

التمويل عبر عقد الاستصناع بثوب عقد المقاوله

Le financement par le contrat Istisna'a portant
le vêtement d'un contrat d'entreprise

أحمان عبد الحفيظ - أستاذ مساعد "أ"

AHMANE Abdelhafidh MAA

مخبر الاستثمار والتنمية المستدامة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، وهران، الإيميل : ahm_hafid31@hotmail.com

تاريخ النشر: 2025/02/03

تاريخ القبول: 2025/01/13

تاريخ الاستلام: 2024/11/06

ملخص:

يعتبر عقد الاستصناع من بين أهم الآليات والعقود الائتمانية انتشارا وتداولاً في القطاع المالي، لارتباطه المباشر بالحاجيات الدائمة للجماعات، كونه طريقة أظهرت فعاليتها وأثرها الإيجابي في تسهيل تمويل شؤون الناس والمؤسسات، والسماح لها بإيجاد حلول لاستثماراتها وتميمتها بما يعود عليها بالنفع والمصلحة. وقد نظمت الشريعة الإسلامية أحكام عقد الاستصناع منذ القرن الثاني للهجرة. وهذا يظهر أهمية هذا العقد سواء عند استعماله في صنع المنقولات أو لتجهيز العقارات من مساكن وفنادق ومصانع وغيرها. لكن، ما يلاحظ على المستوى القانوني، هو وجود عقد آخر ذكره القانون المدني يتشابه مع هذا العقد، إنه عقد المقاوله. هذا التشابه يدفع أحيانا إلى الدخول في ارتباك وخلق بين العقدين، رغم استقلالهما عن بعضهما البعض ووجود عدد كبير من الخصائص التي تميز كل واحد منهما.

كلمات مفتاحية: عقد الاستصناع ؛ عقد المقاوله ؛ الصيرفة الإسلامية ؛ تمويل المؤسسات ؛ الائتمان التجاري ؛ العمليات البنكية.

Abstract:

Le contrat Istisna'a est considéré parmi les plus importants instruments et contrats de crédit en diffus et en large utilisation dans le secteur financier, pour son attachement direct aux besoins constants des communautés, et ce parce qu'il constitue une méthode qui a montré son efficacité et son impact positif en facilitant le financement des affaires des personnes et des

entreprises, et en leurs permettant de trouver des solutions pour leurs investissements et les développer dans un sens bénéfique et avec intérêt. La Charia islamique a réglementé les dispositions du contrat d'Istisna'a depuis le 2^{ème} siècle de l'hégire. Cela montre l'importance de ce contrat, qu'il s'agisse de son utilisation dans la fabrication de meubles ou dans l'équipement des immeubles à l'instar des logements, hôtels, usines et autres. Mais ce qui est remarqué sur le plan juridique, est la présence d'un autre contrat mentionné dans le Code civil similaire à ce contrat, c'est le contrat d'entreprise. Cette similitude pousse quelquefois à entrer dans une confusion et perturbation entre ces deux contrats, malgré leur indépendance et l'existence d'un grand nombre de spécificités qui caractérisent chacun d'eux de l'autre.

Keywords: Contrat Istisna'a ; Contrat d'entreprise ; Banque islamique ; Financement d'entreprises ; Crédit commercial ; Opérations bancaires.

المؤلف المرسل: أحمان عبد الحفيظ، الإيميل: ahm_hafid31@hotmail.com

1. مقدمة:

يعرف سوق الائتمان أو القرض (Marché du crédit) عدة فئات وصور، من أهمها الائتمان المصرفي الذي تستعمله البنوك والمؤسسات المالية. لكن الأزمة المالية التي مست العالم بعد 15 سبتمبر 2008 أظهرت مفاصد وعيوب السوق الكلاسيكي القائم على التمويل الرأسمالي للمؤسسات. إنه سوق أناني وقائم على التحرير المالي (Dérégulation) الذي أدى إلى إضعاف ونقص الرقابة والإشراف الماليين وتراخي وانحلال القيود والضبط المالي (Laxité du règlement financier – Lax financial regulation)¹؛ لأن هدفه الأسمى يقتصر على الربح المفرط الذي أدى إلى إفلاس عدد كبير من المؤسسات سواء في القطاع البنكي أو في غيره من المؤسسات المالية. كل هذا سمح بالتفكير في العودة إلى استخدام محاسن التمويلات الأخلاقية والمسؤولية قانونا

واجتماعيا واقتصاديا ؛ وهو الأمر الذي دعت إليه العديد من الأنظمة السياسية والمنظمات الاقتصادية.

في هذا الميدان، يُعتبر التمويل الإسلامي أحد الآليات التي يقوم عليها النظام الحديث لتمويل الاقتصاد بطريقة مسؤولة وأخلاقية. إنه تمويل يقوم على أسس الدين الإسلامي التي تتقاسم الكثير من المبادئ والأفكار ذات الأبعاد البشرية والدولية. فهو تمويل ذو هدف اجتماعي واقتصادي، يدعو إلى التكافل والمشاركة من جهة، ويحارب الفقر والافتقار من جهة أخرى. رغم أنه تمويل يتبع أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه جلب إليه اهتمام عدد لا يُستهان به من الدول الإسلامية وغير الإسلامية، كونه معروف في الكثير من الأسواق المالية الكبرى والدولية (بريطانيا العظمى، وبورصة داو جونز في الولايات المتحدة الأمريكية، وباريس في فرنسا، والمملكة العربية السعودية، والسودان، والإمارات العربية المتحدة، وأندونيسيا، وماليزيا، وغيرها).

لكن من المفيد الإشارة إلى أن الثروة الصناعية التي عرفها العالم في منتصف القرن الثامن عشر، والتي تسببت في الانتقال من نظام التصنيع اليدوي إلى المصنع الميكانيكي (Passage du système manufacturier à l'usine mécanisée) أدت إلى إخفاء عقد الاستصناع والترويج لظهور عقد آخر جديد يُعرف بعقد المقاول (Contrat d'entreprise).

في هذا الإطار، تعرف الصيرفة الإسلامية آلية مثيرة للاهتمام في مجال التمويل اصطُح على تسميتها بعقد الاستصناع. إنه عقد وضع له الفقه الإسلامي أحكاما شرعية منذ القرن الثاني للهجرة لأنه كان وليد الحاجة الخاصة للأشخاص، واشتهر في مجال الصناعة اليدوية مثل الجلود والأحذية والنجارة والسلاح والأثاث المنزلي، وتطور في عصرنا الحاضر ليصبح من العقود المحققة للصناعات الخاصة وكذا ميدان الحاجات العامة والمصالح الكبرى، مثل صناعة السفن والطائرات والآلات المختلفة في مصانع ضخمة ومعقدة ودقيقة وبالغة الأهمية، مما أدى إلى وجود قفزة نوعية لهذا العقد بين العقود التجارية والبنكية.

ولهذا يظهر أن هناك تشابه كبير بين عقد الاستصناع وعقد المقاولة. لكن، تحليل البحث القانوني والشرعي العلمي ينتهي إلى إبراز خصوصيات وميزات كل واحد منهما. لكن قبل ذلك، سنتطرق أولاً لمفهوم العقدين قبل الانتقال إلى مقارنتهما.

2 . مفهوم عقد الاستصناع: الاستصناع آليّة للتمويل الإسلامي² تَسْمَحُ لِلْمَصْرِفِ

الإسلامي، إضافة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، بتقديم مساهمته أيضا في إطار مشاريع ضخمة للهندسة المدنية (أعمال بناء وإصلاح وتخطيط وهيئة عمليات كبيرة) وصناعة آلات الإنتاج والنقل والاستهلاك على أساس طلبات محددة ودقيقة من المستخدمين و/أو مُعَيِدِي البَيْع. إنّه يَتَعَلَّقُ كذلك بتمويل سلع مثل الكهرباء والغاز التي لا يُمكنُ لِعُقُودِ القَرْضِ الإيجاري مثلا أن تَسْتَجِيبَ لها³. فكيف يمكن تعريف هذا العقد ؟

2 . 1. تعريف عقد الاستصناع: لُغَةً، الاستصناع هو طَلَبُ الصَّنْعَةِ، والصَّنْعَةُ هي عَمَلُ

الصَّانِعِ فِي صَنْعَتِهِ، أي حِرْفَتِهِ⁴. جاء في لِسَانِ الْعَرَبِ تحتَ مادَّةِ "صَنَعَ" : صَنَعَهُ يَصْنَعُهُ صَنْعَةً : عَمَلَهُ ... وَاصْنَعَهُ : اتَّخَذَهُ ... وَاصْطَنَعَ فُلَانٌ خَاتَمًا : إِذَا سَأَلَ رَجُلًا أَنْ يَصْنَعَ لَهُ خَاتَمًا. وَالطَّاءُ بَدَلُ مَنْ تَاءٍ الْاِفْتِعَالِ لِأَجْلِ الصَّادِ. وَاسْتَصْنَعَ الشَّيْءَ : دَعَا إِلَى صُنْعِهِ⁵.

وَقَدْ وَرَدَ لَفْظُ "صَنَعَ" وَمُشْتَقَاتُهُ فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ عِشْرِينَ مَرَّةً⁶، مِنْهَا :

قَوْلُهُ ﷻ : ﴿... وَلَا يَزَالُ الَّذِينَ كَفَرُوا تُصِيبُهُمْ بِمَا صَنَعُوا قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ...﴾ (31)⁷؛

وَقَوْلُهُ ﷻ : ﴿وَيَصْنَعُ الْفُلُكَ...﴾ (38)⁸؛

وَقَوْلُهُ ﷻ : ﴿... صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتَقَنَ كُلَّ شَيْءٍ...﴾ (88)⁹؛

وَقَوْلُهُ ﷻ : ﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِيُحْصِنَكُمْ مِّنْ بَأْسِكُمْ...﴾ (80)¹⁰؛

وَقَوْلُهُ ﷻ : ﴿وَتَتَّخِذُونَ مَصَانِعَ لَّعَلَّكُمْ تَخْلُدُونَ﴾ (129)¹¹.

