The third axis: Islamic Banking, Finance, Insurance, and Capital Market in Disruptive Era

Abdellah Mennioui
Doctoral Student , The Lab ‘‘ Religious and Legal Studies
abdellah.menniou@usmba.ac.ma
Supervised by : **Dr. ABDELMALEK AOUICH**
Dr. YASSIR LAWRAK - NADIA HAMMOUTI

Title of the article: Financing Through Istisna'a Contract: Applications and Risks

عنوان المقال: التمويل المصرفي من خلال عقد الاستصناع: الطلبات والمخاطر

ABSTRACT

Islamic finance is part of the Islamic economy, which is based on an industrial real economy based on labor, goods, services and capital, and this is shown through several financing formulas, including the istisnaa contract, which means buying something from a manufacturer who is asked to make it, this thing is not ready for sale, but made to order.

The istisnaa contract is not a new contract, mankind has known it in their transactions and Muslims have treated it with its well-known controls, and how contemporaries do not know it and the need for it is increasing day by day for the development of industry and the need of people for it.

This contract is of great importance both theoretically and from the applied point of view, its study is necessary for every researcher in the Islamic economy, as it allows the investor to enter into multiple areas of Life Investment, and pushes the manufacturer to work hard for his guaranteed profit, and makes the factory reassured that he is following his goods during its preparation, the istisna in this sense is comprehensive the question of the general principles of the contract of istisnaa What are the practical applications of istisna'a contract in the investment sectors How to contribute The formula of istisna in economic development

To answer these questions, we decided to address them in the following two axes:

First topic: general principles of istisna contract

The second topic: contemporary applications of istisna contract and parallel istisna and its risks

مقدمة

يعتبر التمويل الإسلامي جزء من الاقتصاد الإسلامي الذي يعتمد على اقتصاد حقيقي صناعي مبني على عمل وسلعة وخدمات ورأس مال، ويظهر ذلك من خلال عدة صيغ تمويلية من بينها عقد الاستصناع الذي يعني شراء شيء من صانع يطلب إليه صنعه، فهذا الشيء ليس جاهزا للبيع، بل يصنع حسب الطلب، فعقد الاستصناع ليس بعقد جديد، فقد عرفته البشرية في معاملاتهم والمسلمون بضوابطه المعروفة، وكيف لا يعرفه المعاصرون والحاجة تزداد إليه يوما بعد يوم لتطور الصناعة ولحاجة الناس إليها.

يحظى عقد الاستصناع بأهمية بالغة سواء من الناحية النظرية أومن الناحية التطبيقية، فدراسته ضرورية لكل باحث في الاقتصاد الإسلامي، حيث يتيح للمستثمر الدخول في مجالات الاستثمار الحياتية المتعددة، ويدفع الصانع إلى العمل الجاد لربحه المضمون، ويجعل المستصنع مطمئنا لكونه يتابع بضاعته أثناء إعدادها، فالاستصناع بهذا المعنى شامل لعقد الاستصناع الأصلي والموازي، وهو ما يسمح للبنوك التشاركية من دخول مجالات استثمارية هامة ما كانت لتدخلها بالصيغ الأخرى لولا عقد الاستصناع ، الشيء الذي يدفعنا إلى التساؤل عن ما هي المبادئ العامة لعقد الاستصناع؟ وما هي التطبيقات العملية لعقد الاستصناع في القطاعات الاستثمارية؟ وكيف تساهم صيغة الاستصناع في التنمية الاقتصادية؟

وللإجابة عن هاته التساؤلات ارتأينا وضع التصميم الآتي:

- ✓ المبحث الأول: المبادئ العامة لعقد الاستصناع
- ✓ المطلب الأول : مفهوم عقد الاستصناع وأركانه وشروطه
- ✓ المطلب الثاني: التكييف الشرعي لعقد الاستصناع
- ✓ المبحث الثاني : التطبيقات المعاصرة لعقد الاستصناع والاستصناع الموازي ومخاطره
- ✓ المطلب الأول: التطبيق العملي لعقد الاستصناع
- ✓ المطلب الثاني: المخاطر المحيطة بعملية الاستصناع وكيفية الحد منها

المبحث الأول: المبادئ العامة لعقد الاستصناع

كثر الحديث عن عقد الاستصناع بعد أن بدأت المصارف الإسلامية في اتخاذه وسيلة من وسائل تمويلها، لهذا رأينا أنه من المهم أن نعرف ما هو مفهومه وأركانه وشروطه؟ (المطلب الأول) ثم ما هو التكييف الشرعي لهذا العقد؟ (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم عقد الاستصناع وأركانه وشروطه

أولا: مفهوم عقد الاستصناع والاستصناع الموازي؛ الاستصناع الأصلي: عرفه ابن عابدين في حاشيته هو " طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص" [1] وهو المعتاد بين الناس، كما هو واضح في التعريف، حيث يتم الاتفاق بين المستصنع (المشتري) وبين الصانع (البائع) على صناعة شيء معين بأوصاف معينة محددة، يتم إنجازه وتسليمه في المستقبل، ويصح كونه حالا أو مؤجلا[2] وجاء في تحفة الفقهاء "الاستصناع هُوَ عقد على مَبِيع فِي الذِمَّة وَشرط عمله على الصَّانِع"[3]

