

عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي و مدى إمكانية تطبيقه

في المصارف الإسلامية

☆ عبد الحي أبرو

الاستصناع في اللغة

مصدر استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه، ويقال اصطنع فلان باباً: إذا سأل رجلاً أن يصنع له باباً، كما يقال: اكتب، أي أمر أن يكتب له. (١)
وفي الاصطلاح: على ما عرفه الحنفية. هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع (٢) أو: هو عقد على مبيع في الذمة شرط في العمل. (٣) و صورته أن يقول إنسان لصانع مكتبة مثلاً أو غيرها اعمل لي مكتبة حديد من عندك ارتفاعها ثلاثة أمتار وعرضها أربعة أمتار برفوف حديدية و زوايا حديد، فيقول الصانع: نعم.

يقول الدكتور و هبة الزحيلي "هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع و تكون العين و العمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً، و بعض الفقهاء يقول: إن المعقود عليه هو العمل فقط، لأن الاستصناع طلب الصنع و هو العمل..... وهو عقد يشبه السلم، لأنه يبيع المعدوم، و أن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، و لكنه يفترق عنه

☆ الأستاذ المساعد، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية العالمية، اسلام آباد

من حيث إنه لا يجب فيه تعجيل الثمن، ولا بيان مدة للصنع و التسليم ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق.

ويشبه الإجارة أيضا لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله". (٤)

بيع أم وعد ببيع؟

اختلف المشايخ فيه ، فقال بعضهم : هو مواعدة وليس ببيع ، وقال بعضهم : هو بيع لكن للمشتري فيه خيار ، وهو الصحيح ، بدليل أن محمدا . رحمه الله . ذكر في جوازه القياس والاستحسان ، وذلك لا يكون في العدا ، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية ، وأنه يختص بالبياعات . وكذا يجري فيه التقاضي ، وأن ما يتقاضى فيه الواجب ، لا الموعود (٥).

وهناك رأي عند بعض الحنفية أنه وعد (٦) ، وذلك لأن الصانع له ألا يعمل ، وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع ارتباط وعد لا عقد ، لأن كل ما لا يلزم به الصانع مع إلزام نفسه به يكون وعدا لا عقدا ، لأن الصانع لا يجبر على العمل بخلاف السلم ، فإنه مجبر بما التزم به ، ولأن المستصنع له لاحق في عدم تقبل ما يأتي به الصانع من مصنوع ، وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته ، وهذا علامة أنه وعد لا عقد (٧).

الا استصناع ببيع أم إجارة ؟

يرى أكثر الحنفية والحنابلة أن الاستصناع بيع . فقد عدد الحنفية أنواع البيوع ، وذكروا منها الاستصناع ، على أنه بيع عين شرط فيه العمل (٨) ، أو هو بيع لكن للمشتري فيه خيار الرؤية (٩) ، وهو بيع إلا أنه ليس على إطلاقه ، فخالف البيع المطلق في اشتراط العمل في الاستصناع ، والمعروف أن البيع لا يشترط فيه

العمل ، وقال بعض الحنفية : إن الاستصناع إجارة محضة ، وقيل : إنه إجارة ابتداء ، بيع انتهاءً . (١٠) والأصح عند الحنفية : أن الاستصناع بيع لا وعد بيع ولا إجارة و أن المعقود عليه هو العين الموصى بصنعها ، لا عمل الصانع ، أي ليس إجارة على العمل ، فلو أتى الصانع بما لم يصنعه هو ، أو صنعه قبل العقد و فقا للأوصاف المشروطة ، جاز ذلك (١١) .

مشروعيته : الاستصناع . باعتباره عقداً مستقلاً . مشروع عند أكثر الحنفية على سبيل الاستحسان ، و منعه زفر من الحنفية أخذاً بالقياس ، لأنه بيع المعدوم ، و بيع المعدوم لا يجوز ، لنهيه . صلى الله عليه وسلم . عن بيع ما ليس عند الإنسان . ووجه الاستحسان : التعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم . إلى اليوم بلا تكير ، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله . صلى الله عليه وسلم . لا تجتمع أمتي على ضلالة ، وكذلك فقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم . خانماً . والحاجة ما سة إليه (١٢) .

ويصح الاستصناع عند المالكية و الشافعية و الحنابلة على أساس قعد السلم و عرف الناس ، و يشترط فيه ما يشترط في السلم ، و من شروطه تسليم جميع الثمن في مجلس العقد (١٣) .

