التكييف الفقهي والقانوني
لعقد الاستصناع وتطبيقاته المصرفية المعاصرة

د. كمال الأمين محمد فضل الله*

المستخلص

هدف البحث للوصول للخدمة المصرفية التي يستفاد منها في تنشيط الصناعة والتجارة، وكأحد البدائل الشرعية الادخارية المصرفية. وتبدو أهمية البحث في أن عقد الاستصناع المصرفي يعتبر أحد المخارج الشرعية لتوفير السيولة النقدية للمصانع والحرفيين بديلاً عما تقدمه البنوك الربوية من الإقراض الربوي المحرم بنظام الفائدة. وقد كان هذا العقد مثار خلاف بين المذاهب الفقهية، وحتى داخل المذهب الواحد. فهل عقد الاستصناع هو بيع سلم فتجري فيه شروط السلم؟ أو بيع عادي فتجب فيه شروط البيع؟ وهل الاستصناع عقد أم وعد؟ وافترض البحث عدة فرضيات من بينها: أنّ الاستصناع المصرفي يمثل الصيغة التمويلية لحل كثير من وسائل التمويل المصرفية في مجالات التجارة والصناعة واستخدم الباحث الوصفي والتحليلي والاستقرائي. وتوصل البحث إلى عدة نتائج من أهمها: أن عقد الاستصناع المصرفي عقد وراد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين. وأنه نوع من السلم يستخدم في مجال الصناعات. وأوصى البحث بعدة توصيات من أهمها: أنه لابَد من إيجاد قنوات اتصال استثمارية قادرة على اجتذاب أموال المواطنين من الأفراد والمؤسسات والشركات للمساهمة في تمويل المشروعات الكبيرة المختلفة.

* الأستاذ المساعد، كلية القانون، جامعة الجزيرة، السودان.

مقدمة:

أصبحت البنوك والمؤسسات المالية تلعب دوراً مهماً في الحياة العملية، ولها دوراً كبيراً في النشاط التجاري، بل أصبحت تقوم بوظائف أساسية أهمها تمويل المشروعات الكبيرة والشاملة التي تطورت مؤسساتها فأصبحت صناعة مالية مشروعة. فالمؤسسات المالية الإسلامية ذات رسالة اقتصادية واجتماعية، تعمل في ظل تعاليم الإسلام، فتقوم بجمع الأموال وتوظيفها في ظل ما شرعه الله من أحكام، يقول الله تعالي: [**هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ**]. تبارك:15. فإنّ المعاملات في البنوك والمصارف متعددة الطرق مختلفة المقاصد فيها الكثير من التعقيدات والملابسات فأصبحت الحاجة ماسة وضرورية. فالاستصناع صيغة تمويل إسلامية قديمة قدم المعاملات المالية البديلة عن الربا. فكان عقد الاستصناع، تيسيراً على الناس في تحقيق حوائجهم، وتلبية لمطالبهم المشروعة دون حرج ولا إرهاق. فالإسلام دين اليسر لا العسر، فإذا كان الاستصناع في الماضي وليد الحاجة الخاصة فإنه في عصرنا الحاضر أصبح من العقود المحققة للحاجات العامة والمصالح الكبرى كبناء السفن وصناعة الطائرات وبناء المدارس والجامعات والمستشفيات فكان عقد الاستصناع المصرفي كبديل شرعي كفيل بتحقيق الرخاء على ضوء الإسلام في محاولة لتأصيل هذا العقد وتكييفه الفقهي والقانوني وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون.

أهمية البحث:

إنّ الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، ولذا فقد شاء الله سبحانه وتعالى أن تستوعب الحلول لكل المسائل المستجدة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فالمسلمون ظلوا يتطلعون إلى البديل الإسلامي للخدمات الربوية. فكان عقد الاستصناع المصرفي ليمثل المخرج الشرعي لتوفير السيولة النقدية بديلاً للفوائد الربوية المحرمة بنظام الفائدة المحرمة. وتأتي أهمية الموضوع من ناحيتين:

الناحية الأولي: نظرية: وهي تتمثل في تكييف عقد الاستصناع المصرفي في الفقه الشرعي والقانوني، لخصوصية هذا العقد عن سائر العقود المصرفية الأخرى، فقد جمع هذا العقد بين خاصيتين[1] في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد سيصنع فيما بعد. وخاصية البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمانياً لا يجب تعجيله كما في السلم. ودراسة الخدمة المصرفية التي يقدمها عقد الاستصناع المصرفي وفق الشريعة والقانون. ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية والتصرفات ونظراً لأنّ عقد

[1] مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، ص 30. أحمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية، ص4.

الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة وفى فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلام.

الناحية الثانية: تطبيقية: وهي تتمثل في دراسة الخدمة المصرفية التي يقدمها عقد الاستصناع المصرفي من أجل الوصول إلى أمرين: الأمر الأول لمدى موافقته للعقود الشرعية والقانونية. والأمر الثاني لمدى إمكانية نجاحه وانتشاره والاستفادة منه كصيغة تمويل مصرفية بديلة للربا.

أهداف البحث: تهدف الدراسة لتحقيق الأهداف الآتية:

1. مراجعة العقود المصرفية لمعرفة الإجراءات المصرفية.
2. عمل دراسة كاملة لعقد الاستصناع المصرفي، وذلك بغرض تكييفه الفقهي لتحديد موقعه من الفقه الإسلامي والقانون لتحديد القصور الوارد والتجاوزات والايجابيات بغرض مراجعة أسس السلامة الشرعية والقانونية لهذا العقد المصرفي.
3. تشجيع الخدمات المصرفية التي تتضمن التكافل الاجتماعي المنظم والتي تهتم بالجانب الروحي الإنساني وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ليمثل المخرج الشرعي لتوفير السيولة النقدية.

سبب اختيار الموضوع:

1. عدم تفهم صيغة عقد الاستصناع المصرفي لمعظم المتعاملين به حيث واجهت تطبيق العقد في الواقع العملي بعض الإفرازات والثغرات التي يجب معالجتها.
2. إيجاد إضافة علمية جديدة للمكتبة الفقهية والقانونية ولو بالقدر اليسير في مجال أحكام القوانين المصرفية في معاملات المصارف، وإخراج العقد بشكل متكامل يعالج الموضوع من كل جوانبه المختلفة، ليساهم عملياً بإحياء فقه المعاملات المالية.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في أن عقود الاستصناع المصرفية في ظل تطبيقاتها في التجربة الإسلامية المطبقة حاليا في المؤسسات المالية والمصرفية الإسلامية، تقوم هذه العقود على آلية المشاركة وتقاسم المخاطر"مبدأ الغنم بالغرم "وترفض آلية الفوائد المسبقة، فالتطبيق له آثار سلبية يترتب عن التمويل المرتبط بنظام الفوائد المسبقة المضمونة وارتفاع تكاليفه وتغير سعر الصرف. وقد كان هذا العقد مثار خلاف بين المذاهب الفقهية وحتى داخل المذهب الواحد وهل عقد الاستصناع المصرفي مجرد وعد من شخص لآخر؟ أو هو عقد ذو طرفين ينشأ بإيجاب وقبول منهما؟ ومن يرى أنه عقد هل هو عنده عقد معاوضة ملزم لطرفيه بمجرد الانعقاد الصحيح، أو عقد غير ملزم؟ وهل عقد الاستصناع هو بيع سلم فتجري فيه شروط السلم؟ أو بيع عادي فتجب فيه شروط البيع؟ وهل الاستصناع عقد أم وعد؟ وهل عقد الاستصناع من قبيل البيع أم من قبيل الإجارة؟ وهل البيع للعين أو للعمل؟ وهل يجري فيه خيار الرؤية؟ وهل عقد الاستصناع جائز أم لازم؟

فروض البحث:

1. يواجه عقد الاستصناع المصرفي العديد من المشكلات المصاحبة لتطبيقه.
2. حركة التأصيل الشرعي تتواصل في إطار أسلمة الحياة المصرفية البديلة للربا المحرم.
3. عقد الاستصناع المصرفي صيغة تمويلية بديلة للربا المحرم تحل مشكلة كثير من مشروعات التمويل التجارية والصناعية في البلدان.
4. أدى الاستصناع في الماضي دوراً مهماً في الحياة العملية، ثم انتشر انتشارا واسعاً في العصر الحديث فلم يعد مقصوراً على صناعة الأحذية والجلود.

الدراسات السابقة:

هنالك العديد من الدراسات نذكر منها:

1. أحمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، قدمت هذه الدراسة دراسة تطبيقية لحالة البنك الإسلامي للتنمية، الجزائر، بانته، 1429هـ- 2008م، مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي في محاولة لدراسة هذا العقد في إطاره الشرعي الاقتصادي، فالدراسة عن الاقتصاد الإسلامي وتم تطبيق الحالة على بنك التنمية الإسلامي في توظيف هذه الصيغة في عملياتها التمويلية. فكان البحث في الإطار الاقتصادي ما بين بيع السلم والبيع المطلق فيعتبر مفيد من الناحية الاقتصادية، فلم يتأول البحث النواحي القانونية وتكييفها الفقهي والقانوني.

2. مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة قدمت هذه الدراسة دراسة تطبيقية لحالة البنك الإسلامي للتنمية 1420هـ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، فالبحث تحدث عن ثلاثة محاور، المحور الأول: تحدث عن عقد الاستصناع ومشروعيته وضرورته واختلاف المذاهب والآراء الفقهية حوله. والمحور الثاني تناول الباحث عقد الاستصناع في الاستثمارات الإسلامية. وفى المحور الثالث سأل الباحث هل يجوز للصنائع في الاستصناع اشتراط براءته من ضمان عيوب المبيع والذي هو اشتراط إجارة مطلقاً في البيع العادي. فاهتمت الدراسة بأهمية هذا العقد المصرفي فبينت الدراسة كثير من الأحكام الفقهية، ووضحت أهمية هذا العقد في إطاره الاستثماري المعاصر. وخلصت الدراسة إلى عدة نتائج من أهمها: أنّ عقد الاستصناع عقد مستقل وهو نوع من أنواع البيوع محله الشيء المتعاقد على صنعه، في مدة محدده فالمحل فيه متعدون حين العقد يلتزم البائع بصنعه.