أما الاستصناع الموازي: معاملة مركبة من عقدين، كل منهما عقد استصناع يكون فيهما المصرف الإسلامي طرفا، فيكون مشتريا في عقد الاستصناع مع صانع السلعة أو باني عمارة مثلا، ويكون بائعا للمبني أو للسلعة المصنوعة مع الطرف الذي هو المستفيد النهائي.[4]

وهناك تعريف للدكتور وهبة الزحيلي عرفه بقوله : هو الذي يتم بين البنك في العقد الأول بصفة كونه بائعا، وبين صانع آخر يتولى صنع الشيء بمواصفات مشابهة للمصنوع المتفق عليه في العقد الأول بصفة كون البنك مستصنعا من الباطن، ويتولى صنع الشيء بمقتضى الاستصناع الموازي دون أن يكون هناك أي ارتباط بين العقدين فلا توجد علاقة حقوقية أو مالية بين المشتري النهائي الفعلي، وبين الصانع البائع الفعلي.[5] وبمعنى آخر فالعقد يتم من خلال إبرام عقدين منفصلين: أحدهما مع العميل تكون فيه المؤسسة المالية الإسلامية صانعا، والآخر مع الصناع أو المقاولين تكون فيه المؤسسة مستصنعا، ويتحقق الربح عن طريق اختلاف الثمن في العقدين والغالب أن يكون أحدهما حالا "وهو الذي مع الصناع أو المقاولين" والثاني مؤجلا" وهو الذي مع العميل.

أما بالنسبة للقانون المغربي فقد عرفه في المادة 58 رقم 103.12 "**الاستصناع: كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين**"[6] ويظهر من تعريف القانون أن المشرع حاول أن يجمع بين آراء المذاهب الفقهية فيما يخص الاستصناع بشقيه: الاستصناع العادي والاستصناع الموازي كما ترك للمجلس العلمي الأعلى صلاحية تحديد المقتضيات المرتبطة بتحديد مواصفات المستصنع والثمن.[7]

وتجدر الإشارة إلى ذكر الاختلاف بين الاستصناع والسلم والإجارة والمقاولة:

- يختلف عقد الإجارة كونه عقد على عمل الأجير دون التزامه - بتقديم مواد الصنع -، أما الاستصناع فيلتزم فيه الصانع بتقديم المواد والعمل جميعا,
- ويختلف عن عقد المقاولة كون المقاولة إجارة إذا اقتصرت على العمل وكانت - المواد من العمل "المستأجر"- أما إذا شملت المقاولة عمل المقاول وتقديم المواد منه فهي استصناع.
- ويختلف عن عقد السلم؛ في كون الاستصناع عقد على عين موصوفة في الذمة - اشترط فيها العمل- فلا يجري إلا فيما يتطلب صناعة، أما السلم فهو عقد على عين موصوفة في الذمة لم يشترط فيها العمل، ولا يشترط في الاستصناع تعجيل الثمن ولا بيان مدة الصنع والتسليم ولكون المصنوع مما يوجد في الأسواق. [8]

ثانيا: أركان عقد الاستصناع: (الصيغة والعاقدان و المعقود عليه)

وهذه الأركان يعتبرها جمهور الفقهاء أركانا بينما يراها الأحناف شروطا ماعدا الصيغة فهي ركن العقد عندهم[9]

- **الصيغة:** وهي الإيجاب والقبول، وهي العبارات الدالة على اتفاق الطرفين المتعاقدين.
- **العاقدان**: وهما الصانع والمستصنع ويشترط فيهما أساسا:

1) الأهلية الكاملة للمعاملة والتصرف، أي أهلية الأداء
2) الولاية وتعني أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد وترتيب آثاره الشرعية عليه، وهذه السلطة ناشئة من كونه مالكا يتصرف بالأصالة عن نفسه، ونائبا عن المالك الأصلي بالوكالة أو الوصاية.

- **المعقود عليه**: يرد عقد الاستصناع على عنصرين أساسيين هما : الثمن والمثمن

الثمن: يجب أن يكون الثمن معلوما محددا نوعا وقدرا ويجوز أن يكون الثمن معجلا كله أو مؤجلا كله أو مقسطا كما في البيع العادي ، وهنا تظهر أهمية الاستصناع وقابليته لتلبية حاجات المتعاملين الاقتصاديين في هذا العصر.

المثمن : الاستصناع في حقيقته يتطلب أمرين مهمين هما: العين (الشيء المصنوع) والعمل (صناعة الشيء) وهما مطلوبان من الصانع.

