تطبيقات ضمان العقد في عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي

أحمد عبد الكريم عنانزة * أ.د موسى مصطفى القضاة**

تاريخ وصول البحث: 2024/2/11م تاريخ قبول البحث: 2024/5/19م

الملخص

هدف هذا البحث إلى بيان الضمان في عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي، من خلال بيان مصطلحات الدراسة، وبيان على من يترتب الضمان من خلال دراسة مراحل عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي، واتبعت الدراسة المنهج الوصفي باستقصاء مسائل هذا البحث وجمعها ودراستها، والمنهج التحليلي في تحليل النصوص والوقوف مع معانيها، وخلص البحث إلى مجموعة من النتائج من أهمها: إن الضمان يتحقق أثره في مراحل عقد الاستصناع من وقت التعاقد وبعد البدء بالتصنيع، وبعد الانتهاء من الصناعة وقبل الرؤية وعند الرؤية للمصنوع من قبل المستصنع، استنادا إلى لزوم عقد الاستصناع في جميع المراحل المذكورة، وبما هو مسطر في المعيار رقم(11) عند هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

توصي الدراسة: الباحثين بالاهتمام بدراسة ما يتعلق بضمان العقود المرتبطة بصيغ التمويل الإسلامي، وتوجيهها من وجهة نظر فقهية وقانونية كدراسة مقارنة.

الكلمات المفتاحية: الضمان، العقد، عقد الاستصناع، الاستصناع الموازي، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

* باحث.

** أستاذ دكتور، قسم الفقه وأصوله، جامعة العوم الإسلامية العالمية.

Contractual Warranty Applications in Manufacturing and Parallel Manufacturing Contracts

Abstract

The aim of this research is to clarify the warranty in Manufacturing and Parallel Manufacturing Contracts, through explaining the study's terms, and identifying who is responsible for the warranty by studying the stages of the contracts of construction and parallel construction. The study followed the descriptive approach in investigating the issues of this research, collecting and studying them, and the analytical approach in analyzing the texts and understanding their meanings.

The research concluded a set of important results, including: The warranty has its impact at various stages of the manufacturing contract, from the time of contracting, through commencement of manufacturing, after completion of manufacturing, prior to inspection, and at the time of inspection of the manufactured product by the manufacturer, based on the necessity of the manufacturing contract at all mentioned stages, as outlined in Standard No. (11) by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions.

The study recommends researchers to focus on studying matters related to the warranties of contracts associated with Islamic finance formats, and to guide them from a jurisprudential and legal perspective, such as conducting comparative studies.

Keywords: Warranty, Contract, Manufacturing Contract, Parallel Manufacturing, Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions.

.

المقدمة:

الحمد لله الذي خلق فسوى وقدر فهدى، القائل في محكم كتابة:(يأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونسآء واتقوا الله الذي تسآءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا) (النساء 1)، وأفضل الصلاة وأتم السلام على النبي الهاشمي خير الأنام صلى الله عليه وسلم، أما بعد:

يعد الضمان في العقود المالية من الأمور المهمة في دفع الخصومة، لما لها من دور أساس في إثبات الحقوق لأصحابها، ولأن معايير المحاسبة المالية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFIمما اعتنى به البنك المركزي الأردني.

واعتمدها للتطبيق على المصارف الإسلامية العاملة في المملكة الأردنية الهاشمية، تم اختيار المعيار رقم (11) الخاص بعقد الاستصناع الصادر عن الايوفي وقد أفرد بيان المعيار المذكور في فرع مستقل من فروع البحث، وقد جاء هذا البحث لبيان الضمان في عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي، ومدى تحقق ضمان العقد في صيغة التمويل القائمة على الاستصناع والاستصناع الموازي من خلال المعايير الشرعية، وأثر ذلك في العقد والتزامات أطرافه.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث بمدى تحقق الضمان في صيغة التمويل القائمة على الاستصناع والاستصناع الموازي، وأثر الضمان على أطراف العقد وصحته من خلال الإجابة عن الأسئلة التالية:

1-ما ضمان العقد في الفقه الإسلامي؟

2-ما المقصود من الاستصناع والاستصناع الموازي؟

3-ما مدى تحقق الضمان في صيغة التمويل بالاستصناع والاستصناع الموازي؟ وما الآثار التي تترتب على ذلك؟

أهداف البحث:

هدف البحث إلى:

1-التعرف إلى مفهوم ضمان العقد في الفقه الإسلامي.

2- توضيح المقصود بصيغة التمويل بالاستصناع والاستصناع الموازي.

3-الكشف عن مدى تحقق الضمان في صيغة التمويل بالاستصناع والاستصناع الموازي، وبيان ما يترتب عليه من آثار.

أهمية البحث:

جاء هذا البحث لبيان تحقق الضمان في عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي، بعنوان: تطبيقات ضمان العقد في عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي، قد يستفيد من هذا البحث طلاب العلم الشرعي، وقد يستفيد منه أهل الاختصاص لتحديد جهة الضمان مما يسهم في حل الخلافات، من خلال بيان الضمان والالتزام، في عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي.

حدود البحث: اقتصر البحث على دراسة تطبيقات ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي، في صيغ التمويل الإسلامي، على المعايير الشرعية، من خلال مراحل العقد المذكورة في البحث، ولم يتطرق للتراجم دفعا للإطالة ولأنه متخصص بدراسة أثر الضمان من خلال المعيار رقم (11)، فلم يستطرد البحث بما يتعلق بالأركان والشروط لعقد الاستصناع، واقتصر البحث على المذهب الحنفي كون الاستصناع كعقد منفصل عنده.

الدراسات السابقة:

أولا: قام الزرقا: مصطفى احمد الزرقا، سنة 1995م، بدراسة بعنوان: **عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة**، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-جده، وتناولت الدراسة بعموم عقد الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، ولم تتطرق إلى تطبيقات ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي، وقد أفدت منها.

ثانيا: قام بدران: أحمد جابر بدران، بدراسة بعنوان: **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق**، سنة: 2003م، مع عرض تجارب ونماذج لعقد الاستصناع في البنوك الإسلامية. الكويت، بنك الكويت الصناعي، وتختلف عن موضوعنا الذي هو: تطبيقات ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي، وقد تناولت الدراسة الضمان كنظرية وتطبيقها في بنك الكويت الصناعي، ولم تتطرق إلى تطبيقات ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي، وقد أفدت منها.

ثالثاً: قام بلخير: أحمد بلخير. سنة 2007م-2008م، بدراسة بعنوان: عقد **الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة –دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية**، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر – باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة- فرع الاقتصاد الإسلامي-الجزائر، وتختلف عن موضوعنا الذي هو: تطبيقات ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي، وتناولت الدراسة عقد الاستصناع وتطبيقاته في البنك الاسلامي للتنمية

وعرضت لمخاطر التمويل بالاستصناع، ولم تذكر تطبيقات ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي، وقد أفدت منها.

رابعاً: قام الزغول: محمد مازن محمد رشدي، ومحمد عقله الحسن العلي. سنة 2020 م، بدراسة بعنوان: **عقد الاستصناع وتطبيقاته في البنك الإسلامي الأردني والمهن الحرفية دراسة فقهية مقارنة**- رسالة ماجستير غير مطبوعة، جامعة جرش -المنظومة، وتختلف عن موضوعنا، فقد تناولت الدراسة تطبيق العقد في الحرف في معاملات البنك الإسلامي الأردني ولم تتطرق إلى تطبيقات ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي وقد أفدت منها.

منهجيه البحث: اتبع الدراسة المنهج الوصفي باستقصاء مسائل هذا البحث وجمعها ودراستها، والمنهج التحليلي: في تحليل النصوص والوقوف مع معانيها.

الهيكل التنظيمي للبحث:

وقد قسم البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: تعريف بمصطلحات الدراسة.

المطلب الأول: ضمان العقد:

الفرع الأول: الضمان لغة:

الفرع الثاني: الضمان اصطلاحا:

الفرع الثالث: ضمان العقد

المطلب الثاني: مفهوم عقد الاستصناع والاستصناع الموازي:

الفرع الأول: الاستصناع لغة:

الفرع الثاني: الاستصناع اصطلاحا:

الفرع الثالث: الاستصناع الموازي:

الفرع الرابع: التعريف بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية:

الفرع الخامس: التعريف بمعيار رقم (11) الخاص بالاستصناع:

المبحث الثاني: مدى تحقق الضمان في صيغة التمويل بالاستصناع والاستصناع الموازي، وما يترتب على ذلك، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عقد الاستصناع أركانه وشروطه وآثاره:

المطلب الثاني: بيان ضمان العقد في عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي من خلال معايير المحاسبة الشرعية:

الخاتمة وتتضمن النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: تعريف بمصطلحات الدراسة.

وفيه مطالب: بيان مفهوم كل من ضمان العقد والاستصناع والاستصناع الموازي، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والمعيار رقم (11).

المطلب الأول: مفهوم ضمان العقد وفيه فروع.

