الشرط الجزائي في عقد الاستصناع المصرفي

دراسة فقهيةمقاصدية

إعداد

د. عبد الرحمن بن خالد السعدي

أستاذ الفقه المقارن المساعد - قسم الدراسات الإسلامية والعربية

جامعة الملك فهد للبترول والمعادن – الظهران – المملكة العربية السعودية

مجـــلة

كلية الدراسات الإسلامية للبنين بأســـوان

مجلة علمية محكمة نصف سنوية

العدد السابع

إصدار يونيو ٢٠٢٤/٢٠٢٣م

الترقيم الدولي: ISSN ٢٨١٢-٥٢٦٦

موقع المجلة https://fisb.journals.ekb.eg

رئيس مجلس الإدارة والتحرير
أ.د. كامل محمد جاهين إسماعيل
أستاذ الحديث وعلومه
وعميد كلية الدراسات الإسلامية للبنين بأسوان

نائب رئيس مجلس الإدارة
أ.د. حسن إبراهيم مصطفى
أستاذ الحديث وعلومه المساعد
ووكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب

مدير التحرير
د. أحمد فكري صديق
مدرس الفقه العام بالكلية

أعضاء مجلس الإدارة

أ.د. أحمد الأمير محمد جاهين
أستاذ التفسير وعلوم القرآن

د. حمدي محمد ضيف حسين
مدرس التفسير وعلوم القرآن

د. سامي خميس بهنسي
مدرس أصول الفقه بالكلية

د. محمد رمضان
مدرس أصول الفقه بالكلية

الهيئة الاستشارية
أ.د / طارق عثمان الرفاعي إبراهيم
أستاذ الدراسات الإسلامية بكلية الآداب
جامعة الملك فيصل بالمملكة العربية السعودية

أ.د/ بلخير طاهري الإدريسي
أستاذ أصول الفقه بجامعة وهران - بالجزائر

أ.د/ أحمد عبد العزيز السيد سليم
أستاذ أصول الفقه بجامعة البحرين - بالبحرين

الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع المصرفي
دراسة فقهية مقاصدية

عبد الرحمن بن خالد السعدي

الفقه المقارن، قسم الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الملك فهد للبترول والمعادن، الظهران، المملكة العربية السعودية.

البريد الإلكتروني: als3dy1@gmail.com

aalsaadi@kfupm.edu.sa

ملخص البحث:

سعت المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية في العقود الأخيرة إلى تطبيق الأحكام الشرعية في منتجاتها التّمويلية، وسعيها أن يلحق وصف الإسلامي على منتجاتها التي تُطبّقها، وهذه النتيجة لا تكون إلا بتظافر جهود المصارف مع الشّرعيين؛ لتحقيق هذا الغرض الشّرعي النّبيل. ومما تهتم به المصارف الإسلامية حماية نفسها من فسخ أطراف العقود التّمويلية، ومن أكبر العقود المنتجة والمميزة في الاقتصاد الإسلامية عقد الاستصناع، فتوكلت على الله مُستعينًا به في بحث مسألة مهمّة ذات صلة بعقد الاستصناع المصرفي، وتبرز أهميتها لما فيها من حماية للمصارف من المخاطر التي قد تنتج من إخلال تعاقدي لعقود التّمويل المبرمة. فكان مجال هذا البحث في الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع من ناحية الدراسة الفقهية، وذلك لبيان أثر هذه المسألة الفقهية على منتجات المصرفية الإسلامية. فاخترت أن يكون عنوان هذا البحث: الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع المصرفي دراسة فقهية.

وعودًا على بدء فإنّ المصارف الإسلامية تقوم بتطبيقات منتجاتها المعتمدة على عقد الاستصناع تموّلًا وتمويلًا، وتُعدّ أحكام عقد الاستصناع مهمّة للجان المصرفيّة الشّرعيّة.

ونظرًا لأنّ عقد الاستصناع الفقهي عقدٌ له خصوصيةٌ في الأحكام، وهو عقدٌ منصوصٌ عند الحنفية، فسيكون **مجال البحث** في المدونة الفقهية للنّظر في أحكام

عقد الاستصناع الفقهي المؤثرة في المنتجات المصرفية المالية التي تعتمد على الاستصناع.

أهمية هذا الموضوع: حاجة المصارف لحفظ حقوقها، مع اهتمام إداراتها بالتحوّطات الوقائية والإجرائية في اتفاقياتها وعقودها ومنتجاتها؛ ومن ذلك: خشية المصارف من فسخ أحد أطراف العقد سواءً كانا صانعًا أو مستصنعًا، ورغبتها بإجراءٍ وقائيٍ يحمي المصرف، ويُساهم في إلزام الأطراف إتمام ما عليهم.

ويُعتبر الشّرط الجزائي أحد أوجه التحوّطات التعاقدية التي تُساهم في حفظ الحقوق لمصارف حال إبرام عقود التّمويل بالاستصناع، ويُعتبر بحث الشّرط الجزائي من الناحية الفقهية محلّ دراسة اهتمّ فيها الفقهاء المعاصرون، وما زالوا يُعيدون النظر في أثرها على المنتجات المهمة في زماننا المعاصر في الدراسة الفقهية تأصيلًا وتطبيقًا.

وبناءً على ما سبق فإنّ **مشكلة البحث** تظهر في حكم الشّرط الجزائي في الأصل من الناحية الفقهية، والطبيعة المركبة التي تقدمها المصارف الإسلامية عند التّمويل بالاستصناع المصرفي، وأهمية وجود الشّرط الجزائي مع وجود نظر فقهي اجتهادي معاصر في مسألة الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع. فسلكت في هذا البحث **منهج الدراسة** الذي يُساهم في الوصول إلى نتائج البحث، وذلك بدراسة **وصفية استقرائية تحليلية**؛ تصف العقد والشّرط، وتستقرئ أقوال الفقهاء ومآخذهم، وتحلّل أدلتهم ومقاصد المسألة.

الكلمات المفتاحية : الشرط، الجزائي، الاستصناع، المصارف.

The penalty clause in the banking manufacturing contract. Intentional Jurisprudence study.

Abdul Rahman bin Khalid Al Saadi.

Department of Islamic and Arab Studies - King Fahd University of Petroleum and Minerals - Dhahran - Saudi Arabia.

Email: als3dy1@gmail.com

Aalasadi@kfupm.edu.sa

Abstract:

In recent decades, Islamic financial institutions and banks have sought to apply legal provisions in their financing products, and their endeavor to attach the description of the Islamic to their products that are applied, and this result is only by concerted banking efforts with the legislators to achieve this noble legal purpose. What Islamic banks care about to protect themselves from the annulment of the parties of financing contracts, and one of the largest productive and distinctive contracts in the Islamic economy is the contract of manufacturing, so I trust in God using it in discussing an important issue related to the banking manufacturing contract, and its importance highlights because of the protection of banks from the risks that may result from contracted violation for the conciliation of financing contracts. The field of this research in the penalty clause in the contract of manufacture in terms of Jurisprudential study in order to show the impact of this jurisprudential issue on Islamic banking products. I chose “The penalty clause in the banking manufacturing contract Intentional Jurisprudence study” to be the title of this research. A return to start, Islamic banks apply their products based on the manufacture contract, funding and financing, and the provisions of the manufacture contract are important for the legal banking committees. Since the jurisprudential manufacture contract is a contract that has a privacy in the provisions, which is a contract stipulated in the Hanafi, the field of research in the jurisprudence code to consider the provisions of the jurisprudential manufacture contract affecting financial banking products that depend on the manufacture. The importance of this topic is that banks need to preserve their rights, with their departments interest in preventive and procedural

measures in their agreements, contracts and products; For instance: The banks are afraid of the annulment of one of the parties to the contract, whether they are a maker or a manufacturer, and their desire for a preventive action that protects the bank, and contributes to obligating the parties to complete what they have to do. The penalty clause is considered one of the aspects of contractual procedures that contribute to preserving the rights of banks in the event of the conclusion of the contracts of financing by manufacture, and the research of the penalty clause is considered in the jurisprudential point of view in which contemporary jurists are interested in, and they are still reconsidering their impact on the important products in our contemporary time in jurisprudential study originally and applicably. Based on the foregoing, the research problem appears in the rule of the penal clause in the basis from jurisprudential, and the complex nature offered by Islamic banks when conveying banking manufacture, and the importance of the existence of the penal clause with the presence of contemporary diligential jurisprudential view in the matter of the penal clause in the manufacture contract. In this research, the study approach, which contributes to reaching the results of the research, with an analytical descriptive study that describes the contract and the conditions and inducts, the sayings of the jurists and their dependents, and analyse their evidence and the purposes of the issue.

Keywords: condition, penalty, manufacture, banks

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليُظهره على الدّين كلّه وكفى بالله شهيدًا، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له إقرارًا به وتوحيدًا، وأشهد أنّ مُحمّدًا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلّم تسليمًا مزيدًا.

أما بعد:

فقد سعت المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية في العقود الأخيرة إلى تطبيق الأحكام الشرعية في منتجاتها التّمويلية، وسعيها أن يلحق وصف الإسلامي على منتجاتها التي تُطبّقها، وهذه النتيجة لا تكون إلا بتظافر جهود المصارف مع الشّرعيين؛ لتحقيق هذا الغرض الشّرعي النّبيل.

ومما تهتم به المصارف الإسلامية حماية نفسها من فسخ أطراف العقود التّمويلية، ومن أكبر العقود المنتجة والمميزة في الاقتصاد الإسلامية عقد الاستصناع، فتوكلت على الله مُستعينًا به في بحث مسألة مهمّة ذات صلة بعقد الاستصناع المصرفي، وتبرز أهميتها لما فيها من حماية للمصارف من المخاطر التي قد تنتج من إخلال تعاقدي لعقود التّمويل المبرمة. فكان مجال هذا البحث في الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع من ناحية الدراسة الفقهية، وذلك لبيان أثر هذه المسألة الفقهية على منتجات المصرفية الإسلامية. فاخترت أن يكون عنوان هذا البحث: الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع المصرفي دراسة فقهية.

وعودًا على بدء فإنّ المصارف الإسلامية تقوم بتطبيقات منتجاتها المعتمدة على عقد الاستصناع تموّلًا وتمويلًا، وتُعدّ أحكام عقد الاستصناع مهمّة للجان المصرفيّة الشّرعيّة.

ونظرًا لأنّ عقد الاستصناع الفقهي عقدٌ له خصوصيةٌ في الأحكام، وهو عقدٌ منصوصٌ عند الحنفية، فسيكون **مجال البحث** في المدونة الفقهية الحنفيّة للنّظر في أحكام عقد الاستصناع الفقهي المؤثرة في المنتجات المصرفية المالية التي تعتمد على

الاستصناع.

أهمية هذا الموضوع: حاجة المصارف لحفظ حقوقها، مع اهتمام إداراتها بالتحوّطات الوقائية والإجرائية في اتفاقياتها وعقودها ومنتجاتها؛ ومن ذلك: خشية المصارف من فسخ أحد أطراف العقد سواءً كانا صانعًا أو مستصنعًا، ورغبتها بإجراءٍ وقائيٍ يحمي المصرف، ويُساهم في إلزام الأطراف إتمام ما عليهم.

ويُعتبر الشّرط الجزائي أحد أوجه التحوّطات التعاقدية التي تُساهم في حفظ الحقوق لمصارف حال إبرام عقود التّمويل بالاستصناع، ويُعتبر بحث الشّرط الجزائي من الناحية الفقهية محلّ دراسة اهتمّ فيها الفقهاء المعاصرون، وما زالوا يُعيدون النظر في أثرها على المنتجات المهمة في زماننا المعاصر في الدراسة الفقهية تأصيلًا وتطبيقًا.