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي¹²، يُعرّف عقد الاستصناع على أنّه: "طَلَبُ الْعَمَلِ مِنَ الصَّانِعِ فِي شَيْءٍ مَخْصُوصٍ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ"؛ وهو حسب تعريف المادة 124 من مجلة الأحكام العدلية: "عَقْدٌ مَعَ صَانِعٍ عَلَى عَمَلِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ فِي الذَّمَّةِ". لكن، بعض الفقه¹³ يرى أنّ التعريف الأول قاصر، لأنّ الطلب ليس عقداً، ولأنّهُ غَيْرَ سَدِيدٍ، وتدخل فيه الإجازة فهو غَيْرُ مانع؛ ولذلك يقترح تعريفاً آخرًا مفاده أنّه: "عَقْدٌ يُشْتَرَى بِهِ فِي الْحَالِ شَيْءٌ مِمَّا يُصْنَعُ صُنْعًا يَلْتَزِمُ الْبَائِعُ بِتَقْدِيمِهِ مَصْنُوعًا بِمَوَادٍّ مِنْ عِنْدِهِ، بِأَوْصَافٍ مُعَيَّنَةٍ، وَبِثَمَنِ مُحَدَّدٍ"؛ أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين أو مادة الصنعة والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع، فإنّ العقد ينقلب إجازة لا استصناعاً¹⁴.

وجاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي أنّ عقد الاستصناع "هو عقد وارد على العمل والعين في الذمّة - ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط"¹⁵.

وجاء في القانون المصري المغربي تعريف لعقد الاستصناع، أنّه: "كُلُّ عَقْدٍ يُشْتَرَى بِهِ شَيْءٌ مِمَّا يُصْنَعُ يَلْتَزِمُ بِمُوجِبِهِ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدِينَ، الْبَنْكُ التَّشَارِكِي أَوِ الْعَمِيلُ، بِتَسْلِيمِ مَصْنُوعٍ بِمَوَادٍّ مِنْ عِنْدِهِ، بِأَوْصَافٍ مُعَيَّنَةٍ يُتَّفَقُ عَلَيْهَا وَبِثَمَنِ مُحَدَّدٍ يُدْفَعُ مِنْ طَرَفِ الْمُسْتَصْنَعِ حَسَبَ الْكَيْفِيَّةِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهَا بَيْنَ الطَّرَفَيْنِ"¹⁶.

أما في القانون الجزائري فلم يضع بعد التشريع تعريفا لعقد الاستصناع، وأوكل هذه المهمة لبنك الجزائر الذي أصدر نظاما يحمل رقم 20-02 اعتبر فيه عقد الاستصناع أحد العمليات البنكية¹⁷؛ وكرس فيه لأول مرة تعريفا واضحا يمكن الاستناد إليه، ونصّ فيه على أنّ عقد الاستصناع هو: "... عَقْدٌ يَتَعَهَّدُ بِمُقْتَضَاهُ الْبَنْكُ أَوِ الْمَوْسَّسَةُ الْمَالِيَّةُ بِتَسْلِيمِ سِلْعَةٍ إِلَى زُبُونِهِ صَاحِبِ الْأَمْرِ، أَوْ بِشِرَاءٍ لَدَى مُصَنِّعٍ سِلْعَةٍ سَتُصَنِّعُ وَفَقًا لِحَاصِصٍ مُحَدَّدَةٍ وَمُتَّفَقٍ عَلَيْهَا بَيْنَ الْأَطْرَافِ، بِسِعَرٍ ثَابِتٍ وَفَقًا لِكَيْفِيَّاتٍ تَسَدِيدٍ مُتَّفَقٍ عَلَيْهَا مُسَبِّقًا بَيْنَ الطَّرَفَيْنِ"¹⁸. وهو نفس التعريف الذي أخذ به بنك الجزائر في إحدى تعليماته (Instructions) الأخيرة¹⁹.

ويمكن ملاحظة أنَّ هناك تعريف مُشابه لِعَقْد الاستِصْناع قد صدر في التشريع الجزائري، ولكن تحت مُصطلح آخر، إذ جاء في المادَّة 549 من القانون المدني الجزائري، المعدَّل والمتَّمَّم، ما نصَّه أنَّ عَقْدَ المَقَاوِلَة (Contrat d'entreprise) : "عَقْدٌ يَتَعَهَّدُ بِمُقْتَضَاهُ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَنْ يَصْنَعَ شَيْئًا أَوْ أَنْ يُؤَدِّيَ عَمَلًا مُقَابِلَ أَجْرِ يَتَعَهَّدُ بِهِ الْمُتَعَاقِدُ الْآخَرُ"²⁰. وهذا الموقف يأخُذُ بِهِ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ الْقَانُونِيِّ الَّذِينَ يَرَوْنَ أَنَّ الاستِصْناعَ عَقْدٌ مُقَاوَلَةٌ، عَلَى غَرَارِ الْأُسْتَاذِ مِيشَالِ رُوَيْمِيِّ وَالْأُسْتَاذِ مُحَمَّدِ الْجَمَلِ²¹ ؛ وَلَكِنَّ بَعْضَ الْفُقَهَاءِ لَا يُجِيزُ الْخَلْطَ بَيْنَهُمَا، رَغْمَ وُجُودِ عِلَاقَةٍ وَتَشَابُهٍ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا لِأَنَّ عَقْدَ المَقَاوِلَةِ يُمَكِّنُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بِبَعْضِ التَّحْوِيلِ الْفَقْهِيِّ، فَيَصْبِحُ عَقْدُ اسْتِصْنَاعٍ شَرْعِيٍّ، كَمَا يَحْتَوِي عَادَةً عَلَى مُدَّةٍ التَّسْلِيمِ وَالْإِلْزَامِ بِعَرَامَةٍ مُعَيَّنَةٍ عِنْدَ التَّأخِيرِ، وَهُوَ شَرْطٌ أَقَرَّهُ الاجْتِهَادُ الْحَنْبَلِيُّ فَقَطْ.

2. 2. مشروعية عقد الاستِصْناع : جمهور الفقهاء من المالكيَّة والشَّافِعِيَّة والحَنَابِلَة

يُدرِجُونَ الاستِصْناعَ فِي عَقْدِ السَّلَمِ، وَهُمْ لَا يَتَبَرَّحُونَهُ عَقْدًا مُسْتَقِلًّا، وَلَمْ يُجَازُوا الاستِصْناعَ إِلَّا بِشَرْطِ السَّلَمِ، لِأَنَّهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِمْ بَيْعُ الْمَعْدُومِ كَالسَّلَمِ، وَبَيْعُ الْمَعْدُومِ لَا يُجَازِ، لِتَنْهِي النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْإِنْسَانِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ.

هَذِهِ الْمَذَاهِبُ جَعَلَتْ الاستِصْناعَ أَحَدَ صُورِ عَقْدِ السَّلَمِ²²، وَلِذَلِكَ أَخْضَعُوهُ لِشُرُوطِ وَضُوبِطِ هَذَا الْعَقْدِ مِنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ عِنْدَ الْجُمُهورِ أَوْ خِلَالِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ²³. لَقَدْ خَصَّصَ الْمَالِكِيَّةُ جُزْءًا مِنْ كِتَابِ السَّلَمِ لِلْسَّلَمِ أَوْ السَّلَفِ فِي الصِّنَاعَاتِ، وَأَجَازُوا الاستِصْناعَ بِشُرُوطِ وَأَحْكَامِ عَقْدِ السَّلَمِ. أَمَّا الشَّافِعِيَّةُ فَقَدْ أَجَازُوا السَّلَمَ فِيمَا صُنِعَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَقَطْ كَالْحَدِيدِ أَوْ النُّحَاسِ أَوْ الرِّصَاصِ أَوْ غَيْرِهَا، وَلَمْ يُجِزُوهُ فِيمَا يَجْمَعُ أَجْنَاسًا مَقْصُودَةً لَا تَتَمَيَّزُ، كَطِيسٍ مِنْ نُحَاسٍ وَحَدِيدٍ، وَجَعَلُوا مِثْلَ هَذَا لَا يُجَازِ إِلَّا يَدًا بِيَدٍ. وَالْحَنَابِلَةُ لَا يَكَادُونَ يَخْتَلِفُونَ عَنْ الشَّافِعِيَّةِ إِلَّا فِي الْقَلِيلِ مِنَ الْفُرُوعِ التَّطْبِيقِيَّةِ. وَعَلَيْهِ، يُلَاحَظُ أَنَّ هَذِهِ الْمَذَاهِبَ الثَّلَاثَةَ أَجْمَعَتْ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ الاستِصْناعِ إِلَّا بِشُرُوطِ السَّلَمِ. غَيْرَ أَنَّ الْمَالِكِيَّةَ أَجَازُوا اسْتِصْنَاعَ أَيِّ شَيْءٍ مِمَّا يَعْمَلُ النَّاسُ فِي أَسْوَاقِهِمْ مِنْ آتِيَتِهِمْ أَوْ أَمْتَعَتِهِمْ الَّتِي يَسْتَعْمِلُونَ عِنْدَ الصَّنَاعِ ؛ فِي حِينٍ لَمْ يُجِزِ الشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مَا جَمَعَ أَجْنَاسًا مَقْصُودَةً لَا تَتَمَيَّزُ²⁴.

وحسب الحنفية، لا يجوز الاستصناع بالقياس، لأنه بيع المعدوم، ولكنه يجوز استحساناً، لتعامل الناس وتعارفهم عليه في سائر الأعصار من غير نكير، فكان إجماعاً من غير إنكار من أحد. والتعامل بهذا العقد أصلٌ مُندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»؛ وفي قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح»؛ وفي حديث لابن عمر - رضي الله عنهما - : «أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب وكان يلبسه فيجعل فصه في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه، فقال: "إني كنت ألبس الخاتم... فرمى به، ثم قال: "والله لا ألبسه أبداً"، فنبذ الناس خواتيمهم»²⁵، واستصنع منبراً أيضاً²⁶، إذ ورد عن حديث سهل بن سعد الساعدي - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ: "استصنع منبراً، وصنعه له بجا اسمه ميمون"²⁷. بمعنى أن الحنفية استدلو على مشروعية وجواز الاستصناع بما يلي :

- أن الرسول ﷺ استصنع خاتماً ومنبراً ؛
- والإجماع، الثابت بتعامل الناس به ؛
- والاستحسان، الذي يعتبر عمدة الأدلة عندهم.

2 . 3. أهمية وفائدة عقد الاستصناع : لعقد الاستصناع أهمية كبيرة في الوقت الحالي، وذلك لأن فوائده متعددة ومجالات تطبيقه كثيرة.

فمن الناحية الشرعية والقانونية، هناك في عقد الاستصناع تيسير كبير على المتعاملين، وذلك لأنه لا يشترط فيه تسليم الشيء المصنوع في الحين، وعكس عقد السلم، لا يشترط فيه أيضاً تسليم الثمن في مجلس العقد. لقد أباح الإسلام عقد الاستصناع الذي يرد على الذمة من حيث العين والعمل. وهذا ما بيّنته الفقرة الثانية من المادة 46 من تعليمات بنك الجزائر رقم 03-2020، التي بيّنت أن الدفع يتم وفقاً للكيفيات المتفق عليها في العقد، خاصة عندما يتعلق الأمر بالدفع بأقساط على فترة زمنية محددة أو لأجل²⁸.