الفرع الأول: الضمان لغة:

الضمان مصدر، والأصل: ضمن، وورد بحسب الاستعمال في اللغة بأكثر من معنى: فتارة يكون بمعنى الكفالة، أو جعل الشيء في وعائه [1]، وتارة يأتي بمعنى الالتزام بالشيء، وتارة بمعنى التغريم.[2]

الفرع الثاني: الضمان اصطلاحا:

يتمثل في رد مثل ما هلك إن كان من المثليات أو برد قيمته إن كان قيميا [3]: ومنه، "ضمان الدرك: هو الضمان برد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول: تكفلت بما يدركك في هذا المبيع، وضمان الرهن: ما يكون مضمونا بالأقل من الدين وقيمة الرهن، وضمان المبيع: ما يكون مضمونا بثمن المبيع قل أو كثر، وضمان الغصب: ما يكون مضمونا بالقيمة."[4]

وما يعنينا من تعريف الضمان ما تعلق بالتزام مادي يؤدى للغير بسببه، وهو ما أشار إليه الفقهاء في مصنفاتهم بغض النظر عن إرادة الكفالة أو الالتزام سواء في الذمة أو بغيرها، عند كلامهم عن الضمان، مما يفيد بان المقصود على اختلاف ألفاظه يشير للضمان سواء بما يلتزم به ماديا كتعويض أو معنويا ككفالة وكما يلي:

فعند الحنفية: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة"، يراد به الكفالة والضمان بمعنى الكفالة [5]، ومما هو عند المالكية: "وأما الحمالة فمعناها شغل ذمة أخرى بالحق ومعناها ومعنى الكفالة والزعامة والضمان واحد"[6]، وأما الشافعية: "حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو

عليه، أو عين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك"[7]، وعند الحنابلة: "التزام ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب"

وعرفه د. الزحيلي: " الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"[8]

من خلال التعريفات السابقة: نلحظ أن الأحناف ضموا الذمتين في المطالبة، بينما الجمهور ضموا الذمتين الضامن والمضمون عنه بان تشغل ذمة الضامن مع بقاء المضمون في ذمة المضمون عنه، ورأي الجمهور الذي يشمل الكفالة والالتزام لما يثبت في الذمة للغير كونه يشمل الضمان ككفالة وكتعويض والتزام، هو الأوجه بحسب ما تطمئن إليه النفس، والمقصود هنا الالتزام والتعويض، وهو ما عبر عنه الدكتور الزحيلي، لموافقته و شموله للأدلة الشرعية في الضمان، فيكون: التزام تعويض الغير عما ألمَّ به من تلف لماله أو فقد لمنافعه، أو عما لحق النفس البشرية من ضرر.

الفرع الثالث: ضمان العقد:

بداية نشير لمفهوم العقد في اللغة ثم في الاصطلاح، ثم المقصود بضمان العقد، وذلك كما يلي:

أولا: العقد لغة:

مأخوذ من الأصل عقد، الدال على الشد والتوثيق [9]، وهو بفتح الأول وسكون الثاني: يطلق على العهد والضمان، والجمع عقود، وهو "نقيض الحل...ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها"[10]، وفي قوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (المائدة: 1)، والآية خطاب من الله تعالى للمؤمنين، "بالوفاء بالعقود التي عقدها الله عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض ...والعقود العهود"[11].

مما سبق وغيره: يتبين من خلال اطلاقات لفظ العقد لغة أنها تتعدد وما يناسب موضوعنا: ما يعبر عن التوثيق والعهد والضمان.

ثانيا: العقد اصطلاحا: يطلق العقد في الاصطلاح على: " ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما"[12]، وكما يطلق على " ربط أجزاء التصرف شرعا بالإيجاب والقبول، أو هو التزام المتعاقدين وتعمدها أمرا، فهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول وجمعه العقود"[13]، ويطلق على" ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"[14]، كما يطلق على العقد: "ما يلزم به حكم في المستقبل"[15].

وهناك تقسيمات للعقود باعتبارات مختلفة، مما يجعل الضمان يتفاوت في اللزوم تبعا لآثارها، كانفراده بعاقد واحد مثل؛ عقود الوقف واليمين وما شاكلها، وما يكون من متعاقدين

مثل؛ عقود البيوع والشركات وما شاكلها، ومن حيث اللزوم وعدمه والجواز وغيرها من تقسيمات [16].

وما تطمئن له النفس وبما ورد من ذكر لإطلاق لفظ العقد في الاصطلاح، أن العقد يطلق اصطلاحا على: ما يعد التزاما بما يكون من آثار آنية أو مستقبلية سواء كان الالتزام من طرفين أو من طرف واحد، وبذلك يشمل العقود الناشئة عن إيجاب وقبول من طرفين وكذلك العقود الناشئة عن التزام منفرد، والآثار الآنية بمباشرته والمترتبة مستقبلا كذلك [17].

ثالثا: ضمان العقد:

يعد العقد من أسباب الضمان [18]، لذلك حدد الفقهاء ضمان العقد بما اتفق عليه المتعاقدان [19]، فيكون ما يضمن بالعقد "ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح"[20]، وفرق بين ضمان.

العقد وضمان اليد، أن مرد ضمان العقد: "ما اتفق عليه المتعاقدان، أو بدله"[21]، ومرد ضمان اليد للمثل أو للقيمة. [22]

وما تختاره الدراسة: إن ضمان العقد يمكن تصوره على أنه: التزام تعويض الغير عما ألم به من تلف لماله أو فقد لمنافعه بناء على ما تعاقد عليه طرفاه.

المطلب الثاني: مفهوم عقد الاستصناع والاستصناع الموازي:

الفرع الأول: الاستصناع لغة:

من الأصل: صنع؛ "صنع: صنعه يصنعه صنعا، فهو مصنوع وصنع: عمله ... ويقال: اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما...واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه"[23]، "والصنعة عمل الصانع"[24]، فيكون مفهوم الاستصناع لغة يدور حول: ما يتضمن طلب العمل أو الفعل من عامله وصانعه.

الفرع الثاني: الاستصناع اصطلاحا:

اختلف تعريف الاستصناع اصطلاحا، تبعا لتكييفه والنظر لحقيقته، عند الفقهاء، فعده الجمهور من السلم، بينما عده الحنفية عقدا مستقلا وكما يلي:

أولاً: عند الحنفية: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"، أو "بيع عين شرط فيه العمل"، فشرط العمل مستقبلا ليكون استصناعا، ولا يكون سلما لان السلم عقد على مبيع في الذمة.[25]

فالحنفية يعدونه عقدا مستقلا، يشتمل على عقدين جائزين هما السلم والإجارة، و"السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل" فلذلك هو عقد مستقل مشتمل على عقدين جائزين.[26]

ثانياً: عند الجمهور: الجمهور يذكرون عقد الاستصناع في باب السلم، بأنه بيع موصوف في الذمة مما تدخل فيه الصنعة ويشترطون لصحته توافر شروط السلم.[27]

فتبعا للتعريف فإن الحنفية يعدون الاستصناع عقدا مستقلا بينما الجمهور جعلوه من باب السلم، فينبني عليه تحقق شروط العقد وأركانه عند الحنفية، وتحقق شروط وأركان السلم عند الجمهور.

وأخذت مجلة الأحكام العدلية بأن الاستصناع عقد مقاولة كما في المادة (124):

"الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع"[28]

وتختار الدراسة ما ذهب إليه الحنفية وهو: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"[29]، بجعل الاستصناع عقدا مستقلا، فيمكن توصيفه على أنه: عقد له استقلالية عن عقود البيع المعتادة لاشتماله على المواد والعمل من الصانع وأنه في الذمة كذلك، ومحل العقد هو المبيع فقط، والعمل شرط فيه، ويختلف عن السلم؛ لأن السلم يشمل غير المصنوع، ما يجعل التعريف جامعا مانعا، ولن نقف مع مشروعية الاستصناع، للاختصار؛ لأن المقصد الوقوف على أثر الضمان في عقد الاستصناع.

الفرع الثالث: عقد الاستصناع الموازي:

لابد من ذكر ما تم توصيف عقد الاستصناع الموازي به من جهات عدة وكما يلي: جاء في هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية [30]: "الصيغة التي تسمى في العرف المعاصر، الاستصناع الموازي تتم من خلال إبرام عقدين منفصلين: أحدهما مع العميل تكون فيه المؤسسة المالية الإسلامية صانعا، والآخر مع الصناع أو المقاولين تكون فيه المؤسسة مستصنعا يتحقق الربح عن طريق اختلاف الثمن في العقدين والغالب أن يكون أحدهما حالا (وهو الذي مع الصناع أو المقاولين) والثاني مؤجلا وهو الذي مع العميل".[31]

وكذلك ذكر أنه: "عقد استصناع سلعة معينة محددة الصفات تنطبق مواصفاتها على السلعة والبضاعة التي يكون قد استصنعها في العقد الأول دون ربط بين العقدين" وذكر أنه

عقد جديد في الوقت الحاضر اقتضته الظروف التجارية والحاجات الإنسانية المعاصرة وتعمل به غالبا المؤسسات المالية بينها وبين المستثمرين.[32]

وقد أجاز عقد الاستصناع الموازي: مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة بدولة قطر، 8-13 ذو القعدة 1423هـ الموافق 11-16 كانون الثاني 2003م، ومن قراراته[33]: من خلال البند 11 والبند 12 بأن للمقاول أن يقوم بالعمل بنفسه إن اشترط ذلك المستصنع ويشار إليه "رب العمل"، وله أن يقوم بالعمل من خلال "مقاول من الباطن" إن لم يشترط عمله بنفسه، وهذا دل على جواز الاستصناع الموازي.

من خلال ما ذكر في توصيف الاستصناع الموازي، فإن ما تختاره الدراسة في توصيف عقد الاستصناع الموازي: أنه عبارة عن عقد استصناع ينشأ بناء على وجود عقد استصناع سابق وبنفس الشروط والصفات دون ربط الأول بالثاني مع اختلاف في الثمن ووقت استيفائه، للحصول على الربح المرجو، وعادة تقوم به المؤسسات المالية لتوافر النقد فتقدم خدمة للصناع والعملاء على السواء فتشجع عملية الاقتصاد وتنميها.