وبناءً على ما سبق فإنّ **مشكلة البحث** تظهر في حكم الشّرط الجزائي في الأصل من الناحية الفقهية، والطبيعة المركبة التي تقدمها المصارف الإسلامية عند التّمويل بالاستصناع المصرفي، وأهمية وجود الشّرط الجزائي مع وجود نظر فقهي اجتهادي معاصر في مسألة الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع. فسلكت في هذا البحث **منهج الدراسة** الذي يُساهم في الوصول إلى نتائج البحث، وذلك بدراسة **وصفية استقرائية تحليلية**؛ تصف العقد والشّرط، وتستقرئ أقوال الفقهاء ومآخذهم، وتحلّل أدلتهم ومقاصد المسألة.

ونظرت في المكتبة الفقهية نظرًا في **الدّراسات السّابقة**؛ فوجدت نتاجًا علميًا متعلّقًا بالشّرط الجزائي -كتأصيل- من جهة، ودراسةً لعقود الاستصناع -تأصيلًا وتطبيقًا- من جهة أخرى، ومن أهم الدراسات في ذلك -من باب التمثيل-:

- من دراسات الشّرط الجزائي: "**الشّرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة لمحمد اليمني، وهي رسالة دكتوراه فقهية**"، بحثت التأصيل للشرط الجزائي، والتطبيق على العقود المعاصرة، وامتازت الرسالة بدراسة فقهية رصينة لما يتعلّق بالشرط الجزائي، مع إشارة لحكمه في عقد الاستصناع فقط.

- ومن دراسات عقود الاستصناع: "**عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه**

الإسلامي" لكاسب البدران، وهي رسالة ماجستير فقهية، أبانت عن الأحكام الفقهية المتصلة بهذين العقدين، وكذلك بحث مصطفى الزرقا عن عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلاميّة المعاصرة.

واستجدّ في بحثي هذا عن سابقيه من الدّراسات السابقة أنّه يبحث في منتج الاستصناع المصرفي التّمويلي من ناحية تأثير الشّرط الجزائي عليه من الناحية الفقهية، مع تسليط الضوء على الدراسة المقاصدية التي تبيّن حاجة المجتمع لهذا المنتج، وحاجة أطراف عقد الاستصناع الموازي الذي تُقدّمه المصارف الإسلامية لحماية نفسها، ومنطلقًا من المسائل المؤثرة في الموضوع محلّ الدراسة.

ويظهر فرق هذا البحث عن الدراسات السابقة بالنظر فيما يُؤثّر فقهًا في بحث هذه المسألة، حيث أنّ ثمّة جملة من المسائل المتعلقة بالاستصناع من وجه، وبالشّرط الجزائي من وجهٍ آخر لها أثرٌ في نطاق البحث محلّ الدراسة. وهذه **المسائل المؤثرة في بحث المسألة هي:**

أولًا: عقد الاستصناع الفقهي هل هو عقدٌ جائزٌ أو لازم؟

ثانيًا: في حال كان عقد الاستصناع عقدًا لازمًا فهل يجوز اشتراط شرطٍ جزائيٍّ فيه؟

ثالثًا: ما العقود التي يجوز اشتراط الشّرط الجزائي فيها؟ والعقود التي لا يجوز فيها ذلك؟

ومن خلال بحث هذه المسائل والنّظر فيها –بعد بيان حقيقة عقد الاستصناع الفقهي والمصرفي، وبيان معنى الشّرط الجزائي- نصل إلى نتيجة البحث بعد بيان حكم مسألة البحث.

وسيكون تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث، وهي:

المبحث الأول: في بيان حقيقة ألفاظ البحث، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة الاستصناع، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الاستصناع لغةً واصطلاحًا، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الاستصناع لغةً.
المسألة الثانية: الاستصناع اصطلاحًا.

الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالاستصناع، وفيه مسألتان:
المسألة الأولى: العلاقة بين الاستصناع والإجارة.
المسألة الثانية: العلاقة بين الاستصناع والسّلم.

الفرع الثالث: حكم الاستصناع وأركانه وشروطه، وفيه مسألتان:
المسألة الأولى: حكم الاستصناع.
المسألة الثانية: أركان الاستصناع وشروطه.

المطلب الثاني: حقيقة الشّرط الجزائي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الشّرط الجزائي لغةً واصطلاحًا باعتباره مركبًا إضافيًا، وفيه مسألتان:
المسألة الأولى: الشّرط الجزائي لغة.
المسألة الثانية: الشّرط الجزائي اصطلاحًا.

الفرع الثاني: تعريف الشّرط الجزائي باعتباره علمًا.

المطلب الثالث: حقيقة منتجات الاستصناع المصرفية وما يتّصل بها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تمويل المشاريع بصيغة الاستصناع وما يتّصل به، وفيه ثلاث مسائل:
المسألة الأولى: ماهية التّمويل بالاستصناع.
المسألة الثانية: ماهية التّمويل بالصيغ المقاربة للاستصناع.
المسألة الثالثة: المميزات المقاصدية للتمويل بالاستصناع وما يتّصل به، وضوابطهم الفقهية.

الفرع الثاني: تمويل الأصول بصيغة الاستصناع الموازي، وفيه ثلاث مسائل:
المسألة الأولى: ماهية التّمويل بالاستصناع الموازي.
المسألة الثانية: مميزات التّمويل بالاستصناع الموازي المقاصدية.
المسألة الثالثة: ضوابط التّمويل بالاستصناع الموازي.

المبحث الثاني: حكم عقد الاستصناع الفقهي من جهة اللّزوم أو الجواز، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: عقد الاستصناع الفقهي بعد التعاقد وقبل البدء بالعمل.

المطلب الثاني: عقد الاستصناع الفقهي بعد انتهاء الصانع من العمل وقبل أن يراه المستصنع.

المطلب الثالث: عقد الاستصناع الفقهي بعد رؤية المستصنع للعمل بعد انتهائه، وفيه فرعان:

الفرع الأول: أن يكون العمل مخالفًا للصفة.

الفرع الثاني: أن يكون العمل مطابقًا للصفة، وفيه أربع مسائل:
المسألة الأولى: صورة المسألة.
المسألة الثانية: الأقوال في المسألة.
المسألة الثالثة: دليل كلّ قول.
المسألة الرابعة: الترجيح.

المطلب الرابع: الموازنة والترجيح في حكم عقد الاستصناع الفقهي أو الإلزام به.

المبحث الثالث: الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع وأثر فسخ أحد المتعاقدين للعقد في منتجات الاستصناع المصرفي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الأصل في الشّروط.

المطلب الثاني: الشّرط الجزائي في الديون.

المطلب الثالث: الشّرط الجزائي في الأعمال.

المطلب الرابع: فسخ عقد الاستصناع المصرفي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: صورة المسألة وأهميتها على المصارف.

الفرع الثاني: حكم المسألة ومستندها الفقهي والمقاصدي.

ويسبقها مقدمة ويعقبهم خاتمة تحوي خلاصة البحث، وبعد ذلك ثبتٌ للمراجع والمصادر.

وسلكت في منهج كتابة البحث منهج الدراسة المذكور -قريبًا-، وقمت بتفسير مصطلحات البحث، وتصوير المسائل الفقهية تصويرًا دقيقًا، ثم أبنت عن الأقوال الفقهية مُقتصرًا في ذلك على المذاهب الفقهية المعتبرة، وموثّقًا ذلك من مصادرها الأصلية، ومبينًا أدلتهم بوجه دلالتها، مع بيان الاعتراضات -إن وجدت-، وموازنًا بين دراسة المسألة ومرجحًا.

وسعيت في توثيق ما جاء في البحث، ذاكرًا لسورة آيات القرآن ورقمها، ومبينًا تخريج الأحاديث النبوية وما ذكره أهل الاختصاص عن درجته مما لم يكن تخريجه في الصحيحين أو أحدهما. وذكرت في خاتمة البحث ثبتًا لأهم المصادر والمراجع التي رجعت لها في هذا البحث.

وأشكر في **خاتمة المقدمة** مولاي المنعم على ما منّ عليَّ وأنعم من نعمٍ عظيمةٍ لا تُحصى، ومن عطايا وهبات يعجز اللسان عن ذكرها؛ فلربّنا المنعم –سبحانه- عظيم الحمد والشّكر، ثمّ لمن كان له سبب خيرٍ عليّ في تحقيق تعلّم أو بثّ علمٍ. وأقول معترفًا بأنّ هذا جهد المقلّ، راجيًا من الله العفو والقبول، ومن قارئه تجاوز الخلل والتقصير.

وصلى الله وسلم وبارك على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم.

المبحث الأول
في بيان حقيقة ألفاظ البحث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
حقيقة الاستصناع

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول
الاستصناع لغةً واصطلاحًا

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الاستصناع لغةً:

الاستصناع مصدر الفعل السّداسي استصنع، وأصله من صَنَع، والصّاد والنّون والعين أصلٌ صحيحٌ واحدٌ، وهو عمل الشّيء صُنعًا. وامرأة صناع ورجل صنع، إذا كانا حاذقين فيما يصنعانه(١)، والفعل السّداسي والفعل على هذا الوزن دالٌّ على الطّلب، فيكون معناه: طلب الصّنع(٢).

المسألة الثانية: الاستصناع اصطلاحًا:

الحنفية هم الذين جعلوا الاستصناع عقدًا مستقلًّا يُفارق السّلم خلافًا للجمهور، فأفردوا له بابًا خاصًّا في مدوناتهم، وقد اختلف تعريف الاستصناع عندهم، ومن أفضل التعريفات ما جاء عند متأخريهم. حيث جاء مدوّنًا في مجلة الأحكام العدلية قولهم: عقد مقاولةٍ مع أهل الصّنعة على أن يعملوا شيئًا؛ فالعامل صانعٌ، والمشتري مُستصنعٌ، والشّيء مصنوعٌ (٣)، وجاء في معجم لغة الفقهاء قولهم: العقد على مبيعٍ

(١) مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (صنع)، ٣١٣/٣.

(٢) يقول ابن كمال باشا -رَحِمَهُ ٱللَّهُ- [الفلاح في شرح المراح لابن كمال باشا ص٢١]: "فزيدت في أوّله همزة وسين وتاء، وبناؤه للطلب، ومعناه طلب مصدر الفعل الثلاثي الذي ينشعب وهو منه".

(٣) مجلة الأحكام العدلية ص٣١.

موصوفٍ في الذّمة اشترط فيه العمل[١].

وهذه التعريفات مبيّنة لمقصود عقد الاستصناع الفقهي فيكون الاستصناع حينئذٍ من عقود الأعمال، ومحلّ العمل أن يكون موصوفًا في ذمّة الصانع من أهل الصّنعة المقصودة؛ ليقوم بالشيء الذي يراد صنعه وفق ما يُريده المستصنع، فتلتقي إرادة المتعاقدين -الصانع والمستصنع- على ذلك.

الفرع الثاني

الألفاظ ذات الصلة بالاستصناع

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: العلاقة بين الاستصناع والإجارة.

يشترك الاستصناع مع الإجارة أنّ العمل من الأجير في الإجارة ومن الصانع في الاستصناع، إلا أنّ مادة الصنع في الاستصناع من الصانع، ولكنّها في الإجارة من المستأجر لا من الأجير.

المسألة الثانية: العلاقة بين الاستصناع والسّلم.

يشترك الاستصناع مع السّلم بكونهما عقدان على موصوف في الذّمة، ويختلفان في طبيعة المعقود عليه واشتراط كون رأس المال حاضرًا في السّلم دون الاستصناع.

الفرع الثالث

حكم الاستصناع وأركانه وشروطه

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الاستصناع:

أجاز عقد الاستصناع كعقدٍ مُستقلٍّ علماء الحنفية -رحمهم الله-، خلافًا للمذاهب الفقهية الأخرى التي أجازت السّلم فحسب، فلا فرق في الأحكام عندهم

---

(١) معجم لغة الفقهاء ص٦٢.

بينهما، إلا أنّ من أجاز عقد الاستصناع المغاير عن عقد السّلم عضد قول استقلال عقد الاستصناع عن السّلم وإباحته بصورته وشروطه وأحكامه بأدلةٍ[١] مدارها على دليل الاستحسان؛ للإجماع العملي بالتعامل بهذا العقد من زمن الرسول -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-، مع وضوح الحاجة الداعية لذلك عند الناس.

