

٣ - عن أنس رضي الله عنه قال: (اصطنع رسول الله ﷺ خاتماً فقال إنا قد اصطنعنا خاتماً ونقشنا فيه نقشاً فلا ينقش أحد عليه)^(٢) .

٤ - بعث رسول الله ﷺ إلى فلانة امرأة قد سماها سهل أن مري غلامك النجار يعمل لي أعوداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس فأمرته أن يعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله ﷺ فأمر بها فوضعت فجلس عليه)^(٣) .

وفي رواية أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله ﷺ يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تقعد عليه؟ فإن لي غلاماً نجاراً قال: إن شئت فعملت له المنبر)^(٤) .

٥ - الإجماع العملي قالوا: إن الناس يتعاملون ذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا تكبير، وتعامل الناس من غير تكبير أصل من الأصول كبير لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٥) .

وقوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة فإذا رأيتم الاختلاف فعليكم بالسواد الأعظم»^(٦) .

(١) المصدر نفسه: ٣١٨/١٠ .

(٢) المصدر نفسه: ٢٢٤/١٠؛ وابن حنبل. المسند: ١٠١/٣ .

(٣) الجامع الصحيح: ٣١٩/٤ .

(٤) المصدر نفسه .

(٥) ابن حنبل، المسند: ٣٧٩/١؛ والزرکشي، المعبر: ص ٢٣٤ .

(٦) ابن ماجه، السنن: ١٣٠٣/٢، والزرکشي، المعبر: ص ٦١ - ٦٢ .

٦ - الاستحسان واستدلوا للاستحسان بعدة أدلة منها:

(أ) أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحمام^(١). مع أن مقدار عمل الحمام وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير معلوم وغير لازم عند أحد^(٢).

(ب) دخول الحمام بأجر جائز لتعامل الناس وإن كان مقدار المكث فيه وما يصب من الماء مجهولاً^(٣).

(ج) الشارع قد أعطى المعدوم حكم الموجود في مسائل كثيرة منها طهارة المستحاضة وناسي التسمية في الوضوء والذبيحة.

٧ - الحاجة تدعو إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى شيء من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة ولا يجده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج والشريعة قد تكفلت برفعه^(٤).

٨ - فيه معنى عقدين جائزين وهما السلم والإجارة ذلك أن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصانع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً^(٥).

مناقشة أدلة الجمهور:

يمكن مناقشة أدلة الجمهور بما يلي:

١ - قالوا في حديث النهي عن بيع الكالء بالكالء: إنه ضعيف حيث تفرد به موسى بن عبيدة الربذي وقد قال فيه الإمام أحمد: لا تحل الرواية عنه عندي، ولا أعرف هذا الحديث من غيره.

وقال أيضاً: ليس في هذا حديث يصح.

(١) البخاري، الجامع الصحيح: ٣٢٤/٤؛ والإمام أحمد بن حنبل، المسند: ١١١/٣.

(٢) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ والسرخسي، المبسوط: ١٣٨/١٢.

(٣) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ والسرخسي، المبسوط: ١٣٨/١٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٨/٦.

(٥) المصدر نفسه.

وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث. فإن قيل: يؤيده ما أخرجه الطبراني عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الكالء بكالء دين بدين».

قيل: إن في إسناده موسى المذكور فلا يصلح شاهداً^(١).

فإن قيل: صححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي^(٢).

قيل: إن ابن حجر قد ذكر وهم الحاكم في تصحيحه حيث قال: (وصححه الحاكم على شرط مسلم فوهم فإن رواه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة)^(٣).

فإن قيل: إن شعبة يروي عن موسى بن عبيدة قيل إن الإمام أحمد قال عنه: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه^(٤).

وأما من قال: بأن رواية موسى بن عقبة الثقة أحد رواة السنّة فقد أخطأ خطأ فاحشاً حيث نقل الحديث من الضعيف إلى القوي^(٥).

هذا جملة ما قيل في هذا الحديث من حيث الرواية فهو ضعيف السند في نظر علماء الحديث، والذي أوقع الحاكم في الخطأ فحكم بصحته^(٦) ما نقله الدارقطني: أن رواه موسى بن عقبة^(٧) وقد غلط في ذلك حيث هو من رواية موسى بن عبيدة الربذي.

هذا جملة ما قيل في هذا الحديث من ناحية ضعف سنده حيث تفرد به موسى بن عبيدة إلا أن الأمة اتفقت على الأخذ بمضمونه والاحتجاج به وإن كان بينهم خلاف في ما يتناوله ويصدق عليه^(٨).

(١) الشوكاني، نيل الأوطار ١٧٧/٥، وانظر ابن حجر، تلخيص الحبير: ٢٩/٣.

(٢) المستدرک: ٥٧/٢، وانظر الشوكاني، نيل الأوطار: ١٧٧/٥.

(٣) تلخيص الحبير: ٢٩/٣.

(٤) الزيلعي، نصب الراية: ٤٠/٤.

(٥) الألباني، إرواء الغليل: ٢٢٢/٥.

(٦) المستدرک: ٥٧/٢؛ وانظر نزيه حماد؛ بيع الكالء بالكالء: ص ٩.

(٧) السنن: ٧١/٣ - ٧٢.

(٨) نزيه حماد بيع الكالء بالكالء: ص ١٠.

ولا يخفى أن تلقي الأمة لهذا الحديث بالقبول يرفعه إلى رتبة الاحتجاج به في الأحكام ووجوب العمل به قال المواق: (تلقي الأمة هذا الحديث بالقبول يغني عن طلب الإسناد فيه كما قالوا في لا وصية لوارث)^(١) .

وحقيقته بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر^(٢) .

٢ - نوقش حديث: «لا تبع ما ليس عندك» من جهتين:

الأولى: جهة الإسناد حيث قيل إن ابن حزم نقل قول عبد الحق حيث قال في رواية عبد الله بن عصمة: إنه مجهول.

ولكن رد عليه بأن النسائي احتج به وقد روي من غير وجه عن حكيم بن حزام وصححه الترمذي وابن حبان والألباني^(٣) .

فردوا على من ضعف راويه فيكون صحيح الإسناد.

أما الجهة الثانية: فهي جهة المعنى حيث قالوا إن معنى ما ليس عندك أي ما ليس في ملكك^(٤) .

وأوضح بيان في مناقشته ما ذكره البغوي بقوله: (هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات فلو قبل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط، يجوز وإن لم يكن في ملكه حالة العقد)^(٥) .

(١) التاج والإكليل: ٤/٣٦٧؛ وانظر ابن حجر، تلخيص الحبير: ٣/١٠٦ .

(٢) ابن عرفة، شرح الحدود: ص ٢٥٢؛ وانظر المواق التاج والإكليل: ٤/٣٦٧ . وانظر نزيه حماد كمال حماد: بيع الكالء بالكالء: ص ١٤ .

(٣) ابن حجر، تلخيص الحبير: ٣/٥؛ وإرواء الغليل: ٥/١٣٢ .

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار: ٥/١٧٥ .

(٥) شرح السنة: ٨/١٤٠ - ١٤١ .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: (قول القائل بيع المعدوم لا يجوز ليس معه نص ولا إجماع إلا في بعض الصور كما أنه في بعض الصور لا يجوز بيع الموجود ولكن من أين له أن العلة كونه معدوماً ثم يقال له قد ثبت بالنص والإجماع... إجارة الظئر وهو عقد على ما لم يوجد بعد وكذلك الإجارة)^(١).

فظهر مما سبق أن المراد ما ليس مملوكاً لك في بيوع الأعيان وليس المراد ما كان معدوماً إذ المعدوم يعطى حكم الموجود في مسائل كثيرة منها ناسي التسمية عند الوضوء والذبح وطهارة المستحاضة ودائم الحدث وقراءة المأموم خلف الإمام... إلخ والعلة في المنع هي الغرر لا كونه معدوماً أو موجوداً ففي الصحيح عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الغرر»^(٢).

أما الإجماع الذي نقله الإمام أحمد فقد يناقش بما ورد عن الإمام نفسه حيث قال: (من ادعى الإجماع فهو كاذب لعل الناس اختلفوا ما يدره ولم ينته إليه فليقل: لا نعلم الناس اختلفوا... أو لم يبلغني ذلك)^(٣).

فيرد على هذه المناقشة بما وضعه ابن القيم رحمه الله حيث بين مراد الإمام أحمد من قوله هذا بأن مراد الإمام بذلك هو الرد على من يدعي الإجماع في المسألة؛ لأنه لم يجد ولم يعلم مخالفاً فيها ولا يقصد استبعاد وقوع الإجماع^(٤).

مناقشة أدلة الحنفية:

١ - قد يرد على ما ذكره من أن النبي ﷺ استصنع خاتماً من ذهب أولاً ثم اصطناعه الفضة بعد ذلك واتباع الصحابة له في ذلك احتمالان:

الإحتمال الأول: أنه لما كان من هديه ﷺ النهي عن بيع الدين بالدين

(١) نظرية العقد: ص ٢٣١.

(٢) مسلم، الجامع الصحيح مع النووي: ٣/٥.

(٣) انظر ابن القيم، إعلام الموقعين: ٣٠/١ و ٣١.

(٤) المصدر السابق.

يستحيل أن يطلب استصناع شيء ولا يدفع ثمنه في المجلس فيكون استصناعاً بشرط السلم وإذا كان الاستصناع بشرط السلم جاز عند الجميع .

ولكن قد يرد على هذا الاعتراض بأنه لو دفع الثمن لنقل ذلك ولم نجد أثراً في ذلك فيبقى الدليل محتملاً فيقال حينئذ: (النهي عن بيع الدين بالدين وما عليه من الإجماع عام ولعل استصناعه ﷺ واستصناع صحابته وما عليه الإجماع العملي الذي لم ينكر مخصص لذلك).

الاحتمال الثاني: قد يقال إن احتمال إتيان الرسول ﷺ وصحابته بالمادة المطلوبة صنعتهما من عندهم وارد وعلى ذلك يكون العقد إجارة لا استصناعاً. ولكن يرد هذا بأنه يبعد أن يأتي النبي ﷺ وصحابته بذلك من عندهم ولا ينقل ذلك حيث نقل ما هو أقل أهمية من هذا.

٢ - أما استدلالهم باستصناعه ﷺ المنبر فقد اعترض عليه بما ورد في صحيح البخاري أيضاً (أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله ﷺ: يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تقعد عليه؟ فإن لي غلاماً نجاراً قال: إن شئت. فعملت له المنبر)^(١).

ففي هذه الرواية أنها ابتدأت بالعرض تبرعاً منها وفي حديث سهل أن النبي ﷺ هو الذي أرسل إليها يطلب ذلك.

قال ابن حجر: (أجاب ابن بطال باحتمال أن تكون المرأة ابتدأت بالسؤال متبرعة بذلك فلما حصل لها القبول أمكن أن ييطيء الغلام بعمله فأرسل يستنجزها إتمامه لعلمه بطيب نفسها بما بذلته ويمكن إرساله إليها ليعرفها بصفة ما يصنعه الغلام من الأعواد وأن يكون ذلك منبراً .

ويحتمل أنه لما فوض إليها الأمر بقوله لها: (إن شئت كان ذلك سبب البطء لا أن الغلام كان شرع وأبطأ ولا أنه جهل الصفة وهذا أوجه الأوجه في نظري)^(٢).

(١) الجامع الصحيح: ٥٤٣/١ و ٥٤٤، ٣١٩/٤.

(٢) ابن حجر، فتح الباري: ٥٤٤/١.

٣ - أما الاستدلال بالاستحسان فقد يعترض عليه بما ورد عن الشافعي رضي الله عنه: (من استحسَن فقد شرع) أي وضع نفسه شرعاً من قبل نفسه^(١).

وقوله: (أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة: ليس فيها نص خير ولا قياس، وقال: استحسَن فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه فيقول كل حاكم في بلد ومفتٍ بما يستحسن، فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا)^(٢).

ولكن هذا الاعتراض يناقش بما ذكره الخلاف حيث قال: (إن المختلفين في الاستحسان لم يحرروا موضع النزاع واختلافهم هو اختلاف ظاهري لفظي لا حقيقي)^(٣).

وقد أوضح الشاطبي قاعدة الاستحسان أوفى توضيح بقوله: (هو في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس فإن من استحسَن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك وكثير ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي والحاجي مع التكميلي فيكون إجراء القياس مطلقاً في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارد فيستثنى موضع الحرج وكذلك في الحاجي مع التكميلي أو الضروري مع التكميلي وهو ظاهر وله في الشرع أمثلة)^(٤).

وعلى ذلك يكون الاستصناع جائزاً وقد عدل فيه عن مثل ما حكم به في نظائره إلى خلافه لوجه هو أقوى^(٥).

(١) المحلى، شرح جمع الجوامع: ٣٥٣/٢.

(٢) الشافعي، الأم: ٢٧٣/٧؛ وانظر الرسالة: ٦٩ و ٧٠.

(٣) مصادر التشريع الإسلامي: ص ٨١.

(٤) الموافقات: ٤/١١٦ و ١١٧؛ وانظر ابن قدامة، روضة الناظر: ٨/٥.

(٥) انظر الفتاوي، التلويح: ٨١/٢؛ وانظر ابن قدامة، روضة الناظر: ص ٨٥.

والحق أنه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع إذ ليس النزاع في التسمية لأنه اصطلاح^(١).

ولذلك نقل عن الشافعي أنه قال بالاستحسان في عدة مواضع مثل التحليف على المصحف والخط والكتابة^(٢) وقال: (ولا يفتي بالاستحسان إذا لم يكن الاستحسان واجباً)^(٣).

٤ - استدلالهم بأن الحاجة تدعو إليه قد يرد على هذا بأن الحاجة العامة معتبرة بمنزلة الضرورة في حق آحاد الناس، ومعلوم أن الضرورة مقيدة بعدة قيود منها أن ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها^(٤) ومنها أن ما جاز لعذر بطل بزواله^(٥).

وحيث إن البدائل عن عقد الاستصناع بهذه الصفة لم تعدم فتسليم رأس المال يقوم مقامه ولا حاجة إليه حينئذٍ لأنه يبيع دين بدين وحيث قد وجد البديل فلا حاجة ولكن يناقش هذا الاعتراض بما هو معلوم أن الحاجة إذا وجدت أثبت الحكم في حق من ليست له حاجة كالسلم واقتناء كلب الصيد والماشية والحاجة إلى الاستصناع قائمة بل قد ترقى عن مستوى الحاجيات إذ أن تسليم رأس المال في مجلس العقد فيه من المخاطر الشيء الكثير الذي قد يجعل المستصنع في جهد ومشقة بحيث يخشى على ماله المدفوع من الإنكار والغش في المصنوع وقد تعددت سبل الاحتيال والتزوير والغش في المصنوع مما يجعل المال في خطر، وقد يسبب لصاحبه حرجاً ومشقة. والاستصناع بدون دفع الثمن يكفيه شر هذه المخاطر.

٥ - القول بأن الاستصناع في معنى عقدين جائزين وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً فقد يعترض عليه بأن جمع عقدين بعوض واحد

(١) التفتازاني، التلويح: ٨/٢.

(٢) السبكي، جمع الجوامع: ٣٥٤/٢.

(٣) الشافعي الأم: ٢٧٠/٧ و ٢٧١.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر: ص ٩٣؛ وانظر ابن نجيم الأشباه والنظائر: ص ٨٥.

(٥) المصدران السابقان.

لا يصح لأن المبيع يضمن بمجرد البيع والإجارة بخلاف ذلك فاختلف حكمهما سبب بطلانهما .

ولكن يرد على هذا الاعتراض بأن اختلاف العقدين في بعض الأحكام لا يؤثر على صحة العقد فإن من باع قسماً له في شيء مع ملك له خاص يصح مع اختلاف حكمهما في وجوب الشفعة في الشخص دون الآخر فكذلك هنا حيث صدر العقد من أهله في محله فصح .

الترجيح:

بعد عرض الآراء في الاستصناع يتضح أن الاعتراض عليه ينحصر في حالتين:

أحدهما أنه بيع معدوم، فقد أظهر عرض الأدلة والمناقشة والاعتراضات والرد عليها رجحان من أجازته مع أنه معدوم حال العقد وأن القول بعدم جواز بيع المعدوم ضعيف بل واه . وقد سبق استعراض كل ما ورد في هذا المعنى .

أما الجانب الثاني الذي ظل فيه النقاش والأخذ والرد والاستدلال فلا يزال النزاع قوياً والأدلة متقاربة، إذ إن تكييف العقد واعتباره من بيوع الدين والاستدلال ومناقشة الأدلة أظهر أن أدلة كل من الطرفين قوية وكثير الاعتراضات والمناقشة مردودة بمثلها ولكن الباحث لا بد له من النظر في الأدلة مجتمعة على ضوء مقاصد الشارع في المعاملات وما اشتملت عليه الشريعة الإسلامية من رفع للحرَج والمشقة فالنصوص الشرعية متضافرة في رفع العنت والحرَج قال تعالى:

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾^(١) .

وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾^(٢) .

وقول الرسول ﷺ لمعاذ وأبي موسى: «يسرا ولا تعسرا، وبشرا ولا تنفرا»^(٣) .

(١) سورة الحج: الآية ٧٨ .

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٥ .

(٣) البخاري، الجامع الصحيح مع الفتح: ٥٢٤/١٠ .

وهو ﷺ: «ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه»^(١).

ولا شك أن الاستصناع من الأمور الحاجية والملحة لفئات كثيرة من الناس وعناية الشارع بالحاجيات تقارب عنايته بالضروريات وقد ذكر العلماء أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة^(٢).

فيستثنى موضع الحرج والمشقة ويقال بجواز الاستصناع بدون شرط السلم حيث أن إجراء القياس مطلقاً.. يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض مواردہ ولو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى ذلك إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه^(٣) وحيث إن النهي عن بيع الدين بالدين عام فيخصص بالحاجة ويقال بجوازه أخذاً بمبدأ التيسير الذي اشتملت عليه الشريعة في مواردہا، وما ورد من أدلة خاصة كاستصناعه ﷺ واستصناع صحابته من بعده وما بعدهم من القرون قرناً بعد قرن وجيلاً بعد جيل إلى يومنا هذا.

فواقع التعامل قديماً وحديثاً سواء كان على مستوى الحكومات، أم على مستوى الشركات والمؤسسات، أم على مستوى الأفراد لا يدفع فيه الثمن، وقد يدفع جزء منه حالة العقد، والباقي على أقساط كما في استصناع المباني، وقد يؤخر الثمن حتى تسلم السلعة المطلوب صناعتها.

ومما يؤيد ترجيح هذا الرأي النظر إلى سبل الاحتيال في الحصول على الأموال، وتعدد طرق الغش الذي نشأ عن هبوط القيم والأخلاق نتيجة للاحتكاك مع مجتمعات لا هم لها إلا الحصول على المال بأي وسيلة من الوسائل، وتحت

(١) البخاري، الجامع الصحيح: ٩٣/١.

(٢) المراد بالخصوص طائفة معينة من الناس كأهل بلد أو حرفة معينة من عمال أو زراع أو صناع أو أطباء وأمثالهم من أهل المهن والحرف والصناعات.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات: ١١٦/٤ و ١١٧.

ستار أي عقد من العقود، ولا شك أن عدم دفع الثمن عند العقد فيه حماية للمستصنع كما أنه سبب لإتقان الصانع صنعته، وحرصه الشديد على مطابقتها للمواصفات والمقاييس مطابقة تامة بعيدة عن الغش والاحتيال. أما لو دفع الثمن أو جزء كبير منه فقد يكون ذلك سبباً من أسباب الضغط على المستصنع في تسلم المصنوع ولو خالف شروطه، لا سيما إذا لاحظنا ما يترتب على عدم التسلم من رفع الدعوى على الصانع، وأجور المحاماة، وما يسببه ذلك من حرج ومشقة، وكثيراً ما تبدل الحكومات التي طلب الصنع منها أو في عهدتها فيؤثر ذلك على التجارة فكم صودرت أموال لأفراد كانوا يتعاملون مع آخرين في ظل حكومة معينة فلما تغيرت تلك الحكومة صودرت تلك الممتلكات، بل إن الأمر يصل إلى أبعد من ذلك حيث إن سياسة الحكومات تتغير حسب مصالحها وكم عاصرنا وسمعنا عن أموال تحتجز بعد شحنها في السفن أو الطائرات لأن تلك الدولة المصدرة تغيرت سياستها أو مصالحها مع الدولة الطالبة.

وعليه فإن حاجة التجار وطالبي المصنوعات ومن يحتاجون إلى استصناع المباني والعمارات والمواد الغذائية والملابس والأدوات الحربية... إلخ ما يحتاجه الناس في استعمالاتهم المشروعة يؤيد القول بجواز الاستصناع سواء دفع رأس المال أو دفع جزء منه أو لم يدفع منه شيء وهذا القول مؤيد إضافة إلى ما سبق ذكره بمقاصد الشارع في المعاملات وما اشتملت عليه الشريعة الإسلامية من قواعد كلية لدفع الضرر وجلب المصالح وإنزال الحاجة العامة أو الخاصة منزلة الضرورة.

وبعد هذا العرض والترجيح أقول إن دفع رأس المال في المجلس أحوط وأسلم خروجاً من الخلاف وقد يرتفع بطلب المستصنع بعض الضمانات لتوثقة ماله كالرهن، والضامن، والكفيل أو يلجأ إلى الضمانات البنكية المعروفة. والله أعلم.

المبحث الخامس

الشروط الجامعة والفارقة بين السلم والاستصناع

لكل عقد من العقود شروط تتوقف عليها صحته ونفاذه، والسلم والاستصناع من عقود المعاوضات المالية لهما شروط تميزها عن غيرهما.

ونظرة شاملة إلى المذاهب الفقهية في عقد السلم والاستصناع، والاعتبار الذي جعله الفقهاء لكل منهما تبيين أن الجمهور جعلوا الاستصناع قسم من أقسام السلم؛ تشترط له شروطه ولذلك كان ذكرهم لأحكام الاستصناع ضمن أحكام السلم، وإن كان بينهم اختلاف في شروط السلم. والذي أرى أنه لا بد من ذكر شروط السلم عند الجميع سواء المتفق عليها والمختلف فيها حتى يكون القاريء على صلة قريبة باستدكارها، وبعد ذلك أذكر شروط الاستصناع عند الحنفية، وأبين أوجه الاتفاق بين العقدين، وأوجه الاختلاف. ويمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: شروط السلم:

تقرر فيما سبق أن الجمهور يرون أن الاستصناع قسم من أقسام السلم يلزم توفر شروطه له.

وقد ذكروا للسلم شروطاً: بعضها محل اتفاق عندهم، وبعضها محل اختلاف بينهم، وإليك بيانها:

١ - ألا يجمع البدلين أحد وصفي علة ربا الفضل^(١)؛ لأن المسلم فيه مؤجل

(١) في الموزونات يجوز إسلام الذهب والفضة مع كونهما موزونين لحاجة الناس إلى ذلك وإلا لانسد باب السلم في الموزونات غالباً.

في الذمة، فإذا جمعه مع رأس المال أحد وصفي علة ربا الفضل تحقق ربا النساء. والعقد الذي فيه ربا فاسد باتفاق الفقهاء^(١).

٢ - أن يكون العقد باتاً عارياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما؛ ذلك لأن الخيار في السلم يجعل بين العاقدين علة بعد التفرق، والسلم يشترط فيه ألا يبقى بين العاقدين علة بدليل اشتراط القبض في مجلس العقد^(٢).

٣ - أن يكون المسلم فيه معلوماً، وذلك بمعرفة جنسه، ونوعه، وصفته، وقدره^(٣). فلا بد من معرفة جنس المسلم فيه ونوعه ومقداره بمعيار معلوم عند العامة حتى يمكن تسليمه من غير تنازع، ولا بد من بيان الصفات التي تؤثر في القيمة كالجودة والرداءة، وزاد بعضهم وجوب بيان الصفات التي تختلف بها الرغبات كاللون مثلاً^(٤). وهل يشترط بيان بلد المسلم فيه؟ خلاف الظاهر وجوبه.

٤ - بيان جنس رأس المال، ونوعه، وصفته، وقدره، لأنه لا يؤمن فسخ السلم لسبب من الأسباب المحيضة للفسخ، فواجب معرفة رأس ماله ليرد بدله^(٥)، ويجوز أن يكون رأس المال منفعة كأن يسلم إليه داراً ليسكنها في شيء في الذمة بشرط قبض الدار في المجلس، لأنه الممكن في قبض المنفعة^(٦).

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٢١٤/٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع: ٣١٤٧/٧؛ نظام الدين وجماعة، الفتاوي الهندية: ١٨٧/٣.

(٣) البهوتي، كشاف القناع: ٢٩٧/٣؛ النووي روضة الطالبين: ١٤/٤؛ الكاساني بدائع

الصنائع: ٣١٦٢/٧؛ الدردير، الشرح الصغير: ٢٧٦/٣؛ المرتضى، الأزهار: ١٧١.

(٤) الدردير، الشرح الكبير: ١٨٧/٣.

(٥) نظام الدين وجماعة، الفتاوي الهندية: ١٧٨/٣؛ البابر تي شرح العناية: ٣٤٤/٥؛

الكاساني، بدائع الصنائع: ٣١٤٨/٧؛ البهوتي، شرح المنتهى: ٢٢١/٢، ولا يرى

الشافعية حاجة لمعرفة رأس المال في السلم، لأنه من شروط البيع في الذمة انظر

قليوبي، حاشية مع المنهاج: ٢٤٥/٢.

(٦) النووي، المنهاج: ٢٤٦/٢.

٥ - تسليم رأس مال السلم في مجلس العقد قبل الافتراق؛ لثلا يصير بيع دين بدين - سواء كان هذا القبض حقيقياً أو حكماً - فإن تفرقا قبل قبضه بطل العقد، أو بعد قبض بعضه بطل فيما لم يقبض، وسقط بقسطه من المسلم، وضح فيما قبض^(١). إلا أن المالكية فصلوا في هذا الشرط واختلفوا في مسائل منه، وقد حقق الدسوقي ذلك بقوله: (حاصل ما في المقام أنه إذا أحر رأس المال عن ثلاثة أيام فإن كان التأخير بشرط فسد السلم اتفاقاً كان التأخير كثيراً جداً. أو لم يكن كثيراً جداً. وإن كان التأخير بلا شرط فتولان في المدونة لمالك بفساد السلم وعدم فساده. إن محل الخلاف إذا كانت بلا شرط وإلا فسد العقد اتفاقاً)^(٢).

٦ - أن يؤجل المسلم فيه بأجل معلوم فالنبي ﷺ قد أمر بالأجل في حديث: «من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»^(٣). والأمر يقتضي الوجوب حيث أمر بذلك مبيناً لشروط السلم، ومانعاً منه بدونها^(٤) وعليه يرون أن يكون للأجل تأثير ووقع في الثمن عادة، ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن وإن اختلفوا في تقدير المدة التي لها وقع في الثمن: فمنهم من يرى أن أقلها شهر، وعليه الفتوى عند الحنفية. ومنهم من يرى أن النصف كاف ويرى الزيدية أن أقل مدة ثلاثة أيام^(٥) والاعتبار بماله وقع في الثمن؛ لأنه عقد شرع للرفق فلا يتحقق بما لا رفق فيه. غير أنهم اختلفوا في السلم الحال فمنهم من يرى

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٣١٥/٧؛ نظام الدين، الفتاوى الهندية: ١٧٩/٣؛ البهوتي،

شرح المنتهى: ٢٢١/٢؛ النووي، روضة الطالبين: ٣/٤؛ المرتضى، الأزهار: ١٧٢.

(٢) حاشية: ١٧٦/٣؛ وانظر المواق، التاج والإكليل: ٥١٤/٤.

(٣) البخاري، الجامع الصحيح مع فتح الباري: ٤٣٤/٤.

(٤) الدردير، الشرح الصغير: ٢٧٣/٣؛ والشرح الكبير: ١٨٥/٣؛ البهوتي كشاف القناع:

٢٩٩/٣؛ شرح المنتهى: ٢١٨/٢؛ نظام الدين وجماعة، الفتاوى الهندية: ١٨٠/٣؛

الفرغاني، شرح العناية: ٣٤٤/٥.

(٥) المرتضى، الأزهار: ص ١٧٢.

عدم صحته ومنهم من يرى صحته كالشافعي وابن المنذر^(١) . قال النووي: (يصح السلم في الحال كالمؤجل فإن صرح بحلول أو تأجيل فذاك وإن أطلق فوجهان وقيل: قولان أصحهما عند الجمهور يصح ويكون حالاً والثاني لا ينعقد^(٢) . والذي يظهر أن اشتراط الأجل متوجه .

٧ - أن يوجد المسلم فيه عند حلول أجله غالباً، ولا يضر انقطاعه قبل حلول الأجل إذا وجد عنده، ولا يشترط وجوده في جميع الأجل سواء كان موجوداً عند العقد أم معدوماً. فإن كان لا يوجد وقت حلوله أو لا يوجد إلا نادراً لم يصح؛ لأنه لا يمكن تسليمه غالباً عند وجوبه أشبه ببيع الآبق^(٣) .

٨ - بيان موضع تسليم المسلم فيه شرط إن كان موضع العقد غير صالح للتسليم أو كان لحمله مؤونة قطعاً للنزاع بين العاقدين، ولأنه يكون مجهولاً إذ ليس بعض الأماكن بأولى من بعض للتسليم فوجب تعيينه^(٤) . أما إذا لم يكن الأمر كذلك فما عليه الفتوى عند الشافعية اشتراطه مطلقاً^(٥) .

٩ - يرى الحنفية أنه يشترط في عقد السلم أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين حتى لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير^(٦) .

(١) ابن قدامة، المغني: ٤/٣٢١.

(٢) روضة الطالبين: ٤/٦.

