

عقد الاستصناع وتكسيقاته المعاصرة في البنوك التشاركية- دراسة فقمية مقارنة بالقانون

ذ. إبراهيم والعيز

-أستاذ باحث في الفقه الإسلامي.

مقدمة.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد، فإن هذه المقدمة تشتمل على أهمية البحث، وأهدافه، وتقسيماته، وذلك على النحو التالي:

أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث في كونه يناقش التطبيقات العملية لعقد الاستصناع في البنوك التشاركية، نظرا لأهمية هذا العقد الاستثمارية في المعاملات المالية الإسلامية المعاصرة.

أهداف البحث:

* تعرف مفهوم عقد الاستصناع وأحكامه في الفقه الإسلامي والقانون المغربي.

* إبراز أهم التطبيقات العملية المعاصرة لعقد الاستصناع في البنوك التشاركية.

تقسيمات البحث:

يتكون البحث من مقدمة، وأربعة محاور، وخاتمة، وبيان ذلك على الوجه الآتي:

* المقدمة: وتشتمل على أهمية البحث، وأهدافه، وتقسيماته.

* المحور الأول: أهمية عقد الاستصناع في المعاملات المالية المعاصرة.

* المحور الثاني: الاستصناع وأحكامه في الفقه الإسلامي وفي نص الظهير الشريف رقم:

.1.14.193

* المحور الثالث: عقد الاستصناع وتطبيقاته العملية في البنوك التشاركية.

* المحور الرابع: الحكم الشرعي لبعض الاحتياطات التي تتخذها المؤسسات البنكية

التشاركية ضمانا لحقوقها.

* الخاتمة: وتتضمن خلاصات البحث.

المحور الأول: أهمية عقد الاستصناع في المعاملات المالية المعاصرة.

لقد أولى الإسلام عناية فائقة بالصناعة والاستصناع، في وقت كانت العرب وغيرهم من الأمم تنظر إلى الصناعات والحرف نظرة فيها التقليل من شأنها وقيمتها، فنزلت الآيات البيّنات الدالات على أهمية الصناعة في حياة الأمم، وذلك لما قرن الله سبحانه وتعالى الحديد مع القرآن الكريم في الإنزال فقال: (لقد أرسلنا رسلنا بالبيّنات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس)¹.

وبين كتاب الله -في مقام الامتنان بالنعم العظمى- أن الله سبحانه علم أحد أنبيائه العظام، وهو داوود عليه السلام صنعة اللباس الحديدي والدرع، حيث يقول: (وعلمناه صنعة لبوس لكم ليحصنكم من بأسكم فهل أنتم شاكرون)².

¹ - الحديد/ 34.

² - الأنبياء/ 79.

كما جعل الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم الصناعة اليدوية، وكل ما تصنعه يد الإنسان من أفضل الأعمال فقال: "ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده، وإن نبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده"³.

وجاء الفقهاء العظام من أئمة الفقه الإسلامي منذ القرن الثاني الهجري -من أمثال أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني رحمهم الله- بتنظيم عقد الاستصناع وبيان أهميته وشروطه وضوابطه وفروعه ومسائله وتطبيقاته، وهو تنظيم دل على عظمة الفقه الإسلامي وسبقه بقرون عدة في كل مجالات التشريع.

ومن هنا، فإن عقد الاستصناع يعتبر من أهم العقود المالية في الحياة الاقتصادية تداولا وانتشارا لارتباطه المباشر بالاحتياجات اليومية للأفراد والجماعات، وإن أهمية هذا العقد وأثره في المعاملات المالية في الماضي والحاضر تتجلى باختصار في؛ تيسير شؤون الحياة على الناس لتحصيل أرزاقهم، وتحقيق مصالحهم، وتمويل بعضهم بعضا، واستثمار أموالهم وتنميتها فيما يعود عليهم وعلى مصالحهم كلها بالنفع.