الفرع الرابع: التعريف بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية[34]:

هي هيئة شرعية مالية غير ربحية، تم إنشاؤها بما اتفق عليه بين عدد من المؤسسات المالية الإسلامية، كان يطلق عليها: "هيئة المحاسبة المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية"، تتمم إنشاؤها في الأول من صفر 1410هالموافق للسادس والعشرين من فبراير 1990م، في دولة الجزائر، ثم سجلت في دولة البحرين بصفة هيئة عالمية لها شخصية مستقلة معنوية في الحادي عشر من رمضان 1411هـ الموافق للسابع والعشرين من مارس 1991م، تهدف لتطوير "فكر المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ونشر ذلك الفكر وتطبيقاته"، من خلال الندوات والتدريب والنشرات والأبحاث وغيرها من الوسائل، وكذلك تعمل على الإعداد والإصدار لمعايير المحاسبة والمراجعة لتلك المؤسسات، وبما يتفق مع الشريعة الإسلامية كأحكام ومبادئ بما يعد تنظيما شاملا للحياة بجميع نواحيها، وبما يتلاءم وبيئة المنشأ لتلك المؤسسات، وتتكون الهيئة من هيكل تنظيمي من جمعية عمومية ومجلس أمناء ومجلس معايير المحاسبة والمراجعة ولجان أخرى، ولكل منها أعضاء، ولأنها هيئة غير ربحية فان مصادر التمويل تتنوع من مساهمات تدفع لوقف خاص ومن خلال ريعه يتم تمويل نشاطاتها، وهناك رسم سنوي وتبرعات ومصادر أخرى تضاف للوقف المالي، تساهم في ردف تمويلها،

فهي وكما تختاره الدراسة باختصار: هيئة علمية إسلامية تهتم بالأمور المالية وفق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال وضع معايير منصوص عليها متفقة مع الشرع الحنيف لتكون مرجعا للمؤسسات المالية الإسلامية.

الفرع الخامس: التعريف بالمعيار رقم (11) الخاص بالاستصناع:

هو ما اصطلح على أن يكون معيارا [35]، توزن به عملية الاستصناع والاستصناع الموازي، بالحكم الشرعي والوصف المحدد وغيرها من أمور على أن يكون مردها لميزان الشرع الإسلامي الحنيف، يهدف إلى بيان الضوابط والأحكام الشرعية التي يجب مراعاتها من قبل المؤسسات الإسلامية المالية في عملياتها في الاستصناع والاستصناع الموازي من حيث العقد وما يطرأ عليه ومحله وإبرامه والإشراف عليه والتسليم والتصرف في المصنوع ويشمل المعيار كذلك الاستصناع الموازي.

اعتمد من قبل المجلس الشرعي كمتطلبات شرعية للاستصناع والاستصناع الموازي في الاجتماع السادس 25-29 صفر 1422هـ الموافق 19-23 أيار 2001، ومن ثم اعتمد المجلس الشرعي إصداره كمعيار شرعي في الاجتماع الثامن المنعقد في المدينة المنورة – على ساكنها أفضل الصلاة والسلام- بتاريخ 28 صفر-4 ربيع الأول 1432هـ الموافق 11-16 أيار 2002م. [36]

المبحث الثاني: ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي من خلال المعايير الشرعية، عند هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عقد الاستصناع أركانه وشروطه و آثاره:

الفرع الأول: أركان العقد:

عند الجمهور: عاقدان وصيغة ومعقود عليه. [37]

وهي في عقد الاستصناع: الصانع والمستصنع، والصيغة، والمعقود عليه هو المصنوع والثمن.

وركن العقد عند الحنفية: الصيغة. [38]

كأن يقول المستصنع للصانع: اصنع لي " آنية من أديم أو نحاس، من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم"[39]، ويدخل في ذلك في أيامنا كل ما يعد استصناعا مثل عمل النجارين في صناعة الأثاث والمواد والعمل من الصانع مع بيان صفته ونوع مواده وتحقق باقي شروطه وأركانه [40].

الفرع الثاني: شروط عقد الاستصناع [41]:

أولاً: معلومية المصنوع بأن يحدد الجنس والنوع والقدر والصفات للمصنوع ليصبح معلومات.

ثانياً: أن يكون المصنوع مما يتعامل بين الناس فيه، وهذا ما اشترطه الحنفية قديما فيما تعامل الناس فيه، ويمكن اعتبار ما يتعامل الناس فيه في كل زمان أنه كذلك، وهو ما أشير إليه؛ "إذا قال شخص لأحد أرباب المصانع: اصنع لي الشيء الفلاني الجامع للأوصاف الفلانية بكذا قرشا وقبل الصانع ذلك؛ انعقد البيع استصناعا"، وهذا عند معرض ذكر جواز استصناع السفن والبنادق بشروطها، في بيان المادة رقم (388) [42].

ثالثاً: بيان الثمن وهو مما يقتضيه محل العقد.

رابعاً: أن تكون مواد المصنوع من عند الصانع، وقد ورد ذكر ذلك في الصيغة؛" من عندك بثمن كذا"[43]، أي مواد المصنوع من عند الصانع.

خامساً: شرط مختلف فيه: اشترط أبو حنيفة رحمه الله أن لا يكون في العقد أجلا وإلا أصبح سلما، ولم يعتبره الصاحبان شرطا، لأن الأجل يضرب في الاستصناع عادة.

الفرع الثالث: آثار عقد الاستصناع [44]:

من أهم آثار عقد الاستصناع ما يلي:

1: ينعقد عقد الاستصناع على العين واشتراط العمل من الصانع، وكون العمل والعين معا من الصانع. [45]

2: ما أطلق عليه حكم الاستصناع: "ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم "[46]، مع أن ما أخذت به الدراسة، أن عقد الاستصناع عقد لازم لطرفيه كما سيأتي لاحقا [47].

3: ثبوت خيار فوات الوصف: أي للمستصنع رد السلعة المصنعة إذا كانت غير مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها،" فأما إذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة؛ فقد سقط خيار الصانع، وللمستصنع الخيار"، كما يعد إحضار المادة المراد تصنيعها من المستصنع يعد بذلك العمل من باب الإجارة فلا خيار. [48]

4: ثبوت حق المستصنع في السلعة في حال موت الصانع لأن "البيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين" [49]

المطلب الثاني: بيان ضمان العقد في عقد الاستصناع والاستصناع الموازي من خلال معايير المحاسبة الشرعية:

بما أن أطراف العقد يتعددون في كل عقد بشكل مستقل عن العقد الآخر في الاستصناع الموازي: من مستصنع أول وما يطلق عليه العميل، وصانع أول ومستصنع ثان وصانع ثان وما يطلق عليه المقاول أو التاجر، وكون الصانع الأول في العقد الأول يكون مستصنع ثان في العقد الثاني وهو ما يعبر عنه؛ بالمؤسسة المالية أو البنك، فإن أمر الضمان في مثل هكذا عقد لا بد من تجزئته على مراحل زمنية [50] وربطها بأطرافه مع الأخذ بالاعتبار فصل العقدين كل عن الآخر لبيان موقع الضمان وعلى من يقع، وكما يلي:

أولا: ما قبل إجراء عقد الاستصناع:

قبل إجراء العقد بين المستصنع والصانع، فإنه لا يوجد بينهما أي عقد أو التزام أو ارتباط يدور حوله ما يرتب ضمانا فكل منهما مستقل بأمره، فكل ما يكون قبل إجراء العقد يعد من باب العرض والطلب، لا إيجاب ولا قبول فيه، وجاء في المعايير: "بما أن الاستصناع عقد لازم بنفسه، فانه تترتب آثاره بمجرد العقد" [51]، فمن خلال المعايير الشرعية فإنه لا أثر مترتب قبل العقد، فضمان كل طرف يقع عليه بما هو له لانفراده به.

وفي هذه الفترة يكون الحال واحدا سواء في العقد الأول أو العقد الثاني –الموازي- فيبقى مالك المال ضامنا لماله –المؤسسة المالية- والصانع ضامنا لصنعته، والعميل لم يبرم ارتباطا بعد، فكل واحد ضامن ما هو بملكه فلا ارتباط ولا عقد بعد، لأن ثبوت الحكم يكون بعد العقد ولا اعتبار له قبل العقد [52].

ثانيا: من لحظة إجراء العقد إلى قبيل البدء بالتصنيع:

وهذه الحال تكون في كلا العقديين، الأول الاستصناع والثاني الاستصناع الموازي:

لكن لا بد من بيان حال العقد في هذه المرحلة بين اللزوم وعدمه مما يرتب آثاره ومنها الضمان، وكما يأتي:

القول الأول: إن عقد الاسصناع قبل الصنع يعد جائزا، ولكلا طرفيه الخيار، فهنا لا يرتب ضمان من أحدهما للآخر، وهو قول الحنفية، كما ذكر صاحب البدائع أنه "بلا خلاف"[53].

ومستند هذا القول: أنه لا إجبار لأحد من طرفي العقد على إتمام العقد كونه عقد غير لازم في هذه المرحلة [54]، وهو مثل البيع بشرط الخيار لكلا المتبايعين فلكل منهما فسخه، ولأن الاستصناع جائز استحسانا لتعامل الناس به، وأما القياس فانه يقتضي عدم الجواز فبقي على ذلك، أي على الجواز لأن مستنده الاستحسان [55]، ومما ذكر مرويا عن الإمام أبي حنيفة أنه لا

إجبار لطرفي العقد وإن انعقد إجارة لأنه لا يكون عمل إلا بإتلاف للعين وبذلك تنفسخ الإجارة، وأما المستصنع فله الخيار لأنه اشترى ما لم يره بعد [56].