حكمة مشروعية الاستصناع

الاستصناع شرع لسد حاجات الناس و مطلباتهم ، نظراً لتطور الصناعات تطوراً كبيراً ، فالصانع يحصل له الاستصناع ببيع ما يتكرر من صناعة هي وفق الشروط التي وضع عليها المستصنع في المواصفات و القايسات ، والمستصنع يحصل له الاتفاق بسند حاجياته وفق ما يراه مناسباً لنفسه و و بدنه و ما له ، أما الموجود في السوق من المصنوعات لاسابقة الصنع فقد لا تسد حاجات الإنسان .

فلا بد من الذهاب إلى من لديه الخبرة والابتكار.

شروطه: للاستصناع شروط هي (١٤)

١- أن يكون المستصنع فيه معلوماً، وذلك ببيان الجنس و النوع و القدر. والاستصناع يستلزم شيئين هما: العين والعمل. وكلاهما يطلب من الصانع.

٢- أن يكون ممياً يجرى فيه التعامل بين الناس كأواني والأحذية ونحوها. لأن مالا تعامل فيه. كالثياب. يرجع فيه للقياس فيحمل على السلم و يأخذ أحكامه.

٣- ألا يكون فيه أجل: فإن حدد أجل لتسليم المصنوع انقلب العقد سلماً عند أبي حنيفة، حتى تشترط فيه شرائط السلم، مثل قبض البذل في المحل، وأنه لا خيار لأحد العاقلين إذا حدد أجلاً فقد أتى بمعنى السلم. و العبرة في القعود لمعانيها، لا لصور الألفاظ. ولهذا إذا حدد أجل فيما لا يجوز الاستصناع فيه كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قميصاً بغزل نفسه ينقلب العقد سلماً بالاتفاق.

وقال صاحبان: ليس هذا بشرط، والعقد الاستصناع على كل حال حدد فيه أجل أو لم يحدد، لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع، وقولهما هو المتمشي مع ظروف الحياة العملية، فهو أولى بالأخذ.

صفة عقد الاستصناع

الاستصناع عقد غير لازم عند أكثر الحنفية. فيجوز فسخه. سواء تم أم لم يتم، وسواء أكان موافقاً للصفات المتفق عليها أم غير موافق. و ذهب أبو يوسف إلى أنه إن تم صنعه. وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها. يكون عقداً

لازماً، وأما إن كان غير مطابق لها فهو غير لازم عند الجميع ، لثبوت خيار فوات الوصف (١٥).

و رأي أبي يوسف هو الراجح وهو الذي اختارته مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم ٣٩٢ ونصها: "إذا انعقد الاستصناع فليس لاحد العاقدین الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المبينة كان المستصنع مخيراً".

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "وفي تقديرنا أن هذا الرأي الذي أخذت به المجلة شديد منعاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن الصانع ، إذا أن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً ونوعاً وكيفية ، ولأن هذا الرأي يتفق مع مبدء القوة المزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة ، ويتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن جداً كالسفن والطائرات ، فلا يعقل أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم" (١٦).
الفرق بين الاستصناع والسلم: يوجد تشابه كبير بين الاستصناع والسلم ، بل ولا فارق إطلاقاً بين الاستصناع بمعناه اللغوي أي طلب الصنع والسلم في الصناعات عند المالكية والشافعية والحنابلة ، إلا أن الاستصناع بمعناه الاصطلاحي عند الحنفية يختلف عن السلم في النقاط التالية (١٧).

١- يرى الدكتور وهبة الزحيلي أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة ، فهو إما مكيل أو موزون أو مذروع أو عددي متقارب ، أما المبيع في الاستصناع فهو عين لا دين ، كاستصناع أثاث أو حذاء أو خياطة ثوب (١٨)، بمعنى أن هناك فارقاً بين المسلم فيه في السلم والمصنوع في الاستصناع ، فالمسلم فيه يعلق باعتباره سلفاً ، أما المصنوع فهو عين مأمور بصنعها.

وقد ذكرنا أن الحنفية على الراجح في مذهبهم يعتبرون أن المتعاقد عليه

في الاستصناع هو العين المراد صنعها لا العمل وقد أطلقوا على المبيع في السلم والاستصناع أنه مبيع في الذمة ، فإذا شرط فيه العمل سمي استصناعا وإلا صار سلما .