(٣) الدردير، الشرح الكبير: ٣/١٩٠؛ الشرح الصغير: ٣/٢٨٠؛ المواق، التاج والإكليل: ٤/٥١٤؛ نظام الدين وجماعة، الفتاوى الهندية: ٣/١٨٠؛ البآبرتي، شرح العناية: ٥/٣٤٠٤؛ البهوتي، كشاف القناع: ٣/٣٠٣؛ النووي، روضة الطالبين: ٤/١١؛ المرتضى، الأزهار: ص ١٧٢.

(٤) البهوتي، كشاف القناع: ٣/٣٠٤؛ وشرح منتهى الإرادات: ٢/٢٢١؛ النووي، روضة الطالبين: ٤/١١.

(٥) الرافعي، فتح العزيز: ٩/٢٠٨؛ النووي، روضة الطالبين: ٤/١١؛ عميرة، حاشية: ٢/٢٤٥.

(٦) نظام الدين وجماعة، الفتاوى الهندية: ٣/١٨٠.

١٠ - أن يسلم في ذمة^(١) ولم يشترطه أكثر الفقهاء استغناء عنه بذكر الأجل؛ إذ المؤجل لا يكون إلا في ذمة فلا يصح السلم في عين كشجرة ثابتة ونحوها، لأنه يمكن بيعها في الحال فلا حاجة إلى السلم فيما هو موجود^(٢).

* المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالاستصناع عند الحنفية:

ذكرت فيما سبق أن الجمهور يرون أن عقد الاستصناع قسم من أقسام السلم؛ ولذلك يعتبر شروط السلم شروطاً له، وأن الحنفية هم الذين يفرقون بينهما، ويرون لكل حقيقته، وشروطه، وإليك بيان شروط الاستصناع عندهم:

١ - العلم بالمصنوع، وذلك ببيان جنسه، ونوعه، وقدره، وصفته، لأنه لا يصير معلوماً بدون ذلك^(٣) وعليه يجب بيان كل ما يؤثر في الثمن والرغبات بياناً يحول دون النزاع حين التسليم^(٤).

أن يكون المستصنع مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد، والنحاس، والرصاص، والزجاج، والخفاف، والسلاح، ونحو ذلك.

ولا يجوز في الثياب، لأن القياس يأبى جوازه؛ وإنما جاز استحساناً لتعامل الناس، ولا تعامل لهم في الثياب، فيثبت جوازه فيما لهم فيه تعامل ويبقى ما عداه موكولاً إلى القياس، فإن حصل فيما ليس للناس فيه تعامل كان سلباً، واشترطت له شروط السلم من قبض الثمن، وذكر الأجل... إلخ^(٥).

(١) الدردير، الشرح الكبير: ١٨٩/٣.

(٢) البهوتي، شرح المنهجي: ٢٢١/٢؛ الدردير، الشرح الكبير: ١٨٩/٣.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع: ٢٦٧٨/٦؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٢٢٣٥/٥ ونظام الدين وجماعة، الفتاوى الهندية: ٢٠٧/٣.

(٤) عبد السميع المصري، التجارة في الإسلام: ص ٨٨.

(٥) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٣/٥ ونظام الدين وجماعة، الفتاوى الهندية: ٢٠٧/٣؛ والسنهوري، مصادر الحق: ٣٨/٣، ٣٩.

ومعلوم أنهم عللوا ذلك بتعامل الناس وما كان كذلك يتغير بتغير التعامل فمعلوم أن الأحكام التي تبنى على العرف تتغير بتغيره كالحرز والنفقة، تتغير حسب العرف، وقد اتضح لك فيما سبق أنهم ذكروا الأشياء التي يصح فيها التعامل على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، فإذا جرى التعامل بشيء آخر لم يكن يتعامل ثبت له الحكم، وكذلك لو تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل كاستصناع الثياب في عصرنا الحاضر، وغيرها كالطائرات والسيارات، وأدوات الإنارة، والمعامل التحليلية، والمصانع، والسفن، وآلات الكتابة والتصوير إلى آخر ما توصلت إليه العقول البشرية كسفن الفضاء، والأقمار الصناعية يجوز استصناعها إذا أمكن ضبطها على وجه تنتفي المنازعة معه فكما هو معلوم أن الأشياء التي يجيزها الشارع في الجملة ولم يكن فيه ولا في لغة العرب ما يحددها يرجع في تحديدها إلى العرف وتتغير بتغيره. والله أعلم.

٣ - ألا يكون مؤجلاً^(١) إلى أجل يصح معه السلم، وإن اختلفوا في تحديده كما سبق، فيكون الاستصناع صحيحاً إذا خلا عن الأجل، أو كانت مدته دون مدة عقد السلم، وقد خالف أبا حنيفة صاحبه فيما ضرب له أجل، فقال الإمام: هو سلم تشتترط له شروطه، وقالوا هو استصناع على كل حال.

ووجه قول أبي حنيفة أنه إذا ضرب فيه أجل فقد أتى بمعنى السلم؛ إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجل، والعبرة لمعاني العقود، لا لصور ألفاظها.

ووجه قولهما أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، فلا يخرج به عن كونه استصناعاً، ألا ترى أنه ذكر أقل مدة يمكنه الفراغ من العمل^(٢).

(١) المراد بالأجل عندهم الأجل الذي يشترط للسلم وإن اختلفوا في تحديده فما نقص عن أجل السلم وقصد به التعجيل كان استصناعاً.

(٢) السيواسي، فتح القدير: ٣٥٦/٥؛ والسرخسي، المبسوط: ١٤٠/١٢؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٢٢٣/٥؛ والكاساني، بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٨ و ٢٦٧٩.

ومعلوم لدى الخاصة والعامة أن المدة التي تشترط للاستصناع تختلف باختلاف الشيء المطلوب صنعته فلا يمكن تقديره بمدة معينة بل يرجع في ذلك إلى ما تعارف عليه أرباب الصناعات من تقدير وقت لصناعة الشيء المطلوب صنعه، فصناعة السيف ليست كصناعة البندقية، وهما ليسا كالمدفع، والدبابة، والجميع ليس كصناعة الطائرات ولا شك أن الوقت يختلف باختلاف المصنوع فسفن الفضاء، والأقمار الصناعية، والقطارات والسفن الكبيرة. لكل منها وقت يمكن إنجازها فيه، فتحديد المدة بشهر أو نصفه تحديداً لا يستند إلى دليل عقلي أو نقلي ولا يتلاءم مع الواقع العملي للاستصناع حيث نرى أن بعض الأشياء المطلوب صنعها تسلم بعد عدة سنين^(١).

* المطلب الثالث :

أوجه الاتفاق والاختلاف بين العقدين عند الحنفية :

يمكن أن يقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفروع الأول : أوجه الاتفاق بين العقدين :

- ١ - الاستصناع كالسلم قسم من أقسام بيع المعدوم.
- ٢ - لا بدّ في العقدين من بيان المسلم فيه والمستصنع بياناً يمنع النزاع بحيث يوضح ما يؤثر في القيمة، وما تختلف به الرغبات أيضاً.
- ٣ - لا يصح في السلم والاستصناع أن يكون الثمن مما يحرم بينه وبين المثلثم الربا.
- ٤ - يسلم المسلم فيه أو المستصنع في محل العقد إن صلح لذلك وإلاّ اشترط ذكر مكان الإيفاء، وكذا إن كان لحمله مؤونة، فلا بدّ من تحديد موضع التسليم منعاً للنزاع.

(١) تقرر أن مدة التأجيل إذا بلغت أقل مدة السلم يصير العقد - عندهم - سلماً وإذا صار سلماً اشترطت شروط السلم بدفع الثمن في المجلس وإلاّ اعتبر بيع دين بدين وحيثئذ لا يوجد مخرج إلاّ ما تقرر من استثناء الاستصناع من القاعدة العامة في بيع الدين بالدين كما تقدّم، والله أعلم.

الفرع الثاني: أوجه الفرق بين السلم والاستصناع عند الحنفية:

- ١ - يرى جمهور الحنفية أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة، أما في الاستصناع فيرى جمهورهم أن المعقود عليه عين المستصنع وله تعلق بالذمة.
- ٢ - الثمن في السلم يدفع في مجلس العقد عندهم، أما في الاستصناع فقد يدفع كله، أو بعضه، وقد لا يدفع منه شيء بل يكون ديناً حتى يسلم المصنوع.
- ٣ - التأجيل في السلم للاستمهال، وفي الاستصناع للاستعجال.
- ٤ - السلم يكون في المثليات فقط والاستصناع في المثلى وغير المثلى^(١).

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار: ٢٢٦/٥.

المبحث السادس

أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الاقتصادية

الناظر إلى العالم كله يرى ما يسمى بالثورة الصناعية الهائلة، ولو نظرنا إلى الدول كلها لرأيناها إما مصنعة منتجة أو مستهلكة أو منتجة لشيء، مستهلكة لآخر؛ ولذلك يعتبر رجال الاقتصاد التصنيع حجر الزاوية في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تمر بها الدول كلها.

فما تشتمل عليه الدول من موارد طبيعية قد تنقلها نقلة هائلة لو استغلت الاستغلال الحقيقي، فالذهب، والفضة، والحديد، والنحاس، والرصاص، والخشب، والزجاج، والمواد البترولية ومشتقاتها هي غالب المواد الأساسية. في التصنيع في حياتنا المعاصرة، فالعمل على اكتشافها واستغلالها بتصنيعها يعود بالنفع العام، ويسد احتياجات الذين يرغبون في سلع ليست موجودة في السوق، أو يكون ما هو موجود لا يسد حاجتهم، ولا يحقق رغباتهم، وللاستصناع فوائد عظيمة لعل من أهمها:

١ - القضاء على البطالة المنتشرة في العالم، وخصوصاً الإسلامي وذلك حين يراد استغلال تلك الموارد التي تدخل ضمن عقد الاستصناع، ويحصل التكامل بين الخبرات ورأس المال، ويقضي حينئذ على البطالة بتوجيه الأيدي التي يمكن عملها وهي معطلة إلى الصناعة، وذلك يعتبر من أسمى الأهداف لغالبية الدول التي تحرص على مواطنيها، وتخشى من الآثار السلبية التي تترتب على انتشار البطالة بين رعاياها مما يؤثر على الدولة من الناحية السياسية والاجتماعية والأمنية.

٢ - يساهم الاستصناع في تحقيق الاستقرار الاقتصادي؛ إذ أن طلب سلع

خاصة بصفات معينة يعني أن هناك حاجة لها، يدل على عدم وجود تضخم في المصنوعات، وهذا بدوره يؤدي إلى التوازن بين العرض والطلب مما يؤدي إلى تحقيق استقرار في اقتصاد البلاد.

٣ - إشباع الحاجات التي تؤدي إلى التوسعة وتجنب المكلفين الحرج والمشقة، إذ قد يحتاج الإنسان إلى شيء لا يجده في الأسواق على الصفة التي يرغبها، فإذا استصنعه رفع الحرج عن نفسه، وهذا بدوره يشجع الصانع على عمل ما طلب منه؛ لأنه حينئذ يكون على يقين أن ما يصنعه سوف يكون نافقاً.

٤ - يستطيع الصانع أن يشتري مواد التصنيع التي يحتاج إليها بثمن مؤجل حتى يحين وقت الدفع إليه، وهذا بدوره يؤدي إلى نشاط الحركة التجارية؛ إذ يعتبر المال الذي سيدفع مصدرأ من مصادر التمويل للصانع والتاجر، وكذلك أصحاب العلاقة معهم من سماسرة ونقله وخازنين وموزعين.

٥ - يستطيع المستصنع أن يحصل على السلع بالموصفات التي يظن أنها تكون سبباً في رواج سلعة، وذلك بإدخال مواصفات تحسينية ترغب المشتري فيما يطلبه مما يحقق له ربحاً أوفر مما لو اشترى بالموصفات الموجودة والمقاييس المعروفة.

٦ - يضمن المستصنع تقلبات الأسعار وذلك بدفع السعر المتفق عليه عند العقد.

٧ - يضمن الصانع عدم ركود السلع عنده أو فسادها، فلا يصنع إلا ما يتفق على صناعته، بخلاف ما لو صنع بدون طلب فقد يصيب صناعته الركود والكساد، وقد يفسد ما هو عرضة لذلك.

٨ - يستطيع المستصنع أن يدفع ما يقبضه من مال عند العقد في سلع أخرى يحتاجها، ويضمن دفع أخرى عند تسليم السلع إلى طالبها، وبهذا يحصل تمويل مشاريع صناعية وتجارية وعقارية جديدة.

٩ - يؤدي عقد الاستصناع إلى حل الأزمات الإسكانية؛ إذ يطلب المستصنع مسكناً معيناً بمواصفات ومقاييس يحددها حسب رغبته، وحاجته، ويدفع من ثمنها أو لا يدفع إلا بعد الاستسلام على أقساط محددة، حسب استطاعته، وبذلك تخف الأزمات الإسكانية أو تنعدم، وهذا يؤدي بدوره إلى الرفاه الاجتماعي، ورواج التجارة ونشاط وحركة الأيدي العاملة.

١٠ - المصانع في الدول النامية تكون في الغالب في مرحلة تكوين ونمو وعدم استقرار عرضة عند تقلبات الأسعار للإفلاس والانهيار، وعقود الاستصناع كفيلة بضمان نفاذ ما تصنعه هذه المصانع لا سيما إذا كانت هناك سياسة ثابتة لهذه الدول لإحلال الإنتاج المحلي مكان المستورد الذي تخرج أثمانه إلى خارج البلاد، فتقل العملات الصعبة التي تحرص الدول على الحصول على أكبر قدر منها.

الخاتمة

الحمد لله في البداية والتمام وأصلي وأسلم على رسوله سيد الأنام بعد:

فقد انتهت من هذا البحث الذي يمس جانباً كبيراً من حياة الناس ويشمل جزءاً من معاملاتهم ويحقق كثيراً من رغباتهم ويسد حاجاتهم وذلك من كمال الشريعة وتمامها ووفائها بما للناس فيه حاجة وبقي أن أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث والمناقشة وإليك أهمها فيما يلي:

١ - إن أقرب تعريف إلى حقيقة الاستصناع هو «عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص».

٢ - إن الاستصناع يعتبر عقداً من العقود اللازمة لكلا الطرفين وليس وعداً.

٣ - إذا جاء الصانع بالمستصنع مخالفاً للشروط كان للمستصنع الخيار.

٤ - الاستصناع قسم من أقسام السلم جاز بدون شرطه رفعاً للحرج، والمشقة.

٥ - إن المستصنع معدوم وليس بيع عين، بل يتعلق بذمة العاقد، وما تعلق بالذمة فهو الدين.

٦ - عدم وقوف الشريعة مكتوفة الأيدي أمام الأمور المستجدة والنوازل المعاصرة حيث نجد فيها حلاً لكل ما يطرأ وحكماً لكل ما يستجد ﴿أَلْيَوْمَ أَكَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾.

٧ - اتضح أن الاستصناع جاز للحاجة فيما للناس فيه تعامل عرفاً والأحكام التي بنيت على العرف تتغير بتغيره زماناً ومكاناً وعليه يجوز التعامل فيما لم يثبت التعامل فيه سابقاً.

٨ - تحديد مدة للمستصنع قول لا يسنده دليل عقلي، أو نقلي فالمدة تختلف طولاً وقصراً حسب جنس المصنوع ونوعه وصفاته وقدره .

٩ - الفروق التي ذكرت بين عقد السلم والاستصناع غير مؤثرة في الحكم . . . والله أعلم .

١٠ - الاستصناع من العقود التي لها آثار واضحة في تنشيط الحركة الاقتصادية فمن قضاء على البطالة إلى المساهمة في تحقيق الاستقرار الاقتصادي وحصول الصانع والمستصنع على المال والحاجة في الوقت المحدد بالصفات التي تشيع الحاجة، وتزيل الحرج، والمشقة، فيضمن الصانع عدم ركود السلع عنده، ويضمن المستصنع نفاذها أيضاً حيث أدخل عليها من المواصفات ما يضمن نفاذها .

١١ - قد يؤدي عقد الاستصناع إلى حل الأزمات الإسكانية أو الحد منها حيث تنتشر العمارات بدون حاجة إلى دفع الثمن في مجلس العقد .
وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه .

الدكتور سعود بن مسعود بن مساعد الشيباني

المصادر والمراجع

- ١ - البابرّي، شرح العناية، مع فتح القدير ١٣١٥هـ، المطبعة الكبرى الأميرية نصر.
- ٢ - الباز، شرح المجلة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي.
- ٣ - الألباني، إرواء الغليل، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ، المكتب الإسلامي.
- ٤ - البخاري، الجامع الصحيح مع فتح الباري، المطبعة السلفية ١٣٩٠هـ.
- ٥ - بدران كاسب، الاستصناع، رسالة ماجستير، جامعة الإمام.
- ٦ - البغوي، شرح السنة، الدار السلفية، بومباي الهند.
- ٧ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر.
- ٨ - البهوتي، كشف القناع، مكتبة النصر الحديثة.
- ٩ - البيهقي، السنن الكبرى، الطبعة الأولى ١٣٤٤هـ، دائرة المعارف النظامية، الهند.
- ١٠ - الترمذي، الجامع الصحيح، تحقيق أحمد محمد شاكر، الناشر المكتبة الإسلامية.
- ١١ - التفتازاني، التلويح على التوضيح، مطبعة محمد علي صبيح ١٣٧٧هـ.
- ١٢ - ابن تيمية، نظرية العقد، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨هـ.
- ١٣ - الجرجاني، التعريفات، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٤ - ابن حجر، تلخيص الحبير، تحقيق شعبان محمد إسماعيل ١٣٩٩هـ، مكتبة الكليات الأزهرية.
- ١٥ - ابن حجر، فتح الباري، المطبعة السلفية ١٣٩٠هـ.
- ١٦ - الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام الشريف، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ، دار الغرب الإسلامي.
- ١٧ - الخطاب، مواهب الجليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.

- ١٨ - ابن حنبل، المسند، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت.
- ١٩ - خلاف عبد الوهاب، مصادر التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية ١٣٩٠هـ، دار القلم، الكويت.
- ٢٠ - الدارقطني، السنن، تصحيح عبد الله هاشم، دار المحاسن للطباعة، القاهرة.
- ٢١ - الدردير، الشرح الصغير، دار المعارف، مصر ١٩٧٤م.
- ٢٢ - الدردير، الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي.
- ٢٣ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المكتبة التجارية الكبرى.
- ٢٤ - الرافعي، فتح العزيز مع المجموع، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.
- ٢٥ - الزركشي، المعبر، تحقيق حمدي السلفي، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ، دار الأرقم، بغداد.
- ٢٦ - الزيلمي، نصب الراية، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ، المكتبة الإسلامية.
- ٢٧ - السرخسي، المبسوط، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت.
- ٢٨ - سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ، دار الفكر، دمشق.
- ٢٩ - السيوطي، الأشباه والنظائر، عيسى البابي الحلبي.
- ٣٠ - الشاطبي، الموافقات، دار الفكر ١٣٤١هـ.
- ٣١ - الشافعي، الأم، مطبعة أبناء مولوي، الهند.
- ٣٢ - الشافعي، الرسالة، مع الأم، مطبعة أبناء مولوي، الهند.
- ٣٣ - السنهوري، مصادر الحق، دار إحياء التراث، بيروت.
- ٣٤ - الشوكاني، نيل الأوطار، مصطفى البابي الحلبي.
- ٣٥ - الشيرازي، المهذب مع المجموع، الناشر المكتبة السلفية، المدينة المنورة.
- ٣٦ - الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، الناشر دار المعارف بمصر.
- ٣٧ - ابن عابدين، حاشية، رد المحتار، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ، مصطفى البابي الحلبي.
- ٣٨ - ابن عرفة، شرح الحدود، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية ١٣٥٠هـ.
- ٣٩ - عميرة، حاشية، الطبعة الثالثة ١٣٧٥هـ، مصطفى البابي الحلبي.

- ٤٠ - الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت.
- ٤١ - الفيومي، المصباح المنير، مصطفى البابي الحلبي.
- ٤٢ - ابن قدامة، روضة الناظر، المكتبة السلفية ١٣٨٥هـ.
- ٤٣ - ابن قدامة، المغني، مكتبة الجمهورية العربية.
- ٤٤ - قليوبي، حاشية، الطبعة الثالثة ١٣٧٥هـ، مصطفى البابي الحلبي.
- ٤٥ - ابن القيم، إعلام الموقعين، تحقيق عبد الرحمن الوكيل، مطبعة الكيلاني.
- ٤٦ - الكاساني، بدائع الصنائع، الناشر زكريا علي يوسف.
- ٤٧ - ابن ماجه، السنن، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ٤٨ - مجموعة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الخامسة ١٣٨٨هـ.
- ٤٩ - المحلى، شرح جمع الجوامع، مع حاشية البناني، دار إحياء الكتب العربية.
- ٥٠ - المحلى، شرح المنهاج، الطبعة الثالثة ١٣٧٥هـ، مصطفى البابي الحلبي، على هامش قليوبي وعميرة.
- ٥١ - المرتضى، الأزهار، الطبعة الرابعة.
- ٥٢ - المرادوي، تصحيح الفروع طبع بهامش الفروع، الطبعة الأولى ١٣٤٥هـ، عالم الكتب، بيروت.
- ٥٣ - المرغيناني، الهداية، مع فتح القدير، الطبعة الأولى ١٣١٥هـ، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر.
- ٥٤ - مسلم، الجامع الصحيح، مع شرح النووي، دار الفكر، بيروت.
- ٥٥ - المصري عبد السميع، التجارة في الإسلام، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ، الناشر مكتبة وهبة.
- ٥٦ - ابن منظور، لسان العرب، طبعة بولاق.
- ٥٧ - المواق، التاج والإكليل، مع مواهب الجليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.
- ٥٨ - ناجي محمد سعيد، سياسات التصنيع في الاقتصاد الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى.
- ٥٩ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، تحقيق عبد العزيز الوكيل، مؤسسة الحلبي وشركاه ١٣٨٧هـ.

- ٦٠ - نزيه حمّاد، بيع الكالئ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي.
- ٦١ - نظام الدين وجماعة، الفتاوى الهندية «العالمكية» الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربي.
- ٦٢ - النووي، روضة الطالبين، المكتب الاسلامي.
- ٦٣ - النووي، المنهاج، على هامش قليوبي وعميرة، الطبعة الثانية ١٣٧٥هـ، شركة مصطفى الحلبي.
- ٦٤ - ابن الهمام، فتح القدير، الطبعة الأولى ١٣١٥هـ، المطبعة الكبرى الأميركية، مصر.
- ٦٥ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، وزارة الأوقاف، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ.

عقد الاستصناع
وعلاقته بالعقود الجارية
إعداد
الدكتور محمد رأفت سعيد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة :

نحمدك اللهم ونستعينك ونستهديك، ونصلّي ونسلم على خاتم أنبيائك
ورسلك سيدنا محمد، وبعد.

فإن جهود فقهاءنا ما زالت متابعة لكل جديد من وجوه التعامل بين الناس،
لتكييف هذا التعامل وتوصيفه، ومعرفة موافقته أو مخالفته للأصول الشرعية،
وتأسيسه على ما عرف من أدلة الأحكام، ومدى تحقيقه للمقاصد الشرعية. وقد
يكون الوجه الجديد جامعاً لوجوه معروفة من قبل، ومنها يكون هذا الوجه، وقد
يضاف إلى هذه الوجوه القديمة بعض الأمور التي لم تعرف من قبل. وهنا
— تظهر — العقلية الفقهية في دقة التوصيف، التي تتبع بإعطاء الحكم المناسب
لكل وصف.

وهذا مجال لاتجاهات فقهية متعددة، تدل على خصوبة الفكر، وهي
اتجاهات معتبرة ما دام الحال يتسع لأكثر من وجه، وليس مقيداً بدلالة قطعية
واحدة لنص من النصوص.

ومن وجوه التعامل التي يتحقق فيها هذا القول «عقد الاستصناع»، فإن
حاجة الإنسان إلى السلع التي تستصنع من الحاجات المتجددة، وذلك لتطور
الحياة البشرية، بل وبصورة سريعة، يكون المستصنع اليوم قديماً في الغد، وما
صنع هذا العام ليس هو ما صنع في العام السابق، فقد يحتاج الأمر إلى إضافات
جديدة تحتاجها طبيعة الآلة، أو الجهاز المصنع، وتقضيه ضرورة الاستعمال.

كما أن الصانع في إطار هذا القفز السريع في التطور قد يحتاج إلى مال

يدخل في تهيئة هذه المصنوعات، وكذلك في نفقاته الخاصة. وعلى ذلك فإن تحقيق حاجة المستصنع والصانع تجعل بينهما هذا الوجه الذي يمثل عقداً بينهما يدفع فيه المستصنع مالا للصانع ليصنع له ما يريد. فكيف يكيف هذا العقد؟.

هل هو مواعدة أم بيع؟

وهل يكون بيعاً لما ليس عند البائع؟ فلا يجوز؟

وهل يستثنى من هذا نظراً لحاجة الناس إليه كما استثنى السلم، مع تحقيق ما يشترط في السلم من تحديد الصفة والقدر والأجل؟

وهل تحقق هذه الشروط يجعلنا نسميه سلماً، ولا حاجة إلى استحداث اسم آخر هو الاستصناع؟

ولكن لوحظ أن هذا الاستصناع يختلف عن السلم في أن عقد الاستصناع يتضمن عمل عامل في الصناعة، فهل هذا العنصر يجعلنا نطلق عليه عقد إجارة؟ أم أن عقد الاستصناع فيه من جوانب هذه العقود ما يكون عقداً خاصاً يسمى بعقد الاستصناع، وأن تضمنه لهذه الجوانب من العقود الجائزة يمنحه قوة الحكم بالجواز؟.

هذه التساؤلات هي عناصر بحثي عن «عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة» لتكون خطة البحث على النحو الآتي:

بعد هذه المقدمة أتناول المباحث التالية:

- تعريف الاستصناع.
- حكم عقد الاستصناع.
- هل الاستصناع مواعدة أم بيع؟.
- هل هو عقد بيع ما ليس عنده؟.
- عقد الاستصناع، وعقد السلم.
- السلم.
- عقد الاستصناع، وعقد الإجارة.

– الإِجَارَة .

– الخاتمة .

– ملخص البحث .

– المراجع .

وأسأل الله التوفيق للوفاء بهذه المباحث دراسة، ومناقشة، واستنتاجاً، فهو

حسبي ونعم الوكيل .

تعريف الاستصناع

الاستصناع في كتب اللغة يعني طلب الصنع، والصنع هو العمل، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿صُنِعَ اللَّهُ لِدَيْ أُنْفَنَ كُلِّ شَيْءٍ﴾^(١).
والصناعة: حرفة الصانع وعمله^(٢).

ومعنى الكلمة – إذن – أن يطلب إنسان من صانع أن يعمل له عملاً معيناً، فإذا أضفنا إلى ذلك ما يجعل هذا الطلب محققاً لمراد الطرفين – دون منازعة بينهما – قلنا: ينبغي أن يحدد الطالب نوع ما يعمل، وقدره، وصفته، وكل ما يريد أن يكون عليه العمل دون إبهام لشيء، وكذلك تحديد الزمن الذي يتناسب مع العمل وحاجته إلى هذا المصنوع، فإذا اتفق الطرفان على هذه المواصفات في العمل والزمن، واتفقا على تحديد الثمن الذي سيدفعه الطالب، وقال الصانع: نعم. فهذه صورة عقد الاستصناع.

ويستوي هذا الشكل للاستصناع في أن يكون بين فرد وفرد، أو بين فرد ومؤسسة أو مصنع.

أما تعريف الاستصناع لدى الفقهاء فإنه يخضع لموقف كل فقيه منه، فأكثر الحنفية – كما سنرى من تعريفهم له – يرونه عقداً مستقلاً، وأما غيرهم من المالكية والشافعية والحنابلة، فإن كثيراً منهم يلحقونه بأبواب السلم، سواء كان على سبيل القول بجوازه كما عند المالكية والشافعية، أو بمنعه كما عند الحنابلة. وستعرف على ذلك من خلال ذكر تعريفات العلماء.

(١) سورة النمل: الآية ٨٨.

(٢) انظر لسان العرب مادة «صنع»؛ ومختار الصحاح: ص ٣٧١.

يذكر الكاساني في البدائع^(١) قول بعض الفقهاء: إن الاستصناع هو: (عقد على مبيع في الذمة)، ويزيد السمرقندي على التعريف السابق فيقول: (عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع)^(٢).

ويذكر ابن عابدين في تعريف الاستصناع أنه: (بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل)^(٣).

وفي المجلة العدلية نجد الجمع بين ذكر البيع والعقد في وصف الاستصناع وتعريفه بأنه: (إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا؛ «قرشاً»، وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً)^(٤).

كما ذكر الكاساني ما قيل من تعريف الاستصناع لدى بعض الفقهاء بأنه (عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً)^(٥). أي عقد تفاوض بين المستصنع والصانع.

وإذا كان الإمام العيني قد ذكر صورة الاستصناع بقوله: (أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئاً بثمن معلوم)^(٦).

وكذلك ابن عابدين: (هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص)^(٧). فإن طلب العمل مع المادة التي يصنع منها، وبالثمن المعلوم يستدعي مبادلة مال بمال بالتراضي عند الحنفية^(٨)، وهو البيع، وعند إطلاقه يكون عقداً.

(١) بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥/٢٢٥.

(٤) انظر درر الحكام: ١/٩٩.

(٥) المرجع السابق.

(٦) رمز الحقائق: ٥٦/٢ و ٥٧.

(٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار: ٥/٢٢٣.

(٨) انظر فتح القدير، لابن الهمام: ٥/٧٣.