وَمِنَ النَّاحِيَةِ الْمَالِيَّةِ، لِعَقْدِ الْاِسْتِصْنَاعِ دَوْرٌ بَارِزٌ فِي تَطْوِيرِ الْمَصَانِعِ وَتَنْمِيَّتِهَا، نَظَرًا لِحَاجَتِهَا إِلَى الْأَمْوَالِ، فَكَثِيرٌ مِنَ الْمَصَانِعِ وَالْحِرَفِيِّينَ لَيْسَ لَهَا مِنَ السُّيُولَةِ مَا يَكْفِي لِتَطْوِيرِهَا، كَمَا أَنَّهَا قَدْ تَخَافُ مِنْ صُنْعِ مَوَادٍ لَا يَشْتَرِيهَا النَّاسُ، بِمَا قَدْ يُؤَدِّي إِلَى كَسَادِ بَضَائِعِهَا وَمَصْنُوعَاتِهَا، فَتَخْسِرُ مَشَارِعَهَا وَقَدْ تَغْلِقُ أَبْوَابَهَا وَتُفْلِسَ. وَلَكِنَّ عَقْدَ الْاِسْتِصْنَاعِ قَدْ يَسْمَحُ لَهَا بِضَمَانِ مُشْتَرَيْنَ وَرَبَائِنَ تُقَدِّمُ عَلَى التَّصْنِيعِ وَهِيَ مُطْمَئِنَّةٌ مِنْ عَدَمِ الْخَسَارَةِ. وَفِي نَفْسِ الْمَجَالِ، هَذَا الدَّوْرُ هُوَ نَتِيجَةُ لِلْعَمَلِ التَّمْوِيلِيِّ الَّذِي يُمَكِّنُ أَنْ يُقَدِّمَهُ عَقْدُ الْاِسْتِصْنَاعِ، خَاصَّةً فِي حَالَةِ مَا إِذَا اتَّفَقَ الطَّرَفَانِ عَلَى أَنْ يَتِمَّ دَفْعُ الْمَقَابِلِ (الثَّمَنِ) فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ أَوْ تَأْجِيلَهُ كَامِلًا أَوْ تَقْسِيْطَهُ لِأَجَالٍ مُّحَدَّدَةٍ أَوْ حَسَبِ نِسْبَةٍ وَمَرَاجِلِ تَطَوُّرِ الْإِنْجَازِ، أَوْ إِذَا كَانَ الْعَمَلُ مُكَوَّنًا مِنْ عِدَّةِ أَجْزَاءٍ (حَسَبِ الْكَمِّيَّةِ أَوْ نِسْبَةِ الْأَشْغَالِ الْمُنْجَزَةِ أَوْ عَلَى أَسَاسِ الْوَحْدَةِ)²⁹.

أَمَّا مِنَ النَّاحِيَةِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ، يُلَاحَظُ أَنَّ لِعَقْدِ الْاِسْتِصْنَاعِ فَائِدَةً كَبِيرَةً وَحَصْرِيَّةً لِأَنَّهُ الْعَقْدُ الْوَحِيدُ الَّذِي يَسْمَحُ لِلْمُسْتَصْنِعِ (الْمُؤَسَّسَاتِ الْاِقْتِصَادِيَّةِ وَالْقِطَاعِ الْعَامِ) الْحُصُولَ عَلَى شَيْءٍ مَّبِيعٍ حَسَبِ الْمَوَاصِفَاتِ الْمَطْلُوبَةِ وَالْخَاصَّةِ. إِنَّ الْعُقُودَ التَّمْوِيلِيَّةَ الْآخَرَى الَّتِي يُوقَرُهَا النِّظَامُ الْمَالِي، رَغْمَ أَهْمِيَّتِهَا، لَا تَقْتَرِحُ حُلُولًا لِمُتَطَلِّبَاتِ السُّوقِ الْخَاصَّةِ. إِنَّ الْمُؤَسَّسَةَ الْاِقْتِصَادِيَّةَ قَدْ تَكُونُ بِحَاجَةٍ لِعَيْنٍ وَفَقَ مَوَاصِفَاتٍ وَمَقَائِيسٍ دَقِيقَةٍ وَتَقْنِيَّاتٍ مُتَطَوِّرَةٍ وَخَاصَّةً بِهَا، لَا يُمَكِّنُ الْحُصُولَ عَلَيْهَا فِي السُّوقِ الَّذِي يُقَدِّمُ مَنُتُوجَاتٍ بِمَوَاصِفَاتٍ عَامَّةٍ وَلَا تَسْتَجِيبُ لِلْحَاجَاتِ الْخَاصَّةِ بِالْمُؤَسَّسَةِ. هَذَا مَا يُمَكِّنُ أَنْ يَتَقَرَّحَ عَقْدُ الْاِسْتِصْنَاعِ فِي مَجَالِ الصِّنَاعَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالطَّيْرَانِ وَالسُّفُنِ وَالْقِطَارَاتِ وَالسَّيَّارَاتِ وَالصَّوَارِيخِ وَالْأَقْمَارِ الصِّنَاعِيَّةِ وَبِنَاءِ الْمَصَانِعِ وَالْعَقَارَاتِ وَالْمُسْتَشْفَيَاتِ وَتَصْنِيعِ الْبِنَايَاتِ الْجَاهِزَةِ وَغَيْرِهَا. هَذِهِ الْآلِيَّةُ تَسْمَحُ بِمَنْحِ الْمُسْتَصْنِعِ مَنُتُوجَاتٍ عَلَى الْمَقَاسِ أَوْ حَسَبِ الْمَوَاصِفَاتِ أَوْ طَلِبَاتِ دَفْتَرِ الشُّرُوطِ.

2. 4. الطَّبِيعَةُ الْقَانُونِيَّةُ لِعَقْدِ الْاِسْتِصْنَاعِ بَيْنَ الْاِسْتِقْلَالِ وَالِاتِّبَاعِ : يَدُورُ خِلَافٌ كَبِيرٌ بَيْنَ فُقَهَاءِ الْمَذَاهِبِ الْإِسْلَامِيَّةِ حَوْلَ طَبِيعَةِ عَقْدِ الْاِسْتِصْنَاعِ، فَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ الْاِسْتِصْنَاعَ عَقْدٌ تَابِعٌ وَدَاخِلٌ فِي أَحَدِ الْعُقُودِ الْمَشْهُورَةِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهَا، بَيْنَمَا ذَهَبَ الْبَاقُونَ إِلَى أَنَّهُ عَقْدٌ مُسَمًّى وَمُسْتَقِلٌّ عَنِ الْعُقُودِ الْآخَرَى³⁰.

2. 4. 1. الاستصناع عقد سلم : جمهور الفقهاء، من مالكيّة وشافعيّة وحنابلة، يرى

بأنّ الاستصناع يدخل في باب السلم. ولذلك لم يعترف هؤلاء بالاستصناع كعقد مستقل.

أما الحنفيّة الذين أجازوا الاستصناع، فقد فرّقوا بين نوعين من الاستصناع، إذ جعلوا أحدهما سلمًا، وهو الاستصناع الذي يفوق فيه الأجل شهرًا ؛ وجعلوا للذي يقلُّ أجله عن الشهر استصناعًا ما دام جرى عمل وصنعة.

وحسب الفقه القانوني، رغم التشابه الموجود بين الاستصناع والسلم، إلا أن هناك اختلافات عديدة بينهما : أولاً، لم يشترط الفقه الدفع المسبق في مجلس عقد الاستصناع ؛ بينما في عقد السلم يجب دفع الثمن في مجلس العقد. ثانياً، في الاستصناع، مسألة الإلزام ليست مؤكّدة عند الفقه السابق لأنّ للطرفان الحق في البداية في التراجع عن التنفيذ. بينما بالنسبة للسلم، الكل متفق على أن العقد يربط ويلزم الطرفين، وبالتالي لا يمكن فسخه إلا باتفاقهما³¹.

2. 4. 2. الاستصناع عقد بيع³² : ذكر المالكيّة عدّة صوّر للاستصناع، وجعلوا إحداها

من باب البيع، التي يجوز فيها أن يشتري الشخص من دائم العمل أو غاليه، عندما يكون البائع من أهل حرفة وذلك الشيء لتيسره عنده، وذلك مثل الخباز والجزّار بنقد وبغيره، وكذلك لا يشترط فيه تعجيل رأس المال ولا تأجيل المبيع، لأنّه بيع ولا يشترط فيه واحد من الأمرين ؛ وأجازوا أيضاً شراء شخص لمصنوع لم يكتمل صنعه جزاءً بثمن معلوم على أن يكمله له، ومنعوا ذلك في الثوب من النسيج. إن السبب وراء الجواز هو قدره البائع على الوفاء بإداء ما التزم به حسب المواصفات التي طلبت منه.

بعض الحنفيّة ذهب إلى أن الاستصناع بيع، أي عقد ملزم للطرفين، بينما ذهب بعضهم إلى أنّه بيع ولكن للمشتري حق خيار الرؤية. وحسب هذا الرأي يتضح أيضاً رجحان موقف القائلين بأنّ الاستصناع عقد وليس موعدة.

2. 4. 3 الاستصناع عقد بيع وإجارة : يَرى المَالِكِيَّةُ أَنَّ بَعْضَ صُورِ الاستِصْنَاعِ تَدْخُلُ

فِي بَابِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ، إِذِ الْبَالِغَةُ إِلَيْهِمْ يُعَدُّ عَمَلُ الصَّانِعِ (المَقَاوِلِ) إِجَارَةً عَمَلٍ، بَيْنَمَا الْعَيْنُ، فِي حَالَةٍ مَا قَدَّمَهَا الْمَقَاوِلُ، تُعَدُّ مَبِيعًا يَتِمُّ نَقْلُ مِلْكِيَّتِهِ إِلَى رَبِّ الْعَمَلِ بِمَوْجِبِ عَقْدِ بَيْعٍ.

أَمَّا لَدَى الْحَنَفِيَّةِ، فَيَعْنِي ذَلِكَ أَنَّ الْمُسْتَصْنِعَ طَلَبَ مِنَ الصَّانِعِ الْعَمَلِ وَالْعَيْنَ جَمِيعًا، فَلَا بَدَّ مِنْ اعْتِبَارِهِمَا جَمِيعًا، وَلَئِنَّ بَيْنَ الْإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ تَنَافُيًا جَوَّزَهَا هَذَا الْمَذْهَبُ إِجَارَةً ابْتِدَاءً، وَجَعَلَهَا بَيْعًا قَبْلَ التَّسْلِيمِ.