3. سعد السبر، الاستصناع (المقاولات) بحث فصلى لمرحلة الماجستير فقه مقارن بتكليف من الدكتور عبد الرحمن السند، المعهد العالي للقضاء في 1429/4/9هـ المستوى المقارن بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية 1428هـ، فبدأ

بمقدمة، وطرح عدة تساؤلات وإشكالات حول الاستصناع، فتحدث عن الاستصناع وأحكامه وتكييفه الفقهي وتحدثت عن اشتراط الأجل وعلى اللزوم في عقد الاستصناع. وتحدثت الدراسة عن عقود الاستصناع التي يمكن استخدامها لتحقيق منافع للمجتمع كمشاريع البينة الأساسية والعقود الضخمة كصناعة الطائرات وبناء السفن. ثم تناولت الدراسة الضوابط الشرعية لعقد الاستصناع الموازي والتي من أهمها: أن يكون المعقود عليه (المصنوع) معلوماً بدقة ويتحقق ذلك من بيان نوعه وبين جنسه. ويمكن جواز التأجيل.

4. عبد الكريم عمر الشيبانى: بحث في أحد صيغ التمويل الإسلامي المعاصر، مصرف الجمهورية بدون تاريخ. تناولت الدراسة جانب نظري لعقد الاستصناع وهو من أنواع البيوع في الإسلام ومن الصيغ الاستثمارية المتعامل بها في الشريعة الإسلامية وهو بيع الثمن بالعين. وفى الجانب العملي تناولت الدراسة خطوات عملية لتمويل الاستصناع وهي: الخطوات الضرورية للتعامل مع الزبون. ثم أوصت الدراسة بدراسة الأحكام الشرعية للعقود التي تنظم أعمال الصيرفة الإسلامية حتى يتمكن من معرفة الأصول الفقهية التي تساعده علي شق الطريق إلى معالجة هذه الأعمال إسلامياً في ضوء ما تقرر عنده من أحكام وقواعد شرعية لإحقاق الحق وإبطال الباطل في المعاملات الإسلامية. كما أوصت الدراسة بعدم تبرير الاندفاع والعجلة على التفريط والانفلات والعدوان على حدود الله بدعوي سعينا إلى تحقيق مركز تنافس متقدم للمصارف الإسلامية، وأوصت الدراسة ايضاً توعية العاملين في هذا المجال بحقيقة رسالتهم وبالدور الهام المكلفين به، ثم بالخطوات الشرعية اللازمة لصحة المعاملات التي يمارسها المصرف مع بيان الغاية من كل هذه الخطوات والأدلة الشرعية على لزومها.

منهج وخطة الدراسة:

تم الاعتماد على منهجين أساسيين تتناسب مع طبيعة البحث، وتتمثل في:

الأول: المنهج الوصفي التحليلي: وقد تم توظيف في هذا المنهج في البحث من أجل تجميع الحقائق والمعلومات المتعلقة بموضوع الاستصناع وتحليلها وتبويبها، للوصول إلى معرفة دقيقة وتفصيلية عن هذا الموضوع، وفهم أفضل له.

الثاني: المنهج الاستقرائي: وفي هذا المنهج يبدأ الباحث بملاحظة الجزئيات ليستمد منها القوانين أو النظريات، وقد تم اعتماد هذا المنهج في هذا البحث من خلال تتبع وملاحظة نماذج لتوظيف الاستصناع في التجارب المعاصرة، لاستخلاص النتائج والدروس. وقد قسمت هذه الدراسة لثلاثة مباحث، وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: مفهوم عقد الاستصناع المصرفي وأحكامه الفقهية

يتضمن هذا المبحث أربعة مطالب، الأول لتعريف عقد الاستصناع لغة، والثاني لتعريف عقد الاستصناع في الاصطلاح، وفى الثالث لعقد الاستصناع في القانون الوضعي، وفى المطلب الرابع نتأول الأحكام الفقهية والقانونية لعقد الاستصناع المصرفي وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف عقد الاستصناع لغة

الاستصناع طلب الصنعة، والاستصناع من مادة "صنع"[1] صنعه يصنعه صنعه: عمله، استصنعه: اتخذه: مصدراً استصنع بمعنى طلب الصنعة، فيقال استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه واصله صنع يصنع صنعاً، والصناعة حرفة الصانع. وجاء في المصباح المنير: [2] صنعته (اصنعه) (صنعا) والاسم (الصناعة) والفاعل (صانع) والجمع (صناع) و(الصنعة) عمل الصانع[3]. وقد ورد لفظ "صنع" في القران عدة مرات منها قوله تعالى:[وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ ..] الأنبياء: 80. وقوله تعالى: [وَلاَ يَزَالُ الَّذِينَ كَفَرُواْ تُصِيبُهُم بِمَا صَنَعُواْ قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيباً مِّن دَارِهِمْ ..] الرعد: 30 وقوله تعالى: [وَأَلْقِ مَا فِي يَمِينِكَ تَلْقَفْ مَا صَنَعُوا إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدُ سَاحِرٍ ..] طه: 69. وقوله تعالى:[... صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ إِنَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَفْعَلُونَ] النمل: 88 وقوله تعالى: [فَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِ أَنِ اصْنَعِ الْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا..] المؤمنون: 27. وغيرها من الآيات القرآنية.[1] فكلمة استصناع مشتقة من صنع، وهي على صيغة استفعال، وتعنى طلب الصنع. وهو عقد بيع بين المتصنع (المشترى) والصانع (البائع) بحيث يقوم الثاني، بناء على طلب الأول بصناعة سلعة موصوفة تسمى المصنوع، أو الحصول عليه عند أجل التسليم على أن تكون مادة الصنع وتكلفة العمل من الصانع، وذلك مقابل ثمن يدفع نقداً ومؤجلاً كله أو مقسطاً، فهو يخرج بذلك ما هو وعد، وهو الصحيح لأكثر فقهاء الأحناف. وهو عقد بيع يخرج الإجارة أيضاً، فهي عقد على منافع، لا على عين. وكلمة موصوف في الذمة قيد ثالث احترز به على البيع على عين حاضرة. والتزام البائع بتسليم المصنوع هو شرط العمل فأخرج السلم حيث لا يشترط فيه كون المسلم فيه مصنوعاً، وبالموصفات المطلوبة، هو الوجه المخصوص، أي جامع لشروط الاستصناع ببيان الجنس والنوع والقدر وغير ذلك مما تصبير عليه به معلومة، بحيث لا يؤدى إلى نزاع. فالصناعة حرفة الصنائع وعمله الصنعة، فالاستصناع طلب الصنعة، واستصنع الشيء دعا إلى

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مادة صنع، 208./8

[2] أحمد بن محمد بن على، المصباح المنير 384/1.

[3] الرازي، مختار الصحاح، ص 371.

[1] منها قوله تعالى: [وَحَبِطَ مَا صَنَعُواْ فِيهَا وَبَاطِلٌ مَّا كَانُواْ يَعْمَلُونَ] هود: 16، وقوله تعالى: [وَاصْنَعِ الْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا] هود: 37، وقوله تعالى: [وَيَصْنَعُ الْفُلْكَ] هود: 38 [وَدَمَّرْنَا مَا كَانَ يَصْنَعُ فِرْعَوْنُ وَقَوْمُهُ وَمَا كَانُواْ يَعْرِشُونَ] الأعراف: 137.

صنعه. وعليه فإن الاستصناع لغة هو طلب عمل من الصانع ليعمل شيئاً صناعة لطالب الصنعة وصنع: اصطنع.

المطلب الثاني: تعريف عقد الاستصناع في الاصطلاح

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الاستصناع في الفقه الإسلامي، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة عقد الاستصناع وتكييفه، حيث أدخله الجمهور ضمن السلم في الصناعات، أما الأحناف فعدوه عقداً مستقلاً، لكنهم اختلفوا في تعريفه. فعقد الاستصناع عند الحنفية، هو عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع، وصورة الاستصناع هي أن يقول إنسان– لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما: اعمل لي خفاً أو آنية من أجيم أو نحاس من عندك بثمن كذا، وبين ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم[2]. وعرّفه أخر: الاستصناع طلب السلعة، وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب: اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا، أو دستاً تسع كذا، ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا، ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئاً، فيعقد الآخر معه[3]. وجاء في تحفة الفقهاء[4] بقوله: هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع. وعند المالكية ورد في عقد السلم في باب السلف في الصناعات.

والمتتبع لكتب الفقه المالكي يجد أنّ فقهاء هذا المذهب لم يخصصوا للاستصناع عقداً خاصاً ولا باباً مستقلاً كما فعل فقها الحنفية، وإنما اعتبروه صورة من البيع المطلق وصورة من صور السلم في الصناعات، وهو ضرب للسلعة التي استعملها أجلا بعيداً، وجعل ذلك مضموناً على الذي يعلمها بصفة معلومة، وفى ذلك قوله" كاستصناع سيف: أي كما أن استصناع السيف والسرج سلم، سوء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا. ولا نجد عند الشافعية[5] بابا خاصا بالاستصناع، غير إنهم يذكرونه في باب السلم، فالاستصناع هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل وأن يكون السلم والمسلم فيه مما يجو فيه النساء، وأن يكون الثمن غير مؤجل أجلاً طويلا[6]. والحال لا يختلف كثيراً عند الحنابلة، حيث لا يصح عندهم إلا بوجه السلم[7]. ففي الفقه الإسلامي المعاصر عرفته الموسوعة الفقهية الكويتية[8] بأنه: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، وهذا التعريف أخذ من تعريف الكاساني الحنفي. وعرفه مصطفى الزرقاء: عقد يشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعا يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف معينة وبثمن محدود[9]. وعرفه الدكتور على محي الدين القره داغى بأنه: الاستصناع هو ما إذا طلب المستصنع من الصانع صنع شيء

---

[2] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 2/5.
[3] ابن الهمام، فتح القدير مع العناية وبهامشه شرح العناية على الهدية، 24/6.
[4] السمرقندى، تحفة الفقهاء، ج2، ص 326.
[5] الشافعي، الأم، 78/3.
[6] الشيرازي، المهذب، ج1، 298.
[7] ابن قدامة، المغنى، 386/6.
[8] الموسوعة الفقهية الكويتية، 325/3.
[9] مصطفى أحمد الزرقاء، بحث منشور بمجلة الفقه الاسلامى، العدد السابع.

موصوف في الذمة خلال فترة سواء كان المستصنع عين المصنوع منه بذاته أم لا، وسواء كان المصنوع منه موجودا أثناء العقد أم لا[10]. وذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى تعريف الاستصناع بأنه:(عقد على بيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص)[11].