ثالثا: شروط عقد الاستصناع:

يشترط لصحة الاستصناع ما يأتي:

1- بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفاته المطلوبة.
2- أن يكون الشيء المطلوب مما يجري فيه تعامل الناس في صناعته صنعا ولا يصح فيما لا تدخله الصنعة.
3- يكون الاستصناع في الأموال القيمية التي تصنع بمواصفات خاصة ويمكن - ضبطها بالوصف فيكون المصنوع شيئا من الأعيان على عكس السلم.
4- تكون مادة الشيء المصنوع من الصانع ، فإذا كانت من المستصنع كان العقد - إجارة لا استصناعا.
5- يبين في العقد مكان تسليم المبيع إذا احتاج إلى مصارف نقد- . والذي أخذت به المجلة أن الاستصناع جائز سواء حدد في أجل أو لم يحدد وهو قول الصاحبين، واشترط أبو حنيفة أن لا يذكر فيه أجل وإلا صار سلما، ولا يشترط في الاستصناع تعجيل الثمن وإنما يصح أن يكون معجلا أو مؤجلا أو مقسطا، ويتم الاتفاق عليه عادة بدفع عربون على أنه جزء من الثمن ، ويؤخر الباقي إلى وقت تسليم الشيء المصنوع.[10]

المطلب الثاني: التكييف الشرعي لعقد الاستصناع

لقد تباينت آراء الفقهاء حول مشروعية عقد الاستصناع، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

أولا: رأي جمهور فقهاء الحنفية ودليلهم :يرى جمهور فقهاء الحنفية مشروعية عقد الاستصناع[11] قال الكاساني" وأما جوازه فالقياس، أنه لا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم**، ويجوز – استحسانا؛ لإجماع الناس على ذلك"[12]

وعلى هذا فالحنفية يستدلون على الجواز بما يلي: أن النبي صلى الله عليه وسلم **استصنع الخاتم والمنبر**، عن أنس بن مالك، أن النبي صلى الله عليه وسلم **صنع خاتما من ورق، فنقش فيه محمد رسول الله** ، ثم قال " **لا تنقشوا عليه**"[13]

الاستحسان: قال الكرخي: **الاستحسان قطع المسألة عن نظائرها** أي أن المجتهد يعدل عن الحكم في مسألة بما حكم به في نظائرها إلى الحكم بخلافه لوجه أقوى من الأول يقتضي العدول عنه[14] واستدل الكاساني[15] : بقوله صلى الله عليه وسلم:" **مَا رَآه الْمُؤْمِنون حَسَنًا فَهوَ عِنْد الله حَسَن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح**" [16] والاستصناع يتألف من عقدين جائزين قال الكاساني: " ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهو السلم والإجارة ؛لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع - يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين؛ كان جائزا"[17]

ثانيا: رأي جمهور الفقهاء وأدلتهم:

1- **المالكية**: بالرجوع إلى كتب المالكية نجد الاستصناع عند حديثهم عن السلم، جاء في المدونة في كتاب السلم:

قُلْت: **مَا قَوْل مَالك فِي الرَجلِ يَسْتَصْنِع طَسْتًا...أَوْ شَيْئًا مِمَا يَعْمَ ل النَاس فِي أسْوَ اقِهِمْ مِنْ آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسو اقهم عند الصناع فاستعمل من ذلك شيئا موصوفا ، وضرب لذلك أجلا بعيدا، وجعل لرأس المال أجلا بعيدا أيكون هذا سلفا أو تفسده لأنه ضرب لرأس المال أجلا بعيدا أم لا يكون هذا سلفا ويكون بيعا من البيوع في قول مالك ويجوز؟ قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلا بعيدا وجعل ذلك مضمونا على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يربيه إياه يعمله من هو لم يشترط أن يعمله رجل بعينه ، وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين ولم يضرب لرأس المال أجلا، فهذا السلف جائز وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفا. قلت: وإن ضرب لرأس المال أجلا بعيدا والمسألة على حالها فسد وصار دينا في دين في قول مالك**؟ قال: نعم[18]، فالاستصناع عندهم وفق شروط الحنفية غير جائز، وإذا كان بشروط السلم فجائز

2- **الشافعية**: هم أيضا يتحدثون عنه في عقد السلم: جاء في كتاب الأم "باب السلف" والمراد به السلم[19]، ووضعوا له شروطه الخاصة بهم، أما عقد الاستصناع بمفهومه عند الحنفية غير معتبر عندهم.

3- **الحنابلة**: قال علي أحمد السالوس " وجدنا من الحنابلة من نص على عدم جواز الاستصناع [20]

ومن هذا نرى أن المذاهب الثلاثة أجمعت على عدم جواز الاستصناع إلا بشروط السلم، غير أن المالكية أجازوا استصناع أي شيء مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع، على حين لم يجز الشافعية والحنابلة من هذه الأشياء ما جمع أجناسا مقصودة لا تتميز[21]

أما أدلة المانعين فيمكن أن يستدل لهم ببعض الأدلة العامة ومنها:

أ- أن النبي صلى الله عليه وسلم **نهى عن بيع الكالئ بالكالئ** وقد فسر العلماء ذلك بأنه: بيع النسيئة بالنسيئة أو بيع الدين بالدين[22] ووجه الاستدلال أنه إذا أجزنا تأخير الثمن في الاستصناع فيكون الثمن والسلعة كلاهما دينا فنقع في النهي الوارد في الحديث السابق، ويمكن الرد على هذا الاستدلال بأنه على فرض التسليم بصحة هذا الحديث، فإننا نقول بأن النهي عن بيع الدين بالدين عام والاستصناع (في حالة تأجيل البدل فيه) صورة خاصة يمكن استثناؤها من ذاك النهي العام استنادا إلى ما يلي:

- **العمل في الاستصناع جزء مهم من البيع**؛ وذلك يجعله شبيها بالإجارة، والإجارة يجوز فيها تأجيل الأجرة وتعجيلها
- **الأدلة الخاصة التي تفيد مشروعية الاستصناع (السنة، الإجماع، المعقول)**[23]