2. 4. 4. الاستِصْنَاعُ عَقْدُ إِجَارَةٍ مُحَضَّةٍ : قَالَ بَعْضُ الْمُفْهَمَاءِ : "إِنْ قِيلَ : أَيُّ فَرْقٍ بَيْنَ

هَذَا وَبَيْنَ الصَّبْغِ، فَإِنَّ فِي الصَّبْغِ الْعَمَلَ وَالْعَيْنَ كَمَا فِي الْإِجَارَةِ مُحَضَّةٍ ؟ أَجِيبُ بِأَنَّ الصَّبْغَ أَصْلٌ، وَالصَّبْغُ آتَاهُ، فَكَانَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْعَمَلُ، وَذَلِكَ إِجَارَةٌ وَرَدَّتْ عَلَى الْعَمَلِ فِي عَيْنِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهَهُنَا الْأَصْلُ هُوَ الْعَيْنُ الْمُسْتَصْنَعُ الْمَمْلُوكُ لِلصَّانِعِ فَيَكُونُ بَيْعًا، وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ وُجُودٌ مِنْ حَيْثُ وَصَفِهِ إِلَّا بِالْعَمَلِ أَشْبَهَ الْإِجَارَةَ فِي حُكْمٍ وَاحِدٍ لَا غَيْرَ"³³.

وَقَدْ فَرَّقَ كَثِيرٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ بَيْنَ الْإِجَارَةِ وَالْإِجَارَةِ بِبَعْضِ الْمَسَائِلِ، بِقَوْلِهِمْ³⁴ :

- الْإِجَارَةُ عَلَى الصَّنْعِ تَكُونُ فِيهَا الْمَادَّةُ مِنَ طَالِبِ الصَّنَاعَةِ، أَمَّا فِي الْإِجَارَةِ يَكُونُ الْعَمَلُ وَالْمَادَّةُ مِنَ الصَّانِعِ.

- فِي الْإِجَارَةِ، الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ، أَمَّا فِي الْإِجَارَةِ، يَكُونُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُوَ الْعَيْنُ الْمَوْصُوفَةُ فِي الدِّمَّةِ لَا يَبِيعُ الْعَمَلُ.

- إِنَّ الَّذِينَ قَالُوا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الْعَمَلُ وَأَنَّ الْعَيْنَ فِيهِ تَبِعَ، قَالُوا إِنَّ الْإِجَارَةَ اشْتِقَاقٌ مِنَ الصَّنْعِ وَهُوَ الْعَمَلُ، فَتَسْمِيَةُ الْعَقْدِ بِهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ. وَقَدْ وَرَدَ عَلَى قَوْلِهِمْ هَذَا اعْتِرَاضٌ مَفَادُهُ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمُسْتَصْنَعُ فِيهِ، وَذَكَرُ الصَّنْعَةِ لِبَيَانِ الْوَصْفِ. أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَاءَ بِهِ مَفْرُوعًا عَنْهُ لَا مِنْ صَنْعَتِهِ أَوْ مِنْ صَنْعَتِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ فَأَخَذَهُ جَاز.

2. 4. 5. الاستصناع مفاولة وليس عقداً : حسب بعض الحنفية، الاستصناع مفاولة

من الطرفين أولاً، وبعد أن يكمل الصانع المصنوع ويسلمه إلى المستصنع يصبح بيعاً بالتعاطي، وعليه لا يكون في نظرهم عقداً ملزماً للطرفين إلا بعد التسليم والرضاء به، بل يكون لهما الخيار. لكن، ردّاً على هذا الرأي، يقول بعض الفقه أن الاستصناع "إذا جاز استحساناً فإنما يجوز مفاولة لا مفاولة بدليل أن ... ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مفاولة ...". لما احتاج إلى ذلك "و ... إذا فرغ الصانع من العمل وأتى به كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره، فقد سمّاه شراء، وكذلك ... : إذا قبض الأجر فإنه يملك ولو كانت مفاولة لا مفاولة لكان لا يصير الأجر ملكاً له فدلّ أنها تنعقد مفاولة لا مفاولة"³⁵.

وعموماً، يرى الفقه³⁶ حالياً أن الاستصناع عقد وليس مفاولة، تأسيساً على أن :

- الأخذ بهذا القول فيه دفع للضرر عن الصانع الذي يفسد متاعه وآلته، خاصة إذا لم يرغب غير المستصنع في شراء المصنوع، ولو قيل بثبوت الخيار لثبت الضرر.
- الصانع يملك الدراهم بقبضها ويضمونها، ولو كان الاستصناع مفاولة فلا مجال لامتلاك الدراهم.
- إثبات خيار الرؤية فيه والمفاولة لا تلزم، فلا حاجة لخيار الرؤية فيها.
- إجازة الاستصناع فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه تعامل يؤيد أنه عقد، إذ لو كان وعداً لجاز في الجميع.
- الفقه ذكر في الاستصناع القياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المفاولة.
- الحديث في مسألة الخيار على أن المستصنع اشترى ما لم يره، يعتبر أنه عقد، لأن الشراء دليل واضح على أنه عقد.
- قول الفقه بأن التقاضي يجري في الاستصناع دليل على أنه عقد، والناس تتقاضى الواجب لا الموعود.

2. 4. 6. الاستصناع والجعالة³⁷ : الجعالة هي التزام عَوْضٍ مَعْلُومٍ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ أَوْ

مَجْهُولٍ عَسَرَ عِلْمُهُ، وَهِيَ عَقْدٌ عَلَى عَمَلٍ، وَهِيَ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ قَبْلَ الْإِتْيَانِ بِالشَّيْءِ الْمَطْلُوبِ، وَمِثَالُهَا أَنْ يَقُولَ الشَّخْصُ : "مَنْ رَدَّ بَعِيرِي فَلَهُ كَذَا".

وَتَتَفَقُّ الْجُعَالَةُ مَعَ الْاِسْتِصْنَاعِ فِي أَكْثَرِ عَقْدَانِ اشْتَرَطَ فِيهِمَا الْعَمَلُ. وَلَكِنْ يَخْتَلِفَانِ فِي أَنَّ الْجُعَالَةَ عَامَّةٌ فِي الصِّنَاعَاتِ وَغَيْرِهَا، بَيْنَمَا الْاِسْتِصْنَاعُ خَاصٌّ فِي الصِّنَاعَاتِ ؛ كَمَا أَنَّ فِي الْجُعَالَةِ قَدْ يَكُونُ الْعَمَلُ مَعْلُومًا وَقَدْ يَكُونُ مَجْهُولًا، فِي حِينِ أَنَّ فِي الْاِسْتِصْنَاعِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ دَائِمًا مَعْلُومًا. وَأَخِيرًا، تَخْتَلِفُ الْجُعَالَةُ عَنِ الْاِسْتِصْنَاعِ فِي الْمَحَلِّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، حَيْثُ هُوَ فِي الْجُعَالَةِ عَمَلٌ مَحْضٌ فَقَطْ، وَهُوَ فِي الْاِسْتِصْنَاعِ عَيْنٌ وَعَمَلٌ.

2. 4. 7. الاستصناع عقدٌ مستقل : الاستصناع عقدٌ مُسْتَقِلٌّ، لَهُ أَرْكَائُهُ وَشُرُوطُهُ

وَأَحْكَامُهُ وَأَثَارُهُ الْخَاصَّةُ، وَهَذَا الْمَوْقِفُ هُوَ رَأْيُ الْحَنْفِيَّةِ مِنْ حَيْثُ الْمَبْدِئِ³⁸.

2. 5. الشُّرُوطُ الشَّرْعِيَّةُ لِعَقْدِ الْاِسْتِصْنَاعِ : حَسَبَ الْفَقْهِ³⁹، يَخْضَعُ عَقْدُ الْاِسْتِصْنَاعِ

لِبَعْضِ الشُّرُوطِ الْخَاصَّةِ بِهِ، وَهِيَ :

2. 5. 1. أَوْصَافُ الشَّيْءِ الْمُسْتِصْنَعِ : ذَكَرَ أَوْصَافَ الشَّيْءِ الْمُسْتِصْنَعِ، بِحَيْثُ يُمَكِّنُ

بَيَانَهُ وَالْعِلْمَ بِهِ، وَهُوَ مَا اشْتَرَطَهُ جَمْعُ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّ⁴⁰. وَهَذَا مَا اشْتَرَطَتْهُ أَيْضًا الْقَوَانِينُ الْمَدَنِيَّةُ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مُعَيَّنًا أَوْ قَابِلًا لِلتَّعْيِينِ، فَإِذَا كَانَ الشَّيْءُ مَحَلَّ الْاِلْتِزَامِ بِمَا يُعَيَّنُ بِنَوْعِهِ وَجَبَ تَحْدِيدُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ وَمِقْدَارِهِ وَأَوْصَافِهِ⁴¹. وَعَلَيْهِ، يَجِبُ ذِكْرُ جِنْسِ الْمَصْنُوعِ وَنَوْعِهِ، وَقَدْرُهُ، وَصِفَتُهُ، وَتَمَنُّهُ، وَإِلَّا أَصْبَحَ مَجْهُولًا، يُصْبِحُ بِدُونِهَا الْعَقْدُ فَاسِدًا. وَلِهَذَا، لَا تُجِزُّ هَبِئَةُ الْحَاسِبَةِ وَالْمَرَاجَعَةُ لِلْمُؤَسَّسَاتِ الْمَالِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْاِسْتِصْنَاعِ شَيْئًا مُعَيَّنًا بِذَاتِهِ، كَمَا لَوْ يَقُولُ الشَّخْصُ بَعْتُكَ هَذِهِ السَّيَّارَةَ أَوْ هَذَا الْمَصْنَعِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْاِسْتِصْنَاعُ فِيْمَا حُدِّدَ بِالْمَوْصَفَاتِ لَا بِالْتَّعْيِينِ⁴².

