عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي
ومدى الإستفادة منهُ في المؤسسات الإقتصادية

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

إعداد:
وائل محمد عبداللّه عربيات

المشرف:
الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في
الفقة وأصوله

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إهداء

إلى من اوصاني اللّه بهما خيراً في محكم التنزيل حيث قال:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

" وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياهُ وبالوالدين إحسانا"

سورة الإسراء الآية 23

إلى من وقفا إلا جانبي في جميع مراحل دراستي

إلى من حثني على تعلم العلم الشرعي

إلى رمز التفاني في العطاء ومعقد الأمل والرجاء

إلى والدي الكريمين حفظهما اللّة ورعاهما

إلى جميع اساتذتي الكرام الذين نهلت من علمهم الشىئ الكثير

وإلى جميع اخواني وأخواتي وأبنائهم حفظهم اللّة جميعاً

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أهدي هذا العمل

(ز)

الملخص

عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي
ومدى الإستفادة منهُ في المؤسسات الإقتصادية

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

إعداد:
وائل عربيات

المشرف:
الأستاذ الدكتور محمد أبو يحيى

يعتبر عقد الإستصناع من العقود القديمة الحديثة التي بحثها الفقهاء قديماً وحديثاً، ووجدت له تطبيقات معاصرة في العمل المصرفي الإسلامي، وهو من العقود القابلة للتطور لتحقيق الغاية المرجوة منه، وفي الوقت ذاته فهو أسلوب تمويلي قادر على تلبية رغبة وحاجة الكثير من المواطنين وسد حاجات الدول وتنمية أموالها.

عقد الإستصناع عبارة عن اتفاق بين طرفين يقدم فيه أحدهما العين والعمل معاً ويقدم الآخر المال ويبقى الأول متحملاً تبعات المشروع الذي سيقوم بصناعته حتى تسليمه. ، وإذا وجدت مخالفة للمواصفات كان للمستصنع حق الطلب الإلتزام بالوصف المطلوب، وكذلك إذا وجد عيب وليس للصانع اشتراط البراءة من العيوب وهو عقد مستقل بنفسه له أركانة وشروطة الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود.

و عقد الإستصناع في صورته المصرفية يتضمن دخول طرف ثالث وهو المصرف، وعندها يكون المصرف صانعاً ومستصنعاً وممولاً في آن واحد، وهذه هي صورة الإستصناع الموازي.

وقد يكون المصرف صانعاً وذلك بممارسته غقد الستصناع بنفسه فيما إذا كان يملك شركات مقاولات، وهو يملك دائرة هندسية وخبرات متطورة وعندها يكون هو الصانع، وهنا لا يفترق عن الصانع بالمفهوم القديم إلا من حيث كون المصرف شخصية اعتبارية وكونه ممولاً وصانعاً، وهذه الصورة جائزة شرعاً.

أما سندات الإستصناع التي تتضمن وجوب رد قيمة السند مضافاً إليها مبالغ نقدية أخرى فهذه لا تجوز شرعاً – واللّه أعلم-.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما يمكن أن يتضمن عقد الستصناع شرطاً جزائياً، يطبق عند توافر شروطه وفي حال طروء قوة قاهرة فإن الإلتزام ينقضي حتى نزول هذة القوة.

أما إذا ظهر ظرف طارىء فإنه يمكن أن يرد الإلتزام إلى الحد المعقول ويرى الباحث إمكانية تطبيق نظرية العذر التي قال بها الحنفية على عقد الإستصناع.

كما أن صفتها التطبيقية في المصارف والمؤسسات الاقتصادية موافقة لأحكام الشريعة مع ضرورة إجراء بعض التعديلات عليها لتوافق الشروط والضوابط التي وضعت في هذا البحث.

Abstract

Manufacturing (Isstisna) contract in Islam

And its usefulness in Economical Sectors

مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

Prepared By:
Wa'el Arabiyat

Supervisor:
D. Mohammed Abu Yehya

The term “Istissna” is an Islamic business term, the istissna contract is from the old as well as modern decades which biologists had investigated it in the past, And found that to have the contemporary applications in the field of Islamic Banking> this kind of contract has the tendency for development in order to be financial approach which is capable of fulfillment of citizens needs and desire along with countries and financial development.

The “istissna” contract is an agreement between two parties in which a party provides effort And work, while the other provides the capital needed for the project until completion and delivery.
In the case if there are any defect or deviation from the agreed upon standards, the capital provider has the right to demand the implementation of the agreed upon standards while the worker or work provider has the right to be under no obligation or responsibility of such deviation or defect in the agreed upon standard.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

The "istissna" contract is an independent one, and has its own special and unique conditions which make it distinct from other contracts.

"istissna" contract in the banking sense includes the participation of a third party into the project, in this case the bank will be the third party. Here the bank will be the three parties in the same time: work provider, work executor and financier. This is called parallel Istissna. Bank can be work provider through the practice of the contract it self, especially when it owns companies and contracting works, also owns archistes (Engineering) office and advanced expertise and experiences. This contemporary image of work provider does not differ from the old image of the work provider except the bank is a symbolic personality which provides the capital and the work which is permissible in Islam.

The duration of the Istissna which includes the mandatory of the returning bank the value of the year added to it other amounts of money is not permissible in Islam –God Knows-.

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

"istissna" contract may include a partial condition which can be applied in the time of the completion of the other conditions.

In the case of force de major parties responsibilities will diminish until the passing of the force de major involved.

However, in case of an emergency situation obligations may be reduced to a reasonable degree.

Researcher sees the possibility of applications of contract theory which can be modified to be an "isstisna", while its banking and economy institutions application is in accordance with the Islamic beliefs and rules (sharrat) also, it's necessary to conduct some modifications in order to become in accordance, with conditions and controls that are included into this research.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الأردنيـــــــة　　قسم التخصـــص:

كلية الدراسات العليا　　رقم صادر القسم:

التاريـــــــــخ: /　　/

نموذج رقم (19)
مشروع خطة رسالة جامعية

1. معلومات عامة

اسم الطالب/الطالبة وائل محمد عبد الله عربيات　　الرقم الجامعي: 9000096

اسم البرنامج: الدكتوراه　　المستوى: الدكتوراه　　ماجستير

قسم التخصص: الفقه وأصوله　　الكلية الشريعة

تاريخ الالتحاق بالجامعة: الفصل الدراسي الأول　　العام الجامعي 2001/2000

اسم المشرف على الرسالة: الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى　　التوقيع

اسم المشرف المشارك (ان وجد): لا يوجـــــد　　التوقيع

2.عنوان الرسالة :

أ.باللغة التي ستكتب بها الرسالة:

عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منه في المؤسسات الاقتصادية

ب. مترجمة إلى العربية أو الإنجليزية:

Professional transaction agreement in Islamic gurisprndence and the beneficiary fields in economical firms

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اهمية البحث والحاجة اليه

تبرز أهمية البحث في عقد الاستصناع كاسلوب للتمويل والاستثمار في النظام المصرفي الإسلامي من أهمية العمل الاقتصادي الإسلامي وطرح البدائل الشرعية الاقتصادية للعمليات الربوية .لقد أصبحت البنوك قطب الرحى في الحياة الاقتصادية وبدونها فإن الاقتصاد يكف عن الدوران ولئن كان المال لا يزال يشكل عصب الحياة التي لا تستطيع الحياة الاقتصادية ولا البنوك ان تسير بدونه لذلك فان المنهج الإسلامي الرباني قد عني ومنذ اللحظات الاولى بوضع التعليمات السامية والحدود اللازمة والاطر العامة التي يؤدي التزام الفرد والجماعه بها إلى صيرورة المال اداة بناء وتعمير ووسيلة نهضة وتطور وازدهار.

ولما كانت الوسائل الاستثماريه الربوية بمغرياتها تجتذب قطاعا واسعا من الناس الذين يرغبون في تعظيم منفعتهم الانية والحصول على الفوائد الفورية دون نظر إلى الطريقة التي يتم الحصول بها على الاموال ولما كان الجمهور الغفير من الناس لا يرغب بالدخول في مخاطرات الاستثمار ، ويسعى إلى الحصول على فوائد وارباح بطرق امنة سهلة لاتعرض راس المال إلى الخسائر ،قامت تلك البنوك والمؤسسات المالية والاقتصادية التقليدية بتحقيق هذا المطلب للجمهور فاعطتهم جوائز للاستثمار واعادت لهم رؤوس الاموال مع فوائدها كماهي دون تعريض لها لاي نوع من انواع الخسائر أو الدخول بها في المخاطرات.

وفي المقابل اعطت قروضا بفوائد مشروطة فيكون لها الفرق بين فائدة الاقراض والاقتراض دون ان تقوم بتشغيل رأس المال ودون الدخول في مشاريع منتجة للدخول ، مماسفر عنه انخفاض سعر الدينار وضعف القوة الشرائية له – وإن كان بصورة غير مباشرة – وغلاء الاسعار ، والمشاكل الاقتصادية المتنوعه .

ولئن كان قطاع واسع من الناس لا يعبأ بالطريقة التي يحصل من خلالها على الأموال فان قطاعا واسعا آخر يسعى إلى الحصول على الأرباح بالطرق المشروعة التي أحلها الله تعإلى ، ويبتعد عن الإطار المشبوه المشوب بالحرام .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولما كانت المؤسسات المالية والاقتصادية الإسلامية تسعى إلى تحقيق الأرباح وتعظيم المنافع ،وزيادة حجم الإنتاج ،والتخفيف من حدة الفقر ، والبطالة من خلال الدخول في مشاريع منتجة للدخول مبتعدة في ذلك عن الاطارالربوي في معاملاتها ، وبما أن الاسلام يسعى إلى ايجاد البديل الملائم والمناسب للعمليات التجارية الربوية،وبما أن الإساس الأعظم في العملية الاقتصادية هو تحريم الربا ،فقد اخذت فكرة المصارف الإسلامية جل اهتمام القائمين على محاولة تطبيق النظام الاقتصادي الاسلامي كوسيلة لجذب المدخرات، وتوجيهها في قنوات استثمارية بعيدة عما حرمة الله عز وجل ، ونهى عنة الرسول ﷺ ، وهي في الوقت ذاتة أسلوب تنموي ؛ يهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، وتعزيزها ،وذلك عن طريق استقطاب الودائع من العملاء الذين لا يحبذون التعامل بالربا ،وتوظيف هذة المدخرات في قنوات استثمارية عن طريق اجتماع المال مع المال أو المال مع العمل .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويعتبر عقد الاستصناع في النظام المصرفي الإسلامي أسلوبا بالغ الأهمية في اجتماع المال مع العمل ، وأثرهذا الاجتماع على حل كثير من الأزمات السكانية ،من حيث بناء مساكن وضواح سكنية، وحل مشاكل كثيرة للاستثمار من حيث بناء مجمعات صناعية ومراكز تجارية ، ومدارس، ومستشفيات ، وبما أن المصرف يمتلك رصيداً مالياً ضخما ،ودوائر هندسية ، وكوادر علمية مؤهلة فعندها يمكنه أن يخرج من الإطار التقليدي إلى إطار التفاعل مع المجتمع وتلمس حاجاته ،وإبعاده عن فساد المقاولين والعمال والمهندسين وتنفيذ العمليات الاستثمارية أوالسكنية واستثمار طاقاتة العملية وخبراته الميدأنيه لمصلحة الفرد والمجتمع .

كما أن المصرف سيحصل على عائد ربح وفير من هذة العملية، فهو ليس مؤسسسة خيرية – كما يفهم الكثير من الناس –بل هو مؤسسسة استثمارية تسعى إلى تحقيق أكبر عائد لمدخراتها، ولأرصدتها، لكنه ضمن الإطار المشروع الذي أحلة الله تعإلى .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويوفر هذا الأسلوب للمواطنين الفرصة في امتلاك الشقق السكنية وبناء المدارس والمستشفيات وغيرها بأساليب متطورة ومحققة للمصلحة العامة ،فيوفر هذا الأسلوب للمواطنين فائدتين .

الأولى : ا لحصول على الرصيد المالي والتمويل اللازم للمشروع.

والثاني: قيام المصرف بدور المقاول وتنفيذ هذا المشروع وتخليص المواطن أو الشركة أو الدولة من الدخول في منازعات مع المقاولين أو الحرفيين أو غيرهم . اضافة لما توفره من كادر مؤهل من المهندسين والمحاسبين والاقتصاديين من قبل المصرف كأجهزة للإشراف على حسن تنفيذ وتطبيق المواصفات الهندسية اللازمة.

فما هي حقيقة الاستصناع المصرفي ، وما أهميته في الواقع ،واذا قلنا: إن المصرف قد يقوم بهذه المهمة فما صورة هذا الاستصناع في النظام المصرف،ي وما هي الصورة المطبقة حاليا ؟.

وماهو المستند الشرعي لاستحقاق المصرف للأرباح ، وما هي أسباب استحقاق الربح في الفقه الاسلامي، وهل هي منطبقة على المصرف .

وغير ذلك من الأسئلة التي تستهدف هذه الدراسة الإجابه عليها.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مشكلة البحث

01 ما المقصود بعقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ، والنظام المصرفي؟

02 ما اهمية هذا العقد بالنسبة للفرد والمجتمع ، خاصة حينما يكون عملا مصرفيا؟

03 كيف يمكن للمصارف والمؤسسات الاقتصادية الاستفادة من عقد الاستصناع؟

04 ما الصور المقترحة ، والتي††

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

††

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]عية التي تحصل على الربح من خلا لها وهل هي ذات صفة شرعية لاستحقاق الربح ؟

ما الالتزامات المتبادلة بين الأطراف في عقد الاستصناع المصرفي وفي حال عجز العميل عن تسديد ثمنها كيف يمكن للمصرف استيفاء حقه ؟ وهل له أن يستوفي حقه من مصادر أخرى ؟

هل يمكن للاطراف المختلفة الاستفادة من نظرية الظروف الطارئه والقوة القاهرة في عقد الاستصناع في المصارف الإسلاميه ؟

هل صيغته التطبيقية في المصارف والمؤسسات الاقتصادية الإسلامية متفقة مع ضوابطه، وشروطه، ومبادئ الشريعة الإسلامية؟

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اهداف البحث:

التوصل إلى الحكم الشرعي لعقد الاستصناع في الفقه الإسلامي وبيان أحكامه الفقهية.

التوصل إلى الحكم الشرعي لصور عقد الاستصناع في النظام المصرفي الإسلامي.

بيان التكييف الفقهي للعلاقات بين أطراف ذا العقد .

بيان مدى احقية المصرف في الحصول على الأرباح، وبيان مدى أنطباق شروط استحقاق الربح في الإسلام على المصرف، وبأي واحدة من أسباب استحقاق الربح يستحق نصيبة.

بيان الالية التي يتم بها تطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية .

بيان الضوابط والآداب الشرعية للتعامل بهذه الصورة.

بيان مدى الالتزام بالضوابط الشرعية في تطبيق عقد الاستصناع.

بيان اهمية عقد الاستصناع في الحياة الاقتصادية.

جمع الدراسات السابقة وتحليلها وتقييمها.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدراسات السابقة

سيعرض الباحث في هذا المقام –لجملة من الدراسات السابقة التي سبقت هذه الدراسة، لغرض بيان ما تتميز به هذه الدراسة عن غيرها وما تضيفه للمكتبة الإسلامية .

01 فقد بحث د. علي السالوس عقد الاستصناع في كتابه "الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة" وذكر أن الحديث عن الاستصناع قد كثر بعد أن بدأت المصارف الإسلامية في اتخاذه وسيلة من وسائل تمويلها واحتاج الأمر إلى وضع الضوابط الشرعية لسلامة التطبيق وصحة العقود وبحث عقد الاستصناع عند الفقهاء الاقدمين، ثم أورد نماذج لعقد الاستصناع في المصارف الإسلامية، وبين كيفية استفادة الدولة من عقد الاستصناع في أنشاء المدن السكنية، والصناعية، والتجارية، وبين إمكانية قيام المصرف بدور الصانع ودور المستصنع.

02 كما بحثها السيد محمود ارشيد في كتابه " الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية" وتحدث عن عقد الاستصناع بالصورة الفقهية القديمة، ثم تحدث عنه باعتباره أسلوباً للتمويل في المصارف الإسلامية، فبين طرق الاستفادة منه، وبين أنه احتل دوراً رئيسياً في استثمارات المصارف الإسلامية الخليجية على وجه الخصوص، وذكر أنها ساهمت في حل مشكلات معاصرة كثيرة، وذكر أن المصرف اما أن يكون مستصنعاً أو صانعاً، وبين أنواع الاستصناع في المصارف الإسلامية، ثم ذكر نموذجاً لعقد الاستصناع، وبعدها بين أشكال التمويل بالاستصناع.

03وقد بحثها د. محمد سليمان الأشقر في كتابه "بيع المرابحة والاستصناع والسلم" وبين أن بعض المصارف الإسلامية قد عملت بإسلوب الاستصناع الموازي وبين الخطوات التي يتم بها تطبيق هذا العقد.

04كما بحثها د. محمود صوان في كتابه المسمى "اساسيات العمل المصرفي الإسلامي" فعرف عقد الاستصناع وبين مفهومه وبين الفرق بينه وبين المرابحة، وذكر اركأنه وشروطه العامة، ثم تحدث عن أهداف التمويل عن طريق الاستصناع، وذكر أن الهدف منه دعم جهود التنمية الصناعية، وأنتاج السلع الراسمالية المتعددة، كالمعدات،

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والالات والسفن، ثم ذكر مميزات التمويل عن طريق الاستصناع في المصارف الإسلامية.

05كما بحثها د. محمد عبد الله الشباني في كتابه " بنوك تجارية بدون ربا " وناقش عقد الاستصناع بصورة عامة، ثم تحدث عن كيفية تطبيق عقد الاستصناع باعتباره أسلوباً للتمويل، وبين الإجراءات التي ينبغي اتباعها من قبل المصرف، وذلك من خلال إجراءات الدراسة، (دراسة وضع العميل) وإلاجراء النظامي لتنفيذ القرار، وبين أن إجراء الدراسة يكون من خلال دراسة السلعة المنتجة التي سوف يتم شراؤها بموجب عقد الاستصناع، وكذا يقوم البنك بدراسة تكاليف إنتاج السلعة أو السلع المراد شراؤها من خلال دراسة واقعية لتحديد تكاليف الإنتاج، ووضع جداول اقتصادية تبين ذلك. ثم بين مدى ملاءمة هذا الإسلوب من التمويل للقطاع الصناعي واعتباره بديلاً للإقراض البنكي، ومدى تحقيقه لعائد أفضل للمال المستثمر، ثم بين الاجراءات التنظيمية لتطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية.

06كما تعرض لهذه المعاملة د. عبد الرزاق الهيتي في كتابه "المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق" فتحدث عن عقد الاستصناع وأحكامه في الفقه الإسلامي، ثم ذكر الاستصناع المصرفي، وقال : أنه يمكن تطبيقه والعمل به كوجه من أوجه الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، ويمكن للمصارف الإسلامية تطبيقه والعمل به وإدخاله ضمن خططها وبرامجها الاستثمارية.

07وقد بحث الأستاذ مصطفى الزرقاء هذه المعاملة في كتاب عقد الاستصناع ومدى اهميته في الاستثمارات الأسلامية المعاصرة فتعرض لها قديماً ثم بين اهميتها في العمل المصرفي الاسلامي وتعرض للعيوب الطارئة على الاستصناع واشتراط الصانع البراءة منها ومدى لزوم الاستصناع وعدمه وغير ذلك .

08 وقد بحثها السيد فؤاد محيسن في بحثه "التأصيل الشرعي لعقدي الإستصناع والمقاولة وتطبيقات الإستصناع والمقاولة في المصارف الإسلامية " وهو عبارة عن حلقة بحث في المصارف الإسلامية –الأكاديمة العربية للعلوم المالية والمصرفية /عمان –الأردن بحث غير منشور (حتى الآن) فعرف الإستصناع عند الفقهاء وبين اصوله في المذاهب

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفقهية وشروطه وأركانه وبين الفرق بينه وبين الإجارة والسلم واورد بعض نماذج عقود الإستصناع في المصارف الإسلامية وعلق عليها الا أنه لم يتعرض الى الصور والاشكال التي يمكن للمصارف والمؤسسات الاقتصادية الاسلامية الاستفادة منها في عقد الإستصناع وبالتالي فلم يقم ببيان العلاقات الفقهية وتكييفاتها في النظام المصرفي الاسلامي وحكم كل منها على حده ولم يبين اسباب استحقاق الربح في الاسلام ،كما لم يتعرض لأثر نظرية الظروف الطارئه والقوة القاهرة والشرط الجزائي على عقد الإستصناع ولم يبين مدى الاستفادة من نظرية العذر عند الحنفية على عقد الإستصناع ومدى انطباقها عليه .

كما أنه لم يكيف عقد الإستصناع في الفقه الاسلامي أصلاً كما ولم يبين الالتزامات الناشئة بين اطراف عقد الإستصناع في النظام المصرفي الاسلامي ولم يقم بوضع ضوابط للاستصناع في العمل المصرفي الاسلامي وبالتالي ضبط العقود بهذه الضوابط الى غير ذلك وكذا آليته في المصارف الاسلامية كما لم يتعرض الى شخصية المصرف باعتبارها حكمية ليست طبيعيه ولم يبين الفرق بين الشخصية الطبيعية والحكمية ... الخ كما هو الحال في الدراسات السابقة ولم يبين نوعية المشاريع التي يصلح تطبيق عقد الإستصناع عليها ومفهومه في العمل المصرفي الاسلامي .

وغير ذلك من الدراسات ما بين موسع ومضيق.

وتأتي هذه الدراسة اسلوباً جديداً في الطرح من حيث التوسع في بيانها باعتبارها اسلوباً للعمل المصرفي، وبيان الصور التي يمكن للمصارف الإسلامية تفعيلها والعمل بها، كما أنها تستهدف بيان الكيفية التي تنشأ بها العلاقات بين الأفراد وتأصيلها وتكييفها وبيان اسباب استحقاق الارباح، ومدى تأثير المعوقات الخارجية على عقد الاستصناع المصرفي، وهل يمكن للمصرف أن يشترط شرطاً جزائياً في العقد وكذا الأطراف الأخرى؟ وهل للمتعاقدين أن يستفيدوا من نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة؟ وهل الصيغة التطبيقية لعقد الاستصناع في المصارف والمؤسسات المالية والاقتصادية الإسلامية ملائمة ومتفقة مع احكام الشريعة الإسلامية الغراء؟

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة جامعة الإمارات
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فما يميز هذه الدراسة عن غيرها:-

بحث الموضوع بصورة مستوفاة من جميع جوانبه وتأصيله من الناحية الشرعية.

بيان التكييف الفقهي الملائم لكل صورة من صور هذا العقد؛ وذلك من خلال تكييف العلاقات الفقهية التي تنشأ بين الأطراف المتعددة.

بيان مدى إمكانية استفادة المصارف الإسلامية من الأرباح وما المستند الشرعي وأسباب استحقاقها(المصارف الاسلامية) للربح.

د . بيان مدى استفادة المصارف الإسلامية في حالة تطبيق عقد الاستصناع الموازي أو العقاري من نظرية الظروف الطارئة،وبيان مدى قوة تأثير الشرط الجزائي على هذا فيما لو اشترط العميل على المصرف شرطاً جزائياً أو اشتراط المصرف على المقأول أو الشركة المنفذة هذا الشرط.

هـ. بيان الآثار المترتبة على عقد الاستصناع المصرفي وما هي الالتزامات المتبادله

و. بيان كيفية أنتهاء عقد الاستصناع، وماذا يحصل من اضرار في حالة عجز طالب الصنعة عن الوفاء بالتزاماته وهل يحق للمصرف أن يستوفيها من مصدر آخر أو أن يقوم ببيع الشيء المستصنع.

ز. بيان الضوابط الفقهية والشروط اللازمة لتطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية.

إيراد نماذج تطبيقية على عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية وبيان مدى الإلتزام بالضوابط الفقهية.

ط. بيان أهمية عقد الاستصناع المصرفي ودوره في تحقيق التنمية الاقتصادية وتحرير الفرد المسلم من التبعية الاقتصادية وتحرير اقتصاد الدول والاستثمار من التبعيةوالتقليد، وأثره على المجتمعات والأفراد وبخاصة من ناحيتي الفقر والبطالة.

التعرض لمدى إمكانية استفادة الأفراد من عقد الاستصناع المصرفي من حيث تقليل التكلفة في المشاريع، واستفادتهم من تمويل المصارف وعملهم في آن واحد، بدلاً من الحصول على تمويل من المصرف ثم طرح عطاء على

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شركة أخرى مما يؤدي زيادة تكلفة المشاريع، بسبب حصول المصرف ، على الأرباح وكذلك شركة المقاولات .

بيان مدى استفادة المؤسسات المالية والاقتصادية من تطبيق عقد الاستصناع في أعمالها المصرفية.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

منهجية البحث

01 الرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم

02 الرجوع إلى المصادر الفقهية المعتمده في المذاهب الفقهية .

03 الأمانة العلمية من خلال التوثيق الدقيق للمعلومات وتدوين المصادر .

04 عرض الآراء المختلفة في كل مسأله والإستدالال لكل رأي .

05 الترجيح بين الآراء المختلفة والاستدلا ل للترجيح ومناقشة الآراء الفقهية .

06 إظهار شخصية الباحث و التصرف في الأ لفاظ .

وقد اعتمدت على عرض الصور الحديثه ومحاولة ايجاد التكييفات فقهيه لها ثم اعطائها الحكم الشرعي وتحليل الدراسات السابقة ومناقشتها .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

"محتويات الرسالة "

التمهيد: الاستثمار في المصارف الإسلامية.

الفصل الأول : عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول : تعريفه والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول : تعريفه.

المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة.

أولاً: عقد المقأولة.

ثأنياً: عقد السلم.

المبحث الثاني: مشروعيته ،أركأنه وشروطه، وأحكامه.

المطلب الأول : مشروعيته .

المطلب الثاني : أركأنه وشروطه.

المطلب الثالث: أحكامه.

الفصل الثاني: عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي.

المبحث الأول: مفهومه في العمل المصرفي.

المبحث الثاني: اشكاله وأنواعه في العمل المصرفي الإسلامي.

المطلب الأول: المصرف من حيث كونه مستصنعاً.

المطلب الثاني: المصرف من حيث كونه صأنعاً.

المطلب الثالث: الإستصناع العقاري.

المطلب الرابع: الاستصناع الموازي.

المطلب الخامس: سندات الاستصناع.

الفصل الثالث: التأصيل الشرعي لعقد الاستصناع في النظام المصرفي.

المبحث الأول: تكييفه الفقهي .

المبحث الثاني: حكمه الشرعي.

المبحث الثالث: ضوابطه.

الفصل الرابع: أحكام عقد الاستصناع في النظام المصرفي.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول: إذا اقترن به شرط جزائي.

المبحث الثاني: انتهاؤه وفسخه.

المطلب الأول .أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على

المطلب الثاني : عقد الاستصناع.

أثر العيوب الطارئة على عقد الاستصناع.

الفصل الخامس: الاثار المترتبة على عقد الإستصناع في النظام المصرفي.

(الالتزامات المتبادلة بين الأطراف).

المطلب الأول: التزامات المصرف.

المطلب الثاني: التزامات الأطراف الأخرى.

الفصل السادس: تطبيقات عقد الإستصناع في المصارف والمؤسسات الاقتصادية الإسلامية –مدى الاستفادة منه.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاستثمـــار في المصـــارف الإسلاميـــة:

تعتبر الشمولية ميزة انفرد بها الإسلام عن غيره من النظم الوضعية؛ فأحكامه تشمل الدنيا والآخرة، وهي توازن بين المصالح المختلفة، فترفع من شأن الإنسان وتعلي قدره، وتحافظ على قوام حياته.

ولا شك أن المال من ضروريات الحياة، وقد حافظ عليه الإسلام من جهتي الوجود والعدم، فدعا إلى تنمية المال واستثماره في وجوه النفع والخير، وهذا من جهة الوجود، كما منع الاعتداء عليه بأي شكل من الأشكال وجعل العقوبات لمن حاول الاعتداء عليه بالمرصاد وهذه هي جهة العدم.

غير أن مقام الحديث سينصب هنا على جهة الوجود – لاسيما وأننا نتحدث عن الاستثمار– بمعنى تنمية المال وتكثيره وزيادته.

لقد كانت قضية تثمير الأموال، وتقليبها في أوجه الكسب المختلفة إحدى القضايا الهامة التي عني بها الإسلام باعتبارها حاجة فطرية، وضرورة شرعية، ومصلحة للناس أجمعين.

وقد رسم الإسلام لقضية الاستثمار خطوطا أساسية، وأطرا عامة وجعل من ذلك حرماً مقدسا لا يجوز انتهاكه، ثم ترك بعد ذلك دقائق الخطط والبرامج وتفاصيل المشروعات وأساليب التنفيذ لجماعة المستثمرين يمارسونها وفقا لما يحقق المصلحة؛ مسترشدين بمقاصد الشرع وقواعده الكلية. [1]

ولذا فإن الإسلام قد فتح الأبواب للناس كافة لاختيار النشاط الاقتصادي الذي يريدون، و يستثمروا بالطريقة التي يشاؤون، بشرط على أن لا يتم تجاوز الحدود المرسومة، وأن يبقى المستثمر ضمن الدائرة والإطار الذي وضعه المشرع سبحانه؛ والذي يحافظ على حق المجتمع وحق الفرد، وبالتالي حق الإنسانية جميعا، ويبعدها عن مخاطر الربا، والاحتكار، والغش..... الخ.

---

(1) الصاوي ، محمد، مشكلة الاستثمار في البنوك ا لاسلامية، وكيف عالجها الاسلام ص17، دار المجتمع –جدة، دار ا لوفاء – المنصورة 1410هـ – 1990م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن أسلوب الاستثمار المصرفي أي باعتباره أسلوبا للاستثمار في المؤسسات المالية والاقتصادية والمصارف يختلف عن غيره من أشكال الاستثمار من ناحيتين رئيستين هما:

الأولى: أن هذا الأسلوب يتميز بالاعتماد على رأس المال متعدد الموارد[1].

وهذا يعني أنه لا يتشكل من مصدر واحد، بل من مجموعة مصادر وهي مجموع أموال المستثمرين، فتتعدد رؤوس الأموال في العملية الاستثمارية .

الثانية: أنه يتميز بالقدرة على إبقاء الاستثمار في حالة سيولة نقدية؛ بحيث يستطيع المودع لدى المصرف أن يسحب ، جزءاً من وديعته نقداً أو جميعها في الموعد المحدد دون أن يؤدي ذلك إلى إجراء تصفية بشكل عاجل للقروض الممنوحة بوجه عام[2].

وهذا يعني أن المصرف على استعداد تام لرد الودائع إلى أصحابها في أي وقت كان، وله القدرة على إبقاء العمليات الاستثمارية في حالة مستمرة في الوقت ذاتـــــــه.

ومن هنا فإن تجربة المصارف الإسلامية تمثل إحدى الخطوات العملية في محاولة لترجمة المبادئ إلى برامج، وإيجاد الأوعية الشرعية لنشاط المسلم الاقتصادي بعيدا عن المؤسسات الربوية التي تتحكم بتصرفاته وتنغـص عليـــه حياتـــــــــه[3].

ولا شك أن المصارف الإسلامية تعاني اليوم من عملية ازدواج الرقابة كثمرة طبعية للازدواجية في حياتنا، ومؤسساتنا التعليمية والثقافية؛ فهناك رقابة شرعية من علماء المسلمين؛ قد لا تتوفر لبعضهم المعرفة الكاملة بطبيعة المعاملات المصرفية الحديثة، وبالتالي فالعالم الشرعي لا يملك التصورات الكافية التي تمكنه من الحكم الصحيح. كما أن هناك علماء متخصصين في الأعمال القانونية المصرفية قد لاتتوفر فيهم المعرفة

الفقهية[1]. ويرى الباحث أنه يمكن التغلب على هذه العقبة بإعداد المؤهلين المتخصصين ممن تتوفر فيهم الخبرة الشرعية الكافية والمعلومات الاقتصادية الوفيرة وذلك

---

[1] حمود، سامي ، تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق و الشريعة الاسلامية ص389 ، دار الاتحاد العربي للطباعة 1396هـ - 1976م الطبعة الأولى. بتصرف

[2] المرجع السابق.

[3] عطية ، جمال الدين، البنوك الاسلامية ص9-10 المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع الطبعة الثانية 1413هـ - 1993م لبنان.

[1] المرجع السابق نفس الصفحة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من خلال إدخال الاقتصاد الإسلامي ضمن الخطط والبرامج والمناهج الدراسية المقررة في كليات الشريعة ومعاهدها.

كما لابد من إخضاع الموظفين في العمل المصرفي الإسلامي لدورات ومحاضرات شرعية تأهيلية؛ لتمكينهم من تطبيق النظام والمعاملات المصرفية بصورة تتفق مع أحكام الشريعة ومقاصدها.

" إن البنوك الإسلامية مطالبة بتحقيق التدرج الهرمي للأولويات عند ممارسة نشاطاتها الاستثمارية؛ بهدف توجيه طاقات وموارد المجتمع؛ لتوفر المنتجات الضرورية – كالمأكل والمشرب والمسكن والعلاج الملائم – ثم التدرج إلى توفير حاجات الكفاية ثم في النهاية متطلبات مرحلة الرفاهية؛ لا أن يحدث العكس أو يقع الخلط، بل أن تتسم خطط ومشروعات هذه البنوك عند توظيفها لأموالها بالنظامية وفقا لأولويـــات الاستثمار"[2]

وهذا يعني أن الاستثمار ينبغي أولا أن يقوم بتحقيق الأمن الغذائي، ثم ينطلق بعدها إلى المجالات الأخرى توسيعا وترفيها، مراعين بذلك مقاصد الشارع الحكيم من ضروريات وحاجيات وتحسينات.

وقبل الخوض في صيغ الاستثمار في المصارف الإسلامية لابد من تعريف الاستثمار لغة واصطلاحا، فاقول –وبالله التوفيق–.

أولا: تعريف الإستثمار:

الإستثمار في أصل اللغة مشتق من ثمر الرجل إذا تمول أي كثر ماله؛ يقال مال ثمر أي مبارك فيه، وقوم مثمرون أي كثيرو المال. يقال: ثمر الرجل ماله تثميرا، نماه وكثره، ويقال: ثمر الله مالك، وأثمر الرجل كثر ماله [3].

فالاستثمار إذا، طلب كثرة المال، وطلب تنميته.

الاستثمار اصطلاحا(عند علماء الاقتصاد):

---

2 طايل، مصطفى، القرار الاستثماري في ا لبنوك الاسلامية ص، 1419هـ –1999م سليمان ، محمد جلال، الودائع الاستثمارية في البنوك الاسلامية ص42 المعهد العالمي للفكر الاسلامي

03 الزبيدي، محمد مرتضي ، تاج العروس 78/3 – دار ليبيا للنشرو التوزيع– ينغاري ابن منظور، لسان العرب 373/1 دار لسان العرب –بيروت – لبنان . الرازي ، ابوبكر ، محمد بن عبد القادر ،مختار الصحاح ،100–101 ترتيب محمود خاطر،مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يعتبر الاقتصاديون " الصلة وثيقة بين الاستثمار والادخار، وأن الادخار يعتبر المرحلة الأولى للاستثمار" [1]

لذا يعرف الاستثمار عندهم بأنه" تضحية بمبالغ حالية مؤكدة في سبيل الحصول على قيم أكبر غير مؤكدة في المستقبل"[2] من هذا التعريف يتضح للباحث أن الاستثمار عبارة عن بذل أموال تأكد إنفاقها في سبيل الحصول على أموال لم يتأكد الحصول عليها ولكن على أمل الحصول عليها مستقبلاً.

ولذا فإن كلمة الاقتصاديين تكاد تتفق على أن الاستثمار عبارة عن " التضحية بإشباع رغبة استهلاكية حاضرة؛ وذلك في الحصول على إشباع أكبر في المستقبل، أو هو التضحية بأموال حالية من أجل أموال مستقبلية"[3].

ويلاحظ الباحث مما سبق ذكره؛ أن الاستثمار في الاقتصاد يقوم على أساس التضحية الآنية بأموال معينة تشارك في المشروع الاستثماري، وأن هذه التضحية تقوم على أساس الحصول على أموال أكبر في المستقبل.

والحصول على هذه الأموال المستقبلية ليس أكيداً؛ بل مشكوك فيه فهو خاضع للربح والخسارة.

غير أن الهدف من بذل الأموال هذا هو الحصول على مبالغ مالية مستقبلية، وبالتالي تنمية الأموال وزيادتها.

وعقد الاستصناع كعمل اقتصادي، ومصرفي اسلامي يعتبر صيغة من صيغ الاستثمار فهو قائم على أساس التمويل، وهذا التمويل من المصرف أو المؤسسة الاقتصادية يقوم على أساس تضحية الممول بمبالغ مالية من أجل الحصول على أموال مستقبلية مرجوة. وكذا المشاركة والمرابحة والمضاربة، والسلم وغيرها.

---

[1] سامي، محمد، مبادئ الاستثمار ص 10 المطبعة السلفية 1966م

[2] عبيد، سعيد يوسف، الاستثمار في الأوراق المالية ص23 مكتبة عين شمس/ القاهرة

[3] الزبيدي، حمزة محمود، الاستثمار في الأوراق المالية ص20 مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ط1/2001

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: صيغ التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية:

1- المضاربة المشتركة:

تعتبر المضاربة المشتركة أسلوباً متطوراً في العمل المصرفي الإسلامي عن المضاربة الفردية؛ التي بحثها الفقهاء قديما، وهي إحدى صيغ التمويل في المصارف الاسلامية.

تعريف المضاربة:

المضاربة لغة: مأخوذة من ضرب في الأرض يضرب ضرباً، وضرَبانا أي خرج فيها تاجراً أو غازياً، وقيل سار في ابتغاء الرزق [1]

فالمضاربة في أصل اللغة تعني الخروج والسعي في الأرض طلباً للرزق، ويؤيد هذا قوله تعالى " وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله " [2]أما المضاربة اصطلاحاً فهي أن يدفع انسان ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما[3].

ويلاحظ من هذا التعريف أن المضاربة عقد يقدم فيه صاحب المال ماله؛ مقابل عمل وجهد العامل، على أن يقسم الربح بينهما على ما شرطاه.

وتعتبر هذه هي الصورة التقليدية للمضاربة، وهي المضاربة بالمعنى القديم وقد أطلق عليها بعضهم اسم المضاربة الفردية؛ نظراً لأن هذه الصورة من صور المضاربة يكون فيها العقد فردياً، لا مجال فيه للتعدد في العلاقات؛ لذلك فهي قليلة التطبيق في المصارف الإسلامية؛ على الرغم من أنها كانت موضع تطبيق في المجتمعات الإسلامـــية من قبل[4] ويقابل هذه الصورة التقليدية للمضاربة التي أطلق عليها البعض اسم المضاربة الفردية، تقابلها المضاربة الجماعية، وقد أطلق على هذا النوع اسم المضاربة المشتركة.

والمضاربة المشتركة: هي المضاربة التي تتعدد فيها العلاقة بين أصحاب رؤوس الأموال والمضاربين، سواء أكان هذا التعدد من أحد أطراف المضاربة أم من كليهما.[5]

---

(1) 1ابن منظور، لسان العرب، ج ع/113

(2) سورة المزمل الآية 20

(3) ابن قدامة ، موفق الدين ،عبدالله ، الكافي في فقه الامام احمد 151/2، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الاولى 1994/ .

(4) الهيتي، عبد الرزاق، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص471 دار أسامة / الأردن ط1 1998

(5)المرجع السابق ص472

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهي عبارة عن تسلم البنك النقود التي يرغب أصحابها في استثمارها؛ وذلك على أساس القبول العام باستعمالها في التمويل المستمر و المختلط مقابل الاشتراك النسبي فيما يتحقق سنويا من أرباح صافية ودون القيام بتصفية عمليات التمويل غير المهيأة للمحاسبة[1].

وهذه هي صورتها في العمل المصرفي الإسلامي

بمعنى أن يكون المودعون بمنزلة " رب المال " والبنك هو المضارب ويكون له الحق في استثمار أموال هؤلاء المودعين بنفسه أو عن طريق شركات أو وكلاء آخـــرين[2].

والمشروعات الممولة على هذا الوجه قد تكون منشأة ابتداء بما قدم إليها من تمويل، أو تكون قائمة من قبل وفي حاجة إلى دعم مالي للتوسع الاقتصادي[3]

وهذه هي صورة المضاربة المشتركة وطبيعتها في العمل المصرفي الإسلامي.

والذي تتم العملية فيه بواسطة أموال المودعين وقيام المصرف باستثمارها سواء أكان هذا الاستثمار في مشروع واحد أم في مشاريع متعددة على أن تكون قيمة الأرباح المتولدة من نتاج هذه المشاريع قابلة للزيادة أو النقصان والأصل أن تقع الخسارة على رب المال وحده كما هو معروف في المضاربة الفردية-وفقا لما يعتقده الباحث-.

إلا أن المصرف الاسلامي، وحتى لا يوقع المودعين في الأخطار التي قد تؤدي إلى ضياع رؤوس أموالهم المودعة لديه ، فإنه يتعهد برد رأس المال كاملاً في حال الخسارة، ولا شك أن ضمان رأس المال في المضاربة من قبل المضـــارب أمـــــر " لا يجوز من الناحية الشرعية "[4]

غير أن التعهد برد رأس المال من قبل المصرف في حال خسارة المشروع؛ يشكل عنصراً مهماً في إنجاح العمل المصرفي الإسلامي كوسيط مؤتمن في مجال الاستثمار المالي، وحتى لا يجد المتعامل مع المصرف الربوي نفسه أحسن حالاً من الوضع الذي يمكن أن يتحقق له في تعامله مع المصرف الذي يسير في استثمار الأموال على نظام المضاربة المشتركة. وقد تم تخريج هذا الضمان على أساس التكافل الاجتماعي بين المستثمرين فينشأ صندوق إسلامي

---

(1) البنك الاسلامي الاردني قانون رقم 62 سنة 1985م .

(2) مكي، على سعيد تمويل المشروعات في ظل الإسلام " دراسة مقارنة " ص 99 دار الفكر العربي .

(3) الجمال ، غريب المصارف وبيوت التمويل الاسلامية ص197 دار الشروق للنشر و التوزيع – جدة / الطبعة الاولى.

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع 110/5 حيث قال" الربح بينهما و الوضيعة على رب المال" ابن قدامة ، المغني 31/5 حيث قال " و الوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء" الدبو ابراهيم فاضل، عقد المضاربة " دراسة في الاقتصاد الأسلامي ص 132-135.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تعاوني على أساس اقتطاع جزء من أرباح المضاربة لمواجهة مخاطر الاستثمار ويعتبر هذا من قبيل التأمين التعاوني الذي أجازه الإسلام[1] و ينبغي أن يذهب ريعه عند تصفية البنك في النهاية-لا قدر الله-الى الجهات الخيرية.

غير أن أقساط التأمين التعاوني، التي توضع في صندوق مخاطر الاستثمار لا ينبغي أن تكون من الربح المشترك بين المصرف والمستثمرين – ولا يجوز ذلك أصلاً -، حتى لا يتحمل البنك جزءاً منها وهو عامل المضاربة، فيكون بذلك ضامناً من حيث أردنا أن نجنبه ذلك وإنما ينبغي أن يتحمل المستثمرون أصحاب الأموال هذه الأقساط من نصيبهم في الربح تأميناً لرؤوس أموالهم وإن اقتضى ذلك أن ترفع نسبة حصصهم من الأرباح منذ بداية التعاقد مراعاة لهذا الاعتبار [2]

هذا وقد استطاع أسلوب المضاربة المشتركة، أن يقوم بإيفاء العديد من حاجات ومتطلبات المستثمرين للأموال -خاصة في زماننا-؛ حيث أصبح من الصعب الاستثمار بأسلوب المضاربة الفردية، لا سيما بعد فساد الذمم، فصار أسلوب المضاربة المشتركة يتيح الفرصة للمزيد من الطمأنينة في العمليات الاستثمارية.

2- المرابحة للأمر بالشراء:

تعرف المرابحة بأنها: بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح[3] فهي إذاً نقل ما ملكه المشتري بالعقد الأول، مع زيادة ربح [4]

وصورة المرابحة أن يشتري شخص شيئاً بمائة مثلاً، ثم يقول لغيره وهما عالمان بذلك بعتك هذا الشيء بمائتين، أو بالسعر الذي اشتريتها به، وربح نسبة معينة كدرهم، أو دينار لكل عشرة دراهم، أو دنانير اشتريتها به [5]

---

(1) شبير،محمد عثمان،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ص307-309.

(2) الأمين، حسن عبد الله، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ص 64 المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب، البنك الاسلامي للتنمية.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع 461/4

(4) المرغيناني،علي ابي بكر ، الهداية، شرح البداية 62/3،دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ط1410/1هـ 1990م
السيواسي، ابن الهمام، فتح القدير على الهداية 495/6 دار الفكر – بيروت – لبنان الموصلي، عبد الله بن محمود بن مسعود، الاختيار لتعليل المختار 28/2 دار الكتب العلمية – بيروت –لبنان

(5) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج 103/2 – دار المعرفة – بيروت

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وصورة هذه المرابحة في العمل المصرفي الإسلامي أن يقوم المصرف بشراء السلعة التي يحتاج إليها السوق بناء على دراسته لأحوال السوق، أو بناءً على وعد بالشراء، يتقدم به أحد زبائنه يطلب فيه من البنك شراء سلعة معينة أو استيرادها من الخارج مثلاً ويبدي فيه رغبته في شرائها مرة ثانية من البنك فإذا اقتنع البنك بحاجة السوق إليها، وقام بشرائها فله أن يبيعها لطالب الشراء الأول أو لغيره مرابحة، وهي أن يعلن البنك قيمة شراء السلعة.مضافاً إليها ما تكلفه من مصروفات بشأنها، ويطلب مبلغاً معيناً من الربح لمن يرغب فيها، زيادة على ثمنها ومصروفاتها [1]

ومن الممكن للمصرف أن يحقق ربحاً ما في حالة البيع النقدي (الحال) إلى العميل، وربحاً إضافياً في حالة البيع المؤجل الثمن أو المقسط [2]

وهذه الصيغة تتعامل بها المصارف الإسلامية مع المتعاملين بها داخل البلاد وخارجها وقد يكون موضوع المرابحة سلعة منتجة بالداخل أو سلعة مستوردة من الخارج.

"وتستحوذ صيغة المرابحة على نشاط كثير من البنوك الإسلامية، وتعتبر نسبة الاستثمار بهذا الأسلوب أعلى النسب في توزيع الاستثمارات المحلية حيث بلغت في بنك دبي الإسلامي 79.3% عام 1991م، وفي عام 1992م بلغت 73.5% وفي بنك البركة الإسلامي للاستثمار لوحظ أنها احتلت عام 1998 نسبة 95% وغيرها من المصـــــارف"[3]

ولعل ازدياد نسبة الاستثمار بهذا الأسلوب تعود لعدة أسباب منها:

1- أن المرابحة تشكل مصدراً رئيساً للسيولة من خلال التدفقات النقدية المحدد تاريخها، والمعلوم فيها الربح مسبقاً، أما صيغتا المشاركة والمضاربة والاستثمارات الأخرى فلا تشكل تدفقاً نقدياً سريعاً ومنتظماً للبنك؛ لأنها غير محددة التاريخ أحياناً ومجهولة الربـــح [4]

---

[1] الأمين، حسن عبد الله، الودائع المصرفية النقدية، واستثمارها في الإسلام ص325، دار الشروق للنشر والتوزيع ط1/ 1983 الزرقاء، مصطفى أحمد، المصارف معاملاتها ودائعها وفوائدها ص 13 ورقة للمناقشة جامعة الملك عبد العزيز المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي 1404 هـــ أبو عويمر، جهاد عبد الله، الترشيد الشرعي للبنوك القائمة ص 332 الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية 1986م .

[2] المصري، رفيق يونس، بحث في المصارف الإسلامية ص 259 – 226، دار المكتبي، سورية – دمشق ط1 / 1421 هـــ

[3] داود، حسن يوسف، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ص 26–29، المعهد العالمي للفكر الإسلامي أمريكا ط1/1997م –

[4] صيام، ماجد علي، البنوك الاسلامية، نظرة قرانية للمال و الانسان والعمل في اعمار الارض ص41 مكتبة الجامعة الاردنية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- أن المصرف الإسلامي يعتبر المرابحة خط دفاعه الأول لمواجهة احتياجاته للسيولة لأن البنك المركزي لا يزود البنك الإسلامي بالسيولة عند حاجته لها باعتباره المقرض الأخير للبنوك [1] لأنه يعتبرها من الفائدة المحرمة شرعاً

3- إضافة إلى قلة المخاطر في هذه العمليات مقارنة مع المضاربات والمشاركات، حيث يقوم المصرف بالحصول على الضمانات الكافية وفي حال عجز الأصيل يتحمل الكفيل وإذا عجز تم استرداد المبلغ المطلوب من أي مصدر آخر كبيت مرهون للمصرف أو حتى المبنى ذاته.

و يرى الباحث أنه لابد في المرابحة حتى تصح جملة من الأمور لا بد من توافرها، منها أن يمتلك المصرف السلعة تملكاً حقيقياً لا صورياً قبل أن يقوم ببيعها، وإلا كان البيع باطلاً. وآلية ذلك أن يقوم العميل بتحديد أوصافها للبنك، ويقوم البنك نيابة عنه بشرائها وتملكها، و بعد ذلك يتم التنازل للعميل.

" وإذا كانت هناك مصروفات كما في حالة الاستيراد فإنها تضاف على سعر السيارة ويتم الاتفاق بعد ذلك على السعر" [2]

ومما لابد من الالتفات إليه في المرابحة - وقد تغفل عنه المصارف الاسلامية أو الموظفون فيها – أنه لا بد في المرابحة للأمر بالشراء من وقوع المصرف تحت المخاطرة الحقيقية فبالإضافة إلى وجوب تملك المصرف للسلعة، ينبغي أن تقع في ضمانه، وهذا يعني أنه لا بد إذا كانت منقولاً كالسيارة مثلاً؛ أن يقوم موظف المصرف باستلامها ونقلها إلى المصرف؛ أو إلى منزل العميل ويتم استلامها بعد ذلك من هناك لا من التاجر حتى يحل للمصرف ربحه منها.