³- صحيح البخاري. كتاب البيوع- باب كسب الرجل وعمله بيده. رقم؛ 2072. ط/ 1. 1423هـ/ 2003م. دار ابن كثير- دمشق. ص/ 499.

المحور الثاني: الاستصناع وأحكامه في الفقه الإسلامي وفي نص الظهير الشريف رقم:

1.14.193.

1- مفهوم الاستصناع:

لغة: طلب الصنعة، والصنعة عمل الصانع في صنعته أو حرفته⁴.

اصطلاحاً: عرف الفقهاء الاستصناع بالحد، وعرفوه بالرسم؛ فأما تعريفه بالحد فهو: "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"⁵، وأما تعريفه بالرسم فقد ورد في كتاب بدائع الصنائع: "أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرها؛ اعمل لي خفا أو أنية من أديم أو نحاس من عندك بثمان كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم"⁶.

ويظهر من هذين التعريفين ومن غيرهما من التعاريف الأخرى للاستصناع القربة منهما، أن الاستصناع هو العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين أو مادة الصنعة والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً⁷. ومثاله: أن يطلب المستصنع (وهو المشتري) أحد أفراد الناس من الصانع (وهو البائع أو العامل) كنجار وحداد وحذاء ونحوهم من أصحاب الحرف أو المهن أن يصنع له شيئاً معيناً بأوصاف

⁴- انظر: * المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، للشيخ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي. تحقيق؛ الدكتور عبد العظيم الشناوي. ط/ 2. دار المعارف- القاهرة. دون تاريخ. ص/ 348.
* مختار الصحاح، للشيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. طبعة؛ 1986م. مكتبة لبنان-بيروت. ص/

155.

* الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي. ط/ 34. 1435هـ/ 2014م. دار الفكر. ج/ 4. ص/ 390.
⁵- انظر: * تحفة الفقهاء، للشيخ علاء الدين السمرقندي. ط/ 1. 1405هـ/ 1984م. دار الكتب العلمية-بيروت. ج/ 2. ص/ 362.

* الفقه الإسلامي وأدلته. ج/ 4. ص/ 390.

⁶- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ط/ 2. 1406هـ/ 1986م. دار الكتب العلمية-بيروت. ج/ 5. ص/ 2.

⁷- الفقه الإسلامي وأدلته. ج/ 4. ص/ 391.

محددة، كأثاث منزل أو مكتبة أو كراسي أو حلي وغيرها على ثمن معلوم إذا جرى فيه التعامل عملاً بالعرف⁸.

ومعنى العقد على شراء ما سيصنعه الصانع الذي هو مضمون عقد الاستصناع واضح كذلك في نص الظهير الشريف المنظم للبنوك التشاركية، حيث نجده يعرف الاستصناع بالقول: "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"⁹.

-2- أركان عقد الاستصناع:

الاستصناع عقد مثل جميع العقود، لا يختلف عنها إلا في أشياء خاصة به، وأركانه عند الفقهاء هي:

- أ- الصيغة؛ وهي التعبير الصادر من المتعاقدين لينبئ عن معنى التمليك والتملك، وهذا التعبير يسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء سواء كان هذا التعبير لفظياً أم خطياً¹⁰.
- ب- العاقدان؛ وهما الصانع الذي يقوم بالعمل، والمستصنع وهو الذي طلب عمل شيء معين، وشرطهما التكليف والرضا والاختيار، وهي شروط لا بد من توفرها في جميع العقود والالتزامات. والعاقدان في نص الظهير الشريف هما: " البنك التشاركي أو العميل، والمستصنع".

⁸ - نفسه. ج/ 4. ص/ 391.
⁹ - المادة: 58 من الباب الأول من القسم الثاني من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.
¹⁰ - عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، للدكتور كاسب بن عبد الكريم البدران. ط/ 2. 1404هـ/ 1984م. دون بيانات مكان الطبع. ص/ 90.

