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، و يقال اصطنع فلان بابا: إذا سأل رجلا أن يصنع له بابا، كما يقال : اكتتب، أي أمر أن يكتب له.(١)

و في 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 مثلا أو غيرها اعمل لي مكتبة حديد من عندك ارتفاعها ثلاثةأمتار وعرضهاأربعةأمتار برفوف حديدية و زوايا حديد، فيقول الصانع: نعم.

يقول الدكتور و هبه 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 استصناعا ، و بعض الفقهاء يقول : إن المعقود عليه هو العمل فقط ، لأن الاستصناع طلب الصنع و هو العمل.....وهو عقد يشبه السلم،لأنه بيع المعدوم، و أن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع ، و لكنه يفترق عنه

.....

☆ الاستاذ المساعد، كلية الشريعة والقانون الجامعة الاسلاميةالعالمية،اسلام آباد

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

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

بيع أم وعد ببيع؟

اختلف المشائخ 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 و الاستحسان، وذلك لا يكون في العدات، و كذا أثبت فيه خيار الرؤية ، و أنه يختص بالبياعات . وكذا يجري فيه التقاضي ، و أن ما يتقاضى فيه الواجب ، لا الموعود(٥).

وهناك رأي عند بعض الحنفية أنه و عد (٦)، و ذلك 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 ستصناع بيع أم إجارة ؟

يرى أكثر الحنفية والحنابلة أن الاستصناع بيع . فقد عدد الحنفية أنواع البيوع، و ذكروا 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 ، و قيل : إنه إجارة ابتداء ، بيع انتهاءً.(١٠) والأصح عند الحنفية: أن الاستصناع بيع لا وعد ببيع ولا إجارة و أن المعقود عليه هوالعين 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 مستقلا. 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 نكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله . صلى الله عليه وسلم. لا تجتمع أمتي على ضلالة، وكذالك فقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم . خاتما. والحاجة ماسة إليه(١٢).

ويصح الاستصناع عند المالكية و الشافعية والحنابلة 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 كبيرا، فالصانع يحصل له الا ستصناع ببيع ما يبتكر من صناعة هي و فق الشروط التي و ضع عليها المستصنع في المواصفات و القايسات ، والمستصنع يحصل له الا تفاق بسند حاجياته و فق ما يراه مناسبا لنفسه و و بدنه و ما له ، أما الموجود في السوق من المصنوعات لاسابقة الصنع فقد لا تسدحاجات الإنسان .

فلا بد من الذهاب إلى من لديه الخبرة والابتكار.

شروطه: للاستصناع شروط هي(١٤)

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

٢ ـ أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس كا لأواني والأحذية و نحوها. لأن مالا تعامل فيه. كالثياب. يرجع فيه للقياس فيحمل على السلم و يأخذ أحكامه.

٣ ـ ألا يكون فيه أجل: فإن حدد أجل لتسليم المصنوع انقلب العقد سلما عند أبي حنيفة، حتى تشترط فيه شرائط السلم، مثل قبض البدل في المحل، وأنه لا خيار لأحد العاقدين إذا حدد أجلا فقد أتى بمعنى السملم. و العبرة في القعود لمعانيها، لا لصور الألفاظ. ولهذا إذاحددأجل فيما لا يجوز الاستصناع فيه كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخيط قميصا بغزل نفسه ينقلب العقد سلما بالاتفاق.

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

صفة عقد الاستصناع

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

لازما، واما إن كان عير 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 العاقدين الرجوع و إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المبينة كان المستصنع مخيراً".

يقول الدكتور و هبة الزحيلي : "و في تقديرنا أن هذا الرأي الذي أخذت به المجلة سديد منعاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين و دفعا للضرر عن الصانع ، إذا أن أغراض الناس تختلف باختلاف الشي ء المصنوع حجما و نوعا و كيفية ، ولأ ن هذا الرأي يتفق مع مبدء القوة المزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة ، و يتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة و غالية الثمن جداً كالسفن و الطائرات، فلا يعقل أن يكون عقد الاستصناع فيها عير لازم"(١٦).