وبذلك يتوافق الأمر لدى الفقهاء المذكورين من اعتبار الاستصناع عقد بيع، ويكون التعريف الجامع المانع لدى فقهاء الحنفية أنه (عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص)^(١).

ولو اكتفى بما قيل في تعريفه من أنه (عقد على مبيع في الذمة) لدخل في التعريف عقد السلم.

وقيد شرط الصنعة يجعل العقد موافقاً للمعنى اللغوي، ولذلك لما ذكر الإمام السرخسي صورة الاستصناع قال في مبسوطه: (استصنع الرجل خفين أو قلنسوة، أو طستاً، أو كوزاً، أو آنية من النحاس)^(٢).

وبالمعنى نفسه قال الكاساني في بدائع الصنائع: (لو قال إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لي خفاً، أو آنية من أديم، أو نحاس من عندك بثمان كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته... فيقول الصانع نعم). وبمثل هذا قال البابرتي^(٣).

فالاستصناع - كما مر بنا لغة - طلب الصنعة، ويلاحظ أن المواد المذكورة، والصناعات المطلوبة تتلاءم مع عصر المعرفين، وإلا فالمعنى يتسع لكل مستحدثات العصور، مادة وصنعة.

وإذا لم يعتبر شرط الصنعة في التعريف، على افتراض أنه لو تعاقد على مبيع في الذمة، وأحضر الصانع عيناً، كان قد صنعها من قبل، ورضي بها المستصنع فإن بعض الفقهاء - كما سيأتي - يرى أن العقد صحيح، ولكن تم بطريق آخر غير الطريق الأول وهو طريق التعاطي.

وهذا ما رجحه الكاساني بقوله: (والصحيح هو القول بأنه عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل) لأن الاستصناع: طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً. فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه.

(١) عقد الاستصناع: ص ٥٩.

(٢) المبسوط: ١٣٨/١٢.

(٣) العناية على الهداية: ٣٥٤/٥.

ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً... وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسمي دليل اختلاف المعاني في الأصل... وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي بها المستصنع فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما^(١).

والقول في التعريف بأنه عقد يخرج اعتبار الاستصناع وعداً - وهذا سنفصل القول فيه بعد قليل - .

والقول في التعريف «على مبيع» يخرج اعتبار الاستصناع عقد إجارة؛ لأنها عقد على منافع وليست على عين، ويخرج كذلك اعتباره عقداً على العمل، أو الإجارة على العمل فهو ليس بعقد على مبيع.

ولكن ما الذي يباع في عقد الاستصناع، كما ورد في التعريف؟

إنها المواد الخام التي تصنع، أما المادة الخام في الإجارة على العمل فهي من عند المستأجر، وعلى الأجير العمل فقط^(٢).

والقول بأنه (في الذمة) يخرج اعتبار الاستصناع بيعاً بإطلاقه؛ لأن من شروط البيع أن يكون مقبوضاً في المجلس، وهنا المطلوب صنعه في الذمة.

والقول بأنه (شرط فيه العمل) يخرج اعتبار الاستصناع سلماً، لأن السلم بيع آجل بعاجل^(٣).

والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلاً. وستناول، تفصيلاً ما يتعلق بعلاقة الاستصناع بالسلم والفرق بينهما في مبحث قادم.

أما ذكر الوجه المخصوص في التعريف فهو البيان التفصيلي لجنس المعقود عليه وصفته وقدره، وكل ما يريده المستصنع فيه، حتى يكون استصناعاً صحيحاً إذا تحققت فيه هذه الشروط، وإلا كان استصناعاً فاسداً.

(١) انظر بدائع الصنائع: ٦/٢٦٧٧.

(٢) انظر عقد الاستصناع: ص ٦٠.

(٣) انظر فتح القدير، لابن الهمام: ٥/٣٢٣.

هذا ما يتعلق بتعريف الاستصناع لغة - واصطلاحاً، واخترت لتعريفه اصطلاحاً ما ذكره فقهاء الحنفية لاعتبارهم إياه عقداً مستقلاً - كما مر بنا.

ولكن لن نغفل أقوال بقية العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة في الاستصناع - قبل أن نذكر - تفصيلاً - علاقة عقد الاستصناع بالعقود الجائزة.

فأما المالكية فإن ابن رشد^(١) - وهو من أعيان المالكية - قد تناول السلم في الصناعات بما يدل على أنه من يطلب من صانع صنع شيء له فهو جائز، ولكنه يأخذ حكم السلم، وشروط السلم، فيقول:

(وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام:

أحدها: أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه.

والثاني: أن يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه.

والثالث: أن لا يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه.

والرابع: أن يشترط عمله، ولا يعين ما يعمل منه.

فأما الوجه الأول: وهو أن لا يشترط عمله، ولا يعين ما يعمل منه. فهو سلم، على حكم السلم، لا يجوز إلا بوصف العمل، وضرب الأجل، وتقديم رأس المال.

وأما الوجه الثاني: وهو أن يشترط عمله، ويعين ما يعمل منه، فليس

بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع.

فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن بإعادته للعمل، أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل، فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام، أو نحو ذلك.

(١) هو محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة من أعيان المالكية، وهو جد ابن رشد الفيلسوف، توفي سنة ٥٢٠هـ، الأعلام: ٦/٢١٠.

فإن كان على أن يشرع في العمل، جاز ذلك بشرط تعجيل النقد، وتأخيرها، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة أيام ونحوها، لم يجوز تعجيل النقد، بشرط حتى يشرع في العمل.

وأما الوجه الثالث: وهو أن لا يشترط عمله بعينه، ويعين ما يعمل منه، فهو - أيضاً - من باب البيع والإجارة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيرها إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيرها.

وأما الوجه الرابع: وهو أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه فلا يجوز على حال، لأنه يجتذبه أصلان متناقضان: (لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضموناً، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه)^(١).

ويقول الدردير^(٢): (ثم شبه في السلم قوله: كاستصناع سيف، أو ركاب من حداد، أو سرج من سروجي، أو ثوب من حياك، أو باب من نجار، على صفة معلومة بثمن معلوم، فالتعاقد على صنع شيء يأخذ حكم السلم عندهم). وقال الدردير^(٣) - أيضاً - : (وقول خليل: كاستصناع سيف^(٤)... تشبيه لا تمثيل).

وإذا كان المالكية لم يعدوا (الاستصناع) عقداً مستقلاً، فكذلك الشافعية، وأدرجوه كالمالكية في مسائل السلم.

فطلب الصنعة عندهم جائز، ولكن عن طريق السلم بشرط ضبط الصفات.

فيرى الإمام الشافعي^(٥) - رحمه الله - : أن الاستصناع جائز إذا كان

(١) المقدمات الممهديات: ٣٢/٢.

(٢) الشرح الصغير، للدردير: ٢٨٧/٣.

(٣) المرجع السابق: ٢٦١/٣.

(٤) قول خليل: (والشراء من دائم العمل كالخباز، وهو بيع، وإن لم يدم فهو سلم؛

كاستصناع سيف، أو سرج). انظر مواهب الجليل: ٣٤٩/٣.

(٥) انظر الأم: ١١٦/٢.

المستصنع فيه من مادة واحدة، أو من مادتين لا يؤديان - جهالة قدرهما - إلى المنازعة، بأن أمكن معرفة قدر كل منهما لتمييزهما عن بعضهما. . . وإلا فلا يجوز فيهما إذا اختلطاً. . . ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر^(١).

ويقول الشافعي: (وهكذا كل ما استصنع)^(٢).

وعلى ذلك فلا استصناع عند الشافعي: (بيع موصوف في الذمة يشترط فيه الصنعة).

والسلم عنده كذلك: (بيع موصوف في الذمة).

قال المحلى: (السلم، ويقال له: السلف، وهو بيع موصوف في الذمة)^(٣).

وقال ابن حجر: (السلم هو بيع شيء موصوف في الذمة)^(٤).

ويذكر الإمام النووي تعريفات للسلم فيقول:

أحدها: أنه عقد على موصوف في الذمة يبدل يعطى آجلاً.

وثانيها: هو إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة.

وثالثها: هو إسلاف عاجل في عوض لا يجب تعجيله.

ثم يقول النووي: (إن السلم بيع)^(٥).

وإذا كان المالكية والشافعية قد عدوا الاستصناع في أبواب السلم، فإن الحنابلة قد جعلوه في باب بيع ما ليس عند الإنسان، على غير وجه السلم، ولذلك قالوا بالمنع.

(١) انظر عقد الاستصناع: ص ٧٠.

(٢) الأم: ١٦٢/٢.

(٣) انظر شرح المنهاج: ٣٣٩/١.

(٤) انظر تحفة المحتاج: ٢/٥.

(٥) انظر روضة الطالبين: ٣/٤.

ففي كشف القناع والإنصاف وغيرهما: أن الاستصناع غير جائز، نقلاً عن القاضي وأصحابه، بأنه لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم^(١).

وقيل لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له . . . لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم^(٢).

(١) الإنصاف، للمرداوي: ٣٠٠/٤.

(٢) انظر كشف القناع، للبهوتي: ١٥٤/٣؛ وانظر الفروع: ٢٣/٢.

حُكْمُ عَقْدِ الِاسْتِصْنَاعِ

بعد تعرفنا على أقوال العلماء في تعريف «الاستصناع» نستطيع أن نقول: إن جمهور فقهاء الحنفية قد اتفقت كلمتهم على «الجواز» ولم يخالف في ذلك إلا «زفر»^(١) وحكى ابن الهمام قول «زفر» فقال: (والقياس أنه لا يجوز، وهو قول «زفر»)^(٢).

فهل قول «زفر» بعدم الجواز يقوم على القياس؟
إن كان الأمر كذلك فإن الجمهور لا يرى — كذلك — القياس دليلاً على جواز «الاستصناع».

وإنما يجوزونه بالاستحسان، وكذلك — أيضاً — بالإجماع العملي، والبعض يرى أنه بالسنة — كما سنبين — .

ومن أقوال المعجّزين نتعرف على أدلة هذا الحكم بجواز «الاستصناع».

فالإمام محمد بن الحسن يقول: (لو استصنع رجلاً شيئاً... بغير أجل جاز استحساناً)^(٣).

والإمام الكاساني يقول: (أما جوازه فالقياس: أن لا يجوز؛ لأنه باع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم؛ وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس

(١) هو «زفر» بن هذيل بن قيس العبدي البصري صاحب أبي حنيفة، ولد سنة ١١٠هـ، وتوفي سنة ١٥٨هـ.

(٢) انظر فتح القدير: ٣٥٥/٥.

(٣) انظر عقد الاستصناع: ص ٩٥، نقلًا عن مخطوطة جامع الصدر الشهيد في ترتيب الجامع الصغير: ٦٣/١.

عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحساناً؛ لإجماع الناس على ذلك^(١).

والإمام الكمال بن الهمام يقول: (جاز استحساناً)^(٢).

والإمام السمرقندي يقول: (والقياس أنه لا يجوز، وفي الاستحسان جائز)^(٣).

والإمام أبو بكر بن المنذر يقول: (وقال أبو حنيفة: هو جائز... وللمستصنع الخيار إذا رآه مفروغاً منه)^(٤).

وواضح من أقوال هؤلاء الأئمة أن القياس لا يجوز به الاستصناع؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم.

ويكون الجواز عندهم بالاستحسان، ووجه الاستحسان:

— إجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يتعاملون بذلك في سائر الأعصار. وقد ورد في الحديث عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: (. . . فما رأى المسلمون حسناً فعند الله حسن، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيء)^(٥).

والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر، من غير بيان المدة، ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي شراء البقل وغيره من المحقرات.

— ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خوف أو نعل، من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، وعلى قدر مخصوص، وصفة مخصوصة،

(١) بدائع الصنائع: ٢٦٧٨/٦.

(٢) شرح فتح القدير: ٣٥٥/٥.

(٣) تحفة الفقهاء: ٥٣٨/٢.

(٤) عقد الاستصناع: ص ٩٦، نقلاً عن مخطوطة الاشراف، لأبي بكر بن المنذر: ص ٢٧ وما بعدها.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسنده: ٣٧٩/١.

قلما يتفق وجوده مصنوعاً، فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج^(١).

قال الإمام القسطلاني في تناوله لحديث الخياط: (إن فيه جواز الإجارة على الخياطة رداً على من أبطأها بعله أنها ليست بأعيان مرئية، ولا صفات معلومة).

وفي صناعة الخياطة معنى ليس في سائر ما ذكره البخاري من ذكر القيمة، والصائغ والنجار؛ لأن هؤلاء الصناع إنما تكون منهم الصناعة المحضة بما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب، وهي أمور من صناعة يوقف على حدها، ولا يخلط بها غيرها.

والخياط إنما يخيئ الثوب في الأغلب بخيوط من عنده، فيجتمع إلى الصناعة الآلة، وإحداها معناه النجارة، والأخرى الإجارة، وحصاة إحداها لا تتميز من الأخرى، وكذلك هذا في الخراز والصباغ إذا كان بخيوطه، ويصبغ هذا بصبغه على العادة المعتادة فيما بين الصناع. وجميع ذلك فاسد في القياس. إلا أن النبي ﷺ وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها.

إذ لو طولبوا بغيره لشق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس، والعمل به ماض صحيح لما فيه من الإرفاق^(٢).

وقد خرج الجواب عن القول بأنه معدوم:

— لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه، كالمسلم فيه، فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق.

— ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين، كان جائزاً^(٣).

(١) انظر أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي: ص ٥٥٧.

(٢) انظر إرشاد الساري، للقسطلاني: ٦٦/٥ و ٦٧.

(٣) انظر أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي: ص ٥٥٧؛ وانظر بدائع الصنائع: =

هذا ما يتصل بأدلة الجواز من الإجماع العملي، والاستحسان، وأما من رأى أن حكم جواز الاستصناع يعتمد - قبل ذلك - على السنة فيذكرون في ذلك حديثين:

أولهما: حديث استصناع الرسول ﷺ خاتماً^(١).

وهذا ما جعل شارح المجلة العدلية يقول: الاستصناع (ثبت مشروعته بالسنة وإجماع الأمة)، (أما السنة فقد استصنع النبي ﷺ الخاتم)^(٢).

ثانيهما: ما روي من أن الرسول ﷺ استصنع المنبر، فقد أخرج البخاري في صحيحه عن أبي حازم قال: (أتى رجال سهل بن سعد يسألونه عن المنبر، فقال: بعث رسول الله ﷺ إلى فلانة امرأة قد سماها سهل: أن مري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهم إذا كلمت الناس، فأمرته بعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء فأرسلت إلى رسول الله ﷺ بها فأمر بها فوضعت فجلس عليه).

وفي رواية أخرى بصحيح البخاري - أيضاً - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما (أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله ﷺ: يا رسول الله! ألا أجعل لك شيئاً تقعد عليه، فإن لي غلاماً نجاراً، قال: إن شئت، فعملت له المنبر، فلما كان يوم الجمعة قعد النبي ﷺ على المنبر الذي صنع...)^(٣).

قال القسطلاني في تعقيبه على الروایتين: (يحتمل أن رسول الله ﷺ بلغها أنه يريد عمل المنبر، فلما بعث إليها بدأته بقولها: ألا أجعل لك شيئاً تقعد عليه فقال لها: مري غلامك فعملت له المنبر)^(٤).

غير أن الاستدلال بحديث المنبر على الاستصناع، واعتباره من أدلة السنة

= ٢٦٧٨/٦.

(١) شرح فتح القدير: ٣٥٥/٥.

(٢) انظر درر الحكام: ٣٥٨/١؛ وانظر الاعتبار: ص ٢٣١ و ٢٣٢.

(٣) انظر فتح الباري: ٢٦٨/٤؛ وإرشاد الساري: ٦٧/٥، ٦٨.

(٤) المرجع السابق.

في الجواز لم يكن محل اتفاق من العلماء، فهل تم الاستصناع فيه بالمعنى اللغوي من طلب الصنعة؟ أم هو هدية من صانعه للنبي ﷺ؟

أما حديث استصناع الرسول ﷺ للخاتم فيصح الاستدلال به، مع مراعاة أن صاحب الاعتبار، والذي ذكر هذا الحديث، قد أورده في بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار (روي عن نافع عن عبد الله أن رسول الله اصطنع خاتماً من ذهب، وكان يجعل فسه إلى باطن كفه، إذا لبسه، فصنع الناس، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه، وقال: إني كنت ألبس هذا الخاتم، واجعل فسه من داخل، فرمى به، ثم قال لا والله لا ألبسه أبداً، فبذ الناس خواتيمهم). عقب صاحب الاعتبار على الحديث بقوله: (هذا حديث صحيح ثابت، وله طرق في الصحاح في كتابيهما من عدة طرق)^(١).

وقد وردت الأحاديث الصحيحة في تحريم الذهب على الرجال، ومنه الخاتم، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ رأى خاتماً من ذهب في يد رجل فنزعه وطرحه، وقال: (يعمد أحدكم إلى جمرة من نار فيطرحها في يده). (ف قيل للرجل بعدما ذهب رسول الله ﷺ: خذ خاتمك انتفع به؟ فقال: لا والله لا آخذه، وقد طرحه رسول الله ﷺ). [رواه مسلم].

وعن أبي سعيد رضي الله عنه أن رجلاً قدم من نجران إلى رسول الله ﷺ، وعليه خاتم من ذهب، فأعرض رسول الله ﷺ وقال: «إنك جئتني وفي يدك جمرة من نار» [رواه النسائي]^(٢).

(١) انظر الاعتبار: ص ٢٣١ - ٢٣٣.

(٢) انظر المنتقى من كتاب الترغيب والترهيب: ٦١٥/٢، حديث ١٢١٦ وحديث ١٢١٧.

هل الاستصناع مَوَاعِدَةٌ أم بَيْعٌ؟

وبعد تعريف «الاستصناع» لغة واصطلاحاً وبيان حكمه نجد هذا التساؤل الذي أثاره اتجاه بعض الفقهاء في اعتبار «الاستصناع» مَوَاعِدَةٌ، في حين اعتبره الجمهور عقد بيع.

فإذا طلب إنسان من صانع أن يصنع له شيئاً، واتفق على وصفه وقدره، وزمنه، وثمنه بين الطرفين، فهل يسمى هذا مَوَاعِدَةٌ، أم عقداً؟
وبمعنى آخر هل قبول الصانع لما قاله المستصنع يعد وعداً منه، إن وفى به كان مأجوراً ومثاباً على الوفاء، وإلا كانت فيه خصلة من النفاق، دون أن يترتب على عدم الوفاء أثر قضائي؟

إن ضرورة الاستصناع في حياة الناس، وحاجتهم إليه تجعل وجهة الجمهور والتي سنفصل القول في أدلتها — إن شاء الله — محل تقدير واعتبار؛ لأن ترك هذا لوفاء الصانع يتبعه فوات مصلحة المستصنع، وضياع ماله، فهو يطلب شيئاً بمواصفات خاصة ويدفع مالياً، ويوافق الصانع على ذلك وهذه عناصر العقد التي تتبع بالإلزام، ويترتب عليه الضمان، كما يكون معه الشرط الجزائي الذي يعين كلا الطرفين على الوفاء، وإلا ضاعت الثقة بين الناس وخاصة عندما يكثر الطلب على الصانع، وأمام إغراء المال، تقبل الطلبات، وتعطى الوعود، دون صدق فيها، ودون إتقان يفني بالمواصفات. وإذا كان الشرط الجزائي لم يكن معروفاً بهذا الاسم من قبل، فإن معناه كان متبعاً في القرون الفاضلة.

فقد روى البخاري رحمه الله بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرهه: (أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه).

وقال أيوب: عن ابن سيرين أن رجلاً باع طعاماً وقال: (إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت ففضى عليه)^(١).

ويقول الأستاذ الزرقاء: (في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية، والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة... واتسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيضاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية... وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه... ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي (الشرط الجزائي)^(٢).

ولذلك فإن القول بأن الاستصناع مواعدة ليس محققاً لمهمة الاستصناع في حياة الناس من ناحية، وليس موافقاً لطبيعة الاستصناع من ناحية أخرى.

والذي قال بأنه مواعدة جماعة من الحنفية منهم: الحاكم الشهيد^(٣)، والصفار^(٤)، ومحمد بن سلمة^(٥).

إلا أن كلام الحاكم الشهيد، والذي ذكره السرخسي في المبسوط يدل على أنه لم يقل بأنه مواعدة بإطلاق، وإنما يفيد كلامه أنه يبدأ مواعدة وينتهي عقداً بالتعاطي والفراغ من العمل فيقول السرخسي: (وكان الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة... وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً منه...).

(١) انظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ٥/٢٦٢.

(٢) انظر المدخل الفقهي العام، للأستاذ الزرقاء: ص ٣٨٦.

(٣) وهو أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المرزوي، الوزير العالم الكبير، ولي القضاء في بخارى، قتل شهيداً سنة ٣٣٤هـ؛ وطبقات الفقهاء لطاش كبرى زادة: ص ٥٧.

(٤) وهو أبو القاسم الصفار البلخي، توفي سنة ٣٣٩هـ. المرجع السابق: ص ٦٤.

(٥) وهو أبو عبد الله بن محمد بن سلمة، روى عنه زفر، توفي سنة ٢٦٨هـ. المرجع السابق: ص ٤٥.

ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما^(١) .

والذي دعا هؤلاء إلى القول بأنه مواعدة ما يلي :

أولاً: أن الصانع له أن لا يعمل . . . وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لا عقد . . . لأن كل ما لا يلزم الإنسان به مع التزام نفسه يكون وعداً لا عقداً؛ لأن الصانع لا يجبر على العمل بخلاف السلم فإنه مجبر بما التزم به^(٢)

ثانياً: أن المستصنع له الحق في عدم تقبل ما يأتي له الصانع من مصنوع، وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته . . . وهذا علامة أنه وعد لا عقد . . . لهذا قال أبو اليسر: (إن الخيار ثابت لكل واحد منهما (الصانع والمستصنع)^(٣) .

وبهذين الدليلين يرى أصحاب هذا القول بالمواعدة أن الاستصناع وعد بالبيع لا عقد مبيع .

ولم ينس هؤلاء أن يردوا على الجمهور قولهم بأنه يكون مبيعاً فقالوا: المعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً .

وقالوا كذلك: العقود في المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها . . . فكيف ساغ القول بأنه عقد مع بطلانه بموت الصانع؟

فهذه أدلة القائلين بالمواعدة واعتراضاتهم، وقد تناولها القائلون بأنه عقد فردوا عليها، ثم قدموا أدلتهم، على النحو التالي:

أولاً: ما قاله أبو اليسر - بأن إثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع يدل على أنه وعد - غير صحيح؛ فهو لا يدل على أنه غير بيع؛ ألا ترى أن في

(١) المبسوط: ١٣٨/١٢ .

(٢) انظر عقد الاستصناع: ص ٨٠ .

(٣) فتح القدير: ٣٥٥/٥ .

بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقدين عين الآخر كان لكل منهما الخيار، فلم يخرج به إلى أن يكون وعداً.

ثانياً: القول بأنه وعد لأن الصانع له أن لا يعمل، وللمستصنع الخيار في أن لا يقبل الشيء المصنوع، كل ذلك وارد في غير عقد الاستصناع. فالاستصناع لا يعتبر عقداً نافذاً ملزماً إلاّ ساعة أن يتم الصانع ما طلب منه وفق المواصفات التي اشترطها المستصنع. . . ورأى المستصنع ذلك الشيء بعينه ورضى. . . عند ذلك يتم الاستصناع فلا خيار لواحد منهما فأما ما ذكر فهو وارد على أمور أخرى غير الاستصناع^(١).

ثالثاً: والقول بأن المعدوم لا يصلح أن يكون بيعاً، فإن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لثلا تتضاعف الواجبات. وكذلك المستصنع فيه المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل الجاري بين الناس.

فإذا قيل: إن هذا إنما يصح أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع، والمعقود عليه هو الصنع في الاستصناع، وليس هو العين.

فإن الجواب قاله صاحب الهداية^(٢): (إن المعقود عليه هو العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته، أو من صنعته، قبل العقد، فأخذه جاز).

رابعاً: والقول بأنه يبطل بموت الصانع، والعقود في المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها؛ فإن الجواب عن ذلك: بأن الاستصناع إنما يبطل بموت الصانع لشبهه بالإجارة. فهو لهذا الشبه قلنا بأنه يبطل بموت الصانع، وهذا

(١) انظر فتح القدير: ٣٥٥/٥، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام: ١٩٨/١؛ وعقد

الاستصناع: ص ٨٢.

(٢) انظر الهداية: ٣٥٥/٥.

لا يمنع أن يكون عقداً^(١) . وهذا إذا كان الصانع فرداً، أما إذا كان مصنِعاً، أو مؤسسة، فلا وجه لهذا.

خامساً: من الأدلة على أن الاستصناع عقد أن الصانع يملك الدراهم بقبضها، وما دام يقبضها فهو عقد... لأن المواعد على شيء لا يملك الدراهم بقبضها، وبالاستصناع يملكها ملكاً غير لازم عند جمهور فقهاء الحنفية^(٢) .

سادساً: ومن الأدلة - كذلك - أنه قد أُجريت في الاستصناع القياس والاستحسان... ونحن نعرف أن الوعد لا يحتاج إلى إثبات الاستدلال به إلى إجراء القياس والاستحسان... فقد ثبت العمل بالوعد بالنص^(٣) والإجماع.

سابعاً: ومن الأدلة - كذلك - أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية، والوعد لا يحتاج إلى إثبات الخيار^(٤) .

ثامناً: ومن الأدلة - كذلك - أن الاستصناع يجري فيه التقاضي... والتقاضي إنما يثبت في الواجب بالعقود لا بالوعود... فإذا ما وعد شخص آخر لا يؤدي عدم الوفاء بذلك الذهاب للقضاء، وإقامة الدعوى، وإنما الذي يكون كذلك فيما هو واجب بالعقد بينهما^(٥) .

تاسعاً: أن الصانع في الاستصناع يجبر على عمله، والمواعد على الشيء لا يجبر على ما وعد به إلا من باب الوفاء بالوعد - إن استطاع ذلك - أما الذي تعقد في الاستصناع فإنه يجبر على صنع ما تعاقد عليه فإن لم يستطع يمكن أن يطلب من صانع آخر أن يتم عمله^(٦) .

(١) الفتاوى الغياثية: ص ١٥١ .

(٢) انظر حاشية الطحاوي: ١٢٦/٣؛ وفتح القدير: ٣٥٥/٥ .

(٣) كما ورد في صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أُوْتِمَن خان» .

(٤) انظر بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦؛ والمبسوط: ١٣٨/١٢ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) انظر درر الحكام: ١٩٨/٢؛ وانظر عقد الاستصناع: ص ٨٣ .

عاشراً: أن المستصنع لا يرجع عما طلب، ولا يجوز له أن يرجع؛ لأنه إن تعاقد لا يحق له أن يرجع عن ذلك؛ لأن التراجع له ضرر كبير على الصانع بتضييع المادة الخام بناء على أمر من المستصنع؛ فإن رجع فقد لا يشتريه أحد لعدم موافاته للشروط التي يطلبها هذا الأخير^(١).

كما أن المستصنع إذا رأى المطلوب صنعه (المستصنع فيه) فهو بالخيار؛ لأنه (اشترى ما لم يره)، فالقول بأنه اشترى ما لم يره دليل على أنه يريد به ذلك المستصنع، واعتباره شراء دليل على أنه عقد^(٢).

لذلك، فالتسمية لعملية التعاقد بالشراء شيء واضح على أنه يراد به أنه ليس بوعده، والشراء إذا أطلق يراد به عملية التعاقد بالبيع، وأيضاً، فإن الشراء بيع؛ لأنه من الأضداد.

ومن جملة ما سبق من أدلة الفريقين يظهر لنا بوضوح أن أدلة القائلين بأن الاستصناع عقد وليس بوعده أقوى، وهي أجدر بالقول والحكم؛ تحقيقاً لما يراد من الاستصناع في تحقيق منفعة الطرفين؛ المستصنع، والصانع، مع التزامهما بما اتفقا عليه بينهما، دون تراجع يفسد مصلحة أحدهما، ودون إخلال بالموصفات، أو تصنيع للحقوق.

كما أن توصيف الاستصناع بأنه عقد يضمن للناس تقدماً وتطوراً مستمراً في الحركة الصناعية تلبية رغبات الناس المتجددة والنامية.

(١) درر الحكام: ١٩٨/٢.

(٢) انظر فتح القدير: ٣٥٥/٥.

هَلْ هُوَ عَقْدٌ بَيِّعَ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ؟

وإذا توصلنا إلى اعتبار «الاستصناع» عقد بيع، وليس بوعده، بقي أن نناقش علاقة الاستصناع ببيع ما ليس عند المرء، وتعود هذه المسألة إلى أن المال المستصنع ليس موجوداً بصفته المطلوبة وقت التعاقد.

فهل يجري على الاستصناع بهذا المعنى ما ورد في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، أنه قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق، ثم أبيعه، قال: «لا تبع ما ليس عندك».

وفي لفظ آخر عن حكيم بن حزام قال: نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي^(١).

والصورة المذكورة في حديث حكيم هي أن يبيع المرء للناس أشياء لا يملكها، ويأخذ الثمن منهم، ثم يذهب إلى السوق ليشتري هذه الأشياء.

ولا يخفى ما في هذه الصورة من المخاطرة والغرر، فقد لا يجد الشيء المراد في السوق ولذلك يقول شمس الدين بن قدامة: (لا يجوز بيع ما لا يملكه ليمضي فيشتريه ويسلمه؛ رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً^(٢)).

(١) انظر عارضة الأحوذى بشرح الترمذي: ٢٤١/٥؛ وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

(٢) الشرح الكبير مع المغني: ١٩/٤.

فالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان يرتبط بالغرر والجهالة، وهذا يؤدي إلى المنازعة بين الناس، وقد نهى النبي ﷺ عن البيوع التي تحقق فيها هذا الغرر، فروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر).

والغرر ما انطوى عنه أمره، وخفيت عليه عاقبته.

ومن هذا الوجه النهي عن بيع نتاج التاج كأن يقول البائع: بعث ولد ولد هذه الناقة، وكذلك بيع الحمل.

وقال الشوكاني: ومن جملة بيع الغرر: بيع السمك في الماء.

فهل صورة عقد الاستصناع لا غرر فيه؛ لأنه معلوم وموصوف، ومقدور التسليم بحكم العادة، وما تعارف عليه الناس، وتقديرهم لخبرة الصانع، فأسباب الغرر منتفية، والشئ ولو أنه غير موجود وقت العقد إلا أنه مقدور عليه بما وصف به، وبما عرف من إمكانية إنجاز الصانع له؟

ويعالج ابن القيم رحمه الله هذه المسألة في بيانه لحكم بيع المعدوم عند العقد فيرى أن بيع المعدوم جائز إذا لم يكن فيه غرر، وعزا هذا الرأي إلى عدم ورود دليل من الكتاب، ولا من السنة، ولا من أحد الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز، لا بعموم لفظ، ولا بعموم معنى، وإنما ورد النهي عن بيع الأشياء التي هي معدومة، كما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة، وإلى أن الشارع أورد نصاً بجواز بيع المعدوم كبيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح.

والخطر هو للغرر لا للمعدوم فيقول:

(أما المقدمة الثانية وهي أن يبيع المعدوم لا يجوز، فالكلام عليها من

وجيهين:

أحدهما: منع صحة هذه المقدمة إذ ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كلام أحد الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام،

ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع؛ لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً، كبيع العبد الآبق، والبعير الشارد، وإن كان موجوداً، إذ موجب البيع تسلم المبيع، فإذا كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فإنه لا يباع إلاً بوكس، فإن أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع؛ وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع، وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نهى عنه للغرر لا للعدم، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة، أو هذه الشجرة، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره، ولا صفته.

وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله، ونظير هذا في الإجارة أن يكون دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة، وكذلك في النكاح إذا زوجه أمة لا يملكها، أو ابنة لم تولد له، وكذلك سائر عقود المعاوضات، بخلاف الوصية فإنها تبرع محض، فلا غرر في تعلقها بالموجود والمعدوم، وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر.

ثانيهما: أن نقول: بأن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه، والحب بعد اشتداده، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود، والمعدوم الذي لم يخلق بعد.

والنبي ﷺ نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه، وأباحه بعد بدو الصلاح^(١).

(١) في حديث ابن عمر رضي الله عنهما: (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدا صلاحها، نهى البائع والمبتاع)، رواه جماعة إلاً الترمذي. انظر منتقى الأخبار مع نيل الأوطار: ١٩٥/٥؛ وانظر أعلام الموقعين: ٤٦٢/١ و٤٦٣.

عَقْدُ الِاسْتِصْنَاعِ وَعَقْدُ السَّلْمِ

لقد تعرفنا على موقف العلماء من عقد الاستصناع في تعريفهم له، وكيف تناوله المالكية والشافعية والحنابلة بإدخال مسائله في عقد السلم، أو في البيع بالصفة، أو تشبيهه بالسلم.

فما صلة «الاستصناع» «بالسلم»؟

لقد مر بنا ما ذكره ابن رشد ملخصاً موقف المالكية في ربط الاستصناع بالسلم فذكر من مباحث السلم: السلم بالصناعات^(١).

وكذلك ما ذكر في الأم^(٢) من تقسيم الشافعي للسلم بالصناعات إلى قسمين:

الأول: ما كان من مادة خام واحدة ما عدا المادة المزيتة.

والثاني: ما كان من مادتي خام فأكثر ما عدا المادة المزيتة.

وإذا كان المالكية قد شبهوا الاستصناع بالسلم، والشافعية قد أدخلوه في مباحث السلم، فإن الحنابلة قد ذكروا السلم في الصناعات.

وأما الحنفية فقد رأينا كيف عدوا الاستصناع عقداً مستقلاً، وفي تعريفهم له وجدنا ما يميزون به بين العقدین، ففي (اشتراطهم للعمل في الاستصناع تمييز له عن السلم، إذ أن السلم هو بيع أجل بعاجل)^(٣). ففي بيع في الذمة.

(١) المقدمات الممهديات: ٣٢/٢.

(٢) انظر الأم: ١١٦/٢.

(٣) فتح القدير: ٣٢٣/٥.

وقيل: هو أخذ ثمن عاجل بآجل^(١)، والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلاً^(٢).

ويميز السرخسي بينهما عندما يذكر أن البيوع أربعة: بيع عين بثمر، وبيع دين في الذمة بثمر، وهو السلم، وبيع عمل، العين فيه تبع، وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، والعين هو الصيغ بيع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل، وهو الاستصناع، فالمستصنع فيه مبيع عين^(٣).

فالسرخسي ميز بين هذه البيوع ولكنه في الوقت نفسه ساوى بين السلم والاستصناع في كونه بيعاً، ولكن له اسم مستقل وشروط خاصة به^(٤).

كما أن المسلم فيه مبيع وهو دين، ورأس المال، وهو الثمن قد يكون عيناً، وقد يكون ديناً، ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقلين بأنفسهما فيصير عيناً.

أما في الاستصناع فلا يشترط فيه القبض عند أكثر الفقهاء، كما أن السلم لا يشترط أن يكون المسلم فيه مصنوعاً، بل في الغالب يكون طعاماً، أو حيواناً، أو غير ذلك، ولا يشترط فيه الصنع.

أما الاستصناع فيشترط فيه الصنع، والشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي^(٥).

وإذا تتبعنا ما ذكر لدى فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وجدنا الحديث عن الاستصناع بما عرفناه به، وبما عرفه به الحنفية يأخذ مصطلح السلم.

(١) حاشية سعدي جلي مع فتح القدير: ٣٢٣/٥.

(٢) انظر عقد الاستصناع: ص ٦٠.

(٣) انظر المبسوط: ٨٤/١٥.

(٤) انظر عقد الاستصناع: ص ١٢٨.

(٥) انظر بدائع الصنائع: ٢٦٧٧/٦؛ وانظر عقد الاستصناع: ص ٦١.

فلو أعطى للصانع الذي يصنع الآجر، أو الجيار ثمن شيء معلوم، وأخذ منه حالاً، أو إلى أجل قريب أو بعيد لجاز ذلك على أنه سلم^(١) .

واستصناع السيف، أو السرج، أو الثوب، أو الباب، ونحو ذلك من حداد أو سروجي، أو حائك، أو نجار على صنعة معلومة، وبثمن معلوم جائز. وهو سلم يشترط فيه شروطه المعروفة^(٢) .

وهكذا نجد ما يذكر في عقد الاستصناع قد أخذ مصطلح السلم لدى المالكية .

ويضيف الإمام الشافعي رحمه الله، ومن تبعه من الشافعية في الحديث عن السلم بالصناعات ما يفيد اشتراط الضبط في المبيع؛ حتى لا يكون فيه غرر. فيجوز السلم في كل مال يجوز بيعه، وتضبط صفاته^(٣) .

ومثل الشيرازي في المذهب بأشياء تدل على أنها لا تباع إلا بعد صنعها كالفخار. كما جَوَزَ التعامل بالورق المصنوع؛ لأنه معلوم القدر، ومعلوم الصفة، كما يجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل^(٤) .

ويقول الشيرازي: واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز؛ لأنهما جنسان مقصودان، لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبهه الغالية .

ومنهم من قال: يجوز؛ لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما .

ويقول النووي: يجوز السلم في الكاغد عدداً، ويبين نوعه وطوله^(٥) ،

(١) حاشية المدني على الرهوني: ٢٥٢/٣ .

(٢) الشرح الصغير، للدردير: ٢٨٧/٣ .

(٣) المذهب، للشيرازي: ٢٩٧/١ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) روضة الطالبين: ٢٨/٤ .

وفي تحقيق الضبط والدقة يذكر النووي ما يكون من جواز السلم فيما يصب منها في القالب لعدم اختلافه .

وما يكون - كذلك - في صنع الثياب بذكر جنس الخيط كأن يكون من إبريسم، أو قطن، أو كتان، والنوع، والبلد الذي ينسج فيه، إن اختلف به الفرض، كما يجوز السلم في القمص والسرراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً، وسعةً وضيقاً .

وتمتد الدقة في ذكر ما يضبط المصنوعات لتأخذ حكم الجواز لنجد اتساع ذكر المصنوعات التي وجدت في عصرنا فيذكر الأستاذ المطيعي في تكملته للمجموع، مجموعة من الصناعات الحديثة، وجوّز التعامل بها على أساس طلب الصنعة، وأعطاهما حكم السلم، كالثلاجة، والغسالة، والمذياع، والمحركات بأنواعها^(١) .

وما وجه إليه الشافعية من مراعاة الضبط الذي لا يكون معه غرر قد وجد سبيله في الصناعات المعاصرة بذكر مواصفات كل سلعة، وخصائصها، وبقي مراعاة الأمانة وعدم الوقوع في الغش التجاري .

وأما مسألة اختلاط المواد الخام واعتبار الاختلاط نافياً للضبط، فإن هذا قد ضبطت مقاديره لتقدم الصناعات ومعرفة طرق القياس بحيث يستطيع الإنسان أن يقدر السلعة المصنوعة بنسبها، دون اضطراب في التقدير .

وما قاله صاحب المذهب بأنه لا يجوز السلم فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز كالثلاجة بسبب أن الغالبية تكون عادةً من عدة مواد خام كالكاغور والعنبر المخلوط بماء الورد يصبح - الآن - مضبوطاً بمعرفة نسب المكونات، وما يترتب عليها، وعلى ذلك يتغير الحكم لزوال العلة إلى الجواز .

ونجد عند الحنابلة التأكيد على الضبط في السلم بالصناعات كذلك، فهم يجوزون السلم في كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التي تختلف الأثمان

(١) تكملة المجموع: ١٣٠/١٣ .

باختلافها^(١) ، وكذلك يجوزون بيع المذروع من الثياب والخيوط، والشوب
المختلف الغزول كقطن وإبريسم، أو قطن وكتان «فإنه يجوز بيعها من طلب
الصنعة بشرط ضبطها»^(٢) . وذلك بأن يقول: السدى: «إبريسم»، واللحمة:
«كتان»^(٣) ، ونحوه .

وبعد ذكر أقوال العلماء في الاستصناع وإلحاقه بمباحث السلم يحسن أن
نذكر شيئاً يسيراً يوضح معناه ودليل مشروعيته حتى يتضح وجه الربط بين
«الاستصناع» و «السلم» .

السلم:

قال أهل اللغة: السلف والسلم، وأسلم وسلّم، وأسلف وسلّف .

وقال الماوردي: إن «السلف» لغة أهل العراق، و «السلم» لغة أهل
الحجاز^(٤) .

وقال القرطبي في تفسيره: حد علماؤنا – رحمة الله عليهم – فقالوا: هو
بيع معلوم في الذمة، محصور بالصفة، بعين حاضرة، أو ما هو في حكمها، إلى
أجل معلوم^(٥) .

فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون
في الثمار: السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في ثمر، فليسلف في كيل معلوم
ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»^(٦) .

فالسلم من البيوع الجائزة بالاتفاق، مستثنى من نهيه عليه الصلاة والسلام
عن بيع ما ليس عندك، وأرخص في السلم؛ لأن السلم لما كان بيع معلوم في

(١) انظر المغني: ٣٥٦/٤ .

(٢) كشاف القناع: ٣٧٧/٣ .

(٣) انظر المغني: ٣٦٦/٤؛ وانظر عقد الاستصناع: ص ١١٥ .

(٤) انظر السراج الوهاج: ٩٢/٦ .

(٥) انظر مواهب الجليل: ٣٤٢/٣ .

(٦) صحيح مسلم بشرح النووي: ٤١/١١ .

الذمة، كان بيع غائب تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتابعين؛ فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها، فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية، وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج، فلو جاز حالاً بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة، ولم يكن لاستثنائه من بيع ما ليس عندك فائدة.

فحكم السلم - إذن - الجواز، ودليل ذلك الكتاب والسنة والإجماع.
فأما الكتاب فهو قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَهَا الْمُدِيرَاتُ مَآءٌ غَوِيًّا إِذَا تَدَايَنَتْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَكَّنٍ فَآذَنُوا بِوَدْعِ الْغَاطِقِ﴾ الآية.

قال ابن عباس: هذه الآية نزلت في السلم خاصة.
وقال ابن قدامة بعد ذكر هذه الآية: وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس أنه قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أصله الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية.
وأما السنة، فقد ذكرنا منها حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «من أسلف...» وهو حديث متفق عليه.

وروى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال: أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبيزى، وعبد الله بن أبي أوفى، فسألتهما عن السلف، فقالا: نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة، والشعير، والزيت، فقلت: أكان لهم زرع، أم لم يكن لهم زرع؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك.

وأما الإجماع، فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن السلم جائز، ولأن المثلث في البيع أحد عوض العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالمثلث، ولأن بالناس حاجة إليه، لأن أرباب الزرع، والثمار، والتجارات، يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكامل، وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص^(١).

(١) انظر مواهب الجليل: ٣/٣٤٤.

عَقْدُ الِاسْتِصْنَاعِ وَعَقْدُ الْإِجَارَةِ

للاستصناع شبه بالإجارة في طلب الصنع، وهو العمل^(١)، جعل بعض العلماء يقولون: إن الاستصناع «إجارة محضة»^(٢).

وربطوا بين الاستصناع وبين فعل الصباغ، فإن فعل الصباغ هو: الصبغ «العمل» في العين بصبغها، وأن ذلك هو نظير الاستصناع، وإن عمل الصباغ إجارة محضة.

ولكن يفترق الاستئجار على الصبغ عن الاستصناع.

فالصبغ، وهو عمل الصباغ إجارة وردت على العمل في عين يملكها المستأجر، أما الاستصناع فالأصل فيه هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع، ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفه إلا بالعمل فأشبهه العقد - هنا - بالإجارة في حكم واحد لا غير، ولذلك افترق عمل الأجير عن الاستصناع.

ولكي يكون التفريق بين «الاستصناع» و«الإجارة» واضحاً سأذكر تعريفاً وبياناً موجزاً بحقيقة الإجارة وحكمها وآدابها، ثم نذكر ما بينها وبين الاستصناع من فروق.

الإجارة:

والإجارة بيع منافع معلومة بعوض معلوم، وهي معاوضة صحيحة، يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام.

(١) انظر العناية مع فتح القدير: ٣٥٥/٥؛ وابن عابدين في حاشيته: ٢٢٤/٥.

(٢) انظر العناية مع فتح القدير: ٣٥٦/٥.

وقال القرافي في الذخيرة: يقال: آجر - بالمد والقصر - وأنكر بعضهم المد، وهو منقول، قال: ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال، وهي منافع، خصصت الإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرف في تخصيص كل نوع تحت جنس باسم، ليحصل التعارف عند الخطاب.

وقال: وقد غلب وضع الفعالة - بالكسر - للصنائع نحو: الصناعة، والخياطة، والتجارة ونحو ذلك.

والفعالة - بالفتح - لأخلاق النفوس نحو: السباحة، والشجاعة، والفصاحة، ونحو ذلك.

والفعالة - بالضم - لما يطرح من المحقرات نحو: الكُناسة، والقَلامة، والفضالة، والنُخالة ونحو ذلك^(١).

وقال في اللباب: حقيقة الإجارة تمليك منفعة غير معلومة، زمناً معلوماً، بعوض معلوم، وقال: وقد خص تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع الممتلكات باسم الكراء، قال: وحكمها الجواز ابتداءً، واللزوم بنفس العقد ما لم يقترن به ما يفسدها.

قال: وحكمة مشروعيتها التعاون ودفع الحاجات، وقد نبّه الله تعالى على ذلك بقوله: ﴿وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا﴾^(٢).

قال سليمان الجمل في حاشيته على الجلالين: أي ليستعمل بعضهم بعضاً في حوائجهم، فيحصل بينهم تآلف وتضام، وينتظم بذلك نظام العالم، لا لكامل في الموسع عليه، ولا لنقص في المقتر عليه، قال: وعبارة الخطيب: (ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً)، فيسخر الأغنياء بأموالهم الأجراء الفقراء بالعمل، فيكون بعضهم سبباً لمعاش بعض؛ هذا بماله، وهذا بأعماله، فإلتتم قوام العالم؛ لأن المقادير لو تساوت لتعطلت المعاش^(٣).

(١) انظر مواهب الجليل: ١٢١/٤.

(٢) سورة الزخرف: الآية ٣٢.

(٣) انظر مواهب الجليل: ١٢١/٤.

وقال القرطبي في تفسيره عند قوله تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ (٧) (١).

قال: فيه دليل على صحة جواز الإجارة، وهي سنة الأنبياء والأولياء.

وفي السنن الكبرى للبيهقي باب جواز الإجارة، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أَخْرَجَهُنَّ﴾ (٢).

فأجاز الإجارة على الرضاع.

وقال تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْمَدُهُمَا يَتَّابِتْ اسْتَفْجِرَةٌ إِيَّاكَ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ (٣).

قال الشافعي: فذكر الله أن نبياً من أنبيائه آجر نفسه حججاً مسماة ملك بها بضع امرأة، فدل ذلك على تجويز الإجارة.

وقالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: (استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدليل، هادياً خريئاً، وهو على دين كفار قريش فدفعنا إليه راحلتيهما ووعده غار ثور بعد ثلاث ليالٍ)، هذا لفظ البغوي، والحديث في صحيح البخاري باب: استئجار المشركين عند الضرورة.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم، فقال أصحابه: وأنت؟ فقال: نعم، كنت أرمي على قراريط لأهل مكة». أخرجه البخاري في صحيحه في أول الإجارة.

ودليل الإجارة كالبيع، ما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، وتكون الأجرة معلومة استدلالاً بما روينا في كتاب البيوع عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، والإجازات صنف من البيوع، والجهالة فيها غرر، ثم ساق سنداً إلى أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ:

(١) سورة الكهف: الآية ٧٧.

(٢) سورة الطلاق: الآية ٦.

(٣) سورة القصص: الآية ٢٦.

«لا يساوم الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ولا تناجشوا، ولا تبايعوا بإلقاء الحجر، ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره».

قال: ورواه حماد بن سلمة، عن حماد، عن إبراهيم عن أبي الخدري أن رسول الله ﷺ نهى عن استئجار الأجير، يعني حتى يبين له أجره.

واستشهد ابن قدامة في المغني بهذا الحديث - كذلك - فقال: يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً، لا نعلم في ذلك خلافاً؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوماً كالثمن في البيع، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره».

وفي المقدمات لابن رشد: لا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسماة، معلومة، وأجل معروف، أو ما يقوم مقام الأجل من المسافة فيما يحمل، أو توقيت العمل فيما يستعمل، وعمل موصوف، أو عرف في العمل والخدمة، يدخل عليه المتاجرون فيقوم ذلك مقام الصفة، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّمَكَ بِحَدِيثِ أَبِي هَنَّتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ﴾ [القصص: ٢٧].

قال: فسمى الأجرة، وضرب الأجل، ولم يصف الخدمة والعمل؛ لأن العرف والعادة أغنياهما عن ذلك.

قال: وقال ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، وقال ﷺ: «من استأجر أجيراً فليؤجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم». فأمر بتسمية الأجر، وضرب الأجل، وسكت عن وصف العمل، إذ قد يستغنى عن ذلك بالعرف والعادة اللذين يقومان مقامه.

وأما ما روي في السنن الكبرى عن عوف بن مالك وإعراض أصحابه عن الأكل من أجرته، فذلك لكون الأجرة كانت مجهولة.

فمن عوف بن مالك قال: غزونا وعلينا عمرو بن العاص، وفينا عمر بن الخطاب وأبو عبيدة بن الجراح، فأصابتنا مخمصة شديدة، فانطلقت ألتمس المعيشة، فألفيت قوماً يريدون أن ينحروا جزوراً لهم، فقلت: إن شئت كفتيكم

نحرها وعملها وأعطوني منها. ففعلت، فأعطوني منها شيئاً، فصنعت ثم أتيت عمر بن الخطاب فسألني من أين هو؟ فأخبرته، فقال: أسمعك تعجلت أجرك، وأبى أن يأكله، ثم أتيت أبا عبيدة فأخبرته، فقال لي مثلها، وأبى أن يأكله، فلما رأيت ذلك تركتها، قال: ثم أبردوني في فتح لنا فقدمت على رسول الله ﷺ فقال: «صاحب الجزور»؟ ولم يرد عليّ شيئاً، وفي حديث سعيد: لم يزدني على ذلك.

قال البيهقي: «وفي هذا أن الأجرة كانت مجهولة، وفي الذمة معلقة بعين»^(١).

ولا يفوتنا في هذه الرواية أن ننوه بما كان عليه الصحابة، رضوان الله عليهم من تحري الحلال حتى في المخصصة، وأن المجتهد يجد من أصحابه من يقوم اجتهاده، ويصير إلى ما أجمع عليه أصحابه، فعوف اجتهد وأخذ الأجرة على أنها حلال، ورأى أصحابه غير ذلك مع حاجتهم إلى الطعام وأبوا أن يأكلوا، وامتنع هو كذلك معهم، ولما أرسلوه بفتح فتحه الله عليهم إلى النبي ﷺ ذكره بما كان منه بقوله: «صاحب الجزور».

ومن آداب الإجارة ما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه». [رواه ابن ماجه في كتاب الرهون]^(٢).

قال البوصيري في مصباح الزجاجة: (أصله في صحيح البخاري وغيره — ويقصد بهذا رواية أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى لي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره»^(٣) — يقول: لكن إسناد

(١) انظر مواهب الجليل: ١٢٣/٤.

(٢) باب (٤) إجارة الأجير على طعام بطنه، حديث رقم ٣٤٤٣: ٨١٧/٢.

(٣) صحيح البخاري بحاشية السندي: ٢٣/٢، باب إثم من منع أجر الأجير من كتاب الإجارة.

ابن ماجه ضعيف، وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان، وذكره البغوي في المصابيح في قسم الإحسان^(١).

والإجارة في مبحثنا - هذا - تنصرف إلى الإجارة على الصنع، وقد عرفها السرخسي بقوله: إن الاستئجار لصناعة هو: بيع عمل، العين فيه تبع^(٢).

وفرق بين الاستصناع والاستئجار للصناعة بقوله: (إذا أسلم حديداً إلى حداد ليصنعه إناء مسمى، بأجر مسمى، فإنه جائز ولا خيار فيه إذا كان مثل ما سمي، لأن ثبوت الخيار للفسخ ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به، وذلك لا يتأتى هنا، فإنه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه.

فأما في الاستصناع: المعقود عليه العين، وفسخ العقد فيه ممكن؛ فلهذا أثبت خيار الرؤية فيه؛ ولأن الحداد - هناك - في مثال الحداد المستأجر للصنع، يلتزم العمل بالعقد في ذمته، ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه^(٣).

كما فرق الكاساني بين الاستصناع والاستئجار للصنع بقوله: (إن أسلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم، أو جلدأ إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم، فذلك جائز لا خيار فيه؛ لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار فكان جائزاً، فإن عمل كما أمر استحق الأجر. وإن فسد فله أن يضمه حديداً مثله؛ لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديداً، واتخذ فيه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تملك بالضمان. فهذه تختلف الإجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافاً بائناً؛ ولو شابه الإجارة من جهة كون العقد يبطل بموت أحد العاقدين مثلاً^(٤)).

(١) انظر سبل السلام: ١٧٢/٣ و ١٧٣.

(٢) المبسوط: ٨٤/١٥؛ وانظر عقد الاستصناع: ص ١٣٢.

(٣) المرجع السابق: ٨٥/١٥.

(٤) انظر بدائع الصنائع: ٢٦٧٨/٦؛ والاستصناع: ص ١٣٢.

فالصانع يعد من قبيل الأجير المشترك، وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنعه فهو يقدم عملاً لا عيناً، وأما الاستصناع فإن الصانع يقدم فيه مادة وعملاً بها، ولهذا لو تعاقد على أن تكون العين من صاحب العمل، والعمل من الصانع كان العقد عقد إجارة لا استصناع.

وإن دفع إليه بعض المعمول وأمره أن يزيده من عنده ما بقي لإتمامه فهذا جائز ويكون قرضاً.

ولو أمره أن يزيد إليه شيئاً مجهولاً، فإن العقد لا يصح، إلا إذا كان ما أمره بزيادته - وإن كان مجهولاً - من الأمور المعلومة عند الصانع فإنه يصح، وذلك كأن يدفع للصانع ثوباً ليصبغه بعصفر، فهذا يجوز مع أن قدر العصفر غير معلوم، وكل ذلك يختلف باختلاف العرف في كل بلد^(١).

ومع وجوه التفريق بين «الإجارة على الصنع» و«الاستصناع»، فإن بعض فقهاء الحنفية يرون أن «الاستصناع» إجارة ابتداء، بيع انتهاء.

ففي فتح القدير نقلاً عن الذخيرة: الاستصناع إجارة ابتداء، بيع انتهاء، لكن قبل التسليم، لا عند التسليم^(٢).

بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل، ولا يستوفي المصنوع من تركته، ذكره محمد في كتاب البيوع.

لكن القول ببطلان عقد الاستصناع بموت أحد العاقدين أرجعه الحنفية إلى كون الاستصناع له شبه بالإجارة، فهل الإجارة تبطل بموت أحد العاقدين؟

يجيب عن هذا عبد الوهاب البغدادي في كتابه «الإشراف على مسائل الخلاف»^(٣) فيقول: لا تنفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين إذا لم يتعذر استيفاء

(١) انظر الاستصناع: ص ١٣١، نقلاً عن بحث الإجارة المقدم للموسوعة الفقهية في الكويت، للأستاذ مصطفى كمال وصفي فقرة ٣٧٢.

(٢) انظر فتح القدير: ٣٥٦/٥ و ٣٥٧.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف: ٦٦/٢، وانظر هامش الاستصناع: ص ١٣٣.

المنافع خلافاً لأبي حنيفة لقول النبي ﷺ: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته». وهذه الإجارة متروكة للميت فيجب أن تكون لورثته، وهذا ينفي الفسخ، ولأنه عقد معاوضة، فلم يفسخ بموت أحد العاقدين. وتأسيساً على ما سبق فإن «الاستصناع» عقد مستقل مسمى، وهو «عقد الاستصناع» له شبه بالإجارة من جهة كون الصنعة «العمل المطلوب» فيه تكون من الصانع.

أخاتمة

وبعد المعاشة لمباحث «عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة» نستطيع أن نوجز أهم نتائج هذا البحث فيما يلي :

أولاً: عقد الاستصناع من العقود التي لا غنى للناس عنها كحاجتهم إلى الصناعات وتجدها في كل عصر، وحاجة الصناع إلى الأموال التي تعينهم في ذلك .

ثانياً: اختلاف العلماء في جوازه ومنعه ليس إهمالاً للاستصناع وانصرافاً عنه، وإنما في اعتباره عقداً مستقلاً - كما اعتبره جمهور الحنفية - أم داخلياً في مباحث عقود أخرى جائزة - عند غير الحنفية - .

ثالثاً: يقوم حكم الجواز لعقد الاستصناع على الإجماع العملي والاستحسان، وتقدير حاجة الناس إليه، كما اعتبر بعض العلماء السنة دليلاً على جوازه، أما القياس فلا .

رابعاً: بعد مناقشة أدلة القائلين بأن الاستصناع وعد، والقائلين بأنه عقد ترجح القول بأنه عقد بيع، وليس بوعد .

خامساً: إذا كان النهي عن بيع «ما ليس عنده» قائماً على الغرر والجهالة فإن المعقود عليه في الاستصناع لا غرر فيه؛ لأنه معلوم وموصوف، ومقدور التسليم بحكم العادة، وتقديرهم لخبرة الصناع، فأسباب الغرر منتفية، ولو أنه غير موجود وقت العقد .

سادساً: أدخل المالكية والشافعية والحنابلة مسائل الاستصناع في عقد السلم .

سابعاً: للاستصناع شبه بالإجارة في طلب الصنع «وهو العمل» جعل بعض العلماء يقولون: إن «الاستصناع» إجارة محضة، ولكن وجدنا تفريقاً بينهما، كما وجدنا مع التفريق بعض فقهاء الحنفية يقولون: «إن الاستصناع إجارة ابتداء، بيع انتهاء».

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، حمداً كثيراً طيباً طاهراً مباركاً فيه كما يحب ربنا ويرضى، والصلاة والسلام على سيدنا محمد.

ملخص البحث

نحمدك اللهم، ونستعينك، ونستهديك، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائك
ورسلك سيدنا محمد، وبعد.

فيتناول هذا البحث موضوعاً تتجدد حاجة الناس إليه للتطور الكبير الذي
تشهده الحياة المعاصرة، وما يصحب هذا التطور من إشباع الحاجات البشرية
بأجهزة جديدة ملائمة، وآلات، وأدوات، وغير ذلك من مصنوعات، يتقدم
المستصنع إلى الصانع - فرداً كان أم مؤسسة - بصنع شيء تحدد معالمه، وتذكر
صفاته، وكل ما يريد المستصنع في المستصنع فيه، كما يتفق على الثمن. فهذا
الاتفاق هو شكل عقد الاستصناع، الذي عرّف البحث به لغةً، واصطلاحاً، فهو
كما عرّفه فقهاء الحنفية «عقد على مبيع في الذمة، يشترط فيه العمل على وجه
مخصوص».