ج- المعقود عليه؛ وهو كما في التعريف الفقهي للاستصناع، وفي نص الظهير المنظم للعمل بالاستصناع في البنوك التشاركية: العين المصنوعة والعمل الواقع عليها من جهة، والثمن الذي يقدمه المستصنع من جهة ثانية.

3- شروط عقد الاستصناع¹¹:

لقد نص الظهير الشريف الصادر بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها على بعض شروط عقد الاستصناع، وذلك في نص التعريف الذي عرف به هذا العقد.

ولعل الغاية من تنصيب هذا الظهير على شروط عقد الاستصناع؛ رفع الغبن والغرر عن الأطراف المستثمرة لمالها وعملها بمقتضى هذا النوع من العقود، والنتيجة عن احتمال أن يشترط أحد طرفي العقد شرطا أو شروطا خاصة به تؤدي إلى إلحاق الضرر بطرف العقد الآخر. قال في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو مجهلة زائدة"¹²، ومن الشروط التي قررها الفقهاء في عقد الاستصناع ونص عليه الظهير المنظم لعمل البنوك التشاركية، حفظا لحقوق المتعاقدين ورفعاً لضرر الغرر والجهل عنهما:

أ- أن يكون المصنوع معلوما علما مانعا من الجهالة المفضية إلى المنازعة، حيث يبين المتعاقدان جنسه، ونوعه، وقدره، وصفاته. جاءت الإشارة إلى هذا الشرط في نص الظهير الشريف

¹¹ - شروط عقد الاستصناع تنظر إجمالا في:

* بدائع الصنائع. ج/ 5. ص/ 3.

* موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي. ط/ 1. 1430 هـ/ 2009 م. دار المكتبي-دمشق. ج/ 3. ص/ 258-259.

* المادة: 58 من الباب الأول من القسم الثاني من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436 هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها.

¹² - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد. تعليق وتحقيق وتخريج؛ محمد صبحي حسن حلاق. ط/ 1. 1415 هـ. مكتبة ابن تيمية-القاهرة. ج/ 3. ص/ 453.

"كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بتسليم مصنوع ...، بأوصاف معينة يتفق عليها".

ب- أن يكون المصنوع مما يجري التعامل بين الناس على استصناعه ويتعارفونه في حياتهم، كالأواني والأحذية والآلات والثياب وغير ذلك.

ج- أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع، وإن كانت من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعاً. وقد جاء هذا الشرط صريحاً في نص الظهير الشريف "كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بتسليم مصنوع بتسليم مصنوع بمواد من عنده".

د- بيان مكان تسليم المبيع إذا كان يحتاج إلى حمل ومصاريف نقل، حتى لا يقع الخصام والنزاع عند الاستلام. وقد وردت الإشارة إلى الجهة التي تدفع الثمن وطريقة الدفع في نفس نص الظهير السابق "وبئمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين".

هـ- تحديد أجل الاستصناع قصيراً كان أو طويلاً، لمنع الجهالة المفضية إلى التنازع، على اختلاف بين السادة الأحناف في جواز اشتراط الأجل في الاستصناع¹³.

4- دليل مشروعية عقد الاستصناع:

لقد استدلت الفقهاء على مشروعية عقد الاستصناع بالسنة النبوية المطهرة، وبالإجماع العملي، وبالمعقول.

¹³- اشترط أبو حنيفة رحمه الله في الاستصناع ألا يكون مؤجلاً إلى أجل يصح معه السلم كشهراً، فإن أجل إلى ذلك كان سلماً، ويشترط فيه حينئذ شروط السلم، ودليله أن العاقدين إذا حدداً أجلاً فقد اتفقا على معنى السلم، وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يصح اشتراط الأجل في الاستصناع، ولا يخرج ذلك عن الحقيقة، ويحمل الأجل على الاستعجال، لأن العرف والعادة يقضيان بتحديد الأجل في الاستصناع، وأن تحديد الأجل ليس خاصاً بالسلم، لمنع الجهالة المفضية إلى التنازع، وقد رجح الرأي الأخير بعض المعاصرين. موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي. ج/ 3. ص/ 258-259.