2. 5. 2. الْاِسْتِصْنَاعُ وَفَقًّا لِلْعُرْفِ : أَنْ يَكُونَ الْاِسْتِصْنَاعُ فِي الْأَشْيَاءِ الَّتِي تَعَارَفَ عَلَيْهَا

النَّاسُ وَتَعَامَلُوا فِيهَا، فَقَدْ نَصَّ فُقَهَاءُ الْحَنْفِيَّةِ أَنَّ فِي هَذَا الْعَقْدِ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ وَالْعَمَلُ مِنَ

جَهَةِ الصَّانِعِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْعَيْنُ مِنَ الْمُسْتَصْنِعِ، فَإِنَّ الْعَقْدَ يَكُونُ إِجَارَةً⁴³. وفي هذا الإطار، تُضَيَّفُ هَيْئَةُ الْحَاسِبَةِ وَالْمَرَا جَعَةِ لِلْمُؤَسَّسَاتِ الْمَالِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِأَنَّهُ "لَا يَجُوزُ عَقْدُ الْاِسْتِصْنَاعِ إِلَّا فِيمَا تُدْخِلُهُ الصَّنْعَةُ وَتُخْرِجُهُ عَنِ حَالَتِهِ الطَّبِيعِيَّةِ. فَمَا دَامَ الصَّانِعُ التَزَمَ بِالْعَيْنِ الْمَصْنُوعَةِ صَحَّ الْاِسْتِصْنَاعُ"⁴⁴. وعليه، مَوْضُوعُ هَذَا النَّوعِ مِنَ الْعُقُودِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَيْنًا قَابِلَةً لِلتَّصْنِيعِ (Bien manufacturable)⁴⁵.

2, 5, 3. تحديد الزمن في الاستصناع : تحديّد الزّمن في الاستصناع، سواء كان قصيرا أم طويلا، وذلك لأنّ العقود الواردة على العمل لا بُدَّ أن يُذكر فيها الأجل ؛ وهو شرطٌ أقرّه مجمعُ الفقه الإسلامي، الذي أجاز تأجيل الثمن كلّهُ، أو تقسيطهُ إلى أقساطٍ معلومةٍ لآجالٍ محدّدة⁴⁶. وحسب هَيْئَةِ الْحَاسِبَةِ وَالْمَرَا جَعَةِ لِلْمُؤَسَّسَاتِ الْمَالِيَّةِ الْإِسْلَامِيَّةِ، "يَجِبُ عَلَى الصَّانِعِ إِنْجَازَ الْعَمَلِ وَفَقًا لِلْمُواصِفَاتِ الْمَشْرُوطَةِ فِي الْعَقْدِ، وَفِي الْمَدَّةِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهَا، أَوْ فِي الْمَدَّةِ الْمُنَاسِبَةِ الَّتِي تَقْتَضِيهَا طَبِيعَةُ الْعَمَلِ وَفَقًا لِلْأُصُولِ الْمُتَعَارَفِ عَلَيْهَا لَدَى أَهْلِ الْخِبَرَةِ"⁴⁷.

وفي هذا الإطار، يَذكرُ الْبَاحِثُونَ أَنَّ التَّطْبِيقَاتِ الْعَمَلِيَّةَ لِعَقْدِ الْاِسْتِصْنَاعِ تُبَرِّزُ أَنَّ مُدَّتَهُ لَا تَفُوقُ 15 سَنَةً، تَتَخَلَّلُهَا فَتْرَةٌ إِنْجَازٍ تُمَثِّلُ وَقْتَ الصَّنَاعَةِ، الْمَحْدَدَةَ بِ3 سَنَوَاتٍ. وَعِنْدَ الْاِنْتِهَاءِ مِنْ مَشْرُوعِ التَّصْنِيعِ، يَتِمُّ غَالِبًا بَيْعُهُ بِأَقْسَاطٍ لِلْمُتَعَامِلِ الرِّبُونِ⁴⁸.

2. 6. أنواع الاستصناع : هناك نوعين من عقود الاستصناع، هما :

2. 6. 1. عقد الاستصناع الأصلي : وهو العقد الذي يربط مباشرةً بَيْنَ طَرَفَيْنِ اِثْنَيْنِ هُمَا الْمُسْتَصْنِعُ وَالصَّانِعُ، وهو المعتادُ بَيْنَ النَّاسِ. وَعَرَفَهُ الْفَقْهُ بِأَنَّهُ ذَلِكَ الْعَقْدُ الَّذِي يَتِمُّ فِيهِ الْاِتِّفَاقُ بَيْنَ الْمُسْتَصْنِعِ (الْمَشْتَرِي) وَبَيْنَ الصَّانِعِ (البائع) عَلَى صِنَاعَةِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ بِأَوْصَافٍ مُحَدَّدَةٍ، يَتِمُّ إِنْجَازُهُ وَتَسْلِيمُهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَيَصِحُّ كَوْنُهُ حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا.

2. 6. 2. عقد الاستصناع الموازي : حسب هَيْئَةِ الْحَاسِبَةِ وَالْمَرَا جَعَةِ لِلْمُؤَسَّسَاتِ الْمَالِيَّةِ

الْإِسْلَامِيَّةِ، يَسْتَنْدُ جَوَازُ إِبْرَامِ الْمَصْرَفِ الْإِسْلَامِيِّ بِصِفَتِهِ مُسْتَصْنِعًا عَقْدَ اِسْتِصْنَاعٍ مُوَازِي (Istisna'a parallèle) مَعَ طَرَفٍ آخَرَ بِنَفْسِ مُواصِفَاتٍ مَا اشْتَرَاهُ هُوَ أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ صَفَقَتِي اِسْتِصْنَاعٍ لَا يَوْجَدُ

رَبَطُ بَيْنَهُمَا، فَلَا يُفْضَى إِلَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، الْمَنْهَى عَنْهُ، وَالَّذِي يَمْنَعُ كَذَلِكَ مِنْ تَحَوُّلِ الْاِسْتِصْنَاعِ
الْمُوَازِي إِلَى إِقْرَاضٍ رِبَوِيٍّ.⁴⁹

فِي الْعَمَلِ الْمَصْرِفِيِّ، يَتِمُّ إِبرَاهُ مَا يُعْرَفُ بِالْاِسْتِصْنَاعِ الْمَزْدُوجِ (Double Istisna'a) الَّذِي يَعْنِي
أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ عَقْدَيْ اسْتِصْنَاعٍ يَكْتَسِبَانِ مَظْهَرَ عَمَلِيَّةٍ ثَلَاثِيَّةٍ، يَتَدَخَّلُ فِي كِلَاهُمَا الْمَصْرِفُ
الْإِسْلَامِي.⁵⁰ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ يَتِمُّ بَيْنَ الْمُسْتَصْنِعِ الْأَصْلِيِّ أَوْ الْفَعْلِيِّ (الْعَمِيلُ أَوْ رَبُّ الْعَمَلِ - Maître -
d'ouvrage) وَالصَّانِعِ (الْمَصْرِفُ الْإِسْلَامِي)، وَهُوَ عَقْدُ اسْتِصْنَاعٍ يَتِمُّ مُؤَجَّلٍ عَادَةً ؛ وَالْعَقْدُ الثَّانِي
هُوَ عَقْدُ اسْتِصْنَاعٍ مُوَازِي يَتَعَاقَدُ فِيهِ الْمَصْرِفُ الْإِسْلَامِي مَعَ صَانِعٍ فَعْلِيٍّ (مُقَاوِل -
Entrepreneur) لِلشَّرَاءِ مِنْهُ بِنَفْسِ الْمَوَاصِفَاتِ يَتِمُّ حَالًا، فِي إِطَارِ عَقْدِ اسْتِصْنَاعٍ مُزْدُوجٍ، بِشَرَطِ
عَدَمِ الرِّبَطِ بَيْنَ الْعَقْدَيْنِ.

وَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ، يَجِبُ أَنْ يَتَحَمَّلَ الْمَصْرِفُ الْإِسْلَامِي، بِصِفَتِهِ صَانِعًا، تَبِعَاتَ الْمَالِكِ
وَنَفَقَاتِ الصِّيَانَةِ وَالتَّأْمِينِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُسْتَصْنِعِ (الْعَمِيلِ) ؛ وَلَا يَحِقُّ لِلْمَصْرِفِ الْإِسْلَامِيِّ أَنْ
يُحَوِّلَ التَّزَامَاتِ مَعَ الْعَمِيلِ إِلَى الصَّانِعِ فِي عَقْدِ الْاِسْتِصْنَاعِ الْمُوَازِي.⁵¹

وَفِي نَفْسِ الْإِطَارِ، وَبِشَكْلِ مُعَاكِسٍ، تَذَكَّرُ هَيْئَةُ الْحَاسِبَةِ وَالْمَرَاجَعَةِ لِلْمُؤَسَّسَاتِ الْمَالِيَّةِ
الْإِسْلَامِيَّةِ أَنَّهُ "يَجُوزُ أَنْ تُبْرِمَ الْمُؤَسَّسَةُ (الْبَنْكُ أَوْ الْمُؤَسَّسَةُ الْمَالِيَّةُ الْإِسْلَامِيَّةُ) بِصِفَتِهَا مُسْتَصْنِعًا عَقْدَ
اسْتِصْنَاعٍ مَعَ الصَّانِعِ لِلْحُصُولِ عَلَى مَصْنُوعَاتٍ مُنْضَبِطَةٍ بِالْوَصْفِ الْمَزِيلِ لِلْجِهَالَةِ وَتَدْفَعُ ثَمَنَهَا نَقْدًا
عِنْدَ تَوْقِيعِ الْعَقْدِ، وَتَبِيعُ لِطَرَفٍ آخَرَ بِعَقْدِ اسْتِصْنَاعٍ مُوَازِيٍّ مَصْنُوعَاتٍ تَلْتَزِمُ بِصُنْعِهَا بِنَفْسِ
مَوَاصِفَاتٍ مَا اشْتَرَتْهُ وَإِلَى أَجَلٍ بَعْدَ أَجَلِ الْاِسْتِصْنَاعِ الْأَوَّلِ وَهَذَا بِشَرَطِ عَدَمِ الرِّبَطِ بَيْنَ
الْعَقْدَيْنِ"⁵².