ب- أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى **عن بيع ما ليس عند الإنسان** بقوله: "**لا تبع ما ليس عندك**"[24] ووجه الاستدلال: أن الاستصناع عقد وارد على معدوم، أو على ما ليس عندك فهو داخل تحت النهي الوارد في الحديث، وقد أجاب المحققون من العلماء على ذلك وبينوا أن معنى الحديث ينحصر في النهي عن بيع شيء معين غير مملوك لبائعه يكون على خطر الحصول عليه؛ وهذا يؤدي إلى النزاع والخلاف[25] ، وفي ذلك يقول الإمام البغو ي: "هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات؛ فلو قبِل السلم في شيء موصوف عامِ الوجود عند المحل المشروط، يجوز، وإن لم يكن في ملكه حالة العقد[26]

_حكمة مشروعية الاستصناع:

الاستصناع شرع لسد حاجات الناس ومتطلباتهم، وقد تطورت الصناعات تطورا كبيرا، وبالصناعة يحصل للصانع الارتفاق ببيع ما يبتكر وما ينتج، وما ينتج من صناعته وفق الشروط والمتطلبات في المواصفات والمقايسات، والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته وفق ما يراه مناسبا لنفسه وبدنه وماله، أما الموجود في السوق من المصنوعات السابقة الصنع فقد لا تسد حاجات الإنسان فلا بد من الذهاب إلى من لديه الخبرة والابتكار[27].

أما من حيث تكييف عقد الاستصناع فقد تباينت آراء الفقهاء هل الاستصناع عقد أم وعد؟

هناك فارق كبير بين العقد والوعد، ويظهر ذلك الفارق في الأثر المترتب عن كل منهما ؛ فالعقد في الأصل لا بد أن يكون لازما ؛ ومن ثم يترتب عليه الضمان ، والوعد غير لازم ؛ ومن ثم فليس هناك آثار تترتب عليه سوى أنه على كل من المتواعدين إثم في عدم إتمام ما وعد به ولا ضمان على كل واحد منهما وعلى أساس الفارق السابق بين كل من العقد والوعد ، اختلف فقهاء الحنفية في تخريج الاستصناع هل هو عقد أم وعد إلى فريقين:

الفريق الأول: بعض الفقهاء من الحنفية ذهبوا إلى أنه وعد ... قال السرخسي: وكان الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة، وإنما ينعقد بيعا بالتعاطي عند الفراغ من العمل، ولهذا كان للصانع ألا يجبر عليه، وللمستصنع ألا يقبل ما يؤتي به ويرجع عنه ولا تلزمه المعاملة.

الفريق الثاني: جمهور الأحناف ذهبوا إلى أنه عقد مستقل له أركانه وشروطه وأحكامه الخاصة من حيث اللزوم وغيره.. ونورد بعض أدلتهم:

1- أن الاستصناع مشتمل على معنى عقدين جائزين هما: "السلم والإجارة وما اشتمل على عقدين لا يكون مواعدة"

2- أن محمدا بن الحسن رحمه الله ذكر فيه القياس والاستحسان، وهما لا يجريان في المواعدة...

وبعد النظر إلى أدلة كلا الفريقين يرجح قول الجمهور وذلك لقوته، ثم إن ضرورة الاستصناع في حياة الناس وحاجاتهم إليه تجعل وجهة نظر الجمهور محل تقدير واعتبار ؛ لأن القول بأنه وعد يترتب عليه كثير من الأضرار على الصانع والمستصنع منها : أن ترك الأمر لوفاء الصانع يتبعه فوات مصلحة المستصنع وضياع ماله ، حيث إنه يتضرر بسبب مضي الوقت وعدم حصوله على حاجته ، وكذلك يتضرر الصانع الذي قد يتلف متاعه وأدواته لا يجد من يرغب في الصنعة بتلك الصفات التي طلبها المستصنع .[28]

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة لعقد الاستصناع والاستصناع الموازي، أهميته، ومخاطره.

المطلب الأول: التطبيق العملي لعقد الاستصناع

سيتم عرض كافة المراحل التي تمر بها عملية الاستصناع، والاستصناع الموازي:

أولا : يتقدم العميل بطلب للمؤسسة (للمصرف) مبدي فيه رغبته في تصنيع شيء معين واستعداده لشرائه فور الانتهاء من تصنيعه، على أن يوضح الطلب نوع ومواصفات الشيء المطلوب تصنيعه بدقة، وأجل تصنيع الشيء المطلوب تصنيعه، وطريقة سداد قيمة الشيء المصنوع .

ثانيا: تقوم المؤسسة (المصرف) بدراسة طلب العميل (المستصنع) وعمل الدراسة الائتمانية اللازمة للتأكد من قدرته على سداد الالتزامات الناتجة من التعاقد في الآجال المتفق عليها، والتحقق من مدي اتفاق التعاقد مع سياسات المؤسسة المحددة من قبل من حيث مشروعيتها، ونسب الربح، ونسب الاستثمار وكذا وتحديد الجهة التي ستقوم بعملية التصنيع...