" وفي الحقيقة فإن أسلوب المرابحة للأمر بالشراء يبدو سهلاً ميسوراً، ولكنه محصور في البيع، وهذا التساهل الذي تجري عليه بعض استعمالاته لدى بعض المصارف الإسلامية، يعرّض مصداقية هذه المصارف للخطر، وهو لا يغني غناء كاملاً عن المضاربة الشرعية،

وإنما يعزز كل منهما الآخر"[3] وكذا لا يغني عن المشاركة والاستصناع وغيرها من صيغ الاستثمار في المصارف الإسلامية.

---

[1] المرجع السابق.

[2] زعير، عبد الحكيم، البنوك الإسلامية، الرأي الآخر، مجموعة مقالات ص 59.

[3] الأمين، حسن، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة ص15، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب، البنك الاسلامي للتنمية ط1/1988م – 1408هـ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3- المشاركة المنتهية بالتمليك

تعرف المشاركة المنتهية بالتمليك بأنها مشاركة يعطي المصرف فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية، دفعة واحدة أو على دفعات، وفق ما تقتضيه الشروط المتفق عليها، وطبيعة العملية على أساس إجراء ترتيب منظم، لتجنيب جزء من الدخل قسطاً لسداد قيمة حصة المصرف[1].

والذي يظهر للباحث من هذا التعريف أن هذه المشاركة عبارة عن شركة تقوم على التوالي، والتعاقب بين الفريقين، وأن أحدهما سيحل محل الآخر في ملكيتها، والذي يحكم ذلك، هو الاتفاق بين الشريكين على وجوب انهاء هذه الشركة بعد مدة معينة، وهذه المدة تقررها فترة استرداد رأس المال وتحقيق الأرباح في هذا المشروع، وهذا الاسترداد يقوم على أساس الاتفاق بين الشريكين على جعل جزء من الدخل المتحصل حصة للمصرف على أساس استرداده لقيمة رأس ماله المقدم، علاوة على تحقيق البنك هامش ربح باعتباره شريكا، ليتمكن بعدها من الخروج من المشروع بعد تحقيق التفعيل الاقتصادي المنشود والمرجو للأموال المستثمرة.[2]

وهذه الصيغة الاستثمارية صالحة للتطبيق على العقارات وعلى المنقولات[3] وهي صيغة مرنة، وشاملة لكل عمليات التجارة المحلية، والتصدير والاستيراد، وتقديم رأس المال للنهوض بالعمليات الزراعية والصناعية والحرفية والمهنية والعقارية وغيرها من المجالات.[4]

---

[1] الضرير، الصديق، أشكال وأساليب الاستثمار في البنوك الإسلامية ص13 برنامج الاستثمار والتمويل بالمشاركة.الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية ، شبير محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص292 مشهور، أميرة عبد اللطيف، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي ص287،مكتبة القاهرة في 1411هـ -1991م شاهين فداع 1993م نظرة إسلامية لمفهوم الاستثمار الرأسمالي، وطرق تنميته ص 82 رسالة ماجستير كلية الاقتصاد الجامعة الأردنية، بابلي، محمد ، المصارف الإسلامية ضرورة حتمية، ص203 ،المكتب الاسلامي ،ط1989/1م

[2] عربيات، وائل محمد ،2000م المشاركة المتناقصة "المنتهية بالتمليك" و دور البنوك الاسلامية في تفعيلها، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، ص (13)

[3] حمود، سامي، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص429،مطبعة الشرق ،عمان ط1982/2م أبو عويمر جهاد، الترشيد الشرعي للبنوك القائمة ص325، الصاوي، محمد، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق ص93، سراج محمد النظام المصرفي الإسلامي ص181،دار الثقافة -جدة 1410هـ عبد الرحمن عبد الله إبراهيم سياسة التسويق المصرفي في البنك الإسلامي الأردني رسالة ماجستير ص91، كلية الاقتصاد ، جامعة اليرموك شطناوي، زكريا، الحيازة وتطبيقاتها في معاملات البنك الإسلامي الأردني ص 149، رسالة جامعية -ماجستير اقتصاد اسلامي ،جامعة اليرموك .النجار، أحمد وآخرون 100 سؤال وجواب حول البنوك الإسلامية

[4] ابو دهيم ،محمد ، دورة التمويل بالمشاركة ص38من 14/9-1996/9/18م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وصورة هذه المشاركة، أن تشارك جهة سواء أكانت مؤسسة أم مصرفاً اسلامياً، أم فرداً عاديا، الجزء من رأس المال مع شريك أو أكثر لإنشاء شركة تجارية أو مصنع، أو بناء شقق سكنية.. الخ، ويعد أحد الطرفين شريكه الآخر وعداً ملزماً بأن يبيع له نصيبه من الشركة، وأن يحل محله في ملكيتها على دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقضيه الشروط المتفق عليها [1] وبعد سداد رأس مال المصرف بالتدريج [2]

ومما ينبغي الالتفات إليه في المشاركة المتناقصة أن نجاحها في الميدان العملي مرهون بالمصرف ذاته، من حيث اختيار المشاريع المجدية اقتصادياً وذلك باختيار المواقع المزدهرة اقتصادياً، والمؤهلة استثمارياً.

كما لا بد بعد قيام المشروع من كون القائمين عليه يتمتعون بحسن الإدارة والتأجير في الوقت المناسب إذا كان عقاراً تجارياً، ومراعاة ظروف السوق وأحواله.

الإجارة المنتهية بالتمليك:

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الإجارة لغة من أجر يأجر.

وهو ما أعطيت من أجر في عمل [3].

والإجارة في الاصطلاح: عقد على المنافع بعوض [4].

والإجارة المنتهية بالتمليك عبارة عن عقد من عقود الإجارات الشرعية المستحدثة يتوصل به إلى تملك منفعة السلعة أو العين أولا، ثم إلى تملك عينها أخيراً مع اكتمال المصرف، حصوله على الإيجارات إلى الحدود المتفق عليها مسبقاً [5]

---

[1] عايد، أحمد، 1991م، إدارة و استثمار أموال الأيتام في الشريعة الاسلامية، و تطبيقاتها المعاصرة ص 107 رسالة جامعية – ماجستير كلية الاقتصاد – جامعة اليرموك. عيد، يحيى اسماعيل، 1981م، المصرف الاسلامي، مجالاته، و آثاره الاسلامية ص 341، رسالة ماجستير جامعة الامام محمد بن سعود.

(2) بركات، عماد رفيق، 1995م، استثمار أموال الزكاة في الاقتصاد الاسلامي، ص 96 – ماجستير اقتصاد اسلامي جامعة اليرموك، محمد يوسف كمال، المصارف الاسلامية، الأزمة و المخرج ص 77.

(3) ابن منظور، لسان العرب 43/1.

[4] جماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية 409/4.

[5] المسعودي، أحمد أسعد، الاقتراض الحكومي للاتفاق على المصالح العامة في الشريعة الاسلامية ص 104، رسالة ماجستير، الاقتصاد الاسلامي – جامعة اليرموك، 1998م. بتصرف يسير

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبإمكان المؤسسة الاقتصادية سواء أكانت مؤسسة حكومية أم شركة استخدام هذا الأسلوب التمويلي للحصول على ملكية العقارات أو المنقولات بصورة كاملة، وهو أيضاً لا يتطلب توافر ثمنها كاملاً منذ البداية، بل يدفع على أقساط ولمدة محددة[1] وعقد الإيجار المنتهي بالتمليك هو عقد يتفق طرفاه بموجبه على تمكين أحدهما من الانتفاع بشيء معين، مقابل أجرة لمدة محددة تعود ملكيته بعد انتهاء المدة للمستأجر نفسه، ونقل الملكية من المؤجر إلى المستأجر عند نهاية المدة قد يكون من خلال عدة حالات[2] :

الحالة الأولى: أن يقترن عقد الإيجار بهبة (أو بوعد بالهبة) للعين المؤجرة للمستأجر عند نهاية مدة الإيجار.

الحالة الثانية: أن يقترن عقد الإيجار بعقد بيع معلق على شرط دفع الأقساط (الأجرة)

الحالة الثالثة: أن يقترن عقد الإيجار بوعد بيع العين المؤجرة للمستأجر عند نهاية مدة الإيجار .

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الحالة الرابعة: أن يتضمن عقد الإيجار وعداً للمستأجر بأنه مخير في نهاية مدة الإيجار بين الأمور التالية:

أ – أن يشتري السلعة بسعر السوق عند نهاية عقد الإيجار

ب– أو أن يجدد عقد الإيجار

ج– أن يرد السلعة إلى مالكها (المؤجر)

- وهذا العقد هو عقد إجارة ابتداء بيع مآلاً [3]

و يرى الباحث أن هذا العقد يفترق عن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بأن المشاركة المنتهية بالتمليك من لوازمها الأصلية التي لا تنفك عنها خروج أحد الطرفين منها وهذا

---

(1) المرجع السابق نفس الصفحة.

(2) المساعيد، سليمان،1993م، عقد الإيجار المنتهي بالتمليك ص30–31 دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والنظم المعاصرة – رسالة جامعية – ماجستير قسم الاقتصاد الاسلامي جامعة اليرموك .

(3) زيد، محمد عبد العزيز حسن، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، ص29 المعهد العالمي للفكر الاسلامي – القاهرة ط1/1997م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بخلاف الإجارة المنتهية بالتمليك فمن صورها وحالاتها أن يرد المستأجر السلعة إلى المؤجر فلا يشترط أن تؤول الملكية إلى المستأجر دائماً.

كما أن الإجارة هذه، لا تتناقص فيها حصة أحد الأطراف في العين وتحل الأخرى محلها تدريجياً، وهذا بخلاف المشاركة المتناقصة فهي متناقصة بطبيعتها.

ويمكن للإجارة المنتهية بالتمليك حل كثير من الأزمات الاقتصادية بالنسبة للمواطنين كمشكلات السكن وامتلاك سيارات الأجرة والمركبات، وغيرها.

و هكذا و بعد بيان حقيقة الاستثمار و صيغه في المصارف الإسلامية؛ يتضح للباحث إمكانية دخول مثل هذه الصيغ إلى ميدان التطبيق العملي، و تبني هذه الصيغ من قبل الدول الإسلامية، و أنها قادرة على حل كثير من مشاكل المواطنين؛ لا بل تتعدى ذلك إلى حل مشاكل الدول و أزماتها الاقتصادية؛ إذا أحسن تطبيقها؛ فهي تعتمد على تشغيل رأس المال، و يتم فيها الدخول في مخاطرات حقيقة مدروسة، و عندها يصبح المال أداة نهضة و تطور، و وسيلة بناء و عمران.

مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول

الفصل الأول : عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المبحث الأول : تعريفه والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الأول : تعريفه.

المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة.

أولاً: عقد المقاولة.

ثانيا :عقد السلم.

المبحث الثاني: مشروعيته ،أركانه وشروطه، وأحكامه.

المطلب الأول : مشروعيته .

المطلب الثاني: أركانه وشروطه.

المطلب الثالث: أحكامه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول

عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي

المبحث الأول : تعريفه والألفاظ ذات الصلة:

المطلب الأول : تعريفه :

قبل الخوض في تعريف الإستصناع لا بد من تعريف العقد لغة واصطلاحا .

العقد لغة : يأتي بمعنى الربط والشد ، يقال عقدت الحبل فانعقد ومنه قيل عقدت البيع وعقدت اليمين وعقدتهما بالتشديد توكيد [1] .

وفي **الاصطلاح** : له معنيان عام وخاص .

الأول : المعنى العام ، وهو أنه التصرف الذي ينشأعنه حكم شرعي يقرر التزاما سواء صدر من شخص واحد كاليمين والوقف ، أو من شخصين كالبيع والرهن [2] .

الثاني : العقد بالمعنى الخاص عرف العلماء العقد بتعريفات كثيرة إلا أنها تكاد تلتقي فيما بينها .

جاء في البحر الرائق : العقد شرعا ربط القبول بالايجاب [3].

وعرفه الجرجاني بأنه : ربط أجزاء التصرفات بالإيجاب والقبول [4] .

وجاء في المادة (103) من مجلة الأحكام : التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول [5] .

وعرفه القانون المدني الأدني في المادة (87) بأنه : ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر ، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للاخر [6] .

ويلاحظ مما سبق أن العقد اتفاق بين طرفين ، وهو عبارة عن التلاقي الحاصل بين الإيجاب والقبول ، ولايشترط له لفظ معين ، بل كل مايدل على توافق الرغبتين وتلاقي الارادتين يعتبر إيجابا وقبولا .

---

1) الفيومي –احمد بن محمد ، المصباح المنير مادة عقد 205/2 ط2 / الاميرية ببولاق ط2/ 1906م .
2) ابو البصل ،1995 على عقد المقأولة والتوريد – ص7 – رسالة جامعيه – دكتوراه
3) زين العابدين ، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتز الدقائق 262/5 المطبعة الاميرية .
4) الجرجاني ، علي ، التعريفات ص133 – مادة عقد تحقيق مصطفى البابي الحلبي 1938م .
5) حيدر ، علي ، درر الحكام شرح محله الاحكام 91/1 دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان .
6) لقانون المدني الاردني – المذكرات الايضاحية 93/1 – المكتب الفني

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالإيجاب لغة : الاثبات[1] ، أما **القبول فهو لغة** : مصدر من قبلت العقد أقبله وقبلت القول صدقته[2] .

وذهب الحنفية إلى أن الإيجاب إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا ، سواء من البائع كبعت أو من المشتري ، كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت هذا بألف ، والقبول الفعل الثاني ، وإلا فكل منهما إيجاب اي إثبات ، فسمي الإثبات بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول[3] .

ولذا فإنه يسمى ما تقدم من كلام احد العاقدين ايجابا لأنه يثبت للآخر خيار القبول[4].

وهذا يعني أن الحنفية لم يعتبروا الإيجاب هو اللفظ الصادر من البائع والقبول هو اللفظ الصادر من المشتري .

بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7] إلى أن الإيجاب هو اللفظ الصادر من المشتري سواء تقدم هذا اللفظ أو تأخر .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا يعني أن الإيجاب عندهم هو اللفظ الصادر من المملك والقبول هو اللفظ الصادر من المتملك .

جاء في حاشية الدسوقي ((.....لأن الأصل في الإيجاب أن يقع من البائع أولاً ، ويقع القبول من المشتري ثانيا)) [8] .

وجاء في روضة الطالبين " الصيغة وهي الإيجاب من جهة البائع ... والقبول من المشتري ، وسواء تقدم قول البائع بعت ، أو قول المشتري اشتريت ، فيصح البيع في الحالتين " [9]

---

1) الفيومي ، المصباح المنير 803/2 مادة وجب .
2) الفيومي 587/2 مادة قبل .
3) ابن الهمام ، كمال الدين ، شرح فتح القدير 248/6 – دار الفكر .
4) المرجع السابق 248/6 .
5) الدسوقي ، شمس الدين ، محمد عرفة 3/3 – دار الكتب العلمية ، علي البابي وشركاه
6) النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين 338/3 المكتب الاسلامي – تحقيق زهير الشأويش ط1991/3م .
7) المرداوي ، ابو الحسن ، علاء الدين ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف 260/4-261 ، مكتبة السنة المحمدية – القاهرة ط1956/1م.
8) الدسوقي الحاشية 3/3 مرجع سابق .
9) النووي ، روضة الطالبين 338/3 مرجع سابق .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجاء في الإنصاف " وله صورتان ، إحداهما الإيجاب والقبول ، فيقول البائع بعتك أو ملكتك ، ونحوهما .... ويقول المشتري ، ابتعت ، أو قبلت وما في معناهما[1] ".

والذي يظهر للباحث – والله أعلم – رجحان ما ذهب إليه الحنفيه لأن الإيجاب هو اثبات في الأصل . فالكلام الصادر أولا – من احد المتعاقدين يعتبر إثباتا للطرف ألآخر خيار قبول هذا العرض أو رفضه .

وكل ما يدل على التراضي بين المتعاقدين يعتبر ايجابا وقبولا ، تقدم قول البائع أم تأخر ما دام أن الرضا قد حصل . والعبرة في العقود المعاني للمعاني لاللالفاظ والمباني .

كان هذا هو تعريف العقد لغة واصطلاحا .

أما **الاستصناع** :

فهو **لغة** : طلب الصنعة ، والصنعة عمل الصانع[2] .

واصطلاحا :عرف الفقهاء الاستصناع بتعريفات متعدده نوجزها فيما يلي :

التعريف الأول :

الاستصناع : عقد على مبيع في الذمه [3]

شرح التعريف :

العقد : سبق أن تعرض الباحث لتعريف العقد وذكر أنه عبارة عن التلاقي الحاصل بين الإيجاب والقبول ، وكل ما يدل على توافق الإرادتين يعتبر إيجابا وقبولا بأي لفظ كان .

على مبيع في الذمة : يعني أن الشيء المستصنع وهو المبيع ليس موجودا عند الاتفاق، وإنما سيوجد فيما بعد ، فالمبيع ثابت في الذمه وليس حاضرا .

ولعل ابتداء التعريف بالعقد ، يشير إلى أن الاستصناع ليس وعدا ، فهو يعبر عن التكييف الفقهي لهذه الصيغة من المعاملات عند هذا الفريق – كما سيأتي لاحقا بعون الله .

التعريف الثاني :

الاستصناع : عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل[4] .

فقولهم شرط فيه العمل يعني ان الصانع لو احضر العين المستصنعه من سيارة أو اثاث أو غيره من صانع آخر ، و لم يقم بصنعها بذاته لم يجز ذلك .

---

1) المردأوي ، الانصاف 4/260-261 مرجع سابق .
2) الفيومي ، المصباح المنير 1/412 مادة صنع .
3) الكاساني ، بدائع الصنائع 5/3 دار الكتب العلمية – بيروت –ط2 / 1986م .
4) المرجع السابق 5/3 .

جميع حقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما إذا لم يشترط العمل ، فإنه يصح إحضار العين من قبل أي شخص آخر .

التعريف الثالث :عرفه الزيلعي بقوله : الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف ...اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا .... ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئا فيعقد الآخر معـــه[1] .

فقوله : ويعطي الثمن المسمي أو لا يعطي ، دليل على أنه يجوز في الاستصناع نقد الثمن عند الاتفاق أو تأجيله إلى ما بعد ذلك ، فلا يشترط فيه تعجيل الثمن .

إلا أن هذا ليس تعريفا بالحد ، وإنما هو تعريف بالمثال ، فهذه هي صورة عقد الاستصناع.

التعريف الرابع عرفه ابن عابدين بقوله :

طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص ، ويعلم مما يأتي [2] .

فقوله طلب : ظاهرها يشير الى أن الاستصناع ليس عقدا لأنه مجرد طلب ، فهو أقرب الى الوعد منه إلى العقد ، إلا أن ابن عابدين أكد أنه ليس مواعدة وإنما هو بيع فقال " صح على أنه بيع لا مواعده[3] " .

ولما كان هذا التعريف يكتنفه الإبهام والغموض ، أشار – رحمه الله – إلى أن معرفة ما هية هذا العقد ستعلم مما يأتي، أي من معرفة أركانه وشروطه وحقيقته وأحكامه .

ويرى الباحث أن الاستصناع هو :

اتفاق يتعهد فيه احد الأطراف بصناعة عين غير موجودة أصلا ، وفقا للمواصفات التي يتم تحديدها ويلتزم بها الصانع بموجب هذا الاتفاق ، مقابل دفع مبلغ معلوم ثمنا للعين المصنوعة .

---

1) الزيلعي ، تبيين الحقائق 526/4 دار الكتب العلمية ط1420/1هـ - 2000م .

2) ابن عابدين ، محمد امين ، رد المحتار على الدر المختار 212/4 دار احياء التراث العربي – دار الكتب العلمية .

3) المرجع السابق ، نفس الجزء والصفحة .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد مال الباحث إلى هذا التعريف لما يلي :

1-إنه قد عبر بلفظة الاتفاق ، ليشمل بذلك العقد – الذي هو اتفاق جازم ملزم ، والوعد الذي هو اتفاق غير ملزم عند كثير من الفقهاء[1] .

2-إنه قد عبر عن ماهية عقد الاستصناع ، وهو طلب الصنعه والتعهد بصناعتها مقابل دفع ثمنها من قبل طالبها .

3-إنه بين أن العين المصنوعة ليست موجودة حالا وإنما هي ثابته في الذمة فهو عقد على شيء يحصل مستقبلا ، وليس على عين حاضرة وهذا هو الاستصناع .

4-إنه اعتبر الالتزام بالمواصفات المتفق عليها مسبقا لازما من لوازم عقد الإستصناع ، وهذا يعني أن المستصنع له الحق في العدول عن هذا الاتفاق إذا كانت المواصفات الموجودة في العين غير مطابقة للمواصفات المشروطة أصلا.

5-إنه لم يتعرض لشرط المده أو ضرب الأجل أو تحديد عقد الاستصناع بوقت معين يلتزم به الصانع ، ليتسع بذلك للخلافات بين العلماء في هذا الشرط.

---

01 مسالة الوعد فيها خلاف بين العلماء في مدى الزامتيه ، فذهب الجمهور من الحنفيه و الشافعيه والحنابله والمالكيه في قول وهو قول الظاهريه الى أنه ملزم ديانه غير ملزم قضاء ، الا انه يكره اخلافه ويستحب الوفاء به استحبابا شديدا ، وذهب ابن شبرمه وهو قول عند المالكيه الى أنه ملزمه ديانه ويقضى به ، وذهب بعض المالكيه الى الزامه اذا كان متعقا بسبب وان لم يدخل الموعود بسبب الوعد في شيء ، وذهب بعض المالكيه وهو المشهور عندهم الى الزامه اذا كان متعلقا بسبب ، ودخل الموعود بسببه في شيء وهو ما يترجح للباحث .

ابن عابدين ، العقود الدريه في تنقيح الفتأوي الحامديه 353/2 ، المطبعة اميمنية – مصر 1306هـ .

النووي ، روضة الطالبين39/5 .

البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع 275/3 - دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ط1997/1م .

الرعيني ، الحطاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص 154 دار الغرب الاسلامي ط1404/1هـ تحقيق عبدالسلام الشريف .

ابن حزم علي بن احمد المحلى 28/8 دار الافاق الجديدة – بيروت – لبنان ،تحقيق لجنة احياء التراث العربي .

ابن حزم ، المحلى 28/8 .

الحطاب ، تحرير الكلام ص 154 .

الحطاب ، الرعيني ، تحرير الكلام ص 155 .

المرجع السابق .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: . الألفاظ ذات الصله.

أولا :. عقد المقاولة :.

لم نجد في كتب الفقه الإسلامي تعريفا لعقد المقاولة والسبب في ذلك عدم معرفة هذا العقد ، وعدم وجوده في الزمن الماضي بهذا الاسم ، وذلك لعدم الحاجة إليه في زمن فقهائنا القدامى ، ولكن عرفت أصول هذا العقد كعقد الاستصناع ، والجعاله ، وعرفت أحكام عقد السلم ، وكذا الأجير المشترك ، والتي يعد كل منها نوعا من أنواع المقاولات، وغيرها من الأحكام [1].

والمقاولة لغة:.المجادله ، يقال " قأوله في أمره مقأولة أي : جادله"[2].

وفي **الأصطلاح** :. عقد بين طرفين يصنع فيه أحدهما وهو المقأول شيئا لآخر ، أو يقدم له عملا مقابل مبلغ معلوم . [3].

ويلاحظ من ذلك ، أن المقأولة شكل من أشكال الاستصناع فهي اتفاق يقدم فيه احد الأطراف عملا أو صنعا مقابل تقديم الطرف الأخر المبلغ المتفق عليه لقاء هذا العمل المنجز .

وعرفها القانون المدني الأردني في الماده (780) بأنها : عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا ، أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر [4].

مركز ايداع الرسائل الجامعية

مشروعية المقاولة :.

تستند مشروعية المقاولة على أدله كثيرة من القرآن والسنة والمعقول .

أولا :. القرآن الكريم :.

وردت العديد من النصوص الشرعية في القرأن الكريم تدل على مشروعية المقاولة [5].

منها قوله تعالى " يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود ". [6]

و قوله تعالى " وأحل الله البيه وحرم الربا ". [7].

وجه الدلاله :. هذه نصوص تشريعيه عامة تشمل المقاولة وغيرها من العقود لأن العقد لفظ عام يشمل كل عقد بين الإنسان وربه وبين الإنسان والإنسان.

---

(1) أبو البصل ، علي ، عقد المقاولة والتوريد في الفقه الأسلامي ص 14 رسالة دكتوراه 1995م

(2) الفيومي ، المصباح المنير 628/2 مادة قول .

(3) ارشيد ، محمود ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلاميه ص 127 دار النفائس – عمان – الأردن ط2001/1م .

(4) القانون المدني الاردني ، ص 138 – المكتب الفني سنة 1994 م.

(5) ابو البصل ، علي ، عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي ص 14 ومرجع سابق.

(6) سورة المائده الأيه (1).

(7) سورة البقرة الأيه (275).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أن المقاولة نوع من أنواع البيوع لما فيه من تبادل المنافع بين المتعاقدين ، وغيرها من النصوص.

ثانيا :. من السنة :.

عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما" أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، يارسول الله ، ألا أجعل لك شيئا تقعد عليه ، فإن لي غلاما نجارا قال :. إن شئت ، فعملت له المنبر "[1].

وجه الاستدلال :.

يبين الحديث الشريف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أجاز صناعة المنبر عند النجار والصناعة عقد وارد على عمل معين ، وهي في الاجتهاد التشريعي المعاصر عقد مقاولة لأن العقد يتم بين صاحب العمل أو المستصنع وبين المقأول أو الصانع . صاحب العمل يقدم البدل ، والصانع يقدم العمل وهذا هو جوهر عقد المقاولة . [2].

ثالثا :. من المعقول :.

فالحاجة داعية إلى القول بجواز عقد المقاولة ، فإن البعض يملك القدرة على العمل – كما أنه يملك كوادر متخصصه للإشراف على حسن تنفيذ العمل وصنعة كما في شركات المقاولة ، والبعض الأخر يملك المال ، ولايملك القدرة على العمل لكونه ليس متخصصا ، فعدم القول بجوازها يوقع الناس في الحرج والمشقة وهي لاتخالف نصا تشريعيا . ولا أصلا من الأصول الفقهية.

شروط صحة التمويل بالمقاولة:. [3]

1-أن يكون العمل المراد تنفيذه مباحا شرعا .

2-أن يكون العمل محددا ، بحيث يشتمل على نوعية العمل وقدره وحجمه مع بيان الطريقة التي يتم تنفيذه بها ، وتحديد الفترة الزمنيه للتنفيذ مع تحديد المقابل.

3-أن يقوم العميل بتحديد الجهة المنفذة وبالشروط المتفق عليها .

4-أن يكون عقد المقاولة مكتوبا وليس شفاهية.

---

(1) أخرجه البخاري باب الخظبه على المنبر 163/1 ، وجاء فيه أنه " أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى فلان امرأه قد سماها سهل مري غلامك النجار أن يعمل أعوادا أجلس عليهن اذا كلمت الناس فأمرته فعملها من طرفاش الغابه " صحيح البخاري –دار الفكر –بيروت – بغداد 1986م .

(2) أبو البصل علي ، عقد المقاولة والتوريد ص 63 .

(3) محمد ، فضل عبدالكريم ، 2001م ، تعثر سداد الديون في المصارف الإسلامية ص 106 دراسة تطبيقية على المصارف السودانية من 1987-1997م رسالة ماجستير –جامعة وادي النيل .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز الإيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث أن الشرط الأخير ليس إلا من أجل التوثيق وحفظ الحقوق لجميع الأطراف ، حتى لاينكر أي منهم شرطا تم الأتفاق عليه مسبقا ، أو يقوم بإضافة شرط لم يتفق عليه من قبل .

وهذه الشروط السابق ذكرها لاتخالف نصوص الشريعه ولاتناقض قواعدها الكلية وتحقق مصالح الأطراف المختلفه وصنع الشيء أو أداء العمل يقوم به المقاول بالاستناد الى تعهده بذلك حين يلتزم الطرف الآخر –صاحب العمل– بأداء البدل المالي ، لقاء العمل ،كما أن المقاول يقوم بالعمل على وجه الاستقلال ، فهو لا يتبع صاحب العمل، ولا يتلقى منه تعليماته وإنما يؤدي ما التزم به ويسأل عن نتائج ذلك[1].

والملاحظ أن مجالات المقاولة متعدده فإذا كان مجال عقد المقاولة صنع شيء ، وكانت المادة مقدمة من المستصنع فهو عقد اجاره ، أما اذا كانت المادة مقدمه من الصانع فهو استصناع بالمصطلح الحقيقي ، وهذا فقه جيد للتفريق بين العقود ، وبهذا كي يكون عقد المقاولة استصناعا ينبغي أن تكون المادة والعمل من الصانع ، فالمقاولات نوع من الاستصناع الوارد على أعمال متعددة ومتداخلة ومتكاملة ، فالبناء مثلا يدخل في الاستصناع من بدايته كبناء مواد جدران ، شبابيك .... الخ حتى تسليم المفتاح ، فالمقاول يقوم بكل هذه الأعمال إن وقع على عقد كهذا لأنه إما أن يصنع شيئا للبناء أو يقوم بعمل وهذا عين عقد المقاولة ففي جانب الصنع ينطبق عليه الاستصناع ، وفي جانب العمل نحتاج إليه لأنه لايوجد صنع بدون بذل جهد وعمل [2].

ويمكن للمصارف الإسلاميه أن تفعل وجودها في المجتمعات من خلال القيام بدور المقاول ، وذلك بانشاء شركات مقاولات لتقوم بهذا الدور وبالتالي تساهم في التخفيض من نسبة الأرباح التي يدفعها العميل (الزبون) للمصرف في حال الدخول في عملية الاستصناع الموازي.

---

(1) المومني ، احمد سعيد مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة ص 36 ط 1/مكتبة المنار – الزرقاء . الأردن ط1407/1هـ -1987م .

(2) ارشيد ، محمود عبدالكريم ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلاميه ص 128.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا :. عقد السلم :.

السلم بفتح السين واللام – مثل السَلف وزنا ومعنى وأسلمت إليه بمعنى أسلفت أيضا [1].

عرفه الحنفيه بقولهم " أخذ عاجل بأجل" [2] " أو أخذ أجل بعاجل" [3].

فقولهم أخذ عاجل بأجل : فيه إشارة إلى جهة البائع الذي يقوم بأخذ الثمن معجلا في مقابل إعطاء السلعة بعد أجل معين.

وقولهم أخذ آجل بعاجل فيه إشارة إلى جهة المشتري الذي ينقد الثمن معجلا إلا أنه يتأخر فيه حصوله على السلعة فيحصل عليها ولكن بصورة مؤجله .

وقيل عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلا ، وفي المثمن مؤجلا[4].

إلا أن هذا التعريف يشير إلى حكم عقد السلم وهو ثبوت الملك في الثمن للبائع وثبوته في السلعه للمشتري .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

كما أنه كان تعريفا عاما لم يبين الجهة التي يثبت لها الثمن والمثمن .

وعرفه غيرهم بأنه : بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه الى أجل . [5]

وقيل بيع موصوف من طعام أو عرض أو حيوان مؤجل بغير جنسه . [6]

وهذان التعريفان يشيران إلى شروط عقد السلم ، وهو أن يكون موصوفا بما نضبط به ،....وأن يكون مؤجلا ، وأن لا يتقابل مع جنسه حتى لا يكون سلما بزيادة أن كان أكثر منه ، أو ضمانا إن كان بأقل ...الخ ، إلا أنهما لم يبينا حقيقة السلم وماهيته .

والذي يميل إليه الباحث أن السلم عبارة عن اتفاق بين طرفين يقدم فيه أحدهما رأس المال (الثمن) مقدما ويقدم الآخر السلعة (المثمن) ويكون مؤجلا بشروط مخصوصة.

---

01 الفيومي 338/1 مادة سلم.

02 النسفي –كتر الدقائق نسخة تبين الحقائق للزيلعي 498/4 .

03 العيني ، البنايه شرح الهدايه 327/8 دار الكتب العلمية –بيروت –لبنان ط1420/1هـ .

04 القاضي خان ، الفتاوي الهنديه 182/3 .

05 الإحساني، عبد العزيز، تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى اقرب المسالك– شرح الشيخ محمد الشيباني 477/3 ط1995/2– بدون– لبنان ط1995/2م.

06 الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للوردي 163/3– دار الكتب العلمية –بيروت– لبنان ط1995/1م–1415هـ /1995م .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا التعريف يشير إلى ماهية عقد السلم ، وهو أن رأس المال يتقدم فيه سواء أكان نقدا أم سلعة ويتأخر فيه المثمن . فهذه هي حقيقة عقد السلم وطبيعته، ويضاف إلى التعريف عبارة بشروط مخصوصة ليتبين من خلال هذه الشروط ما يجوز فيه وما لا يجوز وما يصح اعتباره بدلا في السلم وما لا يصح وغيرها من الشروط التي قد لا تنطبق على غيره من العقود الأخرى .

والسلم جائز عند الفقهاء بشروط مخصوصة [1]

دليل مشروعيته:

السلم الثابت بالكتاب والسنه والإجماع .

بالكتاب قوله تعالى " يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " [2].

والمعنى إذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه ، وفائدة قوله مسمى ليعلم أن من حق الأجل أن يكون معلوما .[3]

مكتبة الجامعة الاردنية

1) للتوسع في الشروط يراجع كل من داماد أفندي ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر 2138/3 ، الزيلعي تبين الحقائق 509/4 ، الكاساني بدائع الضائع 440/4 دار أحياء التراث العربي ، الفتأوي الهنديه 184/3 ، العيني لبناية شرح الهدايه 336/8 ، ابن عابدين الدر المختار على على الدر المختار 223/5 ، ط 1984/3 ، الباي الحلبي المنوفي على بن خليف ، كفاية الطالب الرباني على رسالة بن ابي زيد القيرواني 364/3 – 365 ، مطبعة المصري / مصر ،ط1984/1م، العدوي ، ابو البركات ، احمد بن محمود، حاشية الدسوقي 315/4-335 دار الكتب العلميه – بيروت ط1417/1هـ. الشافعي ، محمد بن ادريس ، الام 95/3 ، دار المعرفه بيروت ط1393/2ه ، الانصاري زكريا ، محمد ، العزر اليهيه 142/5 دار الكتب العلمية – بيروت–ط1 /1418هـ 1997م ، الرافعي عبد الكريم بن محمد العزيز ، شرح الوحيز " الشرح الكبير " 391/4-408 دار الكتب العلميه –بيروت ،ط1997/1م ، ابن مفلح ابو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد المبدع شرح المقنع 171/4 – 193 دار الكتب العلميه – بيروت ط1997/1م.

2) سورة البقرة الأيه 282 .

3) الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق 499/4 ، الشافعي، الأم ، 903/3

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذه الآيه تشمل البيع والسلم لقوله عليه السلام " من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " [1].

وكذا الإجماع يدل عليه ، ولكنه على خلاف القياس لأنه بيع معدوم ، لكن القياس ترك للأدله الداله على الجواز [2].

وركن السلم الإيجاب والقبول ، وحكمه ثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلا بمقابلة ثبوت ألملك في العين أو الموصوف للمسلم اليه معجلا بطريق الرخصه دفعا لحاجه الناس [3].

التطبيق الحديث لبيع السلم في المصارف الإسلامية :.

يمكن الإفاده من عقد السلم في المصارف الإسلاميه ، ليكون بديلا عن عمليات الإقراض الربوي الذي تقوم به المصارف الربويه [4].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ونتيجه لذلك فقد أخذت المصارف الإسلاميه تكتشف أهمية السلم في تحقيق أهدافها التجارية والإجتماعية بعد فترة غير طويله من إنشائها ، وبالتالي فإنه يمكن للمصارف الإسلاميه ، أن تعين الحكومه في معاونة المزارعين وصغار الحرفيين بشراء السلع التي ينتجونها ، وتقدم ثمنها لهم ، ليستخدموا هذا الثمن لتحسين إنتاجهم وترقيته [5].

---

(1) البخاري ، ابو عبدالله ، محمد بن اسماعيل 30/2-

(2) داماد أفندي ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر 183/3 دار الكتب، العلميه-بيروت ط1419/1هـ-1998م

(3) العيني ، البنايه 328/8 .

(4) الصأوي ، محمد صلاح ، مشكلة الاستثمار في البنوك الاسلاميه ، وكيف عالجها الاسلام ص 661 ط1990/1م دار المجتمع .

(5) سراج ، محمد احمد ، النظام المصرفي الاسلامي ص 303

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتخذ الاستثمار بطريق السلم أشكالا متعددة :.

1-**بيع السلم البسيط** :.[1] حيث يمكن استخدام هذا العقد في تمويل الصناعات الزراعية ، كإنشاء محفظة استثمار عن طريق السلم لتمويل صناعة السكر وكذا القطن وغيرها من المحاصيل الزراعية القابلة للتصنيع.

كما أن هذا النوع من السلم يتعامل مع المزارعين الذين يتوقع أن تكون لهم السلعة في الموسم من محاصيلهم أو محاصيل غيرهم ، ثم إن المصرف يقوم ببيع هذه المحاصيل في المناطق التي لاتنتج ذلك النوع من الحبوب.

2-**السلم الموازي**:. وهو أن يبيع المصرف إلى الطرف الثالث بضاعة من نفس الجنس والمواصفات وليس خصوص البضاعة المسلم فيها ، مع الطرف الثاني مؤجلا ويستلم الثمن مقدما أي بطريق السلم فيكون دور المصرف هنا دور المسلم إليه ، فإذا تسلم المصرف البضاعة سلمها إلى الطرف الثالث في الوقت المضروب فيهما أداءً لمن في ذمته ، وإن لم يتسلمها وفرها للطرف الثاني من السوق [2].

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويلاحظ أن هذه العمليه دخلت فيها أطراف ثلاثه ، المصرف ، والبائع ، والمشتري الذي يقوم المصرف بتوفير البضاعه له.

3-**السلم المقسط** :. كأن يسلم في مقدار من الحنطه ، على أن يقبضها عند أجال متفأوته ، عند كل أجل منها مقداراُ معيناُ ، كما لو أسلم اليه في 200 طن من القمح بثمن قدرة 50.000 دينار تدفع على أربع دفعات يدفع المصرف 12.500 دينار قبل أن يتسلم كل دفعة من القمح [3].

---

(1) ارشيد ، محمود عبدالكريم ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلاميه ص 113

(2) الأشقر . محمد سليمان ، االمرابحة والاستصناع والسلم ومدى امكانية استفادة البنوك الاسلاميه منها / مؤتمر المستجدات الفقهيه- عمان /1414ه.1994م ص 14.الدير شوي عبدالله 1996م، صنع التمويل الزراعي في التشريع الاسلامي ، ص 305 رسالة جامعيه – دكتوراه – كلية الدراسات العليا قسم الفقه وأصوله ، الجامعه الأردنيه.

(3) ارشيد ، عبد الكريم ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلاميه ص 113.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهذا السلم دخلت فيه ثلاثة أطراف إلا أنه قام على أساس التقسيط وليس الدفع الحال. – ولست بصدد بيان حكمه الشرعي من حيث جواز تأجيل الدفع وغيرها من الأساليب.

الصياغة المصرفية لعقد السلم :.

ونعني بها الألية التي يتم بها تطبيق عقد السلم في المؤسسات الاقتصادية .

يتم تطبيق عقد السلم في المؤسسات الاقتصادية الإسلامية من خلال الألية التالية[1]:.

1-يتقدم العميل إلى البنك فيعرض عليه أن يبيع له بطريق السلم عددا من السيارات مثلا على أن يكون التسليم بعد عامين .

2-يقوم البنك بدراسة هذا العرض فإذا مااقتنع بأمانة العميل ، وقوة مركزه التجاري ، أبرم معه هذا العقد ، وسلم إليه الثمن الذي سيكون قطعا أقل من الثمن الحاضر.

3-تحديد مبلغ من السيولة النقدية المتاحة للإستثمار ، وذلك لاستثمارها في هذه الأنواع من السلع .

4-ارتباط البنك بإتفاقية مع بائعي هذه السلع ، ليكونوا وسطاء له في بيع السلع التي يتم شراؤها بواسطة عقد السلم مقابل عمولة بيع .

5-استخدام سياسة استلام الدفعات من السلع المشتراة ، على أساس الكمبيالات العينية ، بتوزيع كميات استلام السلع خلال فترات زمنية.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

---

(1) الشباني ، محمد عبدالله ، بنوك تجاريه بدون ربا " دراسة نظرية وعملية" ص 218 -219 دار عالم الكتب للنشر والتوزيع – الرياض – 1407 1987م الصاوي ، محمد صلاح ، مشكلة الاستثمار في البنوك الاسلاميه وكيف عالجها الاسلام ص 655 مرجع سابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

غير أنه ومما ينبغي الالتفات إليه هنا ، هو دراسة أوضاع السوق وتلمس حاجاته ، ومعرفة أنواع السلع التي نلقى القبول ويكثر عليها الطلب ، وإن كانت مخاطر السلم لاتصل الى مخاطر المشاركة ، حيث يتم تسليم هذه السلع إلى المشتري مباشرة مع أخذ الضمانات اللازمه لعدم الوقوع في المخاطر وهذا مايحصل في السلم الموازي ، إلا أن الصور الأخرى تحتاج الى دراسة مخاطر الاستثمار بها.

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي التعامل بالسلم في عصرنا الحاضر ، بإعتباره أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي ، وسواءً أكان في العمليات الزراعية . أم الصناعية .....إلخ.

حيث جاء في توصيات المؤتمر الفقهي لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في فترة 1 – 6 ذي القعدة 1415هـ الموافق 1 – 6 نيسان 1995 م . في دورته التاسعة.

(يعد السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية ، من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة، سواء أكان تمويلا قصير الأجل ، أم متوسطه ، أم طويله) (1).

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وإذا قارنا بين كل من السلم والاستصناع نجد بينهما نوعا من الشبه فكل منهما يتأجل فيه الحصول على السلعة ، فهي عين موصوفة في الذمة في كل منهما ، كما أن كليهما ثابت على خلاف القياس .إلى غير ذلك...

وهذا التشابه لايخفي حقيقة اختلاف كل منهما ، فمن الفروق بينهما :.

1-أن السلم يدخل في جميع السلع التي يمكن أن تستوعب أوصافها ، أما الاستصناع فهو خاص بالمواد التي تحتاج الى تصنيع ، فلا يجري في الانتاج الزراعي[2].

2-لاخلاف بين العلماء في وجوب تعجيل الثمن في السلم[3] بخلاف الاستصناع.

---

(1) البوطي ، محمد توفيق ، البيوع الشائعه وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها ص 162 دار الفكر بيروت ط1998/1م .

(2) محمد ، فضل عبدالكريم ، تعثر سداد الديون في المصارف الاسلاميه .ص دراسه تطبيقيه على المصارف السودانيه

(3) داماد أفندي ، مجمع الأنهر 138/3 ، الزيلعي تبين الحقائق 509/4 ،الدسوقي، حاشية الدسوقي 315/4 ، الرافعي أبو القاسم العزيز شرح الوجيز 391/4 ابن مفلح المبدع 186/4 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3-أنه يشترط في عقد السلم أن يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حين التسليم لاينقطع ، ومعنى عدم الإنقطاع أن يكون موجودا في السوق [1].

4-لاخلاف بين العلماء في اعتبار عقد السلم لازما [2] ، بخلاف الإستصناع .

5-عقد الإستصناع وارد على العين والعمل ، وهذا بخلاف عقد السلم فهو وارد على العين الموصوفة في الذمة ، ولذا وجدنا الفقهاء يشترطون وجود هذه السلعة في الأسواق بحيث إذا عجز البائع عن توفير السلعة بنفسها (بعينها) ، اشتراها من غيره ووفرها للمشتري .

فهذه جمله من الفروق بين عقد السلم والاستصناع تجعل كلا منهما لايلتبس بالآخر.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

(1) نظام ، الفتاوي الهنديه 184/3 ، الرافعي ، العزيز ، 401/4 ، الصأوي بلغة المسالك 175/3 ابن مفلح ، المبدع 185/4 .

(2) المراجع السابقه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني

مشروعية عقد الاستصنا ع وأحكامه ،اركانه وشروطه

المطلب الاول: مشروعية عقد الإستصناع

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجواز عقد الإستصناع من حيث المبدأ ، وإن كان هناك خلاف بينهم في تكيفه الفقهي هل هو سلم أم عقد مستقل بذاته ،أم وعد ، وهذا خلافا لما يذكره العديد من الباحثين الذين يعتبرون أن عقد الإستصناع لم يقل به و لم يجزه أحد الإ الحنفية .

نعم الحنفية هم من أفردوا لعقد الإستصناع بحثا مستقلا ،ولكن ما هيته وحقيقته وأحكامه موجودة عند غيرهم ولكن تحت باب آخر غير باب الإستصناع .

وهذا ما سيتم بحثه بعون الله.

وسيعرض الباحث آراء المذاهب الفقهية في عقد الإستصناع كل على حده .

أولا: المذهب الحنفي(1)

ذهب جمهور الحنفية إلى القول بجواز الإستصناع و لم يخالف منهم الا زفر .

أدلة جمهور الحنفية :-

01 ما روي أن رسول الله ﷺ استصنع منبـــــراً (2). ووجه الدلالة ظاهر وهو أنه ﷺ تعاقد على عمل وصنعة ،ليس المعقود عليه موجودا في الحال بل سيوجد مستقبلا ،وهذا دليل الجواز.

02 قوله عليه السلام ((مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن))(3) وعقد الإستصناع مما رآه المسلمون واعتبروه حسناً ولهذا جرى به تعاملهم .

03 الإجماع الثابت بالتعامل من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا .

وذهب زفر إلى عدم جواز الإستصناع وذلك:-

1. لأنه ثابت على خلاف القياس ، فالقياس يأبى جوازه.
2. لأنه بيع معدوم وهو منهي عنه .

---

01 الزيلعي ،فخر الدين ،عثمان بن علي ، تبين الحقائق 526/4 دار الكتب العلمية يروى ط/1420هـــ داماد افندي عبد الرحمن بن محمد ،مجمع الإنهر ج/149 دار الكتب العلمية يرى ط1/1998م 1419هـــ . زين بن ابراهيم ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق 185/6- دار المعرفة بيروت ،جماعة من علماء الهند ،الفتأوى الهندية 208/3 –دار الكتاب العلمية 2000/6م .

02 سبق تخريجه ص 36

03 الطبراني ،أبو القاسم ، سليمان بن أحمد ، المعجم الكبير حديث رقم (8583)9/112-113وزارة الإوقاف – العراق ط1406/2 هـــ 1980 وقال عنه الهشمي في مجمع الزوائد رجاله موثوقون انظر الهيثمي ،نور الدين ،علي بن ابي بكر ،مجمع الزوائد ومنبع الفوائد 178/1 –دار الكتب العلمية بيروت – لبنان 1408هـــ 1988م

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا :المذهب المالكي.

ذهب المالكية إلى القول بجواز الإستصناع من حيث المبدأ – ولكنهم لم يفردوا له بحثا مستقلا وإنما جعلوه ضمن عقد السلم . فإذا تحققت في الإستصناع شروط السلم صح هذا العقد واعتبر عقد سلم .

جاء في المدونة (قلت ما قول مالك في رجل استصنع طستا أو تورا، أو قمقماً، ... أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم، أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع ... فقال أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلا بعيدا ،وجعل ذلك مضمونا على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شئ بعينه يريه اياه يعمله منه و لم يشترط أن يعمله رجل بعينه ،وقدم راس المال أو دفع راس المال بعد يوم أو يومين ،و لم يضرب لرأس المال أجلاً فهذا السلف جائز وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الاجل على صفة ما وصفنا)(1)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثالثا : المذهب الشافعي

ألحق الشافعية الإستصناع بعقد السلم ، وإن كان الشافعية يفرقون في السلف في الصناعات المكونة من مادة أو مادتين فأكثر فالبنسبة للمادة فان الشافعي يلحقه بالسلم لإمكان ضبط وزنها ومعرفة مقدارها فلا توجد الجهالة ،أما إذا كان أكثر من ذلك أي نصف مادة فلا يجيزه الشافعية لوجود الجهالة في تحديد الصفات والوزن والنوع ... الخ .

جاء في مغني المحتاج " ولا يصح السلم في مختلف أجزاؤه ، كبرمة معمولة ... وكوز وطس ... لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ، ولتعذر ضبطها إما لاختلاف الإجزاء في الدقة ، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها ،أما قطع الجلد فيجوز السلم فيها وزنا لانضباطها ،لأن جملتها مقصودة ،وما فيها من التفاوت يجعل عفواً (2) .

---

01 أبو عبد الله ،مالك بن أنس الإصبحي ، المدونة الكبرى ،برواية سحنون عن إبن القاسم عن الإمام مالك 3/68-69 –دار الكتب العلمية ط1/1415 هـ -1994

02 الشربيني ،شمس الدين ،محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج 2/149-150

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا: المذهب الحنبلي

تعددت الرواية في المذهب الحنبلي .

القول الإول : انه يصح مطلقا في كل ما يمكن ضبط صفته حتى في الإواني المختلفة لأن التفاوت في ذلك يسير ويمكن ضبطها (1)

القول الثاني : أنه لا يصح في الإواني المختلفة التي تجمع أخلاطا متميزة ، وأما ما لا يختلف كالهاون والسطل المربع فيصح لإمكانية ضبطه وكذا الثياب المنسوجة والرماح والنبل المريش وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنابلة (2) لأنه يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لايتفأوت الثمن معها غالبا فيصح السلم فيه كالخشب والقصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به ، ولا يتفاوت كثيرا فلا يمنع (3) .