أ- السنة النبوية، فقد استدلو بما رواه الشيخان أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلى امرأة من الأنصار يقول لها: "مري غلامك النجار يعمل لي أعودا، أجلس عليهن إذا كلمت الناس"¹⁴، وبما رواه الشيخان كذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم (اصطنع خاتما من ذهب، وجعل فصبه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقى المنبر، فحمد الله وأثنى عليه فقال: "إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه". فنبذه فنبذ الناس)¹⁵.

ب- الإجماع العملي، لقد استدل الفقهاء على جواز الاستصناع بالإجماع العملي، حيث أوردوا أنه ثبتت مشروعيته بالإجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا دون نكير، فالإجماع منعقد على جوازه للحاجة، وكذلك فإن الدين يسر، فالناس احتاجوا إلى هذا التعامل فعملوا به ولم يجدوا نكيرا عليهم، ولا عبرة بخلاف البعض¹⁶.

ج- المعقول، وبيانه أن حاجة الناس في عموم الأزمنة والأمكنة تدعو إلى القول بجوازه، لأن الإنسان يحتاج إلى استصناع البيوت والمكاتب وأثاث المنزل وغيرها من الأدوات الصحية والكهربائية على مقادير مخصوصة وصفات مخصوصة، خاصة وأنه قد لا يتفق وجود هذه الأشياء مصنوعة في الأسواق بحسب رغبات الإنسان فيحتاج إلى أن يستصنعها، وقد عبر الفقيه الحنفي العلامة علاء الدين الكاساني عن هذا فقال: "ويجوز استحسانا لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير"¹⁷.

¹⁴ - صحيح البخاري. كتاب الجمعة-باب الخطبة على المنبر. رقم؛ 917. ص/ 221.
¹⁵ - صحيح البخاري. كتاب اللباس-باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه. رقم؛ 5876. ص/ 1483.
¹⁶ - عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، للدكتور كاسب بن عبد الكريم البدران. ص/ 100.
¹⁷ - بدائع الصنائع. ج/ 5. ص/ 2-3.

المحور الثالث: عقد الاستصناع وتطبيقاته العملية في البنوك التشاركية.

يتضح من نص الظهير الشريف المنظم للبنوك التشاركية أن عمل هذه البنوك بهذا العقد سيتجه نحو الاستثمار في كل ما دخلت فيه الصناعة¹⁸، فقد ورد في تعريف الظهير للاستصناع: "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".

يمكن للبنوك التشاركية أن تقوم بالاستثمار عن طريق عقد الاستصناع، فتتمى ثروتها أولاً، وتساعد ثانياً أفراد المجتمع الإسلامي، من مستثمرين وتجار وأصحاب المصانع ومقاولين وأصحاب الورشات الكبيرة والصغيرة، وخاصة الناس وعامتهم؛ تساعدهم على قضاء حوائجهم، وتحقيق مصالحهم، وتنمية أموالهم.

ومن كفاءات الاستثمار التي يمكن للبنك التشاركي أن يقوم بها:

1- تمويل المؤسسات والشركات عن طريق الاستثمار في القطاع الصناعي، بما يحقق عائداً ملائماً للمودعين في المجالات المشروعة، باعتبار أن الصناعة أصبحت من القطاعات الحيوية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في اقتصاد الدول، فالعمل على الاهتمام بها يعود بالنفع على الفرد والدولة.

ومن هذا المنطلق يتضح جلياً دور عقد الاستصناع في تحقيق التنمية، حيث لا توجد وسيلة إلى التمويل أثبتت صلاحيتها مثل عقد الاستصناع، وقد أشار الشيخ مصطفى الزرقا إلى

¹⁸- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور علي محيي الدين علي القره داغي. ط/ 1. 1422هـ/ 2001م. دار البشائر الإسلامية- بيروت. ص/ 157.