القول الثاني: ما ذكر أنه رأي أبي يوسف الذي استقر عليه، بأن عقد الاستصناع لازم لطرفيه الصانع والمستصنع[57]، وبناء على أنه لازم فإنه يترتب على طرفيه الضمان إذا توافرت أركانه وشروطه، بمجرد العقد.

ومستند هذا القول: أن اللزوم لطرفي العقد؛ لدفع الضرر عن الصانع فيلزم المستصنع قبوله فلو لم يتم إجباره فمن الممكن أن لا يشتري المصنوع أحد، وأما لزومه على الصانع فلضمانه العمل فيجبر عليه [58]، وأما دفع الضرر عن المستصنع: "فلأن الصانع متى لم يصنعه، واتفق له مشتر يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به"[59].

القول الثالث: ما ذكر أنه لبعض الأصحاب وهو رأي أبي يوسف الذي رجع عنه وهو: أن عقد الاستصناع لازم على المستصنع دون الصانع، "يجبر المستصنع دون الصانع"[60]، وما تختاره الدراسة: أن هناك تصحيف من حيث إنه وفي نفس المرجع عند بيان مستند هذا القول ذكر أنه" أن المستصنع اشترى شيئا لم يره، الصانع، باع شيئا لم يره للمشتري، ما لم يره الخيار بالنص لا للبائع" [61]، فجعل الخيار للمستصنع قبل الرؤية، وتشملها مرحلة ما بعد العقد وقبل الصنع.

ما تختاره الدراسة: إن الاستصناع بعد العقد وقبل الصنع يكون لازما لطرفيه وهو قول أبي يوسف الذي استقر رأيه عليه، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية في مادتها رقم(392) "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع"[62]، وبالنظر إلي ما أصبح عليه الاستصناع من كيفيات وتبعات سابقة ولاحقة من تجهيزات للمواد الخام وتحديداتها لما يوافق المطلوب وبما يرتب تكاليف ضخمة قبل البدء بالصناعة، وبما يبني عليه المستصنع من أمور مادية من تهيئة مكان لما يريد استصناعه وتجهيز وسائل للنقل مما يرتب تكاليف مادية حتى قبل البدء بالصناعة من الصانع، ولكي تبقى للعقود مكانتها وقد أمرنا بالوفاء بها، يقول تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: 1]، والآية خطاب من الله تعالى للمؤمنين، "بالوفاء بالعقود التي عقدها الله عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض "[63]، فان إلزام طرفي العقد في عقد الاستصناع من لحظة إبرام العقد فيها تحقيق للمصالح مما ذكر ودفع للضرر فكان اللزوم هو ما تختاره الدراسة فلذلك يترتب الضمان على من قصر أو لم يفي فيكون إلزامه بالضمان بشروطه، فيه تحقيق

للمصالح ودفعا للمفاسد من الخصومة وغيرها خاصة أن الذمم لم تعد كما كانت في العصور الماضية.

أما القول الأول: فقد استند إلى أن العقد بيع مع شرط الخيار للبيعين، ولكن الاستصناع لاعين فيه بعد فليس ذلك كذلك، واستند إلى أنه ينعقد إجارة فالخيار لطرفيه كون الصنع يتلف فيه العين فينفسخ العقد وللمستصنع خيار الرؤية فلا يلزم للطرفين[64]،ولكن الاستصناع ليس إجارة فقط، فالعين ملك الصانع والعمل منه كذلك، ولو تركنا لطرفي عقد الاستصناع الخيار لتهاون الصناع بالعقد ولتضرر المستصنع بما يتكلف من تجهيزات لآلاته ومعداته التي ينتظرها، وقد يتضرر الصانع بأن يتكلف ما يحتاجه للصناعة ولا يجد من يشتري ذلك إذا اختار المستصنع عدم المضي بالعقد، مما يلحق الضرر بطرفي العقد .

أما القول الثالث: ما تختاره الدراسة: أنه سواء جعل الخيار للصانع أم للمستصنع فكلا الحالين يقع ضرر على من تم إلزامه فقط بأن يتخلى من له الخيار عن العقد فتكون الكلفة على الطرف الآخر وهذا لا يحقق مصلحة الطرفين فلا وجه له، أما بلزوم عقد الاستصناع للطرفين وترتيب الضمان على من قصر بتوفر الأركان والشروط، ففيه تحقيق لمصالح الطرفين ومما يدفع الضرر عن كل منهما وبذلك تحقق مقاصد الشرع الحنيف.

أما من خلال المعايير الشرعية [65]:

فقد ورد ما يخص هذه الحالة، ومن ذلك: فإن عقد الاستصناع يعتبر عقدا ملزما لطرفيه في حال توافر شروطه المعتبرة المذكورة في المعيار، وكونه عقدا لازما بنفسه فبمجرد العقد فإن الآثار تترتب عليه، ويجوز دفع عربون من المستصنع للصانع فيكون من الثمن في حال عدم الفسخ أو يأخذه الصانع إن تم فسخ عقد الاستصناع على أن يقتصر الأخذ بما يتوافق مع الضرر المترتب فعليا.

وبناء على لزوم عقد الاستصناع لطرفيه من حين العقد وهو ما اختارته الدراسة، وحتى قبل الصنع، وتكييف الاستصناع وجواز العربون وفق المعيار، فإن الضمان يترتب وفق ذلك وبما يكون من ضرر فعلي على الصانع أو المستصنع وكما يلي:

إن كان الإخلال بالعقد أو الرجوع عنه بسبب الصانع فانه من يضمن، وإن كان بسبب المستصنع فهو من يضمن، فان تخلف الصانع عن التزامه بما هو بالعقد فانه يضمن ما تكلف به المستصنع مما يرتبط بالمصنوع من ترتيبات عند المستصنع وتقدر بقدرها، وإن تخلف المستصنع

عن التزاماته المتعلقة بالعقد فإنه يضمن ما تكلف به الصانع من أمور وتجهيزات خاصة ومتعلقة بالمصنوع وتقدر بقدرها.

أما في حال كان صانعا أو مستصنعا في العقدين-الاستصناع والاستصناع الموازي-وعادة يكون الممول الذي هو المؤسسة المالية، فيضمن إن تخلف عن التزاماته في العقدين كل على حدة من غير ارتباط بينهما، وبما يقدر بقدره من تكاليف، وذلك لما ورد من إعطاء العقد صفة القوة والهيبة وبما يحفظ الحقوق ويرفع الضرر ويتفق مع مقاصد الشرع الحنيف[66].

ثالثا: ما بعد البدء بالتصنيع بناء على ما تم التعاقد عليه:

هذه مرحلة بدا بها العمل والتصنيع فترتب إتلاف للمال من قبل الصانع، وهذا العمل يحتاج من يضمنه لذلك وجد أكثر من قول في إلزام العقد في هذه المرحلة وتبعا للزوم العقد وعدمه يترتب الضمان على من يلزمه، وكما يلي:

القول الأول: جمهور الحنفية: إنه عقد غير لازم حتى بعد البدء بالتصنيع، لأنه عندهم غير لازم بعد الانتهاء من التصنيع إلى ما قبل الرؤية فلطرفيه الخيار، فيكون من باب أولى أن يكون غير لازم من بداية التصنيع[67].

القول الثاني: قول أبو يوسف، بان عقد الاستصناع لازم لطرفيه الصانع والمستصنع[68]، فلكونه عقدا لازما فيعتبر من وقت العقد والصنع بعد ذلك وهو من تبعات العقد.

واللزوم لطرفي العقد؛ لدفع الضرر عن الصانع كونه ابتدأ العمل واتلف في سبيل ذلك مواده من قطع جلد وغيره فيلزم المستصنع قبوله لرفع الضرر عن الصانع، كونه اتلف ماله بناء على ما تعاقد عليه مع المستصنع ولولا ذلك ما كان التصنيع، وقد لا يجد من يشتريه على هذه الصفة، وأما لزومه على الصانع فلضمانه العمل فيجبر عليه[69].

وما تراه الدراسة: أن عقد الاستصناع بعد البدء بالتصنيع يعد عقدا لازما لطرفيه، وذلك لحفظ الأموال لأصحابها، لما يترتب عليه من إتلاف للمال بعد أن تم مباشرة العمل فيه مما يرتب ضررا على الصانع إن قلنا بعدم لزومه في حق المستصنع في هذه المرحلة، ولأهمية العقود والوفاء بها كان لازما للصانع أيضا.

ومما جاء في المعايير الشرعية[70] بما يعد تصورا للضمان في هذه المرحلة:

إن هذا العقد ملزم لطرفيه في حال توفر شروطه، وان آثار العقد تترتب عليه بمباشرته كونه لازما، وفي حال كان العمل مكون من مراحل والثمن مرتبط بذلك فيجوز اشتراط أن يدفع

المستصنع للصانع بقدر ما تم انجازه بشروطه من الثمن، في حال عدم الإتمام للمصنوع من قبل الصانع، وأراد المستصنع الاتفاق مع صانع آخر ليتم الصنع فله ذلك مع إنهاء ما كان بينه وبين الصانع الأول من ديون والتزامات بينهما إن وجدت، كما أجازت المعايير أن ينص على أن للمستصنع الحق في تنفيذ وإتمام الصنع في حال امتناع الصانع وتحتسب من حساب الصانع في حال امتنع الصانع على الإتمام في المدة المتفق عليها و"...تبدأ منذ التوقف عن العمل في حالة استصناع مبان أو منشآت على أرض المستصنع"، و"إذا عجز الصانع عن الإتمام فإن المباني أو المنشآت المشروع بإنشائها لا يستحقها المستصنع مجانا ويختلف الحكم تبعا للسبب فان كان العجز بسبب يرجع الى الصانع فيضمن المستصنع قيمة البناء بنسبة ما أنجز الصانع مع تحمل الصانع ما قد ينشا للمستصنع من ضرر فعلي، وإذا كان عدم الإتمام لسبب رجع إلى المستصنع فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه مع تحمل المستصنع الضرر اللاحق بالصنع، وإذا كان عدم الإتمام لسبب لا يرجع لأحدهما فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه فقط ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر".