وقال القاضي أبو يعلى ،بعدم الجواز ،فلا يصح السلم فيها لأنه يجمع أخلاطا من خشب وعقب وريش ونصل ،ولأن فيه ريشاً نجسا وأجيب بأنه يجوز بيعه أي بيع هذه الإشياء النجسة فلم يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار (4)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

01 إبن مفلح ،المبدع 173/4

02 المرجع السابق 173/4

03 إبن قدمة ، أبو محمد عبدالله بن احمد ، المغني 248/4 دار الكتاب الإسلامي – القاهرة .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

04 المرجع السابق 248/4

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المناقشة والترجيح

01 مناقشة المذهب الحنفي :-

رد جمهور الحنفية على قول زفر بأن العمل بالقياس ترك بسبب ورود أدلة في الإستصناع تدل على جوازه والقياس يترك بمثل هذه الأدلة ،إذ لا اعتبار للقياس عند وجود النص أو الإجماع وقد قال ﷺ "لا تجتمع أمتي على ضلالة" (1)

ويرد الحنفية على إشكال قد يثار وهو أن أبا حنيفة لم يأخذ بالتعامل الثابت في المزارعة ،وأجرى عليها قواعد القياس ، وقال بعدم جوازها على الرغم من وجود التعامل بها .

فيردون على ذلك بأن المزارعة كان الخلاف فيها موجوداً حتى في الصدر الاول ، و لم يجر التعامل فيها من غير نكير أحد وهذا بخلاف الإستصناع (2).

أما ما روي أن النبي ﷺ قد نهى عن بيع وشرط(3) وترك هذا الحديث يعني أن العرف صار قاضيا على الحديث وهو نص فيجاب عليه بأنه ليس بقاض عليه .بل الحديث يقضي على القياس ؛ لأن عليه الحديث هي ما يؤدي إليه البيع والشرط من وجود نزاع يخرج العقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة ،والعرف ينفي النـــزاع فكان موافقا معنى الحديث فلم يبق ما يمنع من جواز الإستصناع الا القياس ،والعرف يقضي على القياس (4)

أما قولهم بأنه بيع معدوم وهو منهي عنه فقد أجاب عنه الحنفية بأن المعدوم قد يعتبر حكما أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح فقد جعلت التسمية موجودة لعذر النسيان ، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلاة لئلا تتضاعف الواجبات ، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما لتعامل الناس ، وقد يكون الشئ موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالماء المستحق للعطش حتى يجوز التيمم مع وجـــوده (5)

---

01 الترمذي حديث رقم (2167) عن إبن عمر أن رسول الله ﷺ قال" إن الله لا يجمع أمتي أو قال أمة محمد ﷺ على ضلالة ،ويد الله مع الجماعة ،ومن شذ ،شذ إلى النار ،قال أبو عيسى هذا حديث غريب من هنا الوجه الجامع الصحيح 405/4 –دار الكتب العلمية – بيروت ط1408/1هـــ -1987م.

02 المراجع السابقة الزيلعي 526/4 ، داماد افندي 149 ، زين بن ابراهيم 185/6 .

03 الطبراني في الإوسط ،حديث رقم (4361)335/4 دار الحرمين – مصر والسودان 1415هـــ-1995م من طريق محمد بن سليمان المذهلي قال ثنا عبد الوهاب بن سعيد قال : قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وإبن ابي ليلى وإبن شبرقه – ثم ذكر قصة أبي حنيفة :- حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ "نهى عن بيع وشرط " قال الهيثمي في المجمع "في طريق عبدالله عمرو ومقال " مجمع الزوائد 85/4دار الكتب العلمية – بيروت –لبنان .

04 إبن عابدين ،محمد أمين ،رد المحتار على الدر المختار 88/5

05العيني ، البنايه شرح الهداية 374/8

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالذي جعل الحنفية يعتبرون المعدوم وهو الشئ المستصنع في حكم الموجود هو التعامل وجريانه ؛ أي حاجة الناس إلى الشيء المستصنع وتعارفهم عليه وقاسوا ذلك على كثير من الاشياء اعتبرها الشارع موجودة مع كونها معدومة لحاجة الناس إليها ولأن اعتبارها معدومة يوقع الناس في الحرج والمشقة .

والراجح "والله أعلم " ما ذهب إليه جمهور الحنفية من جواز الإستصناع لأن الحاجة التي دعت المشرع إلى إباحة السلم وهو غير موافق مقتضى القياس موجودة في الإستصناع بجامع أن كلا منهما يحتاج إليه الناس وعدم القول بجوازه يفضي إلى ايقاع الناس في الحرج والمشقة وعدم تلبية احتياجاتهم .

كما أن فعل الرسول ﷺ وإجماع الصحابة يقضيان على القياس لأنهما أقوى دلالة منه .

جميع الحقوق محفوظة

وعلى هذا يكون الإستصناع ثابتاً استحسانا على خلاف القواعد العامة، وما الإستحسان الا استثناء ؛وذلك اننا قد استثنينا حكم الإستصناع من بيع المعدوم كما استثنينا حكم السلم من بيع المعدوم ،فكل منهما استحسان الا أن أحدهما استحسان سنده النص ،والآخر استحسان سنده الإجماع .

أما القول بأنه بيع معدوم وهو منهي عنه ،فالمعدوم إنما نهى الشارع عن جعله محلا للعقد لما فيه من الجهالة المفضية إلى المنازعة لاحتمال عدم القدرة على تسليمه أما العين في الإستصناع فإنها بمعرفة أوصافها والتنصيص عليها في العقد صارت في حكم المعلوم كما أن هناك شركات متخصصة في هذا الجانب تضع أوصافا معينة للعين المستصنعة وتقوم بصناعتها بنفس المواصفات دون أدنى اختلاف ، وكذلك الصناع الإفراد، كما أنه في حال العجز عن صناعتها يمكنه أن يستصنعها من أي مكان آخر ثم يأتي بها مطابقة للمواصفات المنصوص عليها في العقد ،وعندها يزول المانع والمحظور الذي نهى الشارع عن بيع المعدوم لأجله .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

02 مناقشة مذهب المالكية :

ان الشروط التي وضعها المالكية لصحة عقد الإستصناع هي ذات الشروط الموضوعة لصحة عقد السلم من حيث وجود الأجل في تسليم ودفع رأس المال حالإ وتعجيله ...الخ فإذا انطبقت هذه الشروط على عقد الإستصناع صح ولكنه يعتبر سلماً فتارة يلحقونه بالبيع في بعض الصور، وفي صور أخرى بالسلم وسنتناولها لاحقاً بعون الله .

03 مناقشة مذهب الشافعية :

سبق أن ذكر الباحث ان الشافعية يفرقون في السلف بين الصناعات المكونة من مادة أو مادتين فالإولى اجازها الشافعة وهي المصنوعة من مادة ، ولم يخبروا الثانية (من مادتين) لوجود الجهالة في تحد الصفات والوزن .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويرى الباحث أنه لا داعي لهذا التفريق نظراً لكون المكاييل والاوزان قد ضبطت في زماننا فلا خوف من الجهالة .

04 مناقشة مذهب الحنابلة :

فتعددت الرواية عندهم كما بين الباحث سابقاً ويرد عليه بأن هذه الاخلاط المتميزه يمكن ضبطها والإحاطة بها وبالتالي تنتفي الجهالة .

وبعد هذه المناقشة يتبن للباحث أن عقد الإستصناع من حيث صورته وما هيته قد قالت به المذاهب الفقهية من حيث الجملة ،وإن كان لكل مذهب تفصيلاته واختلافاته ورواياته .

ويترجح للباحث أن عقد الإستصناع عقد جائز مشروع دلت على مشروعيته ادلة كثيرة – سبق ذكرها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني

أحكام عقد الإستصناع

أولاً": التكييف الفقهي لعقد الإستصناع

يقصدبالتكييف الفقهي : الوصف الذي أضفاه الفقهاء على المعاملة في ضوء الآثار التي ترتبت عليها (1)

وقد اختلفت أنظار الفقهاء في تكييف عقد الإستصناع على عدة صور .

أولا : الإستصناع "سلم"

وهذا ما ذهب إليه الشافعية (2) والحنابلة (3) وهو إحدى الصور عند المالكيـــــة (4) والحنفية فيما ضرب له أجل (5)

جاء في روضة الطالبين "لايجوز السلم في الجباب والكيزان والطسوت والقماقم والطناجير لندور اجتماع الوزن المشروطة ،ويجوز السلم فيما يصب منها في القالب لعدم اختلافه، وفي الاسطال المربعة (6)

وهذا يعني أن الوجه الذي أجازه الشافعية من الإستصناع ملحق بعقد السلم .

وجاء في المغني لإبن قدامه "وإن أسلم في الإواني التي يمكن ضبط قدرها ،

---

01 الدريني ،محمد فتحي ،النظريات الفقهية ص 153

02 النووي روضةالطالبين 8/4 المكتب الاسلامي ـــ بيروت ط1405/2هـــ

03 إبن قدامه ،المغني 255/4 .

04 الدسوقي ،محمد عرفة ،حاشية الدسوقي 216/3 دار الفكر – بيروت

05 إبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار 236/5

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

06 النووي ،روضة الطالبين 28/4

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وطولها وسمكها ودورها كالإسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز ... وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ،وغلظه وبلده ... "(1)

جاء في مواهب الجليل "وكذا الشراء ممن لا يدوم عمله ، قال وإن لم يدم فهو سلم كاستصناع سيف أو سرج "(2)

فإحدى الصور عند المالكية الشراء ممن لا يدوم عمله اعتبر سلما .

ومن صوره عندهم: إذا لم يشترط المسلم المستعمِل عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه قال إبن رشد فهو "سلم على حكم السلم لا يجوز الابوصف العمل وضرب الإجل وتقديم رأس المال " (3) وذلك بأن يأتي المستصنع على الصانع فيطلب منه صناعة شيء دون أن يشترط عليه أن يعمله بنفسه و لم يعين له المادة المصنوعة .

أما الحنفية فقد فرقوا بين نوعين من الإستصناع ما ضرب له أجل وما لم يضرب له أجل ،فما ضرب له أجل ان جرى فيه التعامل فهو سلم عند أبي حنيفة ،أما صاحباه (أبو يوسف ومحمد بن الحسن) فقد اعتبراه استصناعا ، أما مالإ تعامل فيه فقد اعتبره الإمام وصاحباه سلما صحيحا ان ضرب له أجل وهذا باتفاق الحنفية (4) وسيأتي لاحقا بيانه – إن شاء الله –.

ثانيا : الإستصناع بيع.

وهذا هو الصحيح من مذهب الحنفية (5) وهو إحدى الصور عند المالكية (6) جاء في البحر الرائق " الصحيح من المذهب جوازه بيعا لأن محمدا ذكر فيه القياس والإستحسان وهما لا يجريان في المواعدة (7)

ويستدل الحنفية على القول بأن الإستصناع بيع بما يلي:-(8)

01 إنه جاز استحساناً وعلى خلاف القياس وهذا لا يكون في الوعد بل في العقد

02 إنه لا يصح الإ فيما جرى فيه التعامل بين الناس وهذا دليل على أنه بيع فلو كان وعدا لجاز فيما فيه تعامله وما ليس فيه تعامل .

01إبن قدامه –المغني 255/4

02 مواهب الجليل 175/6

03 إبن رشد ،أبو الوليد ، محمد بن احمد، المقدمات والممهدات نسخة المدونة الكبرى 368/9 المكتبة العصرية –صيدا –بيروت – ط/1419هـ

04 إبن عابدين ،محمد أمين ، رد المختار على الدر المختار 236/5

05 زين الدين بن ابراهيم –البحر رائق شرح كنز الدقائق 185/6

06 الدسوقي الحاشية 116/3

07 زين الدين بن ابراهيم –البحر الرائق ج 186/6

08 إبن عابدين ،رد المختار 236/5 ، داماد افندي ج /150 ابن الهمام فتح القدير 115/7- دار الفكر –بيروت .

جميع الحقوق محفوظة مكتبة الجامعة الاردنية مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

03 إنه يثبت فيه خيار الرؤية فإذا رآه المستصنع فله الخيار لأنه اشترى مالم يره .

04 ولأن الصانع إذا قبض الدراهم صارت ملكا له ولو كانت مواعدة لم يملكها بالقبض .

وبالتالي إذا كان بيعا يجبر الصانع على عمله عندهم ، ولو كان وعدا لا يجبر وكذا يجبر المستصنع على قبوله ولو كان وعدا لا يجبر (1)

وكذا عند المالكية في إحدى الصور وهي ما إذا طلب شخص من النحاس مثلا أن يصنع من نحاسه المعين تورا أي طشتا "قال الدردير: "إنما هو بيع معين يشترط فيه الشروع ولو حكما (2)

وكذا ذكر المالكية صورة الشراء من دائم العمل كالخباز جاء في مواهب الجليل "والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع (3).

ولذا فإن المالكية قد أجازوا شراء شئ معين معروف من شخص يستدام عمله كالخباز ، فهو دائم العمل وهذه الإستدامة في العمل هي السبب في اعتباره بيعا فان كان العمل غير دائم فينقلب سلما ؛ لذا جاء في مواهب الجليل "وإن لم يدم فهو سلم كاستصناع سيف أو سرج (4).

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

---

01 داماد افندي ، مجمع الإنهر 150/3

02 الدسوقي ، الحاشية 116/3

03 مواهب الجليل 516/6-517

04 المرجع السابق نفس الصفحة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثا: الإستصناع : إجارة ابتداء بيع انتهاء .

وهذا قول عند بعض الحنفية لكن قبل التسليم؛ بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركه .

ويرد اعتراض هنا بأنه لو كان إجارة فإن الصانع يجبر على العمل، والمستصنع يجبرعلى اعطاء المسمى وأجيب بأنه لم يجبر الصانع؛ لأنه لا يمكنه الإ بإتلاف عين ماله من قطع الإديم ونحوه والإجارة تفسح بهذا العذر. (1)

ولعل اعتبار بعض الحنفية هذا العقد من قبيل الإجارة قبل التسليم راجع إلى صورة هذا العقد فكأن المستصنع قام باستئجار الصانع على عمل عين معينة، امرٌ آخر هو وجه الشبه بين الإجارة والإستصناع في انتهاء كل منهما، فموت الصانع يعتبر عذرا يفسخ به عقد الإستصناع عندهم ، وهذا ما يحصل في الإجارة وستأتي مناقشة هذا القول لاحقا – بعون الله– .

وقد أدخل ابن رشد من المالكية بعض صور الإستصناع في باب البيع والإجارة مخالفاً في ذلك الدسوقي منهم – كما سيأتي – حيث ذكر ابن رشد صورتين واعتبرهما في هذا الباب وهما (2)

01 أن يشترط المسلم عمل من استعمله ويعين ما يعمل منه حيث قال "وهذا ليس بسلم وإنما هو من باب البيع والإجارة "

02 ان لا يشترط عمل من استعمله ويعين ما يعمل منه قال إبن رشد " فهو أيضا من باب البيع والإجارة في المبيع الإ أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره (3)

01 السيواسي "فتح القدير 116/7 -117

02 إبن رشد ،المقدمات ، الممهدات 3068/9 مرجع سابق

www.manaraa.com

03المرجع السابق نفس الجزء والصفحة

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا :الإستصناع إجاره محضه.

وهذا ليس رأيا عند الحنفية ؛ وإنما هو احتمال أورده صاحب العناية ؛ حيث أورد وجها للشبه بين الإستصناع والإجارة بالقياس على مسألة صبغ الثوب ؛ فالعقد وارد هنا على العمل والعين فصبغ الثوب عمل والصبغة هي العين وهو وارد على كليهما .

ورد على هذاالإحتمال بان الأصل هو صبغ الثوب، والآلة هي الصبغة فالمقصود هنا هو العمل، وبالتالي فإنها إجارة وردت على العمل ، ولكن هذا العمل كانت آلته عند المستأجر .

حيث قال "فإن قيل أي فرق بين هذا وبين الصباغ ؛ فإن في الصبغ العمل والعين كما في الإستصناع وذلك إجارة محضة؛ أجيب بأن الصبغ أصل والصبغة آلتة؛ فكان المقصود منه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وها هنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الإ بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير (1).

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

01 المرجع السابق نفس الجزء والصفحة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خامسا : الإستصناع له شبه بالسلم والبيع .

وهذه الصورة أوردها الدسوقي من المالكية مخالفاً فيها ابن رشد وذلك فيما إذا عين المستصنع الشئ المصنوع منه وعين الصانع كان يطلب المستصنع من الصانع أن يصنع من نحاسه شيئا معينا موصوفا، فقد أورد الدسوقي هذه الصورة، وذكر أن لها شبها بالسلم والبيع؛ حيث قال "وأنت إذا أمعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم نظرا للمعدوم في حال العقد، ولها شبه بالبيع نظرا للموجود، وليست من اجتماع البيع والإجارة (1)

سادسا : الإستصناع وعد وليس عقدا.

وهذا قول عند بعض الحنفية انه ينعقد مواعدةً وبعد الفراغ منه ينعقد بيعا بالتعاطي ، وتفريعاً على ذلك كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه (2).

ولعل هذا القول راجع إلى أن العين غير موجودة حقيقة عند التعاقد وإنما توجد مستقبلا والعقد لا يعقد إلا على موجود منذ البداية .

سابعا: الإستصناع عقد مستقل

الإستصناع عقد مستقل له اركانه وشروطه وأحكامه وهذا هو رأي الحنفية من حيث المبدأ أو الأصل، عدا زفر (3)

وهذا المبدأ يستخلص من ذكر الحنفية شروطا وأحكاما خاصة لهذا العقد (4).

---

01 الدسوقي الحاشية 216/3

02 زين بن ابراهيم ،البحر الرائق 185/6 ومن اصحاب هذا القول الحاكم الشهيد ومحمد بن سلمة وصاحب المنشور من الحنفية .

03 المرجع السابق السيوطي ،فتح القدير 116/7- 117 زين بن ابراهيم البحر الرائق 185/6 إبن عابدين 236/5 رد المحتار المرجع السابق السيواسي

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

04 داغي ،علي ،بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص130 دار البشائر الاسلامية –بيروت –لبنان ط1 1422هـ -2001م

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المناقشة والردود

أولاً: مناقشة القول الاول:-

القائل بأن الإستصناع سلم .

لاحظنا مما سبق أن القائلين بأن الإستصناع سلم اعتمدوا على أن المبيع موصوف في الذمة ،والسلم أيضا موصوف في الذمة؛ فهذا التشابه جعلهم يقولون بأن الإستصناع سلم ؛ ولذا قالوا لو عين طالب الصنعة من يصنع العين ، أو حدد المادة التي تصنع منها فإن العقد يصبح والحالة هذه فاسدا والسبب في ذلك أن العين الموصوفة خرجت عن كونها في الذمة وصارت معينة (1)

جاء في بلغة السالك لأقرب المسالك "كاستصناع سيف، أو ركاب من حداد، أو سرج ،فيجوز وهو سلم، ولكنه ان عين العامل أو المعمول منه فسد العقد؛ لأنه حينئذ صار معينا لا في الذمة (2)ولذا يخرج عن كونه سلماً إلى صورة أخرى – كما سبق ذكره -.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فالسبب في اعتبار الإستصناع هذا سلما هو التشابه بينهما في كون كل منهما موصوفا في الذمة

والملاحظ أن عقد الإستصناع وان كان بينه وبين السلم شبه من هذا الجانب؛ الإ أن هناك فروقا أخرى تجعل من الصعب اعتبارا عقد الإستصناع سلما يأخذ شروطه وأحكامه ؛ لا سيما أننا نجد فروقا واضحة في الشروط بين السلم والإستصناع وكذا فروق في ماهية كل منهما .

وقد سبق الحديث عن هذه الفروق عند بحث السلم؛ مما يجعل اعتبارا عقد الإستصناع سلما أمرا في غاية الصعوبة .

---

01 الصأوي ،احمد ،بلغة السالك لقرب المسالك على شرح الصغير للدردير 180/3، المرجع السابق .

02 الصأوي ،احمد بلغة السالك لاقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير 180/3 –دار الكتب العلمية –بيروت – لبنأن ط 1415/1995/1هـ (المرجع السابق)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: مناقشة القول الثاني

وهو القائل بأنه عقد بيع .

وقبل الخوض في مناقشة هذا القول لا بد من بيان حقيقة البيع ،وذكر شروطه؛ حتى يتسنى للناظر في هذا البحث نظر مفيد أو مستفيد معرفة أوجه الشبه أو الفروق ما بين البيع و الإستصناع .

يعرف البيع على أنه "مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكا وتملكا (1) وهو عقد مشروع ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والمعقول.

ولا بد في البيع من إيجاب وقبول لأنهما يدلأن على الرضا الذي تعلق به الحكم وكذا ما في معناهما (2)

ولابد فيه من أهلية المتعاقدين ، ومحله المال وحكمه ثبوت الملك للمشتري في المبيع والبائع في الثمن إذا كان باتا، وعند الإجازة إذا كان موقوفا (3)

ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما؛ لإطلاق قوله تعإلى "وأحل الله البيع "(4) ولابد فيه من معلومية الإجل ؛ لأن الجهالة فيه مأنعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها (5)ويثبت في البيع الخيار للمشتري عند الرؤية (6)

---

01 الموصلي عبد المحمود الإختيار لتعليل المختار 3/2

02 الشربيني شمس الدين ،مغني المحتاج 6/2

03 الموصلي الإختيار 3/2

4 سورة البقرة الآية 275

05 المرغيناني أبو الحسن علي بن ابي بكر 25/3

06 الشربيني ،مغني المحتاج 2601/2

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويشترط في البيع التراضي، وأن يكون المبيع مالإ لأنه يقابل بالمال ؛ وهو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة، وأن يكون مملوكا للبائع أو مأذونا في بيعه ،وبالتالي يخرج بيع المبيع قبل قبضه ، وأن يكون مقدورا على تسليمه لأن مالإ يقدر على تسليمه شبه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه وأن يكون الثمن معلوما (1)

وإذا قارنا بين البيع والإستصناع؛ وجدنا أن بينهما أوجه شبه وفروق؛ فمن حيث التعاقد ينعقد كل منهما بايجاب وقبول، ولابد فيهما من أهلية المتعاقدين، ولا بد من وجود التراضي وأن يكون الثمن معلوما وغيرها .

الا أن أوجه الشبه هذه ليست خاصة بين الإستصناع والبيع؛ وإنما هي عامة في كل عقد تحقيقا للرضائية في العقود، وحتى لا يشوب العقد عسف ولا جور، وبالتالي فإن هذه المبادئ تراعى في كل عقد بين طرفين أو اكثر .

غير أن المتتبع لماهية كل من العقدين يجد بينهما فروقا جوهرية مما تأبى الدقة العلمية إغفالها .

فمن حيث التعريف عقد البيع مبادلة مال بمال وهذا بخلاف عقد الإستصناع الذي هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل ، وهو طلب العمل من الصانع في شئ مخصوص على وجه مخصوص وهذا يعني أن بين العقدين فرقا فإن كان محل عقد البيع هو العين المشتراه فإن محل عقد الإستصناع هو العين والعمل معا لأن العمل يعتبر شرطا أساسيا لتحقيق عقد الإستصناع؛ كيف لا وهو طلب للصنع أي طلب لعمل الصنعة .

---

01 إبن مفلح ،أبو اسحاق ،برهأن الدين بن ابراهيم المبدع شرح الصانع 8/4-33 دار الكتب العلمية

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما إذا كانت السلعة موجودة وقام المشتري بشرائها فلا تعتبر استصناعا، وإنما هو عقد على بيع عين حاضرة معلومة موصوفة مشاهدة موجودة .

وكذا فإن من شروط عقد البيع أن يكون مقدورا على تسليمه ولهذا يعتبر لازما لا يجوز فسخه إذا سلم من الخيارات وهذا بخلاف عقد الإستصناع الذي قد يعجز الصانع عن إكمال الصنعة لسبب من الإسباب، ولذا وجدنا من قال بجواز فسخه وعدم لزومه ، و لم نجد هذا في البيع الإ بوجود الخيار .

"كما أنه يلزم من تخريج عقد الإستصناع على أساس البيع أنه لو بطل البيع بعد إتمام الصنعة فإن المستصنع لا يكون مسؤولا عن خسارته في حال كساد السلعة نتيجة كونها قد صنعت حسب رغبة المستصنع وذوقه مع أنه في العرف الخارجي يعتبر المستصنع مسؤولا عن ذلك "(1)

وهذا يعني أن بطلأن البيع يقتضي عدم مسؤولية المشتري عن هذا البطلأن بخلاف الإستصناع عرفاً .

أما استدلالهم بخيار الرؤية فهو إنما ثبت لاحتمال أن يأتي الصانع بالعين على خلاف ما تم الإتفاق عليه مسبقا ، أو مخالفا للأوصاف ثم إن خيار الرؤية في البيع ليس محل اتفاق بين العلماء ، وإنما ثبت أصلا من أجل مطابقة المبيع لما وصف به من قبل دفعا للضرر عن المشتري لا ليكون سبيلا لإبطال الإتفاقيات بين المتعاقدين، وذريعة لذلك فكل من رغب في إبطال بيع وجد له مخرجا من خلال خيار الرؤية .

وأما الإدلة الإخرى فهي أدلة على أنه عقد لاعلى أنه وعد، وليس فيها تخصيص لعقد البيع عن غيره من العقود؛ فهذه أدلة يستدل بها على إثبات العقد أي مطلق العقد لاعلى البيع .

لذا يرى الباحث أن الإستصناع ليس بيعا وإن كان يشبهه في بعض الامور.

---

01 الهاشمي ،اية الله السيد محمود كلمات الشيخ في الخلاف كتاب السلم والحكم بالبطلأن عند فقهائنا وتم الحصول عليها عبر الإنترنت بتصرف .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مناقشة القول الثالث والرابع :-

القول الثالث القائل بأنها إجارة ابتداء بيع انتهاء، والقول الرابع القائل بأنها إجارة محضة أما القول بأنها بيع انتهاء فقد سبق مناقشة هذا القول وذكر الباحث أن القول بأنه بيع أمر متعذر ؛ لاختلاف ماهية كل منهما ،وإن كان بينهما بعض الشبه.

أما القول بأنها إجارة فقبل مناقشة هذا القول لابد من بيان حقيقة الإجارة .

تعرف الإجارة بأنها عقد على منفعة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلـــوم (1) ويظهر من هذا التعريف أن الإجارة عبارة عن بيع المنافع أو تمليك للمنافع وبالتالي لا يصح أن تكون تمليكا للأعيان ، واذا كانت تمليكا للمنافع فينبغي أن يكون مورد العقد هو المنفعة لا العين وهذا ما صرح به الفقهاء ولهذا لا يجوز للمستأجر أن يحدث تغييرا في أصل العين المؤجرة ،فإذا فعل ذلك صار متعديا .

فمورد الإجارة المنفعة (2) سواء وردت على العين كقولك أجرت هذه الدابة بدينار ، أو على الذمة مثل ألزمت ذمتك حملي إلى مكه . بدينار (3) ولا بد من كون المنفعة معلومة (4) لأن الجهالة في المعقود عليه تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن "اللبيع " (5).

---

01 الشربيني ،محمد الخطيب ،مغني المحتاج 332/2، المرغيناني ،علي بن ابي بكر بداية المبتدي 186/1 المواق ،أبو عبدالله ،محمد بن يوسف التاج والإكليل 389/5

02 إبن قدامه موفق الدين ،الكافي في فقه الإمام احمد 30/2 .

03 الدمياطي السيد البكري بن السيد محمد شطا اعأنة الطالبين 109/3 ،دار الفكر –بيروت الشيرازي ابراهيم ،التنبيه 123/1 دار عالم الكتب – بيروت – لبنان ط1403/1هـ

04 المرغيناني علي بن أي بكر الهداية 231/3

05 المرجع السابق الجزء والصفحة

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإعلام المنفعة يكون بيان المدة أو المسافة وذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه لا للتوقيت في العقد فإن المنافع لما كانت تحدث شيئا فشيئا ، فمقدارها بصير معلوما ببيان المدة (1)

وإذا وقعت هذه الإجارة على مدة فيجب أن تكون معلومة ،كشهر، وسنة ،لأن المدة هي الضابط للمعقود عليه ،المعرفة له ،فوجب أن تكون معلومة (2)

ولابد من التوقيت وذكر الأجرة لأنتفاء الجهالة حينئذ (3) ويشترط كون الأجرة معلومة (4) قطعا للمنازعة ونفيا للجهالة وهذا كله يحقق مقصود الشارع في التشريع

وبعد هذا العرض الموجز لما هية الإجارة وطبيعتها يجد الباحث أن هناك فارقا أساسياً بين كل من الإجارة والإستصناع فإذا كان مورد الإجارة هو المنفعة فأن مورد الإستصناع هو العين إضافة إلى العمل فالمحل (محل العقد)في كل منهما مختلف، اما وجه الشبه بين كل منهما وهو العمل فإن العمل في الإستصناع ليس مستقلا بذاته بل هو تابع للعين فإن العين والعمل تكون من الصانع أما في الإجارة فإن العين ليس لها أي وجود أو اعتبار ولذا فلو هلكت العين في يد المستأجر في الإجارة دون تعد أو تفريط فأنه لا يعتبر ضامنا . جاء في الإختيار لتعليل المختار في باب الإجارة "والمال أمانة في يده لأنه قبضة بإذن المالك فلا يضمنه الإ أن يتلف بعمله (5) وهذا بخلاف الإستصناع .

وإذا قلنا: إن الإستصناع وارد على العين أيضا فهذا يقتضي إمكانية الرد بخيار العيب، كما أن الإستصناع عند القائلين به إنما يجوز عندهم فيما جرت به العادة؛ .

01 السرخسي ،شمس الإئمة ،المبسوط 75/15 دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان ط1414/1هـ 1993م

02 إبن قدامه ،المغني 215/5

03 الدمياطي ، السيد البكري بن السيد محمد شطا ،اعأنة الطالبين 109/3

04 المرجع السابق نفس الصفحة والجزء

05 الموصلي ،الإختيار لتعليل المختار 53/2-54

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالجباب ونسج الثياب (1) وهذا بخلاف الإجارة فإنها تنعقد على كل عمل مباح لا معصية منه (2)

ولذا يرى الباحث أن تكييف الإستصناع على أساس عقد الإجارة لايتناسب وطبيعة كل منهما .

مناقشة القول الخامس

أما القول الخامس وهو القائل بالشبه بين الإستصناع والسلم من جهة وبينه وبين البيع من جهة أخرى فقد سبق مناقشة القول بأنه سلم والقول بأنه بيع ورأى الباحث تعذر وصف الإستصناع بأي منها منفرداً وكذا إذا اجتمعتا للاختلاف بينهما .

مناقشة القول السادس

الإستصناع وعد وليس عقدا

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

الوعد : يستعمل الوعد في الخير والشر ويعدى بنفسه وبالباء فيقال وعده الخير وبالخير ،وشرا وبالشر ،وقد أسقطوا لفظ الخير والشر (3)

اصطلاحا : ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بإنقاذ ما يطلب منه (4) ويتجلى الفرق بين العقد والوعد عند من يقول بعدم القضاء بالوعد أما العقد فيترتب عليه الإثر من حيث اللزوم ،ومن ثم يترتب على ذلك الضمان (5).

وقد رد الحنفية على هذا القول (الإستصناع وعد) بأن القياس والإستحسان لايجريأن في المواعدة ولأن الشارع قد اعتبر فيه المعدوم موجودا، وهو كثير في الشرع كطهارة صاحب العذر وتسمية الذابح إذا نسيها .... الخ (6) وقد سبق ذكره في المشروعية .

---

01 إبن عابدين ،رد المحتار على الدر المختار 236/5

02 الموصلي ،الإختيار لتعليل المختار 60/2

03 الفيومي ،المصباح المنير مادة وعد

04 الثبيتي ،سعود بن مسعد ، الإستصناع ص19 المكتبة الكمليه ط 1415/1هـ

05 المرجع السابق نفس الصفحة

06 الزيلعي ،البحر الرائق شرح كنز الدقائق 186/6

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الترجيح :-

والذي يميل إليه الباحث أن الإستصناع عقد مستقل له أركانه وشروطه وأحكامه وأنه يقبل إمكانية توسيع نطاقه ليدخل العمل المصرفي الإسلامي؛ لكن السؤال هنا هل أحكام الفقه الإسلامي تتسع لقبول عقود جديده مستقلة أو بمعنى آخر هل الأصل في العقود والشروط الإباحه أم الحظر .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين .

القول الإول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (1) والشافعية (2) والظاهـــــرية (3) والمالكية (4) في قول والحنابلة في قول(5) إلى عدم جواز اجتماع أكثر من عقد في عقد واحد .

ادلتهم على مذهبهم(6)

01استدلوا بحديث حكيم بن حزام "نهأني رسول الله ﷺ عن أربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع ،وبيع ماليس عندك ،وربح مالم يضمن .(7)

02وحديث "نهى عن بيعتين في بيعة" (8)

03حديث لايحل سلف و بيع ولا شرطأن في بيع (9) وغيرها من الإدلة .

القول الثأني :

ذهب إليه إبن تيميه (10) واشهب من المالكية (11) وهو أن الأصل في العقود والشروط الجواز ولا يحرم منها الإ ما دل الشارع على إبطاله وتحريمه+ .

01المرغيناني ،علي بن ابي بكر ،الهداية 53/3

02 الشربيني ،محمد الخطيب ،مغني المحتاج 42/2

03 إبن حزم ،علي بن احمد ، المحلى 127/8

04 الحطاب ،تحرير الكلام في مسائل الإلتزام ص353

05 إبن مفلح ،المبدع 54/4 وجاء فيه "وأن جمع بين شرطين لم يصح في الإصح"

06 المراجع السابقة نفس الإجزاء والصفحات

07 الترمذي محمد بن عيسى سنن الترمذي 256/3 حديث رقم 1234 وقال هذا حديث حسن صحيح ،دار الكتب العلمية –بيروت –لبنان .

08 اخرجه الترمذي في السنن 524/3 حديث رقم 1231 وقال حديث حسن صحيح

09 اخرجه أبو دأود في السنن 282/3 حديث رقم 3504 سبق تخريجه واسناده صحيح سنن ابي دأود تحقيق عزت الدعاس

010 إبن تيمه احمد مجموع الفتاوى ج 132/29 ،توزيع المستودع العام ط1383/1 هـــ

011 الرعيني الحطاب أبو عبدالله محمد بن محمد تحرير الكلام في مسائل الإلتزام ص 353 التسولي أبو الحسن البهجة شرح التحفة 14/2

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقول ابن تيميه : يجوز تعليق العقود بالشروط إذا كان هناك منفعة للناس و لم يكن متضمناً ما نهى الله عنه ورسوله فإن كل ما ينفع الناس و لم يحرمه الله ورسوله هو من الحلال الذي ليس لأحد تحريمه (1)

وأما وجه قول أشهب فهو أنه لما جاز كل عقد على أنفراده جاز مجتمعا (2)

الترجيح :-

والذي يميل إليه الباحث هو القول الثأني والذي يرى أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ولا يحرم منها الا ما دل الدليل على بطلانه فا لأصل هو حرية التعاقد ومنع العقود لا يكون الإ حيث يوجد ما يمنع من انعقادها لعدم توافر شروط الصحة ولاقترأنها بشروط فاسده أولا شتمالها على الربا .

أو مخالفتها قواعد الشريعة وما إلى ذلك

فالأصل جواز الشروط والعقود لأن المسلمين على شروطهم ويجب عليهم الوفاء بعقودهم والإلتزام بها و الوقوف عندها ، ولأن الشرط إذا لم يكن مخالفاً لمقتضى نص في كتاب الله أو سنة رسوله عليه السلام فإنه لا يكون حينئذ مخالفاً للشرع وعندها فما المأنع الذي يحول دون القول بصحته وجوازه .

أما الإحاديث التي تقضي بأن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل فلعلها تعني أن كل شرط ليس على منهج كتاب الله، أو يخالف أمراً في كتاب الله فهو باطل، ويقع باطلاً والحالة هذه .

"وقد جاء في الكتاب والسنة الأمر بالوفاء بالعهود والمواثيق والشروط و العقود ،وبأداء الإمانه ،ورعايته ذلك وإذا كان جنس الوفاء بالعهد ورعاية العهد مأموراً به ، علم أن الأصل صحة العقود والشروط ، اذ لا معنى للتصحيح الإ ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصود ،ومقصود العقد هو الوفاء به" (3)

---

01 إبن تيميه احمد نظرية العقد ص 227 دار المعرفة –بيروت

02 التسولي ،أبو الحسن ،البهجة شرح التحفة 142/2دار الكتب العلمية – بيروت ط1418/1هـ - 1998م

03 إبن تيميه احمد ،مجموع الفتاوى 145/29-146

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولذا فإن جميع هذه الإنواع من العقود يكفي في الدخول بها مجرد التراضي، لأن ما كان فيها من التصرف في الملك فمناطه التراضي ولا يتحتم اعتبار غيره (1)

وتأسيساً على ما سبق يرى الباحث جواز إنشاء عقود جديدة تكون متفقه مع أصول الشريعة وقواعدها ومبادئها ولا تتنافى مع أصل كلي فيها ولاتتعارض مع نص جزئي .

أما أحاديث الجمهور التي استدلوا بها فلا تدل على المنع لأن المراد منها النهي ، عن أنعقاد عقد على ثمنين مختلفين لاجلين دون أن يحدد واحد منهما(2)

أو أن المراد منها النهي عن أن بيعه السلعة بمائه مؤجله إلى سنة على أن يشتريها منه بثمأنين حالة ، وعلة النهي هنا أن الجمع بين البيعتين يؤول إلى الربا (3)

وبالتالي لا مأنع شرعا من اعتبار عقد الإستصناع عقدا جديدا مستقلا له أحكامه وشروطه الخاصة به والتي قد تلتقي أو تختلف مع شروط وأحكام العقود الإخرى .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

01 القنوجي ،البخاري ، أبو الطيب ، صديق بن حسن الروضة النديه 2\76 دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ط1/1410هـ 1990م

02 شبير ، محمد عثمان ، المعاملات المالية المعاصرة ص 272

03 حماد ، نزيه ،كمال ، العقود المستجده ضوابطها ونماذج منها ص30 ورقة عمل مقدمة إلى الدورة العاشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي 1417/2/14هـ - 1996م .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: لزوم عقد الإستصناع

فرق الحنفية بين حالتين ، الإولى قبل رؤية المستصنع والرضا به، والثأنية بعد الرؤية .

الحالة الإولى : قبل رؤية المستصنع للعين ورضاه بها.

يرى الحنفية أن العقد والحالة هذه غير لازم في حق كل منهما(1) وهذا يعني أن كل واحد من المتعاقدين له الحق في فسخ هذا العقد بإرادة منفردة دون أن يترتب عليه أي جزاء حتى كان للصأنع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع كما أن للمستصنع أن يرجع أيضا .

ويعلل الحنفية رأيهم

بأن الإستصناع ثابت على خلاف القياس وبالتالي فالأصل عدم جوازه الإ أن جوازه ثبت استحسأنا لحاجة الناس ، وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس (2)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهكذا وجدنا الحنفية يرون العلة التي دعتهم إلى تجويز عقد الإستصناع على الرغم من كونه على خلاف القياس ؛هي الحاجة ،والحاجة قبل رؤية العين المستصنعة غير متحققه وغير لازمة .

الحالة الثأنية :- بعد رؤية المستصنع للعين ومجيئها على الصفة المشروطة ورضاه بها .

تعددت الرواية عند الحنفية فمنهم من رأى أنه لازم في حق الصانع غير لازم في حق المستصنع،ورأى آخرون بأنه غير لازم في حق كليهما ،ورأى بعضهم بأنه لازم في حقهما .

القول الإول :- وهذه ظاهر الرواية عند الحنفية .

أن الصانع إذا أحضر الصنعة على الصفة المشروطة سقط خياره وبقي الخيار للمستصنع (3)

---

01 إبن عابدين ،محمد امين رد على الدر المختار 225/5

02 الكاساني بدائع الصنائع 444/4

03 إبن عابدين رد المحتار 225/5

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجه هذا القول:- أن المستصنع مشتر شيئاً لم يره ؛ لأن المعقود عليه وهو العين وإن كان معدوماً حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحسأناً ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه ،والصانع بائع شيئاًلم يره فلا خيار له ،ولأن إلزام حكم العقد في جأنب المستصنع إضرار ؛ لأن من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرر به ،وليس في الإلزام من جانب الصانع ضرر لأنه يستطيع أن يبيعه إلى غيره عند عدم رضى المستصنع به وبمثل قيمته فلا يتضرر (1).

القول الثاني:- وهي رواية عند أبي حنيفة .أنه غير لازم في حق كل منهما (2)

وجه هذا القول :إن في اللزوم اضراراً بهما جميعاً ،أما إضرار الصانع فلأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو إتلاف الخيط ،وأما ضرر المستصنع فلأنه اشترى ما لم يره (3)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

القول الثالث :- وذهب إليه أبو يوسف ،إلى أن عقد الإستصناع لازم في حق كل منهما حتى لا خيار لاحدهما ؛ ووجه قوله أن في اثبات الخيار للمستصنع إضراراً بالصانع لأنه قد خسر متاعه وفرى جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة ،فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعا للضرر عنه (4)

---

01 الكاساني بدائع الصنائع 445/4

02 الزيلعي تبين الحقائق 528/4

03 إبن همام كمال الدين فتح القدير 116/7

04 الكاساني بدائع الصنائع 444/4

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مناقشه مذهب الحنفية :-

مناقشة الحالة الاولى :- قبل رؤية المستصنع العين ورضاه بها :-

لعل ما ذهب إليه الحنفية هنا يجانب الصواب ،فإن الحاجة التي دعت إلى جواز هذا العقد هي طلب الصنعة وفق أوصاف معينة غير موجودة حالا، وهذه الحاجة قائمة قبل الرؤيه وبعدها ،ولولاها لما أقدم طالب الصنعة على هذا التعاقد ،وليست الرؤيه هي الداعية إلى إلزامه أو عدم إلزامه ،كما أن القول بعدم اللزوم يؤدي إلى زعزعة الثقه بين المتعاملين؛ مما يؤدي إلى عدم استقرار العقود وتفويت المصالح ؛ وبيان ذلك أن الصانع قد يتعاقد على بدل معين ثم يقوم بصناعة العين فيعرض له بدل أعلى نتيجة لقيامه بمواصفات معينه اشترطها عليه المستصنع كما أن المستصنع قد يتعاقد على بدل معين وبمواصفات معينه ،فيعرض له صانع آخر سلعة بمواصفات أعلى وبثمن أقل .

كما أن خلافاً شخصياً بينهما ،قد يحمل أيا منهما على العدول عن هذا العقد؛ فالقول بعدم اللزوم يلحق الضرر بالطرف الاخر الذي لم يعدل فيكون هذا العقد الثابت على خلاف القياس والذي دعت إليه المصلحة والحاجة عائداً على المتعاقدين بالضرر، وقد لا يجد الصانع شخصاً يشتري هذه السلعة ،وقد لايجد المستصنع من يعمل له عيناً مثلها لاختلاف الخبرات أو لعدم وجود الصناع لهذه السلعة أصلاً،وما دام أن أمر عدم اللزوم يؤول إلى الضرر فالأصل إذا هو اللزوم بمجرد الإتفاق ولو كان قبل الرؤيه.

مناقشة الحالة الثانية : بعد رؤية المستصنع العين ورضاه بها.

مناقشة القول الاول : وهو الذي أثبت الخيار للمستصنع لأنه اشترى ما لم يره.

أما كونه قد اشترى ما لم يره والحنفية يقولون بخيار الرؤية فتلك حالة بيع ، والبيع لا يتضرر البائع فيه عند فسخ العقد بالقدر الذي يتضرر فيه الصانع عند فسخه ؛ لأن الصانع قد أتلف ماله بناء على طلب المستصنع ؛ والبائع كانت العين موجودة عنده أصلاً ومعروضةً للبيع سواء للمشتري أم لغيره فلم يتلف ماله بناء على طلب المشتري كما أن ثبوت خيار الرؤية إنما ثبت للمشتري "خوفا من تغير المبيع عما يظنه المشتري من الاوصاف، ودفعاً للغبن عنه "(1) وفي الإستصناع الإوصاف مضبوطة ومتفق عليها مسبقاً ، فإذا جاء الصانع بالعين على خلاف هذه الإوصاف ثبت للمستصنع الخيار ،وقولنا بلزوم الإستصناع

01 الموصلي،الإختيار لتعليل المختار 16/2

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يكون فيما لو جاء الصانع بالعين المستصنعة على الصفة المشروطة في عقد الإستصناع فما هو الداعي إلى القول بعدم اللزوم . الإ يكون ضرر ومفسدة الفسخ أكبر من مصلحة إثبات الرؤية !، والشريعة توازن بين المصالح والمفاسد وترجح أشدهما .

كما أن دعوى احتمالية عدم ملاءمة العين المصنوعة للمستصنعٍ دعوى بعيدة وحجة واهية لأن أي مشتر يحتمل أن لا يلائمه ما اشتراه وقد يعدل عن هذا الشراء، فإثبات حق الفسخ له دون وجود عيب أو خيار يؤدي إلى زعزعة الثقة بين المتعاملين ولما وثق أي شخص بماله ،ولما قدر على التصرف به لاحتمال خروجه من يده بناءً على رغبات الإشخاص وأهوائهم.

أما ادعاؤهم بأن الصانع بوسعه أن يبيعه من غيره فهذا لا حجة فيه أيضا لأن رغبات الاشخاص متفاوتة،فما يرغب به أحدهم قد لا يرغب به غيره مما يؤدي إلى احتمال كساد البضاعة ، أو بيعها بسعر أنقص من أجل إنفاقها ؛ مما يوقع الصانع في الضرر ،ولو كان الأمر كذلك لامتنع الناس عن قبول الصناعات وهذا يوقع الناس في الحاجة والحرج وبالتالي يتضررون من ذلك

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

مناقشة القول الثاني:

وهو القول بالخيار لكل منهما لأن في اللزوم إضراراً بهما .

ويجاب عن ذلك بأن الضرر الناشئ عن اثبات حق العدول أشد من ضرر إثبات اللزوم؛ لأن إتلاف الخيط أو قطع الجلد لم يقطع أو يتلف الإ بناءً على اتفاق يتقاضى الصانع بموجبه أجراً، ولو لم تكن هناك فائدة من الإتفاق لما الزم نفسه به أو لما دخل بموجبه أصلاً.

وأما كون المستصنع لم ير العين ؛ فقد سبقت مناقشة هذا الدليل.

والذي يميل إليه الباحث هو ما ذهب إليه الإمام أبو يوسف من الزام كل من الصانع والمستصنع ما يوجبه عليه عقد الإستصناع وأنه لا خيار لأي منهما ،أما المستصنع فإذا ما جاء بالعين المصنوعة على وفق الشروط المتفق عليها والتزم بدفع البدل وأدى التزاماته كان العقد لازماً في حق الصانع كذلك المستصنع يلزم بقبولها إذا جاءت وفق المواصفات المشترطة في العقد .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد اعتبرت مجلة الإحكام العدليه عقد الإستصناع لازماً للمتعاقدين بمجرد انعقاده جاء فيها "إذا أنعقد الإستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الإوصاف المطلوبة المبينة ،كان المستصنع مخيراً (1) .

وهو ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي (2)

وبناءً على هذا فإن حكم الإستصناع ثبوت الملك في الثمن للصأنع وثبوت العين للمستصنع في ذمة الصانع ولزوم العقد في حق كل منهما ولا يجوز رد العين المستصنعة الإ بخيار العيب ويكون هذا اللزوم ثابتاً بمجرد العقد وقبل رؤية العين المستصنعة الإ أنه اذا جاء موافقاً للمواصفات ، سقط حق المستصنع يختار العيب ولا يثبت للمستصنع خيار الرؤية لاختلاف الإستصناع عن البيع كما بين الباحث سابقاً.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

01 حيدر ، علي ، در الحكام شرح مجلة الإحكام 361/1 مادة رقم (392) ،دار الكتب العلمية –بيروت

02 قرار رقم 7/7/66 بشأن عقد الإستصناع ،داغي ،علي محي الدين بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص 159 –دار البشائر الإسلامية ،ط1422/1هـ

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

اركان عقد الاستصناع وشروطه

أولا:- أركان عقد الإستصناع .

معنى الركن :-

الركن في اللغة : هو الجانب الاقوى في الشيء (1)

وفي الإصطلاح : هو ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءاً من ماهيته(2)فهو الجزء الذي لا يقوم الشئ الإ به (3)

واركان عقد الإستصناع هي الإشياء التي لا يوجد عقد الإستصناع الإ بها ولا يتم الإ عند توفرها .

وهي :-

(1) الصيغة :وهي الإيجاب والقبول، وقد مر بنا معنى الإيجاب و القبول عند تعريف العقد .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

واعتبار الصيغة ركنا من أركان العقد أمر متفق عليه بين الفقهاء (4)

غير أن الخلاف في اعتبارها الركن الوحيد فذهب الحنفية إلى اعتبارها الركن الوحيـــد(5)

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار أركان أخرى ستأتي لاحقاً معنا إن شاء الله .

---

01 مختار الصحاح ص 255

02 الزحيلي وهبه اصول الفقه الإسلامي 100/1 دار الفكر –بيروت –دمشق ط 140/1هـ

03 سمارة محمد ،محاضرات في اصول الفقه ص 87 دار الثقافة للنشر والتوزيع –عمأن ط 2002/1م

04 المرغيناني أبو الحسن ،علي، الهداية شرح البداية 24/3 ، الحطاب أبو عبدالله مواهب الجليل لشرح مختصر خليل 12/6-13 الشربيني ،مغني المحتاج ج 6/2 إبن مفلح المبدع 4/4

05 المرغينيأني الهداية 24/3

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

02 العاقدان وهما ركنا العقد عند جمهور الفقهاء من المالكية(1) والشافعية(2) والحنابلة (3)

ويشترط توافر الإهلية في كل منهما ونعني بالإهلية "صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق ، وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق والواجبات عليه (4) وهذا يعني أنه يشترط في العاقدين أن يكونا جائزي التصرف، بأن يكون كل منهما مكلفا رشيدا ، أما الصبي المميز فيصح تصرفه باذن وليه (5) وهذا يتصور وجوده في الشخصية الطبيعية، أما الشخصية الإعتبارية أو ما يطلق عليها اسم الشخصية المعنوية فكيف يتصور وجود الإهلية فيها ؟ لا سيما وقد توسعت النشاطات الصناعية حتى صارت أعمالإ كبيرة تقوم بها شركات كبرى لمؤسسات ودوائر أخرى أو شركات لمواطنين أو العكس

قبل بيان الحكم الشرعي في ذلك لابد من التعرض لمعنى الشخصية الطبيعية أو الحكميه أولا؛ لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره .

الشخصية الطبيعية هم أفراد الناس فكل منهم ذو أهلية وذمة وكل منهم له حقوق وعليه واجبات (6)

أما الشخصية الحكمية فهي المؤسسات العامة والخاصه، والشركات، والمصارف والدوائر، والوزارت والبلديات ، والوقف ... فهي إذا كل مجموعة من الاشخاص والإموال يمثلها شخص (7)

وبتتبع أقوال الفقهاء وآرائهم يرى الباحث أنهم جروا على اعتبار الشخصية الحكمية وإن لم يصرحوا بذلك ويظهر ذلك جلياً في موضوع الوقف حيث يقرر الفقهاء ضرورة تنصيب قيم للوقف وبالتالي فإن التصرفات التي يقوم بها القيم تتعلق بالوقف لا بالقيم؛

---

01 الحطاب –مواهب الجليل 31/6

02 الشربيني ،مغني المحتاج 12/2

03 إبن مفلح المبدع 7/4

04 الإشقر ،عمر سليمأن ،الواضح في شرح قأنون الإحوال الشخصية الإردني ص 51 دار النفائس –عمأن

05 إبن مفلح ، المبدع 7/4-8

06 الزرقا ،مصطفى احمد ،المدخل الفقهي العام ص 240 دار الفكر –بيروت –لبنان .

07 القأنون المدني الإردني مادة رقم (50) (1-3-4-5-6) المذكرة الإيضاحية للقأنون ص 68

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فمثلا إذا احتاج الوقف إلى تعمير و لم يوجد مال فإن الفقهاء يجيزون الاستدأنة عليه أي على الوقف لهذا الغرض ولكن بشرط إذن القاضي (1)

جاء في الدر المختار " وهل للمتولي شراء متاع فوق قيمته ثم بيعه للعمارة ويكون الربح على الوقف ؟ الجواب نعم (2)

وهذا صريح في اعتبار الشخصية الحكمية في الوقف .

وكذا في رئاسة الدولة ، وفي السياسة الخارجية اعتبر الفقهاء ما يبرمه الإمام أو القائد من الصلح والمعاهدات أمرا ملزما للأمة ولا يجوز لاحد مخالفته حتى ولو جاء إمام آخر ليس له أن ينقض ما أبرمه الإمام الإول لأنه يجري هذا كله باسم الإمة (3) جاء في الدر المختار "إذا فتح الإمام بلدة صلحا ،جرى على موجبه وكذا من بعده من الأمراء "(4)

إذاً ؛ جرى الفقهاء على اعتبار الشخصية الحكمية في كل أمر يتحدثون فيه عن مجموعة من الإشخاص ينوب عنهم شخص ، غير أنهم لم يفردوا لها بحثا مستقلا بل كانت مبثوثة في ثنايا كلامهم عن المسائل الفقهية .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

وتأسيسا على ما سبق يرى الباحث أن اتفاقيات عقود الإستصناع التي تجري بين الإشخاص الإعتباريين والطبيعيين أو الإعتباريين كالشركات فيما بينها تعتبر جائزة شرعا، ويمثلها مديرها أو نائبه الموكل ويشترط فيه حصول الاهلية .

وهذا ما صرح به القأنون المدني الإردني في مادته رقم (51) حيث جاء فيه (5) .

---

01 إبن عابدين /محمد امين الدر المختار 439/4

02 المرجع السابق 440/4

03 الزرقا ،مصطفى احمد ،المدخل الفقهي العام ص 240

04 إبن عابدين الدر المختار 138/4

05 القأنون المدني الإردني مادة (51) المذكرات الإيضاحية 69/1

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

01 الشخص الحكمي يتمتع بجميع الحقوق الإ ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون .

02 فيكون له :-

أ. ذمة مالية مستقلة

ب. أهلية في الحدود التي يعينها سند أنشائه أو التي يقررها القأنون .

ج. حق التقاضي

موطن مستقل :- ويعتبر موطنه الذي يوجد فيه مركز إدارته والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المملكة الإردنية الهاشمية يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقأنون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية

03 ويكون له من يمثله في التعبير عن ارادته

ويعتبر توفر الإهلية الكاملة بالنسبة للشركات إذا كانت ضمن أحكام القأنون ؛من حيث إنشاء الشركة وشهرتها وإدارتها (1)

كما يشترط في العاقدين عدم الإكراه (2) وهذا يعني أنه يشترط توافر الرضائيه في كل منهما ولهذا اشترط العلماء ما يدل عليها وعلى توافرها وهو الإيجاب والقبول وقد مر سابقاً-

03 المعقود عليه وقد اعتبره جمهور الفقهاء ركنا أيضا (3)

واشترطوا للمعقود عليه شروطا منها أن يكون مالا وهو ما فيه منفعة لغير ضرورة (4) فلا بد أن يكون المعقود عليه مما أباح الشارع الإنتفاع به حال السعة والإختيار فلا يجوز التعاقد على استصناع خمور أو مصنع لها ، أو مخدرات أو مرقص ... الخ

---

01 كريم ،زهير عباس ،مبادئ القأنون التجاري " دراسة مقارنة " ص 115 دار الثقافة –عمان – الإردن 1995م

02 الشربيني ،مغني المحتاج 12/2

03 الحطاب مواهب الجليل 31/6 الشربيني ،مغني المحتاج 12/2 إبن مفلح ،المبدع 9/4

04 إبن مفلح المبدع 9/4

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو يعنى ضرورة الإبتعاد عن تقديم رأس المال لأي نشاط أو سلعة محرمة شرعا أو محظورة قأنونا لأن المحرم أو المحظور لم يحرم و لم يحظر إلا لأنه يتسبب في حدوث المفاسد والإضرار التي تفوت على الناس تحقيق أمور لاقيام لحياتهم بدونها، وبفواتها تعم الفوضى ويختل النظام والإستقرار (1)

وقد نص القانون المدني الاردني على عدم جواز كون المحل أمرا حرمه الشارع فإذا كان كذلك وقع العقد باطلا

جاء في المادة 163منه " فإن منع الشارع التعامل في شيئ أو كان مخالفا للنظام العام أو للأداب وقع العقد باطل"ا(2) .

كما يشترط في المعقود عليه أن يكون مقدورا على تسليمه وأن يكون معلوما برؤية أو صفة تحصل بها معرفته (3) وهناك شروط أخرى للمعقود عليه، الا أن الباحث اقتصر على الشروط التي يمكن تحققها في عقد الإستصناع .

فهناك شروط مثل أن يكون المعقود عليه موجوداً، فهذا غير ممكن التحقق في عقد الإستصناع لأنه بيع معدوم في الأصل، أما أن يكون مقدورا على تسليمه فهذا ممكن في العقد، لذا يشترط في الصانع إمكانية القدرة على تسليم العين المصنوعة وذلك بأن يكون قادراً صناعتها وتجهيزها مطابقة للمواصفات المتفق عليها وتسليمها للمستصنع .

---

01 عبدالله ، عبدالهادي يعقوب المشاركة احكامها الشرعية وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية ص 3001 بنك الخرطوم –السودان .

02 القانون المدني الإردني مادة 163 المذكرات الإيضاحية 158/1

03 إبن مفلح المبدع 4/22-24

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما لابد من تحقق المعرفة التامة للمبيع (العين المصنوعة) وذلك بمعرفة المواصفات الدقيقة ووصفها للمستصنع اما بتقديم الإنموذج أو باشتراطها ووصفها حتى تصبح كانها مشاهدة أمام المستصنع، ويشترط مجيئها على وفق هذه المواصفات والا كان المستصنع بالخيار لقوله عليه السلام "والمسلمون على شروطهم الإ شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً (1)

وقد اختلف الحنفية في كون المعقود عليه العين ،أم العمل

فذهب جمهور الحنفية إلى أن المعقود عليه هو العين دون العمل ولهذا لا يشترط أن يكون الصنع بعد العقد، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله، وقد أثبت محمد بن الحسن فيه خيار الرؤية وهذا لا يثبت الإ في العين (2)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا يعني أن الحنفية (جمهورهم) يجيزون للصانع أن لايباشر الصنعة بنفسه بعد الإتفاق، بل له أن يوكل غيره في صناعتها، ولذا يجوز أن يقدم هذه العين للمستصنع إذا صنعها غيره أو كانت موجودة عند الصانع قبل الإتفاق فطلب المستصنع صناعه عين كالتي عند الصانع؛ فله أن يعطيه اياها ، وله أن يبيع العين المصنوعة من قبله، قبل رؤية المستصنع لها ..... الخ .

وذهب أبو سعيد البردعي منهم إلى أن المعقود عليه هو العمل لأن الإستصناع استفعال من الصنع وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه (3).

والذي يظهر للباحث أن المعقود عليه هو العين والعمل معاً ،اما العين فلأنها المقصودة أولاً من عقد الإستصناع ولولا الحاجة إليها لما أقدم المستصنع على هذا العقد

01 الترمذي أبو عيسى ،محمد بن عيسى متن الترمذي 635/3 رقم الحديث 1352

02 الزيلعي، تبين الحقائق 527/4 نظام، الفتأوى الهندية 208/3

03 الزيلعي 527/4 مرجع سابق، النسفي زين بن ابراهيم البحر الرائق شرح كتر الدقائق 186/6 داماد افندي مجمع الإنهر شرح ملتقى الإبحر /150

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالغاية من عقد الإستصناع هو وجودها وليس العمل الإ أداة لتحقيقها

اما العمل : فلأن المستصنع ما رضي الا يد الصانع ذاته وخبرته ومهارته في العمل والناس يتفأوتون في مقدار اتقأهم للأعمال وقد يدفع له أجرة هي أعلى من أجر المثل ثمناً للعين لكونه مارضي الإ خبرته (الصانع) التي قد يتميز بها عن غيره ،فالقول بأن العمل ليس معقوداً عليه يتيح المجال للصناع بأن يدفعوا هذه الصناعات إلى غيرهم أما إذا اشرف الصانع بذاته على العمل بعد أن دفعه إلى غيره فيكون كانه المباشر له بنفسه ؛لأنه عند رؤية أي خلل في الصناعة سيبادر إلى منعها ، وبالتالي كانه هو القائم بالعمل بذاته وليس الصانع الثأني الإ وكيلاًباشر العمل بحضرة الموكل فيكون أشبه ما يكون بوكيل وكل غيره فعقد الثأني بحضرة الإول .

وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي في جلسته المنعقده في 7-12 من ذى القعدة 1412هـ والموافق ل9-1992/5/4 بجده في قراره رقم 7/3/66 بشأن عقد الإستصناع حيث جاء فيه "أن عقد الإستصناع وارد على العمل والعين في الذمه "(1)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثانياً:- شروط عقد الإستصناع

الشرط :-هو ما يلزم من عدمة عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجـــود ولا عـــدم (2) وعلى هذا فالشرط قد يوجد ولكن لا يستلزم وجود الشرط تحقق المشروط وهذا بخلاف الركن على ما مر .

وشروط عقد الإستصناع نتحدث عنها الآن باعتبار عقد الإستصناع عقداً مستقلاً عن غيره من العقود ،على ما تم بيانه في التكييف الفقهي فاعتبار بعض الفقهاء له سلماً يقتضي أن يأخذ شروط السلم واعتبارهم له إجارة أو بيعا تقتضي أن يأخذ شروطها، غير أن الباحث قد رجح اعتبار عقد الإستصناع عقداً مستقلاً عن غيره وبين أن لا مأنع شرعاً من استحداث عقود جديدة في الشريعة الإسلامية لأن الأصل حرية التعاقد، وعلى هذا فإن شروط عقد الإستصناع ستختلف عن شروط عقد السلم أو البيع أو الإجارة .... الخ ..

01 البوطي ،محمد توفيق،البيوع الشائعة واثر ضوابط المبيع على شرعيتها ص174

02 الزحيلي ،وهبة ،اصول الفقه الإسلامي 99/1.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذه الشروط هي

01بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لأنه مبيع فلا بد وأن يكـــــون معلومـــاً (1).

وهذا شرط لا اشكال فيه اذ لابد من بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ووضع المواصفات المطلوبة في العين حتى لا تكون هناك جهالة لأن المستصنع يطلب مواصفات أعلى وأجود والصانع يضع مواصفات أقل ليكسب بذلك عائدا أكثر بتوفير المواد الخام والتقليل من تكلفة العاملين مما يفضي إلى المنازعة .

02أن يكون مما جرى فيه التعامل بين الناس كالخف والإنية ونحوها فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما إذا أمر حائكا أن يحوك له ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم يجر عادات الناس بالتعامل فيه (2) لعدم المجوز وهو التعامل (3)

ولعل التعامل كان مجوزا لهذا العقد بسبب حاجة الناس إلى هذا التعامل ولولا حاجتهم لما اقدموا عليه وألفوه، وصار القول بالمنع مفضيا إلى الحرج والمشقة، والشئ إذا أفضى تركه إلى حرج ومشقة دون أن يخل اصول الحياة الضرورية كان واقعا في مرتبة الحاجيات، وهي ما يحتاج إليه الناس ويفضي منعه إلى إيقاعهم في الحرج والمشقة، إذا لعل المجوز الأصلي لهذا العقد قبل التعامل هو الحاجة التي دعت إلى التعامل ثم إن المشروعية كانت ثابتة بالإجماع وليس بالعرف إنما هو إجماع بالتعامل الذي لم ينكر فيه أحد على المتعاملين به والعرف عند اعتباره حجة شرعية يرجع إلى أصل من أصول الشريعة كالإجماع أو سد الذرائع ... الخ .

وبناء على ما سبق فقد يقتضي الأمر وجود حاجة إلى صناعة شئ لم يتعارفه الناس و لم يألفوه، لكن احتاج إليه إنسان وطلب صناعته بناء على مواصفات معينة وكان ممايمكن ضبط هذه الصفات ومعرفة المقدار ... الخ ودون الوقوع في الجهالة التي تفضي إلى المنازعة فما هو المانع من القول بجواز مثل هذا العمل الإ يكون منعه مفضيا إلى الحرج والمشقة التي ما شرع الإستصناع أصلا إلا من أجل تلافي الوقوع بها، فالمنع إذا يعود على المشروعية بالنقض فيكون المنع باطلاً .

---

01 الكاساني بدائع الصنائع 444/4

02 المرجع السابق 444/4 دامادافندي مجمع الإنهر 149/3

03 العيني ،محمود بن احمد البناية شرح الهداية 376/8 دار الكتب العلمية –بيروت 1420/1هـ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولذا يرى الباحث أنه لا مأنع من كون المعقود عليه أمرا غير متعارف عليه من قبل الناس شريطة أن يكون موصوفاً بأوصاف معينة وأن يكون مبينا جنسه وصفته وما يلزم لمعرفته المعرفة التامة وقابلاً لذلك ؛حتى لا تقع المنازعة وأن تراعى فيه شروط المعقود عليه وقد مرت، والتي أقرها أيضاً مجمع الفقه الإسلامي بقوله " يشترط في عقد الإستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة "(1)

03 اشترط الحنفية عدم ذكر الإجل في عقد الإستصناع فإن ذكر الإجل أنقلب سلما في قول ابي حنيفة وبالتالي يكون ملزما للعاقدين ، وعند الصاحبين يبقى استصناعاً وذكر المدة للاستعجال وهذا كله فيما إذا كان محل العقد فيما جرى فيه التعامـــل بين الناس (2)

دليل أبي حنيفة أن الإجل في البيع من الخصائص اللازمة للسلم فذكره يكون ذكراً للسلم معنى لم يذكره صراحة كالكفالة بشرط ابراء الإصيل إنها حوالة معنى، وإن لم يأت بلفظ الحوالة (3) فكأن إبا حنيفة هنا نظر إلى العبرة في العقود وهي القصود والمعاني لا الإلفاظ والمباني ، فوجد هذه الصورة مطابقة لصورة السلم من حيث الإجل، ومع أن هذا العقد ثابت على خلاف القياس ووجدت هذه الشبهه فترجح هذه الصورة إلى حكم العقد الثابت بالقياس وهو السلم.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

01 داغي ،علي محي الدين ،بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص160

02 الكاساني بدائع الصنائع 445/4 نظام وجماعة من علماء الهند الفتأوى الهندية 208/3

03 الكساني 445/4

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجه قول الصاحبين أن هذا استصناع حقيقة فلو صارسلما إنما يصير بذكر المدة وقد يكون للاستعجال (1)

أما إذا لم يجر في هذه الصنعة التعامل وضرب لها أجلاً صار العقد سلما بإجماع الحنفية ،قالوا: لأن الإستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز إجماعاً فتعين حمله على السلم تحرياً للجواز بخلاف ما فيه تعامل لأنه يحتمل الوجهين (2)

ولعل الحنفية يقولون بأنقلاب العقد سلما إذا ضرب له أجل على خلاف بينهم في الصور التي ينقلب بها إذا كان ضرب الاجل وذكر المدة من أجل المماطلة بالتسليم وهذا يكون من جهة الصانع لا المستصنع وهو ما يعبر عنه بالإستمهال اما إذا ذكر الإجل على سبيل الإستعجال في التسليم فنلاحظ أن الحنفية لا يقولون بانقلابه سلما ويرون بقاءه استصناعا في قولهم جميعا، دون خلاف .

وهذا ما صرحوا به في غير ما موضع جاء في البناية شرح الهداية "أما المذكور على سبيل الإستعجال على أنه قال على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد لا يصير سلما لأنه ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم قال ويحكى عن أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما، وإن كان من الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الإستمهال "(3)

وجاء في الفتاوى الهندية "... هذا إذا كان ضرب المدة على وجه الإستمهال بأن قال: شهرا أو ما أشبه ذلك، أما إذا ذكر على وجه الإستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد لا يصير سلما في قولهم جميعاً(4) وبناء على ماسبق ذكره ومناقشته يرى الباحث جواز ذكر مدة يتسلم فيها المستصنع العين المصنوعة، بل يجب ذلك، قطعا للمنازعة لمماطلة الصانع الذي قد يعجز عن صناعة العين فيذكر اجلاً بعيداً للاستمهال والمماطلة أولا يذكر أجلا مطلقا ويوقع المستصنع في الحرج من حيث التأخير.

---

01 الكاساني 445/4 المرجع السابق

02 الزيلعي تبين الحقائق 528/4

03 العيني محمود بن احمد البناية شرح الهداية 376/8

04 نظام واخرون الفتأوى الهندية 208/3

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعدم التسليم وقد يكون المستصنع مرتبطا مع آخرين ،وقد يكون بحاجة ماسة إلى العين في الوقت الحاضر والصانع يؤخرها كل حين فتقع المنازعات بين المتعاملين .

وقد أكد مجمع الفقه الإسلامي على ضرورة تحديد الإجل في عقد الإستصناع واعتبره شرطا من شروطه (1)

و لم يشترط الحنفية تعجيل رأس المال في عقد الإستصناع بل يجوز تقديمه أو التراخي فيه الإ إذا ضرب للاستصناع أجل فإنه ينقلب سلماً على تفصيل وخلاف بينهم -كما مر سابقاً- وبالتالي لا يصح الإ بشرائط السلم ومنها تعجيل رأس المال .

جاء في البناية " لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة فلا يجوز الإ بشرائط السلم من تعجيل رأس المال ....."(2) وفي حاشية إبن عابدين " لايجبر المستصنع على إعطاء الدراهم وإن شرط تعجيله (3)فالأصل إذا أنه لا يشترط في عقد الإستصناع تعجيل الثمن أو رأس المال بل يجوز تاخيره ، وبناءً على ترجيح الباحث سابقاً حتى ولو ضرب للاستصناع اجل فإنه لا ينقلب سلماً وبالتالي يجوز تأخير رأس المال مع ضرب الإجل "والله اعلم ".

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

01 قرار رقم 7/7/66 بشأن الإستصناع داغي، علي بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص 159

02 العيني ، البناية 376/8

03 إبن عابدين ، رد المحتار ،224/5

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أنتهاء عقد الإستصناع

ينتهي عقد الإستصناع بحصول أي من الأأور التالية:-

01 **موت أحد العاقدين** لأن للاستصناع شبهاً بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع ، فلشبهه بالإجارة قالوا يبطل بموت احدهما (1) والإجارة تفسخ بهذا العذر(2).

ويرى الباحث أن الإستصناع يختلف عن الإجارة بعدة فروق وقد سبق بيانها وظهر لنا فيما مضى أن الإستصناع لا يصح تكييفه على أنه عقد إجارة بل هو عقد مستقل .ولهذا لا يفسخ العقد بموت أحد العاقدين بناءً على كونه شبيها بالإجارة أو بالقياس عليها للاختلاف الظاهر بين كل منهما .

غير أن الباحث مال إلى القول بأن المعقود عليه في الإستصناع هو العين والعمل معاً فاعتبار العمل معقوداً عليه يقتضي أن العامل أو الصانع لو أتى بالعين المستصنعة من غيره لا يصح وإن كانت مطابقة للمواصفات؛ لأن مقدار الإتقان والجودة قد تختلف مع كون المواصفات مطابقة لما اتفق عليه ، وهذا يعني أن الصانع لو مات انفسخ عقد الإستصناع بهذا الموت الإ إذا رضي المستصنع عمل غيره.

اما موت المستصنع فلا يفسخ به العقد لأنه ليس منه عين ولا عمل وهما المعقود عليه ، لا يفسخ بناءً على الإجارة لا ختلاف ما هية كل منهما .

وبناءً على ما مال إليه الباحث سابقاً فإن موت الصانع يفسخ العقد الإ إذا رضي المستصنع إتمامه من غيره و موت المستصنع لا يفسخ به العقد .

وعليه يحق لورثته (المستصنع) المطالبة باتمام العمل

02 إتمام الصنع وتسليم العين – لأنها الغاية من عقد الإستصناع وانتهاء غاية الإستصناع وهو الحصول على الصنعة المطابقة للمواصفات والآثار يقتضي انقضاء العقد لعدم مطالبة أي من العاقدين الآخر – وقبولها وقبض الثمن (3)

03 فسخ العقد رضاءً أو قضاءً (4)

أما الرضا فلا اشكال فيه ، وأما القضاء فبفوات شرط من شروطه أو ركن من اركانه ، أو إذا حصل نزاع ورفع الأمر إلى القضاء ، ورأى القاضي اهمية الفسخ، وما إلى ذلك .

---

01 الزيلعي ،تبين الحقائق 527/4

03 إبن عابدين ،محمد أمين ، رد المحتار على الدر المختار 236/5

* انظر ص 37 من هذه الرسالة

03 المحمد ،محمود احمد 200م ،كفاءة نظام التمويل الإسلامي ص70 رسالة جامعية–كلية الشريعة – جامعة اليرموك 2000م

04 المرجع السابق نفس الصحفة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني

الفصل الثاني :عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي . الفصل

المبحث الاول: مفهومه في العمل المصرفي.

المبحث الثاني: اشكاله وأنواعه في العمل المصرفي الإسلامي.

المطلب الاول: المصرف من حيث كونه مستصنعاً .

المطلب الثاني: المصرف من حيث كونه صانعاً .

المطلب الثالث: الإستصناع العقاري.

المطلب الرابع: الإستصناع الموازي.

المطلب الخامس: سندات الإستصناع.

المطلب السادس : الية تطبيقه .

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني

عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي

تعد الصناعة من القطاعات المهمة والحساسة ،حتى إنها لتعد حجر الزأوية في عملية التنمية الإقتصادية والإجتماعية والسياسية في الإقتصاد المعاصر فما تشتمل عليه الدول من موارد طبيعية تنقلها نقلة هائلة في التقدم لو استغلت الإستغلال الإمثل ، فالعمل على اكتشافها واستغلالها ،يعود بأكبر النفع على المجتمع، ويسد حاجات الذين يرغبون في سلع ليست موجودة في السوق ،ومن هنا يأتي دور الإستصناع في تحقيق رغبات المجتمع (1)

ومن المعلوم أن هذا الإستغلال يحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة قد يصعب على الأفراد توفير التمويل اللازم للقيام عليها ،كما أن هذا التقدم الصناعي والتطور التقني أصبح يحتم ضرورة وجود جهة ثالثة تملك النقد الإزم، والكوادر الإدارية والهندسية المدربة والمؤهلة للإشراف على هذه المشروعات ،وتقوم على تمويل مثل هذه الصناعات ،و لم يعد من الممكن البقاء على أسلوب عقد الإستصناع التقليدي الذي يكون ما بين طرفين ،فالعربة التي كانت أجمل العربات لا تستطيع السير بسرعة القطار أو السيارة فضلاً عن الطائرة لأن لكل زمان أساليبه وفنونه .

ومن هنا دخل عقد الإستصناع العمل المصرفي الإسلامي كأسلوب للتمويل والإستثمار ،وأثبت صلاحيته وقدرته على تمويل العديد من المشروعات الكبرى والتي يعجز الإفراد العاديون عن تمويلها بأنفسهم .

ويذكر الإستاذ مصطفى الزرقاء – رحمه الله – أهمية عقد الإستصناع في ميدأن التجارة من ناحيتين :- (2)

---

01 الحمد ،محمود ،كفاءة نظام التمويل الإسلامي ص70 ،مرجع سابق

02 الزرقاء ،مصطفى احمد ،عقد الإستصناع ومدى اهميته في الإستثمارات الإسلامية المعاصرة ص 30 المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ،جدة –السعودية ط 1416/1هـ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاولى :– إن عقد الإستصناع لم يعد محصورا كما كان في الماضي في نطاق الحاجات الفردية الشخصية التي كانت هي العامل الإساسي في وجوده وتعارفه حيث يحتاج الشخص إلى شئ بمواصفات خاصة لا توجد عادة في المتدأول العام من السلع ،بل اصبح من الممكن أن ينطلق عقد الإستصناع إلى آفاق المصنوعات في نطاقها الواسع في عصر الإنفجار الصناعي هذا ، بالكميات الضخمة الهائلة من المصنوعات المثلية التي تنظمها التجارة إلى مختلف بلاد العالم ولا سيما العالم المتنامي ، والذي اصبح يحتاج في كل وسائل حياته حتى في غذائه الضروري إلى منتوجات العالم الصناعي ومصنوعاته .

الثانية : – إن عقد الإستصناع قد جمع بين خاصيتين خاصية بيع السلم في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد سيصنع فيما بعد ، وخاصية البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمأنياً لا يجب تعجيله كما في السلم ومن هاتين الخاصيتين يتبين أن أهمية الإستصناع في طريق الإستثمار الإسلامي اليوم كبيرة جداً، إذا مورس بخبرة تجارية وبصيرة في الإسواق وأن مدى أهميته هذه واسع غير محدود ،و أنه يسير في طريق إسلامي سليم على حد تعبيره (1)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ومما لا شك فيه أن المصارف الإسلامية تسعى من خلال التمويل بعقد الإستصناع إلى تحقيق الأرباح ،وتعظيم المنفعة، وتشغيل أموال المودعين ،وتوفير عائد لها اكبر نتيجة لادخالها في استثمار أمثل فهي مطالبة بتلمس حاجات السوق ، ومعرفة أوضاعه،وإعطاء التمويل المناسب لكل مشروع، وعدم الإقتصار على نوع واحد من التمويل كالمرابحة مثلاً وهو ما يجري في معظم المصارف الإسلامية إن لم نقل جميعها ،ومن هنا تبرز أهمية عقد الإستصناع كأسلوب للتمويل والإستثمار كما يرى الباحث.

---

01 المرجع السابق

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أن كثيراً من طالبي التمويل ليس لديهم القدرة التمويلية اللازمة لدفع أجور العمال ، أو المقأولين بشكل عام .

وهذا يعني أن أسلوب المرابحة للأمر بالشراء غير صالح بالنسبة لهم لأنه عبارة عن تمويل جزئي ، حيث يقتصر على تمويل المشتريات اللازمة للبناء ،ولا يتدخل في اجور العمال أو المقأولين كما يعتقد الباحث.

وقد ظلت هذه القضية – أجور العمال – مشكلة تواجه طالبي الإستثمار حتى ظهر عقد الإستصناع إلى ساحة العمل المصرفي الإسلامي .

ويرى الباحث أن أسلوب المشاركة المتناقصة أيضاً يبقى قاصراً على المشاريع الإنتاجية أي المشاريع ذات الدخل المتوقع أو الجدوى الإقتصادية المرجوة وهو يقتصر على مشاريع من نوع خاص ، تدرس فيه جدوى المشروع الإقتصادية والفترة المتوقعة لاسترداد رأس المال وتحقيق الأرباح ، ويبقى المصرف في حالة قلق مستمر لاحتمال تأخير حصوله على رأس ماله فضلاً عن الأرباح لأنه ليس له أن يستوفي من مصدر آخر غير المشروع الذي قام بتمويله ،ولذا فهذا الإسلوب قاصر على بعض المشاريع ذات الخصوصية الإقتصادية على الرغم من كونه حلا ذا فائدة للمستهلكين والمستثمرين عموماً .

أما عقد الإستصناع فيمكن أن يسد حاجات كثير من طالبي التمويل ممن يرغبون في تطوير إنتاجهم من خلال استصناع معدات جديدة ، وكذا من يعأنون من المشكلات السكنية ،فإذا لم تتوفر لهم سيولة نقدية لإعطاء المقاولين أجورهم فتبقى المعأناة قائمة ولذا فإن أسلوب عقد الإستصناع يوفر لهم هذه السيولة ويبقى المصرف مسؤولاً عن نتائج صنعه وعمله وبنائه .

وكذا يمكن القيام ببناء مستشفيات أو مدارس أو مطارات من خلال هذا الإسلوب .

كما يمكن للدول أيضاً الإستفادة منه من خلال قيام المصارف بتنفيذ هذه الأمال إما بنفسها وهو ما سيطلق عليه فيما بعد أسلوب الإستصناع العقاري ، أو بوساطة غيرها وهو ما سيطلق عليه اسم الإستصناع الموازي ، وهي قادرة على ذلك؛ حيث تملك كوادر ودوائر هندسية وسيولة مالية ،وعندها يخرج المصرف الإسلامي من إطار التقوقع على الذات إلى ميدأن العمل والسوق وتلبية حاجات المواطنين والدخول في المخاطرات ومنافسات الأسواق –والله تعالى اعلم – .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الاول :- مفهومه في العمل المصرفي

عرفه القانون الإساسي للبنك العربي الإسلامي الدولي بقوله "هو عقد بين الشركة والصانع يتعهد بمقتضاه بأن يصنع شيئاً موصوف النوع والقدر ومتفقا فيه على طريقة التسليم ومدة الإنجاز لقاء ثمن معلوم تتعهد به الشركة مقابل المادة والعمل أو مقابل العمل إذا قدمت الشركة المادة "(1)

ويتضح للباحث من هذا التعريف عدة أمور:-

01 إنه ذكر بعض شروط عقد الإستصناع عند الفقهاء وهو اشتراط بيان جنس الشئ المصنوع ونوعه وقدره، وهو أن يكون معلوماً من كل الوجوه حتى لا توجد الجهالة، وبالتالي لايقع النزاع ،وهذا لاخلاف فيه بين جميع الفقهاء الذين قالوا بالإستصناع باعتباره عقداً مستقلاً ، وكذا من اعتبره نوعاً من السلم أو البيع .....الخ كما مر سابقاً.

02 أنه اشترط بيان طريقة التسليم ولاشك أن هذا البيان سواء أكان للثمن أم للمثمن إذا كان محتاجاً إلى حمل أو نفقة للتسليم ، أو كان الثمن مجزأً ،فالأصل بيان هذه الدفعات ووقتها وكذا أجرة النقل ومكان الإستلام .

03 إنه اشترط بيان مدة الإنجاز ،وهذا خلافاً للقائلين بوجوب عدم ذكر الأجل فيه والاصار سلماً على خلاف بينهم ،الا أن الباحث رجح جواز ضرب الأجل سواء أكانت من الصانع أم من المستصنع وهي المدة التي يمكن أن ينجز فيها العمل وضرورة أن يتم الإتفاق عليها مسبقاً .

ووجوب ذلك ، وما ذكره الفقهاء من عدم جواز ذلك هو فيما إذا كان ضرب الأجل من قبل الصانع وقصد به المماطلة في التسليم .

04 إنه لم يتعرض لوجوب تعجيل الثمن أو جواز تأخيره وترك هذا الأمر للمتعاقدين واقتصر على بيان أن هذا العمل يكون لقاء ثمن معلوم تتعهد به الشركة.

---

01 البنك العربي الإسلامي الدولي ،النظام الإساسي ص3

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

05 إنه فتح المجال لإدخال الإجارة ضمن أحكام الإستصناع وذلك حينما اعتبر الثمن إما مقابل المادة والعمل ،وهذا هو الإستصناع ، أو مقابل العمل فقط إذا قدمت الشركة المادة وهذه هي الإجارة .

ويرى الباحث أنه بذلك قد خلط ما بين الإجارة والإستصناع وكان الإولى الإقتصار على الحالة الإولى وهي أن الثمن لقاء المادة والعمل أما الحالة الثأنية فلها اساليب أخرى للتمويل أو الإستثمار

وقيل بأنه " **اتفاق بين طالب الإستصناع** ، البنك أو المؤسسة التمويلية الإسلامية يلتزم فيه البنك أو المؤسسة بتصنيع شيء معين بسعر معين يتفق على تقسيطه الفترة التي يراها المتعاقدأن مناسبة، بعد ذلك يجري البنك أو المؤسسة اتفاقا منفصلاً مع صأنع أو جهة يختارها لتصنيع هذه الإشياء وفق المواصفات التي ضمت العقد الإول وبحيث يدفع الثمن فوراً أو بعد التسليم وعلى أن تركيب هذه الإشياء المصنعة في المكان المحدد في العقد ، أيا كان المكان ويقوم البنك أو المؤسسة المالية بالتأكد من أن هذه الإشياء قد تم تصنيعها وفق المواصفات ،كما يقوم طالب الإستصناع أيضا بالتأكد من مطابقة الموصفات التي طلبها (1)

والملاحظ أن هذه هي صورة عقد الإستصناع الموازي ، والتي يقوم المصرف فيها بإنشاء المشروعات بواسطة غيره، ولكنها لم تتعرض لصورة ما إذا باشر المصرف عقد الإستصناع بنفسه وهو ما سيطلق عليه لاحقا بعون الله اسم – عقد الإستصناع العقاري –

ويرى الباحث أن عقد الإستصناع كأسلوب للتمويل والإستثمار في العمل المصرفي الإسلامي :-

---

01 العبادي ، عبدالسلام ؛ الإستصناع ودوره في العمليات التمويلية المعاصرة بواسطة ،محيسن فؤاد الفاصل الشرعي لعقد الإستصناع ، والمقأولة وتطبيقات الإستصناع والمقأولة في المصارف الإسلامية ص 131 "حلقة بحث في المصارف الإسلامية " الإكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عبارة عن دخول المصرف أو المؤسسة الإقتصادية بصفتها ممولاً بتمويل جزئي أو كلي في مشروع معين على أساس قيام المصرف بما يلزم للمشروع من اعمال تصنيع أو بناء بنفسه أو بغيره بحيث يقدم المادة والعمل معاً .

ويرى الباحث أن هذا التعريف هو الأقرب لما يلي:-

01 أنه قد عبر عن صفة المؤسسة الإقتصادية وهي كونها ممولة للمشروع وصأنعة في آن واحد ، لأن الدافع الإساسي لقدوم العميل إلى المصرف ليس كون المصرف صأنعاً أو مقأولاً بل هو الحصول على التمويل اللازم لإقامة الصنعة؛ فهو محتاج إلى التمويل والصنعة معاً ، فيقوم المصرف بتوفيرهما للعميل معاً، وبذلك يريح العميل من تكاليف المقأولين واجور العمال

02 أنه أدخل صورة ما إذا باشر المصرف العمل بنفسه بصفته صأنعا أو بوساطة غيره وهو ما يطلق عليه اسم الإستصناع الموازي.

03 أنه اشترط على المؤسسة الإقتصادية (الصانع) تقديم المادة والعمل معاً ، وهو بذلك يتفق مع الإستصناع بالمفهوم الفقهي، ولو اقتصر على العمل وحده لكان مخالفاً لطبيعة الإستصناع ولصار إجارة .

المبحث الثاني:- أشكاله وأنواعه في العمل المصرفي الإسلامي

احتل الإستصناع دوراً رئيساً في استثمارات المصارف الإسلامية ، والخليجية على وجه الخصوص ، إذ قامت المصارف بتمويل المباني السكنية والإستثمارية بنظام عقود الإستصناع حتى بلغت الإموال المستثمرة في هذا المجال عدة مليارات للمصرف الواحد وساهمت بذلك في حل مشكلات معاصرة كثيرة (1) .

والذي يظهر للباحث أن عقد الإستصناع هذا ، الذي سنتحدث عنه كعمل مصرفي إسلامي يساهم في حل مشكلات المواطنين بصورة افضل مما يحلها اسلوب المرابحة

01 ارشيد ، محمود عبدالكريم –الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص121

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وذلك أن أسلوب المرابحة للآمر بالشراء قد يكون مفيداً للأشخاص أو الجهات التي تحتاج إلى تمويل جزئي فيقدم المصرف مواد البناء ويترك أجور المقأولين على العميل في حيث إن عقد الإستصناع يقدم تمويلاً كلياً من مواد البناء واجور المقأولين وكيف لا وهو الصانع والمقأول الممول في آن واحد ؛ وقد مر ذلك سابقاً.

ولذا سيلقى عقد الإستصناع إقبالا واسعاً في حال التوسع في تطبيقه بصورة افضل من المرابحة للآمر بالشراء كما أن هذا العقد قد يكون أكثر ملاءمة بالنسبة للمصرف من اسلوب المشاركة المتناقصة لأن الإخيرة لا يصلح تطبيقها الإعلى مشروع منتج للدخل، إضافة إلى كون المصرف سيبقى في حالة حساب مستمر لحسابات المشروع ودراسة مخاطره الإستثمارية مما يجعل تطبيق المشاركة المتناقصة على الرغم من أهميته وفوائده ومزاياه وما يحقق من أرباح وفيرة، وسيبقى على الرغم من ذلك موضع تحفظ بالنسبة للمصارف الإسلامية خوفاً من فشل المشروع أو تأخير فترة استرداد رأس المال وتحقيق الأرباح- كما سبق بيانه - وهذا بخلاف الإستصناع الذي يمكن المصرف من الحصول على الضمانات الكافية لاسترجاع رأس ماله وعائده ، دون أن يقع في المخاطرات التي قد يقع بها في المشاركات، ولذا ستقبل المصارف عليه دون تحفظات ، وهو في الوقت ذاته يتيح للمصارف والمؤسسات الإقتصادية الدخول إلى ميدأن العمل وضمأن المشاريع والإشراف على حسن التنفيذ ؛ مما يجعلها متفاعلة مع المجتمع المحلي –كما يعتقد الباحث - .

وهذا الإستصناع يحتل صوراً وأشكالا متعددة فقد يكون المصرف مستصنعاً وقد يكون صانعاً وقد يعقد استصناعا موازياً مع غيره لتنفيذ ما يطلبه منه العميل لكونه غير قادر على تنفيذ المشروع بذاته ، وقد يطرح المصرف سندات للاستصناع في الإسواق لاستصناع مشروع معين ..... الخ .

وسيعرض الباحث في المطالب القادمة صور الإستصناع وأشكاله وكيفية استفادة المصارف الإسلامية منه – بعون الله – غير أن كلا منها يحتاج تكليفاً فقهياً وحكماً شرعياً وليس بالضرورة أن تكون الصور جميعاً جائزة من الناحية الشرعية – وفق اعتقاد الباحث – والله تعإلى أعلم - .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الإول :- المصرف من حيث كونه مستصنعاً

"يمكن أن يكون المصرف مستصنعاً أي طالباً لمنتجات صناعية ذات مواصفات خاصة، وقد يمارس المصرف هذه المهمة ممولاً لها من ماله الخاص أو من أموال المودعين الإستثمارية ، وقد تصبح هذه المصنوعات ملكاً للمصرف يتصرف فيها بالبيع أو التأجير أو غيره " (1)

المطلب الثاني :-المصرف من حيث كونه صانعاً

"يمثل المصرف في هذه الحالة الصانع أو العامل في عقد الإستصناع ، وذلك بأن تطلب منه بعض الشركات أو المؤسسات منتجات صناعية معينة ، ذات مواصفات تحتاجها تلك الشركات ، فيقوم هو من خلال ما يمتلكه من شركات ومصأنع ، بإنتاج تلك المصنوعات أو يقوم بالتعاقد مع غيره على صنع تلك المصنوعات .

وفي كلتا الحالتين يقوم المصرف بعملية التمويل لتوظيف ما لديه من أموال وإذا قام بالإستصناع بنفسه يمكن له أن يبيع المواد التي استصنعها بكافة العقود المشروعة " بيع مساومة "مرابحة .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ويرى الباحث أن هذه الصورة تنقسم إلى قسمين الإستصناع العقاري ، والإستصناع الموازي وسنتحدث عنهما –أن شاء الله – وبالتالي فإنه ينطبق على المصرف شروط الصانع في عقد الإستصناع" (2) .

المطلب الثالث :- الإستصناع العقاري (3)

"يعتبر الإستصناع العقاري مجالا يمكن استخدام عقد الإستصناع فيه فيمكن أنشاء مساكن عبر شركات المقأولات والوحدات الهندسية في المصرف وهناك نماذج عقوداستصناع عقاري على أرض يملكها العميل ، أو إنشاء شركة أو مصنع ذي صفات معينة تحتاج في إنشائها إلى شركات إنشاءات ضخمة وذات تمويل عال

وفي مجال تمويل شركات المقأولين ساهمت المصارف الإسلامية بحفر الإبار ، وشق القنوات وغيرها من احتياجات القطاع الزراعي عن طريق عقد الإستصناع .

---

01 ارشيد ،محمود عبدالكريم ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص122

الحمد ،علي ،المجلة العربية ،ثقافية ، اجتماعية ،جامعة ،المملكة العربية السعودية ، اسئلة اقتصادية تم الحصول عليها عبر الإنترنت

02 ارشيد ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص123

03 المرجع السابق نفس الصفحة ،البوطي ،محمد توفيق ، البيوع الشائعة ض177

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذا في مجال مساعدة الدولة يمكن لها الإستفادة من هذا العقد كاستصناع السلاح والمعدات الحربية والطائرات والسفن وغيرها .

وفي مجال استصناع ما يلزم المساكن من أدوات ومعدات وأثاث ونحوها ".

المطلب الرابع :- الإستصناع الموازي

هذا النوع من الإستصناع ، هو الذي لايباشر المصرف بذاته عملية القيام بتنفيذ الشيئ المستصنع ، وإنما يباشره بواسطة غيره ، فيعمد إلى إحالة عملية التنفيذ على جهة مختصة، وتكون هذه الجهة المختصة مسؤولة عن حسن التنفيذ أمام المصرف ،كما أن المصرف يكون مسؤولاً أمام العميل عن حسن التنفيذ .

وصورة الإستصناع الموازي (1)

01 أن يتعاقد المحتاج للسلع الصناعية ،سواء أكان تاجراً أم مستهلكاً مع المصرف بطريقة الإستصناع ليقوم المصرف بصناعتها وإنتاجها ، فيكون المصرف في هذه الخطوة بائعاً ويمكن أن يكون الثمن هنا مؤجلاً .

02 ثم يتعاقد المصرف مع المختصين بصناعة ذلك النوع من السلع على إنتاج سلع على أساس المواصفات والتصاميم المطلوبة المبينة في العقد الاول ويمكن أن يكون الثمن هنا معجلاً .

وهكذا تكون مدة التمويل مضاعفة ، مما يتيح للمصرف الإسلامي أن يحصل على ربح وافر.

04ثم إذا تسلم المصرف السلع من الصناعيين بعد تمامها يقوم بتسليمها للبائعيين

ويترتب على "عقد الإستصناع الموازي" هذا جملة من الأمور منها (2)

---

01 الإشقر ،محمد سليمأن ، عقد الإستصناع ص240 كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة تأليف محمد الإشقر وآخرون –دار النفائس –عمأن – الإردن ط1/1988م .

02 محيسن ، فؤاد ، التاجيل الشرعي لعقدي الإستصناع والمقأولة ص134 مرجع سابق

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

01 أن البنك وبصفته صانعاً في العقد الإول يكون مسؤولاً عن تنفيذ المشروع للمستصنع في العقد الإول كما لو لم يكن عقد المقأولة موجوداً ، وعليه ،فإن أي خلل أو تقصير في التنفيذ بموجب عقد المقأولة يسأل عنه البنك كما لو كان هو المنفذ .

02 المقأول في عقد المقأولة يكون مسؤولاً لدى المستصنع (البنك) وليس له صفة قأنونية مباشرة بالمستصنع في العقد الإول " عقد الإستصناع " فعقد المقأولة هو عقد موازٍ لعقد الإستصناع الإول وليس معلقاً عليه ، وهو منفصل عنه من الناحية القأنونية في حقوقه والتزاماته .

وبناء على ما سبق يرى الباحث ضرورة الإنفصال التام ما بين عقد العميل مع البنك وعقد البنك مع المقأول وعدم وجود الدمج بين العقدين .

ولذا يتحمل كل طرف من الإطراف التزاماته الناشئة بموجب اتفاقه .

وعليه فإن المقأول يكون ضامناً أمام البنك والبنك، يضمن سلامة المشروع أمام العميل .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

غير أن ضمان المصرف للمشروع يظهر أثره فيما إذا أنتهت فترة ضمأن المقأول لمشروع البنك وحصل ما يدعو إلى الضمان في فترة وقوع المشروع تحت ضمأن البنك أو احتاج إلى صيأنة المقأول فإن الضمان أو الصيأنة تكونان من مسؤولية المصرف والحالة هذه ، وعليه فإن ضمأن المصرف لا يكون مجرد ضمأن صوري للمشروع وإنما هو ضمأن حقيقي يترتب عليه تكاليف ، وإشراف، وحسن تنفيذ .

ويرى بعض الباحثين أنه في صورة الإستصناع الموازي "يقوم المستصنع بدفع تكاليف الإستصناع للمصرف ويقوم المصرف بإعطاء المقأول الثأني قيمة العطاء الذي رسى عليه ، والباقي من العملية له ، أما في حالة قيام شركات تابعة للمصرف بالعمل وحلولها مكان مقاول ثان ، كان تكون شركة المقاولة جزء منها للمصرف ، والإخر لشركة خاصة فإن نسبة الأرباح التي ترجع إلى المصرف تكون أكبر (1)

01 ارشيد ،محمود ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص130

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث أن قيام المستصنع بدفع التكاليف للمصرف لعمل الشيئ المستصنع مخالف لطبيعة العملية التمويلية ،لأن المصرف هنا صأنع وممول في ان واحد ولولا حاجة العميل إلى التمويل لما أقدم على إدخال المصرف كطرف ثالث بينه وبين المقأول ، لكن لحاجته إلى تمويل المصرف اعتبر المصرف صأنعاً وبقي العميل يمارس دور المستصنع ونظراً لكون المصرف غير قادر على ممارسة العملية بنفسه إما لعجزه عن ذلك ، أو لأنشغاله بغيرها صار مستصنعاً فهو صانع من جهة ومستصنع من جهة أخرى .

غير أنه من جهة العميل صانع يدفع تكاليف العين المستصنعة منه ابتداءً ، فهو صانع ممول ، ومن جهة المقاول مستصنع يدفع تكاليف العين التي يصنعها المقأول فهو مستصنع بالمفهوم الفقهي لعقد الإستصناع لكن ليس بين شخصين طبيعيين ، بل بين شخصين حكميين أو أحدهما حكمي والاخر طبيعي .

وسيأتي التكليف الفقهي لصورة عقد الإستصناع الموازي لاحقاً –بعون الله – .

المطلب الخامس :– **سندات الإستصناع**

يعرف السند بأنه " قرض طويل الإجل تتعهد الشركة المقترضة بموجبه أن تسدد قيمته في تواريخ محددة "(1) والسندات الإستثمارية التي تصدرها الدولة هي ما تعرض للجمهور لغرض استثمار رؤوس الاموال فيها مقابل فائدة بنسبة مضمونة ، ويعين أطفاؤها بإعادة رأس المال والفوائد في موعد محدد " والسندات من الإوراق المالية التي تصدرها الشركات المساهمة أو المؤسسات أو الدول (2)

وبناءً عليه فإن المصارف الإسلامية أو الحكومات قد تصدر سندات وتطرحها في الإسواق من أجل استصناع مشروع معين ،قد يكون مشروعاً استثماريا .

---

01 شبير ، محمد عثمان ، المعاملات المالية المعاصرة ص215 ، دار النفائس ، الإردن – عمأن .

02 المرجع السابق ص 216

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

" وقد تقوم بعض الشركات بطرح سندات استصناع، وذلك على أساس أن يشتري لها المكتتبون ما ترغب فيه بنفس طريقة بيع المرابحة للآمر بالشراء ، وتتعهد هي بشراء المصنوع بالربح الذي تعرضه ، وبالشروط التي تناسب هذه الشركة ، أو تلك، لتسديد الاقساط ، كما قد تقوم شركات الملاحة، الطيران، والسفن " استصناع احتياجاتها اللازمة من الطائرات والسفن وفق احتياجات معينة ، وذلك بإصدار سندات استصناع مخصصة لتمويل البناء (الصنع) ضمن المواصفات ومن ثم تسليمها للمستصنع وبيعها له (1)وسيأتي لاحقاً بيان حكم هذه الصورة –بعون الله –

والملاحظ أن عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي يغاير في بعض الإشكال عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي من النواحي التالية(2)

أولاً: إن البنك لا يرغب في السلعة المصنعة لذاتها وإنما يهدف لبيعها لغرض تحقيق الربح

ثانيا: إن الهدف من هذا العقد هو العمل على توفير السيولة النقدية للمصنع –الصانع – بدون تقاضي فوائد ربوية ، وفي الوقت نفسه لابد أن يحقق عائداً على أمواله المستثمرة لدى المصأنع ،فقيام البنك بشراء كميات محدودة تغطي التمويل الذي يحتاج إليه المصنع في تشغيله يحقق غاية من غايات عقد الإستصناع .

ويرى الباحث أن تحقيق الغاية الإخرى تكمن في توفير السيولة اللازمة لأنشاء المبأني وما يلزم المواطنين من احتياجاتهم الصناعية، وكذا الحكومات أي (حاجات المستصنعين) ولعل هذه هي الغاية الأكبر من عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي

ثالثا: عدم مرونة استخدام عقد المضاربة أو المشاركة في بعض المشاريع ،حيث أن هناك موجودات مستثمرة طويلة الاجل ، كما أن عملية الرقابة والتدقيق واحتساب الأرباح وعملية التوزيع يعرض البنك لكثير من المشكلات ،كما يمنع المصنع من حرية التصرف في إدارة المصنع (3).