٢ - يشترط في السلم أن يكون مؤجلا بأجل معلوم ، أما الاستصناع فلا يشترط فيه الأجل عند الحنفية ، ولو ربط بأجل فهو عند أبي حنيفة سلم لا استصناع ، وقد خالف في ذلك الصحابان أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وذكر أن الأجل الذي يضرب للاستعجال لا بأس به . كما سبق إيضاحه

٣ - السلم عقد لازم اتفاقا عند الحنفية وغيرهم ، أما الاستصناع فهو غير لازم عند جمهور الحنفية ، ولازم عند بعضهم . وهو الذي رجحناه ...

٤ - يشترط في السلم تقديم رأس المال في مجلس العقد عند الحنفية ، أما الاستصناع فإنه لا يلزم فيه تقديم رأس المال في مجلس العقد عندهم بل يجوز دفعه في أي وقت من ابتداء العقد ، وهذا فارق مهم بل هو فارق جوهري يفصل بين طبيعتي العقدين . عقد السلم وعقد الاستصناع . فهما بحكم غياب المتعاقد عليه متشابهان ، وهما أيضا بحكم لزوم الوصف الدقيق للعين المراد صنعها وتحديدتها عند العقد متشابهان أيضا ولكنهما يفترقان عند نقطة اشتراط دفع رأس المال في مجلس العقد بمعنى أن عدم دفع رأس المال في مجلس عقد السلم يبطل السلم بخلاف الاستصناع الذي لا تحديد لوقت دفع رأس المال فيه . هذا ما يراه الحنفية ، بينما يضيف الأئمة الآخرون . المالكية والشافعية والحنابلة في رأي . الاستصناع إلى السلم ولا يميزون بينه وبين الاستصناع وبالتالي يشترطون فيه انطباق كافة شروط السلم والتي من أهمها دفع الثمن في مجلس العقد عند الشافعية والحنابلة أو في حدود يومين من تاريخ العقد عند المالكية .

فلو أن الصناع كأصحاب ورش النجارة و الحدادة و المصانع المختلفة ممن تطلب منهم أعيان مصنوعة تعاملوا وفقا لما جاء عند جمهور الفقهاء فإنه يلزم في كل عقود الاستصناع أن يقدم الثمن.

و هذا بالطبع أمر متعذر في كل الأحوال بل هو غير ممكن في كثير من الأحوال خاصة في هذا الزمان لما يتعلق بهذا من تماطل محتمل من الصناع إذ لا يدعوهم للإسراع في الصنع في كثير من الأحيان إلا علمهم بأن ذلك مرتبط بتحصيل حقوقهم و التباطؤ في الصنع يوقع ضرراً كبيراً بالمستصنعين لا يرفعه إلا الأخذ برأي الحنفية ، فإن أخذ برأي الحنفية و ميز الاستصناع عن السلم فإن الأمر هنا لا يقتضي اشتراط تقديم الثمن أو عدمه بل إنما يخضع الأمر بعد ذلك لا اتفاق الطرفين في كيفية طرق الدفع.

الشرط الجزائي في الاستصناع

المقصود بالشرط الجزائي "اتفاق يقصد منه المتعاقد ان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذ لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في التنفيذ" (١٩).

قد يحدث في بعض الأحيان أن يطلب المستصنع صنع عين معينة و يوقع عقداً مع الصانع فيبطيء الصانع في إنجاز العمل فيتضرر من ذلك المستصنع ، و أيضاً قد يقوم الصانع بالصنع و يتأخر المستصنع عن الاستلام بلا عذر فيتضرر الصانع من ذلك فما الحكم ؟

تعرض الدكتور مصطفى الزرقاء لهذه المسألة حيث قال : "وقد ازدادت قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرراً بالطرف الآخر في وقته و ماله أكثر مما قبل . فلو أن متعهمسا بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن

تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل العمل و عماله وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته“ (٢٠).

و بعد أن استعرض الشيخ الزرقاء . رحمه الله . ما يتمخض عن التأخير من أضرار خاصة في زمان الحركة الاقتصادية السريعة هذا، تحدث أيضا عن إمكانية أن يدخل الشرط الجزائي في عقود الاستصناع بحيث يكون من ضمن الشروط التي يتفق عليها الطرفان وخاصة في العقود التي يحدد فيها أجل للتسليم . وما ذكره الشيخ الزرقاء في هذا المصدر من قول هو أمر صحيح لعدة أسباب من أهمها .

