الفرق في عدم إتمام عقد الاستصناع بين ما لو كان لسبب يرجع لأحد المتعاقدين، وما لو كان لسبب لا يرجع لواحد منهما

دراسة فقهية من خلال معيار الاستصناع

الباحث/ معاذ بن إبراهيم المعتاز

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، صلى الله عليه، وعلى آله، وصحبه، وسلم تسليمًا كثيرًا. أما بعد:

فقد أصبح للاجتهاد الجماعي في هذا العصر وقعه وصداه؛ حيث أنتجت المجامع الفقهية، واللجان العلمية، وسائر مؤسسات الاجتهاد الجماعي أعمالًا علمية متميزة واكبت حاجات الواقع المعاصر في الفتوى، والتأصيل لقضايا ذلك الواقع، ومن تلك الجهود الأنموذجية المباركة: **المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية** الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين التي تمثل جانبًا حيويًا من تلك الحركة الاجتهادية التي لاقت قبولًا واسعًا في العالم الإسلامي حتى أصبحت معتمدة في المجال المصرفي الإسلامي؛ حيث ألزمت البنوك التقليدية بالتقيد، والاسترشاد بالمصارف الإسلامية من قبل البنوك المركزية في عدة بلدان-والحمد لله تعالى.

وبما أن علم الفروق يعد من العلوم الدقيقة؛ إذ به يحصل التمييز بين المتشابهات، وإليه يستند التفريق بين الأحكام،وعليه يعتمد العلماء في كثير من القضايا،

والواقعات، بل قد جعل الزركشي[1]– رحمه الله-الفرق والجمع واحدًا من أنواع الفقه العشرة[2].

ومن المعاملات المالية التي كثُر تعامل الناس بها، وقامت عليها كثير من تعاملات المؤسسات المالية عقد الاستصناع، وهذا العقد يتضمن الكثير من المسائل الفقهية التي قد تتشابه، ويُشكل حكمها؛ فتحتاج إلى بيان وتجلية الفروق بينها، ومن المسائل المتعلقة بهذا العقد مما عمت بها البلوى، والتي قد ينشأ النزاع فيها بين المتعاقدين: مسألة**(عدم إتمام عقد الاستصناع؛ لسبب يرجع لأحد المتعاقدين، أو لسبب خارجٍ عنهما)**؛ فلأهمية هذا الموضوع ولملامسته لحاجة الناس أردت أن يكون هو محل دراستي في هذا البحث،وعنونت له بـ:**«الفرق في عدم إتمام عقد الاستصناع بين ما لو كان لسبب يرجع لأحد المتعاقدين، وما لو كان لسبب لا يرجع لواحد منهما -دراسة فقهية- من خلال معيار الاستصناع»**

مصطلحات البحث:

- **الفروق الفقهية**، وهي: إبداء معنى مناسب للحكم يوجد في الأصل يصلح أن يكون علة مستقلة، أو جزء علة، سواء كان مناسبًا، أو شبهًا إن كانت العلة شبهيةً، ويعدم في الفرع، أو يوجد في الفرع، ويعدم في الأصل[3].
- **المعايير الشرعية**، وهي: نصوص مقننة في ضبط الصناعة المالية على شكل بنود مرقمة متسلسلة مستمدة من أحكام، ومبادئ الشريعة الإسلامية، ومكتوبة في مدونة.
- **هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية**، وهي: مؤسسة عالمية ذات شخصية اعتبارية مستقلة غير ربحية تقوم بإعداد، وتطوير معايير المحاسبة، والمراجعة، والحوكمة، وأخلاقيات العمل، والمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، وللصناعة المالية، بما يتفق مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وبما يلائم البيئة التي تنشأ فيها تلك المؤسسات[4].

---

(1) هو: الإمام العلامة بدر الدين، أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي، الفقيه الأصولي الشافعي المذهب، ولد سنة (٧٤٥هـ)، وتوفي سنة (٧٩٤هـ)، ومن تصانيفه: تخريج أحاديث الرافعي، وخادم الرافعي في عشرين مجلدًا، وتنقيحه للبخاري في مجلد، وغير ذلك. انظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لابن حجر العسقلاني (٣٩٧/٣-٣٩٨)، وإنباء الغمر بأبناء العمر في التاريخ، لابن حجر العسقلاني (١٣٨/٣-١٤١).

(2) انظر: المنثور في القواعد، للزركشي (٦٩/١-٧١).

(3) إرشاد الفحول، للشوكاني (ص: ٣٤٠).

(4) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (ص: ١٧٠).

خطة البحث:

اشتمل البحث على: مقدمة، وتمهيد، ومبحث واحد، وخاتمة، وفهارس، وتفصيل ذلك في المفردات التالية:

- **المقدمة**،وتشتمل على: أهمية البحث، وسبب اختياره، ومصطلحاته، وخطته.
- **تمهيد**، ويشتمل على ما يلي:

أولًا: تعريف الاستصناع.

ثانيًا: شروط إبرام عقد الاستصناع.

ثالثًا: صفة عقد الاستصناع.

رابعا: أحكام المصنوع.

- **مبحث، واشتمل على أربعة مطالب:**

المطلب الأول: نص الفرق، وبيان مسائله، ووجه الشبه، ووجه الفرق.

المطلب الثاني: الموافق، والمخالف للهيئة في مسألتي الفرق.

المطلب الثالث: دراسة مسألتي الفرق.

المطلب الرابع: الحكم على الفرق قوةً، وضعفًا.

- **المصادر، والمراجع.**

تمهيد

أولًا: تعريف الاستصناع:

أ-الاستصناع لغة:

مصدر استَصْنَعَ بمعنى: طَلَبَ الصَّنْعَةَ، فيقال: استَصْنَعَ الشَّيْءَ. أي: طَلَبَ الصَّنْعَةَ، ويقال: استغفار لطلب المغفرة، والصُّنْعُ-بالضم- مصدر قولك: صُنِعَ إليه معروفًا، صُنِعَ به صنيعًا قبيحًا، أي: فُعِلَ، والصِّناعةُ-بكسر الصاد-: حرفة الصانع، واصطنعه: اتخذه، قال الله تعالى:M f g L [طه:٤١]، ويقال: اصطنع فلان خاتمًا. إذا سأل رجلًا أن يصنع له خاتمًا[١].

ب-الاستصناع اصطلاحًا:

اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستصناع، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع، وتكييفه؛ حيث أدخله الجمهور ضمن السلم، أما الأحناف، فعدوه عقدًا مستقلًا، لكنهم اختلفوا في تعريفه، ومرجع ذلك الاختلاف إلى إدخال بعض القيود، أو إخراجها، ومن تلك التعريفات ما يلي[٢]:

التعريف الأول، وهو: عقدٌ على مبيع في الذمة شُرط فيه العمل[٣].

التعريف الثاني، وهو: عقدٌ على مبيع في الذمة، وشُرط عمله على الصانع[٤].