---

01 ارشيد ،محمود عبدالكريم ،الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص131

02 الشباني ،محمد عبدالله ،بنوك تجارية بدون ربا "دراسة نظرية وعملية " ص225

03 المرجع السابق نفس الصفحة

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث أنه مما ينبغي الإلتفات إليه هنا وجوب وجود التصنيع في عملية الإستصناع وأن لايقتصر دور المصرف على مجرد توفير المواد الخام للمصأنع لأن هذا يحول العملية إلى عملية مرابحة ومن المعلوم أن الإستصناع لا يكون الإ فيما تدخله الصنعة و لايكون فيما يشتري شراء فحسب .

المطلب السادس : آلية تطبيق عقد الإستصناع في المصارف الإسلامية

يعني الباحث بهذه الإلية الخطوات العملية التي يمر بها عقد الإستصناع من الناحية القأنونية في النظام المصرفي الإسلامي وإجراءات ذلك سواء أكان ذلك من العميل أم من المصرف .

وهذه الخطوات هي (1)

01 يقدم العميل طلب استصناع مبنى (سكن ، مصنع ، مستشفى ..... الخ) ويرفق مع الطلب بياناً كاملاً مدعما بالرسوم والخرائط أو يقوم بتوصيف ما يريد صنعه إلى الدائرة الهندسية التابعة للمصرف ، وتقوم الدائرة بعمل اللازم (خرائط ،تراخيص ، شوارع ..... الخ) بالإضافة إلى التقرير الهندسي المتضمن كلفة المشروع ، وتحويله إلى دائرة دراسة الجدوى الإقتصادية لتحديد الإيرادات المتوقعة من المشروع .

02 يعرض الطلب على الإدارة في المصرف للدراسة وإمكانية التنفيذ .

03 في حالة الموافقة من المصرف على عرض التعامل يطلب المصرف الضمانات اللازمة:-

أ. رهن المبنى والأرض المقام عليها المشروع

ب. تفويض للمصرف بإدارة العقار وتحصيل الإيرادات بعد الإنتهاء منه

ج. تقديم شيكات مؤجلة بقيمة الإقساط

د. التأمين الشامل على العقار يقوم به العميل لصالح المصرف طيلة فترة السداد لدى شركة التأمين .

---

01 ارشيد ،الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسمية ص124

ريحأن ،بكر ،دورة التمويل بالمضاربة من 5/5-2002/5/9 ص45 معهد الدراسات المصرفية ،عمان – الإردن .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

04 بعد التوقيع النهائي يقوم المصرف بتوقيع عقد الإستصناع مع المتعامل، يحدد فيه جميع الحقوق والإلتزامات على كلا الطرفين .

05 بعد التوقيع إما أن يقوم المصرف عبر الدائرة الهندسية ، وبالتعامل مع شركة الإنشاءات التابعة له بالعمل والإنشاء ؛وهو الافضل وهو الذي سبق تسميته بالإستصناع العقاري .

أو يقوم المصرف عبر الدائرة الهندسية بالتوقيع مع أحد المقأولين المحليين عقد مقأولة وذلك بإجراء عطاء والتوقيع مع الذي يرسو عليه العطاء ، ولا علاقة بين العميل ،والمقأول ،فعلاقة كل منهما مع المصرف مباشرة .

06 يقدم المقاول خطاب ضمان مصرفي بنسبة 10% من قيمة المشروع (ضمان حسن التنفيذ) ،كما يحجز المصرف على 10% من كل دفعة تدفع للمقأول كذلك، ضمأناً لحسن التنفيذ ،يقوم المصرف بدفعها له في نهاية التنفيذ إذا كان مطابقاً لمواصفات المصنوع المتفق عليه .

07 يحجز المصرف 5% من قيمة المشروع للصيانة لمدة معينة وغالباً ما تكون سنة ؟

08 إذا لم يوف العميل بالإلتزامات المترتبة عليه يقوم المصرف باستخدام الضمانات الموجودة لديه).

ويرى الباحث أنه لا داعي لتفويض البنك بادارة العقار وتحصيل الإيرادات منه لأن المصرف لا يقوم باسترداد راسماله وارباحه من المشروع نفسه فقط كما هو الحال في المشاركة ،بل له الحق في استرداد ماله وعائده من أي مصدر آخر يتفق عليه ، و في حال عجز العميل (المستصنع) عن اداء الإلتزامات فللمصرف الحق في استرداد ذلك مما لديه من ضمانات وعلى هذا فإن للمصرف الحق في رهن العقار فتبقى العين مرهونة للمصرف، ولكن ليس له الحق في المنفعة (أي استغلال منفعة العقار أي استغلال منفعة العقار).

كما أنه ليس للمصرف الحق في إجبار العميل على تحصيل إيرادات المشروع ،بل للعميل الوفاء بالإلتزامات من مصدر آخر كراتبه الشهري مثلاً.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما يرى الباحث أنه لا تناقض بين قيام العميل بالتأمين الشامل على العقار لحين الإسترداد ، وما بين كون المصرف مسؤولاً عن المبنى فإن مسؤولية المصرف عن المبنى تبقى حتى فترة أنتهاء الإستلام للمشروع وكذا الصيأنة ،كما أن ضمأن المصرف يكون ضد الاخطار الناشئة عن سوء في التنفيذ أو خلل في الإشراف ،أما إذا تعرض المبنى لزلزال – لاقدر الله – أو حريق وما إلى ذلك فلا يبقى المصرف مسؤولاً عن ذلك ،فمسؤوليته تقتصر على الإضرار الناشئة نتيجة عمله وصيأنة المبنى وحمايته من الإخطار وقبل تسليمه للعميل – وهذا لاحفاء فيه –.

اما بعد ذلك فالعميل مسؤول عن ضمأن ملكه ولعل هذا التأمين يحتاج إليه المصرف إذا كان المبنى هو مصدر الإسترداد لرأس المال المقدم من قبل المصرف .

أما موضوع التأمين وجوازه وعدم جوازه أي حكمه من الناحية الشرعية فهذا سنبحثه فيما بعد –إن شاء الله– .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثالث

الفصل الثالث :التأصيل الشرعي لعقد الإستصناع في النظام المصرفي.

المبحث الإول: تكييفه الفقهي.

المبحث الثاني: حكمه الشرعي.

المبحث الثالث: ضوابطه.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثالث

التأصيل الشرعي لعقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي

يقصد الباحث بالتأصيل الشرعي هنا ، ارجاع عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي ، أي الصور والإشكال التي يمكن للمؤسسات الإقتصادية الإنتفاع منها وتطبيقها في عقد الإستصناع ،وكذا ما هو مطبق حالياً إلى الصور الفقهية القديمة ، بحيث تأخذ جميع أحكامها .

ونتيجة طبيعية للتقدم الهائل والتطور الذي جرى في طبيعة الحياة من تقدم صناعي وتكنولوجي ، وعلمي ..... الخ وجدنا أن الإستصناع بدأ يأخذ صوراً وأشكالا جديدة لم تكن معروفة في العهود السابقة ، وهذا يعني أن التكليف الفقهي القديم لعقد الإستصناع ، قد لا ينطبق على جميع هذه الصور ، وأن بعضها ربما يحتاج- بسبب تشعبه إلى عدة أطراف – إلى وصفه بأكثر من صورة ، وقد اجمع أكثر من عقد في صورة عقد واحد. لكل عقد منها أحكامه المختلفة عن غيره .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا يتطلب من الباحث أن يبين التكليف الفقهي للصور والإشكال التي سبق ذكرها في الفصل الثاني ، والتي تعتبر أعمالا مصرفية تدخل ضمن خطط وبرامج المؤسسات الإقتصادية وأهدافها في التمويل والإستثمار . كما لا بد من بيان الحكم الشرعي لهذه الصور والاشكال بناءً على التكليف الفقهي لها .

وهذا يعني أن حديثنا سيشمل جانبين ، هما التكليف الفقهي لصور وأشكال عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي ، وبيان الحكم الشرعي لعقد الإستصناع في هذا النظام وإيراد الضوابط التي تكفل التقيد بالإحكام التي تورد .

المبحث الإول :- تكييفه الفقهي .

أ. **لا اشكال في كون الصور التي يمثلها المصرف باعتباره مستصنعاً أو صانعاً** أن كلا منها يمثل صورة احد طرفي عقد الاستصناع في الصور الفقهية البدائية ولا تفترق عنها الإ في اعتبار المصرف شخصاً معنوياً (اعتبارياً) وليس شخصاً طبيعياً وكذا الطرف الثأني الذي قد يعتبر نتيجة للتوسع الصناعي والتكنولوجي شخصاً حكمياً كما إذا كان شركة مقأولات تنفذ العمل المطلوب ، وذكر الباحث سابقاً أن الفقهاء القدامى جروا على اعتبار الشخصية الحكمية وإن لم يصرحوا بذلك.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا مانع من اعتبارها فقهاً أو قأنوناً

ب. صورة الإستصناع العقاري .

وهي التي يقوم المصرف فيها بتجهيز المشروع بجميع مستلزماته، وهي التي يطلق عليها "تسليم المفتاح" فهي عبارة عن استصناع بالمعنى الفقهي القديم الذي يجمع شخصين ، ويتميز عن الإستصناع القديم باعتبار الصانع ممولاً في ذات الوقت وبائعاً للعميل هذا المشروع بيعاً بالتقسيط وسيأتي بيان هذا في تكليف الإستصناع الموازي .

ج. الإستصناع الموازي

أن أكثر صور عقد الإستصناع شيوعاً ؛ هي صورة الإستصناع الموازي، وهي التي لا يباشر المصرف أعمال الإستصناع بنفسه بل بواسطة غيره وهذه الصور تحتاج إلى مزيد نظر ودقة في البحث .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

فالملاحظ للباحث ، أن هذه العملية لا تقتصر على صورة واحدة ، بل تجمع عدة صور ، وتشتمل على عدة عناصر .

فالصور هي ، استصناع ، وكالة ، بيع مرابحة بالتقسيط

والعناصر هي :-

أولاً : العميل :- وهو الذي يتقدم بطلب إلى المصرف طالباً منه تمويل مشروع معين .

ثانيا: المصرف:- وهو الذي يتقبل طلب العميل ويوقع معه الإتفاق على إنشاء المشروع .

ثالثا: المقاول :- وهو الذي يحيل المصرف عليه عقد الإستصناع ليباشره نيابة عن المصرف.

فالذي يظهر للباحث هنا أن عنصراً جديداً دخل عملية الإستصناع وهو المصرف فصارت عملية مركبة من ثلاثة اطراف ، و لم تعد تقتصر على طرفين .

وبيان صور الإستصناع الموازي وعلاقاته حسب وجهة نظر الباحث كالتالي:-

أولاً : الإستصناع :-

وهذه الصورة تبدأ في المرحلة الإولى ؛ حيث يتقدم العميل بطلب إلى المصرف لصناعة شيء معين .

فيمثل العميل دور طالب الصنعة ، كما يمثل المصرف دور الصانع فعلاقة المصرف مع العميل كعلاقة الصانع مع المستصنع كل منهما مسؤول امام الاخر ، المصرف مسؤول عن حسن العمل والتنفيذ وما دام أنه يمثل دور الصانع بالنسبة للعميل ؛ فينبغي بقاؤه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ضامناً للمبنى حتى يتم الإستلام النهائي للمشروع من قبل العميل ، انهاء المدة المقررة – حسب الإتفاق ، أو القانون – .

وكذا العميل (طالب الصنعة) يكون مسؤولاً عن دفع ثمن العين المستصنعة للمصرف ، حسب الإتفاق على ذلك .

هذا من جهة العميل والمصرف .

أما من جهة المصرف والمقاول ، فالمصرف هو المستصنع ، والمقاول هو الصانع وما ينطبق على العميل والمصرف ، ينطبق على المصرف والمقاول .

ثانياً : الوكالة :-

إلا أن الباحث قد رجح سابقاً أن المعقود عليه في الإستصناع هو العين والعمل معاً ، وما دام الأمر كذلك فإنه لا يصح أن يدفع المصرف عمل الإستصناع إلى غيره ليقوم به نيابة عنه -بمطلق عقد الإستصناع – حتى ولو جاء به موافقاً للمقاييس والمواصفات المطلوبة والمتفق عليها بموجب عقد استصناع العميل مع المصرف . بل لا بد عندها من الوكالة (أي توكيل العميل للمصرف بإمكانية قيامه بدفع العمل إلى غيره)

ومن المعلوم أن المصرف لا يباشر أعمال الإستصناع بنفسه بل بواسطة غيره من شركات مقاولات أو متعهدين ..... الخ فيقوم المصرف بتوكيل هذه الجهات بالقيام بالإعمال المتفق عليها مسبقاً بينه وبين العميل نيابة عنه .

ومعروف أن الوكالة : استنابة الجائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة (1) فهي إذا إنابة الشخص غيره مقامه نفسه في أي عمل من الإعمال المباحة .

---

01 إبن مفلح ، المبدع ، 325/4

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول (1)

وتصح الوكالة في كل ما يقبل النيابة ، وذلك كتوكيل الإوصياء والوكلاء المفوض إليهم من ينوب عنهم ، وكاستخلاف الإمام على ما يلزم به القيام من أمور المسلمين (2)

فكل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره (3)

وقد سبق أن بين الباحث أدلة جواز ومشروعية عقد الإستصناع ،فكما يجوز للمصرف ، وهو شخصية اعتبارية – ممارسة عقد الإستصناع بنفسه جاز له أن يباشره بواسطة غيره ، فعقد الإستصناع ، وارد على عمل مباح ، يقبل النيابة .

وبناءً على اعتبار الباحث المقاول وكيلاً عن المصرف من جهة وصأنعاً من جهة أخرى ، والمصرف وكيلاً عن العميل من جهة ، وصأنعاً من جهة أخرى ومن قبل المقاول موكلاً من جهه ومستصنعاً من جهة أخرى فهذا يقتضي أن يكون المقاول مسؤولاً مسؤولية مباشرة امام المصرف عن حسن التنفيذ ، والتقيد بالمواصفات ، وفي حال الإخلال بأي شرط من الشروط فللمصرف الحق في مقاضاته ، وتطبيق العقوبات المتفق عليها مسقاً من قبل.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

كما أن المصرف يبقى ملتزماً بأداء ما عليه من التزامات تجاه المقاول فالمقاول يمثل دور الصانع ، والمصرف دور المستصنع .

---

01 الموصلي ، الإختيار ،156/2 ، الحطاب ، أبو عبدالله ؛ مواهب الجليل 161/7 ، بركات ، عمر فيض الإله المالك في حل الفاظ عمدة السالك وعدة الناسك 48/2 ط1953/2م مصطفى البالي الحلبي – القاهرة ، إبن مفلح ، المبدع 325/4

02 الحطاب ، أبو عبدالله ، مواهب الجليل 161/7

03 المرغيناني ، الهداية 152/3

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبناءً على هذا ، يشترط أن يقوم المصرف باضافة عقد الستصناع القائم بينه وبين المقاول إلى نفسه لا إلى العميل ، حتى تتعلق جميع تصرفات المقاول بالمصرف لا بالعميل

وقد نص الفقهاء صراحة على أن"كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجاره 00 تتعلق حقوقه به من تسليم المبيع ونقد الثمن والخصومة في العيب وغير ذلك ، لأن الوكيل هو العاقد ولا يفتقر في هذه العقود إلى ذكر الموكل "(1)

ومما ينبغي الإلتفات إليه هنا أنه لا يجوز للمصرف أن يوكل المقاول أو يحيل عليه العطاء الإ بالإذن الصريح من العميل ،لأن الباحث قد اعتبر المصرف صأنعاً ووكيلاً في أن واحد ولا يصح "للوكيل أن يوكل احداً فيما وكل فيه الإ بإذن الموكل لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره 000"(2)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

لذا يقترح الباحث أن ينص صراحة في عقد الإستصناع الموازي على قيام العميل بتوكيل المصرف بتوكيل غيره أو إحالة العطاء على غيره لتنفيذ المشروع على أن تتعلق اعمال المقاول بالمصرف لا بالعميل 0

والثمرة المترتبة على ضمأن المشروع من قبل المقاول وضمأن المصرف للمشروع وحسن تنفيذه وصيأنته للعميل 0تظهر جلية ،عند أنتهاء فترة ضمأن المشروع من قبل المقاول وأنتهاء فترة صيانته ،وبقاء هذه الفترة قائمة وسارية بين المصرف و العميل ،وظهر ما يوجب الضمان أو احتاج المبنى لتصليح معين ،فإن المصرف هو الذي سيتكفل بهذه الإعباء وحده دون المقاول لأنتهاء فترة صيانة المقاول وبقائها في حق المصرف للعميل وعندها يكون ضمان المصرف حقيقياً لا صورياً0

01 الموصلي ، الإختيار 2/157-158

02بركات، عمر ،فيض الإله المالك في حل الفاظ عمرة السالك وعدة الناسك 50/2

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً:- المرابحة والبيع بالتقسيط0

يرى الباحث أن الإنتقال لهذه الصورة في آخر مرحلة إلى بيع مرابحة بالتقسيط وذلك لأن 0

المرابحة كما بين الباحث سابقاً هي بيع للعين بما قامت على البائع من ثمن وتكاليف مع إضافة هامش ربح يتفق عليه 0

وهنا لم يكن المصرف مجرد صانع يستصنع فحسب وإنما هو ممول أيضاً،ولولا حاجة العميل إلى النقد اللازم لما أقدم على هذا الإتفاق مع المصرف 0

ومما يؤكد اعتبار هذه الصورة في المرحلة الإخيرة بيع مرابحة أن تكاليف الإستصناع للعين قد تزيد وقد تنقص وقد يحتاج العمل إلى تمويل أكبر مما كان متوقعاً ،وما دام أن المصرف هو المتكفل الوحيد بتكاليف المشروع فهو إذا ملزم بدفع التكاليف كاملة ،كما يحصل في المشاركة المتناقصة – وهذا يعني أن الربح الذي يتقاضاه المصرف سيكون على المرحلة النهائية التي قام المشروع بها من تكاليف على المصرف ،فيعمد المصرف إلى تحصيلها من العميل مضافاً إليها هامش ربح متفق عليه غير خاضع للزيادة إذا تأخر العميل عن السداد في الوقت المحدد حتى لا يصبح ربا 0

والأصل أن المرابحة بيع من البيوع ،ولا يجوز للأنسان أن يبيع ما لا يملك الإ أن الإستصناع هو بيع مالإ – كما يرى الباحث – وما دام أن العمل المنجز من قبل المقاول يتعلق بالمصرف قبل تسليمه للعميل فإن هذا العمل يكون مملوكاً للمصرف أولاً قبل أنتهاء فترة التسليم المتفق عليها بين العميل و المصرف ،وما دام أن المال الذي تم تمويل المشروع بواسطته هو مال المصرف ،فإن المصرف في هذه الفترات هو المالك الحقيقي للمشروع 0 لا سيما وأن المصرف سيبقى ضامناً هذا العمل ، سواء أكان بناءً أم عملاً آخر سيبقى مسؤولاً عن سلامته وعدم تعييبه وصيانته طيلة الفترة اللازمة (أي قبل التسليم) ، وعند استلام العميل للمبنى تنتقل المسؤولية من المصرف للعميل ، و بالتالي ينتقل الضمان والملك الحقيقي إلى العميل ، لأن المالك هو المسؤول عن خراب ملكه أو تعييبه .

وبناءً على ما ذكره الباحث سابقاً يرى الباحث ضرورة كون المبنى أو المشروع أي (العين المستصنعة) ملكاً للمصرف أولاً ثم يتم التنازل عنها .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن المعلوم أن الصانع يكون مالكاً للعين المستصنعة لحين تسليمها فهو في الواقع مالك وأن لم ينص على ذلك صراحة ، فالمواد الإولية ، والعمل كل منهما من الصانع فهو إذا مالك ، لكن ملكيته تبقى قبل التسليم لا بعده .- والله تعإلى أعلم -.

سندات الإستصناع

يعرف السند بأنه "عبارة عن صك يمثل ديناً على الهيئة التي أصدرته سواء كانت إحدى الشركات أو هيئة حكومية ، ويتعلق بقرض طويل الإجل "(1)

وسبق أن بين الباحث ان بعض الشركات قد تقوم بطرح سندات لتمويل المشروع بطريق الإستصناع* غير أنه مما ينبغي الإلتفات إليه في هذا المقام أن حصول أصحاب السندات على قيم سنداتهم أمر مضمون، لأن الأصل في ذلك هو الحصول على الضمانات الكافية قبل عملية التمويل ، وما ينطبق على المصرف ينطبق على أصحاب السندات لأن كلا منهما ممول ، وكما أن المصرف يحصل على الضمانات الكافية قبل بدء عملية التمويل ، فكذا ، أصحاب السندات .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا يعني أن اصحاب السندات سيحصلون على رؤوس أموالهم مضافاً إليها عائد من المال ، دون أن يقوموا بأي ضمأن أو ملكية للمشاريع ودون أن يقدموا أي سبب من أسباب استحقاق الربح .

وهذا ليس كصكوك المقارضة ، لأن المضاربة في الأصل كما هو معلوم خاضعة للربح أو الخسارة ، فالصك فيها عبارة عن مشاركة في مشروع قابل للربح أو الخسارة وهذا بخلاف الإستصناع .

فسندات الإستصناع هنا عبارة عن قرض ربوي ، وهو لا يجوز – والله تعالى أعلم- .

---

01 الهيتي ، عبدالرزاق ، المصارف الإسلامية ص348

* انظر ص96 من هذه الرسالة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني : الحكم الشرعي لعقود الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي

مما سبق يتبين للباحث أن عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي سواء أكان عقارياً ، أم موازياً، ... الخ ، يجمع بين عناصر مشروعة لا تخالف نصاً جزئياً ، أو قاعدة كلية في الشريعة .

فالإستصناع مشروع ، وقد سبق بيان مشروعيته ، وكذا الوكالة دلت على مشروعيتها نصوص كثيره من الكتاب والسنة ، وبيع المرابحة كذلك .

أما البيع بالتقسيط فقد اختلف أهل العلم في جوازه ومشروعيته على قولين :-

القول الإول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (1) والمالكية (2) والشافعية (3) والحنابلة (4)، إلى جواز البيع بثمن حال وثمن مؤجل ، وجواز الزيادة في سعر السلعة لأجل الإجل ؛ لكن شريطة أن يتم تحديد ثمن واحد قبل العقد .

وذلك لإطلاق قوله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا"(5) .

جاء في الهداية " ... لأن للأجل شبهاً بالمبيع ؛ الا يرى أنه يزاد في الثمن لأجل الإجل ..." (6) .

وجاء في حاشية إبن عابدين عن الإجل " ويزاد في الثمن لأجله إذا ذكر الإجل بمقابلة زيادة الثمن قصداً " (7)

أي يزاد في الثمن لأجل الإجل إذا كانت هذه الزيادة في مقابلة التأجيل للدفع .

وجاء في حاشية الدسوقي " وجب على بائع المرابحة بيان الإجل الذي اشترى إليه ؛ لأن له حصةً من الثمن ..." (8)

وجاء في مغني المحتاج " ... لأن الإجل يقابله قسط من الثمن "(9)

---

01 المرغيناني ، الهداية 25/3

02 إبن رشد ، محمد بن احمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 175/2 ، دار القلم – بيروت ط1408/1هـ .

03 الشربيني ، مغني المحتاج 42/2

04 إبن مفلح ، المبدع 103/4 –104

05 سورة البقرة الإيه 275

06 المرغيناني ، أبو الحسن ، الهداية 58/3 مصطفى البابي الحلبي – مصر- الطبعة الإخيرة .

07 إبن عابدين ،محمد أمين رد المحتار 142/5 – دار الفكر – بيروت ط2 / 1966م

08 الدسوقي ، شمس الدين ، محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 165/3، دار الفكر – بيروت

09 الشربيني ، مغني المحتاج 79/2 ، مصطفى البابي ، القاهرة – 1958م

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا ظاهر في اعتماد هؤلاء الفقهاء القول بجواز زيادة السعر من أجل الإجل؛ فسعر السلعة يكون قدراً معيناً ، ولكن بسبب التأجيل يرتفع السعر إلى قدر اخر يتفق عليه ، ولا شك أنه لا مبرر لهذه الزيادة الإ الإجل كما يعتقد الباحث .

القول الثاني : ذهب ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز الزيادة في سعر السلعة عن سعر يومها لأجل الإجل .

استدل إبن حزم على ما ذهب إليه بـــ: (1)

01 ما روي أن النبي ﷺ نهى " عن بيعتين في بيعه "(2)

02 قوله عليه السلام " من باع بيعتين في بيعه فله أوكسهما أو الربا "(3)

03 أن القول بجواز ذلك يجمع وجوها من البلاء ، وأنواعاً من الحرام ؛ منها تعدي حدود الله ، وشرط ليس في كتاب الله ، وبيعتين في بيعة ، وبيع ما لا يحل وابتياعه معاً(4)

الترجيح :-

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

والذي يميل إليه الباحث هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز بيع السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الإجل .

وذلك لأن الأصل في هذه المعاملات وغيرها هو الإباحة ، ولا يحرم منها الإ ما دل الشرع على تحريمه ونص عليه .

أما الإستدلال بالنهي عن بيعتين في بيعه بلفظ أوكسهما ففي إسناده محمد بن عمرو بن علقمه ، وقد تكلم عنه بعض أهل العلم ؛ منهم الحافظ بن حجر العسقلأني ،حيث قال في كتابه تقريب التهذيب " محمد بن عمرو بن علقمه ، صدوق له أوهام "(5) كما تكلم عنه الذهبي فقال متهم (6).

---

01 إبن حزم ، أبو محمد ، علي بن احمد ، المحلى 15/9 ادارة الطباعة المنيريه –مصر – شارع الإزهر 1351هـ

02 سبق تخريجه ص64 من هذه الرسالة

03 البيهقي ، السنن الكبرى 343/5

04 إبن حزم ، المحلى 15/9 ، مرجع سابق

05 العسقلاني ، إبن حجر،احمد بن علي ، تقريب التهذيب 196/2 رقم 582 ، دار المعرفة – بيروت – لبنأن ط2 1975م

06 الذهبي، شمس الدين ،ديوان الضعفاء والمتروكين ،2 ص327،دار القلم بيروت-لبنان ط1408/1هـ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالتالي لا يصح الإستدلال بهذا الحديث لوجود الضعف في إسناده .

أما حديث "نهى عن بيعتين في بيعه " فكان يقول بعتك هذه السلعة بعشرة نقداً أو بعشرين لأجل (1) دون أن يحدد السعر المراد ودون أن يتم التقيد به في العقد ، وهذا يؤدي إلى المنازعة والجهالة (2).

وهذا يعني أنه إذا تم الإتفاق مسبقاً على كيفية البيع إذا كان نقداً أو لأجل فيكون جائزاً –والله اعلم – .

وهذا ما حجة مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة في جده 17-23 شعبأن 1410هـ وفق 14-1990/3/20م حيث قرر مايلي :- (3)

01 تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال ، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً وثمنه بالإقساط لمدة معلومة . ولا يصح البيع الإ إذا جزم العاقدأن بالنقد أو التأجيل؛ فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الإتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعاً .

02 لا يجوز شرعاً في بيع الإجل التنصيص في العقد على فوائد التقسيط مفصوله عن الثمن الحال بحيث ترتبط بالإأل ، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة ام تم ربطها بالفائدة السائدة .

03 إذا تأخر المشتري المدين في دفع الإقساط عن الموعد المحدد ، فلا يجوز الزامه أي زيادة عن الدين بشرط سابق أو بدون شرط ، لأن ذلك ربا محرم.

---

01 عبد الحميد ، علي حسن علي ، شرح غريب الفاظ صحيح الجامع الصغير وزيادته للحافظ جلال السيوطي نسخة " ترتيب احاديث صحيح الجامع الصغيروزيادته للسيوطي ، النبهأني ، الإلبأني 259/2 مكتبة المعارف – الرياض ط1987/1م .

02 شبير ، محمد ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص315 والنفائس ط2001/4م .

03 المرجع السابق ص316

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى هذا فإن عقد الإستصناع الموازي جائز من الناحية الشرعية ولكن يبقى ، سؤال وهو ما المبرر الذي يستحق المصرف الحصول على الإأباح بموجبه ؟

إن مسؤولية المصرف بصفته صأنعاً في العقد الإول وتحمله لكل المسؤوليات الناجمة عن أي إخلال بالوضع ، وما يترتب على ذلك من ضمأن وقيامه بالإدارة والإشراف على تنفيذ عقد المقاولة ؛ هي التي تبرر له أخذ الربح الذي يحصل عليه من هذه المعاملة (1)

ويرى الباحث أن هذا الضمان الذي يقوم به المصرف من ضمأن للمبنى قبل تسليمه للعميل ، أو بعد تسليمه حتى أنتهاء فترة ضمأنه المقررة هو المسوغ لحصول المصرف على الأرباح .

وبالرجوع إلى كتب الفقهاء نجد أنهم يجعلون الربح يستحق بالمال أو بالعمل أو الضمان ؛ فرب المال يستحق ربحه بالمال ؛ والمضارب بالعمل (2) وأما الضمان فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بقول النبي ﷺ " الخراج بالضمان " (3) فإذا كان ضمأنه عليه كان خراجه لـــه (4) ويدلل الكسأني على صحة استحقاق الربح بالضمان ؛ بأن صأنعاً لو تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل؛ ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان ،فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فإن لم يوجد شئ من ذلك لا يستحق ، بدليل أن من قال لغيره تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز، ولا يستحق شيئاً من الربح ؛ لأنه لا مال منه ، ولا عمل ، ولا ضمأن .(5)

وعلى هذا يرى الباحث أن المصرف يستحق الأرباح بموجب ضمأنه للمبنى وبعد استلامه من المقاول ، وقبل تسليمه للعميل .

أما اجتماع هذه الصور في صورة عقد واحد، أي جمع أكثر من عقد في عقد واحد فقد

---

01 محيسن ،فؤاد ، التأصيل الشرعي لعقد الإستصناع والمقاولة ص134-135 مرجع سابق

02 المرغيناني ،أبو الحسن ،الهداية 10/3 ، إبن الهمام ،كمال الدين ،فتح القدير 190/6

03 الترمذي ، حديث رقم 1285 وقال حسن صحيح

04 الكسأني بدائع الصنائع 83/5

05 المرجع السابق 83/5

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سبق أن بين الباحث آراء العلماء في ذلك، واستقر الرأي على جواز ذلك لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة ما لم يرد دليل يمنع .

وقد أجازت هيئات الرقابة الشرعية مثل هذه الصور في عقد الإستصناع، حيث وردت مجموعة اسئلة من شركة الراجحي إلى الهيئة الشرعية للشركة .

وفيما يلي عرض لبعض الإسئلة وأجوبتها وتعليق الباحث عليها :-

السؤال الإول :- نرجو إبداء الرأي الشرعي عن إمكان تعامل الشركة بعقد استصناع في استثمار أموالها، وعن كيفية استفادتها من هذا العقد الذي أصبحت حاجة الإستثمار الإقتصادي تتطلبه كثيراً ، وعن الوجوه والصور المقبولة شرعاً في التعامل به ؟

الجواب :- بعد المدأولة المستفيضة أنتهت الهيئة الشرعية في هذا الموضوع إلى مايلي :-

أولاً : يجوز عقد الإستصناع في كل شيء يصنع صنعاً وينضبط بالوصف، وسواء أكان من الإموال الإستعمالية، أو الإستهلاكيه؛ إذا وصف في عقد الإستصناع وصفاً كافياً نافياً للجهالة وحدد لصنعه وتسليمه أجل ويجوز أن يكون الثمن فيه معجلاً ، أو مؤجلاً، أو مقسطاً .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ثانياً : ويكون العقد في هذه الحال لازماً على الطرفين وليس للمشتري (المستصنع) خيار رؤية إذا جاء المصنوع موافقاً للمواصفات المشروطة .

ثالثاً : الإشياء الطبيعية التي لا تدخلها صنعة الإنسان كالمنتوجات الزراعية من الحبوب والثمار والخضار والفواكه لا يجوز فيها عقد الإستصناع وإنما يجوز بيعها سلماً بشروطه الشرعية المقررة في فقه المذهب ، ولكن حالتها الطبيعية إذا دخلها التصنيع الذي يخرجها عن حالتها الطبيعية كالفواكه واللحوم المعلبة المحفوظة فإنها يجوز أن تباع وتشترى بطريق الإستصناع بالشروط المبينة في البند الإول ، وهذا يعني أن للشركة أن تشتري سلماً منتوجات طبيعية ثم تبيعها بعقد استصناع منتوجات مصنعة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبناءً على ما تقدم ترى الهيئة الشرعية أن لشركة الراجحي أن تمارس عقد الإستصناع في كل ما يصنع صنعاً كما في الإمثلة التالية :-

أ. يمكن أن تشتري الشركة بطريق الإستصناع سلعاً وبضائع منضبطة بالوصف المزيل للجهالة من الإشياء القيمية ؛كسفينة أو سجاجيد لفرش مسجد أو قصر ذات مواصفات خاصة ليس لها أمثال في السوق إلى أجل معين، وتدفع ثمنها نقداً عند توقيع العقد، أو مؤجلاً، أو مقسطاً وتبيع بعقد آخر سلعاً وبضائع تتعهد بصنعها بنفس المواصفات في السلع التي اشترتها استصناعاً وإلى أجل بعد الإجل الإول الذي ستتسلم فيه ما استصنعته ، على أن يدفع المشتري من الشركة الثمن لها كذلك نقداً أو مؤجلاً أو مقسطاً،وللشركة في كلا العقدين (حيث تكون بائعة أو مشتريه) أن تأخذ وتعطي الضمانات التي تراها كافيه .

وكذلك تستطيع الشركة أن تشتري وتبيع بالطريقة الإنفة الشرح نفسها سلعاً ، وبضائع من الإشياء المثلية، والتي يكثر أمثالها في السوق ، ويحل بعض أفرادها محل بعض في الوفاء ،كالكراسي والإدوات ذات المواصفات العالمية الموحدة (ستأندر)وكذا التي ليست عالمية ولكنها يصنع منها كميات كبيرة للاستعمال، أو للاستهلاك بمواصفات واحدة موجودة في الإسواق ، كالمنسوجات المتجأنسة والإواني النموذجية والرقائق المعدنية من حديد وألمنيوم أو سواهما إلى غير ذلك من الإموال والإشياء المثلية التي لا تحصى فكل هذه الإنواع تستطيع الشركة أن تدخل فيها بعقد استصناع بصفة (بائعة)مع من يريد شراء كميات كبيرة منها وتعقد عقد استصناع بصفة (مشترية) مع جهة أخرى لتصنع لها المقادير التي التزمت بها في العقد الإول، وبالمواصفات نفسها وفي كلا الحالتين لها أن تنفق مع الطرف الإخر البائع (الصانع) أو المشتري (المستصنع) ، على أن يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً، وتجعل وقت تسليم المصنوعات في حالة كونها مشترية قبل موعد التسليم في العقد الذي هي فيه بائعة على أنه في

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كل الحالات يجب أن لا تتم الإجراءات والعقود بصورة تجعل العملية حيلة على التمويل الربوي، وغني عن البيان أن ما اشترته الشركة بعقد استصناع أو سلم ، يجوز لها بعد أن تستلم البضاعة أن تبيعه بيعاً عاديا بثمن نقدي أو مقسط أو مؤجل بأجل واحد(1)

ويتضح للباحث من هذه الفتوى أمور :-

أولاً:- إن عقد الإستصناع يكون في كل شيء يمكن ضبطه بأوصاف معينه وفيما يصنع صنعا أما ما لا تدخله الصنعه ولا يوصف بأوصاف معينه فلا يصلح فيها الإستصناع وهذا ما رجحه الباحث سابقاً

ثأنياً:- لزوم العقد للطرفين وعدم إثبات خيار الرؤية إذا جاءت الصنعة مطابقة للمواصافات ولا إشكال في ذلك ؛ وقد مر سابقاً0

ثالثاً:- جواز تأجيل وتعجيل الثمن في عقد الإستصناع وهذا ما رجحه الباحث أيضاً في ما مضى 0

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

رابعاً:- أما الصورتأن اللتأن التي أجازت الهيئة التعامل بهما؛ فللباحث بعض التعليقات في هذا المقام :-

أما الصورة الإولى : فهي لا تتعدى أن تكون عملية شراء عادية ثم يبع مرابحه فهي عبارة عن شراء سلع وبضائع بعقد وبيعها بعقد آخر دون وجود عملية الصنع .

ومن المعلوم كما مر؛ أن الإستصناع لا يكون الإ فيما تدخله الصنعة فهو وإن كانت الشركة قد تعهدت بعملية الصنع الإ أن عملية الصنع لم توجد حقيقة؛ فهي عبارة عن بيع لنفس السلع التي اشترتها والتي تعهدت بصناعتها ومن المعلوم أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ .

أما الصورة الثانية : فيرى الباحث أنها عملية استصناع مواز ؛ حيث تنص على دخول الشركة بعقد استصناع بصفتها بائعة وتعقد عقد استصناع بصفتها مشترية مع جهة أخرى لتصنع لها المقادير التي التزمت بها في العقد الإول 0

وهذه هي صورة الإستصناع الموازي التي ذكرها الباحث سابقاً والتي رجح القول بجوازها

01 البركة للاستثمارات والتنمية ،فتأوى اقتصادية ،مجموعة فتأوى الهيئة الشرعية ، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار –قرار رقم (53)تم الحصول عليها عبر الإنترنت 0

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

استناداً إلى تكييفاتها الفقهية

السؤال الثاني :–ما الرأي الشرعي حول السؤال المقدم من الشركة حول جواز شرائها ست طائرات بوينج 737-400 بموجب عقد شراء بقيمة معلومة ؛ على أن تقوم شركة الراجحي بدفع جزء من الثمن عند توقيع العقد مع شركة بوينج وستقوم شركة بوينج بتسليم الطائرات على دفعات .

كما تقوم شركة الراجحي بتوقيع عقد استصناع؛ كصانع مع شركة أولمبيك اليونانية كمستصنع لبيعها ست طائرات بنفس المواصفات التي تعاقدن شركة الراجحي مع شركة بوينج عليها وتقوم شركة أولمبيك بدفع دفعة مقدمة ويتم تسديد باقي الثمن على دفعات متوافقة مع تسليم الطائرات.

وفي حالة عدم رغبة شركة أولمبيك في إتمام العقد مع شركة الراجحي ورفضها لاستلام أية طائرة من الطائرات الست عند موعد تسليمها ؛ تقوم شركة الراجحي كوكيل عن شركة أولمبيك بموجب العقد ببيع الطائرات التي رفضت شركة أولمبيك استلامها وتحصل على نسبة قدرها 5.2% من ثمن بيع هذه الطائرات وتستوفي شركة الراجحي ثمن بيع هذه الطائرات الذي من شركة أولمبيك من المشتري الجديد فإن زاد ثمن بيع هذه الطائرات على السعر الذي اشترت به أولمبيك من شركة الراجحي أعيد الزائد إلى شركة أولمبيك وأن نقص ثمن بيع هذه الطائرات عما تطالب به شركة الراجحي شركة أولمبيك من الثمن تعود شركة الراجحي على شركة أولمبيك به ؟

الجواب :–

لا ترى الهيئة ما نعاً أن تقوم شركة الراجحي بتنفيذ العملية المذكورة إذا كان الأمر كما تم وصفه في السؤال بشرط أن تقوم شركة الراجحي بتحمل تبعات المالك كهلاك العين ، ونفقات الصيأنة والتأمين على العين إلى حين تسليمها للمشتري والإ يكون خلال العملية قرض ربوي صريح أو مستور؛ على أن تزود الشركة الهيئة بصورة موثقة عقود ووثائق هذه العملية لمراجعتها من الناحية الشرعية (1)

---

01 مجموعة فتاوى الهيئة الشرعية – شركة الراجحي المصرفية للاستثمار قرار رقم (111) ، منظمة المؤتمر الإسلامي ، مجمع الفقة الإسلامي ،قرارات وتوصيات مجلس مجمع الفقه الإسلامي من الدورة الإولى حتى الدورة الثامنة ،تم الحصول عليها عبر الإنترنت .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث أن الطائرات إذا لم تكن موجودة حال التعاقد وستقوم شركة بوينج بتصنيعها بناءً على طلب شركة الراجحي ، أنها تكون والحالة هذه عملية استصناع مواز .

وبناءً عليه تكون شركة الراجحي هي المسؤولة عن المواصفات والمقايس أمام العميل .

أما إذا كانت الطائرات موجودة فهي لا تتعدى كونها عملية بيع مرابحة ، وهي تأخذ صفة الإلزام في هذه الحالة حيث إن شركة أولمبيك في حال رفضها لاستلام الطائرات تقوم شركة الراجحي ببيعها لغيرهم وتحصل على نسبة معينة بدل اتعابها، ولولا أن العقد ملزم لشركة أولمبيك لما قامت شركة الراجحي بتحميل شركة أولمبيك بدل أتعابها.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

والدليل على لزوم هذا العقد بالنسبة لكلا الشركتين (الراجحي والإولمبيك) أن شركة الإولمبيك ستكون ملتزمة بالسعر الذي اتفقت مع شركة الراجحي عليه وإن زاد سعر بيع الطائرات للغير سيكون الزائد من نصيب شركة الإولمبيك، وأما إذا نقص فستكون الإولمبيك ملتزمة بالفرق؛ وهذا يعني لزوم هذا العقد بالنسبة لها فهو بيع مرابحة ملزم وإن اختلفت الإلفاظ ..... والله تعالى أعلم

السؤال الثالث :- ما مدى جواز الدخول في العملية التالية :-

أولاً : تقوم شركة الراجحي بشراء كمية من خام معدن النحاس من المصدر نقداً بسعر 100 دولار للطن كمثال ، ويكون الدفع عند تسليم الخام من موقع شركة أوتوكمبو في السويد .

ثانياً : في نفس الوقت تقوم شركة الراجحي بالتعاقد مع شركة أوتوكمبو لتصفية الخام وتحويله إلى نحاس حسب المواصفات العالمية للمعدن وتكون الكمية النهائية للمعدن 100 طن كمثال ويسلم بعد 180 يوماً أي في مخازن معترف بها في السويد مقابل 50 دولاراً للطن عن تصفيته، تدفع عند استلام شركة الراجحي للمعدن المصفى .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً : تدخل شركة الراجحي في مواعدة للدخول في عملية مقايضة مع شركة تجارية مملوكة لسيتي بنك تقوم بموجبها شركة الراجحي بمبادلة 100 طن نحاس مخزن بالسويد مع 100 طن مخزن في مخازن مقبولة من بورصة لندن للمعادن.

رابعاً : أيضا تقوم شركة الراجحي ببيع 100 طن من النحاس في بورصة لندن بسعر 1150 دولاراً للطن كمثال، وذلك عن طريق شركة تجارية مملوكة لسيتي بنك لكونها دلال مقبول لدى بورصة لندن؛ حيث لا يمكن لشركة الراجحي التعامل مباشرة مع البورصة .

خامساً : تقوم شركة أوتوكمبو بتسليم شركة الراجحي طن نحاس مخزن بالسويد مقابل دفع شركة الراجحي لها مبلغ 50 دولاراً للطن ، ثم تقوم شركة الراجحي بمقايضة المعدن مع شركة تجارية مملوكة لسيتي بنك حسب المواعدة القائمة بينهما .

سادساً : وبالختام تقوم شركة الراجحي بتسليم بورصة لندن للمعادن المخزنه في مخازن مقبولة لبورصة لندن تنفيذاً لعملية البيع مقابل استلام قيمة البيع وهي 1150 دولاراً للطن ؟

الجواب :

وبعد تأمل الهيئة الشرعية في تفاصيل هذه العملية، رأت أنه لا مأنع من أن تقوم بها الشركة؛ على أن يكون العقد الذي تبيع بع شركة الراجحي النحاس في بورصة لندن بواسطة شركة تجارية مملوكة لسيتي بنك ، عقد استصناع (1)

01 الفتاوى الشرعية في المسائل الإقتصادية الإجزاء (1، 2 ، 3) بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (248)،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المرجع السابق

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتضح للباحث من هذا السؤال أن هذه العملية تتضمن عنصر شراء مواد خام وهذا عبارة عن بيع عادي أي مبادله مال بمال .

أما عملية تحويل الخام إلى نحاس فهي عملية استئجار من شركة الراجحي المادة ومن شركة أوتوكمبو العمل، فهي عملية إجارة بالمفهوم الفقهي ولكن بين شخصيتين حكميتين .

أما العمليات الإخرى فهي عبارة عن مقايضة وبيع ولا يرى الباحث أن هذه العمليات تدخل في مفهوم الإستصناع الذي نقصده هنا ؛ غير أنه يرى (الباحث) أن لا مأنع شرعاً من التعاقد بمثل هذه الصور لأنها تجمع عناصر مشروعه – والله اعلم – .

السؤال الرابع :- يتقدم إلينا بعض ملاك الإراضي طالبين منا أن نقوم ببناء بعض أراضيهم التي يملكونها سواء أكان ملكاً كاملا أم بالشراء بالإجل وذلك على أن نقوم نحن بتحمل كافة نفقات البناء ؛ بما في ذلك الإنفاق على تنفيذ المشروع والإتفاق مع المقاول والإشراف على تنفيذه للعمل حسب المواصفات المطلوبة ومن ثم استلام البناء بعد الإنتهاء منه وتسليمه لمالك الإرض على أن نتفق نحن والمالك على قيمة مقطوعة لأنهاء البناء وتسليمه إليه جاهزاً بحيث يدفع لنا 25% من هذه القيمة مقدماً وقبل البدء بالإعمال، والباقي على أقساط شهرية أو سنوية قد تمتد إلى ثلاث سنوات فما هو الرأي الشرعي بذلك .

الجواب :-

يجوز لبيت التمويل عقد مقأولة لاقامة بناء لشخص على أرض مملوكة له على نفقته بعد الإتفاق مع المالك على قيمة مقطوعة لهذا العمل، وعلى تسليم عربون وللبيت (1) أن يستعين بمن يشاء على سبيل المقاولة الثأنية ويطبق على كل مقأولة شروط الإتفاق الخاصة بها ، وهذا يعتبر من عقود الإستصناع ولا مأنع شرعاً من تأجيل دفع القيمة أو تقسيطها وتوصي اللجنة باتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بحفظ حقوق بيت التمويل الكويتي سواء بالإرتهان أو بالكفالة أو غيرها (1).

ويرى الباحث أن هذه العملية هي عقد استصناع مواز لاإشكال فيه .

---

01 المقصود هنا "بيت التمويل " وهذا على سبيل الإستصناع الموازي .

02 الفتاوى الشرعية في المسائل الإقتصادية – الإجزاء (1، 2 ، 3) بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (435)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السؤال الخامس : إذا جاء رجل يطلب منا أن نبني على إحدى قسائمنا التي نملكها بناية سكنية أو تجارية على أن يلتزم هو بسداد المبلغ الذي سنتفق عليه ابتداءً ، وذلك بأقساط سنوية كأجرة للبناية ، شريطة أن نمكنه من استخدام البناية بعد تنفيذها وأن تؤول إليه ملكية البناية بعد سداد الإقساط المتفق عليها ؛ فما التكييف الشرعي لمثل هذه المعاملـــة إذا وجد ؟

وهل يجوز اعتبار العملية المذكورة أعلاه بيعاً بالأجل وأن هذه الاقساط هي أقساط بيع الإجل وليست إيجاراً ؟ علما بأن البناية ستظل باسم بيت التمويل الكويتي لحين الإنتهاء من سداد الإقساط .

الجواب :

هناك طريقتان مشروعتان لتحقيق الغرض من عملية توفير بناية للمستأجر يريد في المستقبل تملكها وهما :-

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أولاً: اما أن تؤجر البناية لمدة محدوده ويتم التواعد على بيعها بعد أنتهاء مدة الإجارة بثمن يتفق عليه، فإذا أنتهت الإجارة يصار إلى عقد البيع تنفيذا للوعد، ويمكن أن يحدد الوعد بأمد خلال فترة الإجارة فإذا أبرم عقد البيع فسخت الإجارة عن بقية المدة تلقائياً.

ثأنياً: أن يتم البيع بالإجل بعقد استصناع ويتفق على سداد الثمن بأقساط مع رهن البناية المبيعة رهنا غير حيازي بل في سجلها العقاري بحيث لا يفك الإ بسداد جميع الثمـــن(1) .

يرى الباحث أن هذه العملية إنما تكون إجارة منتهية بالتمليك إذا كانت البناية قائمة قبل التعاقد، فيقوم العميل باستئجارها تمهيداً لتملكها على هذا الإساس .

غير أن الباحث يرى أنها تبدأ بصورة استصناع حيث إن فيها طلباً للصنعة ابتدأ لكون العين غير موجودة وقت التعاقد وبعد إتمام البناء تنتقل إلى البيع بالتقسيط ولا داعي لاعتبارها إجارة منتهية بالتملك .

ومما سبق يتبين للباحث أن كثيراً من الصور قد يطلق عليها اسم الإستصناع مع أنها لا تكون حقيقة استصناعاً لكونها تجمع بين صور أخرى لا يكون الإستصناع أحدها .

01 فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي فتوى رقم (17)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولعل سبب إطلاقهم عليها اسم الإستصناع هو عملية التصنيع التي تكون فيه ، غير أن عملية التصنيع هذه قد تكون إجارة كما إذا كانت المادة الخام مقدمة من طالب الصنعة .

وقد تكون بعض العمليات الإخرى مرابحة وما إلى ذلك؛ فليس كل عقد يطلق عليه اسم الإستصناع يكون استصناعاً حقيقة .

لا بل أن بعضها قد لا يجمع عناصر مشروعة بل قد يكون مجرد قرض ربوي، فتلجأ المؤسسات الإقتصادية أو المؤسسات العامة لطرح قروض ربوية، تطلق هذه المؤسسات عليها اسم الإستصناع أو المشاركة أو المرابحة لتسويغها وجعل الموظفين التابعين لها أو المواطنين يقبلون عليها مع كونها غير مشروعة أصلاً، لذا لابد من الإنتباه لحقيقة كل معاملة والتحقق من تكييفها الفقهي لمعلرفة ما يترتب عليها من آثار فقهية وقانونية، والتأكد من كونها تجمع بين عناصر مشروعة –واللّة تعالى أعلم–.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث: ضوابط عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي:

يتبين للباحث أن عقد الإستصناع ينبغي أن يكون محكوماً ومنضبطاً بالإمور التالية :-

01 أن لايكون عقد الإستصناع وسيلة للإقراض الربوي.