باستقراء التعريفات السابقة يمكن تعريف عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بأنه: عقد بيع لازم في الذمة يشترى به أصل قابل للصنع موصوف في الذمة يلتزم الصانع (البائع) بتسليمه وفقا للمواصفات المطلوبة من المستصنع (المشترى) مقابل ثمن معلوم على وجه مخصوص.

المطلب الثالث: تعريف عقد الاستصناع في القانون

عقد الاستصناع في القانون في معظم الدول العربية ثم إدراجه ضمن عقد المقاولة عدا القانون المدني العراقي[12] الذي أفرده بالذكر وعرفه بأنه: "العقد الذي وقع على صنع شيء معين ويتعهد المقاولة فيه بتقديم العمل والمادة معاً". وهو عقد لازم منذ انعقاده بناء على رأى مجلة الإحكام العدلية بقولها: الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا، فالعامل صانع والمشترى مستصنع والشيء مصنوع[13] تنطبق فيه الأحكام العامة للعقد فهو ارتباط الإيجاب الصادر من المستصنع (المشترى) بقبول الطرف الأخر الصانع (البائع) بصيغة (الإيجاب والقبول) المتطابقين، على أن يتوفر المحل، ويتكون من المصنوع وهو العين الموصوفة المطلوب صنعها و(الثمن) على أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة، وأن يكون قدراً مقطوعاً، وأن تحدد طريقة دفع الثمن نقدا أو مؤجلاً كله أو مقسطاً. وبذلك يعتبر عقد الاستصناع عقد مقاولة. وعرف السنهوري عقد المقاولة بأنه: "عقد المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[14] ولم يعرف القانون السوداني عقد الاستصناع تعريفاً مستقلاً كما هو الحال في جميع الدول العربية. ولكنه نظم عقد المقاولة[15]. فعقد المقاولة: عقد يتعهد أحد الطرفين بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدى عملاً لقاء مقابل يتعهد به الطرف الآخر[16]، فاشترط القانون السوداني على المقاول (الصانع) بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها[17]، ويجب عليه إنفاذ العمل وفقاً لشروط العقد. ويلتزم صاحب العمل "الصانع البائع" بتسلم ما تمّ من العمل متى ما أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، ويستلزم صاحب العمل "المتصنع المشترى" بدفع

---

[10] على محي الدين القرة داغى، بحث مقدم لمجمع الفقه الاسلامى المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة بالمملكة العربية السعودية.
[11] ناصر أحمد إبراهيم النشوى، عقد الاستصناع، ص 149.
[12] الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، رئاسة الحكومة أمر رقم (58075) مؤرخ في رمضان 1395هـ الموافق 1975/9/26م، الجريدة الرسمية الصادرة في 34 رمضان 1395ه، الموافق 9/30/ 1975، ص 990.
[13] مجلة الأحكام العدلية، على حيدر، تعريب المحامي/ فهمي الحسين، 1/ 63.
[14] عبد الرزراق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، المجلد 1.
[15] قانون المعاملات المدنية السوداني 1984م، عقد المقاولة في الباب الثاني عشر، المادة (378) حتى المادة(399).
[16] قانون المعاملات المدنية السوداني 1984، الباب الثاني عشر، الفصل الأول، المادة (378).
[17] المرجع نفسه، المواد (388،381).

الأجر عند تسليم المعقود عليه (محل الصناعة). وفى السودان لم يعرف قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني الاستصناع شانه شان صيغ التمويل الأخرى كما هو الحال في القوانين الوضعية المصرفية الأخرى وإنما ترك أحكامه للقانون المدني السوداني باعتباره من العقود الواردة على العمل باعتباره عقد مقاولة[18]، وألا يتعارض مع حكم شرعي[19].

مما تقدم يمكن تعريف عقد الاستصناع في القانون بأنه من عقود المقاولات فهو: عقد يشترى به في الحال شيئاً مما يصنع (بواسطة المشترى) صنعاً يلتزم البائع (الصانع) بتقديمه مصنوعاً بمواد على أن يقوم البائع (الصانع) بعملية الاستصناع بأوصاف معينة وبثمن محدد، وفى وقت محدد، وتنطبق فيه الأحكام العامة للعقد لشروط صحته وهي: توافق الإيجاب والقبول لدى المتصنع والصانع. وأهلية المتعاقدين. وأن يكون المصنوع معلوم الجنس والنوع والقدر بحيث تنتفي الجهالة. وأن يحدد الثمن تحديداً قاطعاً. وأن تكون مواد الصناعة من الصانع.

المطلب الرابع:الأحكام الفقهية والقانونية لعقد الاستصناع المصرفي:

شرع الله تعالى الاستصناع مع أنه بيع معدوم تيسيراً على الناس في تحصيل أرزقهم، وتحقيق مصالحهم، وتمويل بعضهم بعضاً، واستثمار أموالهم. وعقد الاستصناع مشروع استحساناً عند الحنفية[20]: لتعامل الناس به على نحو مستقر دون إنكار حتى صار إجماعاً، ولأنّ الحاجة تدعو إليه باعتبار أنّ الأشياء المصنوعة المتوافرة لا تفي باحتياجات الناس فيلجأون إلى الاستصناع. أما عند المالكية فهو من باب السلم في الصناعات والتي من أهمها أن يكون السلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النساء، وأن يكون الثمن غير مؤجل أجلاً طويلاً، وقد أجمل ابن رشد الجد[2] صور الاستصناع الملحقة بالسلم في (صور أربعة) هي: أولها- اشتراط عمل الصانع وتعيين ما يعمل منه. وثانيها: اشتراط عمله وعدم تعيين ما يعمل منه في البيع والأجرة في المبيع تجوز في بعض الحالات، وثالثها: عدم اشتراط عمل الصانع ولا ما يعمل منه وهذه الصورة حكمها حكم السلم، ورابعها: عدم اشتراط عمله وتعين ما يعمل منه وهذه الصورة غير جائزة لتضمنها أصليين متناقضين، والشافعية[3] لم يفردوا له باباً خاصاً، غير إنهم يذكرونه في السلم وتطبق عليه أحكام السلم والتي من أهمها أن يكون السلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النساء، وأن يكون الثمن غير مؤجل أجلاً طويل والحال لا يختلف كثيراً عند الحنابلة، حيث لا يصح عندهم إلا بوجه السلم[4]. فإذا كان التعامل بعقد الاستصناع في الماضي وليد الحاجة الخاصة والصناعة اليدوية في مجال الجلود والتجارة فإنه في عصرنا الحاضر أصبح من العقود المحققة للحاجات العامة، والمصالح الكبرى للدول في مجال الصناعات.

---

[18] نظم قانون المعاملات المدني السوداني 1984م عقد المقاولة في الباب الثاني عشر.

[19] قانون تنظيم العمل المصرف 2002م-2003م السوداني، الفصل الأول، أحكام تمهديه، المادة (3).

[20] السرخسى، المبسوط، 38/12.

[2] ابن رشد، المقدمات الممهدات، ص.23

[3] الشافعي، الأم، 78/3. المرجع نفسه

[4] ابن قدامه، المغنى، 386/6.

يرى الباحث: أنّ المذاهب الثلاثة في الفقه الإسلامي غير الحنفية لم تجعل الاستصناع عقدا مستقلا، وإنما جعلوه ضمن السلم، فالمالكية خصصوا جزاء من كتاب السلم للسلم في الصناعات أو السلف في الصناعات، فأجازوه بشروط السلم، أما الشافعية والحنابلة لا يكادون يختلفون عن المالكية إلا في القليل من الفروع التطبيقية، وبذلك أجمعت على عدم جواز الاستصناع إلا بشروط السلم.

أركان عقد الاستصناع:

أركان عقد الاستصناع هي أركان العقد بصفة عامة وهي ثلاثة على النحو التالي[21]:

1. الصيغة: وهي صيغة الإيجاب والقبول من الطرفين، الإيجاب من المستصنع وهو المشترى، والقبول من جانب الصانع وهو البائع وهو المصرف. حيث تبدأ العملية المصرفية بإفصاح العميل عن رغبته للمصرف في شراء شيء يحتاج أن يصنع أو يبنى أو يركب بمواصفات معينة وثمن محدد، فيتم القبول من جانب المصرف ويبرم البنك مع العميل عقد استصناع يلتزم بموجبه بصناعة المطلوب وتسليمه للعميل خلال مدة زمنيه محددة مقابل ثمن محدد يسدد حالاً أو على أقساط متعددة أو يدفعه واحدة مؤجلة. ويجب أن يتصل إيجاب العميل وهو المستصنع مع قبول المصرف وهو الصانع، وأن يكون كلاً من الإيجاب والقبول متوافقين.

2. العاقدان: وهما المستصنع وهو العميل-أي المشترى صاحب الحاجة والطرف الثاني الصانع- أي البائع وهو البنك. ولكي تتحقق الشروط التي يجب توافرها في العاقدين يجب توافر الشروط الآتية:

أ. أن يكون كلاً من المتعاقدين، أي الصانع وهو المصرف ويوقع عنه المدير العام والمستصنع وهو العميل البلوغ، والبلوغ شرط أساسي لاعتبار الأهلية[22].

ب. أن يكون كلاً من العاقدين عاقلاً. واتفق الفقهاء الأصوليين على أنّ العقد شرط من شروط الأهلية، وهو مناط التكليف في الشريعة الإسلامية على وجه العموم.

3. المحل وهو الشيء المراد صنعه (السلعة، والثمن). واشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون محل العقد وهو "محل عقد الاستصناع" الشروط الآتية:

أ.أن يكون المعقود عليه عقد الاستصناع المصرفي أن يكون المراد صنعه مما يجرى فيه التعامل

ب. أن يكون المعقود عليه في عقد الاستصناع قابلاً للتعاقد شرعاً والمقصود هو العين والعمل.

---

[21] توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، مخطط هيئات الرقابة الشرعية، المراشد الفقهية الصادرة عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، القسم الثالث، المرشد الفقهي لعقد الاستصناع والاستصناع الموازى، ص62 وما بعدها.

[22] رد المختار، 163/6. الماوردى، الحاوى الكبير، 8/8. ابن قدامة المغنى، 6،228. النشوى، عقد الاستصناع، ص451

ت. أن يكون المراد صنعه فيه أجل. وأن يكون محل الاستصناع المصرفي مملوكاً لمن يملكه.
ث. أن يكون المعقود عليه المراد صنعه موجوداً. وأن يكون البدلان في عقد الاستصناع مقدوري التسليم. وأن يكون مالاً مقوماً.