فما ذكره المجيزون للاستصناع من أدلةٍ يقوّي إباحته كعقدٍ مستقلٍ بأحكامه عن عقد السّلم، وبهذا ذهبت المجامع الفقهية لإباحته، وبناء المنتجات المالية عليه كمجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ[٢].

المسألة الثانية: أركان الاستصناع وشروطه:

يشترط فقهاء الحنفية عند بيان عقد الاستصناع شروط عقد السّلم، إلا أنّه يجوز في الاستصناع تأجيل الثّمن كلّه، أو تقسيطه إلى أقساطٍ معلومةٍ لآجالٍ مُحدّدةٍ[٣]. ولبيان هذه الشّروط مع الأركان التي بانت لنا من خلال التعريف الاصطلاحي للاستصناع. فيكون عدّ أركان هذا العقد خمسة أركانٍ:

الركن الأول: المستصنع، وهو يُقابل المشتري في عقد البيع؛ بجامع بذل المال.

الركن الثاني: الصّانع، وهو يُقابل البائع في عقد البيع.

الركن الثالث: المصنوع، وهو المعقود عليه، والذي يُشترط فيه بيان جنسه ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة، وأن يُحدّد فيه الأجل؛ منعًا للغرر والجهالة المحرّمة[٤].

الركن الرابع: رأس مال الاستصناع، وسيأتي بيان حكمه من ناحية الحضور أو التأجيل.

الركن الخامس: الصيغة، وتتحقّق بإيجاب المستصنع وقبول الصانع.

---

(١) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ١٢٣/٤.

(٢) يُنظر: قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ، قرار ٦٥، ٣/٧، ص١٠٢.

(٣) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥-٤، قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ، قرار ٦٥، ٣/٧، ص١٠٢.

(٤) يُنظر في شروط السلم: المغني لابن قدامة ٣٨٥/٦.

المطلب الثاني
حقيقة الشّرط الجزائي

وفيه فرعان:

الفرع الأول
الشّرط الجزائي لغةً واصطلاحًا باعتباره مركبًا إضافيًا

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الشّرط الجزائي لغةً:

الشّرط في اللغة: الشّين والرّاء والطّاء أصلٌ يدلّ على علمٍ وعلامة وما قارب ذلك من عَلَم، فيُقال: الشّرط أي العلامة(١)، وله عدّة معانٍ في اللغة أقربها لما نحن فيه: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه(٢).

والجزاء في اللغة: فعائدٌ إلى الأصل اللغوي (جزى)، والجيم والزّاي والياء يدلّ على معنى قيام الشّيء مَقام غيره ومكافأته إيّاه وعليه(٣).

المسألة الثانية: الشّرط الجزائي اصطلاحًا:

الشّرط اصطلاحًا: فقد اختلف العلماء في تعريف الشّرط اصطلاحًا، ولكنّ مجمل تعريفاتهم لم تخرج عن معنى: أنّ الشّرط ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدمٌ لذاته (٤).

والجزاء اصطلاحًا: فلا يُوجد للعلماء استعمالٌ مُستقلٌّ لاصطلاح الجزاء مما أدّى إلى عدم عنايتهم بتعريفه وحدّه اصطلاحًا.

---

(١)يُنظر: مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (شرط)، ٣/٢٦٠.

(٢)يُنظر: لسان العرب لابن منظور، مادة (شرط)، ٧/٣٢٩.

(٣) مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (جزى)، ١/٤٥٥.

(٤) يُنظر: الفروق للقرافي ١/١٠٦.

الفرع الثاني

تعريف الشّرط الجزائي باعتباره علمًا

الشّرط الجزائي معاملةٌ مُستحدثةٌ لم يرد لها في كتب الفقهاء تعريفٌ أو ذكرٌ، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في تعريف الشّرط الجزائي اصطلاحًا، لذا فإنّه يجب عند تعريف الشّرط الجزائي مراعاة عدة أمور مؤثرة في التعريف الاصطلاحي للشّرط الجزائي، ومن ذلك أنّ الشّرط الجزائي قائمٌ على التّعويض عن الضّرر المتمثّل بالضّوابط الشّرعية المحقّقة للعدل لا على أساس مجرّد المعاقبة، وهو داخلٌ في جميع صور الإخلال في كلّ العقود، مع مراعاة الحالات الخارجة عن الإرادة. ومما سبق فيمكن تعريف الشّرط الجزائي أنّه[(١)]: التزامٌ زائدٌ، يتّفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يُستحقّ عند الإخلال الاختياري المضرّ بالمشترط.

وفي هذا التعريف وصفٌ لحقيقة الشّرط الجزائي في العقود، والذي يقصد فيه حماية العقد أو أطرافه أو أحدهم؛ بحيث يُدوّن الشّرط في العقد لتعويض المتضرر تعويضًا شرعيًا مُحدّدًا وذلك إذا وقع الإخلال الذي يترتب عليه الضّرر.

وبناءً على ما سبق: فلا يُقصد بالشّرط الجزائي -مثلًا- التّعويض عن الضّرر من غير اشتراط في العقد، والذي تُقرّره المحاكم لجبر نقصٍ لأحد أطراف العقد أو لتعويض ضررٍ.

(١)الشّرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة لليمني ص٧٢.

المطلب الثالث

حقيقة منتجات الاستصناع المصرفية وما يتصل بها

تُقدّم المصارف الإسلامية منتجات الاستصناع المصرفي لعملائها، ويختلف المنتج المقدم للعميل بحسب غايته من التّمويل. وغايات العملاء هي بين تمويل المشاريع، وتمويل الأصول، ويدخل التّمويل بالاستصناع على كلا الغايتين. فكان هذا المطلب لبيان حقيقة منتجات الاستصناع المصرفي، وسيكون في فرعين:

الفرع الأول

تمويل المشاريع بصيغة الاستصناع وما يتصل به

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: ماهيّة التّمويل بالاستصناع:

يُعدّ الاستصناع من أساليب التّمويل الإسلاميّة، بحيث يكون **طرفا عقد الاستصناع أحدهما مموّل والآخر متموّل**، والحاجة للتموّل هو سبب العقد؛ فتقدّمه المصارف الإسلامية لتحقيق هذه الغاية بصيغةٍ مأخوذة من عقد الاستصناع الفقهي. فيكون المستصنع هو المموّل، والصّانع هو المتموّل.

المسألة الثانية: ماهية التّمويل بالصيغ المقاربة للاستصناع:

يُعتبر التّمويل بعقد السّلم من الصيغ التّمويلية المقاربة للتمويل بالاستصناع، ويُعدّان من أساليب التّمويل الإسلاميّة، بحيث يكون **طرفي كلّ واحدٍ منهما:** مموّلٌ ومُتموّلٌ يربطهما عقد سلمٍ أو عقد استصناعٍ، وسبب العقد هو الحاجة للتّمويل، ففي السّلم يكون ربّ السّلم أو المسلِم هو المموّل والمسلَّم إليه هو المتموّل، وفي الاستصناع يكون المستصنع هو المموّل، والصّانع هو المتموّل.

وسُمّي التّمويل بهما: لأنّ المتموّل يُريد أن يبدأ مشروعه، ولا يملك السّيولة لتشغيله، فيطلب تمويلًا بإحدى هاتين الصّيغتين المعروفتين عند الفقهاء. ويُحدّد الفارق بينهما طبيعة المشروع، فالمشروع الذي يُنتج سِلعًا تدخلها الصّنعة فتعتبر

السّلعة حينئذٍ من المصنوعات فيكون استصناعًا، ولا يجري الاستصناع في الأشياء الطّبيعية التي لا تدخلها الصّنعة كالمزروعات مثلًا، فلا يُسمّى مصنوعًا فيكون سَلَمًا [١].

وهما مُطابقان للعقدين الفقهيين المذكورين عند الفقهاء واللذين يُعدّان من أنواع البيوع، والاستصناع تمّ تعريفه –قريبًا-، أمّا السّلم فهو بيعُ آجلٍ بعاجلٍ [٢]، وهو أن يُسلّم عِوضًا حاضرًا، في عِوضٍ موصوفٍ في الذّمة إلى أجلٍ، وهو جائزٌ إجماعًا إذا تحقّقت شروطه [٣].

وصيغة التّمويل بالسّلم: أن يكون المتموّل صاحب المشروع هو المسلَّم إليه فيطلب من المموِّل أن يُبرم معه عقد سَلَمٍ ليحصل على رأس المال، فيكون المتموّل مُسلَّمًا إليه رأس المال، والمموّل هو المسلِّم لرأس المال. **ومثلها صيغة التّمويل بالاستصناع** إلا أنّ طبيعة المشروع هي معيار التّفريق بينهما –كما ذُكر- [٤].

المسألة الثالثة: المميزات المقاصدية للتمويل بالاستصناع وما يتّصل به، وضوابطهم الفقهية:

جاء من وصايا مجمع الفقه الإسلاميّ في قراره بشأن مشاكل المصارف الإسلاميّة ما يلي: "العناية بعقدي السّلم والاستصناع، لما يُقدّمانه من بديلٍ شرعيٍّ لصيغ التّمويل الإنتاجي التقليدية" [٥]، فهما يُوفّران تمويلًا مُناسبًا لأصحاب المشاريع، ويُوفّران حُلولاً في تمويل أجور العمالة مُتضمّنةً للسّلعة المستصنعة خِلافًا لتمويل المرابحة –مثلًا-.

فيُعتبر السّلم في عصرنا الحاضر أداة تمويلٍ ذات كفاءةٍ عاليةٍ في الاقتصاد الإسلاميّ وفي نشاطات المصارف الإسلاميّة، من حيث مُرونتها واستجابتها لحاجات

---

(١) يُنظر: عقود التّمويل المستجدة في المصارف الإسلاميّة لحامد ميرة ص٥١١.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ١٦٨/٦.

(٣) يُنظر: المغني لابن قدامة ٢٠٧/٤.

(٤) جاء في المعايير الشرعية ما يُعين على التفريق بينهما كذلك، حيث قيل: " يختلف الاستصناع عن السّلم بأن الاستصناع عقدٌ على عينٍ موصوفةٍ في الذّمة اشترط فيها العمل فلا يجري إلا فيما يتطلّب صناعةً، أمّا السّلم فهو عقدٌ على عينٍ موصوفةٍ في الذّمة لم يُشترط فيها العمل". يُنظر: المعايير الشرعية ص٣١٩.

(٥) قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ، قرار ٧٦، ٧/٨، ص١٢٣.

التّمويل المختلفة، سواء أكان تمويلًا قصير الأجل أم متوسطًا أم طويلًا، واستجابتها لحاجات شرائح مختلفةٍ ومتعدّدةٍ من العملاء، سواء أكانوا من المنتجين الزراعيين أم الصّناعيين أم المقاولين أم من التّجار، واستجابتها لتمويل نفقات التّشغيل والنّفقات الرأسمالية الأخرى، ولهذا تعدّدت مجالات تطبيق عقد السّلم [١]. وبالعقدين - الاستصناع والسّلم- يتمّ استخدام المال في وظيفته الطّبيعية بتوجيهه لعملية النّمو الاقتصادي، وذلك باستخدامه مباشرةً لمواجهة حاجات الإنتاج [٢].

ويُشترط لضوابط التّمويل بالاستصناع والسّلم ما ذُكر من شروط الاستصناع لهما، بالإضافة لشرط تسليم رأس المال في العقد للتّمويل بالسّلم [٣].