فخرج بهذا التعريف اعتبار الاستصناع وعداً، أو عقد إجارة، أو بيعاً
بإطلاقه، أو سلماً.

وفقهاء الحنفية عدوا «الاستصناع» عقداً مستقلاً، أما فقهاء المالكية
والشافعية فقد عدوا الاستصناع في أبواب السلم، والفقهاء الحنابلة، جعلوه في
باب ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم.

ولذلك فإن حكم الاستصناع لدى الحنفية - الذين اعتدوا به عقداً
مستقلاً - الجواز. وأدلة هذا الحكم الاستحسان، ووجهه الإجماع العملي،
وحاجة الناس إليه، وليس القياس، ويرى بعض الفقهاء أنّ السنّة تعد من أدلّة
حكم الجواز قبل الاستحسان.

وأما بقية الفقهاء الذين أدخلوا الاستصناع في غيره فهو جائز، لأن هذه العقود جائزة.

وناقش البحث ما قيل عن الاستصناع بأنه مواعدة. وانتهى إلى ترجيح أدلة القائلين بأنه عقد، ومع قوة الأدلة المرجحة فإن القول بالمواعدة ليس محققاً لمهمة الاستصناع في حياة الناس من ناحية، وليس موافقاً لطبيعة الاستصناع من ناحية أخرى.

كما ناقش البحث مسألة اعتبار الاستصناع «بيع ما ليس عند المرء» بسبب أن المال المستصنع ليس موجوداً بصفته المطلوبة وقت التعاقد.

وسبب النهي ما في هذا البيع من المخاطرة والغرر، ولذلك ورد النهي عنه وليس النهي بسبب عدم وجود الشيء، فإذا انتفى الغرر كان الجواز، فالمعقود عليه في الاستصناع لا غرر فيه، لأنه معلوم وموصوف، ومقدور التسليم بحكم العادة، وما تعارف عليه الناس، وتقديرهم لخبرة الصناع.

كما تناول البحث علاقة الاستصناع بعقد السلم، فقد أدخله المالكية والشافعية والحنابلة في عقد السلم، أو في البيع بالصفة، أو تشبيهه بالسلم. وقدم البحث أوجه التشابه والافتراق بين عقد الاستصناع وعقد السلم.

كما عرض البحث علاقة عقد الاستصناع بعقد الإجارة، فالاستصناع له شبهة بالإجارة في طلب الصنع، وهو العمل، ولكن يفترق «الاستئجار على الصنع»، والاستصناع، ومع هذا التفريق بينهما، وجدنا بعض فقهاء الحنفية يرون أن «الاستصناع» إجارة ابتداءً، بيع انتهاءً.

وبعد بيان علاقة عقد «الاستصناع» بالعقود الجائزة، فإن هذه العلاقة تجعل لحكم الجواز في عقد «الاستصناع» قوة.

الدكتور محمد رأفت سعيد

المصادر والمراجع

- ١ - الإجارة، للأستاذ مصطفى كمال وصفي. بحث - موسوعة الفقه الإسلامي - الكويت.
- ٢ - أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، «عرض منهجي»، للدكتور محمد زكي عبد البر، طبعة أولى ١٤٠٧هـ - ١٩٧٦م. دار الثقافة. الدوحة.
- ٣ - إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، لشهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني المتوفى سنة ٩٢٣هـ. المطبعة الميمنية - القاهرة ١٣٢٧هـ. مع تحفة الباري لذكريا الأنصاري مع شرح النووي على مسلم.
- ٤ - الأشراف على مسائل الخلاف والإجماع، لأبي بكر بن المنذر ٣١٠هـ. مخطوطة مصورة عن الأصل في الرباط الأحمدى بالمدينة المنورة تحت رقم ٢٨٩.
- ٥ - الاعتبار في بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار، لأبي بكر محمد بن موسى بن عثمان بن حازم الهمداني ٥٨٤هـ. الطبعة أولى ١٣٨٦هـ.
- ٦ - الأعلام، لخير الدين الزركلي. الطبعة الثالثة. بيروت ١٩٦٩م.
- ٧ - أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية ٧٥١هـ. تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل. دار الكتب الحديثة، القاهرة ١٣٨٩هـ.
- ٨ - الأم، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعي، توفي ٢٠٤هـ. طبعة بولاق، القاهرة ١٣٢٩هـ.
- ٩ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلاء الدين أبي الحسن ابن سليمان المرداوي. طبعة أولى ١٣٧٥هـ. السنة المحمدية، القاهرة.

- ١٠ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني. توفي ٥٨٧هـ. طبعة الإمام، القاهرة.
- ١١ - تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي ٥٣٩هـ. طبعة أولى، جامعة دمشق ١٣٧٧هـ.
- ١٢ - تحفة المحتاج شرح المنهاج، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ٩٧٤هـ. طبعة مصطفى محمد ١٣٠٤هـ.
- ١٣ - حاشية سعدي جلبي ٩٤٥هـ على العناية والهداية، مطبوع على هامش شرح فتح القدير. طبعة أولى ١٣١٦هـ، بولاق، القاهرة.
- ١٤ - حاشية الطحطاوي على الدر المختار، لأحمد الطحطاوي الحنفي. طبعة بيروت ١٣٩٥هـ.
- ١٥ - درر الحكام في شرح غرر الحكام، لمحمد بن فراموز الشهير بمنلاخسرو ٨٨٥هـ ومعه حاشية الشرنبلالي ١٠٩٦هـ. طبعة أحمد كامل ١٣٣٠هـ.
- ١٦ - رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق، للإمام بدر الدين أبو محمد بن أحمد بن موسى العيني ٨٥٥هـ. طبعة الأميرية، القاهرة ١٢٨٥هـ.
- ١٧ - روضة الطالبين، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ٦٧٦هـ. طبعة المكتب الإسلامي، دمشق.
- ١٨ - سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني. صححه وعلق عليه وخرّج أحاديثه فواز أحمد زمرلي، وإبراهيم محمد الجمل. دار الكتاب العربي. طبعة خامسة ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
- ١٩ - السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج، للعلامة أبي الطيب صديق بن حسن خان الحسيني القنوجي البخاري، وهو شرح على ملخص صحيح مسلم للحافظ المنذري. حققه وعني بطبعه الشيخ عبد الله الأنصاري. طبعة الشؤون الدينية بدولة قطر ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.
- ٢٠ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير ١٢٠١هـ. طبعة دار المعارف، القاهرة ١٩٧٣م.

- ٢١ - شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام ٨٦١هـ. طبعة أولى ١٣١٦هـ، بولاق، القاهرة.
- ٢٢ - الشرح الكبير على متن المقنع، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ٦٨٢هـ. طبعة أولى ثانية ١٣٤٦هـ و ١٣٤٧هـ، المنار، القاهرة.
- ٢٣ - شرح المنهاج، لجلال الدين محمد بن أحمد المعلى.
- ٢٤ - صحيح البخاري بحاشية السندي، للإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة بن بردزبه الجعفي البخاري ١٩٤ - ٢٥٦هـ، وبالهامش حاشية أبي الحسن نور الدين محمد بن عبد الهادي السندي، ومعها تقارير من شرحي الإمامين القسطلاني، والأنصاري. طبعة ١٣٧٢هـ / ١٩٥٣م، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.
- ٢٥ - صحيح مسلم بشرح النووي، للإمام مسلم بن الحجاج القشيري، ومعه شرحه للنووي المتوفى ٦٧٦هـ. طبعة المطبعة المصرية ومكنتها بالقاهرة ١٣٤٩هـ.
- ٢٦ - طبقات الفقهاء، لطاش كبري زاده. طبعة ثانية ١٩٦١م، الزهراء الحديثة، الموصل.
- ٢٧ - عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي ٥٤٣هـ، دار العلم، دمشق.
- ٢٨ - عقد الاستصناع، (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير لكاسب عبد الكريم البدران من المعهد العالي للقضاء، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م
- ٢٩ - العناية، لأكمل الدين محمد بن محمود البابر تي ٧٨٦هـ، مع شرح فتح القدير، طبعة أولى ١٣١٦هـ، بولاق، القاهرة.
- ٣٠ - الفتاوى الفياثية، لداود بن يوسف الخطيب، طبعة أولى، بولاق، القاهرة ١٣٢٢هـ، وبهامشها فتاوى ابن نجم صاحب البحر الرائق.

- ٣١ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٨٥٢هـ. طبعة السلفية.
- ٣٢ - الفروع، لشمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي ٧٦٢هـ. طبعة ثانية. دار مصر للطباعة، مراجعة عبد الستار أحمد فراج.
- ٣٣ - كشف القناع على متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ١٠٥١هـ. طبعة الحكومة، مكة المكرمة ١٣٩٤هـ.
- ٣٤ - لسان العرب، لابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن جلال الدين أبو العز مكرم ٧١١هـ.
- ٣٥ - المبسوط، لشمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسي ٤٣٨هـ. ط ثانية، دار المعرفة، بيروت.
- ٣٦ - المجموع شرح المذهب، للإمام أبي زكريا محمد الدين بن شرف النووي ٦٧٦هـ.
- (التكملة الثانية للمجموع) لمحمد بن بخيت المطيعي. طبعة الإمام، القاهرة.
- ٣٧ - مختار الصحاح، لزين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٦٦هـ، ترتيب محمود خاطر المتوفى ١٣٦٧هـ. طبعة مؤسسة الرسالة، دار البصائر ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.
- ٣٨ - المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، طبعة تاسعة ١٩٦٧م، دمشق.
- ٣٩ - مسند الإمام أحمد، للإمام أحمد بن حنبل ٢٤١هـ، وبهامشه منتخب كتز العمال في سنن الأقوال والأفعال. طبعة بيروت، المكتب الإسلامي. دار صادر.
- ٤٠ - المغني مع الشرح الكبير، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ٦٢٠هـ. طبعة أولى وثانية ١٣٤٦هـ. المنار، القاهرة.
- ٤١ - المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية، والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد محمد بن

- أحمد بن رشد القرطبي المتوفى ٥٢٠هـ، تحقيق الدكتور محمد حجي،
وبعناية الشيخ عبد الله الأنصاري. إدارة إحياء التراث الإسلامي، دولة قطر.
طبعة أولى ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
- ٤٢ - منتقى الأخبار، لشيخ الإسلام ابن تيمية مجد الدين عبد السلام بن عبد الله
الحراني ٦٢١هـ، مع نيل الأوطار.
- ٤٣ - المنتقى من كتاب الترغيب والترهيب، للمنذري، انتقاء، وقدم له، وعلق
حواشيه، ووضع فهرسه الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي. من منشورات
مركز بحوث السنة والسيرة.
- ٤٤ - المذهب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي
٤٧٦هـ. طبعة الحلبي، القاهرة.
- ٤٥ - مواهب الجليل متن أدلة خليل، للشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني
الشنقيطي، عني بمراجعته الشيخ عبد الله الأنصاري. مطبوعات إدارة إحياء
التراث الإسلامي بدولة قطر ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.
- ٤٦ - الهداية مع شرح فتح القدير، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني
٥٩٣هـ. طبعة أولى ١٣١٦هـ. بولاق. القاهرة.

المنافسة

عَقْدُ الاسْتِصْنَاعِ

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

يبين يديكم في هذه الجلسة موضوع (عقد الاستصناع)، والعارض هو الشيخ علي السالوس والمقرر هو الشيخ سعود الثبتي. تفضل يا شيخ علي:

الشيخ علي السالوس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله.

عقد الاستصناع حظي بدراسات كثيرة على الأخص بعد أن أصبح وسيلة هامة من وسائل التمويل في البنوك الإسلامية، وبديلاً شرعياً لحالات الإقراض الربوي، وأمامنا هنا أربعة عشر بحثاً، بعضها يحتاج إلى يوم كامل لقراءته، نظرت فيها قدر الاستطاعة، ومما يسر الرجوع إليها أن هناك أشياء متشابهة، فبالنسبة للعقد عند المذاهب الأربعة لا يكاد يكون هناك خلاف، وبالنسبة للآراء التي ينفرد بها بعض الإخوة، هذه يكفي أن نشير إليها، فإذا شاء أحدهم أن يبين رأيه فهو أقدر على بيانه مني، والاستصناع من العقود المسماة عند الحنفية فقط، أما المذاهب الثلاثة فإنهم لا يعدونه عقداً مستقلاً كما سيأتي في بيان الحديث عنه، وننظر إلى الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة، وترك الحنفية للآخر لأن عندهم تفصيلات كثيرة، في الأبحاث – أكثر الأبحاث – ينتهي إلى ما يأتي، علماً بأن المذاهب الثلاثة لم تجعل الاستصناع عقداً مستقلاً وإنما جعلوه ضمن السلم.

فالمالكية خصصوا جزءاً من كتاب السَّلْمِ للسَّلْمِ في الصناعات، أو السلف في الصناعات، وضرِبوا أمثلة لما كان يصنع في عصرهم وأجازوه بشروط السَّلْمِ. أما الشافعية فقد أجازوا السلم فيما صنع من جنس واحد فقط، كالحديد أو النحاس أو الرصاص أو غيرها، ولم يجيزوه فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز، كطست من نحاس وحديد، وكالغالية وهي مركبة من دهن مع مسك وعنبر أو عود وكافور، وجعلوا مثل هذا لا يجوز إلاً يداً بيد، وإجازتهم ما صب في قالب لا يخرج عن قولهم هنا، فإنهم لم يجيزوه إلاً بالشرط السابق، أي أن يكون الأصل المذاب في القالب من جنس واحد، وما نقل من أقوالهم ينص على هذا الشرط، وقد جعل الإمام الشافعي هذا الشرط عاماً حيث قال بعد ذكره: (وهكذا كل ما استصنع). أما ما يجمع أجناساً مقصودة تتميز كالقطن والحريز، فهو موضع خلاف بينهم، والأصح في المذهب الجواز بشرط علم العاقدین بوزن كل من أجزائه.

والحنابلة لا يكادون يختلفون عن الشافعية إلاً في القليل من الفروع التطبيقية، ومن هذا نرى أن المذاهب الثلاثة أجمعت على عدم جواز الاستصناع إلاً بشروط السَّلْمِ، غير أن المالكية أجازوا استصناع أي شيء مما يعمل الناس في أسواقهم من آنتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات، على حين لم يجز الشافعية والحنابلة من هذه الأشياء ما جمع أجناساً مقصودة لا تتميز، هذه خلاصة ما جاء عن الاستصناع في كتب المذاهب الثلاثة.

نتنقل بعد هذا إلى الاستصناع عند الحنفية، ونخرج زفر من الحنفية لأنه خالفهم في هذا ولم يوافق على قولهم في الاستصناع، وإنما هو مع الشافعية، ويؤخذ من كلام الحنفية أنهم اختلفوا في تحديد معنى الاستصناع أيعدّ مواعدة أم بيعاً؟ ولكن الصحيح في المذهب أنه بيع، واستدلوا على هذا، ثم اختلفوا كذلك أهو عقد على مبيع في الذمة أم عقد على مبيع في الذمة شُرطَ فيه العمل؟ والصحيح في المذهب هو اشتراط العمل، بعد هذا نجد أن الحنفية استدلوا لمشروعية هذا العقد بالسنة، فإن الرسول عليه الصلاة والسلام استصنع خاتماً

ومنبراً، وبالإجماع الثابت بالتعامل، وبالاستحسان.

وإذا نظرنا في أدلة الحنفية وجدنا أن السنة المطهرة ليس فيها ما يدل على أن هذا تم بالطريقة التي قال بها الحنفية، وكذلك الإجماع لأنه لو كان هناك إجماع فالمخالفون أكثر من الحنفية، والحنفية أنفسهم قالوا بأن الإجماع بالنسبة للاستصناع من الناحية العملية، ولكن هذا الإجماع الفعلي أهو مواعدة (وَعُدُّ) أم هو بيع أم إجارة؟ فهم يعترفون بأن هناك خلافاً في هذه الناحية، وبالطبع لو كان وعداً فلا خلاف ولو كان إجارة فلا خلاف وإنما الخلاف في أن يكون بيعاً.

بعض الإخوة الباحثين أخذ يؤيد رأيهم بالسنة والإجماع، ويعارض الجمهور في هذا، وجدنا من الإخوة الآخرين من بيّن أن السنة والإجماع لا يؤيدان ما ذهب إليه الحنفية.

الدليل الرئيسي - فعلاً - للحنفية هو الاستحسان: هذا هو الأساس.

بعد هذا نتقل إلى شروط جوازه، فنرى أن الحنفية يشترطون لجواز الاستصناع ما يأتي:

أولاً: بيان جنس المستصنع وبيان نوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدون هذا البيان، وهذا الشرط لا ينفردون به حيث إنه من شروط السّلم.

ثانياً: أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس.

ثالثاً: ألا يكون فيه أجل، وهذا قول الإمام أبي حنيفة وخالفه الصحابان، ويلاحظ عند ذكر الأجل فيما يجري فيه التعامل، أن رأي الإمام أبي حنيفة لا يختلف عن السّلم في الصناعات عند المالكية.

هذه هي الشروط التي اشترطوها لجواز الاستصناع، وهنا نرى الفرق بين الاستصناع والسّلم، وكثير من الإخوة تحدث عن الفرق بالتفصيل (توسّع). فالشرط الأول: هو من شروط السّلم، والشرط الثاني: أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس - هذا ليس من شروط السّلم، والشرط الثالث: ألا يكون فيه

أجل - عكس السَّلْم أساساً وإن أجاز بعضهم السَّلْم بغير أجل كالشافية، ويضاف هنا فارق أساسي جوهرى وهو اشتراط تقديم الثمن في السَّلْم وعدم اشتراط هذا في الاستصناع، وبالطبع عند الماكية التأجيل لفترة معلومة.

تحدث الحنفية بعد هذا عن حكم الاستصناع، وبالرجوع إلى كتبهم (الهداية وشروحها) و (تحفة الفقهاء) و (بدائع الصنائع) وغير هذه الكتب، لأن بعض الإخوة - أو ربما أحد الإخوة فقط - خالف في هذا، من النقول من هذه الكتب يؤخذ ما يأتي:

الاستصناع عقد غير لازم قبل العمل لكل من المتعاقدين، وهذا لا خلاف حوله عند الحنفية، لا يختلفون في هذا أبداً، جميع الحنفية، وهو كذلك غير لازم بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المُسْتَصْنِعُ، حتى لو انتهى منه ولكن لم يعرضه على المُسْتَصْنِعِ، (وعقد لازم) فللصانع أن يبيعه لمن شاء والمستصنع ليس مجبراً.

اختلف الحنفية في الحكم إذا حضر الصانع العين على الصفة المشروطة، هنا يبدأ الخلاف: فظاهر الرواية عن الإمام والصاحبين معه أن الصانع يسقط خياره ويبقى للمستصنع الخيار، حتى بعد أن يحضره وهو مطابق للمواصفات، الصانع يسقط خياره، وللمستصنع الخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك، هذا ظاهر الرواية عن الإمام والصاحبين وروي عن الإمام: أن لكل واحد منهما الخيار، وروي عن أبي يوسف: أنه لا خيار لهما جميعاً، وهذه نقطة هامة جداً، فظاهر الرواية أن المُسْتَصْنِعَ له الخيار حتى بعد المجيء بالمصنوع وعلى المواصفات الموجودة، مثل الإمام والصاحبين، ولكن هناك رواية عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما جميعاً، وروي عن الإمام أن لكل واحد منهما الخيار، والأول هو الأصح كما قال ابن عابدين، هو ظاهر الرواية، أي أن المستصنع له الخيار، ونلاحظ أن أدلة الحنفية هنا - الذين قالوا بأن له الخيار أو ليس له الخيار - تنبني أساساً على القول بمنع الضرر. استدلل بهذا من قال بالخيار ومن قال بالإلزام.

رابعاً: يبطل الاستصناع بوفاة أحد المتعاقدين. وهذا أيضاً لا خلاف فيه عند الحنفية.

من هنا نرى الفرق بين الاستصناع الذي قال به الحنفية وبين السلم، فالسلم عقد لازم ولا يدخله الخيار ولا بد من تسليم الثمن، ولكن في الاستصناع يجوز أن يسلم الثمن كله أو بعضه أو لا يسلم، ومع هذا وجدنا مجلة الأحكام العدلية تأتي برأي يخالف ما رأيناه في كتب الحنفية، حيث رأت أن الاستصناع فيه الإلزام من بداية التعاقد، يعني بمجرد الإيجاب والقبول يكون هنا إلزام حيث نصت المادة ٣٩٢ على ما يأتي:

«إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المُسْتَصْنَعُ مخيراً» يعني التخيير عند عدم توافر المواصفات، ومن الخطأ القول بأن المجلة أخذت برأي أبي يوسف، فقبل العمل وكذلك بعده وقبل أن يراه المستصنع لا خلاف أن العقد غير لازم عند أبي يوسف وغيره، أما المجلة فإنها قالت: إذا قال رجل لواحد من أهل الصنائع إصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبِلَ الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً بمجرد الإيجاب والقبول. . . ولذلك وجدنا الشيخ الجليل فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا يضع تعريفاً يتفق مع ما يراه في هذا العقد لأنه وجد أنه حتى التعريف في المجلة غير كامل فقال في عقد الاستصناع: هو عقد يُسْتَرَى به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف معينة وبثمن محدد.

بعد هذا العرض السريع يبقى أن هناك من أيد وهناك من عارض، ولكن بصفة عامة النقل من كتب الحنفية يبيّن خلاصة ما قلت، ونترك لمن شاء أن يقول رأيه، ولكن قبل أن أترك هذا المكان أحب أن أقول رأبي — من حقي هذا — وهي النتائج والاقتراحات.

أولاً: الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة جزء من السلم لا يصح

إلّا بشروطه وهو عند الحنفية عدا زفر عقد مستقل له شروطه وأحكامه الخاصة.

ثانياً: الشافعية والحنابلة نظروا إلى مادة المصنوع فأجازوا ما كان من جنس واحد واختلفوا فيما يجمع أجناساً مقصودة تتميز بحيث يعلم العاقدان وزن كل من أجزائه، والراجح الجواز، ولم يجيزوا ما جمع أجناساً مقصودة لا تتميز، والمالكية نظروا إلى تعامل الناس فأجازوه ولم ينظروا إلى مادة المصنوع وإنما إلى المصنوع نفسه سواء أكان من جنس واحد أو من أجناس مختلفة، والحنفية — أيضاً — نظروا إلى ما فيه تعامل، فأجازوه استصناعاً غير أنهم أجازوا ما ليس فيه تعامل سَلماً لا استصناعاً، فما ليس فيه تعامل فهو سلم.

ثالثاً: إذا ذُكِرَ الأجل في الاستصناع أصبح سَلماً عند أبي حنيفة، خلافاً للمصاحبين، وهذا يعني أن رأي الإمام هنا كالسلم في الصناعات عند المالكية.

رابعاً: لعل الأولى النظر إلى تعامل الناس في الصناعات في مختلف العصور والأمصار، وبهذا نرجح ما ذهب إليه الحنفية، المالكية. والعرف بضوابطه الشرعية مصدر يحتج به في الأحكام.

خامساً: لم نجد ما يجيز رأي الحنفية في جعل الاستصناع بيعاً على غير وجه السَلْم، وهو معدوم وليس عند البائع، كما أنهم أجمعوا على أنه عقد غير لازم قبل أن يراه المستصنع، وهذا لا يرفع حرجاً ولا يحل مشكلة، وعلى الأخص في صناعات العصر التي قد تكون بالآلاف الآلاف، ولذلك رأينا مجلة الأحكام العدلية وهي في الفقه الحنفي تجعل الاستصناع عقداً لازماً منذ البداية وهذا يخالف إجماع المذهب الحنفي فضلاً عن باقي المذاهب.

ولهذا أقترح ما يأتي:

١ — إذا اعتبر عقد الاستصناع بيعاً ألحقناه بالسَلْم بجميع شروطه، ويصح في الصناعات التي يتعامل بها في أي عصر.

٢ — ما لم يكن سَلماً حيث يتعذر تطبيق شروطه، ويقع الناس في حرج ومشقة، يعتبر وعداً لا بيعاً، وهذا ما قال به بعض الحنفية، حتى لا نقع في

محظور شرعي، وفي هذه الحالة: نطبق قرار مجمع الفقه الموقر في دورته الخامسة بشأن الوفاء بالوعد في المراجعة للأمر بالشراء، ونجعل حكم الوفاء بالوعد في الاستصناع كالوعد في المراجعة، وبذلك يصبح القرار كالتالي: إذا جعلنا الاستصناع بدلاً من المراجعة: الوعد وهو الذي يصدر عن المُسْتَصْنَع أو الصانع على وجه الانفراد يكون ملزماً للمستصنع ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الصانع في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة: إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

٣ - المواعدة: وهي التي تصدر عن الطرفين تجوز في الاستصناع بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في الاستصناع تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده. انتهى المطلوب نقله من قرار المجمع وهذا نعرضه والرأي لكم.

والحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله.

الشيخ علي محي الدين القره داغي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أشكر فضيلة الأستاذ علي السالوس على عرضه الطيب وبارك الله فيه، غير أن ما وصل إليه - الأستاذ الدكتور علي السالوس - من اعتبار الاستصناع سلماً، حينئذ لا يحقق المقصود من الاستصناع، لأن المقصود من الاستصناع ألا يدفع الإنسان الثمن، ولا رأس المال، يكون جاهزاً، أما بالنسبة للسلم لا بد من دفع رأس المال أو من دفع الثمن إما في المجلس كما هو رأي الجمهور أو في ثلاثة أيام كما هو رأي المالكية، وحينئذ يصبح الاستصناع عديم الجدوى بالنسبة لوقتنا الحاضر، ولا سيما في البنوك والأمور الأخرى، أو اعتباره وعداً حينئذ أيضاً لا يكون ملزماً وحينئذ يترتب عليه مشاكل كبيرة جداً كما يقول شرح المجلة

حينما ذكروا في لزومية العقد، قال: كان الناس أيام الزمان حينما يستصنعون، يستصنعون - أعزكم الله - زوجاً من حذاء، فليس هناك أي مشكلة. فحينما يكمل يقول أنا لا أريد أو لا يعجبني، أما الآن فهناك صناعة السفن وغير ذلك، وفي وقتنا الحاضر صناعة السفن وصناعة الطائرات وغير ذلك، فهل بالإمكان أنه يصنع لنا الطائرة أو يصنع لنا سفينة أو يصنع لنا أي شيء ثم نقول إن هذا لا يعجبني رغم توفر الشروط والالتزامات؟ فحيثُ حقيقة بهذه الصورة لما يكون الاستصناع وعداً لا يبقى له أي فائدة ولا أية قيمة، وسوف نعود لهذه المسألة بعد قليل.

ولنا أيضاً بعض الملاحظات على ما ذكره الأستاذ الجليل.

أولاً: حصر آراء غير الحنفية في اعتبار الاستصناع من باب السلم، يؤخذ عليه من أن المالكية - رحمهم الله - جعلوا نوعين من أنواع الاستصناع داخلين في غير السلم، كما في الصفحة الخامسة من بحث الفقير إلى الله حيث يقول: النوع الثاني: كذا وكذا فهذا النوع ليس بسلم وإنما هو من باب البيع والإجارة، والنوع الثالث كذلك: فهذا النوع أيضاً من باب البيع والإجارة، فالاستصناع عند المالكية أربعة أنواع: نوع سلم ونوعان داخلان في البيع والإجارة ونوع باطل، كما هو موجود في بحثي.

إذن من هنا حقيقة لا ينبغي لنا أن نقول بأن غير الحنفية أدخلوا الاستصناع في باب السلم فالمالكية اعتبروا الاستصناع في نوعيه من باب البيع والإجارة.

ثانياً: الملاحظة الثانية في قضية استقلالية الاستصناع: المسألة لا تنحصر حتى في قضية البيع والسلم والإجارة، وإنما هناك حوالي سبعة تصورات، وكل تصور قال به فريق من العلماء كما أسلفت في البحث، هل هو بيع فقط؟ هل هو سلم؟ هل هو بيع وإجارة؟ هل هو إجارة ابتداء وبيع انتهاء؟ هل هو إجارة محضة؟ هل هو موعدة؟ هل له شبه بالسلم والبيع؟ لا هذا ولا ذلك. هل هو جعالة؟ حوالي سبعة أو ثمانية تصورات وبكل تصور قال به فريق من العلماء، وقد رجحنا في الأخير أنه عقد مستقل، ليس سلماً ولا بيعاً ولا غير ذلك بأدلة

مذكورة في بحثي، وحينما ناقشنا الأقوال السابقة قلنا إن الذين قالوا إنه بيع اعترف أكثرهم بنوع من التغير بينه وبين الاستصناع فمثلاً قالوا: إن الاستصناع يخالف البيع في اشتراط العمل في الاستصناع دون البيع، وفي إثبات خيار الرؤية عند بعضهم في الأول، ثم إن الاستصناع لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد العاقدين عند الحنفية، إذن فهو ليس بيعاً، ثم كذلك - ولا أريد أن أطيل على حضراتكم لأنه موجود في الكتاب - الذين جعلوا الاستصناع إجارة يردُّ عليهم أو يُردُّ عليهم بوجود فرق كبير بينهما، فالاستصناع واردٌ على العين والعمل، بينما الإجارة واردة على العمل فقط. وكذلك الذين قالوا بأنه مواعدة، وكل هذه المناقشات موجودة عند حضراتكم.