وكلا التعريفين السابقين خليا من إدخال بعض القيود، كتبيين كونه عقدًا، وعدم ذكر اشتراط تحديد الثمن، أو تم تعريفه بالرسم، وذكر بعض صوره لا الحد، أو عدم ذكر الثمن، واشتراطه.

ولعل التعريف الذي يكون جامعًا مانعًا هو أن الاستصناع: عقدٌ على مبيع في الذمة، شُرط فيه العمل على وجه مخصوصٍ بثمنٍ معلومٍ[٥].

ثانيًا: شروط إبرام عقد الاستصناع:

يشترط لعقد الاستصناع شروط، وهي[٦]:

---

(١)لسان العرب،(٢٠٨/٨)، مختار الصحاح (٣٧٥/١)، المصباح المنير (٣٤٨/١)، مادة (صنع).

(٢)انظر: عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، كاسب عبد الكريم البدران(ص: ٦٣)، وما بعدها.

(٣)بدائع الصنائع (٥/٢).

(٤)تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي (٣٦٢/٢).

(٥)المدونة (١٨/٩)، الأم (١٣١/٣)، روضة الطالبين (٢٦/٤)، الفروع (٤٥٨/٢)، الإنصاف (٣٥٠/٤)، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، لكاسب عبد الكريم البدران، مرجع سابق،(ص: ٦٥)، والموسوعة الفقهية الكويتية، (٣٢٥/٣).

(٦)المبسوط للسرخسي (١١٥/١٢)، عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا(ص:٣٠)، الجعالة والاستصناع لشوقي دنيا، (ص:٣٠)، قضاء المظالم في الفقه الإسلامي لمحمد الزحيلي(٥٩/٧)، بيع المرابحة لمحمد الأشقر (ص:١٦٣-١٦٦)، والاستصناع لعبدالرحمن العثمان (ص:٢٥-٢٧).

١- أن يكون المصنوع معلومًا بتحديد مواصفات الشيء المطلوب صناعته تحديدًا وافيًا يمنع التنازع عند التسليم،فيجوز التعاقد على صنع أشياء تصنع بأوصاف خاصة يريدها المستصنع، ولو لم يكن لها مثيل في السوق بشرط أن تكون مما ينضبط بالوصف، لاأن يكون محل الاستصناع شيئا معيناً بذاته، كما لو قال: بعتك هذه السيارة. أو هذا المصنع،فلا يُعد استصناعًا.

٢-أن يكون المصنوع مما تدخله الصناعة، وتخرجه عن حالته الطبيعية؛ فلا يصح في البقول، والحبوب، ونحو ذلك.

٣-أن يكون الشيء المصنوع مما يجري التعامل فيه؛ لأن الاستصناع جائز استحساناً، فلا يصح فيما لا تعامل فيه، وذلك يختلف بحسب الأعرف السائدة في كل مكان وزمان، فلا يقاس مكان على مكان، ولا زمان على زمان، وأما إذا كان الشيء المطلوب صنعه مما لم تجر به العادة بصناعته، فإنه يمكن التوصل إليه بطريق السلم.

٤-أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع، فإذا كانت من المستصنع، فإنه يكون عقد إجارة، لا عقد استصناع.

٥-بيان الثمن جنسًا، وعددًا بما يمنع التنازع، فالجنس كريال سعودي، والعدد كالألف، ويجوز أن يكون نقودًا، أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى، أم منفعة المصنوع نفسه، وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الانتفاع بالمشروع لمدة معينة (Build Operate Transfer).

ويجوز تأجيل ثمن الاستصناع، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة، أو تعجيل دفعة مقدمة، وتسديد باقي الثمن على دفعات متوافقة مع مواعيد التسليم لأجزاء من المصنوع،كما يجوز ربط الأقساط بمراحل الإنجاز إذا كانت تلك المراحل منضبطة في العرف، ولا ينشأ عنها نزاع، وقد يختلف الثمن في عروض الاستصناع تبعًا لاختلاف أجل التسليم[١].

٦-بيان مكان تسليم المبيع إذا احتيج إلى ذلك.

---

(١)المعايير الشرعية (ص:٣٠٠-٣٠١).

٧-ألا يكون فيه أجل، وفي هذا الشرط خلاف يحتاج إلى تفصيل، وتوضيح[١].

ثالثًا: صفة عقد الاستصناع[٢]:

١- عقد الاستصناع من العقود اللازمة، فهو ملزم للطرفين إذا توافرت فيه شروطه.

٢- يثبت للمستصنع الخيار إذا جاء المصنوع مخالفًا للمواصفات المشروطة، وبما أن الاستصناع عقد لازم بنفسه، فإنه تترتب آثاره بمجرد العقد، ولا حاجة إلى إعادة إيجاب وقبول بعد الصنع، وهذا بخلاف الوعد بالمرابحة الذي يحتاج إلى إنشاء البيع بإيجاب وقبول بعد تملك المؤسسة للمبيع.

٣- لا يجوز اشتراط الصانع البراءة من العيوب في عقد الاستصناع.

٤- لا يجوز أن تتم عقود، أو إجراءات الاستصناع بصورة تجعل العملية حيلة على التمويل الربوي، مثل: التواطؤ على شراء المؤسسة من الصانع مصنوعات، أو معدات بثمن حال، وبيعها إليه بثمن مؤجل أزيد، أو أن يكون طالب الاستصناع هو نفسه الصانع، أو أن يكون الصانع جهة للمستصنع بنسبة الثلث، فأكثر، حتى لو تم ذلك عن طريق المناقصة، وذلك تجنبًا لبيوع العينة.

رابعًا: أحكام المصنوع[٣]:

١- لا يثبت للمستصنع أولوية فيما شرع الصانع في عمله إلا بعد التسليم كليًا، أو جزئيًا، كما لا يختص المستصنع بملكية المواد القائمة لدى الصانع لإنجاز الصنع، إلا إذا تعهد الصانع بعدم التصرف بها لغير ذلك الشيء المستصنع ضمانًا لإنجازه، ويقع هذا التعهد في حالة اشتراط الصانع على المستصنع تعجيل جزء من الثمن؛ ليتمكن من شراء بعض المواد.

٢- يجوز أن يشترط في عقد الاستصناع أن يتم الصنع من المؤسسة نفسها، وفي هذه الحالة يجب عليها التقيد بذلك، ولا يحق لها أن تعهد بالإنجاز إلى غيرها.

٣- يجوز للصانع تسليم ما صنعه هو قبل إبرام عقد الاستصناع، أو ما صنعه غيره إذا لم يشترط عليه الصنع بنفسه، ولا يتخذ ذلك ذريعة لتأجيل البدلين في بيع موصوف في الذمة غير مقصود صنعه.