بَعْدَ تَحْلِيلِ مُقْتَضَيَاتِ عَقْدَيْ الْاِسْتِصْنَاعِ الْمَزْدُوجِ، يُمَكِّنُ الْقَوْلُ بِأَنَّ الشَّرْطَ الْأَسَاسِيَّ لِصِحَّةِ
كِلا الْعَقْدَيْنِ هُوَ عَدَمُ وُجُودِ أَيِّ ارْتِبَاطٍ بَيْنَهُمَا، أَيْ عَدَمُ وُجُودِ عِلَاقَةٍ قَانُونِيَّةٍ أَوْ مَالِيَّةٍ بَيْنَ الْمُشْتَرِي
الْنِّهَائِيِّ الْفَعْلِيِّ، وَبَيْنَ الصَّانِعِ الْبَائِعِ الْفَعْلِيِّ.⁵³

ويُظْهَرُ بِالنِّسْبَةِ لِلْمَنْظُومَةِ الْجَزَائِرِيَّةِ، أَنَّ السُّلْطَاتِ الْمَصْرِفِيَّةَ وَالتَّقْدِيَّةَ تَعْتَرِفُ بِعَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ الْمَوَازِيِّ، وَهُوَ فِي نَظَرِهَا عِبَارَةٌ عَنْ عَقْدٍ ثَانٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَقُومَ الْبَنْكُ أَوْ الْمَوْسَّسَةُ الْمَالِيَّةُ بِإِبْرَامِهِ مَعَ مُصْنِّعٍ لِتَصْنِيعِ الْمَنْتُوجِ مَوْضُوعَ عَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ. وَلَكِنْ، مِنْ الْمَفِيدِ الْإِشَارَةُ إِلَى أَنَّ بَنْكَ الْجَزَائِرِ اشْتَرَطَ فِي عَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ الْمَوَازِيِّ أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ لِلْبَنْكِ أَوْ الْمَوْسَّسَةِ الْمَالِيَّةِ إِبْرَامَ عَقْدٍ مَعَ الشَّخْصِ الْمَعْنُوي الْمَصْنِّعِ الَّذِي يَمْتَلِكُ صَاحِبُ الْأَمْرِ 33 % فَأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ⁵⁴ ؛ بِالإِضَافَةِ إِلَى إِصْرَارِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ عَقْدُ الْإِسْتِصْنَاعِ (الْأَصْلِي) وَعَقْدُ الْإِسْتِصْنَاعِ الْمَوَازِيِّ مُسْتَقْلِلَيْنِ، بِالنَّظَرِ إِلَى الْآثَارِ الْمَتَرَبِّتَةِ عَنْهُمَا⁵⁵.

وَيَرَى الْفَقْهُ أَنَّ الْقَوْلَ الْوَارِدَ فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ فِي الْإِلْزَامِ بِالْوَعْدِ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ الْمَعْرُوفِ وَالْإِحْسَانِ دُونَ عُقُودِ الْمَعَاوَضَاتِ⁵⁶. وَهُنَاكَ اسْتِدْلَالٌ أَقْوَى عَلَى عَدَمِ صِحَّةِ اشْتِرَاطِ زُرُومِ الْوَعْدِ، وَهُوَ يَرَى أَنَّ كَلَامَ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ نَفْسَهُ يَنْفِي هَذَا الْإِلْزَامَ بِدَلِيلٍ مَا جَاءَ فِي آخِرِ الْعِبَارَةِ الْمَنْقُولَةِ عَنْ كِتَابِ الْأَمِّ بِقَوْلِهِ : "وَإِنْ تَبَايَعَا بِهِ عَلَى أَنْ أَلْزَمَا أَنْفُسَهُمَا الْأَمْرَ الْأَوَّلَ فَهُوَ مَفْسُوخٌ مِنْ قِبَلِ شَيْئَيْنِ : أَحَدُهُمَا أَنَّهُ تَبَايَعَاهُ قَبْلَ (أَنْ) يَمْلِكَهُ الْبَائِعُ وَالثَّانِي أَنَّهُ عَلَى مُحَاطَرَةٍ أَنَّكَ إِنْ اشْتَرَيْتَهُ عَلَى كَذَا أُرْحُكَ فِيهِ كَذَا". إِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ كِتَابَةِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ هُوَ قِيَامُ الْمُتَوَاعِدِينَ بِالْإِلْزَامِ نَفْسَهُمَا بِالْبَيْعِ بِأَنْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ بَعْتُكَ بِالْمَرَابَحَةِ مَا سَوْفَ أَشْتَرِيهِ بِنَاءً عَلَى طَلَبِكَ. وَلَكِنَّ الْحَالَ الْوَاقِعَ فِي صِبْغَةِ الْمَرَابَحَةِ لِلْأَمْرِ بِالشَّرَاءِ أَنَّ هُنَاكَ مَرَحَلَتَيْنِ مُتَفَصِّلَتَيْنِ هُمَا : مَرَحَلَةُ الْمَوَاعِدَةِ وَمَرَحَلَةُ الْمُبَايَعَةِ وَيَبْنِيهِمَا فَاصِلٌ زَمَنِي يَتِمَثَّلُ فِي حُضُورِ الْبِضَاعَةِ أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْ إِبْرَامِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا. وَهَذَا بِخِلَافِ الْإِلْزَامِ بِالْبَيْعِ مُسَبِّقًا حَيْثُ يُصْبِحُ الْعَقْدُ بَاتًا، أَمَا كَوْنُ الْوَعْدِ مُلْزِمًا فَإِنَّهُ يُفِيدُ الْإِجْبَارَ عَلَى إِبْرَامِ الْعَقْدِ حَيْثُ يُمَكِّنُ أَنْ يَتَحَقَّقَ ذَلِكَ أَوْ لَا يَتَحَقَّقَ. وَالسُّؤَالُ الْمَطْرُوحُ هُنَا هُوَ : إِذَا كَانَ الْوَفَاءُ بِالْوَعْدِ مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ فَمَاذَا يَمْنَعُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْمَكَارِمُ مُؤَيَّدَةً بِالزَّوْاجِرِ الْقَانُونِيَّةِ الَّتِي تَمْنَعُ الْإِخْلَالَ بِهَذَا الْبُتْبَانِ الْمُتَكَامِلِ ؟ وَالرَّدُّ عَلَى مَسْأَلَةِ الْإِلْزَامِ بِالْوَعْدِ هُوَ مَا نَقَلَهُ الْأُسْتَاذُ يَوْسُفُ الْقُرْضَاوِيُّ حَوْلَ تَطَوُّرِ نَظَرَةِ الْفَقْهِ الْحَنْفِيِّ فِي مَسْأَلَةِ عَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ، الَّذِي نَشَأَ فِي الْأَصْلِ تَحْتَ مِظَلَّةِ الْإِعْتِرَاضِ عَلَيْهِ مِنَ الْأَسَاسِ بِاعْتِبَارِهِ بَيْعًا لِمَعْدُومِ، وَلَكِنْ أَجَازَ الْحَنْفِيُّ التَّعَامُلَ بِهِ اسْتِحْسَانًا نَظَرًا لِتَعَامُلِ النَّاسِ بِهِ وَعُمُومِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ. لَكِنْ، اخْتَلَفَ فُقَهَاءُ الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ فِي تَكْيِيفِ عَقْدِ الْإِسْتِصْنَاعِ مِنْ حَيْثُ اعْتِبَارُهُ مُوَاعِدَةً أَمْ مُبَايَعَةً ؛ كَمَا اخْتَلَفُوا فِي مَسْأَلَةِ الْخِيَارِ لِلْمُصْنِّعِ إِذَا رَأَى الشَّيْءَ الْمُتَّفَقَ عَلَى صُنْعِهِ، حَيْثُ بَدَأَتْ الْمَسْأَلَةُ بِتَقْرِيرِ الْخِيَارِ طَالَمَا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ قَدْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرِ ؛ بَيْنَمَا ذَهَبَ آخَرُونَ إِلَى أَنَّهُ

لا خيار لأيٍّ من الصَّانِعِ والمستَصْنِعِ. أمَّا الصَّانِعُ فَلأنَّه بائعٌ باعَ ما لم يَرَهُ ؛ وأمَّا المستَصْنِعُ فَلأنَّ الصَّانِعَ أتلَفَ مالهَ بِتحويلِهِ مِنْ مادَّةٍ خامٍّ إلى مادَّةٍ مصنوعةٍ. فلو تَبَتَّ الخيارُ للمستَصْنِعِ لَتَضَرَّرَ الصَّانِعُ، لأنَّ غَيْرَهُ لا يَشْتَرِيهِ بِمِثْلِهِ. وهنا يقولُ الأستاذُ يوسف القرضاوي : "وعند الإمام ... (أبي حنيفة) أنَّ المستَصْنِعَ لَهُ الرجوعُ بعدَ عقدِ الاستِصْناعِ، وعندَ الإمامِ أبي يوسف - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - أنَّه إذا وَجَدَ المصنوعَ مُوافقًا لِلصِّفَاتِ التي بُيِّنَتْ وَقْتَ العقدِ فَلَيْسَ لَهُ الرجوعُ، والحالُ أنَّه في هذا الزَّمانِ قَدْ اتَّخَذَتِ مَعاملٌ كَثِيرَةٌ تُصْنَعُ فيها المدافعُ والبواخِرُ ونحوها بالمقاولةِ، وبذلك صارَ الاستِصْناعُ مِنَ الأمورِ الجاريةِ العَظيمةِ، فَتُخَيَّرُ المستَصْنِعُ في إمضاءِ العقدِ أو فسخِهِ يَتَرَتَّبُ عليه الإخلالُ بمصالحِ جَسِيمةٍ ... لزومُ اختيارِ قولِ أبي يوسف - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - في هذا مُراعاةً لمصلحةِ الوقتِ"⁵⁷.

- ضُكُوكُ الاستِصْناعِ : في هذا التَّمَوِّجِ، المبالغُ التي يَدْفَعُها المستَصْنِعُونَ المالكُونَ لِلضُّكُوكِ تُموِّلُ، عِبَرِ الشَّرِكَةِ أو الكيانِ ذي العَرَضِ الخاصِ، مالا مُحدَّداً ما يَزَالُ في مَرَحَلَةِ الإنتاجِ أو التَّصْنِيعِ مِنْ طَرَفِ مُنْشِئِ الضُّكُوكِ. الفرقُ بَيْنَ المبالغِ التي تَمَّ جَمْعُها نَقْداً وفي الحينِ على مُستَوَى الجُمهورِ، وتِلْكَ التي دُفِعَتْ بِشَكْلِ مُتَدَرِّجٍ مِنْ طَرَفِ الشَّرِكَةِ أو الكيانِ ذي العَرَضِ الخاصِّ لِفائِدَةِ مُنْشِئِ الضُّكُوكِ، يُمكنُ أن تَسْتَدْعِي إعدادَ إدارةٍ لهذا الفاضِ التَّقْدي المُتَوَقَّرِ⁵⁸.

لَقَدْ جاءَ تَعْرِيفُ ضُكُوكِ الاستِصْناعِ مِنْ طَرَفِ هَيْئَةِ الحاسِبَةِ والمراجَعَةِ لِلْمُؤَسَّساتِ الماليَّةِ الإسلاميَّةِ على أَمَّاها : "وثائقٌ مُتساويةُ القيمةِ يَتَمَّ إصدارُها لاستِخدامِ حَصِيلَةِ الاكِتَابِ فيها في تَصْنِيعِ سِلْعَةٍ، ويُصْبِغُ المصنوعُ مملوكًا لِحَمَلَةِ الضُّكُوكِ"⁵⁹.