ثالثا: في حاله موافقة المؤسسة على طلب العميل فيتم إبرام عقد الإستصناع والحصول على الضمانات الكافية وتحديد ثمن وطريقة سداد الشيء المصنوع، وتحصيل الدفعة المقدمة من العميل ..

رابعا: فور التوقيع على عقد الاستصناع تقوم الإدارات المختصة بالمؤسسة بإبرام عقد الإستصناع الثاني (الإستصناع الموازي) مع الجهة التي ستقوم بتصنيع الشيء المطلوب تصنيعه، وتحديد ثمن التصنيع، وأجال التسليم، وقيمة الأقساط وأجالها، وسداد العربون للصانع.

خامسا: استلام الشيء المصنوع وتسليمه للعميل، وبهذا ينتهي عقد الاستصناع بما ينتهي به غيره من عقود المعاوضات، لكن تثار عدة إشكالات ترتبط بالشق العملي في هذه الصيغة من قبيل ما مصير عقد الاستصناع في حالة موت أحد المتعاقدين ؟

إن الإجابة عن هذا الإشكال تقتضي القول بأن عقد الاستصناع لا ينفسخ بموت العاقدين أو أحدهما، ولاسيما في وقتنا الحاضر الذي أصبحت للمصانع شخصية معنوية اعتبارية دائمة ومستمرة ببقاء الصنع، وأن الأشخاص بذواتهم ليس لهم أثر في شخصية الشركة [29].

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا حصلت بعد انعقاد عقد الاستصناع ظروفا طارئة بحيث تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، ويهدده بخسارة فادحة، أو قوة قاهرة تجعل التنفيذ مستحيلا، فعند ذلك يمكن تطبيق قواعد الظروف الطارئة إذا كان التنفيذ مرهقا، أو قواعد القوة القاهرة إذا كان التنفيذ مستحيلا، وذلك لأن تكاليف الشريعة الإسلامية تقوم على القدرة والاستطاعة ويشترط لتطبيق قواعد الظروف الطارئة ما يلي:

1- أن يكون الحادث غير عادي وغير متوقع مثل الحروب والزلازل.
2- أن يكون العقد مرجأ التنفيذ.
3- أن يكون الحادث مؤثرا على العقد، بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، ويهدده بخسارة فادحة.

ويترتب على ذلك: أن يعدل القاضي العقد ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحتي طرفي العقد[30] ، أما في حالة التأخير في الاستصناع فإنها لم يتطرق لها السابقون، لكن سنعرض كلام الدكتور مصطفى الزرقا الذي أورده في كتابه "المدخل الفقهي العام": **وقد زادت قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في موعدها مضرا بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما سبق في الماضي** ..." وبعد أن استعرض الشيخ ما يترتب على هذا التأخير من إضرار تلحق بالطرف الآخر، تحدث عن إمكانية أن يدخل الشرط الجزائي في عقود الاستصناع .

وتجدر الإشارة إلى تسليط الضوء عن اسهامات عقد الاستصناع في التنمية الاقتصادية، الشيء الذي يدفعنا للتساؤل عن دور هذه الصيغة التمويلية في النشاط الاقتصادي؟

يعتبر بيع الاستصناع وسيلة مستغلة في المساهمة في تنمية وتوسيع النشاط الصناعي، ومن ثم المساهمة في تدعيم الاقتصاد القومي، وذلك من خلال الجوانب التالية:

1- تشجيع الطلب على المنتجات الصناعية: يشجع الاستصناع الطلب على السلع الصناعية، وعقد صفقات على شراء تلك السلع على أساس دفع الثمن في المستقبل دفعة واحدة أو على أقساط ، حيث لا يقف عدم توفر الثمن في الحال عائقا يحول دون إتمام تلك الصفقات، ولا شك أن تشجيع الطلب على السلع الصناعية له أثر اقتصادية أهمها؛ ارتفاع حجم الطلب الفعال، مما يؤدي إلى مستوى النشاط الاقتصادي وتوفير مجالات توظيف الموارد الاقتصادية المعطلة وإتاحة فرص عمالة في الاقتصاد القومي واتساع الأسواق.

2- توفير التمويل للأنشطة الصناعية: في الاستصناع يتمكن الصانع من الحصول على الثمن مما يوفر له تمويل التكاليف اللازمة للإنتاج وهذه ميزة الاستصناع، حيث يوفر للمنتج تغطية كافة التكاليف سواء المواد الخام أو الأجور والنفقات.

3- المساهمة في استقرار أسعار السلع الصناعية: وذلك لأن الاتفاق على الثمن يبنى على اعتبارات اقتصادية صحيحة فمن جانب طالب السلعة، فإن رغبته في الحصول على سلعة معينة وقبوله دفع الثمن

مسبقا يجعل القيمة التي سيدفعها في حدود التكلفة دون مغالات، كما أنه لا يقدم على الاستصناع إلا لحاجته إلى الشيء المصنوع ورغبته الحقيقية للاستهلاك، أو استخدامها كسلعة وسيطة في إنتاج سلع أخرى ناتجة على طلب حقيقي، وليس بدافع المضاربة لتحقيق ربح مغالى فيه. ومن جانب المنتج، فإن قبوله للسعر المحدد في العقد يرجع إلى رغبته في الاستمرار في السوق وضمان توفر الطلب على سلعته، وتوفير مصدر لتمويل نفقات الإنتاج، وعليه فإن السعر المحدد يكون في حدود الحسابات الاقتصادية السليمة.