شروط عقد الاستصناع

عقد الاستصناع عقد يشترى به في الحال شيئاً مما يصنع صنعاً، يلتزم البائع وهو المصرف بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده، بأوصاف معينة، وبثمن محدد. ويشترط في عقد الاستصناع المصرفي الآتي:

1. أن يكون العقد بأوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدى إلى بيانه بياناً تاماً من حيث الجنس والنوع والقدر والأوصاف التي لا تدع مجالاً للاختلاف بين العاقدين.
2. أن يكون الاستصناع على الأشياء التي تعارف عليها الناس بالتعامل استصناعاً، لأنّ جواز الاستصناع مبنى على العرف، فالأشياء التي تعارف الناس على عدم التعامل استصناعاً لا يصح فيها الاستصناع كالثمار والحبوب مثلاً.
3. أن يكون العقد محدد الأجل، وإلا كان سلماً عند الإمام أبى حنيفة، قال الكاسانى" لأن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج عن كونه استصناع"[23].

4. العلم بالثمن عند التعاقد، أما تأجيل الثمن وتعجيله فيرجع إلى الاتفاق بين الطرفين فيصح معجلاً ومؤجلاً ومقسطاً. "يشترط في عقد الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة، وأن يحدد فيه الأجل، ويجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط" معلومة لأجال محددة.
5. أن تكون المادة والعمل من الصانع وأن يكون المصنوع مما يجرى التعامل باستصناعه.
6. يشترط لصحة الاستصناع الشروط الآتية[24]: شروط المصنوع (المبيع):

أ- أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة التي تؤدي للنزاع، وذلك ببيان جنس المصنوع (عربة، طائرة، منزل ..الخ) نوع المصنوع: عربة كريسيدا، طائرة، منزل من طابقين بمواصفات محددة. وصفة المصنوع: ويشار إليها بجداول المواصفات التي تشمل على تفصيل طلب المستصنع. بما في ذلك مادة الصنع. وقدر المصنوع :عدد الوحدات المطلوب صنعها.

---

[23] الكاسانى، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 5/3.
[24] راجع توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، مخطط هيئات الرقابة الشرعية، المراشد الفقهية الصادرة عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، القسم الثالث، المرشد الفقهي لعقد الاستصناع والاستصناع الموازى، ص64 وما بعدها

ب- أن تكون مادة الصنع والعمل من الصانع. وأن يكون المصنوع - مما جرى فيه التعامل بين الناس على وجه الاستصناع. ويجوز فيما لم يجر فيه التعامل متى دعت الحاجة إليه. وأن يضرب أجل محدد لتسليم المصنوع بناءً على رأي الصاحبين، أن يحدد مكان تسليم المصنوع.

ت- شروط الثمن: أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة. وأن يكون قدراً مقطوعاً، بحيث لا يتأثر في الأحوال العادية بزيادة أسعار المواد، أو زيادة تكلفة العمل. ويجوز أن يتغير الثمن زيادة ونقصاناً بإدخال تعديلات على المصنوع بناءً على اتفاق بين الطرفين أو نتيجة للظروف القاهرة، وأن تحدد طريقة دفع الثمن نقداً أو مؤجلاً كله أو مقسطاً.

ث- الضمان: يجوز للمستصنع أخذ الضمان على المبالغ التي دفعها مقدماً تسليم المصنوع وفقاً لمواصفاته وعند أجله وفي محله، يجوز للصانع أخذ ضمان على قيام المستصنع بسداد كل الأقساط المستحقة عليه عند أجلها أو عند نهاية كل مرحلة من مراحل التصنيع.

ج- الشرط الجزائي: يجوز للمستصنع النص في عقد الاستصناع على الشرط الجزائي إذا تأخر الصانع عن الوفاء بالتزامه في أجله.

ح- الخيار بسبب فوات الوصف: إذا وجد المستصنع المحل مخالفاً للوصف فله أن يرده بخيار فوات الوصف. أو يقبله بدون المطالبة بثمن لفوات الوصف. ولهما أن يصطلحا على الحط عن الثمن الأول.

خ- انتهاء عقد الاستصناع: ينتهي عقد الاستصناع بالآتي أو بتنفيذ طرفي العقد للالتزامات المتفق، وذلك بتسليم المستصنع للمصنوع والصانع للمقابل حسب شروط العقد. أو فسخ العقد قبل البدء في العمل برضي الطرفين. وبانفساخ العقد قبل البدء في العمل بموت أحد الطرفين أو فقدان أهليته. أو بفسخ العقد رضاءً، أو بالإقالة.

في السودان يعتبر القانون المدني السوداني الشريعة العامة لتنظيم العقود المدنية الخاصة واعتبار التمويل للعملاء من قائمة عقود البيوع التي يطلب فيها المشترى من البائع أن يصدقه فيما قامت به عليه السلعة أو البضاعة ثم يبنى عرضه على قبول البائع أي إن المشترى يأمر من البائع في إخباره بتكلفة الشيء المراد شراؤه، ومثل هذه العقود تحتاج إلى اعتمادات أو خطابات ضمان من المصرف، حسبما يحدده بنك السودان وإن كانت من المتصنع انقلب العقد إلى إجارة ويقوم المصرف بدور الوسيط للقيام بعملية التمويل وفق الأحكام الفقهية والقانونية بعيدا عن الربا المحرم.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع المصرفي:

ويتضمن مطلبين: الأول للتكييف الفقهي الشرعي لعقد الاستصناع المصرفي؛ والثاني للتكييف الفقهي القانوني لعقد الاستصناع المصرفي وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول: التكييف الفقهي الشرعي لعقد الاستصناع المصرفي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في التكييف الفقهي الشرعي لحكم عقد الاستصناع بين اتجاهين: اتجاه يقول بأنه: عقد مستقل بذاته، له خصائصه وأحكامه وهم جمهور الحنفية، واتجاه ثاني يقول بأنه: ليس بعقد مستقل بذاته، وإنما هو نوع من السلم يستخدم في مجال الصناعات، ويعرف بالسلم في الصناعات، حيث يرى جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة أنّ الاستصناع ملحق بالسلم، فيشترط فيه ما يشترط في السلم. وذلك على اتجاهين على التفصيل الآتي:

الاتجاه الأول: عقد الاستصناع عقداً مستقلاً بذاته:

هذا الاتجاه هو اتجاه جمهور المذهب الحنفي تبنته مجلة الأحكام العدلية[25] ومجمع الفقه الإسلامي الدولي[26] يجعل من الاستصناع عقداً لازماً مستقلاً وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين. وهذا الاتجاه يذهب إلى جواز عقد الاستصناع وجعله عقداً مستقلاً فإنّ عقد الاستصناع عقد لازم بمجرد العقد، وعليه فلو تم العقد بين الطرفين فليس لأحدهما الفسخ إلا بإذن الآخر، واستدلوا بعدة أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية، والإجماع والاستحسان نذكر منها:

أولاً: وجه الاستدلال بمشروعية الاستصناع من القرآن الكريم:

1. قوله تعالي: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ] المائدة:2 وجميع النصوص الدالة على وجوب الوفاء بالعقود. فيرى جمهور علماء الأحناف بأنّ الآية جاءت بصيغة العموم فهي تتناول كل عقد ما لم يرد النهى عنه شرعاً. وأنه يجو للمسلم أن يقدم على إنشاء أي عقد طالما قد ثبتت مشروعيته بنص أو إجماع أو أي دليل آخر معبر فالأصل عند الحنفية مشروعية العقود كلها طالما قد ثبتت مشروعيتها بأي دليل شرعي. جاء في بدائع الصنائع للكاسانى:" لأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجاتهم إلى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعاً"[27]. وجاء في تبين الحقائق للزيلعي: "لا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصليها مفتوحاً فيجوز ما لم يقدم الدليل على منعه بخلاف النكاح"[28] وعقد الاستصناع المصرفي لم يرد النهى عنه شرعاً فيكون داخلاً

---

[25] مجلة الأحكام العدلية، على حيدر، تعريب المحامي/ فهمي الحسين، 1/المادة: 388.

[26] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم67/3/7،7-12ذى العقدة 1412هـ-9- 1992/5/14م (السالوس، فقه البيع والاستثياق، ص516،517.

[27] الكاسانى، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ص 58.

[28] الزيلعى، تبين الحقائق، ج4، ص 87.

في عموم الأمر الوارد في الآية. ومما يؤيد هذا المعنى قول الله تعالى: [وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ..]سورة الإسراء: 34. وقوله تعالى: [وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم] النحل: 91.

2. كما استدلوا بقوله تعالى في سورة الكهف حكاية عن ذي القرنين: [قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا (94) قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا (95) آتُونِي زُبَرَ الْحَدِيدِ ۖ حَتَّىٰ إِذَا سَاوَىٰ بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ انْفُخُوا ۖ حَتَّىٰ إِذَا جَعَلَهُ نَارًا قَالَ آتُونِي أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا (96)]الكهف: ٩٤ - ٩٦ وجه الدلالة من النص القرآني واضح هو استفهام على جهة حسن الأدب والخرج المجى وهو المتكرر، فعرضوا عليه أن يجمعوا له أمولاً يقيم بها أمر السد. فهذا إرشاد قرأني من النص الكريم يعلم منه ويستنبط صحة الاستصناع شرعاً، ولم نر أحداً من أهل العلم تنبه إلى الاستدلال بهذه الآيات.[29] وفى هذه القصة ذكر الله تعالى أنهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم السد مقابل مال يعطونه إياه والظاهر أنهم كانوا يريدون منه أن يعمله بمواد من عنده، لأنهم لم يكونوا يعرفون من [حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ بَيْنَ السَّدَّيْنِ وَجَدَ مِنْ دُونِهِمَا قَوْمًا لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا (93)] الكهف:93. وهو لم يذكر هذه الصيغة، وقوله: [قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا(95)]الكهف: 95. ليس اعتراضاً على ذلك بل هو اقتراح لصيغة أخرى أفضل منها ليسرها عليهم بأن يقدموا ما لديهم من إمكانيات، قطع حديدية، نحاس، أيد عاملة، ويقدم هو الخبرة التكنولوجية والعمل الفني. فالقرآن الكريم لم يرفض الطريقة التي اقترحوها فبذلك تكون مشروعة في ديننا الحنيف. فالناظر في هذه الآيات الكريمة التي تحدثت عن ذي القرنيين يجد أن فيها إشارات اقتصادية دقيقة ينبغي على العالم الإسلامي أن يستفيد منها عبر البنوك الإسلامية بإمكاناتها الضخمة أن تنشئ مدنًا سكنية، وأخرى صناعية، وتحقق أرباحاً طيبة، وفى الوقت نفسه تيسر للناس الحصول على المسكن والمصنع، وتختار العقد الذي تختاره والمجال يصبح واسع أمام عقد الاستصناع المصرفي.