الفرع الثاني

تمويل الأصول بصيغة الاستصناع الموازي

المسألة الأولى: ماهية التّمويل بالاستصناع الموازي:

هو أسلوبٌ من أساليب التّمويل الإسلاميّ، يكون **أطراف هذا التّمويل ثلاثة أطرافٍ:** ممولٌ –وهو في حكم الصّانع في العقد الأول-، ومتمولٌ –مُستصنعٌ-، وصانعٌ سيقوم بالصّناعة، **وسمّي بالاستصناع**؛ لأنّ المتمولّ مُستصنعٌ من الممولّ، والممولّ يستصنع بعقدٍ آخر مُستقلّ من صانعٍ، ويُسمّى هذا بالاستصناع الموازي؛ لاشتماله على عقدي استصناع، ويُعرّف الاستصناع على أنّه عقد بيع عينٍ موصوفةٍ في الذّمة مطلوبٍ صُنعُها، وهو عقدٌ مُلزمٌ للطّرفين إذا توافرت فيه شروطه، يجوز فيه تأخير رأس المال [٤].

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ، قرار ٨٥، ٢/٩، ص١٣٨. بتصرفٍ يسيرٍ.

(٢) مشاكل المصارف الإسلاميّة-عقد السلم ودوره في المصرف الإسلاميّ لصالح الحصين ٣/٧٢١-٧٢٢.

(٣) وأجاز المالكية تأخيره إلى ثلاثة أيام، وهو الذي رجّحه مجمع الفقه الإسلاميّ. يُنظر: البحر الرائق ٦/١٩٦، التاج والإكليل ٦/٤٧٦، المجموع للنووي ١٣/٩٧، المغني لابن قدامة ٤/٢٠٨ وما بعدها.

(٤) وهذا قول الحنفية، وخالفوا فيه الجمهور الذين اشترطوا له شروط السّلم، وقول الحنفية هو الراجح والله أعلم. يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢-٤، قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ، قرار ٦٥، ٧/٣، ص١٠٢.

وصيغة التّمويل بالاستصناع: أن يقوم المموّل من خلاله بتصنيع سلعةٍ مُعيّنةٍ أو إنشاء مبنًى للشّركة بناءً على طلب المتموّل، **والصورة الفعلية لأسلوب الاستصناع الموازي** هي: أن يتعاقد المموّل بصفته صانعًا مع المتموّل بصفته مُستصنعًا على سلعةٍ تحتاج إلى تصنيعٍ بثمنٍ مُحدّدٍ إلى أجلٍ محدّدٍ، ومن ثمّ يتعاقد المموّل بصفته مُستصنعًا مع صانعٍ أو مُقاولٍ مُتخصّصٍ لاستصناع سلعةٍ بنفس مُواصفات السّلعة المتعاقد عليها مع العميل مع عدم الرّبط بين العقدين، فيكون الاستصناع هنا استصناعًا مُوازيًا [١].

المسألة الثانية: ميزات التّمويل بالاستصناع الموازي [٢]:

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلاميّ بشأن "عقد الاستصناع" ما يلي: "مراعاة لمقاصد الشّريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظرًا لأنّ عقد الاستصناع له دورٌ كبيرٌ في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالاتٍ واسعةٍ للتّمويل والنّهوض بالاقتصاد الإسلاميّ.."[٣]، ومن هذه المميزات فإنّ هذا التّمويل يُحقّق:

أولًا: يُوفّر حلولًا لتمويل بناء العقارات من مصانع أو مكاتب ونحوها.

ثانيًا: يُوفّر حلولًا للشركات ورجال الأعمال لتمويل احتياجاتهم في التّصنيع وإنتاج السّلع.

المسألة الثالثة: ضوابط التّمويل بالاستصناع الموازي:

لاشتمال التّمويل بالاستصناع الموازي على عقدين مُتوازيين من عقد الاستصناع، كان من الواجب معرفة الشّروط الفقهية والتي تجعل التّمويل به جائزًا، وهذه الشّروط شرطان على ما يلي:

أولًا: شروط الاستصناع.

(١) يُنظر: قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ، قرار ٦٥، ٣/٧، ص١٠٢، المعايير الشرعية ص٣١٨.

(٢) يُنظر: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلاميّة المعاصرة لمصطفى الزرقا ٢/٢٥١-٢٥٤، عقد الاستصناع لوهبة الزحيلي ٢/٣٢٠-٣٢١.

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ، قرار ٦٥، ٣/٧، ص١٠٢.

ثانيًا: استقلاليّة عقدي الاستصناع:

جاء في المعايير الشرعية: "لا يجوز الرّبط بين عقد الاستصناع وعقد الاستصناع الموازي، ولا يجوز التّحلّل من التّسليم في أحدهما إذا لم يقع التّسليم في الآخر" [(١)] فيلزم أن يكون العقدان مُستقلّين في الإبرام وفي المطالبة، فيكون المتموّل -المستصنع الأول- في مقابلة المموّل فقط، فلا يكون بين العقدين صلةٌ، ويكونان مستقلين؛ حتى لا يكون من قبيل الحيلة على الإقراض الربوي[(٢)].

(١) المعايير الشرعية ص٣٠٧.

(٢) يُنظر: المعايير الشرعية ص٣١٦-٣١٧.

المبحث الثاني

حكم عقد الاستصناع الفقهي من جهة اللّزوم أو الجواز[١]

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

عقد الاستصناع الفقهي بعد التعاقد وقبل البدء بالعمل

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول

صورة المسألة

وصورته أن يُتمّ المتعاقدان عقد الاستصناع الفقهي، فيصدر من المستصنع إيجابًا ويعقبه القبول من الصانع، ولم يبدأ الصّانع بالعمل، فهل يكون عقد الاستصناع حينئذٍ لازمًا على المتعاقدين أو جائزًا؟

الفرع الثاني

حكم المسألة

وهذه المسألة نصّ الحنفية -رَحِمَهُمُ اللَّهُ- على حكمها بالاتفاق عندهم، حيث جعلوا حكم هذه الصّورة أنّها غير لازمة عليهما، فجاء في بدائع الصنائع في صفة الاستصناع: "... أنه عقدٌ غير لازمٍ قبل العمل في الجانبين جميعًا، بلا خلاف، حتّى كان لكلّ واحدٍ منهما خيار الامتناع قبل العمل.."[٢]، وأثبت عدم الخلاف في هذه الصورة ابن عابدين – رَحِمَهُ اللَّهُ- من متأخريهم كذلك[٣].

---

(١) والمطالب الثلاثة الأولى جارية على ما قرّره الحنفية.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥.

(٣) يُنظر: حاشية ابن عابدين ٢٢٤/٥-٢٢٥، وهو المتوفى عام ١٢٥٢هـ، والكاساني صاحب البدائع توفي عام ٥٨٧هـ.

الفرع الثالث

دليل المسألة

دلّل الحنفية -رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ- على عدم لزوم هذه الصّورة بمركبة الدليل العقلي القائم على أمرين:

الأول: أنّ عقد الاستصناع عقدٌ على خلاف القياس، وإنّما كان المجيز لهذا العقد هو حاجة الناس، وتعاملهم به.

الثاني: أنّ الشّبه في هذه الصّورة إنّما هو في البيع بالخيار للمتبايعين؛ فيكون لكلٍّ منهما الفسخ، ما لم يبدأ الصّانع بالعمل؛ لأنّ الصّانع لم يفسد متاعه ولم تتغيّر مادة الصّنع؛ لعدم الشّروع بالصّناعة[١].

يقول الكاساني -رَحِمَهُ ٱللَّهُ- في ذلك: "... لأنّ القياس يقتضي ألا يجوز؛ لما قلنا. وإنّما عرفنا جوازه استحسانًا؛ لتعامل النّاس، فبقي اللزوم على أصل القياس"[٢].

(١) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥-٤

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥.

المطلب الثاني
عقد الاستصناع الفقهي بعد انتهاء الصانع من العمل وقبل أن يراه المستصنع

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول
صورة المسألة

وصورته بعد أن يُتمّ المتعاقدان عقد الاستصناع الفقهي، ويبدأ الصّانع بالعمل، وينتهي من المصنوع، لكن المستصنع لم يره بعد، فهو فارق الصورة السابقة بالشّروع في الصنع، وفارق الصورة اللاحقة بعدم رؤية المستصنع له؛ فهل يكون عقد الاستصناع لازمًا أو جائزًا على المتعاقدين؟

الفرع الثاني
حكم المسألة

وهذه المسألة نصّ الحنفية -رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ- على حكمها من غير خلافٍ عندهم، حيث جعلوا حكم هذه الصّورة أنّها غير لازمةٍ عليهما، فجاء في بدائع الصنائع في صفة الاستصناع: "... وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع، فكذلك[١]، حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء"[٢]، وجرى على عدم التنصيص للخلاف في هذه الصورة ابن عابدين –رَحِمَهُ ٱللَّهُ- من متأخريهم كذلك[٣].

الفرع الثالث
دليل المسألة

جاء دليل هذه الصورة عندهم على ما نصّ عليه الكاساني -رَحِمَهُ ٱللَّهُ- بقوله: "لأنّ العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة؛ لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان

(١) أي: حكمه كحكم الصورة السابقة.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥
(٣) يُنظر: حاشية ابن عابدين ٢٢٤/٥-٢٢٥.

آخر، وسلم إليه؛ جاز، ولو باعه الصانع، وأراد المستصنع أن ينقص البيع؛ ليس له ذلك..."[١]؛ فالمعتبر عندهم أنّ المعقود عليه موصوفٌ في الذّمة لم يتعيّن عينه على الصّانع، يقول السرخسي -رَحِمَهُ ٱللَّهُ-: "وإذا عمله الصانع فقبل أن يراه المستصنع باعه يجوز بيعه من غيره؛ لأنّ العقد لم يتعيّن في هذا بعد.."[٢].

(١) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥.

(٢) يُنظر: المبسوط للسرخسي ١٣٩/١٢.

المطلب الثالث

عقد الاستصناع الفقهي بعد رؤية المستصنع للعمل بعد انتهائه

وفيه فرعان:

الفرع الأول

أن يكون العمل مخالفًا للصّفة

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: صورة المسألة:

وصورته أنّ ينتهي الصّانع من صنع المعقود عليه بمقتضى عقد الاستصناع، ويراه المستصنع على خلاف الصّفة المتّفق عليها، فهل يكون عقد الاستصناع لازمًا أو جائزًا على المتعاقدين؟

المسألة الثانية: حكم المسألة:

وهذه المسألة جاريةٌ عند الحنفية –رحمة الله تعالى عليهم- على خلاف الوصف في محل العقد، فلا يلزم المستصنع قبولها من غير خلاف يُذكر، ويجري الخلاف في الصّانع كما في الفرع الثاني من هذا المطلب[(١)]، فيكون حكم هذه الصّورة أنّها غير لازمةٍ على المستصنع، جاء في مجلة الأحكام العدلية: "... وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مُخيّرًا"[(٢)].

المسألة الثالثة: دليل المسألة:

يُمكن الاستدلال على هذه الصّورة بعدم لزومه على المستصنع؛ أنّه على خلاف الصّفة المعقود عليها، فلم يقم الصّانع بالصّنع المعقود عليه، فيحقّ للمستصنع أنّ يطلبه بمحلّ العقد على الصّفة المتفق عليها في عقد الاستصناع؛ لأنّ عقد الاستصناع انشغلت فيه ذمّة الصّانع بالصّنع على الصّفة المعقود عليها، شابه السّلم بجامع كونهما

---

(١) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٥-٤، حاشية ابن عابدين ٢٢٤/٥.

(٢) مجلة الأحكام العدلية ص٧٦.

موصوفين في الذّمة دينٌ عليهما -أي: المسلم إليه والصانع-.

الفرع الثاني
أن يكون العمل مطابقًا للصّفة

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: صورة المسألة:

وصورته أنّ ينتهي الصّانع من صنع المعقود عليه بمقتضى عقد الاستصناع، ويراه المستصنع على الصّفة المتّفق عليها، فهل يكون عقد الاستصناع لازمًا أو جائزًا على المتعاقدين؟

المسألة الثانية: الأقوال في المسألة:

اختلف فقهاء الحنفيّة في المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: العقد لازمٌ على الصّانع جائزٌ على المستصنع، وهو قول الصاحبان وظاهر الرواية عن إمام المذهب أبي حنيفة(١).

القول الثاني: العقد جائزٌ على المتعاقدين -الصّانع والمستصنع-، وهو روايةٌ أخرى عن أبي حنيفة(٢).