بمعنى ضرورة وجود التعاقد الحقيقي والرغبة في ذلك من كل الإطراف وبالتالي تحمل كل طرف من الإطراف، مسؤوليته الكاملة عن اثار هذا العقد .

02 يجب أن يراعى في هذا العقد الشروط التي اعتمدها الفقهاء وأقرتها المجامع الفقهية ، لتكون ضمأناً في تطبيق هذا العقد بما يحقق الإهداف المرجوة ويمنع الضرر (1).

03 ضرورة عدم استعمال هذا العقد بما يؤدي إلى استغلال حالات العوز والحاجة لدى العملاء ، وذلك بأن تكون عمليات الإستصناع بأسعار عادلة، وضرورة وضع قواعد ونظم مستمدة من الشريعة الإسلامية؛ للحيلولة دون إساءة استعمال مثل هذه الصيغ من التعاقد وغيرها (2)

04 ينبغي دراسة أثر المشروع الإستثماري على الإمن الإقتصادي والإجتماعي بصفة عامة ؛ وذلك باعتبار أن أحد أهداف النظام الإقتصادي الإسلامي ، تحقيق الإمن الإقتصادي ، والإجتماعي، عن طريق اشباع حاجات الإفراد المادية ونشر التعأون والتعاضد(3)

05 أن تخضع هذه العقود ، بصورة دورية ، إلى مراقبة هيئات الرقابة الشرعية ، وينبغي على هذه الهيئات أن تمارس دورها في تفحص العقود ومراقبة تطبيقها عملياً(4)

06 يرى الباحث ضرورة عدم السماح بتمويل أي مشروع محرم ؛ كمصأنع الخمور، أو السجائر ، أو المراقص ودور السينما؛ لأنها محرمة ولا ينبغي التعاقد عليها ؛ لما فيها من بث أمور لا تتفق وأحكام الشريعة ، وتمويلها يساعد على نشر الرذيلة والمحرمات داخل المجتمع الإسلامي .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

01 مؤتمر المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية المنعقد بالمركز الثقافي الإسلامي – الجامعة الإردنية من 21-23 ذو القعدة 1414هـ (توصيات المؤتمر) بوساطة الإشقر ، محمد سليمأن واخرون بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة 247/1

02 المرجع السابق نفس الجزء والصفحة .

03 قابل ، سامي عبدالرحمن ، مجلة الإقتصاد الإسلامي 38/13 ، مجلة اسلامية اقتصادية يصدرها قسم البحوث والدراسات الإقتصادية بنك دبي سنة 1414 هـ -1994م

04 عربيات ، وائل محمد ، المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك ودور البنوك الإسلامية في تفعيلها ص92 رسالة جامعية – ماجستير – كلية الشريعة – الجامعة الإردنية 2000م

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

07 إذا تأخر العميل عن سداد قسط من الإقساط في موعده المحدد فلا يجوز للمصرف الزيادة في السعر لأجل التأخير ؛ لأنه تم الإتفاق على ذلك مسبقاً .

08 إذا جاء العميل بالمبلغ المحدد قبل موعد استحقاقه فلا يجوز اجبار المصرف على تخفيض المبلغ بسبب هذا التقديم ، لأنه يكون عندها إبراء مقابل الإجل، وحتى لا يكون هناك بيعتأن في بيعه وهو ما ذكره الباحث سابقاً .

إلى غير ذلك من الضوابط الشرعية التي تكفل حسن تطبيق مثل هذه العقود وعدم الوقوع فيما حرم الله .... – والله تعإلى اعلم –.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الرابع

الفصل الرابع :أحكام عقد الإستصناع في النظام المصرفي.

المبحث الإول: إذا اقترن به شرط جزائي.

المبحث الثاني: أنتهاؤه وفسخه.

المطلب الاول :- أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على عقد الإستصناع.

المطلب الثاني :- أثر العيوب الطارئة على عقد الإستصناع.

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية
مكتبة الجامعة الاردنية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الرابع

أحكام عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي:-

المبحث الاول : إذا اقترن به شرط جزائي:-

يتحدث الباحث في هذا المطلب – بعون الله – عن حكم عقد الإستصناع إذا اقترن به شرط جزائي ، وغالباً ما يكون هذا الشرط من جانب المستصنع سواء أكان العميل ، أم المصرف باعتبار كل منهما مستصنعاً ، ويقصد الباحث هنا اشتراط شرط جزائي على المقاول عند عدم تنفيذ الإلتزامات، فما أثر هذا الشرط على العقد ؛ وهل يصح اشتراطه من قبل أحد الإطراف؛ وقبل بيان أثر الشرط الجزائي على عقد الإستصناع ؛لابد من تعريفه وبيان طبيعته وذكر مزاياه ،وبيان سلطة القاضي بالنسبة لهذا الشرط ،ثم بيان حكمه الشرعي ،وأثره على عقد الإستصناع .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

أولاً : – تعريفه :

يعرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق تابع يحدد بموجبه الطرفان مسبقاً التعويض أو العقوبة عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه (1)

فالشرط الجزائي ، عبارة عن تقدير وتحديد لمقدار التعويض الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي ، أو المماطلة في تنفيذه كما هو الشأن بالنسبة لالتزام المقاولات ،وهذا يحصل كثيراً في مقأولات النقل من تحديد مبلغ التعويض مسبقاً عن ضياع البضائع في عقد النقل ، أو كما يرد عادة في عقد المقاولة من تقدير مبلغ التعويض مسبقاً عن كل تأخير في إتمام المشروع (2).

وهذا الشرط الجزائي هو التزام تبعي ، والمبلغ المتفق عليه ليس هو محل الإلتزام الأصلي ، وإنما هو تعويض اتفاقي يدفع لمشترطه عند عدم التنفيذ أو التأخير عن الوقت المحدد ، ويترتب على ذلك أن لا تتم المطالبة بالتعويض هذا قبل المطالبة بالإلتزام الأصلي وأن مصير الشرط الجزائي يتبع الإلتزام الأصلي فإذا بطل هذا الإلتزام بطل الشرط الجزائي

---

01 الرويشد ، عبد المحسن 1983م ، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ، ص52 رسالة دكتوره – كلية الحقوق –جامعة القاهرة .

02 نور الدين ، لمطاعي ، " الشرط المقترن بالعقد – "دراسة مقارنة " رسالة ماجستير – معهد الحقوق والعلوم الإدارية – جامعة الجزائر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا يبطل الإلتزام الأصلي ببطلأن الشرط الجزائي ، كما يترتب على ذلك أن فسخ العقد يترتب عليه زوال الشرط الجزائي بأثر رجعي (1)

والملاحظ مما سبق أن الأصل وجود عقد تبعه الشرط الجزائي ، ولا يعني هذا أن صحة العقد يترتب عليها صحة الشرط الجزائي ، ولكن بطلأن العقد يستتبعه بطلأن الشرط الجزائي ، لأن الشرط الجزائي وسيلة لضمأن تنفيذ العقد والإلتزام بالإحكام الناشئة بموجبه ولا يتصور وجود التابع عند بطلأن المتبوع .

" والشرط الجزائي هو إحدى الوسائل المتعددة التي أوجدتها الحياة القضائية ، وذلك بغية تعزيز مفاعيل الموجبات القانونية، ويشكل الضمان المحتسب وفقاً للأعراف التجارية الإكثر أهمية لحمل الفريقين على تنفيذ موجباتهما تنفيذاً ملائماً وصحيحاً من حيث الكميات والمهل والنوعيات والإنسجام والدفع المتبادل وتقنيات العلاقات التي تهدف إلى تحسن العمليات الإقتصادية .

... كما أن فقهاء القانون قد عرفوا أن الغرض من الشرط الجزائي هو ضمأن تنفيذ الإلتزام" (2).

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فهو إذا ليس الإ ضماناً لتنفيذ موجبات العقود .

وما دامت الغاية من الشرط الجزائي هي ضمأن تنفيذ الإلتزام ، فإن هذا يقتضي بالضرورة وجود التزام أصلي وصحيح ، الأمر الذي يجعل الشرط الجزائي التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي (3) – كما أسلفت –.

---

01 شبير ، محمد عثمان ، صيأنة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي بحث ضمن كتاب " بحوث فقهيه في قضايا اقتصادية معاصرة ص857 مرجع سابق .

02 الرويشد ، عبد المحسن ، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ص603-604.

03 درادكه ، فؤاد صالح ، الشرط الجزائي ، التعويض الإتفاقي في القأنون المدني الإردني " دراسة مقارنة " ص72 كلية الحقوق – الجامعة الإردنية .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

" ولابد من الإشارة إلى أن الشرط الجزائي يختلف عن الصلح ، فالإتفاق اللاحق لا يكون شرطاً جزائياً الإ إذا تم مقدماً أي قبل وقوع الإخلال بالإلتزام الذي يقدر التعويض عنه ، أما إذا جعل الإتفاق بعد الإخلال بتنفيذ الإلتزام أصبح صلحاً لا شرطاً جزائياً "(1)

وهذا يعني أن الشرط الجزائي حتى يصح وتترتب عليه آثاره ويقضى به ؛ينبغي أن يكون سابقاً على الإخلال بالإلتزامات و وقوع صاحب الشرط بالضرر. فإذا كان الإتفاق لاحقاً أي بعد الوقوع في الضرر فهذه ليست الاتسوية وصلحاً بين المتعاقدين .

فالفكرة التي يقوم عليها التعويض الإتفاقي ، هو أن الطرفين يتفقأن مسبقاًفي ذات العقد ، أو في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام ، وهو شرط صحيح – قانوناً – طالما أنه لا يخالف النظام العام والإداب العامة ، وقد أطلقت تسمية { الشرط الجزائي } بهذا الإسم؛ لأن المبلغ المذكور في العقد عادة ما يكون أكبر من الضرر الحقيقي الذي يلحق بالدائن . ولهذا فإن للقاضي سلطة تعديل التعويض الإتفاقي (2)كما سيأتي لاحقاً – بعون الله –

" كما لا بد من الإشارة إلى أن الشرط الجزائي طريق احتياطي ؛ لأن التنفيذ العيني يبقى هو الأصل ، وعلى ذلك فإن الدائن أو المدين لا يتقيد بالشرط الجزائي طالما ظل التنفيذ العيني ممكناً .

– **فبالنسبة للدائن** :– يجوز له التمسك بالتنفيذ العيني ، رغم الشرط الجزائي ويحق له بالتالي أن يحصل على إذن من القضاء للحصول على التنفيذ العيني على نفقة المدين ، ويلزم المدين بهذه النفقات .

---

01 الفضل ، منذر ، النظرية العامة للالتزامات في القأنون المدني الإردني " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي ، والقوأنين المدنية الوضعية " الجزء الثأني ، احكام الإلتزام ص73 ، مكتبة دار الثقافة عمأن – الإردن –1998م .

02 المرجع السابق نفس الصفحة .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالنسبة للمدين :– إذا عرض تنفيذ التزامه عيناً ، فليس للدائن في هذه الحالة ، أن يتمسك بالشرط الجزائي "(1)

وذلك لأن العبرة بالإلتزام الاصيل لابالشرط الجزائي – كما يقول الإستاذ السنهوري – (2)

ويوضح السنهوري هذه الفكرة بقوله " لايستطيع الدائن أن يطالب المدين الإ بالإلتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكناً – وكذلك لايجوز للمدين أن يعرض على الدائن الإ الإلتزام الأصلي ، وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن إذا أصبح تنفيذ الإلتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين ....

ثم يمضي قائلاً " ويبنى على ما تقدم أن الشرط الجزائي – كالتعويض – لا يعتبر التزاماً تخييرياً ، ولا التزاماً بدلياً ، فهو ليس بالتزام تخييري ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار الإلتزام والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب الإ تنفيذ الإلتزام الأصلي ما دام هذا ممكناً ، ولأن المدين هو أيضاً لا يملك هذا الخيار ، بل هو لايستطيع الإ أن يعرض تنفيذ الإلتزام الأصلي ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائي ليس بالتزام بدلي لأن المدين لايملك أن يعدل عن تنفيذ الإلتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عنه (3).

ويعني هذا أن الشرط الجزائي لا يعتبر بدلاً عن تنفيذ الإلتزام فلا يملك المدين استبدال الإلتزام الأصلي بتنفيذ الشرط الجزائي ، كما لا يملك الدائن ذلك الإ عند الإستحالة وهذا هو الصحيح – وفق اعتقاد الباحث– والله تعالى أعلم .

---

01 عبدالله ، فتحي عبدالرحيم ، وعبدالرحمن ، احمد شوقي ، شرح النظرية العامة للالتزام 36/2 منشأة المعارف – الإسكندرية 2000-2001م .

02 السنهوري ، عبدالرزاق احمد ، الوسيط في شرح القأنون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام 860/2 ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنأن – 1998م .

03 المرجع السابق 861/2 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لأن القول بجواز كون الشرط الجزائي بديلاً عن الإلتزام الأصلي سيؤدي إلى الوقوع في الظلم لأحد الإطراف ، فقد تكون قيمة الشرط الجزائي كبيرة وكثر من قيمة الإلتزام الأصلي ومطالبة الدائن به بدلاً عن الإلتزام الأصلي سيوقع المدين فس لاضرر، ولهذا فإن الشرط الجزائي ليس إلا احتياطاً لضمان تطبيق الإلتزامات بالصورة المتفق عليها<

ثانياً: مزايا الشرط الجزائي

يحقق الشرط الجزائي عدداً من المزايا منها : – (1)

01 ضمان تنفيذ العقد وعدم الإخلال به :– وهذا ما سبق بيانه فالملتزم إذا أدرك أنه إذا لم يقم بتنفيذ العقد، أو تأخر فيه التزم بما هو أشد وطأة منه ، حمله ذلك على الوفاء بما التزم به في موعده وبهذا يؤمن المشتري نفسه ضد تقصير البائع في التسليم ويؤمن البائع نفسه ضد التأخير في السداد ، ويعزز المقرض فرص تحصيل المبالغ المقترضة .

02منع المنازعات :– فهو يمنع إلى حد كبير المنازعات التي يمكن أن تثور حول الضرر من حيث وقوعه أوعدمه ، ومن حيث اعتباره مباشراً أو غير مباشر متوقعاً أو غيره ، لأن مجرد النص عليه يتضمن تسليماً من المدين بأن إخلاله بالتزامه يترتب عليه ضرر للدائن فيعفى بذلك الدائن من عبء إثبات الضرر ، وذلك بالنص على عدم ضرورة إثبات الضرر مطلقاً.

03 الحد من تحكم القانون والقضاء :– لأنه ينطلق من إرادة الطرفين وبذلك ينوب عن القأنون والقاضي في تحديد التعويض ، ويحول دون أية تعسفات تصدر في تضرراهما .

04 تحقيق التعويض الأمثل :– ذلك أن الفرقاء المعنيين هم أصح المقدرين للضرر الذي يمكن أن ينجم عن عدم تنفيذ العقد أو التأخير فيه (2).

---

01 الرويشد ، عبد المحسن ، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ص52 .

02 المرجع السابق نفس الصفحة .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً :- شروط استحقاق الشرط الجزائي :-

يتحقق الشرط الجزائي بتوافر شروط معينة :- (1)

01 وجود خطأ من المدين :

فلا يستحق الشرط الجزائي ، الإ إذا كان هناك خطأ من المدين ، والغالب أن يكون هذا الخطأ ، خطأ عقدياً يتعلق بالعقد نفسه ، فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين ، فلا مسؤولية في جأنبه ، ولا يكون التعويض مستحقاً . ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي ، فما هو الإ تقدير . لتعويض قد استحق ، و لم يستحق التعويض ها هنا – الإ بسبب وجود الخطأ .

02 وجود ضرر يصيب الدائن :-

ذلك لأن الضرر من أركان استحقاق التعويض فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة .

03 توافر رابطة السببيه بين الخطأ والضرر :-

فلا يستحق الشرط الجزائي ، الإ إذا قامت السببيه بين الخطأ والضرر ، أما إذا أنتفت هذه العلاقة بثبوت السبب لأجنبي ، أو أنتفت بأن كان الضرر غير مباشر أوكان مباشراً و لكنه غير متوقع فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ، ولايستحق التعويض فلا محل إذن لاعمال الشرط الجزائي .

04 إعذار المدين :-

والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في جميع الإحوال التي يجب فيها إعذار المدين ، أما في الإحوال التي لاضرورة فيها للإعذار فإنه لايشترط – " كما إذا كان هناك امتناع عن العمل ، فهنا لا ضرورة للإعذار –" وما دام التعويض لايستحق الإ بالإعذار في الإحوال التي يجب فيها ، فإنه إذا لم يقم الدائن بأعذار المدين في هذه الإحوال لم يكن التعويض مستحقاً ، ولايكون هناك محل لإعمال الشرط الجزائي .(2)

---

01 السنهوري ، عبدالرزاق ، الوسيط 856/2-859

02 المرجع السابق نفس الجزء والصفحات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتضح للباحث مما سبق ؛ أن هذه الشروط تهدف إلى جعل المسوغ لتنفيذ هذا الشرط وجود الضرر عند الإخلال ، وأن يكون هذا الإخلال بسبب المدين ، إما لإخلاله بالإلتزامات ، أو لإهماله أو تأخير .... الخ .

ويشترط أن يتم إعذاره عساه يقوم بتصويب وضعه ، وتنفيذ التزاماته قبل فوات الإوأن ، وهذا يؤكد أن الشرط الجزائي ليس الإ تعويضاً عن ضرر ناشئ عن الإخلال بالإلتزامات المتفق عليها بموجب العقود الناشئة بين الإطراف المتعاقده .

" ومن هنا فإنه لايعمل بالشرط الجزائي في الحالإت التالية:- (1)

01- أنتفاء خطأ المدين :- كما لو استحال تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لايد له فيه ، فينقضي التزامه ، وينقضي الشرط الجزائي .

02- عدم تحقق الضرر ، فلا يستحق الدائن قيمة التعويض المحددة في الشرط الجزائي إذا لم يلحقه ضرر ناتج عن إخلال المدين بالتزامه .

03- أنعدام السببية بين الخطأ والضرر ، كما لو أثبت أن خطأ المدين ليس هو السبب المباشر فيما لحقه من ضرر

"ومما لابد من الإلتفات إليه هنا أن الخطأ العقدي الموجب للتعويض الإتفاقي قد يرتكبه المقاول وحده أو المستأجر أو البائع أو غيرهم .

ففي نطاق عقد المقاولة وخطأ المقاول الموجب للتعويض الإتفاقي (التعويض عن التأخير في تنفيذ الإلتزام) فالغرامات التأخيرية لا تعرض اعتباطاً ، وإنما لأسباب توجبها كان يكون التأخير قد تسبب فيه المقاول مباشرة (2) كما يعفى المقاول من الغرامات .

التأخيرية ، إذا كان التأخير بسبب أجنبي كسقوط الإمطار (3)

---

01 عبد الله ، فتحي ، وعبدالرحمن ، احمد شوقي ، شرح النظرية العامة للالتزام ص36-37.

02 الفضل ، منذر ، النظرية العامة للالتزامات 75/2.

03 المرجع السابق ص77.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعاً : سلطة القاضي بالنسبة للشرط الجزائي :-

إن سلطة القاضي تقوم على إعمال الصفة التعويضية للشرط الجزائي أو تخفيضه ، أو زيادته ، أو استبعاده ، فلا يستحق الدائن التعويض الإتفاقي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وهنا يحق للقاضي استبعاد الشرط الجزائي ، كما أن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً في تقديره مبالغة كبيرة ، أو كان المدين قد نفذ جزءاً من الإلتزام فللقاضي أن يقوم بتخفيض الشرط الجزائي بقدر اهمية الإداء الذي نفذه المدين ، كما يمكن للقاضي أن يقوم بزيادة الشرط الجزائي إذا جأوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي (1) وكان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، أما إذا لم يثبت أن هناك غشا أو خطأ جسيماً من قبل المدين ؛ فإن القاضي لا يزيد في قيمة الشرط الجزائي ليكون مسأوياً للضرر ، بل يحكم به كما هو . ويكون الشرط الجزائي بمثابة تخفيض لمسؤولية المدين ، والإتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها جائز (2)

ولعل سلطة القاضي هنا تقوم على أساس درء التعسف في استعمال الحق – كما يرى الباحث – وذلك لأن المدين قد يخل بأحد الشروط المتفق عليها والتي تستوجب التعويض. الإ أن الدائن لايكون قد لحقه ضرر ، فتمسكه بموجب الشرط الجزائي يعني أن الدائن قد قصد الإ ضرار ، ولا شك أن "تمحض قصد الإضرار هو علة التعسف في استعمال الحق "(3).

ومن المعلوم أن التعسف ممارسة الشخص فعلاً ، بمقتضى حق شرعي ثبت له أو بمقتضى إباحة أصلية ، على نحو يلحق بغيره الإ ضرار أو يتناقض الحكمة الإساسية التي شرع الحق من أجلها .(4)

فالشرط الجزائي حق ثبت للدائن عند إخلال المدين بالتزاماته وهذا الحق إنما ثبت دفعاً للضرر عن الدائن إذا ما لحقه نتيجة خطأ المدين أو تقصيره ، فإذا استعمل الدائن هذا الحق مع عدم وجود تضرر تبين أن الدائن استعمله على نحو يناقض حكمة التشريع – كما يعتقد الباحث – والتعسف " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل "(5)

---

01 عبدالله ، فتحي ، عبدالرحمن ، شوقي شرح النظرية العامة للالتزام ص 38 –39 .

02 السنهوري ، الوسيط 877/2.

03 الدريني ،نظرية التعسف في استعمال الحق ص176 ط1977/2 مؤسسة الرسالة –بيروت –لبنان – ط1977/2م

04 المرجع السابق ص46-47

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

05 الدريني ، فتحي عبدالقادر ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص87

ولذا كان للقاضي أن يقوم بإزالة هذا التعسف ، وابقاء العقد يسير بطريقته الصحيحة . والتي تحفظ حقوق الإطراف كلهم .

وقد نص القانون المدني الأردني على أنه " يجوز للمحكمة في جميع الاحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مسأوياً للضرر ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك " (1)

خامساً : حكم الشرط الجزائي :-

ينقسم الشرط الجزائي إلى قسمين قسم يتعلق بالديوأن فهذا شرط جزائي مقرر لتأخير الوفاء بالديون وهو ربا النسيئة المحرم بنص القرأن (2)

قال تعإلى " الذين يأكلون الربا لايقومون الإ كما يقوم الذي يتخبطه الشيأن من المس ، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا "(3)

فالشرط الجزائي المتضمن الإتفاق على مقدار التعويض لاجل التأخير ولايجوز شرعاً إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود ؛ لأنه ربا نسيئه ، ولايجوز أيضاً ما يسمى اليوم " بجدولة الديون " لأنها تتضمن زيادة الدين لأجل تأخير الإجل (4) .

أما اشتراط التعويض التأخيري بعد وقوع الضرر فقد اختلف فيه المعاصرون على **قولين (5) :-**

فذهب الشيخ مصطفى الزرقا ، والدكتور الصديق الضرير ، والشيخ عبدالحميد السائح إلى جوازه ووجوب الوفاء به ، وذهب آخرون إلى عدم جوازه وعدم وجوب الوفاء به منهم الدكتور زكي الدين شعبأن ، والدكتور نزيه حماد . وذلك لأنه ربا نسيئة محرم .

ويرى الباحث جوازه بالقدر الذي يعوض عن الضرر فقط ولا يجوز تجأوزه بأكثر من ذلك.

وهذا ليس محل بحثنا . لأنه متعلق بالديون .

غير أن ما يعنينا هنا هو الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الإعمال أو تأخيرها . وصورته المقصودة هنا هو الشرط الجزائي المتعلق بعقد الإستصناع والمقاولة ، والذي يتضمن دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه الصانع عن إتمام الصنعة أو المقاول في تنفيذ المشروع فهذا شرط جائز عند كثير من العلماء والهيئات ولجان الفتوى و لم أعثر فيه على خلاف بين المعاصرين يخص هذا النوع بعينه.

01 القانون المدني الإردني ص69، المادة 364 ، 1994م ، المكتب الفني – نقابة المحامين .

02 شبير ، محمد عثمان وآخرون ، بحوث فقهيه في قضايا اقتصاديه معاصره 860/2 .

03 سورة البقرة الإية (275).

04 شبير ، محمد عثمان ، صيأنة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي ص860 ، المرجع السابق .

05 المرجع السابق نفس الجزء وصفحه 864.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد طلبت الحكومة السعودية من هيئة كبار العلماء ، الفتوى الشرعية حول جواز النص على الشرط الجزائي من عدمه ، وقد أصدرت الهيئة الفتوى التالية في دورتها الخامسة المنعقدة مما بين 5-22/شعبأن 1394هـ بمدينة الطائف والتي نصها :-

" الحمدلله : بعد مداولة الرأي والمناقشة واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي ، ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل ، والإيراد عليه ، وتأمل قوله تعإلى {يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود }(1) وما روي عنه عليه السلام من قوله {المسلمون على شروطهم ...} (2) .

والإعتماد على القول الصحيح من أن الأصل في الشروط الصحه، وأنه لا يحرم منها ويبطل الإ ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله ؛ نصاً أوقياساً .

..... لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع . أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر ، يجب الإخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالإلتزام الموجب له يعتبر شرعاً ، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول ، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإتفاق على حسب مافات من منفعة أو لحق مضرة ، ويرجع تقدير ذلك عند الإختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعإلى { وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل }(3) وقوله تعالى { ولا يجرمنكم شنان قوم على الإ تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى }(4)

++

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

++

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

++

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

www.manaraa.com

†††

††††تعديل الشرط الجزائي بما يتناسب مع العدالة وهذا ما ذكره القانونيون ،- وهو ما تحدث عنه الباحث سابقا-.

إذا" الشرط الجزائي مقبول من حيث المبدأ ولكن لا يترتب عليه من الضمان والتعويض الإ بقدر إحداث الضرر ؛ فلو خالف احد العاقدين شروط عقد الإستصناع ، وترتب على ذلك احداث ضرر فإن هذا الضرر لايلحق العاقد الإخر ، وإنما يكون على المتسبب في الضرر

---

01 سورة المائدة الإية (1).

02 سبق تخريجه .

03 سورة النساء الإية 58

04 سورة المائدة الإية 8

05 الرويشد ، عبدالمحسن ، الشرط الجزائي ص610-611.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الإخر في عقد الإستصناع أن تأخر الصانع في إكمال الشئ المستصنع في وقته أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه وترتب على التأخير ضرر ، فإن للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره" (1) فقط ولا تجاوز ذلك .

أدلة جوازه (2)

01 ما روى البخاري في صحيحه عن محمد بن سيرين ، أنه قال رجل لكريه رحل ركابك ، فإن لم أرحل معك في يوم كذا وكذا فلك مائة درهم ، ، فلم يخرج فقال شريح القاضي " من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه "(3).

02 ولأن هذا الشرط مما يقتضيه العقد ويحقق مصلحة العاقدين ؛ اذ أنه يحفز على إكمال العقد في وقته المحدد (4).

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

03 **ويرى الباحث** أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وذلك لعدم مقابلة النقد بالنقد مع وجود الزيادة المشروطة أو المتعارف عليها وفيه مصلحة لأحد العاقدين ، وهذا الشرط قال بجوازه بعض الفقهاء – كما مر سابقاً – وقد رجح الباحث فيما مضى جواز مثل هذه الشروط .

04 المصلحة المرسلة والتي هي مصالح لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها فهذه مصالح مرسلة عند الاصوليين فهي مصلحة لأنها تجلب نفعاً وتدفع ضرراً وهي مرسلة لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع أو إلغائه .(5)

وبتطبيق هذا الأصل الشرعي على الشرط الجزائي حيث لايوجد له نص خاص من الشريعة بالغائه أو اعتباره ، ويؤدي دوراً منشوداً في تنفيذ العقود وحفظ الحقوق والحيلولة دون التلاعب بالإلتزامات ، وفي هذا ما فيه من صالح خاص وصالح عام (6)

---

01 داغي ، علي ، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص154

02 شبير ، محمد عثمان ، بحوث فقهيه 850/2.

03 عمدة القارى مع صحيح البخاري 21/14.

04 شبير ، محمد ، بحوث فقهيه 859/2.

05 زيدأن ، عبدالكريم ، الوجيز في أصول الفقه ص237 ، دار التوزيع والنشر الإسلامي ط1 /1993م

06 الرويشد ، الشرط الجزائي ص605 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلى غير ذلك من الإدلة والمسوغات التي يستدل ويستأنس بها على جواز الشرط الجزائي في عقود المقاولات ومنها الإستصناع .

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية قائمة على جلب المصالح ودفع المفاسد وهذا الشرط الجزائي يحقق مصلحة لأحد الأطراف ويمنع الطرف الثاني من الإخلال بالإلتزامات المتفق عليها ، ويوفر الوقت والجهد في تقدير الضرر أو تحديد المقدار الذي ترتب على وقوع الضرر .

وقد توصلنا فيما مضى إلى أن القاضي له سلطة تعديل الشرط الجزائي بما يحقق العدالة.

وذكر الباحث أن هذا ليس الإ درءاً اللتعسف في استعمال الحق إذا كان المبلغ زائداً وإنقاصه إلى الحد المعقول – الذي يكون تعويضاً حقيقياً عن الضرر لا وهمياً – حتى لا يقع الظلم على أحد الإطراف – والله تعإلى أعلم – .

ويرى الباحث بناء على ما تقدم ، أن صورة الشرط الجزائي في عقد الإستصناع أن يقوم أحد الاطراف باستصناع شئ معين ويشترط على الصانع شرطاً جزائياً في حال الإخلال بالإلتزام والذي غالباً ما يكون متعلقاً بشرط المدة – وقد رجح الباحث سابقا وجوب اشتراط تسليم الصنعة في مدة معينة قطعاً للنـــزاع – ثم يقوم الصانع بالإخلال بهذا فعندها يستحق الدائن (المستصنع) تطبيق العقوبة بالشرط الجزائي على الصانع .

سواء أكان المشترط – في حال العمل المصرفي الإسلامي – هو العميل (المستفيد) أم المصرف ، أم كان كل منهما مشترطاً إياه على المنفذ أي العميل على المصرف ، والمصرف على المقاول .

فهذا شرط جائز ويشترط لتطبيقه ما ذكرناه سابقاً من شروط استحقاق الشرط الجزائي من وجود عقد استصناع صحيح في الأصل، وأن يكون سابقاً ومقدماً على وقوع الإخلال بالإلتزام ،ووجود خطأ من المدين ،وضرر يصيب الدائن، وأن يكون هذا الضرر بسبب المدين نفسه لا بسبب أجنبي وعدم وجود عذر صحيح يتذرع به المدين كظرف طارئ أو قوة قاهرة وأن يتم الإعذار، إلى غير ذلك من الشروط فإذا لم تتوافر هذه الشروط فلا يطبق الشرط الجزائي

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الثاني :- انتهاء العقد وفسخه:-

من المعلوم أن العقد ينتهي بطرق طبيعية ، وبأخرى غير طبيعية وهي ما يطلق عليه النهاية المبتسرة للعقد.

أما النهاية الطبيعية للعقد الإداري فتكون عن طريق تنفيذ الإلتزامات التي وردت في العقد كاملة ،أو بأنقضاء المدة المحددة لبقائه ، متى كان من عقود المدة (1)

وقد ينتهي العقد بنهاية مبتسرة قبل الإوأن وذلك إما أن يكون باتفاق الطرفين على الفسخ ويسمى الفسخ الإتفاقي ، أو يكون الفسخ بقوة القانون وذلك إذا ما تحققت وقائع معينة، وهذا ما يكون عادة في حال هلاك محل العقد أو إذا نص على هذا الفسخ في العقد؛ كما إذا اتفق الطرفإن – عند ابرام العقد – على اعتبار العقد مفسوخاً بقوة العقد إذا ما تحققت وقائع معينة ،ففي هذه الحالة يعتبر مفسوخاً بقوة القانون من لحظة حدوث الواقعة كما في حالة وفاة المقاول أو إفلاسه ... الخ (2)

ويكون الفسخ قضائياً وهذا يقسم إلى الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة أو بسب تقصيرالمتعاقد وعدم تنفيذ التزاماته (3)

ومن المعلوم أن الإنتهاء الطبيعي لعقد الإستصناع إنما يكون بتنفيذ الإلتزامات التي تم الإتفاق عليها بين المتعاقدين ،أما الإنتهاء غير الطبيعي فيكون بسبب أمور أخرى ادت إلى عدم القدرة على الإستمرار بموجبات العقد ،أو كان هناك خلل وتقصير في تنفيذ الإلتزامات وهذا ما سيتحدث عنه الباحث لاحقاً – بعون الله -.

المطلب الاول: أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على عقد الإستصناع .

قبل الخوض في اثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على عقد الإستصناع لابد من الحديث عن الظروف الطارئة والقوة القاهرة ثم بيان الإثر المترتب على إعمال كل منهما .

أولاً :نظرية الظروف الطارئة واثرها على عقد الاستصناع :-

الفرع الإول :مضمون النظرية :-

مضمون نظرية الظروف الطارئة يقوم على أساس أن ثمة حادثاً ، أو ظرفاً ، أو عذراً خاصاً أو عاماً قد طرأ بعد ابرام العقد وقبل تنفيذه أو أثنائه ، سواء أكان لاحقاً بشخص أحد طرفي العقد

01 حمود ،محمد عبدالله ، أنهاء العقد بالإرادة المنفردة ص40
02 المرجع السابق ص41
03 المرجع السابق ص42-44

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أم بمحل العقد ما لم يكن متوقعاً ولا ممكن الدفع غالباً ،جعل تنفيذ الإلتزام التعاقدي ضاراً بالمدين ضرراً زائداً أو فاحشاً وغير مستحق بالعقد لأن منشأه ذلك الحادث لا ذات الإلتزام ، فهو إذا خارج عن نطاق التعاقد (1)

ويتضح للباحث مما سبق أن نظرية الظروف الطارئة ، تعتمد وجود حادث استثنائي ، أو ظرف ، وهذا الظرف قد يكون عاماً أي يعم طائفة من الناس – كما سيأتي بيانه – أو خاصاً يقتصر على العاقد وحده – خلافاً للقأنون ، وسيمر لاحقاً- يؤدي الإستمرار بموجب العقد مع وجود هذا الظرف إلى الاضرار بأحد العاقدين ،ضرراً غير محتمل الإ بكلفة ومشقة أو إرهاق، وهذا الضرر ليس ناشئاً بموجب الإلتزامات ولا بموجب العقد ،بل بسبب خارجي لا دخل للمتعاقدين به .

وبناءً على ذلك " فإن ثمة ظروفاً تطرأ على أصل اللزوم التكليفي في (الوفاء بالمعأوضات المتبادلة) بعد إبرام العقد ، بحيث تخل بتوازن الإلتزامات بين طرفي العقد ، فتسبب بفعل هذا الظرف الطارئ ضرر زائد وفاحش غير مستحق في أصل العقد ولو مضى في موجب العقد ، من قام هذا الظرف الطارئ في جأنبه للحقه أثره وهو الضرر المترتب على الوفاء بالمعأوضة المتبادلة في ظل قيام هذا الظرف وقد يكون الضرر مالياً أو معنوياً (2)

01الدريني ،محمد فتحي ،النظريات الفقهية ص147

02 أبو حجير ،مجيد محمود ،نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة "دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما "ص25 دار الثقافة للنشر ، عمان – الإردن ط1- 2002م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومضمون النظرية يعتمد على العناصر التالية : -(1)

أولاً: وجود عقد يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه وعلى هذا ، فلا بد من وجود التراخي ليتصور طروء العذر أو الحادث بعد الإبرام ، وقبل التنفيذ أو أثناءه ؛ مما يجعل الإلتزام التعاقدي ضاراً ضرراً زائداً نتيجة للظرف الطار✸.

ثانياً: أن يكون ثمة حادث قد طرأ بعد إبرام العقد مالم يكن متوقعاً ولا بالوسع توقعه ، كما لا يمكن دفعه ، أوالتحرز منه وهذا في الإعم الإغلب في التطبيقات ،سواء أكان هذا الحادث سمأوياً كالجوائح والفيضان ،والجراد والعفن ،والدود ، أم من الإدميين كالحرب واالثورة.

ويشترط أن لا يكون حدوثه بسبب أي من المتعاقدين والإ كان مسؤولاً عن آثاره وحده ولا ينتفع باحكام هذا النظرية .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

كما يشترط أن لا يكون منه تقصير في دفعه والتحرز منه ، والإ كان مقصرا، ويتحمل تبعة تقصيره، ولا يستفيد من أحكام هذه النظرية وسيأتي بيانه لاحقا- بعون الله -

ثالثاً:- أن يحدث ضرر زائد أو فاحش غير معتاد نتيجة لهذا الظرف أو العذر الطار✸ ، لا نتيجة للالتزام نفسه ، وملازم حدوثه لتنفيذ موجب العقد ، بحيث لا يمكن أنفكاكه في الإعم الإ غلب .

رابعاً :- يستوي أن يكون الضرر مادياً اقتصادياً يخل بالتوازن بين الإلتزامات الناشئه عن العقد، أو أن يكون معنوياً يمس الإعتبار الإنساني0000 الخ(1) وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل- بعون الله-

01 الدريني ، محمد فتحي ، النظريات الفقهية ص149

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئه(2)

أولاً:- أن يكون الإلتزام تعاقدنا0

ثانياً:- أن يكون الظرف الطار✸ ناشئاً عن حادث استثنائي عام غير متوقع0

ثالثاً:- أن يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحه.

الشرط الاول :- أن يكون الإلتزام تعاقدياً:-

يشترط في تطبيق النظرية أن يكون الإلتزام ناشئاً عن عقد، فكل التزام لا ينشأ عن عقد لاتسري عليه أحكام النظرية(3) وقد نصت المادة (107) من القانون المدني الجزائري" 0 على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة المصلحة للطرفين، أن يرد الإلتزام إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "(4)

ونصت الفقرة الثانية من المادة(147) من التقنين المدني المصري الجديد على ما يلي:

"00 ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد 0

---

01 المرجع السابق ص 150

02 الترمانيني،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الظرو

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

†
†††††††††††††††††††††††††††††††† خلاف ذلك (1)

كما نص القانون المدني الإردني في المادة 205 " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقيعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وأن لم يصبح مستحيلا؛ صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة 000" (2)

ويتضح من النصوص القانونية المتقدمة، أنها لا تعترف بالظرف الطار✸ سبباً لأنقضاء الإلتزام، أو تعديله إلى الحد المعقول ما لم يكن ناشئاً عن التزام تعاقدي0

وهذا يقتضي البحث في امرين :-

01 في طبيعة العقود التي تنطبق عليها النظرية

02 في عامل المدة بالنسبة للعقود التي تنطبق عليها النظرية

الجانب الإول:- في طبيعة العقود التي تنطبق عليها النظرية، فهل هذه النظرية تنطبق على جميع أنواع العقود ، ام تنطبق على بعض العقود دون بعض؟

وهذا التساؤل يقتضي البحث في طائفتين من العقود(3)

الطائفة الاولى:- العقود الملزمة للجانبين، والعقود الملزمة لجانب واحد

الطائفة الثانية:_ العقود المحدودة والعقود الإحتمالية

أولاً:- العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد

01 السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط ص704

02 القانون المدني الإردني ص47

03 بولحية ، جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ص96

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تنقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة للجانبين، وعقود ملزمة لجانب واحد، واهمية هذا التقسيم تكمن في وجود أو عدم تقابل التزامات بين الطرفين، فإذا وجد تقابل في الالتزامات كان عقداً ملزماً للجانبين- كعقد البيع مثلاً- والإ كان عقداً ملزماً لجانب واحد ومن هنا وجدنا أن بعض الفقهاء يقصرون تطبيقها على العقود الملزمة للطرفين، أما العقود الملزمة لطرف واحد - كالعارية والقرض-... الخ فلا تنطبق عليها النظرية، ورأى البعض الإخر إمكان تطبيق النظرية على نوعين من العقود دون تفضيل بعضها علـــى بعض(1).

ويرى الدكتور السنهوري أن الفسخ لا يكون الإ في العقود الملزمة للجانبين واعتبر أن هذا شرط عام في جميع أنواع الفسخ؛ سواء أكان بحكم القاضي، ام بحكم الإتفاق،أو بحكم القانون لأنها هي العقود الوحيدة التي تتوافر فيها حكمة الفسخ0 وذلك أن العقود الملزمة لطرف واحد يكون طرف واحد هو الملتزم، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الإخر أية مصلحة في طلب الفسخ، اذ ليس في ذمته أي التزام يتحلل منه بالفسخ، بل مصلحتة هي أن يطلب تنفيذ العقد(2)

ويرى الباحث أن كلام الإستاذ السنهوري، وأن كان له وجاهته بأعتبار أنة الطرف غير الملتزم ليس له مصلحة لطلب الفسخ ، ولعل ذلك لأنه يكون قادراً على إنهاء العقد من جهته دون الرجوع إلى الجهة الإخرى، بمعنى أنه يستطيع أن يقوم بالفسخ التلقائي من جهته، الإ أن الباحث يخالف ذلك ويرى امكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئه ، لأن الطرف غير الملتزم يمكنه أن يصر على اتفاقه ويلزم الطرف الثاني بتطبيق التزاماته، وليس للطرف الثاني أن يتحلل منها لأن العقد ملزم من جهته، فهو وإن لم يكن الطرف غير الملتزم ليس بحاجة إلى فسخ العقد، الإ أن الطرف الملزم قد يكون بحاجه إلى الفسخ لاحتمال لحوق الضرر به، عند إصرار الطرف الثاني على المضي بموجب الإتفاق.

وما ينطبق على الفسخ ينطبق على تعديل الإلتزام أيضاً

---

01 المرجع السابق ص97- ص98

02 السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني1/ 788/ 789

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإ أننا نخلص بذلك إلى القول بأن الإلتزام شرط أساسي لتطبيق النظرية سواء أكان هذا الإلتزام من جانبين أم من جانب واحد فإذا كان من جانبين كان لأي من المتعاقدين حق الفسخ إذا أنطبقت عليه الشروط وأن كان من جانب واحد كان للطرف الملتزم المطالبة بالفسخ، لأنه في الأصل "ليس له أن يتحلل من التزاماته بإرادته المنفرده، ولا يجوز له لفض العقد أو تعديله بالزيادة أو النقصان الإ برضاء الطرف الإخر، ووفقاً لما ينص عليه القانون(1) اما الطرف الثاني، فليس له المطالبة بالفسخ، لامكانية قيامه بإنهاء العقد بإرادته المنفردة، دون حاجته إلى القاضي ولا إلى سلطة القانون وقوته، وحتى دون حاجة إلى التراضي على الفسخ .

ثانياً:- العقود المحدودة ، والعقود الإحتمالية:-

العقد المحدد هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد، القدر الذي اخذ والقدر الذي اعطى (2) وهي العقود التي ينتفي فيها عنصر المجازفة في العقد، ولا يكون في الوسع توقع الإرهاق (3) .

وهذا يعني أن المتعاقد، دخل في هذا العقد وهو يعرف مقدار ما أنفقه ، ومقدار ما سيأخذه ودخل العقد وهو على بصيرة من امره0

أما العقد الإحتمالي فهو العقد الذي يقوم على احتمال الخسارة والكسب ،ولا يستطيع فيه أي من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد وهي لا تتحدد الإ فيما بعد ، تبعاً لوقوع أمر غير محقق ،كعقود التأمين وعقود المضاربة وبيع الثمار قبل أنعقادها ... الخ .(4)

ولذلك لا يسمع فيها ادعاء الغبن كما لايسمع فيها إدعاء الخسارة المرهقة من حادث غير متوقع ،لأن الإساس الذي بنيت عليه هذه العقود غبن احتمالي ، يتحمله أحد المتعاقدين (5)

---

01 حمود، محمد عبد الله، أنهاء العقد بالإرادة المنفردة ص49، دار الثقافة- عمان الإردن ط2002/1م

02 بولحيه، جميلة، نظرية الظروف الطارئه ص99

03 الترمأنيني، عبد السلام، نظرية الظروف الطارئه ص121- 122

04 المرجع السابق ص120

05 السنهوري ،الوسيط المجلد الإول 177/1

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبعد هذا العرض لطبيعة كل من العقدين ، يتضح لنا أن الفقه القانوني قد أجمع على تطبيق النظرية على العقود المحددة ، لكن الخلاف في تطبيق النظرية على العقود الإحتمالية ،فهذا هو الذي أنقسم الفقه بشأنه إلى فريقين الإول يستبعد تطبيق النظرية على العقود الإحتمالية ،ويرى أن من طبيعة العقود الإحتمالية أن تعرض أحد المتعاقدين لاحتمال كسب أو خسارة باهظة ،فالإرهاق متلازم مع هذه العقود ،ومتوقع من المتعاقدين منذ إبرام الإتفاق ،فأساس هذه النظرية وهو عدم توقع الإرهاق غير موجود في هـــــذه العقود (1)

بينما يرى الفريق الإخر امكانية تطبيق النظرية على جميع أنواع العقود بما فيها العقود الإحتمالية استنادا إلى عمومية النصوص المقررة لنظرية الظروف الطارئة (2)

غير أن الأمر لا يتصل بعموم النص وإطلاقه ،حتى يصح القول بسريأن النظرية على كل العقود ،بما فيها العقود الإحتمالية ، وإنما يتعلق بطبيعة العقد المرتبط بالإساس الذي تقوم عليه النظرية ،وهو أن لا يكون في الوسع توقع الإرهاق فإذا لم يوجد هذا العنصر في العقد ؛ فقدت النظرية الإساس القانوني الذي تقوم عليه فلا تطبق النظرية على هذا العقد ، وهذا العنصر مفقود في العقود الإحتمالية بحكم طبيعتها ،فلذلك تخرج عن نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة (3)

ولذا يرى الباحث أن هذه النظرية لا يمكن تطبيقها إلا على العقود المحددة ، أما العقود الإحتمالية ،فالإرهاق فيها متوقع وكذا الخسارة ،وفي بعضها جأنب من الغرر لذا لا تسمع فيها دعوى الغبن؛ وذلك أن المتعاقدين قد دخلا في هذا العقد ،وهما يعلمأن ما فيه من غبن وما ينطوي عليه من احتمال خسارة ،وبالتالي لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها؛ لأن أساسها حصول ارهاق غير متوقع ،وهذا بخلاف العقود الإحتمالية .

"عامل المدة في العقد" قبل الحديث عن عامل المدة في العقد لا بد من بيان أقسام العقود من حيث المدة :-

تنقسم العقود إلى قسمين (4) :-

أولاً:- العقد الفوري :- وهو العقد الذي لايكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ،فيكون تنفيذه فورياً ،ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة ،كعقد البيع ،حتى ولو كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً .

---

01 بو لحية ،جميلة ،نظرية الظروف الطارئة ص99-100

02 المرجع السابق ص100

03 الترمانيني ،عبد السلام ،نظرية الظروف الطارئة ص122

04 السنهوري ،الوسيط المجلد الإول 177/1

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً :– العقد الزمني :– هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد ، كعقد الإيجار مثلاً .

فهل يقتصر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود المستمرة وهي التي لا يتعاصر وقت أنعقادها مع وقت تنفيذها ، أم يشمل جميع أنواع العقود ؟

إنقسم فقهاء القانون في ذلك إلى قسمين:–

أولاً :المذهب المضيق المجال نظرية الظروف الطارئة ، ويرى أنصار هذا المذهب أن نظرية الظروف الطارئة ينحصر تطبيقها على عقد المدة ، أما العقد الفوري ، فإنه لا يصلح لإنطباق النظرية عليه ، حتى ولو كان تنفيذه مؤجلاً إلى المستقبل أو كان هذا التنفيذ مجزءاً إلى عدة سنوات ، وبالتالي لا تنطبق هذه النظرية الإ على العقود التي تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ ، إما لأن العمل المراد تحقيقه يستغرق إتمامه مرور مدة من الزمن كعقود الإستصناع ، أو لأن الزمن ركن أساسي في تنفيذ الإلتزام كعقود المدة (1)

ثانياً : المذهب الموسع لمجال نظرية الظروف الطارئة ويرى هذا الفريق أن الأصل أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراخياً ؛ذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد يقتضي أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه ،على أن العقد إذا كان غير متراخ ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الإستثنائية عقب صدوره مباشرة ، وأن كان ذلك لا يقع الإ نادراً ،فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ، ومن أصحاب هذا الإتجاه الدكتور عبد الرزاق السنهوري (2)

أما القانون المدني الإردني ؛فإننا نجد أنه لم ينص في نص المادة (205) على نوع من أنواع العقود ، وبالتالي فقد جاء نص المادة عاماً ، وبالتالي يمكن القول أن المشرع اشترط لتطبيق هذه النظرية وجود التزام ناشئ عن عقد ،لأنه لا يمكن القول بتطبيق الظروف الطارئة على أي التزام مهما كان منشؤه ،وهذا يعني سريأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الإردني على جميع أنواع العقود المحددة دون استثناء (3)

---

01 سمامعه ،خالد رضوأن ،1997م ،سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الإردني (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير – قسم القانون كلية الدراسات العليا – الجامعة الإردنية .