وحَسَبَ الفِقه⁶⁰، يَنْطَبِقُ على ضُكُوكِ الاستِصْناعِ الحُكْمُ الذي يَرى بَعْدَ قابِلِيَّتِها لِلتَّداولِ، لأنَّ الموجوداتِ التي تُمَثِّلُها هذه الضُّكُوكُ هي دُيُونٌ في ذِمَّةِ الصَّانِعِ الذي لَمْ يُسَلِّمْ بَعْدَ السِّلْعَةِ الموصوفةِ في الذِّمَّةِ (دِين). لكن، هُناكَ طَرِيقَةٌ لإصدارِ ضُكُوكِ استِصْناعٍ قابِلَةٍ لِلتَّداولِ، وهي أن يُصدِرَها البائعُ (الصَّانِعُ) وتُمَثِّلُ مَوجوداتِهِ العَيْنِيَّةَ مِنَ المِعدَّاتِ والأصولِ الثَّابِتَةِ، إذا كانتِ قِيَمَتُها أَكْثَرَ

من قيمة المصنوع بعد إنجاز صنعه وبيعه للمستصنع بالثمن الحال أو المؤجل، لأن الأعيان هنا تكون أكثر من الدين، وهذا مسوغ للتداول حسب قرار الجمع.

وكمثال عملي عن صكوك الاستصناع، يمكن ذكر صكوك الطاقة، التي يعرفها الفقه بأنها صكوك يمكن أن تصدرها الجهات المنتجة للطاقة، كالكهرباء مثلاً، حيث تقوم مجموعة من المؤسسات المالية بشراء كمية من الطاقة الكهربائية من الجهة المنتجة لها بتمن محدد لزمن محدد. وتكلف الجهة المشترية المؤسسة المنتجة أو مؤسسة أخرى بيع تلك الكمية من الطاقة لجمهور المستهلكين. وتودع المبالغ المحصلة في حساب تلك المؤسسة، وهي تشكل أصل القيمة مع هامش الربح، ويمكن لتلك المؤسسات توزيع قيمة الكمية إلى صكوك ذات فئات مالية ثباغ للجمهور⁶¹.

إن مسألتي تحريم الغرر والميسر بالغنا الأهمية، لدرجة أن الفقه الإسلامي أجمع، تأسيساً عليهما، على تحريم العديد من العقود. فمثلاً، أجمع الفقه في مجال تحريم الغرر على تحريم بيع ما ليس تحت اليد، وبيع ما لم يضمن (مبدأ الحراج بالضمان)، وبيع الحصة، وعقد التأمين التقليدي. وأجمع الفقه الإسلامي، في مجال تحريم الميسر، على تحريم القمار والرهان، إذ حظر بعض عقود المضاربة (المضاربة المالية) والعقود الآجلة (Forwards)⁶² والمستقات المالية مثل عقود الخيارات (Options) والمستقبليات (Futures) والمبادلات (Swaps)⁶³. لكن بالمقابل لذلك، سمحت الشريعة الإسلامية بشرعية بعض العقود التي تحتوي على غرر يسير، أو تلك العقود التبادلية التي تحتوي على غرر فاحش ولكنها تشيع حاجة لا يمكن الحصول عليها بوسائل أخرى. في هذا الإطار، أحل الفقه مثلاً عقد السلم، الذي يمكن بواسطته تمويل مجالات متعددة من الاقتصاد عن طريق دفع ثمن شرائها مسبقاً قبل تسليمها للمشتري من قبل البائع (كعقد المزارعة)⁶⁴. أحل الشرع أيضاً عقد الاستصناع⁶⁵، الذي يضمن فيه المقاول من يشتري منه الأصل أو العمل المؤدى، ويحصل على ثمن ما أداه من صناعة أو خدمة عند تسليم العمل المتفق عليه؛ إنه حل جيد للأعمال التي لا يجد لها طلبات على مستوى الجمهور، مثل القطاعات الحساسة والمتطورة والأمنية (مثل صناعة الطائرات والسفن والأسلحة والأشغال العمومية).

3. التعريف الشرعي للمؤسسة أو المفاوضة : في العصر الحديث، لم يستخدم الفقه الإسلامي لفظ المؤسسة أو المفاوضة للدلالة على مضمونه في القانون إلا مؤخرًا. لكن ذلك يعني أن الفقه الإسلامي لم يشرح مصطلح المؤسسة وأنه عبّر فقط عن مضمون المفاوضة بمصطلح آخر هو : "الإجارة المشتركة"، التي تنتمي إلى "إجارة الأشخاص"، فالعبرة في الشريعة الإسلامية هي للمعاني لا للألفاظ⁶⁶. لقد عرّف إذن الفقه الإسلامي المفاوضة بأنها عقد إجارة في العمل، إذا كان العامل أجيرًا مشتركًا، أي الشخص المعروف في العصر الحديث بـ : المفاوض. إنَّ العقد مع الأجير المشترك يردُّ على العمل الموصوف أو الأثر، وعلى الوصف الذي يُحدِّثه العامل في العين بعمله مقابل أجره⁶⁷.

يتعاقد الأجير المشترك (المفاوض)، حسب هذه الصيغة، مع المستأجر (رب العمل)، ولكنه يبقى مُستقلًا عنه. ومن حقّ الأجير المشترك (المفاوض) أن يُكلّف شخصًا آخرًا (أجيرته المشترك - المفاوض من الباطن - Sous-traitant) بأداء ما استأجر له، شريطة أن لا يطلب منه رب العمل القيام بالعمل بنفسه ؛ وهو ما يميّزه عن الأجير الخاص في الشريعة الإسلامية. في هذا الإطار، يلتزم الأجير المشترك (المفاوض) بتنفيذ ما تمّ الاتفاق عليه، سواء قام به بنفسه أو بعَمَلِهِ أو بأجير مشترك آخر (مفاوض من الباطن). وعمل من يستعين بهم الأجير المشترك (المفاوض) يُنسب إليه ويقع عليه. أمّا الأجير المشترك من الباطن وغيره فلا يرتبطون مع المستأجر (رب العمل). لذلك، يتحمّل الأجير المشترك (المفاوض) مسؤولية العمال التابعين له ومسؤولية أجيروه المشترك من الباطن⁶⁸.

ويلاحظ أنّ الأجير المشترك (المفاوض) الذي يُقدّم العمل والمادة، يخضع في الفقه الإسلامي لأحكام عقد "الاستصناع". إنّه أمرٌ جعل الأجير المشترك (المفاوضة) في القانون أعمّ في مضمونه من الفقه الإسلامي، لأنّ القانون ينظر في كلّ الأحوال إلى المفاوض، سواء قدّم العمل والمادة أو قدّم العمل فقط، وفقًا لأحكام المفاوضة الموحدة⁶⁹.

في الشريعة الإسلامية، لا تحكم عقود الإجارة المشتركة (المفاوضة) التصرفات التي تقوم على إيجار الأعيان أو البيع أو المقايضة أو القرض. وعليه مثلاً، إذا تناول عقد الإجارة المشتركة (المفاوضة) قيام الأجير المشترك (المفاوض) بالعمل وتقديم المواد، فإنّ الصفقة هنا تجمع بين عقدين هما عقد

الإجازة في العمل وعقد البيع، ولكل عقد حكمه⁷⁰. وبالتالي، يضيّق فقط نطاق عقد الإجازة المشتركة (المفاوضة) دون أن يعني ذلك أن المفاوضات لا تجري عقود البيع مثلاً، بدليل أن الفقه الإسلامي لم يطعن في صحة مثل هذه العقود التي تقع من قبل المفاوضات.

إنّ الإزدواجية التي وقع فيها قانون مشروع المعاملات المالية العربي الموحد⁷¹ وكذا بعض الباحثين⁷²، وجعلهم يدرسون عقد المفاوضة بدل المفاوضة (المؤسسة) في حد ذاتها، والعكس صحيح، يدلّ على خلط والتباس أدّى إلى تعريف خاطئ للمفاوضة أو المؤسسة في الشريعة الإسلامية. إنّ المفاوضة، سواء لبّاس الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، طرف في عقد المفاوضة أو عقد البيع أو عقد التمويل أو عقد المشاركة، وهي في كلّ الأحوال ليست عقد المفاوضة. فكيف وقع بعض الباحثين المفاضلات: لقب واسم المؤلف(ة)، (سنة النشر)، عنوان المقال، اسم المجلة، المجلد (العدد)، الصفحات؛ المداخلات: الاسم الأخير، ثم الاسم الأول للمؤلف(ة)، (تاريخ انعقاد المؤتمر)، عنوان المداخلة، عنوان المؤتمر، الجامعة، البلد؛

مواقع الانترنت: اسم الكاتب (السنة)، العنوان الكامل للملف، ذكر الموقع بالتفصيل:

[*http://adresse complete \(consulté le jour/mois/année\)*](http://adresse complete (consulté le jour/mois/année))

6. ملاحق:

ملاحظة هامة:

- يجب أن لا يتجاوز البحث 20 صفحة وألا يقل عن 15 صفحة.

أنظر، أحمد بلواني، الأزمات المالية: المظاهر والنتائج والأسباب، دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد 15، العدد 2، 2009، ص. 144 و152.

أنظر، علي السالوس، عقد الاستصناع، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، الجزء 2، 1992، جدة - المملكة العربية السعودية، ص. 292.

أنظر،³

Michel RUIMY, La finance islamique, Éditions Arnaud FRANEL, Québec – Canada, 2008, p.

119.