القول الثالث: العقد لازمٌ على المتعاقدين، وهو روايةٌ أخرى لأبي يوسف(٣).

المسألة الثالثة: دليل كلّ قول:

دليل القول الأول:

يستدل القائلون بلزومه على الصّانع دون المستصنع؛ لأنّ المستصنع فمشتري ما لم يره؛ فكان له خيار الرؤية، فيكون جائزًا للمستصنع.

---

(١) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ١٢٤/٤.

(٢) يُنظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٢٤/٤.

(٣) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ١٢٤/٤.

وكذلك فإنّ الخيار كان ثابتًا لهما قبل إحضار المعقود عليه؛ لما ذكرنا أنّ العقد غير لازمٍ، فالصّانع بالإحضار أسقط خيار نفسه؛ فبقي خيار صاحبه على حاله -كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين إذا أسقط أحدهما خياره أنه يبقى خيار الآخر-؛ فكان لازمًا على الصّانع[١].

دليل القول الثاني:

يستدلّ القائلون بجواز العقد على كلا المتعاقدين بدليل القول الأول في حقّ المستصنع، ويُضيفون حقّ الخيار –عدم اللزوم- للصّانع؛ لأنّ للصّانع ضررًا قد يدفعه الصّانع عن نفسه، فيكون ثبوت الخيار لهما دفعًا للضرر عنهما[٢].

دليل القول الثالث:

يستدل القائلون بلزوم العقد على كلا المتعاقدين أنّ الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصّفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه؛ لكان فيه إضرارٌ بالصّانع، فلزم على المستصنع، ويستدلون بلزومه على الصّانع بدليل القول الأول في هذا الأمر[٣].

المسألة الرابعة: الترجيح:

يترجّح -والله أعلم- القول بلزوم العقد على الصّانع والمستصنع إذا جاء المصنوع على الصّفة المشروطة؛ لوجود الضّرر على المتعاقدين عند فسخ العقد منهما في هذا الوقت، ففي لزوم العقد عليهما رعاية للعقد وحماية لهما، وسيأتي مزيد بيان في المطلب الرابع[٤].

---

(١) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٥

(٢) يُنظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٢٤/٤.

(٣) يُنظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٥.

(٤) وثمرة الخلاف بيّنةٌ ظاهرة بين الأقوال الثلاثة، وسيأتي أثرها كذلك في مسائل الاستصناع المصرفي المتمثّل بالاستصناع الموازي.

المطلب الرابع

الموازنة والترجيح في حكم عقد الاستصناع الفقهي أو الإلزام به

بعد النّظر في صور عقد الاستصناع باعتبار حالة المصنوع يجدر بحثًا أن نتعرّف على الأصول المؤثرة في المسألة والتي جعلت الحنفية –وهم المعنيّون في بحث المسألة- يجعلون الأصل في عقد الاستصناع أنّه على الجواز لا على اللزوم، والغالب في صور العقد-كما مرّ معنا-، وما كان تقسيم هذا المبحث على تنوّع الصور باعتبار حالة المصنوع إلا لمعرفة المؤثرات في هذه المسألة[1]، والأصول المؤثرة عند الحنفية ثلاثة:

الأصل الأول: الحنفية يستصحبون معنًى في المسألة وهو أنّ الاستصناع أُبيح على خلاف القياس، وأجيز للضرورة، ولا ضرورة في حقّ اللزوم؛ لذا فهم يجعلون الأصل في العلاقة بين المتعاقدين الجواز.

الأصل الثاني: رفع الضرر عن المتعاقدين أو أحدهما، ورفع الضّرر أصلٌ شرعي في المعاملات.

الأصل الثالث: إثبات الخيارات الشرعية التي تُرعى للمتعاقدين في عقود البيع كخيار الرؤية للمستصنع.

وفي الموازنة بين هذه الأصول: نجد أنها اعتبارات في النظّر نصّ الحنفية عليها في دراسة حكم عقد الاستصناع الفقهي، ونجد أنّ الأصل الأول والثالث أصولٌ تأخذ بعقد الاستصناع الفقهي إلى الجواز لا اللزوم، ويُزاحمهما الأصل الثاني الذي يسعى لتحقيق العدل في بعض الصّور عند وقوع الضّرر؛ رفعًا له.

وترجيحًا في المسألة فإنّ الأصل في العقود أنّها تحقّق مقصود العقد ومقتضاه،

---

(١) فكان بالإمكان بحثها على طريقة المسألة الواحدة مع تحرير النزاع في المسألة؛ لتجاوز المسائل المتفق عليها، وتحرير محلّ النزاع والنظّر في الأدلة للمسألة المختلف فيها؛ إلا أنّ حاجتنا هنا في هذا المطلب للنظر الكامل في لزوم العقد من عدمه في عموم صور عقد الاستصناع الفقهي لا على الصّورة المتنازع عليها فقط.

ومقتضى عقد الاستصناع الفقهي يلزم منه ما لزم في عقد السّلم من أوصاف مشتركة، فالسّلم –عند الحنفية مثلًا- عقدٌ لازمٌ[١]، والاستصناع يُشابهه بجامع انشغال الذّمة بدين المثمن الموصوف، وما ذُكر في الأصل الأول -أنه أُبيح للحاجة على خلاف القياس- لا يمنع من جريان حكم اللزوم على عقد الاستصناع الفقهي؛ تحقيقًا لمقصود عقد الاستصناع ومقتضاه.

وبناءً على ما سبق فيكون **الترجيح** -والله أعلم- أنّ الأصل في عقد الاستصناع الفقهي اللزوم، ويكون الخيار للمستصنع حال تخلّف الأوصاف المشروطة في العقد.

وخاتمة الأمر: فإن قيل بقول الحنفية المستصحبين لجواز عقد الاستصناع فإنّه بإمكان المتعاقدين عند إبرام العقد أن يُلزما بعضهما بالعقد الجائز، وغايته أن يكون شرطًا يُخالف مقتضى العقد؛ لأنّ الاستصناع حينئذٍ عقدٌ جائزٌ، وهذا الشّرط – بجعل الاستصناع عقدًا لازمًا- شرطٌ لا يُنافي مقصود العقد –وسيأتي بيان ذلك قريبًا-.

ويُؤكّد ذلك أنّ اشتراط اللزوم لتحقيق مصلحة العقد ومقصوده قد يكون مقصدًا شرعيًّا؛ لذا فالفقهاء –رحمهم الله- ذكروا أنّ العقود الجائزة إذا كان فسخها فيه ضررٌ على أحد أطراف العقد فلا يجوز فسخها حينئذٍ، يقول ابن رجب -رَحِمَهُ ٱللَّهُ- في القاعدة الستين: "التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمّن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلّق بالعقد لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضّرر بضمانٍ أو نحوه، فيجوز على ذلك الوجه"[٢].

والإلزام بالعقد الجائز –كأغلب صور عقد الاستصناع عند الحنفية- إذا احتاج إليه أطراف العقد فإنّه يُمكن ذلك؛ لإسقاط حقهما بالخيار الذي لا يضرّ بمقصوده حال التعاقد.

---

(١) يُنظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٧/١١٠.

(٢) القواعد لابن رجب ص٣٤٨.

المبحث الثالث

الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع

وأثر فسخ أحد المتعاقدين للعقد في منتجات الاستصناع المصرفي

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

الأصل في الشروط

يُعتبر الشّرط الجزائي من الشّروط التي تكون بين أطراف العقد، وحقيقتها أنّها من الشّروط الجعليّة التي يُضيفها أحد أطراف العقد أو جميعهم لما فيه مصلحةٌ لهم جميعًا أو مصلحةٌ لبعضهم.

ومبحث الشّروط الجعليّة يتطلّب النّظر في تقسيم الشّروط عند الفقهاء والأصوليين، فالشّروط إما أن تكون شروطًا شرعيّةً أو جعليّةً، والشّروط الشّرعيّة إمّا أن تكون شروطًا تكليفيّةً أو وضعيّةً[(١)]، والشّروط الجعليّة إما أن تكون شروطًا تقييديّةً أو تعليقيّةً[(٢)]، ومحلّ بحثنا في الشّروط الجعليّة لا الشرعيّة، وفي الشّروط التقييديّة منها لا التعليقيّة.

فالشّروط الجعليّة: هي الشّروط التي يشترطها المكلف، كشرط المتعاقد في العقد، وشرط الواقف، وشرط الموصي[(٣)]، والتقييديّة في مقابل التّعليقيّة، ويكون محلّها في الّتعاقد بالتّزامن مع توقيع العقد واتفاقياته، والغرض من الشّروط الجعليّة التقييديّة حماية المشروع أو أطراف العقد، أو أحدهما، أو توضيح الالتزامات التعاقدية.

وهذه الشّروط التي هذا غرضها هي داخلةٌ في عموم القاعدة التي يجري عليها العمل اليوم في البلاد الإسلامية مع تطوّر المنتجات المالية والعقود المستجدة؛ وعند

---

(١) يُنظر: الموافقات للشاطبي ٤٢١/١.

(٢) يُنظر للاستزادة: المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٧١/١ وما بعدها، الشّرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة لليمني، الشّروط الجعليّة المتعلقة بأركان الشركة لعبد الرحمن المالكي.

(٣) الشّرط الجزائي لعلي السالوس ١٠٠/٢.

التّحقيق فكلّ نوعٍ من الاشتراطات الجديدة التي لم ينصّ عليها الفقهاء وتكون في إحدى صور المعاملات فإنّها تُصيّرها إلى معاملةٍ مستحدثةٍ، تحكمها قاعدةٌ يكاد الفقهاء المعاصرون يُجمعون على الأخذ بها، وهي: أنّ الأصل في العقود والشّروط الحلّ والإباحة، ولا يحرم منه أو يبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصًّا أو قياسًا(١).

وقد قرّر هذه القاعدة جمعٌ من أهل العلم المحققين، ومن هؤلاء ما قرّره الجصاص -رَحِمَهُ ٱللَّهُ- عند تفسيره لقوله تعالى: "**يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود**"(٢)، حيث قال: "واقتضى قوله تعالى: "**أوفوا بالعقود**" الوفاء بعقود البياعات والإجراءات والنّكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقد، فمتى اختلفنا في جواز عقدٍ أو فساده صحّ الاحتجاج بقوله تعالى: "**أوفوا بالعقود**"؛ لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجازات والبيوع وغيرها، وقوله -صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: (**والمسلمون عند شروطهم**)(٣) في معنى قول الله تعالى: "**أوفوا بالعقود**" وهو عمومٌ في إيجاب الوفاء بجميع ما يشترطه الإنسان على نفسه ما لم تقُم دلالةٌ تُخصّصه"(٤).

وأشار لهذه القاعدة مخالفًا لها في التقرير ابن حزم -رَحِمَهُ ٱللَّهُ-، حيث قال: "وأمّا العقود والعهود والشّروط والوعد فإنّ أصل الاختلاف فيها على قولين، لا يخرج الحقّ عن أحدهما، وما عداهما فتخليطٌ ومناقضاتٌ لا يستقرّ لقائلها قولٌ على حقيقةٍ، فأحد القولين المذكورين إما أنّها كلّها لازم حقٍّ إلا ما أبطله منها نصٌّ. والثاني: أنّها كلّها باطلٌ غير لازمٍ إلا ما أوجبه منها نصٌّ، أما ما أباحه منها نصٌّ فكان من حجة من قال إنّها

---

(١) يُنظر: الشّرط الجزائي للصديق الضرير ٥٩/٢.

(٢) سورة المائدة آية ١.

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم (٣٥٩٦)، ٣٢٢/٣، وأخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر رسول الله -صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- في الصلح بين الناس، رقم (١٣٥٢)، ٦٣٤/٣، وقال عنه: "حديثٌ حسنٌ صحيحٌ".

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٢٨٦/٣. وتعريف العقد عند الجصاص -رَحِمَهُ ٱللَّهُ- [أحكام القرآن للجصاص ٢٨٥/٢]: ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه... ثم قال: فكلّ شرطٍ شرطه الإنسان على نفسه في شيءٍ يفعله في المستقبل فهو عقدٌ.