02 السنهوري – الوسيط 1/717-718

03 سمامعه ،خالد ،سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الإردني ص38

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الا أن الباحث يرى ضرورة كون العقد الذي تثار بشأنه نظرية الظروف الطارئة متراخيا ،وذلك أن الإرهاق لا يتصور في عقد فوري التنفيذ كالبيع والشراء مثلاً، لعدم وجود فترة زمنية يتصور فيها حدوث الأمر الطارئ والحادث الإستثنائي وأن وقع هذا الحادث الإستثنائي فإنه سيكون متوقعاً، لقصر المده ما بين الحادث والتنفيذ، وعدم توقع الحادث شرط لتبيط نظرية الظروف الطارئه0

ومن خلال تراخي التنفيذ يتبين أن الزمن يلعب دوراً هاما في النظرية، وتتجلى اهميته في جأنبين (2)

01 ضرورة أن يمتد تنفيذ العقد في المستقبل حتى يجد الظرف الطارئ مسرحاً زمنياً، يؤدي فيه إلى الإخلال باقتصاديات العقد0

02أن يكون هناك متسع من الوقت يسمح بتأثير هذا الظرف الطارئ على الإلتزام التعاقدي قبل تمام تنفيذه0

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وبالتالي لا يؤيد الباحث من يرى إمكانية تطبيق النظرية على عقد فوري التنفيذ، كما لا يؤيد المذهب المضيق الذي لا يجيز تطبيق النظرية على عقد فوري ولو كان مؤجل التنفيذ، ويرى الباحث أن تطبيق النظرية يقتصر على نوعين من العقود

01 العقد الزمني، وهي عقود المدة

02 العقد الفوري مؤجل التنفيذ

الشرط الثاني :- أن يكون الحادث الطارئ حادثاً استثنائياً عاماً مثل وقوع زلزال أو حصول حرب أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغائها، أو أنتشار وباء، ونحو ذلك من الحوادث المفاجئه الإستثنائية، العامة التي يكثر وقوعها(3)0

---

01 سمامعه، خالد، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئه في القانون المدني الإردني ص 38

02 المرجع السابق ص 39

03 منصور، محمد خالد، تغير قيمة النقود، وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئه في الفقه الإسلامي المقارن ص154 بحث منشور ضمن سلسلة بحوث الشريعة والقانون مجلة دراسات/ الجامعة الإردنية تموز 1998م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شروط الحادث الإستثنائي في القانون:

01 أن يكون عاماً: لم ينص المشروع التمهيدي للقأنون المدني المصري على أن يكون الحادث الإستثنائي عاماً، مقتدياً في ذلك بالقانون البولوني والإيطالي، غير أن لجنة المراجعة اضافت شرط العموم، لكي لا تكون الحوادث الإستثنائية، خاصة بالمدين بل شاملة لطائفة من الناس، كفيضأن عال غير منتظر بكون قد اغرق مساحة واسعة من الإرض، أو غارة غير منتظرة للجراد أو أنتشار وباء (1) .

غير أن اشتراط العمومية في الحادث الإستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من اجلها نظرية الظروف الطارئة، فغاية النظرية تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المدين فهي اذن خاصة بالدين المرهق ، فإذا تقيد الحادث الإستثنائي بشرط العموم، امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة، قد لا يكون الحادث الإستثنائي فيها عاماً، وبذلك يضمحل شأن النظرية وتفقد كثيراً من معناها (2)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

ولذا يرى الباحث ضرورة عدم اشتراط العموم، في الحادث الإستثنائي ويكفي أن يؤدي إلى الحاق الضرر بأحد العاقدين ويؤدي إلى إرهاق 0

02 أن يكون الحادث الإستثنائي العام غير متوقع، وغير مستطاع دفعة، فإذا كان متوقعاً، أو كان غير متوقع ولكن في الإستطاعة دفعة، فلا يؤخذ به لأعمال هذه النظرية (3) .

وبناء على ذلك يرى الباحث أن الظرف الطارئ إذا حصل أثناء توقعات قيامه، فإن الطرف المتضرر لا يستفيد من هذه النظرية، كما إذا قامت حرب وسط تهديدات قوية بقيامها، فإن النظرية لا يتم أعمالها، وذلك لأن قيام الظرف الطارئ وهو الحرب كان متوقع الحصول لذا كان بإمكان الطرف المتضرر أن يقوم بحساباته مسبقاً قبل الدخول بالإتفاق0

وهذا الإرهاق هو الذي ينطوي على معنى الخسارة الفادحة، ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة 0

---

01 الترمانيني، عبد السلام، نظرية الظروف الطارئة ص137

02 المرجع السابق نفس الصفحة

03 سلطأن، أنور، مصادر الإلتزام في القانون المدني الإردني" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ص 229ط1/1987-عمان-الإردن-منشورات الجامعة الإردنية0

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما يشترط في الحادث الإستثنائي هذا أن يكون حدوثة بسبب العقد، أو بسبب أي من المتعاقدين، والإ اعتبر في الإولى مسؤلية عقدية، وفي الثانية مسؤلية تقصيرية0

"والمسؤولية تكون مسؤولة عقدية إذا كان الإلتزام الذي أخل به مصدره العقد، كمسؤولية البائع عن عدم تسليم المبيع في الزمأن والمكان المتفق عليه، وتكون المسؤولية تقصيرية، إذا كان الإلتزام الذي أخل به مصدره العمل غير المشروع أي مخالفة التزام أقره القانون، فالإخلال بالإلتزام المجاوزة السرعة المحدودة في قأنون السير أو بإضاءة الإنوار ليلاً مسؤولية تقصيرية، بعبارة أخرى تقوم المسؤوليه التقصيرية عندما يكون هناك اضرار بالغير نتيجة لفعل غير مشروع" (1)

الشرط الثالث :- أن يصبح تنفيذ الإلتزام؛ مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة وذلك بأن يؤدي الحادث إلى جعل الإلتزام مرهقاً للمدين، دون أن يصل الأمر إلى استحالة التنفيذ، وفي هذا يختلف الظرف الطار✸ عن القوة القاهرة(2) وسيأتي بيان هذا الفرق- بعون الله-

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا الإرهاق هو الذي ينطوي على معنى الخسارة الفادحة، ولا يكفي مجرد العسر والكلفة والضيق، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة جسيمة فادحة، والأمر متروك في ذلك لتقدير القاضي(3)وإرهاق المدين لا ينظر فيه الإ للصفقة التي أبرم في شأنها العقد، فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة، تبلغ اضعاف الخسارة المالوفة، كانت الخسارة فادحة، حتى ولو كانت لا تعـــــد شيئاً كبيراً

01 اللصاصمة، عبد العزيز، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، اساسها وشروطها ص15ط2002/1 الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع-عمان-الإردن عزيز كاظم، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية"دراسة مقارنه"ص8 مكتبة دار الثقافة عمان الإردن ط1998/1

02 سلطأن، أنور، مصادر الإلتزام في القانون المدني الإردني ص229

03 سمامعه، خالد رضوأن، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئه 57

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالنسبة إلى مجموع ثروته، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء وشراح القانون(1)

وهذا يعني أن الإرهاق لا ينظر فيه إلى قدرة المدين المادية ولا إلى ملاءته، أو عدم تأثيره ماديا جراء خسارة هذه الصفقة، بل تنظر فيها إلى مقدار خسارة الصفقة ، إلى مقدار الحاق الضرر بثروة المدين0

الفرع الثالث:– مظان هذه النظرية عند الفقهاء:

يتضح للباحث أن هذه النظرية تجد أصولها الفقهية القديمة في كتب الفقة الإسلامي، وذلك كالعذر الذي قال به الحنفية في باب الإجاره، وكذا الجوائح عند المالكية والحنابلة

أولاً :– العذر :

يعرف العذر بأنه عجز العاقد عن المضيء بموجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد (2)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا يعني أن العذر حالة تطرأ على العقد، تجعل الإستمرار في موجب العقد أي تنفيذ شروطه وتحقيق إثارة وأحكامه، أمراً مرهقاً للمتعاقد المتضرر، والضرر الحاصل ليس بالوسع دفعه لأنه لو كان بالإمكان دفعه لما كان هناك ضرر ملازم للتنفيذ0

وكون الضرر لم يستحق بالعقد، يتوافق مع النظرة القانونية التي لا تطبق النظرية في حال كون الضرر بسبب العقد أو المتعاقدين، والإ اعتبر مسؤولية عقدية أو تقصيرية كما سبق بيان ذلك0

---

01 السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط1/723–724، الترمانيني، عبد السلام، نظرية الظروف الطارئه ص16

02 المرغيناني، أبو الحسن، علي بن ابي بكر، الهداية 250/3

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الحنفية أن عقد الإجارة من العقود التي تفسخ بالإعذار (1) متى تحقق عجز العاقد عن المضي بموجب العقد الا بضرر يلحقه وهو لم يرض به فيقولون بالفسخ دفعـــــاً للضرر (2) وهو الحبس (3) وكذا عقد المزارعة (4) الذي يكون لازماً بالنسبة لصاحب الإرض مطلقاً ، وبالنسبة لصاحب البذر يكون لازماً بعد إلقاء البذر (5) واللزوم شرط لتحقق العذر ، كما هو شرط لإعمال نظرية الظروف الطارئة ،ذلك أن عدم اللزوم يقتضي جواز إنهاء العقد بالإدارة المنفردة – كما مر سابقاً –

وكذا يقول الحنفية بفسخ عقد المساقاة لوجود العذر (6) وهو عقد لازم من الجهتين حيث نص الحنفية على أنه " ليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد ،وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر "(7)

وضابط العذر عندهم (الحنفية) إما تعذر استيفاء المعقود عليه ، أو حصول الضرر ولحوقه بالعاقد الإخر عند الإستمرار في تنفيذ العقد .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

الإصول التشريعية التي بنى الحنفية مذهبهم عليها في فسخ العقد عند وجـــود العذر(9)

01 المآل :

جاء في المبسوط " وعندنا جواز هذا العقد للحاجة ،ولزومه لتوفير المنفعة للمتعاقدين ، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد في حكم المضاف ، والإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية "(10)

وجاء في البدائع " لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر

01 إبن الهمام ،شمس الدين ، تكمله فتح القدير 147/9
02 الموصلي ،عبدالله ، الإختيار لتعليل المختار 61/2
03 المرغيناني ،علي ، الهداية 281/1
04 السرخسي ،محمد بن ابي سهل ،المبسوط 44/23، الكاساني،أبو بكر علاء الدين،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 266/5
05 قاضي زاده ،شمس الدين ،احمد بن قودر ، تكملة فتح القدير 473/9
06 المرغيناني ،الهداية ،391/4
07 المرجع السابق 391/4
08 السرخسي ،المبسوط 6/16، داماد افندي ،مجمع الإنهر شرح ملتقى الإبحر 400/2
09 الدريني ، النظريات الفقهية 173
010 السرخسي ،المبسوط 2/16

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر وله ولايـــــة ذلك "(1)

إذاً نظر الحنفية إلى المآل ، فالأصل عندهم عدم جواز عقد الإجارة ،الإ أنه أجيز للحاجة ، وذلك بناءً على النصوص التي صرحت بجوازه ، لحاجة الناس إليه ، ولزومه وعدم جواز فسخه بارادة منفردة لتوفير المنفعة .

02 القياس على العيب قبل القبض :-

وذلك لأن المعقود عليه في الإجارة المنافع ، والمنافع ليست مقبوضة فيكون العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع (2) والفسخ بسبب العيب في عقد البيع لدفع الضرر لا لعين العيب ، فإذا تحقق الضرر في إيفاء العقد ، يكون ذلك عذراً في الفسخ وأن لم يتحقق العيب في المعقود عليه (3)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

فالجامع بين العيب في المعقود عليه ،جواز فسخ العقد لوجود العيب هذا ، وبين العذر الذي تفسخ فيه الإجارة هو " عجز العاقد عن المضي بموجب العقد الإ بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد "(4)

فالضرر الواقع أو المتوقع هو الجامع بين كل منهما .

ثانياً:- الجوائح :- هي ما يصيب الثمر والبقول ويتلف منها ما يقلل من كميتها أو قيمتها ، أو يقضي عليها بالكلية ويكون رده معجوزاً عنه في العادة (5)

وقد قال بالقضاء بها الإمام مالك (6) والإمام أحمد (7) وأن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمأن البائع (8) وذلك لما روى مسلم في صحيحه عن جابر " أن النبي ﷺ امر بوضع الجوائح "(9).

---

01 الكاساني ،علاء الدين ،بدائع الصنائع 53/4

02 داماد افندي ،مجمع الإنهر 400/2 ،الكاساني ،بدائع الصنائع 53/4

03 السرخسي المبسوط 2/16

04 المرغيناني ،الهداية 280/4 ، قاضي زاده ، تكمله فتح القدير 147/9

05 الترمأنيني ، نظرية الظروف الطارئة ص68

06 إبن رشد ، أبو الوليد ، محمد بن احمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 189/2

07 إبن قدامة ، المغني 94/4

08 المرجع السابق

09 مسلم ،صحيح مسلم بشرح النووي ،6 /63 دار احياء الثراث العربي –بيروت – لبنان،ط1420/1هـ - 1999م ، إبن عبد البر ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والإسانيد ،195/2 مطبعة فضاله المحمدية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقوله عليه السلام " أن بعت من أخيك ثمراً فاصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بما تأخذ مال أخيك بغير حق "(1)

واعتمدوا أيضاً قياس الشبه ، وذلك أنهم قالوا إنه مبيع بقي على البائع فيه حق التوفيه بدليل ما عليه من سقيه حتى يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه (2)

فالمالكية والحنابلة إذاً يرون الحط من قيمة المشتري إذا وجدت الجائحة وأن كانوا قد اختلفوا في المقدار الذي تجب فيه الجائحة ، كما اختلفوا في الإسباب الفاعلة للجوائح (3)

ثالثاً:- تغير قيمة النقود :-

وقد بحث هذه المسألة الفقهاء قديما ، كما بحثها إبن عابدين في رسالته المشهورة وذهب إلى القول إنه " إذا صار ما كانت قيمته مائة من نوع يسأوي تسعين ، ومن نوع آخر ما يسأوي خمسة وتسعين ، ومن آخر ثمأنية وتسعين ، فإن إلزمنا البائع بأخذ ما يسأوي التسعين بمائة فقد اختص الضرر به ، وأن الزمنا المشتري بدفعه بتسعين اختص الضرر به ، فينبغي وقوع الصلح على الإوسط "(4)

فهنا يرى إبن عابدين التسوية بين المتعاقدين عند حصول الظرف الطار✸ الذي أدى إلى تغير قيمة النقود ، ويرى ضرورة عدم اختصاص الضرر بأي من المتعاقدين ،بل التسوية فيما بينهما بما أسماه الصلح على الإوسط فهذه ليست الإ إعمالإ لنظرية الظروف الطارئة .

---

01 مسلم ،صحيح مسلم بشرح النووي ، حديث رقم (1554) 62/6

02 إبن رشد ،بداية المجتهد 189/2

03 المرجع السابق 190/2-191

04 إبن عابدين ،تنبيه الرقود على مسائل النقود ص55

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الرابع :- أثر الظروف الطارئة على عقد الإستصناع .

أولاً :- مدى أنطباق شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد الإستصناع .

01 الإلتزام التعاقدي :-

وهذا شرط متحقق وذلك أن الإستصناع عقد ، فهو ارتباط بين طرفين بإيجاب وقبول .

كما أن عقد الإستصناع ،عقد لازم للجانبين – وفق ترجيح الباحث سابقاً – وهذا اللزوم يقتضي إعمالا لنظرية الظروف الطارئة ،عند وقوع الحادث الطارىء .

وهو عقد محدد ، بمعنى أن كل واحد من العاقدين يعرف مقدار ما أعطي ومقدار ما سيأخذ والصانع يعرف مقدار تكلفة العين ومقدار ما سيحصل عليه في المقابل من ثمن سواء أكان بربح أم بخسارة .

وهو عقد زمني بمعنى أن الزمن عنصر جوهري فيه ، وقد رجح الباحث ضرورة كون العقد الذي تثار بشأنه النظرية متراخياً .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

02 الحادث الإستثنائي :-

وهذا يعني اشتراط وجود حادث استثنائي قد طرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه ، يؤدي إلى الإضرار بأحد العاقدين ضرراً غير مألوف ، ورجح الباحث عدم اشتراط العموم . وعلى هذا فلو كان الحادث الطار✸ خاصاً بالصانع أو المستصنع فينبغي اعتباره . ما دام يؤدي إلى ضرر غير مألوف .

وأن لا يكون الحادث الطار✸ بسبب أي من المتعاقدين أو الضرر بسبب العقد ، والإ كان كل من المتعاقدين مسؤولاً عن عمله .

03 أن يصبح تنفيذ عقد الإستصناع مرهقاً ، بحيث يهدد أحد الإطراف بخسارة فادحة .

وهنا ينظر إلى الخسارة اللاحقة لأحد الإطراف بحسب الصفقة ، ولا ينظر فيها إلى مقدار ما تلحقه من ضرر بثروة الصانع أو المستصنع بل بمقدار خسارة الصفقة ذاتها .

ولذا يرى الباحث أن المتعاقدين في عقد الإستصناع ، يستطيعأن الإستفادة من نظرية الظروف الطارئة عند وجود الحادث الإستثنائي الذي يؤدي إلى إرهاق أحد المتعاقدين في حال الإستمرار بموجب العقد ضرر غير مألوف .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

" وتنفيذ الإلتزام لا يصبح مرهقاً للمدين ، لمجرد أن تنفيذه أصبح أكثر كلفة ، فالمقاول لا يعتبر مرهقاً بمجرد ازياد نفقاته أو مجهوداته زيادة لا تهدده بخسارة فادحة ، فالزيادة في الكلفة يجب أن تبلغ حد الإرهاق الجسيم ، بحيث يكون من الظلم إجبار المقاول على تنفيذ التزاماته لأن هذه الخسارة تكون فادحة غير مألوفة في التعامل ، وبعبارة أخرى ، فالإرهاق لا يتحقق الإ إذا اختل التوازن الإقتصادي للعقد اختلالا واضحاً ،بحيث يصبح الفرق جسيماً بين ما يعطي أحد المتعاقدين ، وما يحصل عليه لقاء ذلك "(1)

وهنا قد يرى القاضي وقف تنفيذ هذا العقد حتى يزول الحادث الطار✸ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير ،كما إذا ارتفعت الإسعار على مقأول البناء لحادث طار✸ ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب أنفتاح باب الإستيراد ، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول (الصانع) تسليم المبنى في الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى .

وقد يرى القاضي زيادة الإلتزام المقابل للالتزام المرهق ، وقد يرى إنقاص الإلتزام المرهق والقاضي هنا ينقص الإلتزام بالنسبة للحاضر فقط ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف ، فقد يزول أثر الحادث الطار✸ ، فيرجع العقد إلى ماكان عليه قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الأصل (2)

وإذا جاز للقاضي أن يوقف تنفيذ الإلتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الإلتزام المقابل فإنه لا يجوز له فسخ العقد (3)

وهذا ما أخذ به القانون المدني الإردني ، فقد نص في المادة (205) على أن " للمحكمة أن ترد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وإن اقتضت العدالة ذلك "(4)

---

01 سمامعه ،خالد ،سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ص61

02 السنهوري ،الوسيط 725/1-727

03 المرجع السابق

04 القانون المدني الإردني ص47

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويرى الباحث أن العدالة قد تقتضي فسخ العقد ،كما إذا تبين أن الإستمرار بموجب العقد سيؤدي إلى ضرر بالمدين غير معتاد وليس مستحقاً بموجب العقد ، ولذا كان الحكم القانوني هو رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول -كما سبق بيانه في نظرية الظـــروف الطارئة -.

الإ أن الحكم الفقهي هو فسخ العقد ، كما هو الحال في نظرية العذر التي قال بها الحنفية.

ويرى الباحث – أن عقد الإستصناع كما أنه استطاع أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة ،فإنه يستطيع الإستفادة من نظرية العذر عند الحنفـــية ، وبيان ذلك كالتالي .

أولاً : عقد الإستصناع عقد لازم للطرفين ولا يفسخ الإ بخيار العيب بعد الرؤية وقبلها للعين المستصنعة .

ثانياً : الإصول التي بنى عليها الحنفية مذهبهم في فسخ عقد الإيجار بالعذر تنطبق على عقد الإستصناع وبيان ذلك :-

01 أن المآل بين كل منهما متحد ؛ فقد سبق أن ساق الباحث نصوص الحنفية التي تنص على أن الحنفية جوزوا عقد الإجارة للحاجة وجعلوه لازما لتوفير منفعة المتعاقدين فإذا آل الأمر إلى الضرر قلنا العقد في حكم المضاف ، والإضافة تمنع اللزوم .

وهنا في عقد الإستصناع فقد سبق أن ذكر الباحث في مبحث لزوم الإستصناع ما يدل على أن جواز عقد الإستصناع ثابت بالإساس والطريقة التي ثبت بها عقد الإجارة من حيث المبدأ حيث جاء في بدائع الصنائع ،بأن "الإستصناع ثابت على خلاف القياس ، وبالتالي فالأصل عدم جوازه ، الإ أن جوازه ثبت استحسأنا لحاجة الناس" (1)

أما لزوم الإستصناع فقد بين الباحث أنه حماية للمتعاقدين وتوفير للمنفعة لكل منهما ، وتحقيق للمصالح واستقرار التعامل .

فإذا آل الأمر إلى الضرر في الإستصناع ،أعدنا له صفة عدم اللزوم "وأبقيناه على أصل القياس "(2)

---

01 الكاساني ،بدائع الصنائع 444/4

02 المرجع السابق نفس الجزء والصفحة

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

02 القياس على العيب قبل القبض في العذر ، فهوانما ثبت لدفع الضرر كما تم بيانه وهنا في حال حصول ما يمنع الإستمرار في تنفيذ العقد مع تمسك الطرف الثاني باللزوم وإصراره على تنفيذ مقتضيات العقد ضرر زائد لم يستحق بموجب العقد و لم يكن من مقتضياته .

وإنما هو أمر خارجي لا علاقة للمتعاقدين به، فليس بسبب منهما، وليس لهما القدرة على دفعه، فيأتي القياس على العيب قبل القبض الذي شرع لدفع الضرر موافقاً لأصول الشريعة وقواعدها الداعية إلى رفع الضرر وإزالته.

ولذا يرى الباحث أنه يمكن لعقد الإستصناع الإستفادة من نظرية العذر عند الحنفية، وذلك لأن عقد الإستصناع إنما أبرم تحقيقاً للمصلحة، فإذا كان الإستمرار على موجب العقد سيؤدي إلى نتيجة مناقضة للمقصد الإساسي من إبرامه، وليست هذه النتيجة هي تفويت الأرباح فحسب، بل هي تهديد ووقوع في الخسارة الحقيقية، فهذا ضرر، ولا شك أن الضرر هو الإساس الذي بني عليه العذر في فسخ الإجارة0

فتفويت الإسترباح لا يعد عذراً في فسخ الإجاره وغيرها من العقود فقد نص الحنفية على أن "كل فعل هو سبب لنقص المال، أو تلفه فهو عذر يجيز الفسخ(1) والفعل الذي لا يقصد به دفع الضرر وإنما يقصد به تحصل الربح، فلا يجوز للعاقد الفسخ به (2) وبهذا يراعي ظابط العذر مصالح المتعاقدين، لا مصلحة أحدهم فحسب، ويكون قادراً على شمول عقود أخرى0

03 إن الحنفية لم يقتصروا في تطبيق العذر على عقد الإجاره، بل طبقوه على جميع العقود اللازمة التي يكون فيها عمل ويعتبر التراخي شرطاً فيها فعقد الإجاره كما هو معلوم عقد زمني وكذا عقد المزارعة والمساقة كل منهما من عقود المده وقد نص الفقهاء صراحة

---

01 إبن عابدين محمد امين، رد المختار على الدرالمختار81/6 دار الفكر ط 1386/2ه

02 السرخسي ، المبسوط 5/16 قاضي زادة، تكملة فتح القدير 148/9

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على أنه "لا تصيح المزارعة الإ على مدة معلومة "(1) كما نصوا على أنه "إن قدر في عقد المساقاة مدة يثمر فيها غالباً كخمس سنين، صح العقد والإ فلا"(2) كما نص القانون المدني الإردني في المادة 726 على أنه "يجب في المزارعة تحديد مدة الزراعة بحيث تكون متفقة مع تحقيق المقصود منها، فإن لم تعين أنصرف العقد إلى دورة زراعيـــة واحدة" (3)

وجاء في المادة 739 منه:-

"01 إذا لم يبين في العقد مدة المساقاة تنصرف إلى أول غلة تحصل في سنة العقد، ما لم يجرالعرف على غير ذلك0

02 وإذا حدد في العقد مدة يحتمل فيها ظهور الثمر و لم يبد أصلاً فلا يستحق أحد العاقدين شيئاً على الإخر " (4) .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا ظاهر في اعتبار عقد المزارعة والمساقاة، من عقود المدة فقهاً وقانوناً0 فالجامع بين هذه العقود الثلاثة، أنها عقود مدة، متراخية التنفيذ بمعنى أنه لا يتعاصر وقت ابرامها ووقت تنفيذها0

ومن جهة أخرى فإن الجامع بين هذه العقود الثلاثة، أن العمل أو المنفعة معقود عليه في كل منهما (5)0

---

01 المرغيناني ، الهداية 385/3

02 الشربيني، معنى المهتاج 420/2

03 القانون المدني الإردني ص 128

04 المرجع السابق ص 131 نص القانون المدني الإردني في المادة 726

05المرغيناني ، الهداية 385/3 الشربيني، مغنى المحتاج 416/2

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذان المعنيان متحققان في عقد الإستصناع فهو عقد مدة والعمل معقود عليه فيه منطبق عليه معنى العذر إذا ولكن يرى الباحث أن الحنفية لم يطبقوا عليه العذر لأنهم رأوا أن عقد الإستصناع عقد غير لازم وهذا يعني امكانية فسخه بإراده منفرده وهي إرادة الطرف المضرور ، دون الحاجة لوجود الإعذار للفسخ ولكن الباحث رحج لزومه ، كما لم يعتبر الحنفية العذر في البيع لأن عقد فوري والمعقود عليه العين و لم يطبقوه على السلم مع أنه عقد زمني لأنه المعقود عليه في السلم هو العين ولذا اشترطوا فيه وجود السلعة في الإسواق من زمن العقد إلى حين التسليم ، ولذا يمكن أن نطبق العذر على عقد الإستصناع.

والذي يخلص للباحث مما تقدم أنه يمكن للأطراف المتعاقدة في عقد الإستصناع الإستفادة من نظرية الظروف الطارئة عند قيام أسبابها وهذا قانوناً ،كما أنه يمكن تطبيق العذر على عقد الإستصناع – والله تعالى اعلم –.

ثانياً: الظروف القاهرة وأثرها على عقد الإستصناع .

الأصل أن المدين يقوم بعين ماالتزم به إذا كان ممكنا ،وبالتالي فالأصل هو التنفيذ العيني ،إلا أنه لا مجال لهذا الأصل إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً بفعل القوة القاهرة مثلاً ،(ذلك أنه لا التزام بمستحيل)(1)

ومن هنا تفرق القوة القاهرة عن الظرف الطارئ ، لأنه إذا كان الجامع بينهما هو صفة المفاجأة والحتم ، الإ أن الفارق بينهما أن الظرف الطار✸ يؤدي لا إلى استحالة تنفيذ الإلتزام بل إلى جعله مرهقاً للمدين ، ولذا يكون الجزاء فيه هو رد الإلتزام إلى الحد المعقول أما القوة القاهرة فمن أثرها استحالة تنفيذ الإلتزام وانقضاؤه تبعاً لذلك (2)

فالقوة القاهرة إذا هي الحالات التي تطرأ على العقد بحيث لا تؤدي إلى الإرهاق فحسب بل إلى استحالة تنفيذ العقد والإستمرار بموجبه "وفق اعتقاد الباحث" .

---

01 سمامعه ،خالد ، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ص58

02 سلطأن ، أنور ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الإردني ص229

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا طرأت بعد أنعقاد عقد الإستصناع ظروف قاهرة تحول دون تنفيذه فإنها مقبولة حيث أن الباحث رجح لزوم الإستصناع مثل حدوث حرب منعت الصانع من استرداد المادة الخام التي لا توجد في البلاد –مثلاً– ومثل أن يشب حريق في المصنع فأتى على كل ما فيه ، فمثل هذه الطوارئ – سواء أكانت مكتسبة من الغير أم سماوية – تعطي العذر للصانع ، وتجعل المستصنع بالخيار بين الإنتظار أو فسخ العقد ، ذلك لأن هذه الشريعة تقوم تكاليفها التشريعية على القدرة والإستطاعة (1) " لا يكلف الله نفساً الإ وسعها " (2)

فوجود حالة القوة القاهرة ستعفي المدين بالإلتزام من تنفيذ الشروط التعاقدية ، الإ أن الإعفاء سيكون نهائياً أو مؤقتاً وفقا لمدة الظروف وعلى الإطراف تقرير نطاق مسؤوليتهم في الإتفاق خلال مدة سريأن القوة القاهرة (3) طالما أن المدين لم يتسبب في استحالة تنفيذ العقد ، ولم يكن بإمكانه توقيع القوة القاهرة (4).

وقد نصت المادة (448) من القانون المدني الإردني على أنه "ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه "(5)

شروط أنقضاء الإلتزام باستحالة التنفيذ (6)

01 يجب أولاً أن ينشأ الحق (الإلتزام) ممكناً لأن الإستحالة لا ترد على شئ ليس موجوداً ، فإن كان تنفيذ الإلتزام منذ البداية مستحيلاً ، فإنه لا ينشأ أصلاً ويكون العقد الذي رتبه باطلاً لانعدام محله .

---

01 داغي ،علي ،بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص155

02 سورة البقرة الإية 285

03 جواد ، محمد علي ، العقود الدولية ، ص183، مكتبة دار الثقافة –عمان – الإردن 1997م

04 حمود، محمد عبدالله، أنهاء العقد بالإرداة المنفردة ص43

05 القانون المدني الإردني ص81

06 الفار ، عبدالقادر ،احكام الإلتزام ، ص211–ص212 دار الثقافة – عمان – الإردن ط2001/6

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

02 يجب أن يصبح تنفيذ هذا الإلتزام مستحيلاً على المدين استحالة تامة أو مطلقة بحيث تجعل الإستحالة الوفاء بالإلتزام غير ممكن البتة ،أما إذا كانت الإستحالة نسبية بحيث أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً ، فإنه لا يترتب على هذه الإستحالة النسبيه أنقضاء الإلتزام ويمكن حينئذ تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وجاز للقاضي أن يرد ذلك الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول .

والإستحالة قد تكون مادية كهلاك الشئ بفعل الحريق ، أو قد تكون استحالة قأنونية كقيام الدولة باستملاك العقار أو الإرض محل العقد– للمنفعة العامة –.

وتقدر الإستحالة المطلقة بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي ، فلا يعتبر الوفاء بالتزام مدين معين أنه صار مستحيلاً وأنقضى بالإستحالة الإ إذا كان يستحيل على الرجل العادي أن يفي به في مثل ظروف هذا المدين .

03 يجب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإذا كانت راجعة إلى خطأ المدين ، لم ينقض الإلتزام (1).

ومما سبق يتبين للباحث أنه يمكن للصانع أو المقاول الإستفادة من مبدأ الظـــروف القاهرة –باعتباره يؤدي إلى استحالة التنفيذ– ، في أنقضاء الإلتزام ، وذلك عند توافر شروطه فعقد الإستصناع ملزم ولكن لا بد من كون الظرف القاهر الذي أدى إلى استحالة التنفيذ لا حقا وليس سابقاً أو مقارناً للعقد ، فالأصل كون العقد ممكن التنفيذ ابتداءً وأن يكون تنفيذ الإلتزام مستحيلاً لا مرهقاً وأن لا يكون للمقأول أو الصانع دخل فيه والإ كان مسؤولاً عن عمله ومجبراً على التعويض .

01 المرجع السابق ،نفس الصفحات

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني : اثر العيوب الطارئة على عقد الإستصناع .

يعرف العيب بأنه ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصاً(1).

وهذا يعني أن العيب في الأصل هو عدم وجود شئ ينبغي أن يوجد في أصل الفطره وبسبب غياب وجود هذا الشئ تعد الفطرة السليمة ناقصة ، فهو إذا نقص في الشئ .

والعيب هنا كل شئ يوجب نقصأن الثمن في عادة التجار أو الصناع وأهـــل الخبرة (2) وذهب أهل العلم إلى أن المشتري إذا اطلع على عيب في المبيع فهو بالخيار أن شاء اخذه بجميع الثمن وأن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير المشتري كيلا يتضرر بلزوم مالإ يرضى به (3).

ومن شروط الرد بالعيب أن يكون العيب قديما (4) فلو حدث العيب بعد القبض فلا خيار في الرد به لأنه بالقبض صار من ضمأنه فكذا جزؤه وصفته (5).

ويشترط في العيب أن يكون جسيماً ، بمعنى أن يتمكن المشترى من إزالته بلا مشقة، فلو تمكن من إزالته بلا مشقة فلا يرد (6) .

وأن يكون العيب مما ينقص القيمة في عادة التجار (7) وهم الصناع أو التجار أو أهل الخبرة في كل اختصاص .

---

01 إبن الهمام ،كمال الدين ، شرح فتح القدير 355/6

02 المرغيناني ،الهداية 40/3 ، الموصلي ،الإختيار 18/2

03 المرغيناني ،الهداية 40/3 ، الرعيني ، الحطاب أبو عبدالله ،مواهب الجليل 54/6 ،الشربيني ،محمد ،مغني المحتاج 67/2، إبن مفلح ، المبدع 87/4 ،إبن الهمام شرح فتح القدير 365/6 .

04 الشربيني ، مغني المحتاج 67/2

05 المرجع السابق 70/2

06 إبن الهمام شرح فتح القدير 355/6 ، الرعيني ،مواهب الجليل 342/6-343

07 المرغيناني ،الهداية 40/3

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي يقصد منها المعأوضة ،كما أن العقود التي لا يقصد منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالهبات لغير ثواب ، والصدقة(1) ... الخ .

ومما سبق يتبين للباحث أنه يمكن للمستصنع والذي يمثل صورة المشتري أن يرد العين المستصنعة إذا وجد فيها عيباً لم يطلع عليه المستصنع و لم يرض به حال التعاقد ، ويشترط أن يكون هذا العيب قديماً من عند الصانع و لم يحدث عند المستصنع ،"أما إذا اطلع المستصنع على عيب في السلعة بعد ما كان قد حدث عنده عيب فله أن يرجع بالنقصأن ولا يرد المبيع لأن في الرد إضراراً بالصانع لأنه خرج عن ملكه سالماً الإ إذا رضي الصانع (2)

كما أن عقد الإستصناع من العقود التي يقصد فها المعاوضة وليس من عقود التبرعات .

وهذا العيب الظاهر في العين المستصنعة كما يشترط فيه أن يكون قديماً يشترط فيه أن يكون جسيماً ، وأن يكون مما ينقص القيمة في عرف الصناع أو أهل الخبرة شأنه شأن خيار العيب في البيع .

وبناءً على ذلك فإن العيب الطارئ على العين المستصنعة يسلب الإستصناع صفة اللزوم ويجعل المستصنع مخيراً بين إحضار العقد أو فسخه .

– والله تعإلى أعلم –

---

01 إبن رشد ،بداية المجتهد ،نهاية المقتصد 177/2

02 المرغيناني ،الهداية 41/3،الشربيني ،مغني المحتاج 72/2 تعرضوا لهذه المسألة في باب البيع وذكروا هذا الحكم للبيع ،وارى أن تطبيق هذا الحكم على الإستصناع باعتبارهما (البيع والإستصناع) يشتركان في أن كلا منهما يقصد فيه المعأوضه ،– ولا يطبق على الإستصناع البيع بشرط البراءة من العيوب كما سيأتي لاحقاً –ويرى الحنابلة في قول أن المشتري يخير أصلاً بين الرد بالعيب أو الإمساك مع الإرش وهو قيمة النقصأن ،إبن مفلح المبدع 85/4–86

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اشتراط الصانع البراءة من العيوب

لقد بحث الفقهاء قديما مسألة اشتراط البائع على المشتري البرأة من العيوب .

وقد سبق أن بين الباحث أن عقد الإستصناع ليس بيعاً وإنما هو عقد مستقل له احكامه الخاصة ، ولذا فإنني لن أخوض في خيار العيب في البيع عند الفقهاء للاختلاف الظاهر بين البيع والإستصناع في هذه المسائلة .

ولكن بالرجوع إلى عقد الإستصناع يتبين " أن الفقهاء لم ينصوا نصً خاصاً على حكم اشتراط الصانع في عقد الإستصناع عدم مسؤوليته عن عيوب المبيع الذي سيصنعه هو أو تحديد مسؤوليته بحد معين يكون سقفاً لها لا تتجأوزه بقصد أن يتفادى ويتخلص من المسؤولية التي يحمله اياها نظام التعاقد وطبيعة العقد ، أو بقصد التخفيف منها ، ولكنهم نصوا في عقد الإستصناع على حكم ما لو جاء المصنوع مخالفاً للمواصفات المشروطة في العقد لأن هذا هو الذي يكثر وقوعه ، فقرروا في هذه الحالة مسؤولية الصانع إذا جاء المصنوع مخالفاً للوصف المشروط في عقد الإستصناع " (1)وقد سبق بين ذلك .

والفرق بين العيب ومخالفة الوصف المشروط ظاهر ؛ أن مخالفة الوصف المشروط لا تكون عيباً في جميع الحالات ، كما لو كان الوصف المشروط من المشتري هو اللوان الإصفر مثلاً فجاء المبيع (العين المستصنعة) بلون أحمر ، فإن كلا اللونين له رغبه ، فلا يعتبر عيباً ، لكن المشتري يريد الإصفر ، أما العيب فهو عيب في نظر جميع الناس يخل بالغاية المقصودة من المبيع بالنسبة إلى طبيعته ، وينقص من قيمته في السوق عادة ، فمخالفة الوصف المشروط أعم من حالة العيب ، فإنها تشمل ما لو كانت المخالفة تجعل المبيع معيباً غير سليم ، كما تشمل ما ليس عيباً ولكنه مخالف للوصف المشروط فقط ، بل قد يجعل المبيع المخالف اغلى ثمناً ولكنه غير مطلوب للمشتري (2) .

---

01 الزرقا ، مصطفى احمد ، عقد الإستصناع ومدى اهميته في الإستثمارات الإسلامية المعاصرة ص41

02 المرجع السابق نفس الصفحة .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة جامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولعل اشتراط الصانع في عقد الإستصناع عدم مسؤوليته عن عيوب العين المستصنعة لا يصح مطلقاً ، بل يكون شرطاً باطلاً ويبقى الصانع مسؤولاً مسؤولية كاملة عن كل عيب يوجد في العين المستصنعة ذلك لأنه (هذا الشرط) يحمي سوء النية من الصانع ، ويفسح له مجال عدم المبالإة بأتقأن عمله ، والتزام الدقة التقنية (التكنولوجية) فيه كما يقتضيه العقد .وهذا ينعكس ضرراً بالغاً جداً على المستصنع الذي بنى عقده على الثقة بالمتعاقد معه ، و لم يقبل بأداء الثمن الذي قد يكون باهظاً جداً الإ على أساس تلك الثقة وافتراض حسن النية ، وعدم الإهمال ، والإلتزام بالدقة التقنية التامة من الصانع .

وهذا الإستثناء في عقد الإستصناع من عدم جواز اشتراط براءة الصانع من عيوب العين المستصنعة – كما يحصل في البيع- سببه واضح ومعقول ، لأن المبيع في الإستصناع معدوم حين العقد وسيصنعه الصانع نفسه ، فكيف يعقل أن يشترط براءته وعدم مسؤوليته عن العيوب التي قد تظهر فيه دون أن يكون قصده من هذا الشرط حماية نفسه من مسؤولية الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول صنعته التي يمارسها والتي تعاقد على أساس أنه متقن لها (1) .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وكل ذلك إنما هو المسؤول عنه (الصانع) وليس المستصنع الذي بنى عقده على حسن النية والثقة ، فإذا اشترط الصانع عدم مسؤوليته عن شئ من ذلك مستغلاً ثقة المستصنع فهذا الإشتراط يوحي بسوء نيته فوجب بطلأنه ، إذ من المبادئ التي لا تقبل الجدل في نظام التعاقد في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي كذلك ؛ أن كل شرط من شأنه أن يحمي سوء النية لدى المتعاقد الإخر يعتبر باطلاً ، ولا يستفيد منه شارطه شيئاً ؛ حفاظاً على مبدأ وجوب الثقة والإمانة واستقرار المعاملات وحسن النية فيها ، أي أن مثل هذا الشرط مخالف للنظام العام الذي هو قيد يفرضه التشريع على سلطان الإرادة العقدية (2) .

وبناءاً على ماسبق يتبين للباحث أن اشتراط الصانع البراءة من العيوب التي قد تظهر في العين المستصنعة لا يجوز شرعاً وهو شرط ينافي طبيعة العقد ، ويوحي بسوء نية الصانع ويختلف عن ما ذكره العلماء في موضوع البيع بشرط البراءة من العيوب .

01 الزرقا، مصطفى احمد ،عقد الإستصناع ومدى اهميته في الإستثمارات الإسلامية المعاصرة ص42

02 المرجع السابق نفس الصفحة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الخامس

الفصل الخامس: الإثار المترتبة على عقد الإستصناع في النظام المصرفي.

(الإلتزامات المتبادلة بين الإطراف).

المبحث الإول: التزامات المصرف.

المبحث الثاني: التزامات الإطراف الإخرى.

مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الخامس

الآثار المترتبة على عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي

(الإلتزامات المتبادلة بين الإطراف)

قبل الخوض في بيان الإلتزامات المتبادلة بين الإطراف في عقد الستصناع وفق ما هو معمول فيه في النظام المصرفي الإسلامي لا بد من القول بأن الإلتزام "رابطة بين طرفين أو علاقة قأنونية، بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عيناً، أو يقوم بعمل أو يلتزم بالإمتناع عن العمل (1)وعلى ذلك يكون للالتزام ركنأن(2):-

01 طرفا الإلتزام ، وهما الدائن والمدين0

02 محل الإلتزام وهو الإداء الذي يلتزم به المدين والذي يكونه نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الإمتناع عن العمل0

أما آثار الإلتزام فهي إنشاء حق للدائن في مواجهة المدين(3)

وهذا يعني أن الإخلال تجاه هذا الإلتزام سيترتب عليه مسؤولية تعويض الطرف الثاني، لذلك فإن مبلغاً معيناً يجري تقديره بشكل جزافي في (شروط الممارسة وهذا ما يعكسه عادة مبلغ الكفالة أي كفالة التعهد الذي يمكن أن يبدو متكافئاً مع الشرط الجزائي في تحديده للمبلغ الواجب الدفع للطرف الإخر من قبل المصرف عند رفض المتعهد تنفيذ التزامه(4).

ونقطة البدء في تنفيذ جميع الإلتزامات هي تاريخ توقيع الإتفاق وهذا ما يكون عادة في العقود البسيطة أو ذات الإسعار المحدودة، أما بعض العقود وهي ذات الإلتزامات المؤجلة فإن تنفيذها يعتمد على قيام كل طرف من الإطراف بتحقيق بعض التصرفات الواردة في العقد مثال ذلك تسديد رب العمل دفعة على الحساب للجهة المناط لها تنفيذ العقد(5) وهذا ما يكون منصوصاً عليه عادة في الإلتزامات0

---

01 الفار، عبد القادر، احكام الإلتزام ص13

02 المرجع السابق، نفس الصفحة

03 الفار، عبد القادر ، احكام الإلتزام ص13

04 جواد، محمد علي، العقود الدولية ص85

05 جواد، محمد علي، العقود الدوليةص90

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الأردنية
مركز إيداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الاول:- التزامات المصرف

01 يلتزم المصرف بتقديم الدفعات للمقأول حسب ما يتم الإتفاق عليه بين الإطراف(1)

02 يلتزم الطرف الإول بتعيين مكتب استشاري ليكون وكيلاً عنه مع الإشراف على تنفيذ الإعمال، حسب شروط هذا العقد ويقوم باستلام الإعمال المنجزة ، والموافقة عليها(2)

03 يكون المصرف مسؤولاً مسؤولية مباشرة أمام العميل عن أية أضرار تنشأ في المشروع خلال فترة ضمأنه وصيأنته، ويكون مسؤولاً عن أيه عيوب تظهر، وله بعد ذلك حق الرجوع في ذلك على المقاول وفق أحكام القانون(3)

04 في حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يتم اقتراح إدخالها وتؤثر على شروط وقيمة العقد، فيجب على المصرف مراجعة المقاول والإتفاق على هذا التعديل، قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الإعمال المعتمدة سواء أكان ذلك بالزيادة أم بالنقصان0 كما أن على المصرف تزويد المقاول بموافقة المكتب الإستشاري على التعديلات المطلوبة، وتعديل المخططات والتصاميم و المواصفات تبعاً لذلك(4)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

05 يلتزم المصرف أمام العميل بتنفيذ جميع الإعمال اللازمة لتشييد المشروع خلال المدة المتفق عليها، وما يضاف إليها من مدد معتمدة من العميل واستشاري المشروع تبدأ من تاريخ استلامه لموقع المشروع استلاماً فعلياً بموجب المحضر الدال على ذلك(5) ويلتزم بجميع هذه الإعمال وفقاً للمخططات والتصاميم والرسومات الهندسية، وقائمة الشروط الخاصة ووفقاً للشروط الخاصة المبينة في العقود(6) 0

---

01 اتفاقية عقد استصناع، مصرف قطر اسلامي(الحالة الثانية) بند رقم 4أ الدفعات

02 الإتفاقية السابقة بند رقم 13

03 محيسن ، فؤاد، التأصيل الشرعي لعقدي الإستصناع والمقاوله ص134

04 اتفاقية عقد استصناع مصرف قطر اسلامي بند رقم 12

05 اتفاقية وعد بالإستصناع، مصرف قطر الإسلامي بند رقم 7

06 عقد استصناع- مصرف قطر الإسلامي البند الثاني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

06 يتعهد المصرف بتسليم المشروع للعميل صالحاً للأنتفاع في نهاية المدة المحددة ما لم تطرأ أسباب قهرية أو ظروف استثنائية تحول دون ذلك(1)

المبحث الثاني :– التزامات المقاول (الصانع الثاني)

01 يلتزم المقاول بأن يقوم بجميع الإعمال الموكلة إليه وبوساطة عمال أكفاء من ذوي السمعة الحسنة ويتحمل مسؤولية عمله وعماله طيلة فترة العمل(2)

02 يلتزم المقاول بتحمل الإضرار التي تلحق بالمشروع أثناء تنفيذه الإعمال الموكلة إليه(3)

03 يلتزم الفريق الثاني بعدم تأخير تقديم ما تم الإتفاق على إنجازه، حسب طلب الفريق الإول(المصرف) وضمن المواصفات والشروط المذكورة وبعكس ذلك فإنه يتحمل الغرامات المتفق عليها مسبقاً(4)

04 يتحمل المقاول كامل المسؤولية التي تترتب على المصرف تجاه العميل ودون أن يكون له الحق في الإعتراض عليها، إذا قام أي(المقاول) بالإخلال بالإلتزاماته الموكله إليه وفي حال تأدية هذا الإخلال باي شكل من الإشكال إلى ترتب مسؤولية على المصرف أو المؤسسة تجاه الغير(5)

05 يكون المقاول مسؤولاً مسؤولية مباشرة أمام المصرف عن حسن التنفيذ وضمان سلامة المشروع وعدم تلفه أو خرابه أو تعيبه خلال المدة المقررة من قبل المصرف والمقاول أو التي يقررها القانون 0

01المرجع السابق نفس البند

02 مؤسسة ادارة وتنمية اموال الإيتام عقد استصناع أبواب خشبية فقرة رقم2-3

03 المرجع السابق فقرة 4

04 نفس المرجع فقرة رقم 5

05 مؤسسة ادارة وتنمية اموال الإيتام عقد استصناع بند رقم 6

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث :- التزامات العميل تجاه المصرف(1)

01 يتعهد العميل(طالب التمويل) بتقديم رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجدأول الكميات والشروط الخاصة للمشروع والتي تم إعدادها من قبل المكتب الهندسي والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من العقد ومتممه له0

02 يقوم العميل(الطرف الثاني) بتفويض المصرف(الطرف الإول) في خصم جميع أقساط الثمن من أي حساب من حساباته ويبقى هذا التفويض فإنما طوال مدة سريأن هذا العقد0

03 يقوم العميل بإجراء رهن عقاري لصالح الطرف الإول على العقار المملوك له، وذلك تأميناً لسداد مبلغ هذا العقد ويشمل هذا الرهن كافة الإنشاءات التي تعود بمنفعة على الطرف الثاني سواء ما وجد منها قبل الرهن أو بعده ولو جاوزت قيمتها قيمة العقار الأصلي في هذا العقد ولا يتم فك الرهن إلا بعد سداد الطرف الثاني لكامل مبلغ هذا العقد أو تقديم ضمانات أخرى مقبولة لدى المصرف0

04 يلتزم العميل بسداد الإقساط الشهرية في مواعيد استحقاقها وفي حالة تأخره عن دفع قسطين يحل سداد باقي الإقساط فوراً ويكون من حق المصرف أن يرجع لإلزامه بسداد جميع حقوقه الناتجة عن هذا العقد فضلاً عن تعويض المصرف عن أية أضرار تلحق به من جراء ذلك كما يكون من حقه بيع العقار المرهون لصالحه واستيفاء جميع حقوقه من متحصلات البيع0

كما أن امتداد مدة تسليم المشروع لا يؤثر على مدة سداد الإقساط أو تواريخ سداد القسط الإول 0

والملاحظ للباحث أن تعهد العميل بتقديم رخصة البناء والتصاميم وما إلى ذلك هو التزام يتفق عليه ما بين الطرفين وعلى هذا يمكن أن يتم الإتفاق بين الطرفين على تحميل المصرف هذه التكاليف وتحتسب من قيمة المشروع .

أما قيام العميل بتفويض المصرف بخصم أقساط الثمن وهكذا رهن العقار والتزام العميل بسداد الإقساط فهذا يعتبر من الضمانات

---

01 نموذج عقد استصناع بنك0 فطر الدولي الإسلامي

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التي يشترطها المصرف لحصوله على رأس ماله وأرباحه من المشروع .

ولاإشكال فيها لأنها عبارة عن شروط توثيقية لا تخالف مقتضى العقد وإن كانت ليست من مقتضاها ولكن فيها مصلحة لأحد الطرفين وقد سبق أن ذكر الباحث جواز هذه الشروط من قبل.

أما تبرئة المصرف من الضمان تجاه العميل فهذا لايصح وسيأتي بيانه عند التطبيقات.

أما التزامات المصرف والمقاول فهي ليست إلا التزامات طبيعية لتحقيق المقصود من العقد وهو إنجاز العين المستصنعة ولا تخالف نصاً شرعياً أو قاعدة من قواعد الشريعة–والله تعالى أعلم0

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل السادس

الفصل السادس: تطبيقات عقد الإستصناع في المصارف والمؤسسات الإقتصادية الإسلامية – مدى الإستفادة منه.