- أنظر، وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي،⁴ المنعقد من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412، الموافق 9 إلى 14 مايو 1992، العدد 7، الجزء 2، جدة - المملكة العربية السعودية، 1992، ص. 307.
- أنظر، علي السالوس، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 259.
- أنظر، علي محي الدين القرو داغي، عقد الاستصناع، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، الجزء 2، جدة - المملكة العربية السعودية، 1992، ص. 328 و 329. أنظر كذلك، Chihab Mohammed HIMEUR, Préface de Thierry BONNEAU, Les contrats de la finance islamique - Analyse prospective, Éditions Larcier du 28 août 2020, p. 211.
- أنظر، الآية 31، سورة الرعد، مدنية، الجزء الثالث عشر، الحزب السادس والعشرين، القرآن الكريم، ص. 253.
- أنظر، الآية 38، سورة هود، مكية، الجزء الثاني عشر، الحزب الثالث والعشرين، القرآن الكريم، ص. 226.
- أنظر، الآية 88، سورة النمل، مكية، الجزء العشرون، الحزب التاسع والثلاثين، القرآن الكريم، ص. 384.
- أنظر، الآية 80، سورة الأنبياء، مكية، الجزء السابع عشر، الحزب الثالث والثلاثين، القرآن الكريم، ص. 328.
- أنظر، الآية 129، سورة الشعراء، مكية، الجزء التاسع عشر، الحزب الثامن والثلاثين، القرآن الكريم، ص. 372.
- أنظر، عجيل جاسم النشمي، عقد المقاول، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، 11-16 يناير، الدوحة - قطر، العدد 14، الجزء 2، 2004، جدة - المملكة العربية السعودية، ص. 41؛ وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 307.
- أنظر، مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المرجع السابق، ص. 235.
- أنظر، وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 307.
- أنظر، قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 7/3/67، المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412، الموافق 9 إلى 14 مايو 1992، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، الجزء 2، 1992، ص. 777.
- أنظر، النقطة (و) من المادة 58 من قانون المملكة المغربية رقم 103.12 يتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.14.193، السالف الذكر، ص. 473.
- أنظر، المادة 4 من نظام بنك الجزائر رقم 20-02، المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس سنة 2020، يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج. ر. ج. ج. المنشورة بتاريخ 29 رجب عام 1441 الموافق 24 مارس سنة 2020، العدد 16، السنة السابعة والخمسون، ص. 33.
- أنظر، المادة 10 من المرجع السابق، ص. 34.
- أنظر، المادة 44 من تعليمات بنك الجزائر رقم 03-2020، المؤرخة في 2 أبريل 2020، تحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ص. 20، منشورة في الموقع الإلكتروني الرسمي لبنك الجزائر :

<https://www.bank-of-algeria.dz/pdf/instruction2020ar.pdf>.

أنظر، المادة 549 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر، ص. 1025.²⁰

أنظر،²¹

Michel RUIMY, La finance islamique, *op. cit.*, p. 120 ; Mahmoud EL-GAMAL, Finance islamique :

Aspects légaux, économiques et pratiques, *op. cit.*, p. 123.

أنظر، وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 309 و 310 ؛ علي السالوس، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 271.²²

أنظر، علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 336.²³

أنظر، علي السالوس، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 271 و 272.²⁴

أنظر، علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 329.²⁵

أنظر، علي السالوس، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 274 ؛ وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 310.²⁶

أنظر، عثمان علام - عمرو العمري، استثمار الوقف بصيغة الاستصناع دعامة لتطوير القطاع الصناعي، منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، العدد 83، أبريل 2019، ص. 120. لتحليل المرجع :

http://www.giem.kantakji.com/files/issue/Vol_83.pdf.

أنظر، الفقرة الثانية (2) من المادة 46 من تعليمات بنك الجزائر رقم 03-2020، السالفة الذكر، ص. 20.²⁸

أنظر في نفس المعنى، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية - النص الكامل للمعايير الشرعية، التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ - نوفمبر 2017م، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، الراعي الحصري للنسخة الإلكترونية : ساب - الخدمات المصرفية الإسلامية، النقاط 1/2/3 و 2/2/3، ص. 300 و 301.²⁹

أنظر، علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 336 إلى 345.³⁰

أنظر،³¹

Mahmoud EL-GAMAL, Finance islamique : Aspects légaux, économiques et pratiques, *op. cit.*, p. 123.

أنظر، علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 339 إلى 341.³²

أنظر، شرح العناية على الهداية مع فتح القدير، 116/7، منقول عن، المرجع السابق، ص. 343.³³

أنظر، سعود بن مسعود بن مساعد الثبيتي، الاستصناع : تعريفه - تكييفه - حكمه - شروطه - أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، الجزء 2، جدة - المملكة العربية السعودية، 1992، ص. 642.³⁴

أنظر، المحيط البرهاني، مخطوطة مكتبة الأوقاف العامة، الجزء الثاني، ورقة 575، منقول عن المرجع السابق.³⁵

أنظر، سعود بن مسعود بن مساعد الثبيتي، الاستصناع : تعريفه - تكييفه - حكمه - شروطه - أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، ص. 638 و 639.³⁶

أنظر، علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 344.³⁷

أنظر، علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص. 344 و 345.³⁸

أنظر، المرجع السابق، ص. 343.39

أنظر، قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 7/3/67، الصادر في دورة مؤتمره السابع المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية، من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412 الموافق 9 إلى 14 مايو 1992، ص. 778.

أنظر، كمال الدين جعيط، عقد الاستصناع، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي،⁴¹ العدد 7، الجزء 2، جدة - المملكة العربية السعودية، 1992، ص. 540.

أنظر، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية - النص الكامل للمعايير الشرعية، المرجع السابق،⁴² النقطة 3/1/3، ص. 299.

أنظر، عبد السلام العبادي، الاستصناع ودوره في العمليات التمويلية المعاصرة، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، الجزء 2، جدة - المملكة العربية السعودية، 1992، ص. 409.

أنظر، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية - النص الكامل للمعايير الشرعية، المرجع السابق،⁴⁴ النقطة 3/1/3، ص. 299.

أنظر،⁴⁵

Michel RUIMY, La finance islamique, *op. cit.*, p. 120.

أنظر، قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 7/3/67، الصادر في دورة مؤتمره السابع، المرجع السابق، ص. 778.46

أنظر، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية - النص الكامل للمعايير الشرعية، المرجع السابق،⁴⁷ النقطة 6/1/3، ص. 300.

أنظر،⁴⁸

Michel RUIMY, La finance islamique, *op. cit.*, p. 120.

أنظر، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية - النص الكامل للمعايير الشرعية، المرجع السابق،⁴⁹ ص. 316 و 317.

أنظر،⁵⁰

Michel RUIMY, La finance islamique, *op. cit.*, p. 120.

أنظر، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية - النص الكامل للمعايير الشرعية، المرجع السابق،⁵¹ النقاط 2/7 و 3/7 و 4/7، ص. 307.

أنظر، المرجع السابق، النقطة 1/7، ص. 306.52

أنظر، وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة : بحوث وفتاوى وحلول، المرجع السابق، ص. 305.53

أنظر، المادة 45 من تعليمات بنك الجزائر رقم 03-2020، السالفة الذكر، ص. 20.54

أنظر، الفقرة الأولى (1) من المادة 48 من المرجع السابق.55

أنظر في هذا الرأي، الصديق محمد الأمين الضير، المراجعة للأمر بالشراء، المرجع السابق، ص. 1001 و 1002.56

أنظر، يوسف القرضاوي، بيع المراجعة للأمر بالشراء، كما تجرّيه المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص. 106، منقول عن،⁵⁷

سامي حسن حمود، بيع المراجعة للأمر بالشراء، المرجع السابق، ص. 1106.

أنظر،⁵⁸

Kaouter JOUABER-SNOUSSI, La finance islamique, *op. cit.*, p. 102.

أنظر، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية - النص الكامل للمعايير الشرعية، المرجع السابق،⁵⁹ ص. 469.

أنظر، عبد الستار أبو غدة، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة، وتداولها، المرجع السابق، ص. 688.⁶⁰

أنظر، عبد اللطيف عبد الرحيم جناحي، الصكوك الإسلامية بدائل للسندات التقليدية، المرجع السابق، ص. 773، ولتفاصيل⁶¹ أكثر، ص. 768 و769.

أنظر، على مستوى القضاء، الموقف الذي اتخذته المحكمة العليا في ولاية ماين بالولايات المتحدة الأمريكية، التي أعلنت أن⁶² الدخول في عقد بيع أو شراء قمح بنية الطرفين على عدم تبادل القمح، وإنما التعهد في فترة آجلة على تبادل الفرق بين سعر الأصل المتفق عليه في العقد وسعره في السوق عند حلول الأجل، يعتبر عقد رهان باطل يجب منعه. وهو ما حكمت به أيضا المحكمة العليا في ولاية إنديانا بالولايات المتحدة الأمريكية، سنة 1885، عندما اعتبرت المضاربة (التكهن والتخمين والافتراض) على السلع قمارا غير قانوني، كلما كانت نية الأطراف المتعاقدة عند إبرام العقد هي عدم تداول السلعة موضوع العقد. وقد أصدر المجلس التشريعي في ولاية إلينوى بالولايات المتحدة الأمريكية قانونا يقضي بأن التعامل في العقود المستقبلية يعتبر قمارا، ويعاقب مرتكبه بغرامة مالية مقدارها 1000 دولار أمريكي، وبالحبس لمدة سنة في سجن مقاطعة جيل. منقول بتصرف عن، عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي، المضاربة والقمار في الأسواق المالية المعاصرة : تحليل اقتصادي وشرعي، المرجع السابق، ص. 17 و18.

أنظر، المرجع السابق، ص. 17 و18؛ أنظر أيضا، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - عقود الغرر :⁶³ عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، الجزء 7، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1964، الفقرة 484 ص. 987. يمكن ملاحظة تقارب الرؤى بين المجتمعات العربية والغربية؛ إذ يشير المؤلفان إلى أن المجتمع كان يرى، في حالة المعاملات المالية والمعاملات المستقبلية للسلع، أن إذا تمت تسوية العقد بتبادل الفروق المالية بين السعر المتفق عليه في العقد وسعر السوق، ولم يتم أبدا التبادل الحقيقي للأصل موضوع العقد، أن هذه المعاملات تعتبر قمارا.

أنظر،⁶⁴

Mahmoud EL-GAMAL, Finance islamique : Aspects légaux, économiques et pratiques, *op. cit.*, pp. 86 & 87.

الذي تطور وأصبح معروفا في القانون المدني الجزائري بعقد المقاوله. أنظر، المواد من 548 إلى 570 من الأمر رقم 75-58،⁶⁵ يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر، ص. 1025 و1026.

أنظر، عجيل جاسم النشمي، عقد المقاوله، المرجع السابق، ص. 19.⁶⁶

أنظر، المرجع السابق، ص. 82.⁶⁷

أنظر، المرجع السابق، ص. 70.⁶⁸

أنظر، المرجع السابق، ص. 82.⁶⁹

أنظر، المرجع السابق، ص. 36 و37.⁷⁰

أنظر، محمد جبر الألفي، عقد المقاولة : الإنشاء والتعمير (حقيقته - تكييفه - صوره)، المرجع السابق، ص. 144 ؛ أين يذكر⁷¹ الباحث أن مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، الذي أعدته جامعة الدول العربية، اختار تعريفا في نص مادته 731 ذكر فيه أن : "المقاولة : عقد يلتزم أحد المتعاقدين بمقتضاه بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر".

أنظر،⁷²

Jacques CHARBONNIER, Préface de Louis Augustin BARRIÈRE, Islam : Droit, finance et assurance, *op. cit.*, p. 71.