4-تدعيم التخصص الصناعي: يسهم الاستصناع في تدعيم التخصص الصناعي، وتشجيع الحرف الصناعية مما يؤدي إلى التخصص فيها؛ ومن تم المساهمة في التقدم التكنولوجي في الصناعة.

5-المساهمة في استغلال الموارد الاقتصادية: لا يشترط لصحة عقد الاستصناع أن يتولى الصانع تصنيع السلعة بنفسه؛ بل يلتزم بتوفير السلعة بالمواصفات والكمية وفي الأجل المحدد في العقد، ومن شأن ذلك أن يسمح بدخول أطراف في العملية.

6-القضاء على البطالة: يسهم الاستصناع في القضاء على البطالة المنتشرة في العالم وخاصة العالم الإسلامي، وذلك حين يتم استغلال الموارد التي تدخل ضمن عقد الاستصناع ويحصل التكامل بين الخبرات ورأس المال، ويقضي حينئذ على البطالة بتوجيه الأيدي التي يمكن استخدامها والاستفادة منها إلى الصناعة.

7-يسهم الاستصناع في حل الأزمات

المطلب الثاني: المخاطر المحيطة بعملية الاستصناع وكيفية الحد منها

تتنوع المخاطر الخاصة بتنفيذ عقد الاستصناع بسبب خصوصيته من حيث تعدد أطرافه، وانعدام محله وقت التعاقد، وإمكانية امتداد أثره زمنا طويلا تبقى فيه التزاما الأطراف المتعاقدة أو بعضهم قائمة، مما يزيد من احتمال حدوث مخاطر مختلفة بسبب تغير الظروف المحيطة بالعقد عما كانت عليه عند التعاقد، ويمكن تلخيص هذه المخاطر في الآتي:

1- **مخاطر متعلقة بالصانع**: وهي مجموع المخاطر التي يكون مصدرها أو سببها الصانع نفسه وأهمها:

أ- عدم توفر الخبرة الكافية لدى الصانع، مما يؤثر على نوعية المصنوع ومدة التسليم.

ب- عدم توفر الإمكانات الفنية أو المالية لدى الصانع

2- **مخاطر متعلقة بالمستصنع**: وهي مجموعة المخاطر التي يكون سببها المستصنع وأهمها:

أ- عدم توفر الإمكانية المالية لدى المستصنع للوفاء بالتزاماته تجاه الصانع.

ب- عدم توفر الخبرة الكافية في تحديد وتوصيف المصنوع، الأمر الذي يفسح المجال للصانع للتصرف وتقديم بضاعة مخالفة لما يتصوره ويتوقعه

3- **مخاطر متعلقة بالمصنوع** :وذلك عندما يحتاج المصنوع لشروط خاصة أثناء التصنيع، أو النقل والتخزين كصناعة الأدوية -على سبيل المثال- وبغض النظر عن الطرف الذي يتحمل المسؤولية في حال تلف البضاعة، فإن هناك مخاطر إضافية سوف تنشأ عن طبيعة البضاعة.

4- **مخاطر متعلقة بمدة العقد:** فكلما كانت مدة العقد طويلة سواء مدة التصنيع أو مدة التسديد فإن مخاطر إضافية سوف تنشأ، وهي المخاطر المتعلقة بتغير الظروف الاقتصادية عما كانت عليه عند التعاقد. رغم هذا كله فإن هناك وسائل للتقليل من هذه المخاطر وهي كما يلي:

أ) **بالنسبة للصانع:**

- التأكد من خبرة وكفاءة الصانع ومقدرته المالية على التنفيذ.
- الطلب من الصانع تقديم ضمانات لحسن التنفيذ وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها.
- الاشتراط على الصانع دفع غرامات إذا تأخر في تسليم المصنوع عن الوقت المحدد

ب) **بالنسبة للمستصنع:**

- من حق الصانع أن يتحقق من القدرة المالية للمستصنع.
- تقديم ضمانات لصالح الصانع بدفع القيمة بالشروط المتفق عليها، إذا جاء الصانع بالبضاعة وفقا للمواصفات المحددة.

ج) **أما بالنسبة للمخاطر العامة الناشئة عن تغير الظروف الاقتصادية فتبقى قدرة الأطراف على التقليل منها محدودة.** [31]

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة نستطيع أن نوجز أهم ما انتهينا إليه في النقاط التالية:

1- **الاستصناع في المفهوم الفقهي** هو: عقد بين بائع يسمى الصانع ومشتري يسمى المستصنع على بيع سلعة موصوفة في الذمة يصنعها البائع بمادة من عنده في مقابل ثمن محدد، حال، أو مؤجل، أو على أقساط

2- **الاستصناع في المفهوم الاقتصادي** هو: صيغة من صيغ تمويل إنتاج السلع في مرحلة ما قبل التسليم أو في مرحلة الإنتاج.

3- **الاستصناع عقد مستقل خاص**، مثله مثل السلم أو الإجارة وإن كان لفظ البيع بعمومه اللفظي يشمل الجميع، وهو مشروع وجائز، بالكتاب، والسنة، وهذا ما رجحه الاجتهاد الفقهي المعاصر.