هذه الأهمية فقال: "أهمية عقد الاستصناع في ميدان التجارة من ناحيتين؛ الناحية الأولى: لم يعد الاستصناع محصوراً في نطاق الحاجات الفردية البسيطة، بل أصبح في نطاق واسع في حياة الفرد والجماعة، بالكميات الضخمة والضرورية، وأصبحت الدول النامية تعتمد على الدول الصناعية في كل شيء حتى الصناعة الغذائية. الناحية الثانية: إن عقد الاستصناع قد جمع بين خاصيتين، خاصة ببيع السلم في جوازه ببيع المعدوم في العقد، وخاصة ببيع المطلق العادي في جواز تأجيل الثمن انتمانا، لا يجب تعجله مثل السلم. ومن هذين الخاصيتين يتبين أن أهمية عقد الاستصناع في الاستثمار كبيرة جداً، بشرط التعامل به بخبرة تجارية وبصيرة شرعية في الأسواق التجارية"¹⁹.

والبنك التشاركي في تمويلاته الاستثمارية في القطاع الصناعي قد يكون مستصناعاً، وقد يكون صانعاً؛ فيكون مستصناعاً في الحالة التي يكون فيها طالبا لمنتجات صناعية ذات مواصفات خاصة، وبهذا العمل تحل مشكلة التسويق عند الصناع، بضمان مشتر لمنتجاتهم عند تمامها، والبنك يطلب السلع الرائجة بأسعار تلائم الصناع ثم يبيعها بأثمان تدر عليه أرباحاً إما حاضرة أو مؤجلة أو مقسطة، وهذا يوفر للبنك أرباحاً بعيدة عن الحرام، أما الحالة التي يكون فيها البنك التشاركي صانعاً أو عاملاً في عقد الاستصناع، وذلك حينما تطلب منه بعض الشركات أو المؤسسات أو الحكومات منتجات صناعية معينة، ذات مواصفات تحتاجها تلك الجهات، فيقوم من خلال ما يمتلكه من شركات ومصانع بإنتاج تلك المصنوعات، أو يقوم بالتعاقد مع غيره على صنع تلك المصنوعات، وفي كلتا الحالتين يمارس البنك عملية التمويل باستثمار ما لديه من أموال.

¹⁹- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، للدكتور مصطفى أحمد الزرقا. سلسلة محاضرات العلماء البارزين. رقم: 12. طبعة؛ 1420 هـ. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. ص/ 29-30 بتصرف.

وإذا قام بالاستصناع بنفسه، يمكن له أن يبيع المواد التي استصنعها بكافة العقود المشروعة بالمزايدة والمساومة والمراوحة، أو بأي شكل يراه بشرط ألا يمنعه مانع شرعي²⁰.

2- الاستصناع للتمويل العقاري، وفي هذا الإطار يمكن للبنك التشاركي أن يقوم بتمويل كل ماله علاقة بالعقار عن طريق عقد الاستصناع، من بناء المساكن، وشق الطرق وإصلاحها، وبناء الجسور وترميمها، ووضع مخططات للأراضي وتجهيزها للبناء، كما يمكن أن يكون شريكا بالعقد نفسه في إيجاد الهياكل القاعدية كالمستشفيات، والعيادات الطبية للأطباء، أو محطات النقل الجوية أو البرية، أو بناء المدارس والجامعات بالاتفاق على جزء من الأرباح، لأن البيع على الخارطة أو الهيكل جائز، لجريان هذا التعامل بين الناس، وتعارفهم به، وشدة حاجتهم إليه، حتى أصبح من عموم البلوى، على أن يراعي شروط الاستصناع؛ حيث يكون السعر متفقا عليه ومقطوعا به، وليس خاضعا للتكلفة، ويكون كل من البائع والمشتري غير ملزم بالشراء قبل الرؤية والتخصيص، فإذا تخصص المشتري بسكن مثلا، ورآه صار ملزما إذا وافق عليه، وجاء مطابقا للشروط والمواصفات المطلوبة، فإذا كان مخالفا للشروط والمواصفات المتفق عليها كان المشتري غير ملزم وله حق خيار الرؤية أو خيار الوصف²¹.