١ - أنه يؤدي إلى استقرار التعامل في مهال الصناعة و هو من المجالات شديدة الأهمية في هذا الزمان ، ليس هذا فحسب بل إنما الصناعة هي عنوان التطور في أي بلد ، فالبلاد الصناعية الآن تعتبر البلاد الأولى من حيث المركز الاقتصادي و الحربي والسياسي ، بينما أن البلاد المتخلفة صناعيا تصنف في عداد البلدان النامية . إذن ما دامت الصناعة تأخذ هذه الأهمية الكبيرة فإنه من المهم بمكان أن تحظى بالاستقرار الكافي الذي يمكنها من التطور ، ولكي يحدث هذا لا بد من المضاء بالا لتزامات الصناعية في وقتها ، فإن تخلف طرف عن التزام لزم أن يجد جزاء هذا لتخلف تعويضا يدفعه للطرف المتضرر .

٢ - والشروط الجزائية شروط استقرت عليها القوانين الحديثة ولا تأباها الشريعة باعتبارها شروطا جائزة للأطراف أن يتفقوا عليها ، لان الأصل في الشروط الجواز ، ما دامت لا تتناقض مع مقتضى العقد ، وفيه مصلحة لأحد الطرفين . والتراضي هو العنصر الأساسي في العقود بمعنى أن الطرفين متى تراضوا على اشتراط شروط معينة غير محرمة فإن هذا الشروط تعد جائزة . و الشروط

التي تحفظ حقوق الأطراف تعد شروطاً هامة ، وهي رافعة للضرر عنهم ، و معلوم أنه قد استقر فيها أنه لا ضرر ولا ضرار . إذن يلزم أن يزال الضرر ، والا تفاق على إزالة الضرر بين الطرفين هو الأدعى إلى إزالته . فمن هنا يمكن أن نقر جواز الاتفاق على دفع تعويض في حالة تأخير الصانع بتسليم المصنوع في أجل التسليم أو في حالة متاع المستصنع عن الاستلام في الأجل المحدد إذا كان هذا يحدث بالصانع ضرراً .

إمكانية تطبيق الاستصناع في المصرف

يلزم في عقد الاستصناع . كما سبق بيانه . أن يكون العمل والمادة الخام من طرف الصانع ، وهذا هو الفارق الجوهرى بينه وبين الإجارة ، لذا فإن النظر إلى تطبيق الاستصناع في الواقع (المص امر في) يقتضي مراعاة هذا الأمر . وعليه لو أجرينا هذه القاعدة وما سبقها من بيانات لأحكام الاستصناع على التطبيق العملي فإننا نجد الصور الآتية .

أ . دخول البنك كصانع : يمكن للبنك أن يدخل في مجال الاستصناع كصانع في الحالات الآتية :
أولاً : إنتاج المصنوعات

يمكن للبنك أن ينشئ مصانع لإنتاج المصنوعات الهامة وهذا يقتضيه أن يوفّر لهذه المصانع كوادرها البشرية ومادتها الخام ويمكنه في هذا الصدد أن يطبق عقد الاستصناع مع طالبي الصنع ويراعي في ذلك الأحكام الشرعية للاستصناع التي سبق تبيانها .

كما يمكن للبنك في هذا الصدد أن يكون شريكاً للصانع أو المصانع في مجال الأعمال الصناعية ويتأتى من هذه المشاركة عقد يتعامل شركاؤه

بالاستصناع مع زبائنهم فإن حدث مثل هذا فإن على البنك والحال هذه أن يتأكد من استيفاء هذه المعاملات لأحكام الاستصناع الشرعية.

ثانياً: مجال مقاولات البناء

فضلاً على ما سبق بيانه فإن في إمكان البنك أيضاً أن يدخل في مجال مقاولات البناء إما بإنشاء شركات مقاولات أو مشاركة المقاولين في مجال عملهم ذلك، لأن مجال البناء هو من أهم مجالات الاستصناع بل إن معظم شركات مقاولات البناء في هذا العصر تطبق في مقاولاتها صيغة الاستصناع.

بناء على ذلك فإن في إمكان المصارف أن تدخل مع هذه الشركات في اتفاقيات تمويل بمشاركتها في مشروعاتها أو أن يكل البنك إليها بعض الأعمال التي تسند إليه بعبود مقاولات بمعنى أن يكون البنك مقاول أول وشركة المقاولات مقاول ثان، ولكن مثل هذه العمليات تتطلب نظر إلى علاقات معينة مهمة كما تقتضي النظر إلى القوانين الساوية والنواحي الفنية المختلفة.