4- **يشترط لصحة عقد الاستصناع:**

أ- أن يكون المعقود عليه معلوما بذكر مواصفات الشيء المراد صنعه بدقة.

ب - أن يكون الشيء المصنوع مما يجري فيه التعامل.

ج - تحديد الأجل، أي المدة اللازمة لتسليم الشيء المصنوع.

د- أن يكون العقد مكتوبا.

5- **الاستصناع نوعان:**

أ - **استصناع عادي** (تقليدي): ويكون فيه التعامل مباشرا بين المستصنع والصانع.

ب - **استصناع موازي** (تمويلي): وهو الأسلوب المطبق في المصارف الإسلامية،

وفيه تكون المؤسسة المالية وسيطا بين المستصنع والصانع؛ من غير أن توجد أي علاقة تعاقدية بين المستصنع والصانع.

6- **ينشئ عقد الاستصناع عددا من الالتزامات على طرفي العقد:** فيلتزم الصانع بصناعة الشيء المطلوب، وتسليمه وفق الشروط والآجال المتفق عليها مع تحمل المسؤولية الكاملة عن ذلك، ويلتزم المستصنع بتسلم الشيء المصنوع بعد إنجازه مع دفع العوض المستحق للصانع وضمان ذلك.

7- **الاستصناع عقد ملزم للطرفين منذ انعقاده**، فليس لأحدهما الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا؛ وهذا ما تبناه الاجتهاد الفقهي المعاصر.

8- **يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا** وذلك في حالة إخلال الصانع بالتزاماته أو تأخره في تنفيذها ما لم توجد ظروف قاهرة، وأما فيما يتعلق بتأخر المستصنع عن سداد ما عليه من مستحقات مالية للصانع؛ فجمهور الفقهاء المعاصرين يمنعون ترتيب شرط جزائي على ذلك.

9- لا **يجوز للصانع أن يشترط في عقد الاستصناع البراءة من العيوب**؛ أي عدم مسؤوليته عما يظهر من عيوب أو اختلال في المبيع الذي سيصنعه؛ فهذا اشتراط باطل.

10-التمويل الإسلامي هو كل توفير أو تدبير للموارد المالية خاضع لتوجيهات وتعاليم الشريعة الإسلامية، وهو يقوم أساسا على استبعاد الربا واستحداث صيغ وأدوات تمويلية بديلة وتطبيقها في شتى التعاملات والتعاقدات.

11-**للتمويل الإسلامي خصائص يتميز بها**، ومن أهمها: تعدد وتنوع الصيغ، وارتباط ربح الممول بالملكية وبظهور ربح حقيقي، وارتباط التمويل بالسوق الحقيقية لإنتاج السلع والخدمات وتداولها؛ وما ينتج عن ذلك من تعلق استحقاق الربح بالضمان؛ أي تحمل المخاطر.

12-**يمكن للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أن توظف الاستصناع بأحد أسلوبين:**

أولهما: باعتبار المصرف مستصنعا؛ أي طالبا لمنتجات صناعية يشتريها من صانعيها ثم يتصرف فيها لصالحه.

وثانيهما : باعتباره صانعا (وهو الغالب) يتلقى طلبات العملاء لتوفير سلع معينة فيتعاقد معهم على ذلك؛ ثم يبرم عقد استصناع موازي مع المؤسسات الصانعة لتلبية ذلك 13**يقوم التمويل بالاستصناع في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية على الالتزام بنوعين من الضوابط والمعايير: شرعية وفنية**.

فالشرعية تتعلق بالالتزام بالشروط والأحكام التي نصت عليها الشريعة **الإسلامية** في موضوع التمويل والعمل المصرفي عموما، وفي التمويل بالاستصناع، والاستصناع الموازي بصورة خاصة. وأما المعايير الفنية فهي تسمح بتحقيق مستوى جيد من الكفاءة وحسن الإدارة للعمليات المالية والمصرفية، وبالتالي نجاح تلك المؤسسات في تحقيق أهدافها.