ثانياً: وجه الاستدلال بمشروعية الاستصناع من السنة النبوية:

1. ما ثبت في الصحيحين البخاري ومسلم، في سننه واللفظ للبخاري عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن النبي (ﷺ) اصطنع خاتما من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه فاصطنع الناس خواتيم من ذهب فرقي المنبر فحمد الله وأثنى عليه فقال إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه فنبذه فنبذ الناس)[30] وجه الدلالة أن النبي (ﷺ) استصنع خاتماً من ذهب، ففيه مشروعية الاستصناع، وأما إلقاؤه له فلأنه كان من الذهب وقد حُرّم على الرجال التزين به، بدليل أنه اتخذ بعد ذلك خاتماً من فضة.

---

[29] ناصر أحمد إبراهيم النشوى، عقد الاستصناع، ص 249.

[30] صحيح البخاري ج5/ 2205. صحيح مسلم، ج3 / 1656.

2. ما ثبت في الصحيحين من حديث سهل قال: (أرسل رسول الله ρ إلى فلانة امرأة قد سماها سهل، مري غلامك النجار أن يعمل لي أعواداً أجلس عليهن)[31]. وهذا الحديث يدل على مشروعية الاستصناع بالاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد[32]. فهذه الأحاديث تفيد إفادة واضحة أن النبي (ﷺ) اصنع خاتما، كما طلب من المرأة أن تأمر غلامها أن يصنع له منبراً ولا معنى لهذا إلا أن يكون الاستصناع جائزاً ومشروعاً وهو المطلوب.

ثالثاً: وجه الاستدلال بمشروعية الاستصناع بالإجماع:

حاصله أن الناس يتعاملون بالاستصناع من لدن رسول الله (ﷺ) إلى يومنا هذا بلا نكير وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول الكبيرة، وهذا الإجماع هو ما يسمى بالإجماع العملي[33] عن عبدالله بن مسعود قال: (إن الله نظر في قلوب العباد... فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه سيئاً فهو عند الله سيء[34].

رابعاً: وجه الاستدلال بمشروعية الاستصناع بالاستحسان:

1. عقد الاستصناع مشروع استحساناً عند الحنفية[35]: لتعامل الناس به على نحو مستقر دون إنكار حتى صار إجماعاً، ولأن الحاجة تدعو إليه باعتبار أن الأشياء المصنوعة المتوافرة لا تفي باحتياجات الناس فيلجأن إلى الاستصناع، والاستحسان، والتعامل بالاستصناع أصل مندرج في قوله (ﷺ) (لا تجتمع أمتي على ضلالة)[36].

2. ويذهب بعض المعاصرين إلى أن الاستصناع جائز وفقاً للقياس والقواعد العامة، لأنه عقد معاوضة خال من الغرر[37].

3. حاجة الناس للاستصناع كبيرة وفي الشرع مراعاة لحاجات الناس بل من مقاصده لما فيه من التيسير عليهم والرفق بهم، كما في التيمم والمسح على الخفين وعقد السلم وغير ذلك، فجاز الاستصناع استحساناً. وأن الحاجة تندف بما أباحه الله من العقود كالسلم. والحاجة إلى الاستصناع كبيرة وقد سبق بيان ذلك، وفي ترك ضرر بالمسلمين، فليس كل ما يباع جاهزاً مناسب، بل ليس كل ما يحتاجه المرء يجده جاهزاً، خاصة وأنّ الباعة لا يصنعون ما يقل شراؤه، لما فيه من الخسارة بكساد البضاعة وعدم وجود مشترٍ فيحتاج الناس إلى من يصنع ما يحتاجونه حال طلبهم وبالصفة التي يريدونها، وهذا هو الاستصناع، أما السلم فلا يكفي للوفاء بحاجة المجتمع لكونه يشترط لصحته تعجيل الثمن ولا يصح فيه اشتراط الصانع. وفى ذلك يقول الفقيه الحنفي: فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة لأنّ السلم عقد على مبيع في الذمة واستئجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزًا[38]. فأنّ الحاجة تدعو إليه، لأنّ الإنسان قد يحتاج شيء من جنس

---

[31] صحيح البخاري، ج1/115 ج1/ 220.
[32] ناصر احمد إبراهيم النشوى، عقد الاستصناع، ص 254
[33] ويسمى بالإجماع العملي، وقد عرفه علماء الأصول بأنه عبارة عن اتفاق أهل الاجتهاد جميعهم (عبدالوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 45
[34] مسند الإمام أحمد، ج1/177، وما بعدها. المعجم الكبير للطبراني، ج218/5.
[35] السرخسى، المبسوط، 38/12.
[36] محمد أبو النور زهير، أصول الفقه، 159/2.
[37] صديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود /466
[38] ناصر أحمد إبراهيم النشوى، عقد الاستصناع، ص265.

مخصوص وصفة مخصوصة ولا يجده مصنوعاً فيحتاج أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج والشريعة قد تكفلت برفعه[39].

الاتجاه الثاني: عقد الاستصناع ليس عقدا مستقلاً بذاته بل هو ملحق بالسلم:

عدم جواز عقد الاستصناع إذا كان غير ملحق بالسلم. وهو قول جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الاستصناع ليس عقداً مستقلاً بذاته بل هو ملحق بالسلم. وهؤلاء أجازوا الاستصناع باعتباره سلم، وأدلتهم على ذلك:

1. أخرج عبد الرزاق في مصنفه والحاوي في معاني الآثار والبيهقى والدارقطنى في سننيهما والحاكم في مستدركه واللفظ له عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ρ أنه: (نهى عن بيع الكالئ بالكالئ.. والنسيئة بالنسيئة)[40]. فالحديث بهذا المعنى يدل دلالة واضحة على عدم جواز بيع الدين بالدين، والاستصناع داخل في بيع الدين بالدين فيكون منهياً عنه بمقتضى مفهوم هذا الحديث. والحديث يدل على عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين، وفي عقد الاستصناع بيع دين بدين، لأن السلعة في ذمة الصانع والثمن في ذمة المستصنع، وقد أجمع العلماء على منعه. وهذا الحديث ضعفه الإمام الشافعي برواية موسى بن عبيدة، وسبب ضعفه: أن موسى تفرد به عن نافع وهو ضعيف، قال أحمد: لا تحل الرواية عن موسى بن عبيدة، ولا أعلم هذا الحديث لغيره.[41]

2. أخرج الإمام أحمد في مستنده وعبد الرزاق وابن شيبة في مصنفيهما، والترمذي وأبو داود والنسائي وابن ماجة والبيهقى في سننهم والطبراني في معجميه الصغير والكبير والمزي في تحفة الأشراف واللفظ للإمام أحمد عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله (يأتيني الرجل يسألني عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق، فقال: لا تبيع ما ليس عندك).[42]

3. وفى رواية آخري للأمام أحمد والنسائي الدارقطنى والبيهقى في سننهم واللفظ للإمام أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (نهى رسول الله(ﷺ) عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك)[43].

4. استدلالهم استحساناً فقد استدلوا بالاستحسان من الأمة الإسلامية من لدن النبي (ﷺ) على أنه لا يجوز بيع الدين بالدين والاستصناع يعد من قبيل بيع الدين بالدين فيكون مجمعاً على منعه. وقد نقل هذا الإجماع كثير من العلماء منهم على سبيل المثال؛ ابن المنذر، والإمام السبكى وغيرهما، وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز، ونقل ذلك أبن المنذر، وقال: قال: أحمد إجماع الأئمة ألا يباع دين بدين[44].

مما تقدم فإنّ أصحاب هذا الاتجاه جعل الاستصناع عقدا ملحقاً بالسلم. وهؤلاء أجازوا الاستصناع باعتباره سلماً. ويشترك الاستصناع والسلم في أن كلاً منهما بيع لشيء معدوم، أجيز للحاجة إليه، وتعامل الناس به، إلا أن الباعث على عقد السلم شدة حاجة البائع إلى نقود

---

[39] شرح فتح القدير، ج6/ 241 وما بعدها. المبسوط، ج138/12 وما بعدها. بدائع الصنائع، ج138/5 وما بعدها.

[40] شرح معاني الآثار، ج21/4، السنن الكبرى للبيقهى، ج474/5، 10540. سنن الدارقطنى، ج72/3، المستدرك للحاكم، ج2 /57.

[41] المرجع نفسه، 21/4.

[42] مسند الإمام أحمد، ج25/24، 31، المصنف لعبد الرزاق، ج28/8. سنن الترمذي، ج514/2.ج3/ 1518، سنن النسائي، ج234/7. سنن ابن ماجة، ج540/3. السنن الكبرى للبيقهى، ج554/5. المعجم الكبير للطبراني، ج194/3

[43] مسند الإمام أحمد، ج03/2، 205. سنن النسائي، ج7295. سنن الدارقطنى، ج374. السنن الكبرى للبيقهى، ج5561 وما بعدها.

[44] الإجماع لابن المنذر/160، ج106/10 (انظر النشوى، عقد الاستصناع، ص239).

ينفقها على نفسه وأهله أو على إنتاجه الزراعي، وهو لا يملك ذلك آنياً، لذا سمى (بيع المفاليس أو المحاويج) وأما الاستصناع فهو عقد تجارى مصرفي يحقق الربح للبائع الصانع، ويلبى حاجة المستصنع، فيكون الباعث عليه حاجة المستصنع. وهنالك فروق بين عقد الاستصناع وعقد السلم أوجزها فيما يلي[45]:

1. أن المبيع في السلم دين (وهو ما يثبت في الذمة) تحتمله الذمة، فهو إما مكيل أو موزون أو مذروع أو عددي متقارب كالجوز والبيض، إما المبيع في الاستصناع فهو عين، أي ما يتعين بالتعين أو الشيء المعين المشخص بذاته كاستصناع أثاث مثل المفروشات المنزلية.

2. يشترط في السلم وجود أجل، فهو لا يصح عند جمهور (غير الشافعية) إلا لأجل كشهر فما فوقه على عكس الاستصناع في اجتهاد أبى حنيفة فإن حدد فيه أجل انقلب سلماً، ولا خيار شرط في السلم.