3- الاستصناع للتمويل الصناعي؛ يعتبر التمويل الصناعي بكل أشكاله وأنواعه وتجلياته من أساسيات عمل البنوك التشاركية؛ ومن نماذجه؛ صناعة العتاد كالمركبات والآلات وقطاع الغيار، وصناعة الملابس، وصناعة الأدوية، كما وجد في الوقت المعاصر الصناعة التحويلية، كصناعة المعلبات والمصبرات، وكل ما يحتاجه الإنسان في الحياة اليومية، أو في المحافظة على

²⁰- الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، للأستاذ عبد الكريم أحمد إرشيد. ط / 2. 1427هـ / 2007م. دار النفائس- الأردن. ص / 123.

²¹- موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي. ج / 3. ص / 264-265.

منتوجه الحيواني أو النباتي، وهذه المنتوجات إما أن تكون بطلب من الأفراد أو المؤسسات، أو تكون لحساب البنوك ويقوم بعملية الإنتاج كصاحب المعمل أو كشريك.

4- الاستصناع عن طريق عقد المقاول²²: وذلك بأن يعهد البنك بعمل المقاول إلى

مقاول يقوم بالعمل المتفق عليه بين البنك والمستصنع.

وبموجب عقد المقاول يقوم المقاول بإنجاز الأشغال اللازمة لإقامة العين المستصنعة المبين وصفها في فاتورة الأشغال المرفقة بالعقد، ويشمل ذلك توفير المواد اللازمة والمعدات والعمال والأعمال التحضيرية والنهائية وغيرها من الأعمال الضرورية لتنفيذ الأشغال المذكورة في مستندات العقد، وتشمل العين المستصنعة المبنى أو المباني أو المنشآت المطلوب بناؤها على الأرض بجميع مستلزماتها من المواد والأعمال، وفقا للوصف المبين في العقد.

²²- المقاول في الاصطلاح هي: "اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئا، أو يؤدي عملا بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد الآخر". الجامع في أصول الربا، للدكتور رفيق يونس المصري. ط/ 1412هـ / 1991م. دار القلم-دمشق، والدار الشامية-بيروت. ص/374.

المحور الرابع: الحكم الشرعي لبعض الاحتياطات التي تتخذها المؤسسات البنكية التشاركية

ضمانا لحقوقها.

يبدو بناء على بعض الآراء الفقهية لبعض الفقهاء والباحثين المعاصرين الذين اهتموا بفقه الاقتصاد الإسلامي المعاصر، أنه ليس هناك مانع شرعي فيما تتخذه بعض المصاريف الإسلامية وستتخذها البنوك التشاركية من إجراءات احتياطية تسمى: الشروط الجزائية²³، والتي تضعها على المصانع والصناع القائمين بالمشاريع ونحوها، ضمانا لحقوقها ولحقوق المودعين والمستثمرين الذين فوضوها باستثمار أموالهم من خلال عقد الاستصناع، وتأكيدا على الطرف الآخر وهو الصناع بوجوب وفائه بالعقد ومقتضياته، ووجوب التزامه بتسليم المتعاقد عليه في وقته المحدد، وذلك بشرط موافقته لمقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الحقوق، وخلوه من شبهة الربا.

إن الشرط الجزائي مقبول إذن من حيث المبدأ، ولكن لا يترتب عليه من الضمان والتعويض إلا بقدر إحداث الضرر، فلو خالف أحد العاقدين شروط العقد في الاستصناع وترتب على ذلك إحداث ضرر، فإن الضرر لا يلحق العاقد الآخر، وإنما يكون على المتسبب في الضرر، وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصناع في إكمال المال المستصنع في وقته، أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه، وترتب على التأخير ضرر فإن للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره²⁴.