والقول الذي رجحناه: بأنه نوع مستقل لكنه يحتاج إلى إجلاء من التفصيل وتفتيح المناط وذلك لأن كثيراً من المسائل المختلفة قد حشرت تحت لواء الاستصناع، بحيث نرى أن كل مسألة من باب البيع أو الإجارة أو السلم فيها صنعة أو استصناع لغوي أدخلت في باب الاستصناع المطلوب، ولذلك نرى من الضروري حصر الاستصناع في مفهومه الخاص، بحيث لا يكون فيه خلط أو التباس بغيره، وكذلك ينبغي إبعاد المسائل التي هي مندرجة أساساً تحت عقد خاص - في الإجارة، في السلم - أن نبعدا عن الاستصناع، ولذلك فإذا صيغ عقد الاستصناع على أساس مواصفات السلم وتوفرت فيه شروطه فإنه حينئذٍ سلم، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، ولذلك لو قال وهبتك هذا الثوب بعشرة دنانير أصبح بيعاً وليس هبة، وهكذا الأمر ههنا فلو طلب شخص من آخر أن يصنِّعَ له مصنوعاً موصوفاً في الذمة ولم يحدد الشخص ولا الشيء المصنوع منه بعينه، فهذا سلم يجب فيه دفع الثمن في المجلس عند الجمهور أو خلال ثلاثة أيام عند المالكية، حتى لو سُمي استصناعاً فهو من الناحية اللغوية، وحينما يكون سلماً يكون ملزماً للطرفين ويشترط فيه شروط السلم، وكذلك الأمر حينما يكون المصنوع جاهزاً، فيأتي به الصانع فيبيعه فهذا يكون بيعاً، أو يكون غائباً فيقع عليه العقد وحينئذٍ يكون بيع الغائب،

وكذلك الحكم فيما لو صيغ العقد على أساس الإجارة: بأن يأتي شخص بكمية من الحديد ويستأجر الصانع ليصنع له منه سيفاً أو نحو ذلك فهذا إجارة، ويصبح الصانع أجيراً مشتركاً ويشترط فيه شروط الإجارة، وقد يكون أجيراً خاصاً إذا خصصه لنفسه أو لعمله، ويصبح ملزماً للطرفين، وكذلك الأمر حينما يصاغ على صورة الجعالة أو نحوها، ولذلك يقول الكاساني - وهذا النص موجود عند حضراتكم - (وإذا كان الأمر كذلك فلا ينبغي الخلط وإنما يجب الحكم على هذه المسائل التي ذكرت مع الاستصناع وحشرت معه على ضوء العقود التي تدرج فيها تلك).

وبعد هذا التحرير والتفصيل نقول: إن الاستصناع الذي هو خاص مستقل، هو إذا طلب المستصنع من الصانع صنع شيء معين موصوف في الذمة خلال فترة محددة قصيرة أم طويلة وسواء كان المستصنع عيّن المصنوع منه بذاته أم لا وسواء كان المصنوع منه موجوداً أثناء العقد أم لا. هذا هو المقصود بالاستصناع الذي ورد عليه هذا الخلاف.

وبعبارة موجزة، إن محل عقد الاستصناع هو العمل؛ والعين من الصانع، فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعاً ولا إجارة ولا سلعاً ولا غير ذلك وإنما هو مستقل له شروطه الخاصة به وخصائصه وآثاره العامة.

هذا ما نراه والأدلة على ذلك موجودة، ونكتفي بهذا القدر بخصوص استقلالية الاستصناع، بعد ذلك نتقل إلى مسألة أخرى.

فضيلة أستاذنا الجليل يقول: إن المجلة خالفت مذهب الحنفية، وأنا - حقيقة والحمد لله - اطلعت على مخطوط المحيط البرهاني وهو مخطوط يقع في ثمانية مجلدات ضخام، وعندني - والحمد لله - نسخة مصورة منه من مكتبة أوقاف في بغداد. نذكر لحضراتكم نصاً ينطبق هذا النص من المحيط البرهاني مع ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية - في بحثي - لأن المجلة كما لا يخفى على الجميع التزمت المذهب الحنفي، لكنها لم تلتزم الراجح أو الكتب الظاهرة وقد أخذت بروايات غير ظاهر الرواية كذلك أخذت بالمتأخرين كما في بيع الوفاء وكما في تضمين الغاصب وغير ذلك.

تصوير المحيط البرهاني، الصفحة ٢٤، المذهب الحنفي. هذا الذي ذكرناه وأنا ذكرت ما تفضل به أستاذنا الدكتور علي السالوس، قلنا: هذا الذي ذكرناه هو ما بينه الكاساني في تصوير المذهب الحنفي حيث ذكر: أن الخلاف في اللزوم وعدمه إنما هو في المرحلة الثالثة عندما يكتمل المصنوع ويعرض على المستصنع. لكن المحيط البرهاني صور المسألة عند الحنفية على أن الخلاف وارد في أصل العقد نفسه من حيث اللزوم والجواز - كما ينطبق عليه كلام المجلة - أو بعبارة أخرى ذكر لنا أن بعض الحنفية يرون لزوم العقد بمجرد الانعقاد، وأنقل لحضراتكم النص يقول: (قلنا الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة). ثم ذكر الروايات إلى أن قال: (ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما بل يجبر الصانع على العمل - ما دام العقد موجوداً - ويجبر المستصنع على القبول. ووجه ما روي عن أبي يوسف أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر على العمل، وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع، لأنه أصلاً لا يشتريه غيره أو عسى لا يشتريه غيره أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن الصانع)، ثم ذكر قضية المنبر، وهذا الذي ذكره أبو يوسف وفصله المحيط البرهاني هو الموافق لمقتضى العقود والقواعد العامة في هذه الشريعة الغراء من نفي الضرر والضرار، ورعاية مصالح العاقدين، إضافة إلى الالتزام بقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذَّرْبُ ۖ آمَنُوا وَأَوْفُوا بِالْعُقُوبِ ۗ﴾.

ولذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذه الرواية عن أبي يوسف، ونصت في مادتها ٣٩٢ على أنه «إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً». ويبدو أن المجلة أخذت لزوم العقد من هذا الكتاب (المحيط البرهاني) وهو حجة في المذهب الحنفي وغيره من كتب الحنفية التي صورت الخلاف بهذا الشكل على عكس ما صوره الإمام الكاساني وابن عابدين وجمهرة - مثل ما تفضل الشيخ - من علماء الحنفية، وحقيقة التحرير الذي قام به ابن عابدين والذي وصل إليه،

ما وصل إليه الأستاذ الدكتور علي السالوس، من أنه لا يكون لازماً، أنا في اعتقادي هذا التحرير الذي قام به ابن عابدين اجتهاد منه في فهم نصوص علماء المذهب الحنفي، وحيثُذ يمكن اعتباره طريقة من الطرق، كما هو مصطلح حسب اصطلاح الفقه المذهبي، ولكن لا يمكن اعتباره حسماً في المسألة بأنه لا يمكن تصوير هذه المسألة.

هذا حقيقة ما أردت أن أبينه بخصوص ما ذكره أخي الكبير الدكتور علي السالوس لأنه يبدو أنه لم يطلع على هذا الكتاب القيم وهو المحيط البرهاني.

ثم بعد ذلك أنا - في اعتقادي - أرجح جانب اللزوم وهو أنه ليس هناك أي مخالفة، أولاً هناك الحرية التعاقدية كما يرجح ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية، وأنا في دراسة الدكتوراه توصلت إلى أن جميع المذاهب تقريباً أو الراجح في جميع المذاهب يرجحون بأن الأصل في العقود الإباحة، فإذا لم يكن العقد مخالفاً لأي قاعدة أو لأي نص شرعي فيصبح هذا العقد جائزاً أو لازماً أو ملزماً للطرفين، داخلاً في قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اؤْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وليس باللزوم أن يكون هذا العقد موجوداً في عصر الرسول الله ﷺ أو في عصر الصحابة والتابعين، بينما كان بالتأكيد موجوداً هذا الاستصناع منذ أن وجدت الصناعات، هذا النوع كان موجوداً من الناحية العملية، ولذلك ادعى الحنفية الإجماع الفعلي في عصر النبي ﷺ ولا أريد أن أطيل على حضراتكم فالأدلة على لزومية العقد موجودة، وكذلك إذا نحن وصلنا - لا سمح الله - إلى قضية الجواز معناه ألغينا عقد الاستصناع وأصبح عقد الاستصناع بدون فائدة تذكر، وعلى عكس ذلك تجري البنوك الإسلامية كلها بما فيها البنوك التي يشرف عليها فضيلة أخي الدكتور علي السالوس، فليست حجة طبعاً لكنه في الحقيقة عرف سائد وعرف جائز ولنا استدلال في ذلك والأدلة على ذلك موجودة في صفحات هذا البحث، وهذا ما أردت أن أعرضه وأشكركم على حسن الاستماع وكذلك اعتذر فيما إذا كنت قد أطلت.

الشيخ حسن علي الشاذلي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

في الحقيقة حينما تعرضت للكتابة عن عقد الاستصناع كان من الضروري أن أرى اتجاه الفقه الإسلامي لسد هذه الثغرة التي تحتاج إلى أن يلبي الناس حاجات بعضهم البعض مما يحتاج إلى تصنيع، ومن ثم عرضت البحث الموجود أمامكم على أساس أن أعرض رأي الحنفية ثم رأي المالكية ثم الشافعية ثم الحنابلة. الذي يجمع بين هذه المذاهب جميعاً هو أشياء تصنع ويتم التعاقد عليها إما سلماً وإما استصناعاً، النقطة التي بدت بين الجميع خلافية، هل نطلق أو نوجد عقداً يسمى عقد الاستصناع له خصائصه؟ هذا ما اتجه إليه الحنفية وقد تكلم الإخوة عن هذه النقطة بإفاضة كما رأينا ولكن لي تعليق محدود حتى لا نطيل الكلام.

إن الموضوع هو التعاقد على شيء غير موجود، وأنه سيوجد بعد أن يصنع، وأن الثمن في عقد الاستصناع يصح أن يكون مقدماً، ويصح أن يُدْفَع البعض ويُؤخَّرَ البعض كما حدده المذهب، فحيثُذ موضوعه غير موجود، الثمن قد يتأخر بعضه أو كله، ومن ثم جاء الكلام حول مناقشة الأدلة التي يمكن أن نتخطى بها كونه معدوماً وكون بعض الثمن قد يكون متأخراً، الحنفية عللوا لذلك بجانب الأدلة التي ذكروها من استصناع المنبر أو الخاتم أو ما إلى ذلك من الحمام ودخوله وعدم تحديد ما يستهلكه الإنسان فيه، بجانب ذلك قالوا: إن التعامل بالاستصناع يرجع إلى الإجماع الفعلي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم من غير تكبير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج تحت قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة» وقوله: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». إلى هنا أخذنا من هذا أن هناك صناعات كانت تتم في هذا الوقت، وأنه اتفق على جوازها من هذا الكلام الذي ذكرناه، ومن ثم تابعت بعض المسائل الموجودة عند المالكية حتى أرى ما يمكن أن يكون ديناً بدين، ووجدت صورة عند المالكية أتوا بها:

وهي الشراء من شخص دائم العمل - يعني من لهم حرف - ويتقدم إنسان ليشتري منهم بعض ما عندهم على أن يأخذ في كل يوم جزءاً ثم بعد ذلك يسدد في نهاية المدة، وهذه الصورة كما وردت بنصها أن الناس كانوا يتاعون اللحم بسعر معلوم، يأخذ كل يوم شيئاً معلوماً، ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء، ثم قال المالكية: إن كل ما يباع في الأسواق يأخذ حكم هذه الصورة، ولا يكون إلا بأمر معلوم، يسمى ما يأخذ كل يوم، وكان العطاء يومئذ مأموناً ولم يَرَوْه ديناً بدين، ثم قالوا: وإجارة ذلك مع تسمية الأبطال التي يأخذ منها كل يوم رطلين أو ثلاثة على الشرطين المذكورين، هو المشهور في المذهب، وهو قوله في هذه الرواية - مروى عن الإمام مالك - (أنا أجزيت ذلك استحساناً اتباعاً لعمل أهل المدينة وإن كان القياس يخالفه)، إذن كان هناك بعض البياعات التي تتم بهذه الصورة، فيها السلعة قد تكون غير موجودة حتى أنه يجوز التأخير عندهم في هذه الصورة، يتأخر الشروع إلى عشرة أيام ونحوها، يتم على شيء غير موجود وقت التعاقد، قد يكون ذلك، والثمن متأخر، وأجزيت هذه استحساناً اتباعاً لعمل أهل المدينة.

قارنت بين الأمرين، بين هذه الصورة التي أجزيت استحساناً ودليلها تعامل أهل المدينة، وبين ما قاله الحنفية هنا: من أن ذلك جرى التعامل عليه من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم، ثم بينت أن التعامل هذا الذي يعتبر عرفاً وإجماعاً فعلياً، يمكن أن يكون أصلاً للقول بعقد الاستصناع، إلى هنا نستطيع أن نقول: إن الحنفية دائماً حينما يكون هناك إجماع عملي نجد أنهم يخضعون أو يأخذون بالاستحسان في مثل ذلك - ولذلك جاءوا في الشروط حينما يشترط الإنسان شرطاً ويكون هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين - وقد كان القياس هو الأصل يصح هذا الشرط، ولكن ما تعامل الناس به أجازوه، فقالوا: إذا اشترى نعلًا على أن يَخْدُوهُ البائع أو جراباً على أن يخرز له خفاً أو ينعل خفه أو قلنسوة على أن يبطن له البائع من عنده قالوا: إن ذلك يجوز استحساناً لأن الناس قد تعارفوا هذا النوع من الشرط، وتعاملوا فيه فيجوز

استحساناً التعامل به، والتعامل قاضٍ على القياس، لأن التعامل إجماع فعلي والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، والعرف يترك به القياس.

إذن إلى هنا نستطيع أن نقول إن القول بمشروعية عقد الاستصناع دليله بجانب الأدلة التي ذكروها أن التعامل جرى عليه وقد رأينا ما صرح به المذهب المالكي في الصورة التي ذكرها، وإن كانت لا تتفق مع الاستصناع من كل وجه، ولكن من حيث إنه شيء غير موجود قد يكون غير موجود في الوقت الحالي، وأنه سيوجد وقد يتأخر الشروع أياماً مع أن الثمن مؤخر في هذه الصورة إلى العطاء، لكن صورة الاستصناع مَعَنَا قد يكون الثمن حالاً أو قد يكون معجزاً وقد يكون متأخراً. هذا من ناحية.

الناحية الثانية: لما نظرنا إلى موضوع العقد، موضوع العقد هو الخلاف الموجود هل هو العمل أو العين التي يرد عليها العقد؟ طبعاً العمل غير موجود وكذلك العين غير موجودة، وَوُجِدَ خلاف في المذهب كما قرره الأخ الدكتور علي، يعني الآن المعقود عليه غير موجود قطعاً، والميل إلى جعله متعلقاً بالعين أولى من تعلقه بالعمل، لأننا نحن الآن أمام بيع والبيع يحتاج إلى الأُلَّ نلجأ إلى العمل لأن العمل سوف يكون إجارة، لكن البيع يكون متعلقاً بالعين، فيرد العقد على العين. صحيح أن العين هي المصنعة، فهذا أمر مضاف إليها لكن العين هي التي يرد عليها العقد.

النقطة الأخرى: من حيث لزوم عقد الاستصناع، واضح لنا أن المذهب في كتبه المطبوعة سواء كانت من أول المبسوط إلى الكتب المتأخرة كلها درجت إلى تقسيم الحالات التي يمر بها عقد الاستصناع وهي ثلاثة: على أن الحالة الأولى قبل أن يتم التصنيع لا شك أن العقد غير لازم، وبعد تمام التصنيع، وقبل تقديمه للشخص الذي استصنع هذه السلعة أيضاً يكون غير لازم، ثم جاء الخلاف في اللزوم في المرحلة بعد التصنيع، ثم تقديمه إلى الشخص المستصنع، في هذه الحالة يأتي الاختلاف في اللزوم، هل هو لازم؟ أو يلزم الصانع ولا يلزم المستصنع لأن المستصنع يكون بالخيار أو أن كل منهما يكون له الخيار؟ هذا

ما نقله الأخ الدكتور علي عن المحيط البرهاني ويشكر الحقيقة في متابعتة لهذه النقطة، - وطبعاً المحيط البرهاني مخطوط - وبودنا أن يحقق أيضاً من عدة نسخ، يعني لا بد من تحقيق هذا المخطوط على نسخ المحيط البرهاني وهي كثيرة، حتى نتأكد من أن هذا الوارد هو موجود في المحيط وإن كان لم ينقل إلى هذه الكتب وبخاصة أنها تنقل عن المحيط البرهاني. . وإن السلع التي كانت معروضة أو التي كانت تستصنع في هذا الوقت كانت من الخفة أو من عدم الأثر الكبير بحيث لا تؤثر على المتعاقدين تأثيراً كبيراً، ومن ثم لم تكن بالأهمية بمكان، لكن الآن وقد أصبح أولاً الاستصناع لا يمكن أن يحصر في الدائرة التي ضربت لها الأمثلة إذ أن كل ما تعامل فيه الناس استصناعاً سيجري عليه هذا الأمر فإذا كان الأمر كذلك وقد جرى الاستصناع الآن في كل السلع تقريباً سواء كانت معمرة أو غير معمرة وسواء كانت استهلاكية أو إنتاجية، أصبح العالم الآن يموج بالتصنيع، فهل يمكن أن نقف عند هذا الحد أم أنه يجوز لنا أن نتخطى هذه المرحلة؟ ثم نظراً لخطورة هذه الصناعات التي تعرض نتقل من درجة عدم اللزوم إلى اللزوم حتى لا يضار المتعاقد، سواء كان صانعاً أو مستصنعاً، وبخاصة أن المستصنع إذا رجع عن العقد في تصورنا في الوقت الحالي فإنه لن يجد مصنعاً يقدم له شيئاً، كذلك نفس المصنع أو الصانع إذا نكص عن العقد فإنه لن يجد مشترياً لأن هذا يؤثر على مسيرته في السوق، ومن ثم الاتجاه إلى القول بلزوم العقد هو اتجاه تملية الضرورة الفعلية والتعامل الفعلي القائم في مثل هذه الصناعات، حتى لا يقع ضرر والضرر كبير في هذه الحالات على الصانع أو على المستصنع.

هذا ما أردت أن أبينه بالنسبة للنقاط التي وُجِدَتْ أمامنا وهناك في البحث بعض الأمور يمكن الاطلاع عليها في أن البديل من حيث المذاهب الأخرى وهو السَّلْم أيضاً ضبطه، ووُجِدَ كما عرضه الدكتور السالوس ولا نطيل فيه فالبحث أمامكم ويمكن الاطلاع عليه وشكراً.

الدكتور سامي حسن حمود:

بسم الله الرحمن الرحيم.

في خاتمة هذا التعليق بالنسبة لي الذي أفتقد فيه هذا الجو العلمي بين الإخوة الطيبين في هذا الوسط الفواح الشدى، وهذه الرئاسة الحكيمة، والأمانة العامة الرحبة الصدر، أختتم في أن أبين الجانب التمويلي في عقد الاستصناع، فهذا العقد هو واحد من العقود التي صنعها الاجتهاد صنعاً، الاجتهاد الإسلامي المدفوع لسد احتياجات المجتمعات الإسلامية وضمن قواعد الشرع الحنيف، وإن كان سمي بالاسم عند الحنفية، لكنه من حيث المآل كان موجوداً كما استمعنا عند المذاهب الأخرى، وهذه هي طبيعة الفقه الإسلامي، يغطي الاحتياجات سميت أو لم تُسم.

أهمية العقد في حياتنا المعاصرة: ننظر إلى هذا العقد، وهذا ما أرجوه أن ننظر إلى الاختلافات الفقهية على أنها آراء وتراث، نأخذ منها ولا نتقيد بحرفيتها، نأخذ منها بمقدار ما تلبيه من احتياجات المجتمع، خاصة وأنا نصول ونجول في ميدان الاجتهاد الرحب الفسيح.

فبالنسبة لعملية الاستصناع أولاً: هي مدخل من عمليات التمويل للمؤسسات والبنوك الإسلامية، وقد كان أول من تحدثت معه في هذا أخي الدكتور عبد السلام العبادي باعتباره مسؤولاً عن مؤسسة إدارة وتنمية أموال الأيتام، حيث طبقنا عقد الاستصناع على استصناع حجر البناء الذي تبنى به البيوت في الأردن غالباً، وكان هذا تطبيقاً موفقاً، ومزية عقد الاستصناع عند الأخذ باللزوم به من حيث إنه يمكن أن يكون فيه استصناع واستصناع مواز، كما بين الفقه الحنفي بكل صراحة ووضوح في أنه يجوز لمن تقبّل عملاً - أي أخذ على عاتقه عملاً - أن يقبّله يعطيه لغيره بسعر أقل، فإذا أخذ على النظام القديم ثوباً ليصنعه بعشرة دراهم يستطيع أن يعطيه لآخر ليصنعه بنفس المواصفات بتسعة دراهم فيربح الفرق، وهذا الفرق له مقابل هو الإدارة والمتابعة والتنظيم، كذلك

في حجر البناء يؤخذ لراغب البناء المتر بعشرة دنانير ثم نجد من بينه بنفس المواصفات بتسعة فتريح المؤسسة المالية أو البنك الإسلامي الفرق، وإذا جاء الحجر حسب الوصف فالعقد ملزم وإذا لم يأت حسب الوصف تتحمل الجهة التي تولت التمويل المخاطرة.

هذه الصيغة البسيطة التي نراها في تراث الأقدمين - رحمهم الله جميعاً - في حديثهم عن صناعة خف وثوب وقلنسوة تتطور بها في حياتنا اليوم لسد الاحتياجات التمويلية على أعلى المستويات.

عرضت علينا قضية: قضية تمويل حاجة لإحدى الدول الإسلامية بخمسمائة مليون دولار، وكان الموضوع عَقْدَ سَلَمٍ على البترول، وعقد السلم كما تعلمون فيه تقديم رأس المال وقبض الإنتاج أو تسلم الإنتاج مرة واحدة، ولكن كمية البترول ليس هناك إمكان تسليمها دفعة واحدة، وكذلك في نفس الوقت من المصلحة التَّسَلُّمُ على دفعات، وكذلك من المصلحة دفع لثمن على دفعات أيضاً، فكان عقد الاستصناع هو الوعاء الذي انتقل به الفكر الإسلامي من خف وقلنسوة وثوب إلى تمويل صفقة بخمسمائة مليون دولار، على استصناع البترول بمواصفات معينة من إنتاج آبار معينة، وتم العقد على هذا الأساس، وكم سرت الدولة بأن يكون الفتح لها من باب إسلامي، ثم جاء على طريقة ما ذكرت من الاستصناع والاستصناع الموازي عقد آخر، حتى لا يتضرر المشتري بذبذبات أسعار البترول التي تتحكم فيها السوق العالمية صعوداً وهبوطاً، فُنظِمَ عقد مواعدة على البيع مع جهة تأخذ هذا البترول الخام، وهي مصفاة للبترول تصنعه ليصبح البنزين والسولار ومادة الزفت والمنتجات البترولية الأخرى، وتمت الموازنة بين هذه العقود، فأصبح الكل راضياً، استفادت الدولة الإسلامية واستفاد الممول الذي يبحث عن الطريق الحلال، وتم الإحياء لعقد قدمه لنا الفقهاء بجهدهم وتراثهم - رحمهم الله جميعاً - وندعوا لهم بالرحمة ونسير على منهجهم في تطبيق الاحتياجات وليس في التقييد بالكلمات. وشكراً لكم جميعاً.

الشيخ محمد رأفت سعيد:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه ومن اتبع سبيلهم إلى يوم الدين. وبعد:

عقد الاستصناع من العقود التي تشتد حاجة الناس إليها، فإن حاجة الإنسان إلى السلع التي تستصنع من الحاجات المتجددة، وذلك لتطور الحياة البشرية، بل وبصورة سريعة يكون المُسْتَصْنَعُ اليوم قديماً في الغد، وما صنع هذا العام ليس هو ما صنع في العام السابق، وقد يحتاج الأمر إلى إضافات جديدة تحتاجها طبيعة الآلة أو الجهاز المُصنَّع، وتقضيه ضرورة الاستعمال، كما أن الصانع في إطار هذا القفز السريع في التطور قد يحتاج إلى مال يدخل في تهيئة هذه المصنوعات، وكذلك في نفقاته الخاصة، وعلى ذلك فإن تحقيق حاجة المستصنع والصانع تجعل بينهما هذا الوجه الذي عقداً بينهما، يدفع فيه المستصنعُ مالاً للصانع ليصنع له ما يريد، فكيف يُكَيَّفُ هذا العقد؟ هل هو مواعدة أم بيع؟ وهل يكون بيعاً لما ليس عند البائع فلا يجوز؟ وهل يستثنى من هذا نظراً لحاجة الناس إليه كما استثنى السلم مع تحقيق ما يشترط في السلم من تحديد الصفة والقدر والأجل؟ وهل تحقُّقُ هذه الشروط يجعلنا نسميه سلباً ولا حاجة إلى استحداث اسم آخر كعقد الاستصناع؟ ولكن لوحظ أن هذا الاستصناع يختلف عن السَّلَمِ في وجوه، منها أن عقد الاستصناع يتضمن عمل عامل في الصناعة، فهل هذا العنصر يجعلنا نطلق عليه عقد إجارة، أم أن عقد الاستصناع فيه من جوانب هذه العقود ما يكون بها عقداً خاصاً يسمى بعقد الاستصناع وأنَّ تَصَنُّهُ لهذه الجوانب من العقود الجائزة يمنحه قوة الحكم بالجواز؟

هذه التساؤلات: كانت العناصر التي تضمنها البحث الذي قدمته في عقد الاستصناع وعلاقة هذا العقد بالعقود الجائزة، فإذا تقدم المستصنع إلى الصانع فرداً كان أم مؤسسة بصنع شيء تُحَدِّدُ معالمه وتُذَكِّرُ صفاته وكل ما يريد المُسْتَصْنَعُ في المُسْتَصْنَعِ فيه، كما يَتَّفَقُ على الثمن، فهذا الاتفاق هو شكل عقد

الاستصناع، هذا العقد، فقهاء الحنفية عدوه عقداً مستقلاً، أما فقهاء المالكية والشافعية فقد عدوا الاستصناع في أبواب السلم، وفقهاء الحنابلة جعلوه في باب بيع ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم، ولذلك فإن حكم الاستصناع لدى الحنفية الذين اعتدوا به عقداً مستقلاً الجواز، وأدلة هذا الحكم الاستحسان، ووجهه الإجماع العملي وحاجة الناس إليه وليس القياس، ويرى بعض الفقهاء — كما استمعنا من أساتذتنا الكرام — أن السنة تعد من أدلة حكم الجواز قبل الاستحسان، وإن كان الحديث حديث المنبر وحديث الخاتم — أيضاً فيه ما يحتاج إلى تفصيل ضمنته البحث، وأما بقية الفقهاء الذين أدخلوا الاستصناع في غيره فهو جائز، لأن هذه العقود جائزة، ناقش البحث ما قيل عن الاستصناع بأنه مواعدة، وانتهى إلى ترجيح أدلة القائلين بأنه عقد، ومع قوة الأدلة المرجحة فإن القول بالمواعدة ليس محققاً لمهمة الاستصناع في حياة الناس من ناحية، وليس موافقاً لطبيعة الاستصناع من ناحية أخرى، فكيف تقوم هذه الصناعات الخطيرة على مجرد وعد؟. كما ناقش البحث أيضاً مسألة اعتبار الاستصناع بيع ما ليس عند المرء، بسبب أن المال المستصنع ليس موجوداً بصفته المطلوبة وقت التعاقد، وورود النهي عن هذا البيع لما فيه من المخاطرة والغرر، وليس النهي بسبب عدم وجود الشيء، فإذا انتفى الغرر كان الجواز، فالمعقود عليه في الاستصناع لا غرر فيه، لأنه معلوم وموصوف ومقدور التسليم بحكم العادة وما تعارف عليه الناس وتقديرهم لخبرة الصانع، كما تناول البحث علاقة الاستصناع بعقد السلم، فقد أدخله المالكية والشافعية في عقد السلم أو في البيع بالصفة أو تشبيهه بالسلم. كما قدمت أوجه التشابه والافتراق بين عقد الاستصناع وعقد السلم، عرّضَ البحث كذلك إلى علاقة عقد الاستصناع بعقد الإجارة، فالاستصناع له شبه بالإجارة في طلب الصنع وهو العمل، ولكن يفترق الاستصناع على الصنع والاستصناع، ومع هذا التفريق بينهما وجدنا بعض فقهاء الحنفية يرون أن الاستصناع إجارة ابتداءً ببيع انتهاءً، وبعد بيان علاقة عقد الاستصناع بالعقود الجائزة فإن هذه العلاقة تجعل لحكم الجواز في عقد الاستصناع قوة، ولذلك فإن اختلاف العلماء — وهذا ما أحب أن أؤكد تأكيداً لما استمعنا إليه من

كلام أساتذتنا الكرام في قيمة عقد الاستصناع - في جوازه ومنعه ليس إهمالاً للاستصناع، وليس انصرافاً عنه وإنما في اعتباره عقداً مستقلاً - كما اعتبره جمهور الحنفية - أو داخلاً في مباحث عقود أخرى جائزة عند غير الحنفية.