3. عقد السلم لازم لا يجوز فسخه بإرادة أحد العاقدين وإنما بتراضيهما واتفاقهما على الفسخ، وأما الاستصناع أنه عقد غير لازم يجوز لأي طرف من العاقدين فسخه.

4. يشترط في عقد السلم قبض رأس مال السلم كله في مجلس العقد، ولا يشترط قبضه في الاستصناع. عليه فعقد الاستصناع المصرفي جائز شرعاً حتى ولو لحق بالسلم وفق الشروط الآتية:

1. لابد من كل من العقدين من العلم بالثمن جنساً ونوعاً وقدراً وصفة، وإلا كان العقد فاسداً بسبب الجهالة.

2. أما المعقود عليه (المبيع المسلم فيه في عقد السلم، والمصنوع في عقد الاستصناع) فلابد في كلا العقدين من العلم بجنسه ونوعه وقدره وصفته، لأن كلا منهما مبيع، والمبيع يشترط كونه معلوماً غير مجهول.

3. ولا يجوز اشتمال كلا العقدين على الربا، كأن يتحد الثمن، والمبيع في الجنس.

4. لا يثبت خيار الشرط في السلم، وإنما لا بد أن يكون العقد باتاً لا خيار فيه، أما الاستصناع فهو عقد غير لازم يثبت الخيار قبل العمل أو الصنع، وفيه أيضا خيار العيب وعدم الالتزام بالشروط المتبعة عليها وخيار الرؤية عند الحنفية.

5. يشترط في عقد السلم عند الحنفية كون جنس المسلم فيه (المبيع) موجودا في الأسواق بنوعه وصفته من وقت العقد إلى حلول أجل التسليم ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس، كالحبوب، ولا يشترط ذلك في عقد الاستصناع. ويشترط الحنفية والشافعية والحنابلة إمكان ضبط المسلم فيه بالصفات بأن يكون من المثليات والمكيلات أو الموزونات أو الذرعيات أو العدديات المتقاربة) كالأقمشة والمعادن.

6. يصح السلم فيما جرى به التعامل أو لم يجرى فيه التعامل، أما الاستصناع فضابطه أنه يصح في كل ما يجرى فيه التعامل فقط.

---

[45] وهبة الزحيلى، الفقه الإسلامي وأدلته، ج398/4 وما بعدها.

والرأي الراجح عندي: كما هو رأى كثير من الفقهاء المعاصرين[46]: هو القول بجواز عقد الاستصناع بأنه عقداً مستقلاً بذاته، لأسباب عديدة أهمها:

1. قوة أدلة أصحاب الاتجاه الثاني من فقهاء جمهور الحنفية، أنّ عقد الاستصناع عقداً مستقل بذاته. وهذا الاتجاه تبنته مجلة الأحكام العدلية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي يجعل من الاستصناع عقداً لازمًا مستقلاً وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين. وقد رجح القول بجوازه المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في مؤتمره السابع المنعقد بجدة لعام 1412 هـ. وأن الحاجة داعية للاستصناع، وفي منعه إلحاق الحرج بالناس.

2. وهذا الاتجاه يجعل من الاستصناع عقداً لازمًا مستقلاً وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين وأقرب أنواع العقود لهذا النوع ما يسمى بالاستصناع الموازي أو التمويلي هو الاستصناع المصرفي: وهذا أسلوب تمويلي طورته المصارف الإسلامية. والمجالات الجديدة لتوظيف عقد الاستصناع المصرفي في السنوات الأخيرة دخول الاستصناع إلى العديد من المجالات والقطاعات الاقتصادية الجديدة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي القانوني لعقد الاستصناع المصرفي

كثر الحديث عن الاستصناع بعد أن بدأت المصارف الإسلامية في اتخاذه وسيلة من وسائل تمويلها، واحتاج الأمر إلى وضع الضوابط القانونية لسلامة التطبيق في المصارف وصحة العقود: لفقهاء القانون ثلاثة اتجاهات للتكييف القانوني لعقد الاستصناع المصرفي وذلك على التفصيل الآتي:

الاتجاه الأول: عقد الاستصناع عقد مقاولة:[47] يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ عقد الاستصناع في الفقه القانوني عقد مقاولة مادام الشيء لم يتم صنعه بعد، فإذا انتهى هذا الصنع تحول العقد إلى بيع للشيء المصنوع، وانتقلت مليته إلى المشترى. وهذا الرأي له شبه يقول بعض الحنفية بأن عقد الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا بعد التسليم.

الاتجاه الثاني: عقد الاستصناع عقد إجارة ومقاولة معاً:[48] إذ أن تملك رب العمل للشيء المصنوع ليس إلا نتيجة لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل. وهذا الرأي متفق مع رأى أحد فقهاء الحنفية وهو أبو سعيد البردعى[49] القائل بأن الاستصناع يقع على العمل دون المادة " العين" وهذا الرأي مرجوح والصحيح أن عقد الاستصناع بيع إجارة ومقاولة معاً.

الاتجاه الثالث: عقد الاستصناع عقد بيع ومقاولة معاً[50]: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الاستصناع عقد مقاولة على أنّ العمل هو الأساس فيه، ويكون بيعاً لأنّ المادة المبيعة هي الأساس فهو عقد مختلط بين البيع والمقاولة، فإن كان العمل هو الأساس والمادة تابعة

---

[46] حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، ص11. شوقي أحمد دنيا، الجعالة والاستصناع، ص 28. المراشدة الفقهية، الكتاب الثالث، السودان، ص 68.

[47] سعد السبر، الاستصناع والمقاولات ص4.

[48] سعد السبر، الاستصناع والمقاولات ص4 وما بعدها.

[49] شرح فتح القدير، ج6، ص 241 وما بعدها. المبسوط، ج12، ص138 وما بعدها. بدائع الصنائع، ج5، ص138 وما بعدها.

[50] سعد السبر، الاستصناع والمقاولات ص6.

يكون مقاولة وبيعاً، وأن كانت المادة هي الأساس والعمل تابع لها فهو بيع ومقاولة، إذ لا يعتبر عقداً بسيطاً أي مقاولة فقط، أو بيعا فقط، لأن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي يثيرها عقد الاستصناع. ويقول الدكتور الأستاذ السنهوري: يظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع، فهي ترد على العمل، والبيع يقع على الملكية، فالمقاول الذي يتعهد ببناء منزل يبرم عقد المقاولة أما إذا بني المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك فالعقد بيع ولا شك أنه إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على العمل يتمخض عقد المقاولة لا شبهة فيه وإنما الشبهة تقوم في الفرض الأخر الذي يتعهد به المقاول بتقديم العمل والمادة معاً فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة ويقدم النجار الخشب من عنده، فهل يبقى العقد في هذه الحالة وغيرها عقد مقاولة أو يكون عقد بيع واقعاً على شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار. ويجب عن ذلك بأن العقد في هذه الحالة يصبح مزيجاً من بيع ومقاولة، سواء أكانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أم أصغر، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه.

الرأي الراجح عندي: هو ما انتهى إليه الفقية القانوني السنهوري[1] إلى أن عقد الاستصناع في القانون هو عقد مسمى، له أركانه، ومقوماته وتميزه عن غيره، وهو مزيج من البيع والمقاولة. وهو ذات الرأي لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مؤتمره السابع بجدة بالمملكة العربية السعودية، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع قرر أن عقد الاستصناع عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفيين إذا توافرت فيه الأركان. فالاستصناع عقد لازم منذ انعقاده بناء على رأى مجلة الإحكام العدلية وتبنت هذا الرأي القوانين العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية، منها قانون المعاملات المدني السوداني 1984م. فتنطبق فيه الأحكام العامة للعقد في القانون المدني. فأركان عقد الاستصناع هي الأركان العامة للعقد وهي: أولهما: الصيغة (الإيجاب والقبول) المتطابقين. ثانيهما: المستصنع (المشترى) والصانع (البائع)، وثالثهما: توافر أهلية التعاقد. وربعها: المحل: ويتكون من المصنوع وهو العين الموصوفة المطلوب صنعها و(الثمن) على أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة، وأن يكون قدرًا مقطوعاً، وأن تحدد طريقة دفع الثمن نقدًا أو مؤجلاً كله أو مقسطاً. وينتهي عقد الاستصناع بتنفيذ طرفي العقد للالتزامات المتفق عليها، وذلك بتسليم المستصنع للمصنوع والصانع للمقابل حسب شروط العقد. أو بفسخ العقد قبل البدء في العمل برضي الطرفين. بانفساخ العقد قبل البدء في العمل بموت أحد الطرفين أو ضمان فقدان أهليته. وبفسخ العقد رضاء أو إقالة أو قضاء. فعقد الاستصناع المصرفي يوفر تمويلاً عينيا (سلع وأصول) ويمكُن من تحديد هامش الربح كنسبة من التكلفة الكلية على ضوء العلاقة التعاقدية بين طرفيه. عموماً المصارف الإسلامية لا تملك شركات هندسية لتنفيذ مثل هذه الأعمال الفنية، وهي تحتاج إلى من يقوم بالصناعة، وهي تحتاج إلى من يقوم بالصناعة، وفى هذه الحالة توقع عقود استصناع مع الجهات الفنية الهندسية التي تقوم بالعمل الصناعي، ثم تتعاقد مع الزبائن بصيغة عقد بيع الاستصناع الشيء الذي يجعلها تمثل الطرف المتصنع في العقد الأول، ثم الطرف الصانع في العقد الثاني مع زبائنها المتصنعين.