غير أنه يلزم الاحتراز هنا من بعض الصور التي نص العلماء على عدم جواز الشرط الجزائي فيها، كأن يكون مبلغ الشرط مستحقا عند عدم الوفاء بالدين، أو التأخر فيه دون أن

²³- الشرط الجزائي: اتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، للدكتور محمد سليمان الأشقر وآخرين. ط/ 1418هـ / 1998م. دار النفائس-الأردن. المجلد/ 2. ص/ 855.

²⁴- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة. ص/ 154.

يتوقف على شريطة أخرى، كوقوع الضرر فعلا على أحد العاقدين. قال الفقيه الشافعي العلامة ابن المنذر: "أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف زيادة أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا"²⁵.

ونص كذلك على تحريم الشرط الجزائي في الديون مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة فقال: "لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير"²⁶.

أما التعويض عن الضرر الواقع فعلا، وإلزام المستصنع المماطل بالوفاء به، فقد قال بالجواز فيه عدد من العلماء المعاصرين منهم؛ الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، الذي أشار إلى أن التعويض عن الضرر في هذه الحالة مبدأ مقبول فقها، ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه، واستحقاق هذا التعويض على المدين مشروط بأن لا يكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، بل يكون مليئا مماطلا يستحق الوصف بأنه ظالم كالغاصب²⁷.

فعلى ضوء هذا لا مانع من اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، وحينئذ يلزم به الطرفان؛ ويكون التعويض عند الإخلال به بقدر الضرر وآثاره، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أو إلى القاضي عند النزاع.

هذا وقد نص الظهير الشريف المنظم لعمل البنوك التشاركية، والمبين لكيفية تنزيل معاملاتها المالية في مجال الاستثمار على ضرورة ضمان ودائع المستثمرين في هذه البنوك، وبين نظام ضمان هذه الودائع في جملة من مواده، حيث أكد في مادتين اثنتين على ضرورة إحداث

²⁵ - الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت. ط/ 1. 1416هـ/ 1995م. مطابع دار الصفوة. ج/ 33. ص/ 130.

²⁶ - قرار رقم: 109 (3/12) (1) بشأن موضوع الشرط الجزائي. مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي. الدورة/ 12. الرياض-المملكة العربية السعودية. من 25 جمادى الآخرة 1421هـ - 1 رجب 1421هـ الموافق لـ: 23-28 شتنبر 2000م.

²⁷ - الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، للأستاذ عبد الكريم أحمد إرشيد. ص/ 385.

صندوقين لضمان ودائع المستثمرين؛ فجاء فيه: "يحدث صندوق يسمى صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية لتعويض المودعين لدى البنوك التشاركية وذلك في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع"²⁸، "علاوة على صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية المنصوص عليه في المادة 67 أعلاه، يحدث صندوق جماعي لضمان الودائع لأجل حماية المودعين، ويشار إليه في هذا الباب بالصندوق"²⁹.

وهذا يكون نص الظهير الشريف قد رجح الرأي الفقهي الذي قال بجواز ضمان رأس المال في الاستصناع، ومال إليه بعض الفقهاء قديما، ورجحه بعض المعاصرين الذين اهتموا بدراسة وتحليل المعاملات المالية في المصارف الإسلامية كما سلفت الإشارة إلى ذلك في هذا البحث.

خاتمة البحث:

في خاتمة هذا البحث في موضوع استثمار البنوك التشاركية عن طريق عقد الاستصناع أسجل الخلاصات التالية:

* الفقه الإسلامي الزاخر بالمذاهب والآراء يضمن مصالح الناس ويؤمن لهم راحتهم وسعادتهم، ويحث على مواكبة التطور الدائم في جميع المستجدات المرتبطة بحياة الإنسان، ومنها الحياة الاقتصادية، لما في ذلك من نفع مستمر وفلاح دائم.