والذي أختتم به حديثي في تقدير ما يصدر عن مجمع الفقه في بيان حكم الاستصناع أن يقرن بهذا التوجيه للأمة، فالأمة، كلها الآن مطالبة في حياتها المعاصرة أن تطرق مجالات الاستصناع التي تقتضيها المعاصرة، ليتحقق لها الوجود القوي الذي يؤثر ويتأثر بصورة إيجابية، لا تكون في موقع المستهلك فحسب وإنما تحقق في داخلها التكامل الذي يسر الله سبحانه أسبابه، فعنصر المال يفتح مجالات الاستصناع، والمواد الخام والخبرة مع تنوعها، والضوابط التي يقدمها الفقهاء في مثل هذا المجمع في هذه المجالات، تحقق للأمة جميعاً بين الأصالة والمعاصرة، الاستصناع في المجال الطبي، وفي المواصلات، وفي آلات القوة الملتزمة بالحق والعدل وإفشاء السلام، والخير للعالمين، في الأجهزة والأدوات التي تيسر للأمة سبل حياتها، التصنيع الزراعي، وما يحتاجه الإنسان في مأكله ومشربه، بل وفي وسائل ترفيهه التي تتلاءم مع شخصية الأمة، كل ذلك في حاجة إلى النهوض به ونحن نتدارس حكم عقد الاستصناع. وأصلي وأسلم على سيدنا محمد وشكراً.

الشيخ محمد المختار السلامي:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير.

ما تفضل به السادة العلماء الذين تقدموني فتح أبواباً كثيرة، وكانت بحوثاً معمقة بلغت بطون الكتب المطبوعة والمخطوطة فجزاهم الله خيراً على ما بذلوه، وكانت الأمثلة التي ضربوها أمثلة تجعل كل واحد منا يحس بالقضية وبالموضوع، وأنا أبدأ من هنا ثم أذهب فوراً إلى التاريخ.

ما قيمة الاستصناع في عصرنا الحاضر؟ ليس هو الصناعة وما أدخلتها على حياتنا فإن كل واحد منا في معظم حياته ليس في حاجة إلى الاستصناع، بل هو

يذهب إلى المصنوعات فإذا بها معروضة في دور العرض موجودة يستطيع أن يشتريها، ولكن المشكلة أعمق من هذا عندما ننظر إلى بعض ظروف الإنسان والأمة، أما بعض ظروف الإنسان فكل واحد منا يريد أن يبني بيتاً لنفسه في حياته، فيتعاقد مع من يبني له هذا البيت، فما هو هذا العقد؟ هو يتفق معه على أن يبني له بيتاً له مواصفات محدودة ويسلمه له بعد مدة، ويتقاضى الثمن على مراحل، فهل هذا العقد عقد صحيح شرعاً أم عقد حرام؟.

ثم انتقل من هذه الحالة الفردية إلى أمر أقوى منه، وهو الأمة والدولة في قيامها على شؤون حياة العامة، ونبدأ مثلاً بأن الدولة تريد أن تجهز الجيش بالطائرات، فهي تتفق مع شركة من شركات الطيران أن تعد لها في كل سنة عشر طائرات من نوع محدد، لا تستطيع الدولة أن تدفع من اليوم الثمن على أنه عقد سلم، ولا تضمن للأمة سلامتها، إذا قلنا إنه عقد بخيار، فإذا القضية تصبح أكثر أهمية وأكثر خطورة، ومن ذلك ما تقوم به الدولة من مبان وغيرها، فإذا المشكلة أصبحت اليوم لها تأثير على الحياة الخاصة والعامة، غير التأثير الموجود من قبل، المشكلة التي واجهت الفقهاء ما هي؟ حتى نعلم لماذا - في ظني - لماذا اختلف الفقهاء؟ المشكلة هي مشكلة المخاطرة عند تعميم ذمتين، عندما يكون الصانع من ناحية قد التزم بشيء والمستصنع قد التزم بشيء، هذا لم يدفع شيئاً وهذا لم يدفع شيئاً، والشريعة منتظمة لا خلاف فيها، وجعلوا من قواعد التشريع تعميم الذمتين أنه غير جائز، فلما جاءت قضية الاستصناع أدخله من أدخله تحت عقد السلم باعتبار أنه فرغ ذمته وهي ذمة المستصنع بأنه دفع المال، وبقيت ذمة واحدة وهي ذمة الصانع، أما الحنفية فلا بد أن يكون العقد عندهم عقد خيار وذلك لأنه لما لم يدفع صاحب المُستصنَع المال، ولم يَقم الصانع بالعمل. فلا بد أن يكون عقد في كل واحد منهما بالخيار حتى يقع الخروج من هذه المشكلة أي مشكلة تعميم الذمتين. إذن هذا هو - في نظري - قلب المشكلة وكيف اتخذ كل واحد منهما حلاً إما لأنه لا بد من تقديم الثمن كاملاً وإما أنه على الخيار.

وقد رأينا فقهاء سابقين عدوا هذه بعد أن قعدوا القاعدة، عدوا كل ما خالف القاعدة هو من قبيل المستثنيات، ولكن ابن القيم الجوزية - رحمه الله عليه - وهو البعيد الغور لما تحدث عن المشاكل قال: (ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس)، وأنتم أعلم بهذا مني، أراد أن يجعل من هذه العقود عقوداً مستقلة بذاتها وليست مستثناة من القواعد العامة وبسطها بما هو معلوم، فأعتقد أن العقود التي تُجرى اليوم على هذه الصفة لا يمكن فيها أن تقوم الدولة ولا الأفراد بدفع المال معجلاً، ولا يمكن أن تقوم على الالتزام، وأنه يتأكد القول بأن هذه العقود كلها هي عقود جائزة وإلا لوقعت الأمة كلها في خطر، ولا يمكن أن نجيز عقداً وأن ننفي عقداً آخر، ولهذا فالذي يترجح عندي أمران: أنه لا يجب تقديم رأس المال كاملاً كالسلم، وأن عقد الاستصناع - أو سمّه ما شئت - هو عقد ملزم للطرفين. والله أعلم.

عفواً نسيت نقطة: الأمر الذي أريده الانتظام، أن ينتظم فيه الفكر الإسلامي في مباشرة الحياة الجديدة هو أن هذا أيضاً هو أصل المشكلة في المستقبلات التي تحدثنا عنها قبل يومين، فإن الذي يأخذ على نفسه أو يلتزم بأن يعطي للدولة كل يوم عشرة أطنان أو مائة طن من الخبز فلا بد من أن يحقق لنفسه المادة الأولية، وهو لذلك لا بد أن يعقد هذا العقد من هذا النوع الذي يلتزم فيه الطرفان دون تقديم رأس المال. وشكراً.

الدكتور عبد السلام داود العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله.

أرجو أن تسمحوا لي بأن أنقل الحديث إلى نقطة متقدمة في الحوار، واضح أن القول بعقد الاستصناع وفق الفهم الذي رجحه عدد من العلماء، والذي تبنته مجلة الأحكام العدلية على أساس لزوم العقد وعلى أساس ما ذهب إليه الحنفية من عدم اشتراط دفع الثمن - ثمن المُستصنَع - عند العقد، هذا الفهم هو الذي دفعنا للتفكير في قدرات هذا العقد لحل مشكلات التمويل المعاصرة وبخاصة في البنوك الإسلامية، والذي دفعني لهذا - في الواقع والذي حدث فيه

أخي الدكتور سامي - هو النمو الواسع لعقد بيع المرابحة للآمر بالشراء، واضطرار التطبيق لهذا العقد إلى أن يُذَهَبَ في تطبيقه إلى آفاق - في الواقع - لها محاذيرها الشرعية، ذلك أن الذي رجحه المجمع - كما تذكرون في دورة الكويت - هو ضرورة أن يكون هنالك تسليم للأعيان التي يجري شراؤها وفق عقد المرابحة، هذا الأمر إذا طبق في كثير من أنواع السلع التي تُصنَعُ لا يمكن في الواقع أن يحدث تَسَلُّمٌ من البنك أو من الجهة الممّولة لهذه المواد لأنها لا تسلم إلا في حوزة الأمر بالشراء، ولا يعتبر التسليم عرفاً ولا قانوناً إلاّ بأن يجري التسليم في حوزة الأمر بالشراء، فكيف يمكن عند ذلك تصور أن يكون هنالك تسليم أو تسلم من الجهة الممّولة؟

في التطبيق: البنوك الإسلامية ما عادت تراعي هذا كثيراً، وأغفلت موضوع التسليم وأصبح هناك تطبيقات تفصيلية ليس هنا مجال الحديث عنها قائمة على التساهل في هذا الأمر. هذا من جانب.

من جانب آخر لاحظنا أنه في عقود بيع المرابحة، هذه العقود لا تقوم بدفع أو تمويل عمليات أجور البناء، يعني شخص يريد أن يبني بيتاً: هذا الشخص إذا أراد أن يبني بيتاً عن طريق البنك الإسلامي هو يشتري فقط المواد، أما ما يدفعه من أجور مصنعة وبناء وغير ذلك لا يمكن أن يمّول عن طريق بيع المرابحة، وإذا دفع سيكون عبارة عن محض قرض ربوي، هذا في الواقع الذي دفعنا إلى التفكير في قدرات عقد الاستصناع فوجدنا أن العملية يمكن أن تتم من الناحية الشرعية وعلى أساس ترجيح ما ذهب إليه الحنفية، وبالذات رأي أبي يوسف، وما تبنته مجلة الأحكام العدلية، على أساس أن يقوم هناك عقد بين الراغب في المادة المصنوعة أي كانت ذلك، حجراً أو أثاثاً أو مواد بناء إلى غير ذلك، أن يعقد عقداً مع البنك الإسلامي على أن يتولى البنك أو الجهة التمويلية تقديم هذه المادة المصنوعة وفق ما يتفقان عليه من شروط، وغالباً ما تكون هذه الشروط فيها تأجيل للثمن، ثم بعد ذلك يذهب البنك الإسلامي أو الجهة الممّولة الإسلامية إلى صانع مختص في هذا العمل، فيتفق معه بعقد آخر لا علاقة له

بالعقد الأول بتنفيذ هذه الصنعة، والعلاقة الحقوقية والالتزامات المترتبة بين المستصنع في العقد الأول والجهة التمويلية - البنك - والصانع في العقد الثاني والجهة التمويلية - البنك - منفصلتان تماماً ولا علاقة بينهما، وبالتالي كل عقد يعامل من حيث ما يتعلق به من خلافات في ظله وضمن شروطه ومواصفاته، وفق هذا الفهم تم استحداث نوعين من العقود: عقد بين المستصنع والجهة الممولة (البنك)، وعقد آخر بين الصانع وبين الجهة الممولة، وسرنا في هذا التطبيق على أساس هذا الفهم وهو الذي قدمته في ورقة العمل التي بين أيديكم، وأرقت بها صوراً لبعض العقود في هذا المجال لعل في ذلك تنويراً حول ما نقوم به، هذا فيه شيء قريب، وقد لجأ أحد البنوك الإسلامية إلى شيء قريب من ذلك كما هو في قطر، وكما أشار الشيخ السالوس في ورقته، في ظني الاستفادة من هذا العقد في المجال التمويلي، - نحن مسلمون في مجال الصناعة أن قدرات هذا العقد فذة ويلبي الحاجات التي تحتاجها الأمة كما شرح أستاذنا الإسلامي - أما في مجال التمويل فهذا العنصر الجديد الذي دخل في فوائد هذا العقد، والذي يمكن أن يكون في الواقع من أدوات التمويل الرئيسية في البنوك الإسلامية، وشكراً.

الشيخ عبد الله محمد عبد الله:

بسم الله الرحمن الرحيم.

هو في الواقع أن عقد الاستصناع عقد له أهميته خاصّة في هذا العصر الذي تطور فيه كل شيء، وأصبحت الصناعة هي عموده الفقري، ويعجبني كلمة لأبي الحسن الماوردي قالها في عصره - ولا أعتقد أن الصناعة في ذلك العصر وصلت إلى ما وصلت إليه اليوم أو كانت لها أهمية كما لها الآن، أنقل كلمة من سطر ونصف فقط للبيان والتوضيح - قسم المكاسب إلى أربعة أوجه: نماء زراعة، ونتاج حيوان، وريح تجارة، وكسب صناعة، والمهم هو تركيزه على قوله كسب الصناعة، قال: (القول في الصناعة وأنها وثيقة الصلة بالأسباب الثلاثة وأنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام: صناعة فكر، وصناعة عمل، وصناعة مشتركة بين

فكر وعمل، وتكلم عن العمل الصناعي بأنه أعلاها رتبة لأنه يحتاج إلى معاطاة في تعلمه ومعاناة في تصوره).

هذه الكلمة في الواقع تبين لنا أهمية عقد الاستصناع في هذا العصر، لأن الصناعات تطورت، وتنوعت، وأصبحت مهمة، حتى إن مجلة الأحكام العدلية وهي قد مضى عليها تقريباً أكثر من مائة سنة، شعرت بأهمية هذا العقد وبينت فيه - الجماعة الذين وضعوا المجلة - بَيّنوا أهمية هذا العقد ونصوا في المذكرة التي رفعوها إلى الجهات المعنية على أهمية عقد الاستصناع، ولهذا يعتبر الفقه الحنفي في الواقع كما يعبر عنه علماء القانون في العصر الحديث عندما وضعوا أبواباً منفصلة عن عقد الإجارة تعالج عقد الاستصناع تحت عبارة عقد المقاولات، فأبرزوا أهمية عقد المقاوله ومدى استجابتها، لظروف العصر، واهتموا أيضاً بتنويع التقنيات الوضعية في مسألة معالجة عقد الاستصناع في ناحيتين: في العقود المدينة تحت اسم عقد المقاوله، واهتموا أيضاً في القوانين البحرية بالنص على المقاوله في بناء السفن، وتظهر أهمية هذا إذا قلنا بلزوم العقد، فالحنفية: في الواقع أنا نقلت لهم من كتاب غنية ذوي الأحكام في حاشية درر الأحكام لملا خسروا، قال الشرنبلالي في حاشيته على درر الحكام والمسمى غنية ذوي الأحكام في حاشية درر الحكام تعليقاً على قوله: وله - أي للأمر - الخيار أي دون الصانع وهو الأصح، وعن أبي حنيفة: أن الصانع له الخيار، وعن أبي يوسف: لا خيار لواحد منهما، وذكر شراح المجلة عندما نقلوا هذا النص في مادة المجلة على أن هناك اختلافاً في روايات المذهب الحنفي، فمنهم من ينقل عن أبي يوسف: أن اللزوم لا يكون إلا في وقت لاحق، ومنهم من يقول: إن العقد يكون لازماً من بداية العقد، وهذا الذي أخذت به المجلة في لزوم عقد الاستصناع.

أما بقية المذاهب الأخرى فهي في الواقع لم تهمل عقد الاستصناع، بالعكس إنما عالجه بأسلوب آخر، فالإمام الشافعي نص على أن الطالب يستطيع أن يشتري المادة ويطلب صنعها، عند الحنابلة أيضاً في اشتمال عقد البيع على

شرط كأن يشتري قماشاً ويطلب خياطته، كذلك في المذهب المالكي نصوا في عدة أماكن على ما يحقق عقد الاستصناع، ومنهم اجتماع عقدين كعقد البيع وعقد الجعالة، وضربوا مثلاً لذلك بالطيب. - مثلاً - لو تقاول مع الطبيب على أن يعالج هذا المريض على أن يكون الدواء منه، فالمذاهب الأخرى لم تهمل جانب عقد الاستصناع بل عالجه بوسيلة أخرى غير الوسيلة التي عالج بها المذهب الحنفي والذي كان موفقاً جداً في جعله عقداً مستقلاً له أحكامه وشرائطه، وشكراً.

الشيخ عبد القادر العماري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أشكر الإخوة العلماء، الذين قدموا بحوثاً ضافية مما يدل على علمهم الغزير، وأنا أؤيد ما قاله الشيخ المختار من أننا في عصر يجب أن يكون هناك اجتهاد جديد في العقود التي نحتاج إليها في هذا العصر، وشيخ الإسلام ابن تيمية سبق أن ضاق ذرعاً بتعقيدات الفقهاء، وهم - رضوان عليهم - اجتهدوا على حسب بيناتهم وعلى حسب ظروفهم، شيخ الإسلام قال: هذه التعقيدات التي تُشترط في البيع لا أصل لها من كتاب ولا سنة ولا أثر عن الصحابة ولا قياس ولا عليها عمل المسلمين قديماً ولا حديثاً ولا مصلحة فيها ولهذا من عامل الناس بما استقلوه ونفروا منه فاعلم أنه من المنكر لا من المعروف، مثل اشتراط الصيغ في العقود، وتسمية مقدار الثمن وغير ذلك، واشتراط رؤية المبيع ووجوده، بل إذا وصف به المقصود كفى، وقال تلميذه ابن القيم في عقد الاستصناع: الذين حرّموه بعضهم استندوا إلى أنه من بيع المعدوم، يقول ابن القيم: ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ لا بلفظ عام ولا خاص ولا في كلام أحد الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، وإنما في السنة النهي عن بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيها النهي عن بعض الأشياء الموجودة. فليست العلة في المنع العدم ولا الوجود، بل الذي ورد في السنة النهي عن بيع الغرر، وهو الذي لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً

أو معدوماً، مما يرتبط بذلك: في الصباح سمعت في بعض الأحاديث أنه لا يجوز دفع الأجرة مقابل الكفالة، وقال الشيخ - حفظه الله - في بحثه: إن الدليل على ذلك أنه عقد تبرع، وعقود التبرعات لا يجوز فيها الأجر، ومثله وقاسه على القرض، وردَّ على القائلين بأن الناس في حاجة إلى ذلك في هذا العصر، بأن هذا دليل غير صحيح، والواقع أن الدليل يجب أن يورده هو، لا الذين يقولون بأنه يجوز في هذا العصر الذي تغيرت فيه الظروف وتغيرت فيه الأحوال أن نجعل للكفالة أجراً، نحن نرى الناس - مثلاً - يتورطون في حوادث، ولا يجدون من يكفل عنهم إلا بأجر، وهذا شيء معروف، فإذا ذهبت إلى أي بلد أنت لا تستطيع أن تلزم الناس أن يتبرعوا، وأن تكون عندهم الشهامة والمروءة كما كانت سابقاً، لا بد أن تتغير الأحوال، ولا بد أن تنمشى مع تغير الأحوال، وتنقيد بما في الكتاب والسنة ولا تنقيد بأقوال فقيهه، وسمعت أيضاً في الصباح البحث عن موضوع (ضع وتعجل)، وأنا أناشد الإخوة ألا يتعجلوا في التحريم، لأن هناك في هذا الموضوع جوانب إنسانية، أحياناً نلمسها نحن في القضاء، فإذا تورط الرجل في ديون كثيرة، إذا كانت حالة فما هناك مشكلة، ولكن هناك ديون، بيت بناه ليسكنه وله أسرة ويأتي من يريد أن يساعد هذا الرجل المتورط الذي ارتكبه الديون، يريد أن يساعده أو جهة تريد أن تساعده بمبلغ، وتتصل بالدائنين تقول لهم: ضعوا من هذا المال ونعجل لكم بعض مالكم في مقابل التنازل، فهذه الأمور يجب أن نبحثها على روية وأن تنقيد بالكتاب والسنة، وأن نجعل هناك حدوداً للجوانب الإنسانية والجوانب التي فيها الربا، مثلاً لا ندع أن يستغلها المرابون في البنوك الربوية، أهل البنوك الربوية لا يسألون عن تحليل أو تحريم، ولكن نرشد المسلمين الذين هم أهل التقى وليس المسلمين كلهم سواء، لكن هناك من سيقيد بقراراتكم هذه، نرشدكم ونعرفهم ما يجب عليهم في الأمور الإنسانية، وما يحرم عليهم في الأمور غير الإنسانية، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

حجة الإسلام محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم .

بكل اختصار يبدو أن عقد الاستصناع هذا يختلف عن العقود الأخرى التي نسب إليها من خلال عدم تمتعه بخصائص هذه العقود، فلا هو سَلَمٌ خصوصاً عند عدم تعيين الأجل وعند تأخير الثمن، ولا هو إجارة لأنه فيه عمل ومواد، وعلى أي حال هو عقد يختلف عنها، المهم عندي أن نعرف دليل مشروعية هذا العقد، هذا هو المهم عندي وإن كانت أقوال الفقهاء كلهم — رحمة الله عليهم — تفسح الطريق أمام معرفة الدليل لأي موضوع — دليل الحكم — .

أهم ما يذكر من أدلة لهذا العقد هو ما أسماه السادة الحنفية بالإجماع العملي، وما نسميه نحن في اصطلاحاتنا الحوزوية عندنا بسيرة المتشعبة أو عرف المتشعبة، هذا العرف — وليس العرف مصدر الأحكام — إنما يكشف عن السنّة من باب التقرير أو الإقرار إذا توفر فيه شرطان:

الشرط الأول: هو أن يمتد إلى عصر الرسول عليه الصلاة والسلام امتداداً قطعياً بحيث نقطع بأنه كان سائداً في ذلك العصر .

الشرط الثاني: ألا يصدر نهْي خاص به أو عام ينفيه .

فمع وجود هذا العرف ومع عدم صدور النهي منه عليه الصلاة والسلام نستفيد التقرير والإقرار لمثل هذا العقد المشروع، هذا العقد أو هذان الشرطان أعتقد أنهما متوفران، فامتداد هذه السيرة أو هذا العرف يكاد يكون واضحاً إلى ذلك العصر بل إلى عصور قبله، والأمر الثاني صدور النهي لم يثبت على الأقل، يعني لم يصدر نهْي خاص عنه بالخصوص، وما يتصور من وجود نهْي عام هو «لا تبع ما ليس عندك»، إذا سدنا كل جوانب الاستدلال بهذا «لا تبع ما ليس عندك» أو النهي عن بيع المعدوم، فيه احتمالات ذكرتها في هذا الصباح، منها أنه نهْي عن بيع عين شخصية مملوكة لآخر، أو نهْي عن بيع شيء لا يضمن تسليمه وما إلى ذلك. لا نستطيع أن نعتبر هذا نهياً عاماً عن هذه السيرة وحينئذ فالسيرة

ممتدة ولا نهى عنها وحيثند نعتبر العقد مشروعاً، بل حتى لو لم تكن هذه السيرة فإن هذا العقد عقد عرفي، وهو مشمول لقاعدة «أوفوا بالعقود» وحيثند فالذي اعتقده أننا لو سلطنا هذا الطريق — طبعاً الاستحسان مع وجود مثل هذا الدليل لا معنى له — لو سلطنا هذا الطريق فإن العقد يصبح مشروعاً، وبطبيعة الحال فإن المتعارف هو العقد اللازم هو اللزوم في هذه العقود، المتعارف ذلك، وهذا العرف — كما قلت — يمتد إلا أن ينكر أحد ذلك وله الحق إذا رأى ذلك، الذي أراه أنه يمتد ويمتد كعقد لازم، فما ذكرته المجلة يبدو هو المنسجم مع هذا الاستدلال، وأشير إلى ما أشار إليه الأخ الأستاذ الدكتور سامي: الاستصناع الموازي بتقييله للآخرين، هذا أمر أرى فيه إشكالاً بعد أن ورد نهى عن تقييل الإجارة بإجارة أقل منها، وتقييل المضاربة بمضاربة أقل منها، وحيثند لي فيه إشكال.

أما ما ذكره الدكتور سامي من أنه هناك عقود لتوريد البترول، فلا أعتقد أن مسألة البترول — وهو أمر يورّد ولا يتم عليه عمل — لا أعتقد أنه مشمول لهذا العقد إلا أن نتوسع في هذا العرف فنقول: العرف الممتد يشمل حتى مجالات عدم التصنيع، تهيئة المواد التجارية من أماكن بعيدة. إذا توسعنا فحيثند يمكننا أن نقول ونصحح عقد التوريد وعقد مسألة البترول وأمثال ذلك. وشكراً.

الدكتور رفيق يونس المصري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

الحقيقة أن المفروض في بحوث بيع الاستصناع كما فهمت أنا من طرح إدارة المجمع، وكما يفترض أن يفهمها الإخوة الباحثون، هو أن لا نعيد ما سبق معرفته — يعني — في الكتب الفقهية أو في مظانها من الكتب الفقهية، أو في كتب المفردة لهذا الموضوع، إنما المقصود هو أن نطرح الأشياء الجديدة، وأنا بي الحقيقة عندي اقتراح محدد، أرجو أن أطرحه على مسامعكم، وأن يكون وضع نقاش عطفاً على ما كنت ذكرته في السابق، في مداخلة سابقة.

الموضوع على وجه التحديد: أننا نحن نعلم من خلال الشريعة الإسلامية

أن تأجيل أحد البديلين في البيوع جائز بلا خلاف، ولكن السؤال المطروح هنا والذي قد نحتاج إليه فيما يسمى بعقود التوريد التي عمت بها البلوى في عالمنا المعاصر، السؤال هو: هل يجوز تأجيل البديلين معاً في البيع؟. أنا أتساءل هنا لماذا لا يجوز تأجيل البديلين في البيع إلى أجل واحد مثلاً؟ لا يقال إن في هذا ربا نساء لأن تبادل الثمن والمبيع لا يفصل بينهما أي زمن، وينطبق عليه أنه تم يداً بيد من حيث التقابض، وإن لم يقع هذا التقابض عقب العقد مباشرة، ثم إن هذا البيع ليس فيه في الواقع ربا نساء ولا ربا فضل، لأنه ذهب بمقمح، أو فضة بتمر، وبذلك يمكن أن نتساءل: لماذا لا يجوز تأجيل البديلين إلى أجلين مختلفين أيضاً؟ فإن كان أجل الثمن أبعد كان البيع نسيئة، وإن كان أجل المبيع أبعد كان سلماً، قد يقال هنا إن في هذه الصورة غرراً من حيث تأجيل البديلين، وقد قال بذلك بعض من كتب في هذا الموضوع منهم أخى وجارى الدكتور نزيه - وهو غائب الآن - في بحثه الذي كان قد نشره له المركز بعنوان «بيع الكاليء بالكاليء»، قد يقال إذن إن فيه غرراً من حيث تأجيل البديلين، ولكن هذا في نظري - والله أعلم - غير صحيح وهاكم البيان.

إن البيع إذا تم فيه التقابض في المجلس فلا غرر فيه على الإطلاق، وهو من أبعد البيوع عن الغرر وشبهته، قال الإمام الشافعي في «الأم»: «الأعجلُ أخرجُ من معنى الغرر وإذا تم فيه قبض أحد البديلين فقد حضره الغرر لأن أحدهما - ولنفرضه المشتري، أحد المتعاقدين، هب أنه المشتري هنا - يقبض المبيع، ويؤجل تسديد الثمن إلى أجل معين أو إلى آجال متعددة على نجوم «أفساط» وقد يحدث تغير في ثمن بيع السلعة خلال مدة الدين، فإن زاد الثمن تضايق البائع، وإن نقص الثمن تضايق المشتري، وهذا يحدث أيضاً في بيع السلم، أما لو تعاقدا على تقابض مؤجل فكذلك قد يقع تغير في الأسعار، فيكون له نفس الأثر على كل منهما، أنا أريد أن أبين أن في تأجيل أحد البديلين غرراً، لكن الفارق بين البيع المؤجل - البدل الواحد - البيع الذي يتأجل فيه بدل واحد، والبيع الذي يتأجل فيه البدلان معاً أن أحدهما في البيع الأول - أي أحد

المتعاقدين في البيع الأول - يكون قد تمتع بالبدل المعجل، تمتع البائع بالثمن في بيع السلم، وتمتع المشتري بالمبيع في بيع النسيئة، وهذا التعجيل له أثر على ثمن التعاقد، لكن الغرر على كل حال لا يختلف بين البيع الأول والبيع الثاني ويستويان معاً - أي المتعاقدان - في تحمل المخاطرة كما يتحملها الشركاء في الشركة، فإن بقيت الأسعار ثابتة فلا مشكلة في الواقع، وإن هبطت تأثر المشتري، وإن ارتفعت تأثر البائع لأنه يكون قد باع بثمن رخيص، وعلى هذا فلا فرق في الغرر بين بدل واحد يتأجل أو بدلين يتأجلان - كما يذكر بعض الباحثين - ولا سيما إذا كان للتعجيل والتأجيل أثر في تحديد ثمن البيع، فأين الغرر المتعاطم الذي ادعاه بعض الفقهاء إذا تأجل البدلان؟ لعلهم نظروا إلى بدل وبدلين مع أن النظر يجب أن يكون للمتعاقدين لا للبدلين، والمتعاقدان هما أنفسهما لم يتغيرا في كلا البيعين، وهذا البيع المؤجل الذي يتأجل فيه البدلان قد تدعو الحاجة إليه كما تدعو الحاجة للسلم وكما تدعو الحاجة إلى بيع النسيئة، فقد يرغب أحدهم في التعاقد على سلعة أو خدمة يتسلمها في أجل معين لحاجته إليها في هذا الأجل، ولا يريد المشتري تعجيل الثمن كله للبائع كما في السلم، لأنه قد لا يملك الثمن كله الآن، أو يرغب في أن يبادل البائع قسطاً بقسط أي قسطاً من المبيع بقسط من الثمن، وقد لا يكون البائع محتاجاً إلى المال من المشتري بالذات وهذا كعقد الاستصناع وعقود التوريد والمقاوله أما باقي الأمور فهي معروفة لديكم. وشكراً.

الأستاذ عبد اللطيف جناحي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أبدأ مداخلتني أولاً بالشكر ثم أمنية ثم أدخل في صلب المشروع.

أما الشكر فموجه من بنك البحرين الإسلامي والبنوك الإسلامية لرئاسة هذا المجمع ولأمينه العام ولهذا الجمع الطيب من علمائنا الأفاضل على ما يقدمونه من خدمات جلييلة للمصارف الإسلامية يتعلق بأعمالهم اليومية، فهذه المواضيع التي تبحث إنما هي من احتياجاتنا يوماً بيوم، وأرى أنه من واجب العرفان أن

تقوم هذه المصارف بتقديم الدعم بشتى أنواعه لهذا المجمع حتى يستطيع أن يقوم بدوره بدون معوقات .