المبحث: الثالث عقد الاستصناع المصرفي المعاصر

تعارف الناس على عقد الاستصناع منذ القدم قبل الإسلام وذلك لحاجة الناس إليه، لأنّ الحاجة إليه مرتبطة بالصناعة، وإن الحاجة هي أم الاختراع مما يتطلب إبرام العقود بوجه عام. ثم جاء الإسلام فنظم الحياة في مختلف نواحيها المختلفة، ثم تطورت حاجة العصر الحاضر في أنواع التعامل والنقود تطورا كبيرا لعوامل كثيرة منها الابتكارات الحديثة المذهلة ووسائل الاتصال السريع بين أقطار العالم المتباينة ومنها الابتكارات الصناعية لأنواع من السلع لا يمكن تصورها في الماضي القريب وتؤدي إلى الإنسان منفعة وخدمة ضرورية، ومن عوامل تطور حاجات العصر أيضاً نمو علم الاقتصاد وتوسع أفاقه مما جعل التعامل التجاري مرتبطا بالزمن ارتباطاً وثيقاً، فكان من نتائج هذه الحضارة أن تميز عصرنا هذا عما سبقه بظهور عقود جديدة لوفاء حاجات لم تكن بارزة أو ملحة في عصور فقهائنا الأوائل لعقود المقاولات في المباني والمصانع الكبرى والمشاريع الضخمة، كما أبرز هذا العهد أهمية لبعض أنواع التعاقد فأصبحت الحاجة هامة وضرورية لعقد الاستصناع المصرفي، وتبدو أهميتها فيما يأتي:[1]

1. انتشر الاستصناع في العصر الحديث فلم يعد مقصوراً على صناعة الأحذية.
2. أتساع نطاق التعامل في كل مجتمع، مما يحتاج للخدمات وتوفير السلع. فشرع الله تعالى عقد الاستصناع مع أنه بيع معدوم تيسيراً على الناس في تحصيل أرزاقهم، وتحقيق مصالحهم، وتمويل بعضهم بعضاً، واستثمار أموالهم وتنميتها.
3. أحياناً قد تتوفر السلعة عند أخر ولا تتوفر عند أخر مما يتطلب تعاقداً لتوفيرها.
4. في السودان أصبحت الحاجة إليه هامة وضرورية لنمو الاقتصاد وتوسع أفاقه مما جعل التعامل التجاري منتشراً ومرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالحضارة.

عقد الاستصناع والاستصناع الموازي

صورة عقد الاستصناع والاستصناع الموازي أن يبرم المصرف عقد استصناع بصفته صانعاً مع عميل يريد صنعة معينة، فيجرى العقد على ذلك، وتتعاقد المؤسسة مع عميل آخر باعتبارها مستصنعاً، فتطلب منه صناعة المطلوب بالأوصاف نفسها. والغرض من الاستصناع الموازي: بناءً على التغير الكبير الذي يحدث في المجتمعات، ونظرا للحاجة الكبيرة لدعم الاقتصاد بمشاريع ضخمة وبرؤوس أموال كبيرة، فقد أصبح عقد الاستصناع من العقود ذات الأهمية الكبيرة للمصارف تلبية لاحتياجات ورغبات الجماعات والأفراد، والتي لا يمكن تمويلها بعقود البيوع الأخرى وذلك من خلال تصنيع السلع وسداد الثمن مؤجلاً أو على أقساط، وفقاً لقدرات المستصنِع وموافقة الصانع على ذلك.

---

[1] راجع البحوث المنشورة للسادة مصطفى احمد الزرقاء، ص227، وما بعدها، الزحيلي، ص 305 وما بعدها، السالوس، ص320، محي الدين القره داغى بمجلة الفقه الإسلامي العدد السابع، الجزء الثاني، في الفترة من 1412ه- 1992م لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامى، الدورة السابعة.

وحكم الاستصناع الموازي: الاستصناع الموازي بالصورة السابقة جائز، لأنهما عقدان مختلفان، وقد سبق بيان أن الاستصناع عقد لازم، فعلى هذا يصح العقد في الجهتين، ولا ضرر على أحدهما، وذلك لأنه المعقود عليه هو العين كما سبق ترجيحه، وأما العمل فهو تابع، وأن الصانع لو أتى بالصنعة نفسها من آخر فإن ذلك يصح، ويلزم المستصنع قبولها ما لم يصرح باشتراط أن تكون من عمل الصانع، أو أن تقوم قرينة باشتراط ذلك، والغالب في الاستصناع الموازي أن العميل يعلم أن المصرف لا يصنع ذلك الشيء بل يستصنعه عند جهة أخرى، وحينئذ يكون الاستصناع جائزاً. وشروط الاستصناع الموازي: اشترط أهل العلم شروطاً خاصة بالاستصناع الموازي إضافة إلى شروط الاستصناع العادي وذلك لئلا يكون الاستصناع الموازي حيلة إلى الربا، بشروط: **أولها**: أن يكون عقد المصرف مع المستصنع منفصلاً عن عقدها مع الصانع. **وثانيها:** أن يمتلك المصرف السلعة امتلاكاً حقيقياً، ويقبضها قبل بيعها على المستصنع. **وثالثهما:** أن يتحمل المصرف نتيجة إبرامه عقد الاستصناع بصفته صانعاً كل تبعات المالك، ولا يحق له أن يحولها إلى العميل الآخر في الاستصناع الموازي.[1] هو عقد مصرفي يعده البنك الصانع والمقاول الرئيس أمام المستصنع في العقد الأول، بينما يعد المستصنع أو المالك أمام المقاول المنفذ في العقد الثاني. فالمستصنع: هو الطرف المشترى في عقد الاستصناع" المالك للمشروع. أما الصانع هو البنك" البائع/ الصانع" وهو الذي يوقع عقد الاستصناع مع المستصنع ويلتزم أمامه بتنفيذ المصنوع. والصنع" تصنيع المنتج المطلوب" وهو يعد مقاولاً من الباطن للبنك أو مورداً للبنك. والمصنوع: وهو ما جرى عليه التعاقد لصنع شيء محدد معروف.

فشروط الاستصناع الموازي هي:[2]

1. إذا لم يشترط المستصنع على الصانع أن يصنع بنفسه، فيجوز له –الصانع– أن ينشئ عقد استصناع ثان مع طرف ثانٍ بغرض تنفيذ التزامه في العقد الأول من غير ارتباط جوهري بالعقد الأول.
2. في الاستصناع الموازي يتحمل الصانع الأول جميع التزامات العقد كما لو لم يكن العقد الموازي -الثاني- موجوداً.
3. يكون الصانع في العقد الموازي مسئولاً لدى المستصنع الثاني المصرف.
4. لا وجود لصلة قانونية مباشرة بين المستصنع في العقد الأول والصانع في العقد الثاني.
5. تحمل الصانع الأول مسئولية فوات الوصف أو الإخلال بالعقد وما يترتب على ذلك من التزامات تبرر له أخذ الربح – الذي يحصل عليه من هذه المعاملة.

عليه يمكن القول بأن عقد الاستصناع والاستصناع الموازي يقوم على ثلاثة أطراف هي:

1. بنك البلد (الصانع) وهو المقاول الرئيسي.
2. المستصنع (العميل) صاحب المشروع صاحب الكفالة التضامنية.
3. المقاول من الباطن (الصانع المنفذ) وهو الذي يقوم بالإشراف والمتابعة.

وأهم أنواع الاستصناع المصرفي والاستصناع الموازي نوعين هما:

---

[1] عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا، ص49،33. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ص 65-69.

[2] المراشد الفقهية، الهيئة العليا للرقابة الشرعية، الكتاب الثالث، ص65.

1. الاستصناع في التمويل العقاري: ويمكن تطبيقه في عدة تطبيقات، كبناء المساكن والعمائر وغيرها، وذلك ببيان موقعها والصفات المطلوبة فيها، ويمكن أن يكون في تخطيط الأراضي وإنارتها وشق الطرق فيها وتعبيدها، وغير ذلك من المجالات العقارية.

2. الاستصناع في التمويل الصناعي: ويمكن الاستفادة من عقد الاستصناع بتطبيقه في المجال الصناعي باختلاف أشكاله وأنواعه، كصناعة الطائرات والمركبات السفن وصناعة الآلات المختلفة، بل وحتى القطع الصغيرة في الآلات، وذلك بدلاً من استيرادها من البلاد الأجنبية بقيم باهظة مع مشقة النقل وتكلفته العالية، خاصة وأن في الاستصناع الداخلي تحريكاً للنشاط الاقتصادي، وإبقاء للسيولة المالية بين أبناء المجتمع، والاستفادة من الطاقات المختلفة وتوظيفها في مجالها المناسب[51]. وتتضح أهمية عقد الاستصناع المصرفي بالحاجة العظيمة إليه في الحياة البشرية، قال تعالى: [أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ ۚ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۚ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا ۗ وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ ﴿٣٢﴾] الزخرف الاية 32 فإن المستصنع المصرفي محتاج لمن يصنع له حاجته بالشكل الذي يريد، والصانع محتاج إلى المال الذي يأخذه مقابل صنعته ليستعين به على مصارف الحياة.

الاستصناع والاستصناع الموازي له أهمية كبيرة تتضح فيما يلي:

1. من جهة الصانع: فبالرفق في كون ما يصنعه جرى بيعه مسبقاً، وتحقق أنه ربح فيه، وعرف مقدار ربحه، فهو يعمل بطمأنينة، وعلى هدى وبصيرة، أما بغير عقد الاستصناع فإن الصانع قد يحتاج إلى مدة لتسويقه وربما يخسر خسائر كبيرة على حفظه لحين البيع، وقد تكسد البضاعة فتكون الخسارة مضاعفة من جهة العمل وجهة المواد.

2. من جهة المستصنع: فبكونه يحصل على ما يريد بالصفة والنوع الذي يريد، فلا يضطر لشراء ما قد لا يناسبه من البضائع الجاهزة، بل إن بعض الأمور لا توجد جاهزة بل لا بد من طلب صنعها من الصانع فتصنع حسب الطلب، كبعض البيوت والأبنية، كما أن المستصنع يكون مطمئناً بالاستصناع لكونه يتابع الصنع بنفسه، فيتأكد من عدم وجود غرر أو تدليس في المصنوع، مما يجعله مرتاح النفس مطمئناً.

3. من جهة المجتمع: فبالاستصناع تتحرك الأموال من جهة إلى أخرى مما ينعش الحركة الاقتصادية في البلد، كما أن فيه تفريغاً لأصحاب التخصصات في تخصصاتهم، فلو أن العالم أراد أن يبني بيتاً ولم يجد من يصنع له، لكان في ذلك ضرر كبير على المجتمع بإشغال هذا العالم مما يحرم المجتمع من علمه ونفعه[52].

---

[51] أحمد بلخير، عقد الاستصناع المصرفي وتطبيقاته المعاصرة، ص 18

[52] كاسب عبدالكريم بدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، ص 148-149.

4.من جهة التمويل: من حيث التمويل لمثل هذه المشروعات لا يقوم بهذا الدور الوسيط المصرف الذي يقوم بدور الوسيط بين الصانع والمستصنع.

وبناء على ذلك فأن أنعقد الاستصناع المصرفي على شيء منهي عنه شرعاً فأن عقد الاستصناع المصرفي يكون باطلاً وغير معتبر شرعا[53].