---

(١)يشترط ألا يكون العقد محدد الأجل، وإلا كان سلمًا عند الإمام أبي حنيفة؛ لأنه صار بمعناه بمقتضى الحديث النبوي في قوله ﷺ: **«فليُسلم... إلى أجل معلوم»**. حيث جعل النبي ﷺ العقد المؤقت سلمًا، ويشترط فيه حينئذ ما يشترط في السلم، كقبض الثمن في المجلس...، ولم يشترط أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى- هذا الشرط، وقالا: إن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع بقصد تعجيل العمل، وإنه بضرب الأجل لا يصير سلمًا؛ لأنه استصناع حقيقة، كما أن السلم لا يصير استصناعًا بحذف الأجل.ينظر: الاختيار (٣٩/٢)، وبدائع الصنائع (٥/٣).

(٢)المعايير الشرعية (ص: ٢٩٨).

(٣)المعايير الشرعية (ص:٢٩٨-٣٠٠).

٤- يجب على الصانع إنجاز العمل وفقاً للمواصفات المشروطة في العقد، وفي المدة المتفق عليها، أو المدة المناسبة التي تقتضيها طبيعة العمل وفقاً للأصول المتعارف عليها لدى أهل الخبرة.

٥- يجوز تحديد مدة لضمان عيوب التصنيع، أو الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليها الطرفان، أو يجري بها العرف.

٦- يجوز الاستصناع في المباني؛ لإقامتها على أرض معينة مملوكة للمستصنع، أو للصانع، أو على الأرض التي ملك أحدهما منفعتها، وذلك على اعتبار ان المستصنع فيه هو المباني الموصوفة، وليس المكان المعين.

الفرق في عدم إتمام عقد الاستصناع بين ما لو كان لسبب يرجع لأحد المتعاقدين، وما لو كان لسبب لا يرجع لواحد منهما

المطلب الأول: نص الفرق، وبيان مسائله، ووجه الشبه، ووجه الفرق

أولًا: نص الفرق (٤/٢/٤):

"إذا عجز الصانع عن الإتمام، فإن المباني، أو المنشآت المشروع بإنشائها[١] لا يستحقها المستصنع مجانًا، ويختلف الحكم تبعًا للسبب، فإن كان العجز بسبب يرجع إلى الصانع، فيضمن المستصنع قيمة البناء بنسبة ما أنجز الصانع مع تحمل الصانع ما قد ينشأ للمستصنع من ضرر فعلي، وإذا كان عدم الإتمام لسبب يرجع إلى المستصنع، فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه، مع تحمل المستصنع الضرر اللاحق بالصانع، وإذا كان عدم الإتمام لسبب لا يرجع لأحدهما، فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه فقط، ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر"[٢].

ثانيًا: بيان مسألتي الفرق:

المسألة الأولى:عدم إتمام عقد الاستصناع لسبب يرجع لأحد المتعاقدين.

المسألة الثانية: عدم إتمام عقد الاستصناع لسبب لا يرجع لأحد المتعاقدين.

ثالثًا: وجه الشبه في المسألتين:

في المسألتين لا يتم تنفيذ عقد الاستصناع المتفق عليه بين المتعاقدين؛ لوجود سبب يمنع من ذلك.

رابعًا: وجه الفرق في المسألتين:

عدم إتمام عقد الاستصناع لو كان لسبب يرجع لأحد المتعاقدين، فحينئذ يكون التخلف عن الإتمام بسبب فعل فاعل، بينما لو كان عدم الإتمام لسبب لا يرجع لواحد منهما، فإنه يكون من قبيل وضع الجوائح.

المطلب الثاني: الموافق، والمخالف للهيئة في مسألتي الفرق

وافقت هيئة المعايير الشرعية في هذا الفرق مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، والمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي.

---

(١) العبارة فيها قلاقة، والمقصود: (المباني أو المنشآت التي شرع في تنفيذها الصانع).

(٢) انظر: البند (٣/٢/٤).

أولًا: مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي:

قرار رقم (١٥٧)، (٦/١٧) بشأن المواعدة، والمواطأة في العقود:"خامسًا: إذا تخلف أحد طرفي المواعدة في الحالات المذكورة في البند ثالثًا عما وعد به، فإنه يجبر قضاءً على إنجاز العقد، أو تحمل الضرر الفعلي الحقيقي الذي لحق الطرف الآخر؛ بسبب تخلفه عن وعده دون الفرصة الضائعة"[١].

ثانيًا: قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي:

نظر المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق، والالتزامات العقدية في الدورة الخامسة (١٤٠٢هـ)، وقرر الأخذ بالظروف الطارئة، وجواز اللجوء إلى القضاء؛ لإعادة تعديل الحقوق، والالتزامات بالنسبة لطرفي العقد، أو فسخ العقد والتعويض بناء على رأي أهل الخبرة[٢].

المطلب الثالث: دراسة مسألتي الفرق

المسألة الأولى: عدم إتمام عقد الاستصناع لسبب يرجع لأحد المتعاقدين.

عقد الاستصناع عقد لازم على الراجح ؛ لما في ذلك من المصلحة بتحقق أهداف الاستصناع، وإزالة الضرر عن المتعاقدين؛ وبناءً على هذا -لزوم عقد الاستصناع-، فإن عجز الصانع، أو المستصنع عن إتمام عقد الاستصناع لا يفسخ العقد، بل يلزم من وقع منه العجز بضمان الضرر الناتج عن عجزه للطرف الآخر، ثم إن من المعلوم شرعًا أن جميع أنواع البيوع، و المعاملات المالية تبدأ بالتعاقد، ويختلف انتهاؤها، ومن هذه العقود عقد الاستصناع يبدأ بالتعاقد، وينتهي إما بتنفيذ الالتزام، أو من غير تنفيذه، وفي هذه الحالة توجد نهايات مختلفة.

ومما ينهي عقد الاستصناع على خلاف في ذلك، وسنبينه:

١- تنفيذ الالتزام.

٢- موت أحد العاقدين.

٣- الفسخ، ويندرج تحته صورتي الإقالة، والإفلاس.

---

(١) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم (١٥٧) (٦/١٧) المنعقد في دورته (١٧) بعمان، المملكة الأردنية الهاشمية من٢٨ جمادى الأولى إلى٢ جمادى الآخرة١٤٢٧هـ، الموافق٢٤-٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦م.

(٢) قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة،(ص: ٩٩)، وسيأتي في مبحث مستقل عند الحديث عن الفرق بين تنفيذ الشرط الجزائي بين حالة الظروف الطارئة، وعدمها.

أولًا: تنفيذ الالتزام:

ينتهي عقد الاستصناع بتنفيذ كل من المتعاقدين لكل الالتزامات التي أوجبها العقد بينهما، وبذلك تبرأ ذمتهما[١].

١ - الصانع:

ينتهي العقد بالنسبة له بأمرين:

- تمام عملية الصنع المتفق عليها بالشروط المحددة بينهما.
- تسليم الشيء المصنوع للمستصنع طبقًا للمواصفات المتفق عليها[٢].