كلّها حقٌّ لازمٌ إلا ما أبطله منها نصٌّ"[١].

إلا أنّ المذاهب الفقهية الأربعة جاءت معتبرة لهذا الأصل في الجملة[٢]، وجاء تقريرها بين مُوسّعٍ في التّعامل مع الشّروط الجعليّة ومُضيّق لها، فسُلطة العاقدين على تعديل تلك الآثار للعقود إمّا بالنّقص منها وإمّا بإضافة التزاماتٍ على أحد الطرفين لا يستلزمها أصل العقد، وذلك بشروطٍ يشترطانها في التّعاقد، ومدى هذه السّلطة، فقد اختلفت في ذلك اجتهادات الفقهاء واعتباراتهم[٣]، وسبب الخلاف في هذا الأصل ما ذكره ابن رشد –رَحِمَهُ ٱللَّهُ- عند باب بيع الشّروط والثنيا[٤]، حيث جعل مرجع الأصل في اختلاف الناس في هذا الباب إلى ثلاثة أحاديث؛ بسبب اجتماع بيع وشرط، وهذه الأحاديث:

أحدها: حديث جابر -رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ- قال: ابتاع منّي رسول الله -صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- بعيرًا وشرط ظهره إلى المدينة[٥].

والحديث الثاني: حديث بريرة -رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ- أنّ رسول الله -صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قال: **(كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ ولو كان مائة شرطٍ)**[٦].

والثالث: حديث جابر -رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ- قال: نهى رسول الله -صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- عن المحاقلة، والمزابنة، والمخابرة، والمعاومة، والثّنيا، ورخّص في العرايا[٧]. ومن هذا الباب ما

---

(١) الإحكام لابن حزم ٦/٥.

(٢) يُنظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣٢/٢٩.

(٣) يُنظر: العقود المستجدة ضوابط ونماذج منها لنزيه حماد ٤٨٦/٢.

(٤) يُنظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٥٩/٢-١٦٠.

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة، رقم (٢٧١٨)، ١٨٩/٣، وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم (٧١٥)، ١٢٢١/٣.

(٦) أصله في الصحيحين. يُنظر: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تصح، رقم (٢١٦٨)، ٧٣/٣، وصحيح مسلم، كتاب العتق، باب إنّما الولاء لمن أعتق، رقم (١٥٠٤)، ١١٤٢/٢.

(٧) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عَنْ بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، رقم (١٥٣٦)، ١١٧٥/٣

روي عن أبي حنيفة أنّه روى: أنّ رسول الله -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- نهى عن بيعٍ وشرطٍ[١].

فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيعٍ وشرطٍ، فمن أبطل البيع والشّرط أخذ بعموم نهيه عن بيعٍ وشرطٍ، ولعموم نهيه عن الثنيا. ومن أجازهما جميعًا أخذ بحديث عمر -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- الذي ذكر فيه البيع والشّرط. ومن أجاز البيع وأبطل الشّرط أخذ بعموم حديث بريرة -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ-. ومن لم يُجز الشّرطين وأجاز الواحد احتجّ بحديث عمرو بن العاص -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- قال: قال رسول الله -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: (**لا يحلّ سلفٌ وبيعٌ، ولا يجوز شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس هو عندك**)[٢]".

وقد أجاب ابن القيم -رَحِمَهُ اللَّهُ- عن شيءٍ من أدلّة المخالفين للأصل عند ذكره لمن أبطل السّنّة بالظّواهر بقوله: "ردّ السّنة الصّحيحة الصّريحة المحكمة في وجوب الوفاء بالشّروط في النكاح، وأنّها أحقُّ الشّروط بالوفاء على الإطلاق، بأنّها خلاف الأصول، والأخذ بحديث النهي عن بيعٍ وشرطٍ الذي لا يُعلم له إسنادٌ يصحّ، مع مخالفته للسّنة الصّحيحة والقياس ولانعقاد الإجماع على خلافه. ودعوى أنّه موافقٌ للأصول؛ أما مخالفته للسّنة الصّحيحة فإنّ جابرًا باع بعيره وشرط ركوبه إلى المدينة، والنبيّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قال: (**مَنْ باع عبدًا وله مال فمالُه للبائع إلّا أن يشترطه المبتاع**)[٣]، فجعله للمشتري بالشّرط الزّائد على عقد البيع، وقال: (**مَن باع نخلًا قد أُبِّرت فثمرها للذي باعها إلّا أن يشترطها المبتاع**)[٤]، فهذا بيعٌ وشرطٌ ثابتٌ بالسّنة الصّحيحة

---

(١) أخرجه أبو نعيم الأصبهاني في مسند أبي حنيفة ص١٦. قال ابن تيمية -رَحِمَهُ اللَّهُ- [مجموع الفتاوى لابن تيمية ٦٣/١٨]: "حديثٌ باطلٌ، ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يُروى في حكايةٍ منقطعةٍ".

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٦)، ٣٠٣/٣، وأخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٤)، ٥٣٥/٣، وأخرجه النسائي، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عندك، رقم (٤٦١١)، ٢٨٨/٧، وقال عنه الترمذي: حسنٌ صحيحٌ.

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الإجارة، باب في العبد يُباع ولم مال، رقم (٣٤٣٥)، ٢٨٠/٣، وأخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال، رقم (١٢٤٤)، ٥٤٦/٣، وقال الترمذي: "حسن صحيح".

(٤) متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب الشرب والمساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط =

الصّريحة، وأمّا مخالفته للإجماع فالأمّة مُجمعةٌ على جواز اشتراط الرَّهن والكَفيل والضَّمين والتّأجيل والخيار ثلاثة أيامٍ ونقد غير نقد البلد فهذا بيعٌ وشرطٌ متفقٌ عليه، فكيف يُجعل النهي عن بيعٍ وشرطٍ موافقًا للأصول وشروط النّكاح التي هي أحقّ الشّروط بالوفاء مخالفةً للأصول"(١).

وتأتي الخلاصة من ابن القيم -رَحِمَهُ ٱللَّهُ- بقوله: "وهو أنّ الأصل في العقود وجوب الوفاء إلا ما حرّمه الله ورسوله، فإنّ المسلمين على شروطهم إلا شرطًا أحلّ حرامًا، أو حرّم حلالًا، فلا يُحرم من الشّروط والعقود إلا ما حرمه الله ورسوله، وليس مع المانعين نصٌّ بالتّحريم البتّة، وإنّما معهم قياسٌ قد عُلم أنّ بين الأصل والفرع فيه من الفرق ما يمنع الإلحاق، وأنّ القياس الذي مع من أجاز ذلك أقرب إلى مساواة الفرع لأصله، وهذا ما لا حيلة فيه، وبالله التّوفيق"(٢).

أو في نخل، رقم (٢٣٧٩)، ١١٤/٣، وأخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلًا عليها ثمر، رقم (١٥٤٣)، ١١٧٣/٣، واللفظ للبخاري.

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ١٦٢/٤-١٦٣.

(٢) زاد المعاد لابن القيم ٨٢٧/٥.

المطلب الثاني
الشّرط الجزائي في الدّيون

أقرّ المجمع الفقهي أنّ الأصل في الشّرط الجزائي في الديون الحرمة والمنع مطلقًا - وهم القائلون بجواز الشّرط الجزائي في الجملة-، ولم يختلف الفقهاء في منع الشّرط الجزائي في الدّيون في غالب الصّور إلا في صورة المماطل القادر بأخذ مقدار ما فات من منفعة الدّين بموجب الشّرط الجزائي، فكان الاتفاق في منع أخذ الزائد على هذا القدر، ومنع الأخذ من المماطل المعسر مطلقًا، والمجمع الفقهي منع كلّ الصور في الديون، ومستند مانعي الشّرط الجزائي في الدّيون أمران:

الأمر الأول: أنّ هذه الزيادة هي عين صورة الربا المحرّم بنصّ القرآن: فهذه الزيادة –بكلّ صورها-حقيقتها زيادة مقابل التأجيل.

الأمر الثاني: أنّه لا حاجة لاشتراطه في الدّيون؛ لأنّ المدين عند حلول الأجل واستحقاق الدّين لا يخلو: إما أن يفي بالسّداد، أو يمتنع، فإن امتنع فلا يخلو: إما أن يكون ذلك لإعساره وفي هذه الحالة يجب إمهاله، ولا يلزم بدفع ما زاد على أصل الدّين، وإما أن يكون الامتناع من المدين لمماطلته مع قدرته على السداد، فإنّه يُجبر على الوفاء ولو ببيع ماله، فبان أنّ هذا لشّرط مما لا يُحتاج إليه.

وعلى ما سبق: فلا يكون الشّرط الجزائي على المستصنع حال تخلّفه في السدّاد عند حلول الأجل في عقد الاستصناع الفقهي؛ لأنّه من قبيل الشّرط الجزائي في الدّيون الذي لا يخرج من صورة الرّبا المحرّم ولا حاجة له.

المطلب الثالث

الشّرط الجزائي في الأعمال

إذا كان محلّ الشّرط الجزائي غير عقود المداينات فإنّ الفقهاء المعاصرين يختلف النّظر عندهم بحسب نوع الضّرر المعوّض عنه، وذلك على حالين:

الحال الأولى: أن يكون الضّرر -محلّ الشّرط الجزائي والذي يُراد تعويضه منه- ضررًا ماليًا فعليًّا حقيقيًّا؛ كالكسب الفائت المؤكّد، وما لحق به من خسارة حقيقةٍ، فإنّ من أجاز الشّرط الجزائي يوجب تنفيذ مقتضى الشّرط في هذه الحال بشرطين:

الشّرط الأول: ألا يخرج التعويض عن حدّ المعقول، فإن كان كثيرًا وجب ردّه إلى المعقول بما يتحقّق معه العدل والإنصاف، جاء في قرار هيئة كبار العلماء بخصوص الشّرط الجزائي ما نصّه: "وإذا كان الشّرط الجزائي كثيرًا عرفًا يراد به التهديد المالي ويكون بعيدًا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر"[(١)]، وجاء في فتوى الهيئة الشرعية لبيت التّمويل الكويتي قولهم: "ولكن إذا تجاوز الشّرط الجزائي حدّ المعقول بأن كان أكثر من الضّرر الذي يعود على الطرف الآخر وجب ردّه إلى المعقول"[(٢)].

الشّرط الثاني: ألا يكون الضرر ناتجًا عن إخلالٍ خارجٍ عن إرادة من ثبت ضدّه الشّرط الجزائي، ويكون عبء الإثبات عليه[(٣)].

---

(١) يُنظر: القرار رقم: ٢٥، أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٩٥/١.

(٢) يُنظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية للهيئة الشرعية لبيت التّمويل الكويتي ٣١/١.
وقد جعل قرار مجمع الفقه الإسلامي [يُنظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ١٩٠ (٢/٣)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٦/٢/١٢] للقاضي حقّ تعديل الشّرط الجزائي مقدار التّعويض إذا طلب أحد الطّرفين ذلك وكان السبب وجيهًا.

(٣) يُنظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ١٩٠ (٢/٣)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٦/٢/١٢، الشّرط الجزائي لليمني ص٢٥٣.

الحال الثانية: أن يكون الضّرر -محلّ الشّرط الجزائي والذي يُراد تعويضه منه- ضررًا غير حقيقيّ كالضرر المعنوي والأدبي أو الضّرر عن تفويت فرصة كسبٍ مُحتملةٍ، فالقائلون بجواز الشّرط الجزائي في الأعمال لا يلزم من قولهم موافقتهم في هذه الصّورة، ومن ذلك ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في قراره عن الشّرط الجزائي: "خامسًا: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارةٍ حقيقةٍ، وما فاته من كسبٍ مؤكّدٍ، ولا يشمل الضّرر الأدبي أو المعنوي"[١].