أما الأمنية فهي أن هذه الأبحاث القيمة المتعلقة بأعمالنا تترجم لدينا في المصارف إلى عقود، وخشية أن يستنبت أولئك الذين يضعون العقود نواحي معينة من هذه الأبحاث تخرجها عن أصلها، فإنني أتمنى على هذا المجمع أن يضع عقوداً نمطية تستنير بها البنوك الإسلامية فتم بذلك وحدة العمل، وقد يكون من المناسب أن تعقد ندوة خاصة تناقش فيها هذه البحوث بوجود علماء هذا المجمع وبوجود المصارف الإسلامية، وبذلك تتم وحدة العمل وتعم الفائدة.

أدخل الآن في صلب موضوعنا، موضوع عقد الاستصناع: لم يعد هذا الموضوع متعلقاً اليوم بباب يصنع أو مجموعة أبواب أو مجموعة معدات صغيرة، إنما هي تتعلق بالذات بمصانع ضخمة مبالغها تتجاوز الملايين إن لم نقل حتى البلايين، مصانع تكرير، مولدات كهرباء ضخمة، هذه المصانع وهذه المعدات لا يمكن أن نعرف صلاحيتها إلا بعد أن تُنتج، هل إنتاجها موافق لما هو مطلوب أم لا؟ فكيف يجوز لي أن أدفع أو كيف يساغ أن أدفع الثمن كاملاً ثم عندما يفحص الفنيون ناتج هذا المصنع يرون أن هذا الناتج لا يتناسب مع ما طلبت فيذهب مالي هدرأ؟ وهذه المبالغ التي تدفع إن دفعت مقدماً قد تؤدي ليس بنكاً واحداً إنما عدة بنوك، فلذا أرى أن يسلط الضوء على نقاط مهمة هي كما يلي:

أولاً: التزام الطرفين دون حق الخيار - لا يكون هناك خيار - إذا التزما بشروط العقد.

ثانياً: جواز دفع الثمن على دفعات أو تأخير الثمن بعد التسليم والفحص ومعاينة الإنتاج حتى نعرف ما دفعناه في هذا المصنع أنه فعلاً هذا هو المصنع المطلوب.

ثالثاً: جواز قبول الكفالة، يقدم البنك فقط كفالة، أنه إذا المصنع صنع هذه الآلة وهذه المعدات وكان الناتج ما عمله هذا المصنع يوافق الشروط والناتج

والمنتج من هذا المصنع هو المطلوب حق لصاحب المصنع أن يعود على الكفالة.

هذه هي المواضيع الثلاثة التي أرى أن تسلط عليها الأنظار لأن المسألة لم تعد مبالغ صغيرة، إنما هي مبالغ ضخمة، وشكراً.

الدكتور عويد بن عياد المطرفي:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على سيدنا رسول الله، وبعد.

هل العقد «عقد الاستصناع» يُتناول في هذا المجمع الموقر باعتباره عقداً نظرياً يراد البحث عن حكم له، أو أنه عقد قائم تعم به البلوى في هذا الزمان وفي كل زمان ويبحث عن حكم شرعي يضبطه؟.

الواقع أن الاستصناع عقدٌ تعامل به الناس قديماً وحديثاً، كل بحسب حاجته ووقته، لحاجتهم إليه وتوقف مصالحهم عليه، وكانوا وما زالوا يُلزمُ بعضهم بعضاً بما يتم عليه الاتفاق بين المستصنع والصانع تعييناً للعين المصنوعة جنساً وصفة وأجلاً بما يندفع به عندهم إثارة النزاع بين الطرفين الصانع والمستصنع، فهو إذن عندهم بهذا عقد لازم لكل من الطرفين على الوجه الذي عقد عليه في مجلس العقد كما هو الحال بين الصانع والمستصنع كما نراه الآن في المصانع ومن يتعامل معها شراء للمصنوعات.

ولو جُعِلَ عَقْدٌ مواعدة واختيار لكل من الطرفين عند مجيء الصانع بالمصنوع لما خاطر الصانع بصنع موادّه على الوصف الذي طلبه المستصنع، ولما اطمأن المستصنع أيضاً إلى تحقق رغبته في الشيء المصنوع جنساً وصفة وحجماً ووزناً بما يراه يحقق له مصلحة هو في أمس الحاجة إليها الآن، فالعين المستصنعة في هذا الزمان لم تعد مجهولة ولا هي صغيرة وخفيفة ولا هي بسيطة بل هي عين موصوفة قد يكون لها مثل في السوق وقد لا يكون، ولكنها في الحالين عين معينة الذات والصفات والأحجام والأوزان بل والألوان في هذا

الزمان، والقول بعدم دخول الأجل في الاستصناع بما يزيد على شهر يفوت على الطرفين مصالح ومنافع ضرورية كلٌّ منهما في أمس الحاجة إليها. فالصناعات اليوم لم تعد خفيفة كما كانت قديماً لا تحتاج إلى وقت بل تطورت وتعقدت وأصبحت الأشهر لا تعد أجلاً كبيراً في إنجاز شيء منها، وعدم اشتراط الأجل على الصانع قد يفوت على المستصنع مصالح هامة وضرورية له، ويسبب له أضراراً مادية أو اجتماعية أو وطنية كما لو كانت الأشياء المطلوب استصناعها معدات عسكرية تحتاجها البلد للدفاع بها عن نفسها.

إذن والحال على ما ذكر فإنني أرى أن لا بد من اشتراط الأجل على الصانع ولو لأكثر من شهر، ولا بد أيضاً من إلزام المستصنع بأخذ ما صُنِعَ له أي ما صنعه الصانع له مطابقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها بينهما حكماً وتديناً وقضاءً منعاً للإضرار بكل من الصانع والمستصنع رعاية لمصالح الطرفين. والله أعلم.

الشيخ أحمد بزيع الياسين:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه.

في الحقيقة الحاجة لمثل هذا العقد لازمة لإقامة الصناعة المتحركة والثابتة، وفي نظري أنه يجب أن يكون عقداً مستقلاً وملزماً وهو وسيلة من الوسائل التمويلية المتعلقة في التنمية المستحدثة المهمة والتي يحتاجها الناس والدول على حد سواء، وبالنسبة إلى دفع القيمة، أرى بأن يكون دفع القيمة حسب اتفاق الطرفين يدفع جزء من القيمة مقدماً وباقي القيمة حسب الاتفاق مقسماً ومنجماً لمراعاة مصلحة الطرفين المتعاقدين.

وفي الحقيقة هذا العقد أراه أنا أنه خال من الربا وخال من الجهالة والممنوعات الشرعية لذلك لا أرى مانعاً من أن تمارسه المصارف الإسلامية. وعلى هذا الأساس مورس هذا العقد لأن المصانع هي تملك التمكين لصناعة العين التي يريد المستصنع شراءها. تملك الخبرة اللازمة وتملك المواد الأساسية

وتملك القدرة على التنفيذ. هذا ما وددت أن أشرحه للسادة العلماء ليروا رأيهم في هذا. وشكراً.

الشيخ عبد الله المحفوظ بن بيه :

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، اللهم صلِّ وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أريد أن أتحدث عن أربعة من النقاط في صورة موجزة:

النقطة الأولى هي طريقة التعامل مع القضايا المستحدثة: بعض الناس يلح ويقول لا بد أن نحدث اجتهاداً جديداً وأن نخرج عن الاجتهاد القديم، وأنا أدعي أنه لا حاجة إلى ذلك، في الحقيقة أن من يريد أن يتعامل مع قضية محدثة عليه أولاً أن يراجع النصوص، هل يوجد نص في هذه المسألة أو لا يوجد؟ بعد ذلك هل يوجد ظاهر أو لا يوجد ظاهر؟ بعد ذلك هل يوجد عموم أو لا يوجد عموم؟ بعد ذلك هل توجد دلالة اقتضاء أو دلالة إشارة أو لا توجد؟ بعد ذلك هل يوجد إجماع أو قياس لِيُسْتَدَّ إليه بشروط القياس؟ ثم بعد ذلك يلجأ إلى الأدلة المختلف فيها كالمصالح المرسله وكالاستحسان. هذه هي الطريقة الصحيحة للتعامل مع قضايا الفقه. من سلك طريقاً أخرى فإنه لم يتعامل معها طبقاً للمعايير التي وضعها العلماء.

وإذا كان الأمر كذلك فأود أن أقول إن هذه المسألة قد تكون جديدة بالنوع قديمة بالجنس، لأن الأحناف استحسنا، والمالكية استحسنا، وكان ينبغي أن يتوقف عند هذا، أن نناقشها من جهة الاستحسان. الاستحسان الذي قال به مالك في هذه المسألة هو من النوع الثاني والثالث من أنواع الاستحسان عند المالكية، النوع الثاني من أنواع الاستحسان عند المالكية هو الاستحسان بالعرف، تخصيص العام بالعرف، العام هنا «لا تبع ما ليس عندك» خصص بالعرف كمسألة الحمام، النوع الثالث من أنواع الاستحسان هو تخصيص العام أيضاً أو مخالفة القياس من أجل مصلحة وهذا أيضاً يعتبر استحساناً عند المالكية وأشار إليه صاحب مراقي السعود عندما يقول:

والأخذ بالذي له رجحان من الأدلة هو استحسان
أو هو تخصيص بعرف لا يُعم ورعي الاستصلاح بَعْضُهُمْ يُؤم

أي أن المالكية يؤمنون رعي الاستصلاح بالاستحسان ويرون كذلك تخصيص العام بالعرف. إذن هذا هو موقع الاستحسان كان يجب أن ننظر إليه، معنى ذلك أن المالكية في بيع دائم العمل رأوا أن هذه المسألة مخصصة من العموم من أجل العرف والعمل الذي جرى بذلك وسموه ببيعة أهل المدينة - أهل المدينة كانوا يبيعون هذا البيع - ثم إنهم راعوا المصلحة العامة بمقابل عمومها، وهذا أيضاً مما يخص به العام، هذا مهم جداً في التعامل مع النصوص، مع بقاء الأصل وهو منع الدَّين بالدَّين. ولهذا لا أوافق من يقول إن قاعدة «بيع الكاليء بالكاليء» أن نتجاوز هذا وأن نقول يجوز أن يؤجل الثمن والمثمن وأن نجعله مبدأ عاماً، هذا لا يمكن أبداً، المبدأ العام هو المنع، ولكن في قضية معينة ولوجود الحاجة والمصلحة ولوجود العرف يمكن أن نخصص هذه القضية المعينة وهذا مهم جداً لأن إلغاء هذه المبادئ لا يمكن، ولكن يمكن التعامل معها من هذه الزاوية.

النقطة الثالثة هي الوعد: بعضهم قال إنه من باب الوعد الملزم. يجب أن تنتهي من مسألة الوعد الملزم، هذه المسألة لا أصل لها، وفي المذهب الذي أرادوا الاعتماد عليه في الوعد الملزم في المعاوضات لا يوجد فيه وعد ملزم في المعاوضات أصلاً، إذا كان ملزماً فإنه عقد، العقد هو الملزم في المعاوضات وليس الوعد. يجب أن ينتهي المجلس من هذه القضية التي نشأت بسبب جهلهم في الحقيقة، وبسبب عدم فهمهم للمذهب المالكي في هذه المسألة. الوعد الملزم في المذهب المالكي يتعلق بالتبرعات ولا يتعلق بالمعاوضات، إذن إذا كان ملزماً فلا داعي لتسميته وعداً فهو عقد ملزم، وإذا لم يكن ملزماً فإنه ليس ملزماً ولا داعي أيضاً لذكر وعد.

النقطة الرابعة: إذا افترضنا أن عقد الاستصناع ليس لازماً فيمكن أن نعتبر

المالكية كالحنفية، هو عندهم عقد جائز غير غير لازم، وهي عقود كثيرة منها عقد الإجارة إذا حددت أجرة لكل يوم أو لكل شهر دون تحديد فترة الإجارة، وهو عقد جائز غير لازم، ومنها بيع الفضولي يبيع شخص ملك غيره فهو عقد جائز غير لازم، ومنها بيع ما لا يملك، فإن مالكا يقول: أكرهه وإذا وقع فإنه يرضيه ابتداءً. فهو من هذه الزاوية معروف ومقبول عند المالكية إذا قلنا بعدم اللزوم عند الأحناف.

النقطة الخامسة: حديث «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» هو موقوف على ابن مسعود ولا يفوت أبداً رفعه كما يقول العلائي فأرجو أن يلاحظ ذلك وألاً نطلق عليه قال النبي ﷺ بهذا الشكل، نلاحظ هذا فقط لقول إنه موقوف على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

النقطة السادسة: الأصل في العقود الصحة واللزوم ولهذا فإذا تردد عقد بين الفساد والصحة أو تردد بين اللزوم والجواز، الجواز هنا ليس معناه الجواز الشرعي وإنما معناه أن يكون العقد جائزاً أي أن كلا من الطرفين يجوز له ألا يلتزم بالعقد، هذا هو الجواز في هذا المجال بالذات. هنا كلمة الجواز ليست هي الجواز المستوي الطرفين في الشريعة وإنما هو الجواز أن العقد جائز وأن العقد لازم، لمقابل اللزوم هو أن يكون العقد غير لازم يسمونه جائزاً ويسميه العلماء عقداً جائزاً، وفي مثل هذا قال ابن عرفة في الإجارة: مشاهرة إذا لم تكن مجيبة إنه عقد جائز. وقال ابن رشد: وليس لازماً. فالأصل في العقود الصحة واللزوم.

النقطة السابعة: كون العقود صغيرة في القديم – الصغر والكبير هما وصفان طرديان بمعنى أنهما لا يعلل بهما – العقد كان صغيراً أو كبيراً المهم فقط أن أركان هذا العقد كانت متوفرة، فإذا كانت متوفرة سواء في بيع الاستصناع عند الأحناف أو في بيع دائم العمل عند المالكية فمعنى ذلك أن العقد كان قديماً حتى بالنوع وليس بالجنس معناه أنه كان موجوداً صغيراً كان أو كبيراً هذا لا يضر إذا توسع وكبر فإن ذلك لا يضر. إذن هو وصف طردى لا يصلح للتعليل ولا يتوقف عنده.

النقطة الثامنة: لا حاجة إلى الخيار عندما نقول إنه يختار، إن لكل منهما الخيار. يوجد خيار العيب وهو ثابت للمستصنع عنده خيار العيب، وخيار العيب يمكن التأكد منه. المصانع الحديثة يمكن التأكد هل هذه السلعة صنعة طبقاً للمعايير والمقاييس التي يطلبها المستصنع أو لم تكن هذه السلعة طبقاً للمعايير. أعتقد أن خيار العيب دائماً ثابت بإمكانه أن يردّ السلعة به وهذا ينفي الغرر والضرر والخطار التي يمكن أن يخاف منه.

في الخلاصة فإن عقد الاستصناع لا مانع من جوازه عند من يقول بالاستحسان كمالك في أوجه الاستحسان التي ذكرتها وهي التعريفات الثلاثة لمالك، وكأبي حنيفة الذي يقول بالاستحسان بلا حدود تقريباً إذا كان الاستحسان هو ترك القياس والأخذ بما هو أليق بالناس والاستحسان هو ترك اختيار الدعة أو البحث عن الدعة، إذن لا مانع بالنسبة لمن يقول بالاستحسان كالمالكية في هذا الموضوع وكالأحناف فإنه عقد صحيح يمكن أن نقول بلزومه كعقد لا كوعد، وشكراً.

الدكتور سعود بن سعد الثبيتي:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين، أما بعد.

عقد الاستصناع عقد جدير بالبحث والمناقشة والتريث في إصدار حكم فيه، وذلك لأنه وقع فيه خلاف قديماً وحديثاً، فجمهور الفقهاء - كما تعرفون - يجعلونه جزءاً من أجزاء عقد السلم، أي هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بشمن مقبوض في مجلس العقد.

ومن ناحية اللغة هو طلب الصنعة عند اللغويين، الذين يجعلونه عقداً مستقلاً هم الحنفية باستثناء زفر، لنرى تعريفات الحنفية هل يخرجها عن كونه عقداً على موصوف في الذمة أم أنه يدخله فيه؟ فالحنفية يقولون: إنه عقد على

مبيع في الذمة، عند بعضهم كما نقل الكاساني في بدائع الصنائع، ونقل عن بعضهم قوله: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً، وعرفه من المعاصرين الدكتور الشيخ أحمد فهمي أبو سنة ونقله عنه الدكتور عبد العزيز الخياط بقوله: أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده على وجه خاص.

فإذن هذا تعريف الحنفية: لننظر فيه هل يخرج منه عن كونه عقداً على موصوف في الذمة وإلا يدخل فيه؟

ثانياً: من الأمور التي ينبغي التنبيه عليها هو التمييز بين العقود التي لها شبه بالاستصناع وعقد الاستصناع، فمن المداخلات التي سمعتها منذ ابتداء الجلسة أنه أحياناً يشبه مع عقود الإجارة، وأحياناً يشبه مع عقود بيع العين، وأحياناً تكون العين موجودة إلا أنها على غير الصفة التي طلبها المستصنع، والعقد يكون على الصفة «الهيئة» بعد أن تستصنع، ثم أحياناً أخرى، صورة رابعة، وهي عقد على شيء مادته غير موجودة في ملك الصانع حين العقد وإنما يملكها فيما بعد، وعلى هذا فعقد الإجارة الذي يأتي المستصنع بالمادة من عنده ويعطيها للصانع لا يدخل في موضوع الاستصناع، كما أن العين إذا كانت مصنوعة قبل العقد وموجودة في ملك البائع ليس من عقد الاستصناع، بل هذا من بيوع الأعيان إما المرئية أو الموصوفة في الذمة، والبيع إذا توفر شرطه بالرؤية أو بالوصف الذي يخرج عن الجهالة فهو صحيح. يبقى عندنا صورتان اثنتان ينبغي أن نركز البحث عليهما.

الصورة الأولى: أن تكون مادة المُستصنَع في ملك الصانع حين العقد، مثلاً لو استصنع رجل عمارة فإن كانت مواد البناء من الحديد والأسمت والطوب وغيرها من المواد موجودة في ملك الصانع حين العقد فهذه صورة من صور الاستصناع، ينبغي علينا أن نركز عليها، لكنها ليست الصورة التي تم العقد عليها لأن العقد يتم على الهيئة بعد عملها، على المادة بعد عملها بعمل العامل أو بعمل الصانع.

الصورة الثانية المهمة، وهي أكثر تعاملات الناس عليها الآن، أن مادة المستصنع ليست موجودة في ملك الصانع حين العقد، فيتعاقد معه على بناء عمارة من عشرة أدوار أو اثني عشر دوراً، لم يكن في ملك الصانع أو المقاول حين المساواة لا إسمنت ولا حديد ولا طوب ولكنه يأتي بها بعد ذلك من السوق بعد أن يصرف إليه جزء من الثمن، وكذلك في استصناع المعدات الكبيرة أو الصغيرة من طائرات أو سفن فضائية أو سفن بحرية أو غيرها من المواد التي تُستصنع. في الغالب أن المواد لا تكون في ملك الصانع حين العقد. إذن هي متعلقة بدمته.

على كل حال: الحنفية هم أقرب المذاهب إلى هذا لكن مذهبهم لا يحل مشكلة الاستصناع التي وَصَفُها موجود في السوق الآن وعليه تعامل الناس، لماذا لا يحله؟ لأنهم - الحنفية - قالوا إن المستصنع أو مادة الاستصناع عقد على عين، بعضهم قال عين، عندما عرفها قال بأنها عقد على موصوف في الذمة أو مبيع في الذمة، لكن عندما كيفها قال هي عين، والعين تختلف عن المتعلق بالذمة، هذا من ناحية.

الناحية الثانية من ناحية الشروط: الحنفية ذكروا أنه إذا دخل الشرط في الاستصناع شَرَطُ يبلغ شرط السلم وهو نصف شهر أو شهر على خلاف فيما بينهم، قالوا إنه يعتبر سلباً وتشرط له شروط السلم من دفع رأس المال في مجلس العقد. وعلى هذا لا يحل مذهب الحنفية مشكلة الاستصناع إلا بإدخال تعديلات عليه في تكييفه وأنه ليس بعين ثم في شروطه.

الأمر الثالث الذي جعل مذهب الحنفية لا يحل مشكلة الاستصناع هو أنهم قالوا إن الاستصناع لا يجوز إلا فيما جرى به العرف، ولذلك قالوا إنه لا يجوز الاستصناع بأي حال من الأحوال في الثياب، ومعلوم الآن أن الثياب تستصنع بقدر كبير والتعامل عليها كثير بين أيدي الناس استصناعاً مستقبلياً.

ويظهر لي - والله أعلم - أن الخلاف الجوهرى بين من يجيز الاستصناع ومن لا يجيز الاستصناع في نقطتين اثنتين:

النقطة الأولى: في دفع الثمن في مجلس العقد، فإن دُفع الثمن في مجلس العقد جاز هذا فيما يظهر لي من نصوص العلماء أنه يجوز باتفاق إذا توفرت شروط الصحة في العقد من نفي الجهالة، لكن إذا لم يُدفع الثمن في مجلس العقد فما تكييفه؟. هذا هو الذي ينبغي أن ينصب عليه النقاش حتى نخرج بفائدة في هذا الموضوع الشائك.

النقطة الثانية: الذي يظهر لي أنه سبب خلاف بين العلماء قديماً وحديثاً حينما يقولون لا يجوز استصناع شيء أو يجوز استصناع شيء هو إمكانية انضباط صفات الشيء، فمن المعلوم أن هناك قاعدة فقهية تقول: «كل ما أمكن ضبطه صح السَلْمُ فيه وما لا فلا»، والأمثلة التي يذكرونها يقولون لا يصح استصناع - مثلاً - القماقم أو السطول أو الحديد تعلق بأنه لا يمكن انضباطها ولذلك تكون الجهالة فيها وإذا كانت الجهالة فيها لا يصح عقد الاستصناع فيها، لكن الوضع الآن تغير تغيراً تاماً بالنسبة لانضباط الأشياء المستصنعة وأصبح الإنسان يصنع مائة طائرة لا تختلف واحدة عن الأخرى (ملم) واحداً ناهيك عن السطول أو القماقم أو غيرها من الأشياء المستصنعة التي ذكر الفقهاء قديماً أنها لا يصح الاستصناع فيها لجهالتها.

فأنا أقترح أن ينصب النقاش في هذا المجلس على هاتين النقطتين. أولاً ما دام أن المعقود عليه الذي هو المستصنع متعلق بالذمة، فالثمن هل يلزم دفعه في مجلس العقد أم أنه يجوز أن يكون متعلقاً بالذمة أيضاً؟ وهذا الموضوع ناقشته في بحثي وبينت جوانب كثيرة واستدللت بأدلة كثيرة منها القديم ومنها التخریجات الحديثة ومنها استصناع النبي ﷺ للخاتم، فالنبي ﷺ استصنع الخاتم كما ثبت في صحيح البخاري ومسلم، واستصنع المنبر كما ثبت في صحيح البخاري، فهل في استصناعه ﷺ ثبت أنه دفع الثمن في مجلس العقد حتى نطبق عليه شروط السلم أم لم يثبت أنه دفع الثمن في مجلس العقد؟ قد يقول قائل آخر أنه قد يكون النبي ﷺ أتى بمادة الذهب من عنده أو بمادة المنبر من عنده من الخشب، لكن هذا يبقى احتمالاً لم يثبت بالأدلة الصحيحة أنه أتى

بذلك من عنده، فالأدلة محتملة وحاجة الناس الآن تدعو إلى الاستصناع وإلى المحافظة على أموالهم من الشركات الوهمية المعروفة والمزورة التي تنتشر في جميع أنحاء العالم، فلو دفع الثمن في مجلس العقد لسبب ذلك حرجاً ومشقة على المستصنع من خوفه على ماله، أو من عمل الصانع للمصنوع على غير المواصفات، ثم بعد ذلك يخضع إلى المرافعات الشرعية والمحاكمات التي تقتضي وقتاً طويلاً وضياًعاً وحرجاً ومشقة عظيمة، كل هذه الأشياء ذكرتها في بحثي فأرجو أن ينصب النقاش على هاتين النقطتين إن رأيتم، وشكراً.

القاضي محمد تقي العثماني:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أود أن أنوه بذكر قرار للمجمع قد أُضدِرَ في الدورة السادسة بشأن التمويل العقاري، وقد سبق وأن درسنا موضوع الاستصناع في خلال مداولتنا في موضوع التمويل العقاري، وقد قرر المجمع أن التمويل العقاري ينبغي أن يكون على طريق الاستصناع، فقد سبق وأن أقر المجمع مشروعية الاستصناع وأن الاستصناع عقد ملزم، فهاتان الناحيتان لا تحتاجان فيما أرى إلى كثير من النقاش لأنه قد اتُخذَ فيه قرار، أما طرح هذا الموضوع في هذه الدورة، المقصود منه الدخول في بعض التفاصيل التي تتعلق بعقد الاستصناع، ومع شكري وتقديري لجميع الباحثين الذين قدموا بحوثاً في هذا الموضوع، فإني لم أر فيها إلا التركيز على ثلاث نقاط، هل يجب دفع الثمن حالاً أو يجوز تأجيل الثمن؟ وهل يكون الاستصناع ملزماً أو لا يكون ملزماً؟ مع أن هذه النقاط كلها قد سبق أن بت فيها من قبل المجمع، والذي كان ينبغي أن ندرسه في هذه الدورة هو تفاصيلها العملية، فمثلاً أثار الأستاذ عبد اللطيف جناحي سؤالاً: وهو أنه هل يجوز للمُستصنِع أن يرفض قبول الشيء المصنوع إذا لم يف بالمقصود؟ فالذي أراه أن من يقول بإلزام الاستصناع فإنما يقول بنفي خيار الرؤية أما خيار العيب فبابه مفتوح، فإذا جاء الصانع بشيء صنعه وفيه عيب ولا يفي بالمقصود فحينئذ يمكن الاستبدال، وهناك ناحية أخرى وهي أن الاستصناع حينما يستخدم في العمليات

المصرفية فقد تقع هناك عدة عقود متتالية على شيء مصنوع واحد، مثلاً يأتي زيد فيستصنع من خالد شيئاً وخالد ليس صانعاً بنفسه، ولكنه يستصنع نفس ذلك الشيء من عمرو، وعمرو من حامد، فالصانع الأخير هو حامد والمستصنع الأول هو زيد، فهل تجوز هذه العقود البسيطة فيما بين أصل المُستصنع وأصل الصانع أو لا تجوز؟. هذه نقطة مهمة لم أر أحداً من الباحثين تعرض لها وبما أن الوقت الآن على وشك النهاية فأرجو من لجنة الصياغة التي تتكون لدراسة هذا الموضوع أن تأخذ هذه النواحي بعين الاعتبار، وشكراً.

الرئيس:

في الواقع بقي عدد غير قليل من أصحاب الفضيلة الذين طلبوا الحديث ولكن الوقت تجاوز ربع ساعة فقد ترون أن نكتفي بما حصل.

بسم الله الرحمن الرحيم.

تكاد تلتقي المداومات على جواز عقد الاستصناع، وهذا وإن تمَّ عَرَضاً في قرار التمويل العقاري الذي سبق إصداره من هذا المجمع، ولكنه يراد أن ينص عليه بقرار مستقل بمواصفاته وتكييفه الفقهي، هل هو من باب السلم أو أنه عقد مستقل بنفسه؟ ومدى إلزاميته، ومدى تقديم الثمن، إلى غير ذلك من المسائل التي جرى طرحها وتداولها وهي مقيدة لدى المقرر العام لهذه الجلسة.

ولهذا قد ترون مناسباً أن تتألف اللجنة من المشايخ: الشيخ وهبة، الشيخ محيي الدين القره داغي، الشيخ سعود الثبيتي، الشيخ علي السالوس، الأستاذ الجناحي، الأستاذ رفيق المصري. هل هذا مناسب؟

وبهذا ترفع الجلسة وصلى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه.

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى آله وصحبه.

قرار رقم: ٧/٣/٦٧

بشأن

عقد الاستصناع

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في
المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤
مايو ١٩٩٢م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: «عقد
استصناع».

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

قرر:

١ - إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم
للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

٢ - يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

(أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

(ب) أن يحدد فيه الأجل.

٣ - يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة
لآجال محددة.

٤ - يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه
العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

والله أعلم.

محتوى العدد السابع

الجزء الثاني

الصفحة

الموضوع

□ البيع بالتقسيط :

- بحث الدكتور نزيه كمال حمّاد ٩
- بحث فضيلة القاضي محمد تقي العثماني ٢٩
- بحث الدكتور رفيق يونس المصري ٦٧
- بحث الدكتور محمد عطا السيد أحمد ١٠١
- بحث الدكتور نزيه كمال حمّاد ١١٥
- المناقشة ١٦٩
- القرار ٢١٥

□ مقد الامتناع :

- بحث فضيلة الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء ٢٢٣
- بحث الدكتور علي السالوس ٢٥٥
- بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٣٠٣
- بحث الدكتور علي محيي الدين القره داغي ٣٢٣
- بحث الدكتور عبد الله محمد عبد الله ٣٧٧
- بحث الدكتور عبد السلام العبادي ٤٠٣
- بحث الدكتور حسن علي الشاذلي ٤٢٥

٥٠٥	بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور	—
٥١٩	بحث فضيلة الشيخ كمال الدين جعيط	—
٥٥٥	بحث فضيلة الشيخ مصطفى كمال التارزي	—
٦٢٧	بحث الدكتور سعود بن مسعد بن مساعد الثبيتي	—
٦٧٩	بحث الدكتور محمد رأفت سعيد	—
٧٢٩	المناقشة	—
٧٧٥	القرار	—



٥٠٥	— بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور
٥١٩	— بحث فضيلة الشيخ كمال الدين جعيط
٥٥٥	— بحث فضيلة الشيخ مصطفى كمال التارزي
٦٢٧	— بحث الدكتور سعود بن مسعد بن مساعد الثبيتي
٦٧٩	— بحث الدكتور محمد رأفت سعيد
٧٢٩	— المناقشة
٧٧٥	— القرار