من خلال ما سبق مما ورد في المعايير الشرعية: فإنه يشير إلى اعتبار عقد الاستصناع بعد البدء بالصنع إلى ما قبل الانتهاء من صناعته، لازما لطرفيه، ورتب عليه آثاره من حيث الضمان على المتسبب بالضرر وكما يلي: اعتبار العقد بأصله ملزما وترتب آثاره بمباشرته ،وما جواز الدفع لقيمة المصنوع بحسب مراحل الصنع إلا دليلا على ذلك الالتزام وهو من أشكال الضمان، ويتحمل الضمان في حال عدم الإتمام كل من الطرفين ما للآخر بحسب مرحلة الصنع وبمقدار ما أنجز وبمقدار الضرر المترتب على كل منهما، وتم تفصيل ذلك على ثلاثة أحوال بحسب من تسبب بالضرر أو العجز عن الإتمام:

الأولى: إن كان العجز بسبب الصانع؛ فيضمن الصانع ما قد لحق المستصنع من ضرر فعلي، كما على المستصنع أن يضمن قيمة ما تم إنجازه من العمل.

الثانية: إذا كان عدم الإتمام بسبب المستصنع؛ فيضمن المستصنع للصانع قيمة ما أنجزه من عمل ويضمن الضرر اللاحق بالصنع.

الثالثة: إذا كان عدم الإتمام لسبب خارج عن الطرفين، فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه الصانع، ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر.

وما تختاره الدراسة: إن التقسيم السابق يحقق مقاصد التشريع من إلزام الضمان لمن تسبب بالضرر إن كان أحد طرفي العقد، وإنه إن كان لسبب خارج عن أطراف العقد فلا يضمن أحدهما

الأضرار وإنما يضمن المستصنع ما تم إنجازه للصانع كونه قام بالعمل وأتلف من ماله ليصنع ما اتفق عليه.

ربعا: من وقت إتمام المصنوع إلى ما قبل رؤيته من قبل المستصنع:

تتمثل هذه المرحلة: بما بعد إتمام الصانع للمصنوع وقبل أن يراه المستصنع، وفيها أقوال:

القول الأول: جمهور الحنفية: إن عقد الاستصناع في هذه المرحلة- ما بعد إتمام الصنع إلى ما قبل رؤيته من قبل المستصنع- جائز وليس لازما [71]، ومما ورد بذلك: " وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع، فكذلك" أي غير لازم كذلك لطرفيه الصانع والمستصنع، عطفا على ما هو الحال قبل العمل انه عقد غير لازم [72]، وبناء على عدم اللزوم فانه لا يترتب الضمان على طرفي العقد بسببه كونه غير لازم فلكل منهما الخيار.

القول الثاني: قول أبي يوسف: إنه عقد لازم فذكر عنه في عقد الاستصناع: "أنه لا خيار لهما جميعا" وهذا الرأي هو ما اعتمده لعقد الاستصناع بجميع مراحله [73]، وبناء على لزوم العقد فإنه يترتب الضمان على طرفيه بناء على العقد، كونه لا خيار لهما.

مستند القول الأول: إنه عقد جائز، لأنه جاز للصانع أن يبيع ما صنعه لغير المستصنع قبل أن يريه إياه، وأن العقد لم يقع على المصنوع بعينه، وإنما على ما يماثله وفي ذمة الصانع، كما له أن يمتنع عن صنعه، وللمستصنع الخيار بالرجوع عن العقد، لأنه ثبت جوازه استحسانا لحاجة الناس، وأما بالقياس فلا [74].

ويمكن مناقشة مستند القول الأول من خلال: إن عقد الاستصناع لا يشبه غيره فيجمع بين الإجارة والبيع ، على العين باشتراط العمل من الصانع في آن معا، فكأنه إجارة وبيع فلا يقاس على غيره[75]، و أن جواز بيع الصانع ما صنعه لغير المستصنع قبل أن يريه إياه لا يمنع اللزوم للعقد فقد يكون أوان التسليم لم يحن بعد وقد لا يشترط تعيين المصنوع بمواده التي صنع منها كذلك، وأما أن العقد لم يقع على متعين فلا يمنع اللزوم كذلك لأن في تحديد الوصف والنوع وغيرها من المحددات ما يفي بإلزام الصانع وإن كان في الذمة، وأما ثبوت الاستصناع استحسانا لا بالقياس فإنه لحاجة الناس ولا يمنع ثبوته استحسانا أن يكون عقدا لازما.

أما مستند القول الثاني: أولا: لا خيار لهما، لأن الصانع بائع ما لم يره فلا خيار له، ولا خيار للمستصنع لأن في جعل الخيار له إيقاع ضرر بالصانع فقد لا يشتريه آخر بمثل ما اتفق عليه، وقد يكسد فلا يشتريه احد، كالمنبر يستصنعه الواعظ فإن لم يأخذه تضرر الصانع لأن غير

الواعظ لا يشتريه عادة[76]، ثانيا: لأن الصانع قام بالعمل واتلف فيه ماله ليحصل بدله فثبوت الخيار للمستصنع يلحق الضرر بالصانع [77]، ثالثا: عقد الاستصناع بعد إتمام المصنوع وقبل الرؤية من المستصنع يأخذ صفة اللزوم، لما فيه من دفع ضرر عن كلا طرفيه، من خلال إلزام المستصنع في تحمل ما لحق الصانع من إتلاف ماله الذي تم بناء على العقد، وإلزام الصانع بناء على انه بائع ما لم يره المستصنع، فقد يتضرر المستصنع بعدم إلزام البائع فيترتب عليه خسارة لصفقة أو التزامات مادية.

والذي تختاره الدراسة: أن عقد الاستصناع من وقت إتمام المصنوع إلى ما قبل رؤيته من قبل المستصنع يعد عقدا لازما لطرفيه بحسب ما تعاقدا عليه، لما يترتب عليه من إتلاف لمال الصانع بعد أن أتم العمل مما يرتب ضررا عليه، إن قلنا بعدم لزومه في حق المستصنع في هذه المرحلة، ولأهمية العقود والوفاء بها كان لازما للصانع ولأن الصانع باع ما لم يره للمستصنع أيضا.

ما جاء في المعايير الشرعية مما يتعلق بهذه المرحلة:

إن هذا العقد ملزم لطرفيه في حال توفر شروطه، وإن آثار العقد تترتب عليه بمباشرته كونه لازما، كما تتحمل المؤسسة المالية آثار وتبعات ما تعاقدت به بكونها صانعا قبل أن تسلم المصنوع للعميل المستصنع ولا يجوز تحويل التبعات والالتزامات التي عليها للمستصنع إلى الصانع في العقد الموازي، كما تبرأ الذمة بتسليم ما صنع للمستصنع بالتمكين أو التسليم للمستصنع أو من يحدده [78].

من خلال ما سبق في إلزام عقد الاستصناع في هذه المرحلة ومن خلال المعايير الشرعية، فما تطمئن له النفس أن الضمان في هذه المرحلة:

يضمن الصانع ،إن كان التقصير منه، كونه ملزم ولا خيار له ولأن عدم الوفاء قد يرتب ضررا على المستصنع من تفويت ربح أو تكاليف التحضير لاستقبال المصنوع كون الصناعات أصبحت متطورة بشكل كبير وتحتاج لتجهيزات مكلفة من مساحات ومعدات مما يرتب أعباء مالية ضخمة وبعدم وفاء الصانع أو تقصيره يتضرر المستصنع فيكون الضمان على الصانع بمقدار تضرر المستصنع إن لم يفي الصانع التزاماته، كما يضمن المستصنع إن كان الخلل والتقصير من جانبه ، وكون العقد لازما فيضمن ما لحق الصانع من ضرر ويقدر بقدره لان المصنوع قد لا يشتريه أحد وإنما صنع بناء على العقد ،وأما المؤسسة المالية فتضمن في كل عقد ما ترتب عليها إن كان التقصير والإخلال منها وكل عقد منفصل عن الآخر ولا ارتباط ولا التزام بينهما، في العقد الأول تكون المؤسسة المالية صانعا فتتحمل وتضمن للمستصنع ما يلحقه من ضرر إن كان بسببها، وفي

العقد الثاني تتحمل المؤسسة الضرر اللاحق بالصانع إن لم تف بالتزاماتها وكان الضرر من جهتها كونها مستصنعا، مع الأخذ بالحسبان اعتبار أن يكون المصنوع مطابقا للوصف في العقد ليستحق كل من المستصنع و الصانع بدل ما لحقهما من ضرر لان سبب الضمان هو العقد وهو ما أكدته مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: **(392)** بلزوم عقد الاستصناع بمجرد انعقاده وإنما الخيار للمستصنع إن كان المصنوع ليس على ما طلب من الأوصاف المتفق عليها[79].