وعلى ما سبق: فإنّ الشّرط الجزائي على الصّانع يجوز حال تأخره في الصّنع في عقد الاستصناع الفقهي -وفقًا للشرّوط المذكورة قريبًا-؛ لأنّه من قبيل الشّرط الجزائي في الأعمال لا الدّيون، وفيه من المصالح المعتبرة لتحقيق مقصود العقد، وهذا ما ذهب إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي[٢].

(١) يُنظر: المراجع السابقة.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٣٧ (٧/٣).

المطلب الرابع
فسخ عقد الاستصناع المصرفي

وفيه فرعان:

الفرع الأول
صورة المسألة وأهميتها على المصارف

تسعى المصارف لحماية منتجاتها التي تُقدّمها؛ خشيةً من تحمّلها تبعات الفسخ أو التعثّر، فتقوم بالإجراءات التحوّطية في العقد وفي الاتفاقيات التي تسبقه؛ لذلك فإنّ المصارف تقوم بحماية جانبها باشتراط جملة من الشّروط التعاقدية التي تُلزم بها الأطراف ذات العلاقة بها في منتجاتها، ومن ذلك: خشيتها من أن يفسخ أحد أطراف العقد عقد الاستصناع المصرفي.

وصورة المسألة: أن يقوم المتموّل عميل المصرف -المستصنع الأول- بطلب تمويلٍ بصيغة الاستصناع، فيكون المصرف صانعًا، ورأس مال الاستصناع آجلٌ في ذمّة المتموّل، ثم يقوم المصرف بعقد استصناعٍ موازٍ ليس له ارتباطٌ بعقد الاستصناع الأول. فالمصرف يخشى من المتموّل أن يفسخ عقد الاستصناع الأول، ويخشى تبعًا لذلك أن يلتزم بعقد الاستصناع الثاني وهو ليس صاحب حاجةٍ بالمصنوع الذي لولا المستصنع الأول لم يكن المصرف مُستصنعًا ثانيًا.

والذي تخشاه المصارف أكثر أن يفسخ المتموّل عقد الاستصناع الأول في صيغة التّمويل بالاستصناع الموازي؛ لأنّ الضّرر على المصرف متحقّق حينئذٍ؛ لأن المصرف لم يقم بعقد الاستصناع الثاني –المتمّم للاستصناع الموازي- إلا لحاجة المتموّل للمصنوع، فلولاه لما كان المصرف مستصنعًا.

وخشية المصرف -على درجةٍ أقلّ- أن يكون الفسخ من الصّانع في عقد الاستصناع الثاني؛ لما قد يترتب عليه من تعويضات للضّرر الفعليّ الذي سيلحق بالمتموّل في عقد الاستصناع الأول؛ لتأخر المصرف –الصّانع في عقد الاستصناع الأول- من تسليم المصنوع، والذي تنصّ عليه غالب عقود الاستصناع من شروطٍ جزائيةٍ على

الصّنّاع، فإذا فُسخ العقد من الصّانع في عقد الاستصناع الثاني سيقوم المصرف بالبحث عن صانع آخر وسيُسبّب ذلك تأخرًا على المتموّل؛ فتظهر حينئذٍ أهمية هذه المسألة على المصارف المطبّقة لصيغة تمويل الاستصناع الموازي.

الفرع الثاني

حكم المسألة ومستندها الفقهي والمقاصدي

يُعتبر القول بجواز عقد الاستصناع على المتعاقدين لا لزومه أمرًا لا يستقيم مع المصارف والمؤسسات المالية؛ لأنّ في عدم لزوم العقد على المتعاقدين خروج عن طبيعة عمل المصارف، وتعرّضها للضرّر المحتمل، وهذا ما لا تقبله سياسات المؤسسات المالية.

وعليه فإنّ الذي يجري مع الطبيعة التعاقدية في تصرّفات المصارف أن يكون عقد الاستصناع عقدًا لازمًا على الطرفين –وبالأخصّ عقد الاستصناع الأول مع عميل البنك المتموّل-، ففي إلزام المتعاقدين بلزوم العقد واشتراط الشّرط الجزائي فيه حال فسخ أحد أطراف عقدي الاستصناع –في الاستصناع الموازي-.

واشتراط الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع من أجل خشية الفسخ، فالشّرط الجزائي حينئذٍ ليس من قبيل الشّرط الجزائي في الديون، وليس فيه زيادة على الدّين، فلا يشتمل على المحظور -خلافًا لبعض المعاصرين الذين منعوه-[1].

والمصارف لا تُقدم على تمويل العميل إلا بعد التحقّق من قدرته الائتمانية، والقيام بالوسائل الشرعية الوقائية والتوثيقية لتجاوز عدم تعثّر العميل في سداد الدّين في ذمّته الناشئ من عقد الاستصناع، وعليه: فلا يكون في عقد الاستصناع شرطًا جزائيًا على المستصنع في حال تأخّره في السّداد –كما مرّ معنا-.

وبناءً على كل ما سبق: فإنّ للمصرف أن يجعل عقد الاستصناع عقدًا لازمًا –ولو بإلزام أطراف العقد عليه-، وأن يُجعل في العقد شرطًا جزائيًّا حال فسخ أحد الأطراف للعقد، ويكون التعويض وفق الشّروط التي نُصّ عليها في المطلب السّابق؛ لتحقيق

(١) وتُعتبر الشروط المذكورة لجواز الشّرط الجزائي في عقود الاستصناع جوابًا على المانعين ممن خشي من حصول الظلم والضرر بسبب هذا الشّرط.

العدالة والإنصاف، ورفع الضّرر عن الجميع، وفي هذا تحقيق لمقتضى العقود المبرمة، ولمقاصد المتعاقدين.

وعند التحقيق فإنّه يعضد ذلك جملة من **المصالح المتحققة** بإلزام المتعاقدين وتضمين العقد لشرطٍ جزائيّ؛ لأنّ وجود هذا الشّرط من مصلحة العقد؛ لأنّه يحثّ المتعاقدين على الوفاء بالعقد، والالتزام به، والمنع من مخالفته والتلاعب فيه. ومع ضعف الوازع الديني فإنّ الحاجة لوجود مثل هذا الشّرط فيها إكمال لمقصد العقد، وتحقيق لغاية شرعية في منع الضرر عن أحد المتعاقدين، وسعيٌ في آثار وجود عقد الاستصناع الذي له أثر اقتصادي حقيقي على المسلمين، ويكون التمويل بهذا العقد مجديًا للمصارف الإسلامية ومتجاوزًا للمخاطر التي تخشاها المصارف.

الخاتمة وخلاصة البحث

وفي خاتمة الورقة البحثية هذه، فإني أذكر بين يديك أهم النتائج البحثية التي تم التوصل إليها:

- الاستصناع عقد على موصوف في الذمة اشترط فيه العمل، وهو عقد فقهي عند الحنفية، وفارق الإجارة والسلم عندهم، وأركان العقد بالعموم خمسة: صانع ومستصنع ومصنوع ورأس مال الاستصناع والصيغة، وشروطه هي شروط السلم إلا أنه يجوز تأجيل ثمنه.
- الشّرط الجزائي لم يُنص عليه في المدونات الفقهية، وعرفه المعاصرون بقولهم: التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يُستحقّ عند الإخلال الاختياري المضرّ بالمشترط.
- من صيغ تمويل المشاريع صيغتي السلم والاستصناع، ومن صيغ تمويل الأصول صيغة الاستصناع الموازي، وهي القيام بعقدي استصناع لا رابط بينهما يكون في المستصنع في العقد الثاني صانعًا في الأول.
- الحنفية يجعلون عقد الاستصناع الفقهي في الأصل عقدًا جائزًا إلا إذا رآه المستصنع بعد انتهاء الصانع منه ورضي به –وعلى خلاف بينهم في هذا اللزوم- إلا أنّ الراجح والله أعلم أن عقد الاستصناع عقد لازم، ويمكن الإلزام به حال التعاقد، ويبقى حقّ المستصنع محفوظًا في حال كان المصنوع على خلاف الأوصاف المطلوبة.
- الأصل في الشروط الحل والإباحة، والأصل في الشروط الجزائي الجواز ما لم يكن في الديون، وكان التعويض فيه عن ضرر فعلي عادل.
- عقود الاستصناع في المصارف لازمة، ويجوز الشّرط الجزائي فيها خشية فسخ أحد أطراف العقد، ويتأكد ذلك في حقّ المتموّل، وذلك وفق شروط جواز الشّرط الجزائي.

والحمد لله رب العالمين..

أهم المراجع والمصادر

- أبحاث هيئة كبار العلماء، طبعة هيئة كبار العلماء، الطبعة الثالثة، ١٤٢٩هـ.
- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- الإحكام في أصول الأحكام لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، تحقيق: أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الرابعة، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
- التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف المواق، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.
- الجامع الصحيح (سنن الترمذي) لمحمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه (صحيح البخاري) لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المسماة حاشية ابن عابدين لابن عابدين، دار الفكر، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
- شرح فتح القدير لابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر، بيروت.

- الشّرط الجزائي لعلي السالوس، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م

- الشّرط الجزائي للصديق الضرير، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ٢/٥٩.

- الشّرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة لمحمد اليمني، دار كنوز أشبيليا، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.

- الشّروط الجعليّة المتعلقة بأركان الشركة لعبد الرحمن المالكي، رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٢٩هـ.

- عقد الاستصناع لوهبة الزحيلي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد السابع، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلاميّة المعاصرة لمصطفى الزرقا، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد السابع، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

-عقود التّمويل المستجدة في المصارف الإسلاميّة لحامد ميرة، دار الميمان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

- العقود المستجدة ضوابط ونماذج منها لنزيه حماد، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر، ١٤١٨هـ.

- الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لهيئة الفتاوى والرقابة الشرعية ببيت التّمويل الكويتي، طبعة بيت التّمويل الكويتي، الطبعة الثانية.

- الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

- الفلاح في شرح المراح مطبوع مع شرح مراح الأرواح لديكنقوز، لابن كمال باشا، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثالثة، ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م

-قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي.

- القواعد لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، دار الكتب العلمية.

- لسان العرب لمحمد بن مكرم بن على، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.

- المبسوط لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: خليل محي الدين الميس،

دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

- المجتبى من السنن (سنن النسائي) لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

- مجموع الفتاوى لتقي الدين أبي العباس أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن محمد القاسم، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

-المجموع شرح المهذب لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.

- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ

- مسند الإمام أبي حنيفة رواية أبي نعيم لأبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، تحقيق: نظر الفاريابي، مكتبة الكوثر، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله (صحيح مسلم) لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- مشاكل المصارف الإسلاميّة-عقد السلم ودوره في المصرف الإسلاميّ لصالح الحصين، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد الثامن، ١٤١٥هـ.

- المعايير الشرعية الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (آيوفي) التي تم اعتمادها حتى صفر ١٤٣٩هـ، دار الميمان، الرياض.

-معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م

- المغني لموفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، تحقيق: عبد اللَّه بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية.

- مقاييس اللغة لابن فارس أبي الحسين أحمد بن فارِس بن زَكَرِيّا، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.

- الموافقات لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

The most important references and sources

-Abhath Hay'at Kebar Al-'Olamaa, edition of the Council of Senior Scholars, third edition, 1429 AH.

-Ahkam Al-Qur'an by Abu Bakr Ahmad ibn Ali al-Razi al-Jassas, edited by: Muhammad al-Sadiq Qamhawi, Dar Ihya al-Tarath al-Arabi, Beirut, 1405 AH.

-Al-Ehkam Fi Osol Al-Ahkam by Abu Muhammad Ali bin Ahmed bin Hazm, edited by: Ahmed Shaker, New Horizons House, Beirut.

-E'lam Al-Mawqe'en 'An Rab Al-'Alamin by Abu Abdullah Muhammad bin Abi Bakr bin Ayoub, known as Ibn Qayyim al-Jawziyyah, edited by: Mashhour Al-Salman, Dar Ibn al-Jawzi, Dammam, first edition, 1423 AH.