٢ - المستصنع:

وينتهي العقد بالنسبة له كذلك بأمرين:

- استلام الشيء المصنوع المتفق عليه بينهما.
- دفع الثمن الذي عليه في العقد للصانع مقابل الصنعة[٣].

ثانيًا: موت أحد العاقدين:

موت أحد العاقدين يحتمل احتمالين:

الاحتمال الأول: موت الصانع. والاحتمال الثاني: موت المستصنع.

أ- موت الصانع:

فقهاء الحنفية اعتبروا عقد الاستصناع عقدًا مستقلًا بذاته، فموت الصانع يعتبر منهيًا للعقد؛ قياسًا على الإجارة؛ لأنهما من عقود المعاوضات[٤].

ويجب التفريق بين حالتين[٥]:

الحالة الأولى: إذا اشترط المستصنع أن يقوم الصانع نفسه بالعمل، ولا ينوب عنه أحد، ففي هذه الحالة ينتهي العقد بموت الصانع، ويسلم للمستصنع ما أنجز من العمل،ويدفع الثمن بقدر العمل الذي أنجز.

---

(١)درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤٢٦/١)، وعقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، (ص:٢٦)، وأحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي (ص: ٤٢٣).

(٢)درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤٢٦/١)، وعقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، (ص: ٢٦)، وأحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي (ص: ٤٢٣).

(٣)المراجع السابقة.

(٤)فتح القدير (١١٦/٧)، والبحر الرائق (١٨٦/٦)، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة (١٣٥/٧)، وعقد الاستصناع، لكاسب عبد الكريم البدران (ص: ٢٢٦)، وأحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، لناصر النشوي (ص: ٤٢٣).

(٥)عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية (ص: ٢٦).

الحالة الثانية: إذا لم يشترط المستصنع العمل بنفسه من الصانع، وتوفي الصانع، ففي هذه الحالة يقوم الورثة بإتمام العمل المتفق عليه بالنوع الثاني من أنواع الاستصناع، وهو الاستصناع الموازي[١].

ب- موت المستصنع:

إذا مات المستصنع قبل أن يستلم المصنوع، فإن لوفاته حالتين:

الحالة الأولى: أن يتوفى المستصنع بعد العقد، وقبل أن يبدأ الصانع في الصنع، فإن لورثة المستصنع الخيار بين أن يتموا العقد، و ينجز العمل على حسب المتفق عليه، أو يفسخوا العقد قبل بداية العمل، فإن لكلا الطرفين حق الرجوع عن الصفقة عند من يقول:إن عقد الاستصناع غير لازم[٢].

الحالة الثانية: يتوفى المستصنع بعد العقد، وقبل نهاية الصنع، أو نهايته، فإن لهذه الحالة صورتين:

الصورة الأولى: يلزم الورثة بإتمام العقد قضاءً؛ لأن هذه الحالة من الأشياء التي تورث عند جمهور الفقهاء، أما عند الأحناف، فلا تورث، وسبب الخلاف في المسألة أن الحقوق المالية التي تتعلق بمشيئة المورث، هل تورث، أم لا؟[٣].

الصورة الثانية: يطلب الورثة الإقالة، وعدم إتمام العقد من الصانع ديانة، أي: أخلاقيًا؛ لقول النبي ﷺ:**«مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»**[٤]. فإذا قبل الصانع الطلب، فإنه يرجع إلى الورثة المال الذي أخذه من مورثهم، وإن لم يقبل، فيلزم الورثة بإتمام العقد[٥].

ثالثًا: الفسخ: ويكون بعدم إتمام العمل المتفق عليه، في الحالات التالية:

الحالة الأولى: فسخ العقد برضا الطرفين، أي: بإرادتهما، ويكون في صورتين[٦]:

الصورة الأولى: الفسخ الاتفاقي، ويكون باتفاق الطرفين على الفسخ؛ لأسباب معينة وجدت بعد إبرام العقد، وهذا يسمي الإقالة.

---

(١)الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، أبو عبد الله محمد الفاسي(١٠٢/٢)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي(٦٦/٦)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، للبهوتي، ومعه حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعد (ص: ٤١٤)، المغني (٣٤١/٥).

(٢)تحفة الفقهاء (٣٦٣/٢)، الدر المختار (٢٢٤/٥)، تبيين الحقائق (١٢٤/٤).

(٣)الموسوعة الفقهية (٢٠٧/١١).

(٤)سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب: الإقالة (٧٤١/٢)، ح (٢١٩٩)، صحيح ابن حبان، كتاب البيوع، باب: الإقالة بلفظ: من أقال نادمًا في بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة (٤٠٤/١١)ح (٥٠٢٩)،المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع، باب: أما حديث أبي هريرة (٥٢/٢)ح (٢٢٩١)سنن أبي داود، أبواب الإجارة، باب: في فضل الإقالة (٢٧٤/٣)ح (٣٤٦٠)، مسند الإمام أحمد، ابتداء مسند أبي هريرة (٢٣٥/٧)، وقال الألباني:"حديث صحيح". إرواء الغليل (١٨٢/٥)ح(١٣٣٤)، مشكاة المصابيح (٨٧١/٢)ح (٢٨٨١).

(٥)أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن المعاوضات المالية الناجزة وتطبيقاته المعاصرة، ملك نور الدين محمود خصاونة (ص: ١٢٠-١٢٣)

(٦)عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منه في المؤسسات الاقتصادية (ص: ١٣٤).

الصورة الثانية: بقوة العقد، ويكون الفسخ نتيجة تحقق وقائع معينة ذكرت في بنود العقد، وشروطه كمثل الإفلاس.

أولًا: الإقالة، وأثرها في إنهاء عقد الاستصناع:

تعريف الإقالة:

أ-**لغة**: تطلق الإقالة على الرفع، والإزالة، والفسخ[١].

ب- اصطلاحًا:اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الإقالة، ومما جاء في تعريفها:

- ما عرفها به الحنفية حيث أطلقت عندهم على معنيين عام، وخاص:

المعنى العام:ما ذكره صاحب اللباب بأنها: "رفع العقد[٢]".

المعنى الخاص:ما ذكره صاحب الدر المختار بأنها: "رفع البيع[٣]". فقد خص الإقالة بالبيع، وبذلك يخرج كل ما عداه من العقود الواقعة بين طرفين.

- عرفها ابن عرفة من المالكية بأنها: "ترك المبيع لبائعه بثمنه"[٤].

- عرفها الشافعية بأنها: "رفع العقد المالي بوجه مخصوص"[٥].

- عرفها الحنابلة بأنها: "فسخ للعقد، ورفع له من أصله، وليست بيعًا"[٦].