خامسا: وقت الرؤية للمصنوع من قبل المستصنع ومعاينته، مرحلة التسليم:

تتمثل هذه المرحلة بإحضار المصنوع بعد إتمام صنعه من قبل الصانع، وتمكن المستصنع من معاينته ورؤيته.

في هذه المرحلة ثلاثة أقوال من حيث اللزوم وعدمه ووفق آثاره يترتب الضمان:

القول الأول: ظاهر الرواية: إنه إذا أحضر المصنوع على الأوصاف المشروطة في العقد، فإن للمستصنع الخيار، ولا خيار للصانع [80].

القول الثاني: ما روي عن أبي حنيفة: أن لطرفي العقد الخيار فلا إلزام فيه [81].

القول الثالث: ما روي عن أبي يوسف: انه لا خيار لطرفي عقد الاستصناع فهو عقد لازم بجميع مراحله عنده [82].

مستند القول الأول: إن الصانع لا خيار له لأنه "بائع ما لم يره؛ فلا خيار له" أي باع مالم يريه للمشتري بعد، وإنما ثبت للمستصنع الخيار كونه لم يرى المصنوع ولم يعاينه بعد، وبما أن الخيار للطرفين قبل الإحضار على أن العقد غير لازم، فإن الصانع بإحضاره المصنوع يكون قد اسقط الخيار عن نفسه، وبقي للمستصنع الخيار[83]، ويجاب عنه: أن ما ذكر من عدم اللزوم لعقد الاستصناع غير متفق عليه عن الحنفية فقد خالف أبو يوسف في ذلك، فجعله لازما لطرفيه[84]، وأنه بإحضار المصنوع ورؤيته من قبل المستصنع فله أحد أمرين إما أن يكون وفق العقد ووصفه فيأخذه ولا خيار له، لأنه بالخيار للمستصنع يلحق ضررا بالصانع فقد لا يشتريه غيره وقد صنعه بوصفه وأتلف فيه ماله[85]، أو أن يكون مخالفا للوصف وعندها له الخيار لأن اعتبار الوصف من صميم عقد الاستصناع[86]، فيضمن الصانع ما كان من تقصير وبحسب التراضي والتقدير.

مستند القول الثاني: إن في التخيير لطرفي العقد دفعا للضرر عن كل منهما، وهو واجب [87].

وبيان دفع الضرر عن المستصنع: لأنه اشترى ما لم يره، وأنه موصوف في الذمة، وغير متعين، حتى يتم قبضه منه فله الخيار، ودفع الضرر عن الصانع: كونه أتلف ماله، "يلحقه الضرر بقطع الصرم"، فجعل له الخيار [88]، ويجاب على ذلك من خلال: إن دفع الضرر عن الصانع بأن نجعل له الخيار، فيه إلحاق ضرر بالمستصنع وكذلك جعل الخيار للمستصنع لندفع عنه الضرر يلحق الضرر بالصانع [89]، وأن ما يدفع الضرر عن الطرفين متحقق بقول أبي يوسف من جعل العقد لازما لطرفيه وفق العقد ووصفه.

مستند القول الثالث: اللزوم للطرفين دفعا للضرر عن كلمنهما، دفعا للضرر عن الصانع، فإن كان للمستصنع الخيار وامتنع عن أخذ المصنوع، تضرر الصانع كونه قد أفسد ماله وبذله في صناعة المطلوب على صفته ، وذكر في البدائع عند هذا الأمر: إنه لا ضرر يلحق بالصانع إذا بدأ في قص مواده من جلد وغيرها ولم يبدأ العمل، ورجع عنه المستصنع لأنه قد لا يقع المصنوع على الوصف المطلوب، فلا إضرار بالصانع عندها فله الخيار![90]، وما تختاره الدراسة: أن ما تم تجهيزه للصنع من قص جلد وغيره يعد إفسادا لمال الصانع تلبية لما تعاقدا عليه فإذا قلنا: إن للمستصنع الخيار فمن يدفع للصانع ما تكلف مع أن ما تم هو تلبية لما تعاقدا عليه، ومع تسليمنا بهذه فإن المرحلة هنا هي بعد الصنع وإحضار المصنوع فلا وجه للبحث في بداية الصنع هنا، وأما وقوع المصنوع على حسب الوصف المطلوب أم لا فهذا أمر آخر، "لأن فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار" [91]، وذكر في البدائع أيضا، أن الضرر على الصانع بإثبات الخيار للمستصنع مسلم به، ولكن بإلزام المستصنع وعدم ترك الخيار له يقع عليه ضرر يفوق ما يتضرر به الصانع فإذا كان المصنوع لا يلائم المستصنع وألزم بثمنه فلا يتمكن بيعه للغير بمثله، وأن هذا ممكن في حق الصانع أن يبيعه لغير المستصنع لكثرة ممارسته وهو صميم عمله، ويتضرر المستصنع إذا اخذ ما لم تندفع به حاجته وهذا ما لم يشرع له الاستصناع[92]، وما تطمئن إليه النفس: أن الاستصناع لازم للطرفين عند تحقق شروطه وأركانه، ومنها أن يكون وفق الوصف المحدد، وأما عدم ملائمته للمستصنع فهذا أمر نسيبي خارج عن العقد ولا يعد من فوات الوصف، ولطرفي العقد الاتفاق بالتراضي حوله.

ومما جاء في المعايير الشرعية [93] مما يتعلق بهذه المرحلة:

أن عقد الاستصناع ملزم لطرفيه في حال توفر شروطه وفي حال جاء المصنوع مخالفا للمواصفات فللمستصنع الخيار، وأن آثار العقد تترتب عليه بمباشرته كونه لازما، واعتمد الانضباط بالوصف من شروط عقد الاستصناع إن لم يكن للمصنوع مثيل في السوق، وإبراء

ذمة الصانع تتم بتسليم ما صنعه للمستصنع أو بتمكينه منه أو لمن حدده المستصنع، وفي حال كان المصنوع في وقت تسليمه لا يطابق المواصفات فيحق للمستصنع رفضه أو قبوله على حاله ويعد من الإحسان في الاقتضاء، وللطرفين أن يتصالحا على قبوله وان كان بالحط من ثمنه، إذا جاء الصانع بالمصنوع بصفة أكثر جودة فيلزم المستصنع القبول بغير كلفة عليه للزيادة على أن لا يكون الوصف المطلوب مقصودا بعينه للمستصنع، كما يجوز تسليم المصنوع قبل أوانه بشرط مطابقته للمواصفات، فان امتنع المستصنع عن استلامه فينظر: إن كان لمانع مقبول فلا يلزم باستلامه وان كان لمانع غير مقبول فيلزم باستلامه، كما يجوز التسليم للمصنوع بالقبض الحكمي بما يكون فيه تمكين للمستصنع بقبض المصنوع بعد تمام إنجازه وينتقل ضمانه إليه وينتهي ضمان المصنوع من قبل الصانع، وما يكون بعد ذلك للمصنوع من تلف لا يكون بسبب الصانع تقصيرا أو تعديا فيكون على المستصنع، فيكون ذلك فاصلا بين الضمانين لكل من الصانع والمستصنع، وفي حال امتنع المستصنع عن تسلم المصنوع دون حق بعد تمكينه منه فيكون في يد الصانع أمانة لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير وعلى المستصنع تكاليف حفظه عند الصانع، كما يجوز التحديد بمدة معينة لضمان عيوب التصنيع والصيانة، ويجوز أن توكل المؤسسة المالية كونها مستصنعا في عقد الاستصناع الموازي للإشراف على التصنيع أن توكل المستصنع –العميل- في عقد الاستصناع بعقد مستقل له آثاره المستقلة عن عقدي الاستصناع و الاستصناع الموازي، كما يجوز أن ينص في عقد الاستصناع على أن يوكل المستصنع الصانع ببيع المصنوع في حال تأخر المستصنع عن استلامه في مدة محددة فيبيعه لحساب المستصنع وان كان هناك زيادة في الثمن ردها للمستصنع وإن كان نقص فيرجع عليه .

فمن خلال لزوم عقد الاستصناع إن جاء المصنوع وفق المواصفات ومن خلال ما جاء في المعايير الشرعية في هذه المرحلة، فما تختاره الدراسة أن الضمان في هذه المرحلة يكون:

أولاً: في حال مخالفة الوصف:

إن كان المصنوع مخالفا للمواصفات المتعاقد عليها فيكون ضمان النقص والخلل على الصانع وللمستصنع أن يرفض المصنوع ويتحمله الصانع لوجود نقص فيه مما يعد مخالفا لوصف مشروط [94] أو يقبله بحاله أو يتصالحا عليه وإن كان بالحط من الثمن مقابله، فإن قبل المستصنع انتقل ضمان المصنوع إليه وسواء استلمه حقيقة أو حكما أو لمن يريد تسليمه بموافقته، ويترتب على كل عقد ما يلي: ففي عقد الاستصناع تتحمل المؤسسة المالية ضمان

مخالفة الوصف كونها صانعة، وفي عقد الاستصناع الموازي يتحمل الصانع ضمان مخالفة الوصف لصالح المؤسسة المالية كونها مستصنعا، ولا ربط بين العقدين.

ثانياً: في حال كان في المصنوع زيادة عليه تزيده جودة ولا يترتب على المستصنع مقابلها شيئا ويلزم بقبول المصنوع إلا في حال كان محددا للوصف لحاجة خاصة لا تستقيم معها الزيادة، فعندها يبقى الضمان على الصانع حتى يأتي بها على الوصف أو يقبل المستصنع أو يتصالحا، وبعد التسليم حقيقة أو حكما يترتب الضمان على المستصنع ويبرأ الصانع من ضمانه.