-Al-Bahr Al-Ra'iq Sharh Kanz Al-Daqaaiq, by Zain Al-Din Ibn Najim Al-Hanafi, Dar Al-Ma'rifa, Beirut.

-Bedayat Al-Mujtahid Wa Nehayat Al-Muqtasid by Abu Al-Walid Muhammad bin Ahmed bin Muhammad bin Ahmed bin Rushd Al-Qurtubi, known as Ibn Rushd Al-Hafid, Mustafa Al-Babi Al-Halabi and Sons Press, Egypt, fourth edition, 1395 AH - 1975 AD.

-Badaai' Al-Sanaai' Fi Tarteb Al-Sharaai' by Alaa al-Din al-Kasani, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, second edition, 1406 AH.

-Al-Taj Wa Al-Eklil Li Mukhtasar Khalil by Muhammad bin Yusuf Al-Mawaq, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, first edition, 1416 AH-1994 AD.

-Tabyen Al-Haqaaiq Sharh Kanz Al-Daqaaiq by Fakhr al-Din Othman bin Ali al-Zayla'i al-Hanafi, Dar al-Kutub al-Islami, Cairo, 1313 AH.

-Al-Jami' Al-Sahih (Sunan Al-Tirmithi) by Muhammad bin Issa al-Tirmithi, edited by: Ahmed Shaker, Dar Ihya al-Tirath al-Arabi, Beirut.

-Al-Jami' Al-Musnad Al-Sahih Al-Mukhtasar Min Omor Rasol Allah (PBUH) Wa Sunanuh Wa Ayamuh (Sahih Al-Bukhari) by Abu Abdullah Muhammad bin Ismail bin Ibrahim bin Al-Mughirah Al-Bukhari, edited by: Muhammad Zuhair Al-Nasser, Dar Touq Al-Najat, first edition, 1422 AH.

-Hashyat Rad Al-Muhtar 'Ala Al-Durr Al-Mukhtar, explaining the enlightenment of eyes, called the footnote to Ibn Abidin by Ibn Abidin, Dar Al-Fikr, 1421 AH - 2000 AD.

-Sunan Abu Dawud by Abu Dawud Suleiman bin Al-Ash'ath Al-Sijistani, Dar Al-Kitab Al-Arabi, Beirut.

-Sharh Fath Al-Qadir by Ibn al-Hammam Kamal al-Din Muhammad bin Abdul Wahid al-Siwasi, Dar al-Fikr, Beirut.

-Al-Shart Al-Jazaai by Ali Al-Salos, research published in the Journal of the Islamic Jurisprudence Academy, Issue Twelve, 1421 AH - 2000 AD.

-Al-Shart Al-Jazaai LilSadeq Al-Darer, research published in the Journal of the Islamic Jurisprudence Academy, Issue Twelve, 1421 AH-2000 AD, 2/59.

-Al-Shart Al-Jazaai Wa Atharuh Fi Al-'Oqod Al-Mo'asira by Muhammad Al-Yamani, Dar Treasures of Seville, first edition, 1427 AH.

-Al-Shorot Al-Ja'liya Al-Mota'aliqa Biarkan Al-Shareka by Abdul Rahman Al-Maliki, a master's thesis submitted to the Department of Comparative Jurisprudence at the Higher Institute of the Judiciary at Imam Muhammad bin Saud Islamic University, Riyadh, 1429 AH.

-'Aqd Al-Estsna' by Wahba Al-Zuhaili, research published in the Journal of the Islamic Jurisprudence Academy, Issue Seven, 1412 AH-1992 AD.

-'Aqd Al-Estsna' Wa Mada Ahameyatuh Fi Al-Estithmaratuh Al-Islamia Al-Mo'asira by Mustafa Al-Zarqa, research published in the Journal of the Islamic Jurisprudence Academy, Issue Seven, 1412 AH-1992 AD.

-'Oqod Al-Tamwel Al-Mostajada Fi Al-Masaref Al-Islamia by Hamid Mira, Dar Al-Maiman, Riyadh, first edition, 1432 AH-2011 AD.

-Al-'Oqod Al-Mostajada Dawabet Wa Namazej Menha by Nazih Hammad, research published in the Journal of the Islamic Jurisprudence Academy, Issue Ten, 1418 AH.

-Sharia fatwas on economic matters from the Fatwa and Sharia Supervision Board of the Kuwait Finance House, published by the Kuwait Finance House, second edition.

-Al-Foroq Aw Anwar Al-Boroq Fi Anwaa Al-Foroq by Shihab al-Din Abi al-Abbas Ahmad bin Idris al-Qarafi, edited by: Khalil al-Mansour, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beirut, 1418 AH - 1998 AD.

-Al-Falah Fi Sharh Al-Marah, printed with Sharh Marah Al-Arwah by Dickenquz, by Ibn Kamal Pasha, Mustafa al-Babi al-Halabi and Sons

Press in Egypt, third edition, 1379 AH - 1959 AD.

-Decisions of the International Islamic Jurisprudence Academy of the Organization of the Islamic Conference, and the Journal of the Islamic Jurisprudence Academy.

-Al-Qawa'id by Zayn al-Din Abd al-Rahman bin Ahmad bin Rajab, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.

-Lisan Al-Arab by Muhammad bin Makram bin Ali, Abi Al-Fadl, Jamal Al-Din Ibn Manzur Al-Ansari Al-Ruwaifi'i Al-Afriqi, Dar Sader, Beirut, third edition, 1414 AH.

-Al-Mabsoot by Shams al-Din Abi Bakr Muhammad bin Abi Sahl al-Sarkhasi, edited by: Khalil Muhyiddin al-Mays, Dar Al-Fikr, Beirut, first edition, 1421 AH - 2000 AD.

-Al-Mujtaba Min Al-Sunan (Sunan Al-Nasa'i) by Ahmad bin Shuaib Abu Abd Al-Rahman Al-Nasa'i, edited by: Abdel Fattah Abu Ghada, Islamic Publications Office, Aleppo, second edition, 1406 AH - 1986 AD.

-Majalat Al-Ahkam Al-'Adliya, Lajna Mokawana Min 'Eddat 'Olamaa Wa Foqahaa Fi Al-Khilafa Al-'Othmaniya, edited by: Najeeb Hawawini, publisher: Noor Muhammad, Karkhana Tajarat Kutub, Aram Bagh, Karachi.

-Majmo' Al-Fatawa by Taqi al-Din Abi al-Abbas Ahmad Ibn Taymiyyah, compiled and arranged by: Abdul Rahman Muhammad al-Qasim, Dar Alam al-Kutub, Riyadh, first edition, 1412 AH.

-Al-Majmo' Sharh Al-Muhathab by Abu Zakaria Muhyiddin Yahya bin Sharaf Al-Nawawi, Dar Al-Fikr.

-Al-Madkhal Al-Fiqhi Al-'Am by Mustafa Al-Zarqa, Dar Al-Qalam, Damascus, second edition, 1425 AH.

-Musnad Al-Imam Abu Hanifa, narrated by Abu Naim by Ayu Naim Ahmed bin Abdullah bin Ahmed bin Ishaq bin Musa bin Mahran Al-Asbahani, edited by: Nazr Al-Faryabi, Al-Kawthar Library, Riyadh, first edition, 1415 AH.

-Al-Musnad Al- Sahih Al-Mukhtasar Binaql Al-'Adl 'An Al-'Adl Ela Rasol Allah (Sahih Muslim) by Muslim bin Al-Hajjaj Abu Al-Hasan Al-Qushayri Al-Nisaburi, edited by: Muhammad Fouad Abdel-Baqi, Dar Ihya' al-Turath al-Arabi, Beirut.

-Mashakel Al-Masaref Al-Islamia – ‘Aqd Al-Salam Wa Dawroh Fi Al-Masraf Al-Islami by Saleh Al-Husayn, research published in the Journal of the Islamic Jurisprudence Academy, Issue Eight, 1415 AH.

-Sharia standards issued by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AOIFI), which were approved until Safar 1439 AH, Dar Al Maiman, Riyadh.

-Mo’jam Lughat Al-Foqahaa by Muhammad Rawas Qalaji - Hamid Sadiq Qunaibi, Dar Al-Nafais for Printing, Publishing and Distribution, Second Edition, 1408 AH - 1988 AD.

-Al-Mughni by Muwaffaq al-Din Abu Muhammad Abdullah bin Ahmed bin Muhammad bin Qudamah al-Maqdisi al-Jamaili al-Dimashqi al-Salihi al-Hanbali, edited by: Abdullah bin Abdul Mohsen al-Turki, Prof. Abdel Fattah Muhammad al-Helu, Dar Alam al-Kutub for Printing, Publishing and Distribution, Riyadh - Kingdom of Saudi Arabia.

-Maqaies Al-Lughah by Ibn Faris Abi Al-Hussein Ahmed bin Faris bin Zakaria, edited by: Abdul Salam Haroun, Dar Al-Fikr, 1399 AH.

-Al-Muwafaqat by Ibrahim bin Musa bin Muhammad Al-Lakhmi Al-Gharnati, known as Al-Shatibi, edited by: Mashhour Al-Salman, Dar Ibn Affan, first edition, 1417 AH - 1997 AD.

فهرس الموضوعات

الموضـــــــــــــوع الصفحة

مقدمة..... ٦١٩
المبحث الأول: في بيان حقيقة ألفاظ البحث..... ٦٢٥
المطلب الأول: حقيقة الاستصناع..... ٦٢٥
الفرع الأول: الاستصناع لغةً واصطلاحًا..... ٦٢٥
الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالاستصناع..... ٦٢٦
الفرع الثالث: حكم الاستصناع وأركانه وشروطه..... ٦٢٦
المطلب الثاني: حقيقة الشّرط الجزائي..... ٦٢٨
الفرع الأول: الشّرط الجزائي لغةً واصطلاحًا باعتباره مركبًا إضافيًا..... ٦٢٨
الفرع الثاني: تعريف الشّرط الجزائي باعتباره علمًا..... ٦٢٩
المطلب الثالث: حقيقة منتجات الاستصناع المصرفية وما يتّصل بها..... ٦٣٠
الفرع الأول: تمويل المشاريع بصيغة الاستصناع وما يتّصل به..... ٦٣٠
الفرع الثاني: تمويل الأصول بصيغة الاستصناع الموازي..... ٦٣٢
المبحث الثاني: حكم عقد الاستصناع الفقهي من جهة اللّزوم أو الجواز..... ٦٣٥
المطلب الأول: عقد الاستصناع الفقهي بعد التعاقد وقبل البدء بالعمل..... ٦٣٥
المطلب الثاني: عقد الاستصناع الفقهي بعد انتهاء الصانع من العمل وقبل أن يراه المستصنع..... ٦٣٧
المطلب الثالث: عقد الاستصناع الفقهي بعد رؤية المستصنع للعمل بعد انتهائه..... ٦٣٩
الفرع الأول: أن يكون العمل مخالفًا للصّفة..... ٦٣٩
الفرع الثاني: أن يكون العمل مطابقًا للصّفة..... ٦٤٠
المطلب الرابع: الموازنة والترجيح في حكم عقد الاستصناع الفقهي أو الإلزام به..... ٦٤٢
المبحث الثالث: الشّرط الجزائي في عقد الاستصناع وأثر فسخ أحد المتعاقدين للعقد في منتجات الاستصناع المصرفي..... ٦٤٤
المطلب الأول: الأصل في الشروط..... ٦٤٤
المطلب الثاني: الشّرط الجزائي في الدّيون..... ٦٤٩

المطلب الثالث: الشّرط الجزائي في الأعمال..... ٦٥٠
المطلب الرابع: فسخ عقد الاستصناع المصرفي..... ٦٥٢
الفرع الأول: صورة المسألة وأهميتها على المصارف..... ٦٥٢
الفرع الثاني: حكم المسألة ومستندها الفقهي والمقاصدي..... ٦٥٣
الخاتمة وخلاصة البحث..... ٦٥٥
أهم المراجع والمصادر..... ٦٥٦
فهرس الموضوعات..... ٦٦٣