* الفقهاء وضحو بتفصيل الأحكام المرتبطة بعقد الاستصناع، لضمان صحة التعامل به، وسلامة النتائج المترتبة عنه، وتجنب الناس المشاكل والنزاعات التي عادة ما تنشأ بسبب التعاملات المالية.

²⁸ - المادة: 67 من الباب الثالث من القسم الثالث من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.
²⁹ - المادة: 128 من الباب الثالث من القسم السادس من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

* تطبيق عقد الاستصناع في التمويل والاستثمار الصناعي والعقاري عبر البنوك التشاركية يساهم في التنمية الاقتصادية، وتحريك عجلة النشاط الاقتصادي والصناعي والعقاري، ويلبي رغبات الأفراد والحكومات في التمويل المستمر والتعاون بين مختلف الفئات، ويؤمن فرص العمل، ويخفف من حدة الأزمات التي تعرقل مسيرة التنمية.

* عقد الاستصناع يحل محل كثير من المعاملات المالية الربوية التي نهى عنها الشرع الحكيم، لتنتجها المدمرة وخطرها الأثم.

انتهى، والحمد لله رب العالمين.

لائحة المصادر والمراجع:

* القرآن الكريم برواية الإمام ورش.

1- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، للدكتور محمد سليمان الأشقر وآخرين.

ط / 1418 هـ / 1998 م. دار النفائس-الأردن.

2- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور علي محيي الدين علي القره داغي.

ط / 1. 1422 هـ / 2001 م. دار البشائر الإسلامية- بيروت.

3- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد. تعليق وتحقيق وتخريج؛ محمد

صبيحي حسن حلاق. ط / 1. 1415 هـ. مكتبة ابن تيمية-القاهرة.

4- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني

الحنفي. ط / 2. 1406 هـ / 1986 م. دار الكتب العلمية-بيروت.

5- تحفة الفقهاء، للشيخ علاء الدين السمرقندي. ط / 1. 1405هـ / 1984م. دار الكتب

العلمية-بيروت.

6- الجامع في أصول الربا، للدكتور رفيق يونس المصري. ط / 1412هـ / 1991م. دار

القلم-دمشق، والدار الشامية-بيروت.

7- الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، للأستاذ عبد الكريم أحمد إرشيد.

ط / 2. 1427هـ / 2007م. دار النفائس-الأردن.

8- صحيح البخاري. ط / 1. 1423هـ / 2003م. دار ابن كثير- دمشق.

9- الظهير الشريف رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014)

بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

10- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، للدكتور

مصطفى أحمد الزرقا. سلسلة محاضرات العلماء البارزين. رقم: 12. طبعة: 1420هـ. المعهد

الإسلامي للبحوث والتدريب.

11- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي. ط / 34. 1435هـ / 2014م. دار

الفكر.

12- قرار رقم: 109 (3/12) (1) بشأن موضوع الشرط الجزائي. مجمع الفقه الإسلامي

الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي. الدورة / 12. الرياض-المملكة العربية السعودية. من 25

جمادى الآخرة 1421هـ 1 رجب 1421هـ الموافق لـ: 23-28 شتنبر 2000م.

13- مختار الصحاح، للشيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. طبعة: 1986م.

مكتبة لبنان-بيروت.

14- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، للشيخ أحمد بن محمد بن علي

المقري الفيومي. تحقيق؛ الدكتور عبد العظيم الشناوي. ط/ 2. دار المعارف- القاهرة. دون تاريخ.

15- الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت. ط/ 1.

1416هـ/ 1995م. مطابع دارالصفوة.

16- موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي. ط/ 1. 1430هـ/

2009م. دارالمكتبي-دمشق.