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل السادس

تطبيقات عقد الإستصناع في المؤسسات الإقتصادية الإسلامية

يقصد الباحث بهذه التطبيقات ايراد بعض نماذج عقود استصناع مطبقة في المؤسسات الإقتصادية الإسلامية ومدى أنسجامها مع الشروط والضوابط الشرعية –التي سبق ذكرها – لعقد الإستصناع .

وقبل التعليق على هذه النماذج لا بد من القول بأن تطبيق عقفد الإستصناع يحقق مزايا كثيرة منها :-

01 عمليات الإستصناع تحريك لعجلة الإقتصاد الوطني لأنها تنطوي على مشروعات حقيقية تولد الدخول وتزيد من الطلب الفعال (1)

02 أن تطبيق صيغة الإستصناع في المصارف الإسلامية يعمل على خدمة الأمر بالإستصناع في تسليمه العين المستصنعة طبقاً للمواصفات المحددة ،وغالباً لا يكون لهذا المستصنع الوقت الكافي أو الخبرة الكافية في تقييم أعمال المقاولات والدراسات الفنية والتي سيعمل البنك على توفيرها (2).

فهو إذا نشاط اقتصادي مفيد للصأنع والمستصـــــنع والمجتمع (3)

03 يوفر عقد الإستصناع للصأنع ربحاً يتحقق من بيع السلعة المتفق على صنعها فيزيد من دخله الحقيقي ويزيد تبعاً لذلك رأسماله فتزداد ثروته (4).

04 دعم لجهود التنمية الصناعية في الدول الإسلامية وزيادة قدراتها الصناعية حيث يمكن تمويل إنتاج السلع الرأسمالية المتعددة كالمعدات والإلآت والسفن المختلفة ، والمولدات والمحركات الكهربائية وأجهزة الإتصالات والمستشفيات ، وحفارات النفط ووسائل النقل ... الخ (5)

---

01 ريحأن ،بكر ،دورة التمويل بالمضاربة من 5-5/5-2002/9 معهد الدراسات المصرفية –عمان

02 محيسن ،فؤاد ،دور البنوك الإسلامية في سوق عربية اسلامية مشتركة ورقة بحث مؤتمر المؤسسات المصرفية الإسلامية في الإستثمار والتنمية 7-2002/5/9م ،كلية الشريعة ،جامعة الشارقة .

03 شيخون ،محمد ،المصارف الإسلامية دراسة في تقويم المشروعية الدينية ،والدور الإقتصادي ص168 ط2002/1- دار وائل للطباعة والنشر – عمان – الإردن .

04 محمد ، فضل عبدالكريم ، تعثر سداد الديون في المصارف الإسلامية ص104

05 صوأن ، محمود ، اساسيات العمل المصرفي الإسلامي ص175-176

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

05 يسهم الإستصناع في تحقيق أهداف المصرف الإسلامي في توظيف أمواله لخدمة المجتمع وكذلك الحصول على تدفق نقدي منظم (1)

06 تسهم البنوك الإسلامية وعند تمويل قطاع الصناعة في إيجاد فرص عمل جديدة لها أثر مباشر في الحد من البطالة وآثارها الإجتماعية التي لا تخفى على أحد ، كما تسهم في توليد دخول جديدة تؤدي إلى زيادة الإدخار والإستثمار ،وزيادة معدلات الإستهلاك ، وبالتالي زيادة الطلب الفعال الذي يؤدي إلى زيادة معدلات الإنتاج ،وزيادة معدلات الدخول مرة أخرى الذي يؤثر في معدلات الإدخار ،والقدرة على الإنتاج وتكوين رأس المال (2)

07 ايجاد الإستقرار الإقتصادي؛ إذ من خلال طلب سلع خاصة بمواصفات معينة نستدل على وجود حاجة لها ،وبالتالي عدم وجود تضخم في المصنوعات ومن ثم الإتجاه إلى التوازن بين العرض والطلب فيه (3).

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

08 ضمأن المستصنع تقلبات الإسعار وذلك بدفع السعر المتفق عليه عند العقد مالم يوجد ظرف طار✸ أو قاهر .

09 قد يؤدي الإستصناع إلى حل الإزمات الإسكانية من خلال استصناع البيوت بالمواصفات المطلوبة ،وقد يكون الدفع عند العقد أو مقسطاً مؤجلاً بالكلية إلى حين استلام المنزل (4).

إلى غير ذلك من المزايا والفوائد الإقتصادية ذات الإثهر البالغ على الفرد والمجتمع ، الإ أن هذه العقود التي تحقق مثل هذه المزايا الكبيرة لا بد أن تكون منضبطة بالضوابط الشرعية ، **وبناء عليه فإن الباحث سيقوم بعرض بعض نماذج عقود استصناع في بعض المصارف والمؤسسات الإقتصادية ،والحكم عليها .**

---

01 ريحأن ،بكر ،دورة التمويل بالمضاربة ص46

02 محيسن ، فؤاد ،دور البنوك الإسلامية في سوق عربية مشتركة ورقة بحث لمؤتمر المؤسسات المصرفية الإسلامية في الإستثمار والتنمية ص12

03 المحمد ، محمود احمد ، كفاءة نظام التمويل الإسلامي ص70

04 المرجع السابق نفس الصفحة

05 المحمد ،محمود ،كفاءة نظام التمويل الإسلامي ص71

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نموذج رقم (1) " تراجع الملاحق".

يلاحظ من هذا العقد أمور :-

01 وجود الأهلية في كل من العاقدين وهذا شرط في التعاقد حيث نص العقد على أن الطرفين قد أقرا بصفتهما واتفقا وهما على أهليتهما الكاملة للتعاقد .

02 إن المستصنع (العميل) قد التزم بدفع دفعة مقدماً تدفع حين التوقيع على العقد والباقي يقسط وفي المقابل يلتزم المصرف بتنفيذ كافة الإعمال اللازمة للمشروع وتسليمه صالحاً للأنتفاع به في نهاية المدة المتفق عليها .

وهذا يعني أن نقطة البدء في تنفيذ الإلتزامات ليست تاريخ توقيع الإتفاق كما يحصل في العقود البسيطة بل أن تنفيذ هذا العقد سيعتمد على قيام طرف العميل بتحقيق بعض التصرفات الواردة في العقد مثل تسديد دفعة على حساب للجهة المناط لها تنفيذ الإلتزام وهي هنا المصرف وهذا ما يحدث في العقود ذات الإلتزامات المؤجلة وقد سبق أن اشار لها الباحث وهذا ليس الا تأكيداً على أن الإستصناع هنا ليس عقداً فوري بل هو من العقود الزمنية ،حتى في تنفيذ الإلتزمات .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

03 أن هذا العقد قد نص على أن تواريخ استحقاق الإقساط ليس لها أدنى علاقة بتاريخ تسلم المشروع سواء امتد التنفيذ للمشروع أم قصد ، كما أن الإقساط تستحق في مواعيدها المحددة بصرف النظر عما إذا كان المشروع قد تم بناؤه في الموعد المحدد أم لا . وهذا عبارة عن التزام من قبل العميل وإسقاط حق له في ترتيب التزام على الدفع ، الا أن المصرف إذا تأخر في تنفيذ الإلتزامات فإن للعميل الحق في تطبيق الشرط الجزائي إذا كان قد تم اشتراطه ،ويمكن للقاضي أن يحمل المصرف بدل العطل والضرر اللاحق بالعميل إذا تم رفع الأمر إليه ورأى وجود الضرر في ذلك .

04 إجراء الرهن على المشروع من قبل العميل عبارة عن ضمأن يقدمه للمصرف من أجل ضمأن حصوله على رأسماله وأرباحه المتفق عليها ولا إشكال في جوازه من الناحية الشرعية .

05 كما نص العقد في البند الحادي عشر على وجود شرط جزائي في حال وجود تأخير في التسليم يقضي بتحمل جميع الإضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم تكن هناك أسباب قهرية لم يتسبب فيها وتكون خارجة عن إرادته .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

06 إلا أن هناك إشكالا في هذا العقد ورد في البند العاشر يتمثل في اشتراط المصرف على العميل قبول ضمأن تنفيذ جميع الإعمال بالمشروع من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الإول لتنفيذ المشروع أي (شركة المقاولات) وبالتالي يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الإول في أية مطالبات ، أو إدعاء قد ينشأ مستقبلاً بعد تسليم المشروع ويلتزم الطرف الثاني (العميل) بناءً على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات المنفذة في أية مطالبة أو ادعاء .

وهذا لا يجوز من الناحية الشرعية ؛ حيث بين الباحث سابقا أن سبب استحقاق الربح من قبل المصرف في مثل هذه العقود والتي يطلق عليها اسم **الإستصناع الموازي** – حيث لا يباشر المصرف العمل بنفسه بل بوساطة غيره ، – أقول :إن سبب استحقاق الربح هو الضمان الذي يقوم به المصرف للمبنى أو المشروع تجاه العميل وبالتالي فإن عدم وجود الضمان من قبل المصرف يعني أن المصرف قد فقد المسوغ الشرعي الذي يستحق بموجبه الأرباح ، ويحول هذه العملية إلى عملية قرض تمويلي بحت وهذا لا يصح من الناحية الشرعية – والله تعإلى اعلم –

أما غير ذلك من الشروط فهي عبارة عن شروط توثيقيه والتزامات متبادلة بين الإطراف لا إشكال فيها.

نموذج رقم (2)

ويلاحظ الباحث من هذا العقد ما تمت ملاحظته على العقد السابق من حيث أهلية المتعاقدين والإلتزام بالدفعات، و لم يشترط هذا العقد وجود دفعة أولى عند توقيع العقد .

زنص على ضرورة التزام المصرف بالإعمال المتفق عليها، وأحقية المصرف بالتعاقد مع احدى شركات المقاولات وتحمل المصرف أو من يتعاقد معه الإضرار الناشئة عن التأخر في التنفيذ وهو ما اشار إليه الباحث بالشرط الجزائي ما لم يوجد ما يمنع من التنفيذ أو الإستمرار فيه.

ويؤخذ عليه ما ذكر في العقد الإول من إحالة المصرف الضمان على شركة المقاولات وعدم تحمله أية مسؤولية تنتج عن المشروع .

نموذج رقم (3)

وهذا عبارة عن عقد استصناع بين المصرف والمقاول تم فيه الإتفاق على قيام المقاول بتنفيذ الإعمال التي وجهها له المصرف وطلبها منه .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد نص على شروط التعاقد من حيث تقديم الضمان المصرفي وهو ما يسمى بكفالة حسن التنفيذ المعروفة عند شركات المقاولات ،إضافة إلى تقارير سير العمل واعتماد العينات والإلتزام بتعليمات الدوائر الحكومية ، ومما تجدر الإشارة إليه أنه قد أشار إلى ضرورة مقاطعة إسرائيل وعدم التعامل معها وذلك التزاماً بالإحكام الشرعية وتقيداً بها ، إلى غير ذلك من الشروط التي تجري بين ارباب العمل والعاملين كل منهما يسعى إلى تحقيق غايته من العقد .

إلا أنه قد نص في هذا العقد على ضرورة قيام الطـــرف الثاني (المقاول) بالتأمين الشامل على الموقع أو المشروع ضد جميع الإخطار وقد سبق أن أشار الباحث إلى أنه في حالة الموافقة من المصرف على عرض المتعامل بطلب المصرف تقديم الضمانات اللازمة ،ومنها التأمين الشامل على العقار يقوم به العميل لصالح المصرف طيلة فترة السداد لدى شركة تأمين تعأونية (1)

فما حكم التأمين من الناحية الشرعية ؟

يعرف التأمين بأنه عقد بمقتضاه يتعهد شخص يسمى المؤمن بأن يعوض شخصاً آخر يسمى المؤمن له عن خسارة احتمالية يتعرض لها هذا الإخر مقابل مبلغ من النقود هو القسط الذي يقوم المؤمن له بدفعه إلى المؤمن (2) .

وهنا لا أريد الخوض في تفصيلات العلماء في التأمين – حيث أنه بحث واسع – لكن العلماء المعاصرين قد اختلفوا في التأمين على ثلاثة أقوال (3).

أوجز اقوالهم بما يلي:–

القول الإول :– ذهب جمهور العلماء المعاصرين إلى عدم جواز التأمين مطلقاً وأنه باطل وذلك أن التأمين يعتبر رهناً وقماراً إجتراء على قضاء الله وقدره ومن هؤلاء الشيخ محمد بخيت المطيعي ، محمد أبو زهرة ، فخر الدين الحسيني ... الخ .

القول الثاني :– ذهب الشيخ مصطفى الزرقا وعبد الرحمن عيسى وعلي الخفيف إلى جواز التأمين بجميع أنواعه متى خلا من الربا على أساس أنه عمل تعأوني يرعى مصالح هامة للفرد والمجتمع ولأنه أصبح ضرورة من ضرورات العصر " وبالقياس على نظام العاقلة وغيرها "(4)

---

01 ارشيد ،محمود ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص125 مرجع سابق

02 الشنقيطي ،محمد أمين ، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة ص464 مكتبة العلوم والحكم ،المدينة المنورة –المملكة العربية السعودية 1992م .

03 المرجع السابق ص498

04 شبير ، محمد عثمان ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص123

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القول الثالث :- جواز بعض أنواع التأمين وتحريم بعضها فمنهم من أجاز التأمين على الإموال دون التأمين على الحياة ومن هؤلاء الشيخ عبدالوهاب خلاف وغيرهم وهذا الخلاف هو في التأمين التجاري .

ويرى الباحث أن الراجح ما ذهب إليه اصحاب القول الإول وهو عدم جواز عقد التأمين التجاري بجميع صوره لاشتماله على الغرر والربا .

وأما من أجازه قياساً على نظام العاقلة وأنه عمل فلا يصح " لأن نظام العاقلة يقوم لا على أساس التجارة وتحصيل الأرباح ، ولأن العاقلة أسرة يربطها الدم والرحم التي أمر الله بوصلها وهذه المعاني غير موجودة في شركة التأمين التجارية (1)

هذا فيما يتعلق بالتأمين التجاري ، أما التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون سواء في مجال التأمين أو مجال إعادة التأمين فهو جائز من الناحية الشرعية (2)

وعليه فقد ظهرت في المجتمع الإسلامي شركات تأمين إسلامية تعاونية ولا بد لها أن تقوم على اسس التالية (3).

01 أن يكون التأمين تأميناً بين المشتركين الغاية منه نفع المشتركين ، ولا يبغي المؤسسون الربح من عملية التأمين .

02 أن يكون ما يدفعه المشترك قسطاً مقدماً ومحدداً وهذا الإساس لا يختلف عما هو معمول به في شركات التأمين التجارية بالنسبة لدفع القسط مقدماً وبالنسبة لكيفية تحديده بالإساليب الفنية ، ولكنه يختلف عنه بالنسبة للفائض من الإقساط فهو في التأمين التعاوني حق للمشتركين وفي التأمين التجاري حق للمؤسسين .

03 أن يكون للمشتركين نصيب في إدارة الشركة يشعرهم بالتعاون المتبادل ويمكنهم من رعاية مصالحهم في الشركة .

04 أن تستثمر الشركة ما يمكن استثماره من أموال المشتركين لصالحهم ولا مأنع من أن تأخذ الشركة – المؤسسون – نسبة محددة من ربح الإستثمار نظير الإدارة ، كما في المضاربة المشتركة .

---

01 شبير ، محمد عثمان ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص128

02 الإشقر ، محمد سليمأن ،التأمين على الحياة واعادة التأمين بحث قدم إلى الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي المنعقدة بالكويت 6-7 جمادى الإخرة 1416 ، ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ص13

03 شبير ،محمد ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامية ص135-136

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

05 أن يكون للشركة هيئة رقابة شرعية تشترك مع المسؤولين في الشركة في وضع نماذج وثائق التأمي،ن وتراجع عمليات الشركات والتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية .

06 وأن تخضع جميع معاملات الشركة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

وبناءً عليه يرى الباحث جواز قيام العميل بالتأمين على العقار لدى شركة تأمين تعأونية وليس لدى شركة تأمين تجارية، وينبغي عدم السماح للعميل بالتأمين في الشركات التجارية -كما يرى الباحث-.

-والله اعلم-

نموذج رقم (4)

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا النموذج عبارة عن وعد الإستصناع، ولعل هذا قد جاء بناءً على التكييف الفقهي لعقد الإستصناع بأنه وعد عند من وضع هذا العقد ، وقد سبق أن رجح الباحث اعتبار عقد الإستصناع عقداً مستقلاً وليس وعداً، كما تعرض الباحث لحكم الوعد عند الفقهاء (1) واستقر الرأي عند الباحث أن الوعد يعتبر ملزماً إذا كان متعلقاً بسبب ودخل الموعود بسبب العدة في شيء.

وفي هذا الإتفاق دخل المصرف في عملية الإستصناع بناءً على وعد العميل له بتوقيع الإتفاق بينهما حال أنتهاء عمليات المناقصة التي يجريها المصرف بين شركات المقاولات وإجراءات الدراسة وغيرها، ولولا وعد العميل المصرف بذلك لما اقدم المصرف على الدخول في إجراءات عملية الإستصناع .

وعليه فإنه في حال نكول العميل عن هذا الوعد بعد دخول الطرف الإول في إجراءات عملية الإستصناع أو رفضه التوقيع على عقد الإستصناع بعد إعلامه بأنه جاهز للتوقيع فإنه يكون من حق الطرف الإول الحصول على مبلغ تعويضي عن الضرر اللاحق به نتيجة هذا النكول وهو ما نص عليه في البند الخامس من هذا النموذج.

وهذه الإتفاقية جائزة شرعاً0

01 تعرض الباحث لحكم الوعد عند الفقهاء في هامش هذا البحث ص

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نموذج رقم (5)

مؤسسة ادارة وتنمية اموال الإيتام في المملكةالاردنية الهاشمية

عقد استصناع أبواب خشبية وأعمال المنجور

وهذا العقد هو عقد استصناع عادي يوافق الصورة التي كانت تجري في السابق، لكنها بين شخصيتين اعتباريتين وقد التزم كل من العاقدين بالتزامات تجاه الآخر0

كما يلتزم المقاول المشار إليه بـــ(الفريق الثاني) بضمان المشروع والإلتزام بأية أضرار تلحق بالمشروع أثناء التنفيذ.

كما تعهد بعدم تأخير تنفيذ الإلتزامات وأن يكون ضمن شروط الإتفاق والمواصفات المطلوبة ورتب عليه شرطاً جزائياً إذا تم التأخير ،مقدارها (20)ديناراً عن كل يوم تأخير.

كما نص العقد على عدم جواز احالة الإتفاقية أو أي جزء منها إلى آخر الإ بموافقة الفريق الإول 0

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

وهذا يوافق ما ذهب إليه الباحث سابقاً من أن المعقود عليه في الإستصناع هو العمل والعين معاً، وهذا يقتضي عدم جواز الإتيان بالصنعة تامة من غير الصانع الذي تم الإتفاق معه لأنه ما رضي الإ صنعه وما رغب الإ خبرته 0

فهو إذا شرط جائز من الناحية الشرعية وهذه الإتفاقية أيضاً جائزه شرعاً لا يوجد فيها بند يخالف نصاً أو قاعدة في الشريعة الإسلامية .

نموذج رقم (6)

01 نص العقد على شروط عقد الإستصناع وهي كون العاقد أهلاً للتعاقد ،فكلا العاقدين قد وقعا العقد وهما في كامل أهليتهما .

02 ميز الشخصية الطبيعية عن الشخصية الإعتبارية وذلك في فقرة (هـــ) من البند رقم (1) حيث بين أن المقاول قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً .

03 ذكر العقد ، قيام العميل (الفريق الثاني) بتوكيل الفريق الإول بإحالة العطاء على مقاول ليقوم بتنفيذ المشروع ،فهذا اذاً استصناع مواز لا يقوم المصرف بمباشرة العمل بنفسه ، وهذا يؤكد ما ذكره الباحث سابقاً من أن عقد الإستصناع الموازي يتضمن الوكاله .لذا لا بد من النص على التوكيل صراحة في العقد .

04 تعرض للظروف القاهرة و الطارئة وبين امكانية الإستفادة منهما في تأخير مدة تسليم المشروع ،أو توقيفه لهذه الإسباب .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

05 ينص البند رقم (14) على أن للمصرف الحق في بيع المشروع (العين المستصنعه) لاسترداد حقه واذا لم يف (المشروع) بالحق فللمصرف الحق في استرداد بقية رأسماله من أي مصدر آخر .وهذا ما يفترق به الإستصناع عن المشاركة المتناقصه في هذا الجانب ،فإذا كان عقد المشاركة المتناقصة لا يخول المصرف بذلك فإن عقد الإستصناع يخول المصرف به لاستكمال حقه .

غير أن الإشكال في هذا البند هو ما نص عليه من كون البيع بسبب رفض الفريق الثاني (العميل)إستلام المشروع لأي سبب كان، وهذا لا يصح إطلاقه؛ لأن العميل قد يرفض استلام المشروع لخلل في المواصفات أو عدم مطابقتها لمطلبه .

أما لو رفض ذلك دون سبب مشروع للرفض أو لم يستطع الوفاء بالتزامه فيجوز للمصرف استرداد حقه من أي مصدر كان، ولا يشترط كونه من ذات المشروع .

06 نص البند رقم (27) على انتقال حيازة المشروع بالتالي مسؤوليته وضمانه الى الفريق الثاني (العميل) حال تسلمه المشروع أو من ينوب عنه كالمكتب الإستشاري وهذا صحيح لا اشكال فيه .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

07 الإ أن الإشكال يكمن في اشتراط المصرف على العميل قبول الثاني ضمان الإعمال المنفذة لا من المصرف بل من المقاول كما ينص على ذلك البند رقم (28) وبالتالي فإن المصرف يفقد المسوغ في الحصول على الأرباح وهو الضمان – والذي سبق ذكره في هذا البحث – .

08 كما أنه لا بد لصحة البند رقم (30) من اشتراط كون المبالغ التي تم تقييدها على حساب الفريق الإول قد تم التوقيع عليها مسبقاً من الفريق الثاني أو وكيله (المكتب الإستشاري) حتى لاتضاف مبالغ أخرى سهواً ، أو عمداً ، – مع ثقتنا بأمانة القائمين على العمل المصرفي الإسلامي –الإ أن ذلك يشترط احتياطاً وضماناً لمصلحة الفريق الثاني.

أما بقية الشروط فهي عبارة عن شروط توثيقية لا إشكال فيها شرعاً .

–والله تعالى اعلم –

والله اعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخلاصة وأهم النتائج

01 أن الإستصناع عبارة عن اتفاق يتعهد فيه احد الإطراف بصناعة عين غير موجودة أصلاً وفقاً للمواصفات التي يتم تحديدها مسبقاً مقابل دفع مبلغ معلوم ثمناً للعين المصنوعة.

02 الإستصناع شكل من اشكال المقاولة ، حيث يقتصر الإستصناع على تقديم العين والعمل بينما تشمل المقاولة تقديم العمل وحده أو العين والعمل .

03 يفترق الإستصناع عن السلم بعدة فروق كتعجيل الثمن وتأجيله ونوعية السلع التي يشملها كل منهما ومورد كل منهما إلى غير ذلك .

04 الإستصناع عقد جائز من الناحية الشرعية للادلة الدالة على ذلك .

05 الإستصناع يختلف عن البيع والإجارة والسلم وهو ليس وعداً بل هو عقد مستقل له اركانه وشروطه واحكامه .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

06 الإستصناع عقد يقبل توسيع نطاقه ليدخل العمل المصرفي الإسلامي .

07 الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما قام الدليل على بطلانه وتحريمه ، والأصل هو حرية التعاقد .

08 الإستصناع عقد لازم من الطرفين ولا يصح التحلل منه بالإرادة المنفردة إلا في احوال خاصة .

09 لا بد لصحة عقد الإستصناع من توافر اركانه وشروطه التي وضعها الفقهاء والتي تمنع الوقوع في الجهالة وتقع المنازعة .

010 لا بد من ذكر مدة معينة يتسلم فيها المستصنع العين المصنوعة قطعاً للمنازعة ولمماطلة الصناع .

011 ينتهي عقد الإستصناع بموت الصانع أو اتمام الصنع وتسليم العين وقبولها وقبض الثمن أو بفسخ العقد رضاءً أو قضاءً .

012 تطور عقد الإستصناع تطوراً مهما ودخل ساحة العمل المصرفي الإسلامي وصار له تطبيقات واسعة وسد حاجة كثير من المواطنين .

013 عقد الإستصناع كاسلوب للتمويل والإستثمار عبارة عن دخول المصرف أو المؤسسة الإقتصادية بصفتها ممولاً بتمويل جزئي أو كلي في مشروع معين على أساس قيام المصرف بما يلزم للمشروع من اعمال تصنيع أو بناء بنفسه أو بغيره بحيث يقدم المادة والعمل معاً .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

014 لا يشترط في عقد الإستصناع التحقق من ربحية المشروع الممول وذلك بخلاف المشاركة المتناقصة .

015 يقدم عقد الإستصناع تمويلاً كلياً إذا اقتضى الأمر وذلك بخلاف عقد المرابحة الذي يقتصر على التمويل الجزئي.

016 المعقود عليه في الإستصناع هو العين والعمل معاً .

017 عقد الإستصناع الموازي والعقاري واعتبار المصرف صانعاً أو مستصنعاً كل ذلك جائز من الناحية الشرعية .

018 استصدار المؤسسات الإقتصادية سندات للاستصناع محرم شرعاً ، وهو من الربا.

019 يمثل الإستصناع العقاري الصورة الفقهية الإولى لعقد الإستصناع ولا يفترق عنها الإ في اعتبار المصرف شخصية حكمية إعتبارية، وليست طبيعية .

020 الإستصناع الموازي يجمع بين عدة صور؛ استصناع وكالة بيع مرابحة بالتقسيط ويشمل عناصر وهي العميل ، المصرف ، المقاول .

021 يعتبر الضمان هو المسوغ للمصرف للحصول على أرباحه، ومن المعلوم فقهاً أن الضمان سبب من اسباب استحقاق الربح في الشريعة الإسلامية .

022 عقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي سواء أكان عقارياً أم موازياً جائز من الناحية الشرعية لأنه يجمع بين صور مشروعة .

023 الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الإعمال أو تأخيرها جائز شرعاً وقد اقرته العديد من الهيئات والعلماء ولجان الفتوى .

024 يستنفيد أحد العاقدين من الشرط الجزائي إذا نص عليه في عقد الإستصناع حال وجود عقد استصناع صحيح في الأصل وسابقاً مقدماً على وقوع الإخلال بالإلتزام ووجود خطأ من المدين وضرر يصيب الدائن ووجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر ...الخ.

025 يمكن للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي بما يتفق واحكام الشريعة الإسلامية التي تقتضي العدل .

026 يمكن للمتعاقدين في عقد الإستصناع أن يستفيدوا من نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة عند توافر شروطهما.

027 يمكن تطبيق نظرية العذر عند الحنفية على عقد الإستصناع .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

028 يمكن للمستصنع فسخ عقد الإستصناع ورد العين المستصنعة أو طلب التعويض إذا اقتضى الأمر ذلك عند وجود عيب في العين المستصنعة وعدم الإلتزام بالمواصفات المطلوبة والمتفق عليها .

029 كل من المتعاقدين يلتزم بالتزامات معينة يقصد منها تحقيق المقصود من العقد وهو اتمام إنجاز العين المستصنعة ، وهي جائزة شرعاً .

030 يحقق عقد الإستصناع العديد من المزايا الإقتصادية والإجتماعية ويدعم جهود التنمية الصناعية في الدول الإسلامية ويؤدي إلى التخفيف من حدة الفقر والبطالة .

031 لا يجوز للمصرف أن يشترط على العميل أن يكون الضمان على المقاول لاعلى المصرف لأنه عندها يفقد المسوغ الشرعي لحصوله على الأرباح .

032 التأمين الشامل على العقار فيه إرهاق للعميل ولا حاجة له لأنه يمكن تحصيل ديون المصرف من أي مصدر آخر .

033 التأمين التجاري حرام شرعاً والتأمين التعاوني جائز إلا أن فيه ارهاقاً للمستفيد .

034 الوعد جائز إذا كان متعلقاً بسبب ودخل الموعود بسبب الوعد في شئ .

035 يعتبر عقد الإستصناع عاملاً مهماً في التخفيف من حدة الفقر والبطالة من خلال اشتراك العديد من الإيدي العاملة مشاركتها الفعالة في ذلك .

036 يوصي الباحث المصارف والمؤسسات الإقتصادية تفعيل صورة الإستصناع وزيادة حجم تطبيقها وأن تقوم بالإشراف الفعلي والحقيقي على المشاريع القيام بتحمل ضمان المشاريع لحين تسليمها .

037 يوصي الباحث ايجاد صيغة قأنونية لعقد الإستصناع في النظام المصرفي الإسلامي تتناسب مع كل صورة من صورها في كل حال من احوالها ومراحلها، وينبغي وضعها في الإطار القانوني الذي يليق به فقهياً .

038 يوصي الباحث المصارف الإسلامية القيام بالنص على توكيل العميل المصرف بأحالة العطاء على غيره ليمارسه بنيابة عنه اذا كان عقد الإستصناع موازياً .

039 يوصي الباحث المصارف المركزية في الدول القيام بعمليات تمويل المشاريع الكبرى التي لا تستطيع المؤسسات الإقتصادية العادية تمويلها .

040 يقترح الباحث إنشاء صندوق نقد دولي إسلامي يقدم رأس المال اللازم للدول الإسلامية وغيرها لإنشاء المشروعات الكبرى فيها ، بأسلوب عقد الإستصناع اذا اقتضت

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

طبيعة المشروع هذا النوع من أنواع التمويل بحيث يستثمر الصندوق أمواله بهذه الطريقة ويساهم في تدعيم اقتصاد هذه الدول بدلا من الإعتماد على عملية الإقتراض الربوي المحرم شرعاً .

041 يوصي الباحث اهل العلم (من علماء الشريعة والقانون والإقتصاد) القيام بوضع نماذج استصناع موحدة في المؤسسات الإقتصادية تكون متفقة مع الشروط والضوابط ومحققة للاهداف التي اشير إليها في هذا البحث وفي غيره .

042 يوصي الباحث هيئات الرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات الإقتصادية الإسلامية القيام بعمليات فحوص دورية لعقود الإستصناع العقاري والموازي وغيرها من العقود والتأكد من التزامها باحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ومن استمرارها في تحقيق مقاصد الشارع والحكيم .

جميع الحقوق محفوظة
مكتبة الجامعة الاردنية
مركز ايداع الرسائل الجامعية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المصادر والمراجع

- إبن تيميه، احمد بن عبد الحليم ، **مجموع الفتاوى**، توزيع المستودع العامط1383/1 هـــ
- إبن تيميه، احمد، **نظرية العقد عند ابن تيمية** ، دار المعرفة-بيروت
- إبن حزم، أبو محمد، علي بن احمد، **المحلى بالآثار**، دار الإفاق الجديدة-بيروت-لبنان تحقيق لجنة احياء التراث العربي 0
- إبن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار** -دار احياء التراث العربي-دار الكتب العلميه0
- إبن عابدين، محمد أمين، **العقود الدريه في تنقيح الفتاوى الحامديه**، المطبعه الميمينه-مصر-1306 هـــ
- إبن قدامه، موفق الدين، **الكافي في فقه الإمام احمد**، دار الكتب العلميه، بيروت، لبنان ط1/1994 م0
- إبن رشد، أبو الوليد، محمد بن أحمد، **المقدمات والممهدات**، نسخة المدونة الكبرى-المكتبة العصرية، صيدا-بيروت-ط1419/1 هـــ
- إبن مفلح، أبو اسحاق، برهان الدين، إبراهيم بن محمد، **المبدع شرح المقنع**، دار الكتب العلميه-بيروت، ط1/1997 م0
- إبن منظور، **لسان العرب**، دار صادر- بيروت- لبنان0
- إبن نجيم، النسفي، زين بن ابراهيم بن محمد، **البحر الرائق شرح كتز الدقائق**-المطبعة الإميرية-بولاق0
- ارشيد، محمود عبد الكريم، **الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية**-دار النفائس-عمان-الإردن ط2001/1
- الأحسائي، عبد العزيز، **تبين المسالك شرح تدريب السالك الى أقرب المسالك**-بيروت-لبنان ط1995/2 م0
- الأشقر، عمر سليمان، **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الإردني**، دار النفائس عمان-
- الإشقر محمد، سليمان وآخرون، **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، دار النفائس عمان-الإردن ط1988/1م
- الإشقر، محمد سليمان، **بيع المرابحه والإستصناع والسلم، ومدى إمكانية استفادة البنوك الإسلامية منها**، مؤتمر المستجدات الفقهيه-عمان/1414هـــ-1994م0
- الإمين، حسن عبد الله، **المضاربة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة**، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية0
- أبو البركات، احمد بن محمود، **حاشية الدسوقي**، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان ط1417/1هـــ0
- أبو البصل علي 1995م ، ، **عقد المقاولة والتوريد** رسالة جامعية-دكتوراه-كلية الشريعة، الجامعة الإردنية — عمان الأردن.

جميع الحقوق محفوظة
مركز ايداع الرسائل الجامعية - الجامعة الأردنية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- أبو حجير، مجيد محمود، **نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة "دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما**،دارالثقافة للنشر- عمان-الإردن.
- أبو دهيم، محمد، **دورة التمويل بالمشاركة** من 14/9-1996/9/18م عمان-الإردن0
- أبو عويمر، جهاد عبد الله، **الترشيد الشرعي للبنوك القائمة**، مطبوعات الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية-1986م0
- الإنصاري، زكريا، محمد، **الغرر البهية**-دار الكتب العلمية-بيروت ط1418/1هـ1997
- أبو داود، سليمان بن اشعث **سنن ابي داوود**، دار احياء السنة النبوية0
- أبو عبد الله، مالك بن انس الأصبحي، **المدونة الكبرى برواية سحنون عن إبن القاسم**- دار الكتب العلمية-ط1415/1هـ/1994م0
- بابلي، محمد، **المصارف الإسلامية ضرورة حتمية**، المكتب الإسلامي ط1989/1م
- البخاري محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**-دار الفكر-بيروت-بغداد-1986م0
- بركات، عمادرفيق 1995م، **إستثمار أموال الزكاة في الإقتصاد الإسلامي**-ماجستير اقتصاد إسلامي-جامعة اليرموك – إربد - الأردن0
- بركات، عمر، **فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك**، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط1953/2م0
- **البنك الإسلامي الإردني** قانون رقم 62 سنة 1985م0
- **البنك العربي الإسلامي الدولي**، القانون الإساسي0
- البهوتي ، منصور بن يونس ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنا ط1997/1 –دار الفكر – بيروت 1402هـ تحقيق هلال مصطفى .
- البوطي، محمد توفيق، **البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها**-دار الفكر- بيروت ط1998/1م
- بولحيه، جميلة، 1983م، **نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري**"دراسة مقارنة" رسالة ماجستير-معهد الحقوق الجزائر0
- الترمانيني، عبد السلام، **نظرية الظروف الطارئه**-دار الفكر- بيروت-لبنان0
- الترمذي أبو عيسى"**الجامح الصحيح**" دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان ط1408/1هـ/1987م
- التسولي، أبو الحسن، **البهجة شرح التحفه**، دار الكتب العلمية-بيروت0
- الثبيتي، سعود بن مسعد، **الإستصناع**،المكتبة المكيةط1415/1هـ
- الجرجاني علي، **التعريفات**-مصطفى البابي الحلبي 1938م0
- الجمال، غريب، **المصارف وبيوت التمويل الإسلامية**، دار الشروق للنشر والتوزيع-جده الطبعة الإولى0
- جواد، محمد علي، **العقود الدولية**، مكتبة دار الثقافة-عمان-الإردن ط2001/6

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- حماد، نزيه كمال، **العقود المستجده**، ضوابطها ونماذج منها ورقة عمل مقدمة الى الدورة العاشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي 1417/2/14هـ-1996م
- الحمد، علي، **المجلة العربية**، ثقافيه-اجتماعية-جامعه، المملكة العربية السعودية، اسئلة اقتصادية، تم الحصول عليها عبر الإنترنت0
- حمود، سامي، **تطوير الإعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، دار الإتحاد العربي للطباعة ط1396/1هـ-1976م-مطبعة دار الشرق، عمان، ط1982/2م0
- حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الإحكام**، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان
- دانمي، علي محيي الدين، **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، دار البشائر الإسلامية ط1422/1هـ0
- داماد افندي، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الإبحر**، دار الكتب العلمية ط1419/1هـ-1998م0
- داود، حسن يوسف، **الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية**، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، امريكا ط1997/1م0
- الدبو، إبراهيم فاضل، **عقد المضاربة"دراسة في الإقتصاد الإسلامي"** دار عمار-عمان-الإردن ط1418/1هـ-1996م
- درادكه، فؤاد صالح، **الشرط الجزائي، التعويض الإتفاقي في القانون المدني الإردني"دراسة مقارنة بين الفقه والقوانين المدنية الوضعية" أحكام الإلتزام"** مكتبة دار الثقافة-عمان-الإردن 1998م
- الدريني، محمد فتحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، مؤسسة الرسالة-بيروت-لبنان
- الدريني، **النظريات الفقهية0**
- الدسوقي،شمس الدين، محمد عرفه، **حاشية الدسوقي**، دار الكتب العلمية-علي البابي وشركاه0
- الدمياطي، السيد البكري بن السيد محمد شطا، **إعانة الطالبين**، دار الفكر-بيروت-لبنان
- الديرشوى، عبد الله،1996م، **صيغ التمويل الزراعي في التشريع الإسلامي**، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة-الجامعة الإردنية0
- الذهبي، شمس الدين، **ديوان الضعفاء والمتروكين**-دار القلم-بيروت-لبنان ط1408/1هـ-1988م
- الرازي، أبو بكر، محمد بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، ترتيب محمود خاطر، مكتبة الثقافه الدينية-القاهره0
- الرافعي، عبد الكريم بن محمد، **العزيز شرح الوجيز"الشرح الكبير"** دار الكتب العلمية-بيروت-ط1997/1م0
- الرعيني، الحطاب، أبو عبد الله، محمد بن محمد المغربي، **تحرير الكلام في مسائل الإلتزام**-دار الغرب الإسلامي، ط1404/1هـتحقيق عبد السلام محمد الشريف0

جميع الحقوق محفوظة
مركز إيداع الرسائل الجامعية
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- الرويشد، عبد المحسن، 1983م، **الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه كلية الحقوق-جامعة القاهرة0
- ريحان، بكر، **دورة التمويل بالمضاربة** من 5/5-2002/5/9 معهد الدراسات المصرفية-عمان-الإردن0
- الزبيدي ،حمزه محمود ، **الإستثمار في الإوراق المالية** – مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ،ط2001/1م
- الزبيدي محمد مرتضى، **تاج العروس**، دار ليبيا للنشر والتوزيع-بنغازي0
- الزرقا، مصطفى احمد، **عقد الإستصناع ومدى اهميته في الإستثمارات الإسلامية المعاصرة**، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية-جده-السعودية ط1416/1هـ-1995م0
- الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، دار الفكر-بيروت-
- الزرقا، **المصارف، معاملاتها، ودائعها وفوائدها** ورقة للمناقشه جامعة الملك عبد العزيز، المركز العالمي لابحاث الإقتصاد الإسلامي0
- الزحيلي، وهبه، **اصول الفقه الإسلامي**-دار الفكر-بيروت، دمشق ط1400/1هـ
- زعير، عبد الحكيم، **البنوك الإسلامية**، الرأي الإخر، مجموعة مقالات، مكتبة الجامعة الإردنية0
- زيدان، عبد الكريم، **الوجيز في أصول الفقه**-دار التوزيع والنشر الإسلامي ط1993/1م0
- زيد، محمد عبد العزيز حسن، **الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر**، المعهد العالمي للفكر الإسلامي-القاهرة-ط1997/1م0
- الزيلعي، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان ط1420/1هـ-2000م0
- سامي، محمد، **مبادئ الإستثمار**، المطبعة السلفيه-1966م0
- سراج، محمد، **النظام المصرفي الإسلامي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع-جده/1410هـ
- السرخسي، شمس الدين، **المبسوط**، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان ط1414/1هـ-1993م، دار المعرفة-بيروت 1406هـ0
- سلطان، أنور، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الإردني**" دراسة مقارنة بالفقهالإسلامي" ط1987/1م، عمان-منشورات الجامعة الإردنية0
- سليمان، محمد جلال، **الودائع الإستثمارية في البنوك الإسلامية**، المعهد العالمي للفكر الإسلامي0
- سماره، محمد، **محاضرات في أصول الفقه**، دار الثقافه للنشر والتوزيع-عمان-الإردن ط2002/1م0
- سمامعه، خالد رضوان، 1997م، **سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في**

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون المدني الإردني"دراسة مقارنه" رسالة ماجستير-قسم القانون-كلية الدراسات العليا-الجامعة الإردنية — عمان - الأردن 0

- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، نظرية الإلتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان-1998م0
- الشافعي، محمد بن إدريس، **الام**، دار المعرفه-بيروت ط1393/2هـ0
- شاهين، فؤاد **نظرة إسلامية لمفهوم الإستثمار الرأسمالي وطرق تنميته** 1993م حالة دراسية على المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية في الإردن - عمان - الأردن 0
- الشباني، محمد عبد الله، **بنوك تجارية بدون ربا"دراسة نظرية وعملية"** دار عالم الكتب للنشر والتوزيع الرياض-1407هـ-1987م0
- شبير، محمد عثمان، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**-دار النفائس-عمان-الإردن ط1416/1هـ-1996م0
- الشربيني، محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**-دار المعرفه-بيروت
- شطناوي، زكريا، 1995م، **الحيازة وتطبيقاتها في معاملات البنك الإسلامي الإردني**-رسالة جامعية-ماجستير، اقتصاد إسلامي، جامعة اليرموك إربد - الأردن
- الشنقيطي، محمد أمين، **دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثه**-مكتبة العلوم والحكم، المدينه المنورة، السعوديه 1992م0
- شيخون، محمد، المصارف الإسلامية، **دراسة في تقويم المشروعية الدينية والدور الإقتصادي**، دار وائل للطباعة والنشر-عمان-الإردن ط2002/1م0
- الشيرازي، إبراهيم، **التنبيه**، دار عالم الكتب-بيروت-لبنان ط1403/1هـ0
- الصاوى، أحمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للوردي**-دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان ط1415/1هـ1995 م0
- الصاوى، محمد، **مشكلة الإستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام**، دار المجتمع، جده، دار الوفاء، المنصورة، 1410هـ-1990م
- صيام، ماجد علي، **البنوك الإسلامية، نظرة قرآنية للمال والإنسان والعمل في إعمار الإرض**-مكتبة الجامعة الإردنية0
- الضرير، الصديق، **أشكال وأساليب الإستثمار في البنوك الإسلامية**، برنامج الإستثمار والتمويل بالمشاركة، الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية0
- الطبراني، أبو القاسم ،سليمان بن احمد ،**المعجم الكبير** ،وزارة الإوقاف-جمهورية العراق-ط1406/2هـ-1985م
- الطبراني، أبو القاسم، **المعجم الإوسط**، دار الحرمين، مصر والسودان-1415هـ-1995م0
- طايل، مصطفى، **القرار الإستثماري في البنوك الإسلامية**، بنك فيصل الإسلامي المصري0

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- عايد، أحمد، 1997م، **إدارة واستثمار أموال الإيتام في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة**، رسالة جامعية، ماجستير، كلية الإقتصاد- جامعة اليرموك0
- عبد الرحمن، عبد الله إبراهيم، 1997م، **سياسة التسويق المصرفي في البنك الإسلامي الإردني، رسالة جامعية**، ماجستير إقتصاد إسلامي، جامعة اليرموك0
- عبد الله، عبد الهادي يعقوب، **المشاركة**، احكامها الشرعية، وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية-بنك الخرطوم-السودان0
- عبد الله ،فتحي عبد الرحيم وعبد الرحمن شوقي، **شرح النظرية العامة للالتزام**، منشأة المعارف، الإسكندريه 2000-2001م
- عبيد، سعيد يوسف، **الإستثمار في الإوراق المالية**-مكتبة عين شمس/القاهرة
- عربيات، وائل محمد، 2000م، **المشاركة المتناقصه"المنتهية بالتمليك"ودور البنوك الإسلامية في تفعيلها**، رسالة ماجستير-كلية الشريعة-الجامعة الإردنية- عمان - الأردن
- عزيز، كاظم، **الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية**،"دراسة مقارنه" دار الثقافة-عمان-الإردن0
- عطيه، جمال الدين، **البنوك الإسلامية**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط1413/2هـ-1993م-بيروت-لبنان0
- عيد، يحيى اسماعيل، 1981م، **المصرف الإسلامي**، مجالاته وآثاره الإسلامية، رسالة ماجستير-جامعة الإمام محمد بن سعود0
- **العيني أبو محمد البناية شرح الهداية**-دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان ط1420/1هـ0
- الفار، عبد القادر، **أحكام الإلتزام**، دار الثقافه-عمان الإردن ط2001/6م0
- الفضل، منذر، **النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الإردني**" دراسة مقارنه بين الفقه الإسلامي، والقوانين المدنيه الوضعية"احكام الإلتزام" مكتبة دار الثقافة-عمان-الإردن 1998م0
- الفيومي، احمد بن محمد، **المصباح المنير**، المطبعة الإميرية ببولاق-ط1906/2م
- **القانون المدني الإردني** " دراسة مقارنة " رسالة ماجستير –قسم القانون – كلية الدراسات العليا ،الجامعة الإردنية- عمان - الأردن .
- **القانون المدني الإردني** ،المذكرات الإيضاحية ،المكتب الفني – عمان .
- القنوجي ،البخاري ،أبو الطيب ، صديق بن حسن ، **الروضة الندية** ،دار الكتب العلمية –بيروت ط1410/1هـ -1990م .
- الكساني ،أبو بكر ، علاء الدين بن مسعود ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ،دار احياء التراث العربي ،مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت – لبنان ط1418/2هـ 1998، م .
- كريم ،زهير عباس ،**مبادىء القانون التجاري** "دراسة مقارنة " مكتبة دار الثقافة عمان –

جميع الحقوق محفوظة
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإردن –1995م .

- اللصاصمة ،عبدالعزيز ، **المسؤولية المدنية التقصيرية** ، الفعل الضار ، أساسها وشروطها ، الدار العلمية ، ودار الثقافة – الإردن ط2002/1م.
- لمطاعي ،نور الدين ، **الشرط المقترن بالعقد** ،"دراسة مقارنة " رسالة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر.
- محمد ،فضل عبدالكريم ،2001، **تعثر سداد الديون في المصارف الإسلامية** "دراسة تطبيقية على المصارف السودانية من 1987-1997م –رسالة ماجستير – جامعة وادي النيل –السودان .
- محمد ، يوسف كمال ، **المصرفية الإسلامية** ،الإزمة والمخرج ،دار النشر للجامعات العربية ط1996/1م.
- محيسن ، **فؤاد التأصيل الشرعي لعقد الإستصناع والمقاولة** ، **وتطبيقات الإستصناع والمقاولة في المصارف الإسلامية** ،حلقة بحث في المصارف الإسلامية "الإكاديمة العربية للعلوم المالية والمصرفية – عمان – الإردن .
- محيسن ، فؤاد ،**دور البنوك الإسلامية في سوق عربية اسلامية مشتركة** ،ورقة بحث مؤتمر المؤسسات المصرفية الإسلامية في الإستثمار والتنمية 7-2002/9م ،كلية الشريعة –جامعة الشارقة – الإمارات.
- المرغيناني ،أبو الحسن ،علي بن أبي بكر ، **الهداية شرح بداية المبتدىء** –دار الكتب العلمية –بيروت –لبنان ،ط1410/1هـ -1990م .
- المرداوي ، أبو الحسن ، علاء الدين ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، مكتبة السنة المحمدية ،القاهرة –ط1956/1م.
- المساعيد ،سليمان ، 1993م ،**عقد الإيجار المنتهي بالتمليك** ،"دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية ،والنظم المعاصرة "رسالة جامعية – ماجستير – قسم الإقتصاد الإسلامي – جامعة اليرموك.
- المسعودي ،أحمد أسعد 1998م ، **الإقتراض الحكومي للإنفاق على المصالح العامة في الشريعة الإسلامية** – رسالة ماجستير ، الإقتصاد الإسلامي – جامعة اليرموك – إربد – الأردن.
- مسلم ،**صحيح مسلم بشرح النووي** – دار احياء التراث العربي –بيروت –لبنان ط1420/1هـ -1999م .
- مشهور ، اميره عبداللطيف ، **الإستثمار في الإقتصاد الإسلامي** – مكتبة مدبولي – القاهرة ط1411/1هـ -1991م .
- المصري ، رفيق يونس ، **بحث في المصارف الإسلامية** ، دار المكتبي ، سوريه ، دمشق ط1411/1هـ .
- مكي ،علي سعيد، **تمويل المشروعات في ظل الإسلام** "دراسة مقارنة "دار الفكر العربي .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- منصور ، محمد خالد ، **تغير قيمة النقود ، وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن** بحث منشور ،ضمن سلسلة بحوث الشريعة والقانون –مجلة دراسات – الجامعة الإردنية تموز 1998م .
- المنوفي ،علي بن خليف ، **كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني** –مطبعة المصري –مصر ط1/1984م.
- الموصلي ،عبدالله بن محمود ،**الإختيار لتعليل المختار**، دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان .
- المومني ،احمد سعيد ،**مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة** ، مكتبة المنار،الزرقاء – الإردن ،ط1/1407هـ -1987م .
- النجار ، احمد وآخرون **100 سؤال و100 جواب حول البنوك الإسلامية** الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ط1/1398هـ - 1978م .
- نظام ، وآخرون ، **الفتاوى الهندية**.
- النووي ، يحيى ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، تحقيق زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ط3/1991م .
- الهاشمي ، آية الله ، السيد محمود "**كلمات الشيخ في الخلاف " كتاب السلم والحكم بالبطلان عند فقهائنا** ،تم الحصول عليها عبر الإنترنت.
- الهيثمي ،نور الدين ،علي أبي بكر ، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** ، دار الكتب العلمية – بيروت–لبنان –1408هـ -1998م .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com