ثالثاً: في حال تسليم المصنوع قبل أوانه وكونه مطابقا للوصف المطلوب:

فإن امتنع المستصنع عن استلامه فينظر:

إن كان امتناعه عن استلام المصنوع لمانع معتبر مقبول، فلا يلزم باستلامه، وبقي ضمانه على الصانع.

وفي حل كان الامتناع لغير عذر مقبول، فيلزم باستلامه، وفي هذه الحال ينتقل ضمانه إلى المستصنع ما لم يرتبط التلف بالصانع بوجه من الوجوه.

وأما في حال امتناع المستصنع عن استلام المصنوع دون وجه معتبر بعد تمكينه منه، فيكون ضمانه بيد الصانع ضمان أمانة لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، ويتكلف المستصنع تكاليف الحفظ عند الصانع، وأما عيوب التصنيع والصيانة، فإن اشترطت في العقد فتضمنها المؤسسة المالية للمستصنع كونها صانعا في عقد الاستصناع، وترجع المؤسسة المالية بالضمان على الصانع في عقد الاستصناع الموازي كونها مستصنعا، ولا ترابط بين الضمانين لانفصال العقدين،

رابعاً: في حال توكيل المستصنع بأن يقوم بالإشراف على المصنوع من قبل المؤسسة المالية، وبحسب ما ورد في المعايير الشرعية، يكون التوكيل بعقد خارج عن عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي ولا يرتبط بهما، ويعامل كأنه طرف جديد بعقد جديد، وفي حال وجود خلل مخالف للوصف فإن المؤسسة المالية تضمن للمستصنع ذلك الخلل، ويضمن المشرف على الصناعة للمؤسسة ما أخل به من التزام بحسب عقد الوكالة على الإشراف، كما يضمن الصانع للمؤسسة ما التزم به بحسب عقد الاستصناع الموازي، كما هو مبين في حال مخالفة الوصف سابقا.

خامساً: في حال تأخر المستصنع أو في حال عدم استلامه للمصنوع وبحسب ما هو في العقد من توكيل ببيع الصانع للمصنوع لحساب المستصنع إن تأخر عن الوقت المحدد، فإن الضمان هنا على المستصنع كونه أخل بالتزامه بالاستلام في الوقت المحدد، ولأن في تأخير المصنوع عند الصانع

قد يرتب تكلفة ترهقه، أو قد يلحق المصنوعَ تلفٌ أو غير ذلك، فلذلك وبحسب ما تعاقدا عليه من توكيل الصانع بالبيع في مثل هذه الحال فيبيعه ،فإن كان هناك زيادة عما هو في العقد من الثمن فتكون مضمونة أمانة عند الصانع للمستصنع، وإن كان الثمن المبيع به أقل مما تعاقد عليه فيضمن المستصنع النقص، وهذا في حق المستصنع في عقد الاستصناع وهو العميل، وفي حق المستصنع في عقد الاستصناع الموازي وهو المؤسسة المالية، وبتطبيق الضمان يندفع الضرر وتتحقق المصالح.

الخاتمة وتتضمن:

أهم النتائج والتوصيات:

أولا: أهم النتائج

1: تبين أن ضمان العقد وبما تطمئن إليه النفس يمكن تصوره على أنه: التزام تعويض الغير عما ألم به من تلف لماله أو فقد لمنافعه بناء على ما تعاقد عليه طرفاه.

2: تبين أن الاستصناع يعد عقدا مستقلا، ويمكن توصيفه على أنه: عقد له استقلالية عن عقود البيع المعتادة لاشتماله على المواد والعمل من الصانع وأنه في الذمة كذلك، وإن ما اختارته الدراسة في توصيف عقد الاستصناع الموازي: أنه عبارة عن عقد استصناع ينشا بناء على وجود عقد استصناع سابق وبنفس الشروط والصفات دون ربط الأول بالثاني مع اختلاف في الثمن ووقت استيفائه للحصول على الربح المرجو، وعادة تقوم به المؤسسات المالية لتوفر النقد فتقدم خدمة للصناع والعملاء على السواء فتشجع عملية الاقتصاد وتنميها.

3: تبين أن الضمان يتحقق أثره في مراحل عقد الاستصناع من وقت التعاقد وبعد البدء بالتصنيع، وبعد الانتهاء من الصناعة وقبل الرؤية وعند الرؤية للمصنوع من قبل المستصنع، استنادا على لزوم عقد الاستصناع في جميع المراحل المذكورة، وبما هو مسطر في المعيار رقم(11) عند هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وبيان ذلك في طيات البحث عند دراسة كل مرحلة على حدة، وعلى من يقع الضمان فيها وبما يشمل عقد الاستصناع والاستصناع الموازي.

ثانيا: التوصيات:

توصي الدراسة: الباحثين بالاهتمام بدراسة ما يتعلق بضمان العقود المرتبطة بصيغ التمويل الإسلامي، وتوجيهها من وجهة نظر فقهية وقانونية كدراسة مقارنة.

الهوامش:

1انظر: الفارابي: أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي،(350 ه)، **معجم ديوان الأدب**، تحقيق: د. أحمد مختار عمر ود. إبراهيم أنيس، القاهرة، مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر،1424 هـ - 2003 م،بدون طبعة، ج2.ص 253، وانظر: ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين، (395ه)، **مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر،1399هـ - 1979م، بدون طبعة،ج3 ص372، وانظر: الحميري: نشوان بن سعيد الحميرى اليمني، (573 ه)، **شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**، تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري وآخرون، بيروت - لبنان،دار الفكر المعاصر، دمشق – سورية، دار الفكر،1420 هـ - 1999 م، (ط1)، ج6 ص4000،

2انظر: الفيروز ابادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى،(817ه)، **القاموس المحيط**، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، بيروت – لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ - 2005 م، (ط8)، ص1212، وانظر: الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي،(666ه)، **مختار الصحاح**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، بيروت – صيدا، المكتبة العصرية - الدار النموذجية،1420هـ - 1999م، (ط5)، ص185.

3 انظر: البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي،(1395هـ-1975م)، **التعريفات الفقهية**، دار الكتب العلمية،إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان،1424هـ - 2003م،(ط1)، ص134، و انظر: الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي،(587ه)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية،1406هـ - 1986م، (ط2)،ج7،ص168.

4انظر: البركتي، **التعريفات الفقهية**، ص134، وانظر: الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816ه)،**التعريفات**، وضع حواشيه وفهارسه: محمد باسل عيون السود، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية،1424هـ - 2003م،(ط2)،ص141.

5انظر: ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي،(1252ه)، **رد المحتار على الدر المختار**، بيروت، دار الفكر،1412هـ - 1992م،(ط2)،ج5،ص281،وأبو الفضل الموصلي: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل،(683ه)، **الاختيار لتعليل المختار**، القاهرة، مطبعة الحلبي،وصورتها دار الكتب العلمية- بيروت، 1356 هـ - 1937 م،ج2 ص166.

6انظر: القاضي عبد الوهاب: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي،(422ه)، **التلقين في الفقة المالكي**، تحقيق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1425هـ-2004م، (ط1)، ج2 ص174،.

7 انظر: الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، (977ه)، . **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، تحقيق: علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية،1421هـ-2000م،بدون طبعه، ج3،ص198.

8انظر: الزحيلي: د وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، دمشق، دار الفكر،1424هـ-2003م، بدون طبعة، ص15.

9انظر: ابن فارس، **مقاييس اللغة**، ج4، ص86، وانظر: الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي،(175ه)، **العين**، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دون تاريخ وبدون رقم طبعة، ج1، ص140.

10انظر: مرتضى، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي،(1205ه)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق: د عبد العزيز مطر، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1414هـ-1994م،(ط2) مصورة،ج8، ص394- 395.

11انظر: الزجاج: إبراهيم بن السري بن سهل، أبو إسحاق الزجاج،(311ه)، **معاني القرآن وإعرابه**
تحقيق: عبد الجليل عبده شلبي، بيروت، عالم الكتب، 1408 هـ - 1988 م، (ط1)، ج2، ص139.

12انظر: الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، (794هـ)، **المنثور في القواعد الفقهية**، تحقيق: د. تيسير فائق احمد محمود، الكويت، وزارة الأوقاف الكويتية-شركة دار الكويت للصحافة -الأنباء- المطابع التجارية،1405هـ - 1985م،(ط2)،ج2، ص397 .

13انظر: البركتي، **التعريفات الفقهية**، ص149.

14انظر: قدري: محمد قدري باشا، (1306هـ)، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1308 هـ - 1891م، (ط2)، ص27 .

15انظر: الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، (370هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م، (ط1)، ج2، ص371.

16انظر: الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، ج2، ص397-407، والسيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، (911هـ)، **الأشباه والنظائر**، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية،2010م،(ط1)،ص275.

17 انظر: البركتي، **التعريفات الفقهية**، ص149، قدري: **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، ص27، والجصاص: **أحكام القرآن**، ص371.

18انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج4، ص212، والسيوطي: **الأشباه والنظائر**، ص491.

19انظر: السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص490، وانظر: البلقيني: سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي،(805هـ)، **التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ «تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي»**، ومعه «تتمة التدريب» لعلم الدين صالح ابن الشيخ سراج الدين البلقيني، تحقيق: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، الرياض - المملكة العربية السعودية، دار القبلتين، 1433 هـ - 2012 م، (ط1)، ج3، ص130.