[1] - حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة بابن عابدين تحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود دار عالم الكتب
الرياض ج 2 ص 223
[2] - المعاملات المالية المعاصرة وهبة الزحيلي (ت 2015) ط الثامنة 2011 دار الفكر. ص: 304.
[3] - تحفة الفقهاء لمحمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي) ت 540 ه(الناشر: دار الكتب العلمية ط الثانية، 1994 م، ج 2 كتاب الإجارة ص 362.
[4] - أساسيات التمويل الإسلامي لمنذر قحف الناشر الأكاديمية العلمية للبحوث الشرعية ص 91 و 92.
[5] - المعاملات المالية المعاصرة لوهبة الزحيلي دار الفكر ط - 2011 ص 304.
[6] - المادة 58 من قانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبر في حكمها.
[7] - الأبناك التشاركية في المغرب الإطار الشرعي والقانون لعبد الكريم عبادي ط الأولى 2017
[8] - الهندسة المالية الإسلامية الدكتور أشرف محمد دوابه ، دار السلام ط الأولى - 2017 ص 26
[9] -الفقه الإسلامي وأدلته وهبة الزحيلي دار الفكر 1991 ج ص 92
[10] - المعاملات المالية المعاصرة وهبة الزحيلي دار الفكر ط - 2011 ص 305 و 306.
[11] - تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (ت 540 ه) مرجع سابق ج 2 ص 363
[12] - بدائع الصنائع للكاساني مرجع سابق ج 5 ص 2.
[13] - الجامع (منشور كملحق بمصنف عبد الرزاق) لمعمر بن أبي عمر وراشد الأزدي مولاهم، أبو عروة البصري، نزيل اليمن) ت 153ه (المحقق: حبيب الرحمن الأعظم بالناشر: المجلس العلمي بباكستان، وتوزيع المكتب الإسلام ط الثانية، 1403 ه باب الخاتم رقم الحديث 19465ج 10 ص 393
[14] - الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي (ت 785 ه ((لتقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن
علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب دار الكتب العلمية 1995 م ج 3 ص 189
[15] - بدائع الصنائع للكاساني مرجع سابق ج 5 ص 3
[16] - موطأ مالك برواية محمد بنا لحسن الشيباني لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، (ت 179 ه) تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد
اللطيف باب قيام شهر رمضان وما فيه من الفضل رقمه 241 ص 91
[17] - بدائع الصنائع للكاساني مرجع سابق ج 5 ص 3.
[18] - المدونة لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179 ه) دار الكتب العلمية ط الأولى، 1994 م ج 2 ص 69.
[19] - الأم للشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت 204 ه) دار المعرفة سنة النشر: 1410 ه/ 1990 م ج 3 ص 89
[20] - القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي لعلي أحمد السالوسي ط 13 سنة 2013 ص 517.
[21] - نفس المرجع، ص: 515.
[22] - نيل الأوطار شرح في شرح منتقى الأخبار، للإمام محمد بن علي الشوكاني، القاهرة دار الحديث، 2005، ج 5، ص: 165.
[23] - الاستصناع تعريفه تكيفه حكمه شروطه أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية لسعود بن مسعد الشبيتي دار ابن حزم 1995 ص 63.
[24] - رواه أبو داوود والترمذي كتاب الإجارة وكتاب البيوع ج 2 ص 305
[25] - حديث لا تبع ما ليس عندك سنده وفقهه لعلي القره داغي منشور في بحوث فقه المعاملات المعاصرة دار البشائر الاسلامية 2001 ص 10
[26] - شرح السنة لمسعود الحسين بن مسعود البغوي تحقيق شعيب الأرناؤوط ط الثانية ج 8 ص 40 و41
[27] - ندوة التطبيقات الاقتصادية الإسلامية المعاصرة الدار البيضاء - 5 - 8 ماي 1998
[28] - موسوعة فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية ج - 5 دار السلام ط الأولى 2009 ج 5 ص 101 - 103
[29] - موسوعة فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، دار السلام ط الأولى 2009، ج 5، ص: 113.
[30] - نفسه، ص:114.
[31] - مرجع سابق بتصرف ص: 116 و 117 و 118 و 119.

المصادروالمراجع

- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة بابن عابدين تحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود دار عالم الكتب الرياض
- المعاملات المالية المعاصرة لوهبة الزحيلي، (ت 2015) ط الثامنة 2011 دار الفكر.
- تحفة الفقهاء لمحمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبوبكر علاء الدين السمرقندي (ت 540هـ) الناشر: دار الكتب العلمية ط الثانية، 1994 م.
- أساسيات التمويل الإسلامي لمنذر قحف الناشر الأكاديمية العلمية للبحوث الشرعية
- قانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبر في حكمها.
- الأبناك التشاركية في المغرب الإطار الشرعي والقانون لعبد الكريم عبادي ط الأولى2017.
- الهندسة المالية الإسلامية الدكتور أشرف محمد دوابه ، دار السلام ط الأولى 2017.
- الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي دار الفكر 1991.
- الجامع (منشور كملحق بمصنف عبد الرزاق) لمعمر بن أبي عمر وراشد الأزدي مولاهم، أبو عروة البصري، نزيل اليمن (ت 153 هـ) المحقق: حبيب الرحمن الأعظم، الناشر: المجلس العلمي بباكستان، وتوزيع المكتب الإسلام ط الثانية، 1403 هـ باب الخاتم رقم الحديث 19465.
- الإبهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي (ت 785هـ) لتقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب دار الكتب العلمية 1995م.
- موطأ مالك برواية محمد بنا لحسن الشيباني لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179 هـ) تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف باب قيام شهر رمضان وما فيه من الفضل. المدونة لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179 هـ) دار الكتب العلمية ط الأولى، 1994 م.
- لأم للشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت 204 هـ) دار المعرفة سنة النشر: 1410هـ/ 1990 م
- القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي لعلي أحمد السالوسي ط 13 سنة 2013.
- حديث لا تبع ما ليس عندك سنده وفقهه لعلي القره داغي منشور في بحوث فقه المعاملات المعاصرة دار البشائر الاسلامية 2001.
- شرح السنة لمسعود الحسين بن مسعود البغوي تحقيق شعيب الأرناؤوط ط الثانية.
- ندوة التطبيقات الاقتصادية الإسلامية المعاصرة الدار البيضاء 5 - 8 ماي 1998
- موسوعة فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية دار السلام ط الأولى 2009.