ويستفاد من التعاريف السابقة ما يلي:

عبَّر الحنفية، والشافعية بالرفع المضاف إلى العقد، وعبَّر المالكية بالترك من المشتري، وخصوا الإقالة بالبيع، وعبر الحنابلة بالفسخ المضاف إلى العقد، وخصص الشافعية الإقالة بالعقود المالية، ونجد التعريفات المعاصرة خصصت الإقالة بالرضا، فعلى سبيل المثال:ما جاء في مجلة الأحكام العدلية: "للعاقدين أن يتقايلا البيع برضاهما بعد انعقاده"[٧]، وعرفتها الموسوعة الفقهية بأنها: "رفع العقد، وإلغاء حكمه، وآثاره بتراضي الطرفين[٨]".

ونخلص في النهاية إلى أن الإقالة هي: رفع العقد المالي، وآثاره برضا الطرفين.

---

(١)لسان العرب (٥٧٩/١١)، تاج العروس (٣٠٦/٣٠)، المصباح المنير (٥٢١/٢).

(٢)اللباب في شرح الكتاب، عبدالغني الغنيمي الحنفي (٣١/٢).

(٣)الدر المختار، علاء الدين الحصكفي(١١٩/٥).

(٤)شرح الحدود، ابن عرفة، (ص: ٢٧٩)، بلغة السالك (٢٠٨/٣).

(٥)أسنى المطالب (٧٤/٢).

(٦)المغني (٢٢٨/٤)، كشاف القناع (٢٤٨/٣).

(٧)مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٩٠).

(٨)الموسوعة الفقهية (٣٢٥/٥).

- تكييف الإقالة:

من خلال التعريفات السابقة للإقالة نجد أن الفقهاء اختلفوا في تكييف الإقالة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:إنها عقد جديد.

وهو قول المالكية[١]، وأبي يوسف من الحنفية[٢] أنها بيع ثان مثل البيع الأول لا يختلف عنه في شيء؛ لأن نقل الملك تم بعوض، وتراضي الطرفين[٣].

القول الثاني:إنها فسخ.

وهو قول محمد بن الحسن، والشافعي، والإمام أحمد[٤].

القول الثالث:إنها فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الغير.

وهو قول الإمام أبي حنيفة: جمع بين الرأي القائل:إنها بيع، والرأي القائل:إنها فسخ للعقد[٥].

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول القائل بأن الإقالة عقد جديد:

استدلوا بالمعقول[٦]:

أ- أنها مبادلة مال بمال، وبهذا يتحقق فيها معنى البيع.

ب- أنها تبطل بهلاك السلعة، وبالعيب، وهذه أحكام البيع.

ج- تثبت فيها الشفعة، وهذه من أحكام البيع.

أدلة أصحاب القول الثاني القائل بأن الإقالة فسخ:

الدليل الأول:حديث النبيﷺ:**«من أقال مسلمًا عثرته، أقاله الله تعالى يوم القيامة»**[٧].

---

(١)التمهيد (٣٤٢/١٦)،وبلغة السالك (٢٠٩/٣).

(٢)بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، والبحر الرائق (١١١/٦)، والمبسوط (١٦٦/٢٥)، وفتح القدير (٤٨٧/٦).

(٣)قال ابن عبد البر: "قال مالك: الإقالة بيع من البيوع يحلها ما يحل البيوع، ويحرمها ما يحرم البيوع". ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر (٣٤٢/١٦).

(٤)فتح القدير (٤٨٧/٦)، روضة الطالبين (٤٩٥/٣)، المغني (٩٩/٤).

(٥)البناية شرح الهداية (٢٢٥/٨)، البحر الرائق (١١١/٦).

(٦)بلغة السالك (٢٠٩/٣)،والبناية شرح الهداية (٢٢٥/٨)،والإقالة فسخ العقد برضا الطرفين (ص: ٢٧).

(٧)أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب: الإقالة (٧٤١/٢)، ح (٢١٩٩)، وابن حبان في صحيحه، كتاب البيوع، باب: الإقالة بلفظ: من أقال نادمًا في بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة (٤٠٤/١١)ح (٥٠٢٩)،والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، باب: أما حديث أبي هريرة (٥٢/٢)ح (٢٢٩١)سنن أبي داود، أبواب الإجارة، باب: في فضل الإقالة (٢٧٤/٣)ح (٣٤٦٠)، والإمام أحمد في السمند، ابتداء مسند أبي هريرة (٢٣٥/٧)، والحديث صححه الألباني، ينظر: إرواء الغليل (١٨٢/٥)ح(١٣٣٤)، مشكاة المصابيح (٨٧١/٢)ح (٢٨٨١).

وجه الاستدلال: يدل الحديث دلالة قاطعة على فضل الإقالة، وأنها مستحبة إذا طلبها أحد العاقدين، أو كلاهما[١].

الدليل الثاني: استدلوا بالمعقول من اعتبار الصفقة كأن لم تكن يدل على أن الإقالة فسخ، وليست بيعًا، وكذلك اختلاف البيع، والإقالة اسمًا، فمن الضروري اختلافهما حكمًا، وهو الأصل[٢].

أدلة أصحاب القول الثالث القائل إنها فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الغير.

الدليل الأول: الإقالة لفظها ينبئ عن الفسخ، والمعنى ينبئ عن البيع، فجمع الكلام أولى من إهماله، فتكون ابتداءً فسخًا في حق المتعاقدين، وبيعًا في حق غيرهما[٣].

الدليل الثاني: الإقالة إذا كانت فسخًا، فإنها تبطل بالزيادة للضرر الواقع على المشتري، وجعلها بيعًا في حق الثالث أمر ضروري؛ لجمع الحكم بين القولين: الفسخ، والبيع[٤].

الترجيح:

الراجح - والله أعلم- هو: القول الثاني القائل بأن الإقالة فسخ؛ لقوة أدلته، فهي تطلق في اللغة على الرفع، فهو ينبئ عن الفسخ، والنفي[٥].

ثانيًا: الإفلاس:

تعريف الإفلاس:

أ- **لغة:** تطلق كلمة الإفلاس في اللغة على أربعة معان[٦]:

- على من صارت أمواله فلوسًا بعدما كانت دراهم، ودنانير، والفلوس أحقر الأموال.
- أو على من انعدم ماله، ولا يوجد معه فلس.
- ويطلق -أيضًا- على من شهر به القاضي بين الناس بإفلاسه، أو كثرت فلوسه.

ب- **اصطلاحًا:** أن يكون الدين الذي على الرجل أكثر من ماله، وسواء أكان غير ذي مال أصلًا، أم له مال أقل من دينه[٧].

---

(١) فيض القدير شرح الجامع الصغير (٧٩/٦)، سبل السلام (٧٩/٦).

(٢) الموسوعة الفقهية (٣٢٦/٥-٣٢٧)، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين (ص: ٢٨).

(٣) فتح القدير (٤٨٧/٦)، درر الحكام (١٧٤/١)، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين (ص: ٣٠).