20انظر: السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص490، وانظر: وانظر: البلقيني، **التدريب في الفقه الشافعي**، ج3، ص130.

21انظر: السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص490، وانظر: الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، ج2، ص332-333.

22انظر: السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص490، وانظر: الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، ج2، ص333.

23انظر: ابن منظور: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى،(711هـ) **لسان العرب**، بيروت، دار صدر، 1414 هـ،(ط3)، ج8 ص209.

24انظر: الحموي: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس،(770هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**،بيروت، المكتبة العلمية، بدون طبعة، ج1 ص348 .

25انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5،ص2، والسرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي،(483هـ)، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة، 1414هـ - 1993م،بدون طبعة،ج15 ص85.

26انظر: الكاساني . **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (ط2)، ج5،ص3

27انظر: مالك: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،(179هـ)، **المدونة** رواية سحنون، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية،1415هـ - 1994م، (ط1)، ج3 ص69، والشافعي: الإمام محمد بن إدريس الشافعي، (204هـ)، **الأم**، بيروت، دار ابن حزم، 1426هـ-2005م، (ط1)، مجلد1،ص1064-1065، والمرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، (885هـ)، الإنصاف **في معرفة الراجح من الخلاف**، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت،دار احياء التراث العربي، بدون تاريخ ، (ط2)، ج4، ص300.

28انظر: حيدر: علي حيدر، (1353هـ)، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، تعريب: فهمي الحسيني، المملكة العربية السعودية-الرياض، دار عالم الكتب،1423هـ-2003م(طبعه خاصة) بموافقة دار الجيل –بيروت،ج1، ص114. والفرق بين عقد الاستصناع وعقد المقاولة: إن عقد المقاولة يشمل عقدين هما عقد الاستصناع إن كان العمل والمواد من الصانع، وعقد الإجارة للأجير المشترك إن كان العمل من

الصانع والمواد من صاحب العمل، وهو عقد حديث في مصطلحه هذا، انظر: الدبيان: أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، المملكة العربية السعودية، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432هـ،(ط2)،ج8،ص319.

29الكاساني. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص2.

30التعريف بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، يتبع في الفرع الرابع .

31هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية-النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر 1439، نوفمبر 2017 م، من فهرست مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، 1437هـ، الاستصناع والاستصناع الموازي، المعيار رقم 11، ملحق، ج، التعريفات، ص318، موقع:WWW.aaoifi.COM

32الطيار: د عبد الله بن محمد الطيار وآخرون. **الفقه الميسر**، الرياض- المملكة العربية السعودية.، مدار الوطن للنشر،1433 هـ - 2012 م.،(ط2)، ج10 ص54 .

33انظر: حافظ: د. عمر زهير حافظ، **تقنين قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي في مسائل المالية الإسلامية**، المملكة العربية السعودية-جده، مركز النشر العلمي-جامعة الملك عبد العزيز – 1442هـ-2021م، (ط1)، ص125-ص127. وانظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي - الدورة الرابعة عشرة، قرار بشان عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره، 16 يناير 2003م، من موقع: **https://iifa-aifi.org/ar/2118.html**

34هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية-النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر1439- نوفمبر 2017م، التعريف بالهيئة، ص 21--31، موقع WWW.aaoifi.COM

35المعيار والعيار: ما يسوى به غيره ويقاس به، انظر: الفراهيدي، **العين**، ج2، ص239، وانظر: المطرزي: ناصر بن عبد السيد أبى المكارم ابن على، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المطرزي،(616هـ)، **المغرب في ترتيب المعرب**، بيروت-لبنان، دار الكتاب العربي، دون تاريخ ودون طبعه، ص 334.

36انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**-النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر 1439، نوفمبر2017 م، الاستصناع والاستصناع الموازي، معيار رقم 11، ص293-319، موقع: WWW.aaoifi.COM

37االحطاب الرعيني: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي،(954هـ) . **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر،1412هـ - 1992م،(ط3)، ج4، ص228، وانظر: النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي،**(676هـ)**، **المجموع شرح المهذب**،مع تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، ج9، ص149، و مصطفى السيوطي: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي،(1243هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، دمشق، المكتب الإسلامي، 1415هـ - 1994م،(ط2)، ج3، ص4، -دمشق.

38البابرتي: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي،(786هـ)، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، بدون طبعه،ج6 ص248،و انظر: السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي،(540هـ)، **تحفة الفقهاء**، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994 م،(ط2)،ج2، ص29.

39انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5،ص2.

40 انظر: الخن وآخران: د مصطفى الخن وآخران، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى**، دمشق، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع،1413 هـ - 1992 م،(ط4)،ج6،ص59.

41انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص2-ص3.

42 انظر: حيدر، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، ج1، ص422.

43 انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص2.

44انظر: الزغول: محمد مازن محمد رشدي، **عقد الاستصناع وتطبيقاته في البنك الإسلامي الأردني والمهن الحرفية دراسة فقهية مقارنة**- رسالة ماجستير غير مطبوعة، المنظومة، جامعة جرش 2020م، ص40.

45انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص84، وابن مازة: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي،(616هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، تحقق: عبد الكريم سامي الجندي، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية،1424 هـ - 2004 م،(ط1)، ج7، ص 136.

46انظر: الكاساني. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5،ص3

47انظر: ابن مازة، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**،ج7، ص136.

48انظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5 ص3-4.

49انظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**،ج4 ص222

50انظر: اليحيى: د. بندر بن عبد العزيز اليحيى،التمويل بعقد الاستصناع-أحكامه الفقهية ومخاطره المصرفية، **مجلة العلوم الشرعية**، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، عدد 1442،58هـ، ص223.

51انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**-النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى، صفر 1439، نوفمبر2017، الاستصناع والاستصناع الموازي، معيار رقم 11، صفة عقد الاستصناع 2/2/2،ص298، موقع: WWW.aaoifi.COM

52انظر: العينى: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى، (855هـ)، **البناية شرح الهداية**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1420 هـ - 2000 م، (ط1)،ج1، ص401، و ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام،(861هـ)، **فتح القدير**، دار الفكرن دون تاريخ نشر ودون طبعه، ج10،ص427.

53انظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**،ج5، ص3.

54انظر: السمرقندي: **تحفة الفقهاء**، ج2، ص363.

55انظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص3.

56انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7 ص137.

57انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7 ص137.

58انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**،ج7، ص136-137.

59انظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص210.

60انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7، ص136.

61انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7، ص137.

62انظر: حيدر: **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، ج1، ص424.

63انظر: الزجاج: **معاني القرآن وإعرابه**، ج2، ص139.

64انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7 ص136-137

65انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**-النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى، صفر 1439، نوفمبر2017، الاستصناع والاستصناع الموازي، المعيار رقم 11، صفة عقد الاستصناع وشروطه (2/2/2-1/2/2) موقع WW.aaoifi.COM

66انظر: داغي: د القرة داغي علي محيي الدين. عقد الاستصناع بين الإتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز، **مجلة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية**، جامعة قطر، عدد11، 1993م، ص394. موقع:
http://search.mandumah.com/Record/449069

67انظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5،ص3، وانظر: السمرقندي: **تحفة الفقهاء**، ج2 ص363.

68انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7 ص136، انظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5 ص210.

69انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7 ص136-137، والكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص210.

70انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**-النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى، صفر 1439، نوفمبر2017، الاستصناع والاستصناع الموازي، المعيار رقم 11،(2/2/1- 2 /2/ 2- 3/2/3- 3/2/2/4- 4/2/4 - 4/2/4)، موقع WW.aaoifi.COM

71انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7، ص137، والمرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين،(593ه)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، تحقيق: طلال يوسف، بيروت – لبنان، دار احياء التراث العربي، دون طبعه ودون تاريخ،ج3، ص77، وانظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5 ص3 وص210.

72انظر: الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ج5 ص3 وانظر: السمرقندي: **تحفة الفقهاء**، ج2، ص363.

73انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7، ص136،

وانظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5 ص210

74وانظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5 ص210 وانظر: السمرقندي: **تحفة الفقهاء**، ج2، ص363.

75 انظر: ابن مازة: **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، ج7، ص135-136.

76انظر: العيني: **البناية شرح الهداية**، ج8، ص375

77انظر: البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ج7، ص116.

78انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**-النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى، صفر 1439، نوفمبر2017، الاستصناع والاستصناع الموازي، المعيار رقم 11،(2/2/1- 2 /2/ 2-3/7-2- 1/6)، موقع WW.aaoifi.COM

79انظر: حيدر، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، ج1، ص424.

80انظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص3.

81انظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص4.

82انظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص4.

83انظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص4.

84انظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص4.

85انظر: البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ج7، ص116.

86**انظر:** السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص93.

87انظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص4.

88انظر: ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (970ه)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، وفي آخره: تكملة البحر الرائق للطوري، وبحاشيته: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، دون تاريخ، (ط2)، ج6 ص186.

89انظر: البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ج7، ص116.

90انظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص4.

91انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص93.

92انظر الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**،ج5، ص4 .

93انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**-النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى، صفر 1439، نوفمبر2017، الاستصناع والاستصناع الموازي، المعيار رقم 11، (2/2/1- 2 /2/ 2-3/1/2 -7/1/3-1/5-5/2-5/3-1/6-2/2/6-3/6-4/6-5/6-6/6)، موقع WW.aaoifi.COM

94انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج15، ص93.