ثالثاً: مجال الحفريات

نرى أن البنك يمكنه أيضاً تطبيقاً للاستصناع أن يدخل في مجال حفر الآبار أو الحفائر ونحوهما كحفر القنوات وما إليها، بغرض الاستفادة من ذلك كله في المجال الزراعي، وذلك إما بإنشائه لشركة حفريات أو بإسناد العمل إلى شركة حفريات مختصة. (وقد دخل بنك التضامن الإسلامي بالسودان في هذا المجال أول ما دخله عن طريق فرعه بالسوق العربي الذي قام بتمويل حفر آبار ارقوازية عن طريق عقد مقاولات استصناعية كان الفرع فيها هو المقاول الأول المسئول لدى العميل وعهد بالتنفيذ إلى شركة حفريات مختصة، وقد تجح هذا العمل نجاحاً كبيراً وأسهم بفاعلية في تمويل القطاع الزراعي وهو قطاع هام في

البلد بصيغة شرعية صحيحة ألا وهي صيغة الاستصناع.

ب. دخول البنك كمستصنع

يمكن للبنك أن يدخل مجال الاستصناع كمستصنع إما لنفسه حيث يطلب صنع ما يحتاجه من أثاث و أدوات و سيارات و منشآت و نحو ذلك، أو لغيره من عملائه الذين يطلبون منه أن يستصنع مصنوعات بمواصفات معينة ثم يبيعها لهم عن طريق عقد بيع بالمرابحة أو يشاركونه فيها. (٢٢)

الهوامش

- ١- لسان العرب و الصحاح و تاج العروس، مادة (صنع)
- ٢- مرشد الحيران، (القاهرة، ١٩٠٩م)، ص ٥٦٩
- ٣- البدائع للكاساني (مكتبة أبيج أم سعيد كراتشي، مصورة عن الطبعة الأولى) ٢/٥
- ٤- الفقه الإسلامي و أدلته (دار الفكر بدمشق، ١٩٨٥م) ٦٣١/٤
- ٥- البدائع، ٢/٥
- ٦- فتح القدير، (مطبعة مصطفى محمد، القاهرة) ٣٥٥/٥؛ المبسوط، ١٣٨/١٢ (دار المعرفة، بيروت)
- ٧- فتح القدير، ٣٥٥/٥
- ٨- المبسوط، ٨٤/١٥؛ الإنصاف (أنصار السنة المحمدية القاهرة) ٣٠٠/٤
- ٩- البدائع، ٢/٥
- ١٠- فتح القدير، ٣٥٦/٥، ٣٥٦/٥؛ حاشية ابن عابدين (طبعة بولاق) ٢١٣/٤
- ١١- فتح القدير، ٣٥٥/٥؛ البدائع، ٢/٥؛ عقد البيع للأستاذ الزرقاء، ص ١٢٢
- ١٢- الفقه الإسلامي و أدلته، ٦٣١/٤
- ١٣- الموسوعة الفقهية، (وزارة الأوقاف الكويت) ٣٢٧/٣؛ نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية

- د/ ياسين إبراهيم درادكه، وزارة الأوقاف الأردنية (٣١-٣٠/٢-٢٠١٢)
- ١٣- الفقه الإسلامي وأدلته، ٦٣٢/٤
- ١٤- المصدر السابق، ص ٦٣٣؛ الموسوعة الفقهية، ٣٢٨/٣-٣٢٩
- ١٥- الموسوعة الفقهية، ٣٢٩/٣؛ فتح القدير، ٣٥٥/٥
- ١٦- الفقه الإسلامي وأدلته، ٦٣٤/٤
- ١٧- عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، (سلسلة مطبوعات بنك التضامن الإسلامي السودان / فبراير ١٩٩٢م) ص ١٤-١٥
- ١٨- الفقه الإسلامي وأدلته، ٦٣٥/٤
- ١٩- عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، د/ كاسب عبد الكريم، الإسكندرية، دار الدعوة، ١٩٨٠م، ص ٢١٢
- ٢٠- المدخل الفقهي العام للزرقاء، ٧١١-٧١٠/٢ (جامعه دمشق)
- ٢١- عقد الاستصناع، (بنك التضامن الإسلامي / السودان) ص ٥٨-٥٩
- ٢٢- المرجع السابق نفسه، ص ٦١-٦٥

© rasailojaraid.com