(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٢٢٦/٨-٢٢٧)، شرح فتح القدير على الهداية، لابن همام (٤٥١/٦-٤٥٢).

(٥) فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر (ص: ٦٩٢).

(٦) معجم مقاييس اللغة (٤٥١/٤)، القاموس المحيط (ص: ٥٦٣)، لسان العرب (١٦٥/٦).

(٧) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، للسبكي (١٢٠/١).

الإفلاس في عقد الاستصناع: إذا وقع في عقد الاستصناع إفلاس، إما أن يقع على الصانع، أو يقع على المستصنع.

أ. إفلاس الصانع:

إذا أفلس الصانع فإن لإفلاسه حالتين:

الحالة الأولى: أن يفلس قبل أن يبدأ العمل، ففي هذه الحالة يفسخ العقد.

الحالة الثانية: أن يفلس بعد بدء العمل، ففي هذه الحالة صورتان:

الصورة الأولى: أن يسدد المستصنع الثمن المتفق عليه للصانع في العقد، أو قبل بدء العمل، فإن إفلاسه ليس بحجة، ويجبر على إتمام العمل، فإن لم يتم العمل لإفلاسه، فإن المستصنع يكون ضمن الغرماء، إما أن يسترد المال، أو يجبره القاضي على الوفاء[1].

الصورة الثانية:أن يكون التسديد بعد تمام العمل، فيفسخ العقد للإفلاس؛ لعدم إمكانية تحقيق العمل المتفق عليه؛ قياسًا على الإجارة[2].

ب- إفلاس المستصنع:

إذا أفلس المستصنع ولم يوف حق الصانع، فما مصير العقد؟ فإن لهذا الإفلاس حالات[3]:

الحالة الأولى: إذا أفلس المستصنع قبل بدء العمل يحق للصانع أن يفسخ العقد على قول من يقول:إن الاستصناع غير لازم. و على قول من يقول بلزوم الاستصناع، فإن الصانع لا يجب عليه تسليم العين دون قبض الثمن.

الحالة الثانية: إذا بدأ الصانع العمل، وأفلس المستصنع، فإن لهذه الحالة ثلاث صور:

الصورة الأولى: إذا اتفقا على الأجر قبل العمل، وسلم له الأجر، وأفلس بعد ذلك، فليس للصانع عذر، والإفلاس لا يؤثر في العقد.

الصورة الثانية:إذا اتفقا على الأجر بالتقسيط، فما تم إنجازه، وقبضت أجرته، فلا أثر للإفلاس عليه، أما المتبقي من العمل، فللصانع أن يفسخ العقد؛ لإفلاس المستصنع.

الصورة الثالثة:إذا اتفقا على الأجر عند نهاية العمل، وأفلس الصانع، فللصانع أن يمسك العين، ولا يسلمها حتى يقبض، وليس للمستصنع أن ينفرد بالفسخ، ويضيع حق الصانع.

---

(1)الموسوعة الفقهية (٣١٠/٥).

(2)الموسوعة الفقهية (٢٧١/١).

(3)المرجع السابق.

الحالة الثانية[١]: الفسخ القضائي، ويكون الفسخ عن طريق القضاء إذا لم يكن الفسخ باتفاق الطرفين، ويكون في صورتين[٢]:

الصورة الأولى: يكون بسبب تقصير أحد الطرفين، أو عدم تنفيذ الالتزام المتعهد به للطرف الثاني.

الصورة الثانية: حدوث ظرف طارئ، أو قوة قاهرة تمنع من تنفيذ الالتزام.

المسألة الثانية: عدم إتمام عقد الاستصناع لسبب لا يرجع لأحد المتعاقدين.

قد لا يتم عقد الاستصناع،بسبب أمر خارجٍ عن إرادة المتعاقدين وهو ما يسمى بالظروف الطارئة، أو الجوائح، فما المقصود بالظروف الطارئة؟

يتكون مصطلح الظروف الطارئة من كلمتين: الظروف، والطارئة، ولكل منهما مدلولها الخاص.

فكلمة الظروف: جمع ظرف، وتطلق على عدة معان منها: الوعاء لكل شيء، والكياسة، وذكاء القلب، ومنه: ظرف الزمان، والمكان[٣].

وكلمة الطارئة: أصلها من طرأ، أي: طلع على القوم من بلد آخر فجأة، ولم يكن لهم سابق معرفة به، ولم يعلموا بطلوعه[٤].

والمراد بهذا المصطلح: كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل، أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقًا شديدًا،ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن حد المألوف في خسائر التجار[٥].

ونجد أن الفقهاء قديمًا لم يتناولوا الظروف الطارئة بشكل مستقل، ويدرسوا كل واقعة بشكل منفرد[٦]، واستخدموا ما يدل على مفهومهما بما يسمى تحمل التبعة باستثناء الأحكام التي تتصف بالدوام، والثبات، مثل: قضايا الأسرة، وأحكام الحدود، وترك

---

(١)من حالات الفسخ، وقد سبق الحديث عن الحالة الأولى وصورها وهي: فسخ العقد برضا الطرفين.

(٢)عقد المقاولة، عبد الرحمن العايد (ص: ١٣٤).

(٣)ينظر: تهذيب اللغة (٢٦٨/١٤)، تاج اللغة وصحاح العربية (١٣٩٨/٤)، مختار الصحاح (ص: ١٩٦)، المصباح المنير (١١١/٢٤)، تاج العروس (٣٨٤/٢).

(٤)لسان العرب (١١٤/١)، تاج العروس (٣٢٤/١)، القاموس المحيط (ص: ٤٦)،مختار الصحاح (ص: ١٨٨).

(٥)هذا تعريف الفقهاء، وعند القانونيين: "كل حادث عام يكون بعد العقد، وغير متوقع ينتج عنه اختلال في المنافع المتوقعة من العقد؛ حيث يصبح مرهقًا للمدين إذا نفذ العقد بشروطه". نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محمد رشيد قباني، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد (٢) (١٩٨٨/١٤٨)(ص:١٣١)، والسنهوري (٧٠٥/١)، والواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة،ودراسة مقارنة في القوانين العربية، محمد صبري سعدي (ص: ٣٠٢) وما بعدها.

(٦)النظريات الفقهية، فتحي الدريني(ص: ١٣٩).

المجال في الأحكام الشرعية العملية المالية للاجتهاد وفق الضوابط الشرعية[1]، وأوجدوها في كل ما يتعلق بالأعذار، والجوائح[2]، وعدم إمكانية إتمام المعاملة المالية؛ لضرر يلحق أحد المتعاقدين[3].

والأصل في العقود الوفاء، لكن قد يحدث ما لم يكن متوقعًا بسبب ظرف طارئ، فتحدث مضرة لأحد المتعاقدين، فالشريعة وجدت لتحقيق العدالة بين جميع الأطراف المتعاقدة؛ لأن العقد قام على أساس الرضا الخالي من الظلم.