الفرق بين الا ستصناع و السلم: يوجد تشابه كبير بين الاستصناع و السلم ، بل ولا فارق إطلاقا بين الاستصناع بمعنا ه اللغوي أي طلب الصنع و السلم في الصناعات عند المالكية و الشافعية و الحنابلة ، إلا أن الاستصناع بمعناه الصطلاحي عند الحنفية يختلف عن السلم في النقاط التالية(١٧).

١ ـ يرى الدكتور و هبة 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 فارقا بين المسلم فيه في السلم والمصنوع في الاستصناع ، فالمسلم فيه يعلق باعتباره سلفا، أما المصنوع فهو عين مأمور بصنعها.

و قد ذكرنا أن الحنفية على الراجح في مذهبهم يعتبرون أن المتعاقد عليه

في الاستصناع هو العين،المراد صنعها لا العمل و قد أطلقوا على المبيع في السلم و الا ستصناع أنه مبيع في الذمة ، فإزا شرط فيه العمل سمي استصناعا وإلا صار سلما.

٢ ـ 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 الصاحبان أبو يوسف و محمد بن الحسن ، وذكر أن الأجل الذي يضرب للاستعجال لا بأس به . كما سبق إيضاحه. ....

٣ ـ السلم عقد لازم اتفاقاعند الحنفية و غير هم ، أما الاستصناع فهو غير لازم عند جمهو ر الحنفية، ولازم عند بعضهم . و هو الذي رجحناه . ...

٤ ـ يشترط في السلم تقديم رأس المال في مجلس العقد عند الحنفية ، أما الاستصناع فإنه لا يلزم فيه تقديم رأس المال في مجلس العقد عند هم بل يجوز دفعه في أيوقت من ابتداء العقد، و هذا فارق مهم بل هو فارق جوهري يفصل بين طبيعتي العقدين . عقد السلم و عقد الاستصناع . فهما بحكم غياب المتعاقد عليه متشابهان ، وهما أيضابحكم لزوم الوصف الدقيق للعين المراد صنعها و تحديدها 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 الأخرون. المالكية و الشافعية والحنابلة في رأي. الاستصناع إلى السلم ولا يميزون بينه وبين الاستصناع و بالتالي يشترطون فيه انطباق كافة شروط السلم و التي من أهمها دفع الثمن في مجلس العقد عند الشافعية و الحنابلة 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 متعزر في كل الأحوال بل هو غير ممكن في كثير من الأحوال خاصة في هذا الزمان لما يتعلق بهذا من تماطل محتمل من الصناع إذلا 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 تفاق الطرفين في كيفية طرق الدفع.

الشرط الجزائي في الاستصناع

المقصود بالشرط الجزائي "اتفاق يقصد منه المتعاقد ان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذ لم ينفز 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 أيضا قد يقوم الصانع بالصنع ويتأخر المستصنع عن الاستلام بلا عذر فيتضرر الصانع من زلك فما الحكم ؟

تعرض الدكتور مصطفىٰ الزرقاء لهذه المسألة حيث قال: "وقد ازدادت قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيد التزاماته في مواعيدها المشروطة مضراً بالطرف الأخر في وقته و ماله أكثر مما قبل . فلو أن متعهسا 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 عليهاالطرفان و خاصة في العقود التي يحدد فيهاأجل للتسليم .

وما ذكره الشيخ الزرقاء في هذا الصدرمن قول هو أمر صحيح لعدة أسباب من أهمها.

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

٢ ـ والشروط الجزائية شروط استقرت عليها القوانين الحديثة ولا تأباها الشريعة باعتبارها شروطا جائزة للأطراف أن يتفقوا عليها، لا ن 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 شروطا هامة ، و هي رافعة للضرر عنهم ، و معلوم أنه قد استقر فيها أنه لا ضرر ولا ضرار. إذن يلزم أن يزال الضرر ، والاتفاق على إزالة الضرر بين الطرفين هوالأدعى إلى إزالته. فمن هنا يمكن أن نقرجواز 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 هذايحدث بالصانع ضرراً.