وعليه فإن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة مبنيٌّ على أدلة وقواعد شرعية، ومن تلك القواعد:

-قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح[4].

إن المعاملة المالية التي وقع فيها ظرف طارئ يحكمها أصلان: أصل المحافظة على المصلحة التي يقتضيها وجوب الإيفاء، وأصل دفع المفسدة الناتجة عن الظرف الطارئ،فيقدم دفع الضرر بالفسخ، أو التعديل، أو بحسب الأحوال؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات[5].

-قاعدة المشقة تجلب التيسير.

إن هذه القاعدة أصل من أصول رفع الحرج، والتيسير في الفقه الإسلامي حتى قال الإمام الشاطبي: "إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع[6]، فهي تدل على أن الأحكام يجب أن يراعى فيها التيسير، والمرونة، ووقوع الظرف الطارئ دليل على الإرهاق، والمشقة، فيجب أن يدفع بالتيسير، والمرونة"[7].

ومن هاتين القاعدتين نستنتج مشروعية الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، فهي تمنح المتعاقد المتضرر حماية أوفى لمصالحه من تعسف استعمال الحق من المتعاقد الآخر.

---

(1)نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، سمير عثمان اليوسف (ص: ٥٤)، وما بعدها، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئةدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (ص: ٣).

(2)الجائحة هي: كل ما لا يستطيع دفعه، أو الاحتراس منه، أو تضمينه مما يتلف المبيع، أو يعيبه قبل تمام القبض. ينظر: أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرتي الضرورة والظروف الطارئة، عادل مبارك المطيرات (ص:١٧).

(3)الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئةدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، خالد علي سليمان بني أحمد،المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، العدد (٢) سنة ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم (ص: ١٣).

(4)الأشباه و النظائر للسيوطي (ص: ٧٨)، الأشباه و النظائر،لابن نجيم المصري (ص: ٧٨).

(5)نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، فتحي الدريني(ص: ٢٣٨)، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، فتحي الدريني(ص: ١٣٩-١٤٠).

(6)الموافقات (٥٢٠/١).

(7)سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (ص: ٣٢١).

المطلب الرابع: الحكم على الفرق.

بناءً على ما ثبت،واتضح في المسألتين السابقتين من ثبوت الفسخ لأحد المتعاقدين في حال عدم إتمام عقد الاستصناع لسبب راجع لأحدهما، وفي الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، تبين لي أن الفرق المذكور في كتاب المعايير الشرعية الذي تناوله هذا المبحث، ونصه: "إذا عجز الصانع عن الإتمام، فإن المباني، أو المنشآت المشروع بإنشائها لا يستحقها المستصنع مجاناً، ويختلف الحكم تبعًا للسبب، فإن كان العجز بسبب يرجع إلى الصانع، فيضمن المستصنع قيمة البناء بنسبة ما أنجز الصانع، مع تحمل الصانع ما قد ينشأ للمستصنع من ضرر فعلي، وإذا كان عدم الإتمام لسبب يرجع إلى المستصنع، فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه، مع تحمل المستصنع الضرر اللاحق بالصانع، وإذا كان عدم الإتمام لسبب لا يرجع لأحدهما، فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه فقط، ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر"[1].

تبين أنه فرق قوي في نصه دقيق في محتواه، ولأن عقد الاستصناع عقد لازم -على القول الراجح- لم نجد الفرق ينص على فسخ العقد، أو بطلانه، بل نص على ضمان الطرف العاجز عن إنجاز العقد؛ لما في ذلك من المصلحة بتحقق أهداف الاستصناع، وإزالة الضرر عن المتعاقدين.

كما أن الفرق قد نص على أن هناك أسبابًا لعجز إتمام العقد تعود إلى الصانع، وأسبابًا تعود إلى المستصنع -وقد فصلنا ذلك في المسألة الأولى-، كذلك نجد الفرق التزم بمبدأ "لا ضرر، ولا ضرار"؛ تجنبًا لأخذ المال بغير حق، وارتكاب ما حرم الله من أكل حقوق العباد بغير وجه حق.

كما أوضح الفرق أن هناك أسبابًا قد تعود إلى سبب خارجي، وليس إلى المتعاقدين، وهي الجوائح، أو الظروف الطارئة، وهنا يضمن المستصنع قيمة ما أنجزه، ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر، هذا والله تعالى أعلم.

---

(1)انظر: البند (٤/٢/٣).

فهرس المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم.

٢- الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، أبو عبدالله محمد بن أحمد الفاسي، ميارة، دار المعرفة، ط: بدون.

٣- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن المعاوضات المالية الناجزة وتطبيقاته المعاصرة (ماجستير)، ملك نور الدين محمود خصاونة، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٤م.

٤- أحكام الاستصناع، عبد الرحمن العثمان، بحث مقدم لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، ط: بدون.

٥- أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظرية الضرورة والظروف الطارئة (دكتوراة)، عادل مبارك المطيرات، مصر، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، ١٤٢٢ه - ٢٠٠١م.

٦- أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، ناصر بن أحمد النشوي، دار الحكمة للطباعة والنشر، ٢٠٠١م.

٧- الاختيار لتعليل المختار، عبدالله بن محمود الموصلي الحنفي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: بدون.

٨- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: محمد حسن الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: ١، ١٤١٩ه.

٩- إرواء الغليل في تخريج أحديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، بيروت، المكتب الإسلامي، ط: الثانية، ١٤٠٥ ه.

١٠- أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

١١- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١٩ ه.

١٢- الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤٠٣ه.

١٣- الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين (دراسة مقارنة) (ماجستير)، إبراهيم أنيس محمد يحيى، نابلس، فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠١٠م.
١٤- إنباء الغمر بأبناء العمر في التاريخ، الحافظ أبو الفضل أحمد ابن حجر العسقلاني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط/٢، ت/ ١٤٠٦ه.
١٥- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٧ه.
١٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق، زين الدين ابن نجيم الحنفي (ابن عابدين)، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ٢٠١٨م.
١٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ه.
١٨- بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد بن محمد الصاوي، مصر، شركة مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٢ه.
١٩- البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد الغيتابى الحنفى بدر الدين العيني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤٢٠ ه.
٢٠- بيع المرابحة كما تجريه المصارف الإسلامية، محمد الأشقر، عمان، دار النفائس، ط: الثانية، ١٤١٥ ه.
٢١- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، طبعة الكويت، ط: الثانية.
٢٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، عثمان بن علي, فخر الدين الزيلعي الحنفي، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، ط: الأولى، ١٣١٣ ه.
٢٣- تحفة الفقهاء، أبو بكر محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: الثانية، ١٤١٤ه.
٢٤- تحفة الفقهاء، أبو بكر محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: الثانية، ١٤١٤ه.
٢٥- التمهيد لما في الموطأ من المعاني الأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبدالله ابن عبدالبر بن عاصم النمري القرطبي، المغرب، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧ ه.

٢٦- تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.
٢٧- الجعالة والاستصناع تحليل فقهي واقتصادي , شوقي أحمد دنيا، السعودية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ٢٠٠٣م.
٢٨- الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، بكر بن عبد الله أبو زيد، دار العاصمة، ط: الثانية، ١٤١٥ ه.
٢٩- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، فتحي الدريني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط: الثالثة، ١٤٠٤ ه.
٣٠- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، علاء الدين الحصكفي الحنفي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط: بدون.
٣١- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجة أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط: الأولى، ١٤١١ ه.
٣٢- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، الحافظ أبو الفضل أحمد ابن حجر العسقلاني، بيروت، دار الجيل, الطبعة الأولى.
٣٣- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، أبو النصر تاج الدين, عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: محمد عبد الرحمن، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ٢٠٠٩م.
٣٤- الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، ومعه حاشية ابن عثيمين، وتعليقات الشيخ السعد، تخريج: عبدالقدوس نذير، دار المؤيد ومؤسسة الرسالة، ط: بدون.
٣٥- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت- دمشق- عمان، المكتب الإسلامي، ط: الثالثة، ١٤١٢ه.
٣٦- سبل السلام الموصلة إلى بلوغ الأحكام، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تخريج: الألباني، الاسكندرية، دار البصيرة، ط: بدون.
٣٧- سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دكتوراة)، محمد بوكماش، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ١٤٣٢ ه.

٣٨- سنن أبي داود، الإمام ابو داود، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الفكر، ط: الأولى، ١٤١٦ه.

٣٩- سنن بن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ط: بدون.

٤٠- شرح حدود ابن عرفة، أبو عبدالله محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع التونسي المالكي، المكتبة العلمية، ١٣٥٠ه.

٤١- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م

٤٢- صحيح ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَدَ، التميمي، أبي حاتم، الدارمي، البُستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٤ه.

٤٣- عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ومدى الاستفادة منه في المؤسسات الإقتصادية (دكتوراة)، وائل محمد عبدالله عربيات، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٣م.

٤٤- عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، كاسب عبدالكريم البدران، السعودية، جامعة الملك فيصل، ط: ١، ١٤٠٤ه.

٤٥- عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، حسام الدين خليل، مركز القرضاوي للوسطية والتجديد، فهرست مكتبة الملك فهد الوطنية، ط٢، ١٤١٩ه - ١٩٨٨م.

٤٦- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات المعاصرة، مصطفى أحمد، الزرقا، السعودية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ١٤٢٠ ه.

٤٧- عقد المقاولة، عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط: الأولى، ١٤٢٤ ه.

٤٨- فتح القدير شرح الهداية، لابن الهمام الحنفي، ومعه متن الهداية، والعناية في شرح الهداية، وحاشية سعدي جلبي على العناية، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ه.

٤٩- الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، خالد علي سليمان بني أحمد، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، العدد (٢) سنة ١٤٢٧ه، ٢٠٠٦م

٥٠- الفروع في الفقه الحنبلي، شمس الدين محمد بن مفلح، تحقيق: التركي، مؤسسة الرسالة - دار المؤيد، ط: الأولى، ١٤٢٤ ه.

٥١- فقه البيع والاستيثاق والتطبيقية المعاصر، علي السالوس، قطر، مصر، لبنان، دار الثقافة، ط: الأولى، ١٤٢٩ه.

٥٢- فيض القدير شرح الجامع الصغير، محمد عبد الرؤوف المناوي، دار المعرفة (مصورا عن طبعة المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٧ه)، سنة النشر: ١٣٩١ ه.

٥٣- القاموس المحيط، الفيروز آبادي، القاهرة، دار الحديث، ط: بدون، ١٤٢٩ه.

٥٤- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة.

٥٥- قرارات مجمع الفقه الإسلامي المنبثقة عن منظمة المؤتمر الإسلامي.

٥٦- قرارات وتوصيات الندوة الثانية للأوراق المالية بالبحرين، ١٩٩١م.

٥٧- قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي.

٥٨- قضاء المظالم في الفقه الإسلامي، محمد الزحيلي، دمشق، دار المكتبي، ط: الأولى، ١٩٩٨م.

٥٩- كتاب المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

٦٠- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، ١٤٢٣ ه.

٦١- اللباب في شرح الكتاب، عبدالغني الغنيمي الحنفي، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط: الثانية، ٢٠١٤م.

٦٢- لسان العرب، أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، بيروت، دار صادر للطباعة، ط: ١، ٢٠٠٠م.

٦٣- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، بيروت، دار المعرفة، ١٤٤١ه.

٦٤- مجلة الأحكام العدلية، فقه المعاملات في المذهب الحنفي، بعناية: بسام الجابي، دار ابن حزم، ٢٠٠٤م.

٦٥- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي برهان الدين البخاري الحنفي، تحقيق: عبد الكريم الجندي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤٢٤ ه.
٦٦- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، بيروت، المكتبة العصرية، ط: الخامسة، ١٤٢٠ ه.
٦٧- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، بيروت، المكتبة العصرية، ط: الخامسة، ١٤٢٠ ه.
٦٨- المدونة، الإمام مالك بن أنس، بيروت، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١٥ه.
٦٩- المستدرك على الصحيحين، الحافظ أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق: القسم العلمي لمكتب خدمة السنة، دار المنهاج القويم، ط: الأولى، ٢٠١٩م.
٧٠- المسند، الإمام ابو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل، تحقيق: أحمد شاكر - حمزة الزين، دار الحديث، ط: الأولى، ١٤١٦ ه.
٧١- مشكاة المصابيح، محمد بن عبد الله الخطيب العمري أبي عبد الله، ولي الدين، التبريزي، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت الطبعة: الثالثة، ١٩٨٥م.
٧٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ابو العباس أحمد بن محمد المقري الفيومي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، القاهرة، دار المعارف، ط: ٢، ١٣٩٧ه.
٧٣- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، بيروت، دار الجيل، ط: الثانية.
٧٤- المغني على مختصر الخرقي، الإمام موفق الدين ابن قدامة المقدسي، تحقيق: شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية.
٧٥- المنثور في القواعد، محمد بن بهارد بن عبدالله الزركشي، الكويت، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ه.
٧٦- الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: الأولى، ١٤١٧ه.
٧٧- النظريات الفقهية، فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ط: الرابعة.
٧٨- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، فتحي الدريني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط: الرابعة، ١٤٠٨ ه.

٧٩- الواضح في شرح القانون المدني, النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة, (دراسة مقارنة في القوانين العربية)، محمد صبري السعدي، الجزائر، دار الهدى، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

٨٠- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة، ط: الأولى، ١٤٠٤ - ١٤٢٧ ه.

٨١- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق السنهوري، مصر؛ دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢م.