إمكانية تطبيق الاستصناع في المصرف

يلزم في عقد الاستصناع. كما سبق بيانه . أن يكون العمل والمادة الخام من طرف الصانع ، و هذا هو الفاروق الجوهري بينه و بين الإجارة ، لذا فإن النظر إلى تطبيق الاستصناع في الواقع(المص امرفي) يقتضي مراعاة هذاالأمر. وعليه لو أجرينا هذه القاعدة وما سبقها من بيانات لأحكام الاستصناع على التطبيق العملي فإننا نجد الصور الأتية.

أ. دخول البنك كصانع: يمكن للبنك أن يدخل في مجال الاستصناع كصانع في الحالات الأتية:

أولا: إنتاج المصنوعات

يمكن للبنك أن ينشيء مصانع لإنتاج المصنوعات الهامة و هذا يقتضيه أن يوفّر لهذه المصانع كوادرها البشرية و مادتها الخام و يمكنه في هذا الصدر أن يطبق عقد الاستصناع مع طالبي الصنع و يراعي في ذلك الأحكام الشرعية للاستصناع التي سبق تبيانها.

كما يمكن للبنك في هذا الصدر أن يكون شريكا للصناع أو المصانع في مجال الأعمال الصناعية و يتأتى 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

فضلا على ما سبق بيانه فإن في إمكان البنك أيضا أن يدخل في مجال مقاولات البناء إما بإنشاء شركات مقاولة أو مشاركة المقاولين في مجال عملهم ذلك، لأن مجال البناء هو من أهم مجالات الاستصناع بل إن معظم شركات مقاولات البناء في هذا العصر تطبيق 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 بعقود مقاولة بمعنى أن يكون البنك مقاول أول و شركة المقاولة 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 أيضا تطبيقا للاستصناع أن يدخل في مجال حفر الآبار أو الحفائر و نحوهما كحفر القنوات وما إليها، بغرض الاستفادة من ذلك كله في المجال الزراعي، و ذلك إما بإنشائه لشركة حفريات أو بإسناد العمل إلى شركة حفريات مختصة. (و قد دخل بنك التضامن الإسلامي بالسودان في هذاالمجال أول ما دخله عن طريق فرعه بالسوق العربي الذي قام بتمويل حفر آبار ارقوازية عن طريق عقد مقاولة استصناعية كان الفرع فيها هو المقاول الأول المسئول لدى العميل و عهد بالتنفيذ إلى شركة حفريات مختصة، وقد تجح هذا العمل نجاحا كبيراً و أسهم بفاعلية في تمويل القطاع الزراعي و هو قطاع هام في

البلد بصيغة شرعية صحيحة ألا وهي صيغة الستصناع).

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 أيج 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 الفقه الإسلامي و أدلته، ٦٣١/٤

١٢- الموسوعة الفقهية، (وزارة الأوقاف الكويت) ٣٢٧/٣؛ نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية

د/ ياسين إبراهيم درادكه ، وزارة الأوقاف الأردنية) ٢/ ٣٠_٣١

١٣_ الفقه الإسلامي و أدلته، ٦٣٢/٤

١٤_ المصدر السابق، ص ٦٣٣؛ الموسوعة الفقهية ،٣/ ٣٢٨_ ٣٢٩

١٥_ الموسوعة الفقهية، ٣/ ٣٢٩؛ فتح القدير، ٥/ ٣٥٥ .

١٦_ الفقه الإسلامي و إدلته، ٦٣٤/٤

١٧_ عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، (سلسة مطبوعات بنك التضامن إسلامي السودان/ فبراير ١٩٩٢م) ص ١٤_١٥

١٨_ الفقه الإسلامي و أدلته، ٦٣٥/٤

١٩_ عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ، د/ كاسب عبدالكريم، الإسكندرية ، دار الدعوة ، ١٩٨٠م ، ص ٢١٢

٢٠_ المدخل الفقهي العام للزرقاء، ٢/ ٧١٠_٧١١(جامعه دمشق)

٢١_ عقد الاستصناع، (بنك التضامن الإسلامي /السودان) ص ٥٨_٥٩

٢٢_ المرجع السابق نفسه، ص ٦١_٦٥