إجراءات الاستصناع المصرفي في المصارف:

يتقدم العميل بطلب نمطي أو كتابي يحدد فيه جنس المستصنع فيه المطلوب صنعه، ونوعه وصفاته وقدره، ومادة صنعه وجداول المواصفات وأجل أو مراحل تسلمه ومكانه. وفق الإجراءات والمراحل الآتية[54]:

المرحلة الأولى: مرحلة دارسة طلب الاستصناع والتصديق عليه. إلا للرقابة الشرعية.

1.يرفق العميل المستصنع مع طلبه المستندات اللازمة لعملية الاستصناع حسب محل العقد، فإن كان عقاراً أثبت بشهادة بحث ملكيته للأرض، وإن كان تجارة أرفق الرخصة وشهادات إبراء ذمة من الزكاة وخلو طرف من الضرائب، وباقي المستندات الأخرى.

2.يقوم الموظف المختص بدراسة الطلب والتأكد من صحة البيانات وملاءمة وكفاية العميل وسجله السابق. وأن موضوع الاستصناع متمش مع السياسة التمويلية الصادرة من البنك المركزي وتعديلاتها. وأن السقف التمويلي للعملية متاح. وأن مستقبل المستصنع التسويقي مطمئن ومشجع. وأن مخاطرة البنك بصنع المطلوب مقابل الربح المتوقع مناسبة. ويوصي موظف الاستثمار بقبول الطلب وتنفيذ العملية أو تعديل الشروط كلها أو بعضها وفقاً لما يراه مناسباً ومحققاً لمصلحة الطرفين، خاصة البن، أو رفض الطلب والاعتذار لمقدمه.

3. إذا قررت السلطة المختصة التصديق على التمويل، فيفاد العميل بالقرار سواء كان مشروطاً أم لا. فإن رضي دخلا في عملية الاستصناع.

المرحلة الثانية: توقيع العقد وأخذ الضمانات

إذا اتفق الطرفان على الدخول في عقد استصناع فيجب التوقيع على العقد المرفق (نموذج صادر عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية) وإذا كان البنك صانعاً يوقعان على النموذج رقم"1" وإذا كان البنك مستصنعاً يوقعان على النموذج رقم "2". وإذا كان الدفع مؤجلاً أو مقسطاً يقدم المستصنع شيكات بالوفاء بالأقساط المتفق عليها عند أجلها. كما يجوز للصانع أخذ ضمان مقبول لديه للوفاء بسداد التزامات العقد. يجوز للمستصنع أن يطلب من الصانع تقديم ضمان مصرفي عقاري / شخصي/ عيني مقبول لدى الصانع يضمن قيام الصانع بإنجاز العمل حسب المتفق عليه: يؤمن الصانع محل العقد (المستصنع فيه) تأميناً شاملاً لدى

---

[53] النشوى، عقد الاستصناع، ص426.

[54] توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، مخطط هيئات الرقابة الشرعية، المراشد الفقهية الصادرة عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية. القسم الثالث، عقد الاستصناع والاستصناع الموازى ص 65 وما بعدها.

شركة تأمين إسلامية. ويكون الصانع مسئولاً عن سلامة المستصنع فيه قبل التسليم. كما يضمن الصانع عيوب التصنيع وإن ظهرت بعد تسلم المستصنع فيه حسب المدة المتفق عليها. ويجب تحديد زمان ومكان تسليم المستصنع فيه. ويجب النص على الشرط الجزائي الناتج عن عدم تسليم المستصنع فيه في الزمان والمكان المحددين دون عذر مقبول.

المرحلة الثالثة: مشتملات ملف الاستصناع

يثبت خارج الملف: اسم العملية ورقمها وتاريخ بداية تنفيذها والتاريخ المتوقع لتصفيته، واسم العميل، المستصنع أو الصانع ونوع القطاع الممول لها. ويثبت بداخل الملف: طلب العميل بخط يد، المستندات المطلوبة، الرخصة، إبراء ذمة من الزكاة، خلو طرف من الضرائب، شهادة بحث. دراسة الجدوى والتوصية الأولية عليها. والتصديق النهائي للعملية وإرفاق المستندات التالية:

1. عقد استصناع"1" أو "2" موقع من الطرفين والشهود.
2. جدول الكميات والمواصفات المتفق عليها موقعاً عليها من الطرفين.

أصل الضمانات من شيكات أو ضمان مصرفي، عقاري عيني، شخصي من الطرفين. أصل مستندات التأمين. وأي مستندات أخرى

مثال تطبيقي لعملية عقد استصناع مصرفي وعقد استصناع موازي[1]

تقدم أحد الزبائن إلى بنك التنمية التعاوني الإسلامي السوداني بطلب لصناعة عدد ثمانية تنوك (صهاريج) لتخزين وقود الفيرنس في حدود مبلغ (64.8) مليون دينار وقدم كراسة بالمواصفات المطلوبة التي تحدد مقاسات وحجم طاقة التنوك التخزينية ونوعية المواد المطلوبة للتصنيع بعد دراسة الطلب والتأكد من دراسة الجدوى المالية والفنية للعملية تم التصديق عليها. وبالاتفاق مع الزبون تمت الموافقة على عرض إحدى الشركات الهندسية التي تنفذ مثل هذه الأعمال ونقلت إليها مواصفات التنوك، وفق ما جاء بكراسة المواصفات، وتم توقيع عقد استصناع بينها وبين البنك على صناعة التنوك بعد تسليمها موقع الإنشاء خالياً من الموانع في مدة أربعة أشهر، وفى هذا العقد مثل البنك الطرف (المتصنع) والشركة الهندسية (الصانع) والثمانية تنوك (المصنوع) وحدد توقيت للدفعيات بما يتماشى ومراحل تنفيذ العمل، وعين مشرف هندسي لمتابعة التنفيذ للتأكد من مطابقة مواد التصنيع التي يوردها ومواصفات التصنيع أولاً بأول. ثم وقع البنك عقد بيع استصناع مع الزبون، ومثل البنك هنا الطرف (المصانع) والزبون (المصنع) على صناعة التنوك الثمانية (المصنوع) وتسليمها له بعد أربعة أشهر بسعر 77.76 مليون دينار، يدفع منها 20% كقسط أول، والمتبقي من سعر البيع يسدد على عدد ستة إقساط شهرية بعد منحه فترة سماح 4 أشهر

[1] قراءة في صيغة بيع الاستصناع، للكاتب صلاح الحسن حاج عبد الله، مجلة النماء، السودان، ص55 ، العدد الثاني.

(فترة الصناعة) أي أن تتم تصفية العملية في مدة تسعة أشهر، وذلك بضمان رهن حيازي لآليات تخص الزبون بما قيمته 125% من جملة متبقي الالتزام.

والسؤال الذي يطرح نفسه كيف تستفيد الدول من عقود الاستصناع المصرفي؟

والإجابة يمكن أن تستطيع البنوك بإمكاناتها الضخمة أن تنشئ مدنًا سكنية، وأخرى صناعية، تحقق أرباحاً طيبة، وفى الوقت نفسه تيسر للناس الحصول على المسكن والمصنع، وتختار العقد الذي يناسب كل حالة، والدولة بأجهزتها المختلفة، وإمكاناتها الضخمة، والأراضي الشاسعة الواسعة التي تملكها، تستطيع أن تأخذ الأموال من أبنائها لتقدم لهم المسكن والمصنع والسيارة وغيرها، وكما تقوم بدور الصانع لتيسير على أبنائها الحصول على ما يريدون، وتحميهم من النصابين والمحتالين والمستغليين، وتنتفع هي بأموالهم، ويمكن أن تقوم الدولة أيضا بدور المتصنع، فتساهم في بناء المدارس والمصانع والمنشئات الأخرى، ويكون ذلك استثمارًا طيبًا لهذه الأموال. فالأمر إذن ليس فريضة[1] إسلامية فقط، بل هو أيضا ضرورة اقتصادية، تستطيع البنوك بإمكاناتها الضخمة أن تنشئ مدنًا سكنية، وأخرى صناعية، وتحقيق أرباحا طبية، وفى الوقت نفسه تيسر للناس الحصول على المسكن والمصنع، وتختار العقد الذي يناسب كل حالة.

المطلب الثالث نموذج لعقد استصناع مصرفي[1]

(نموذج عقد استصناع مصرفي) "1"

أبرم هذا العقد في: اليوم ..... من شهر ..... سنة .....14 هـ

اليوم ..... من شهر ..... سنة 2م

بين كل من:

أولاً: السيد/ السادة ..... ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد بالطرف الأول (المستصنع).

ثانياً: السيد/ السادة بنك ..... فرع .....

ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد بالبنك (الصانع).

حيث إن الطرف الأول يرغب في صناعة .....وحيث إن البنك قبل القيام بذلك فقد أبرما بينهما عقد الاستصناع الآتي:

[1] الفرائض: جمع فريضة، وهى المقدرة، والفرض التقدير، والفرض ما أوجبه الله تعالى، سمى بذلك لأنه له معالم وحدودا قال تعالى: [**لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً**] النساء: 118، اى: مقتطعا محدودا(قاسم بن عبدالله القونوى، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ص 112).

[1] أنظر الفتوى رقم (2002/5م) نموذج عقد استصناع (1) ص 159-160 ونموذج عقد استصناع رقم(2) ص122، الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي، السودان. المراشد الفقهية، الكتاب الثالث، عقد الاستصناع والاستصناع الموازى، ص 68 وما بعدها.

1. طلب الطرف الأول (المستصنع) من البنك (الصانع) القيام بصناعة المذكور أعلاه بمواصفاته في الجدول / الجداول الملحقة بهذا العقد، وبالأسعار المحددة فيه على أن تكون المواد والعمل منه.
2. قبل البنك (الصانع) القيام بما ورد في (1) أعلاه.
3. التزم البنك بإنجاز العمل وتسليمه في مدة أقصاها ..... على مراحل على النحو التالي:
   - المرحلة الأولى هي ..... بتاريخ .....
   - المرحلة الثانية هي ..... بتاريخ .....
   - المرحلة الثالثة هي ..... بتاريخ .....
4. التزم البنك في تنفيذه -للعمل- بمراعاة الأصول الفنية المتعارف عليها في مثل هذه الأعمال.
5. التزم الطرف الأول بأن يدفع الثمن المتفق عليه وهو مبلغ ..... نقداً عند التوقيع على العقد أو مقسطاً على النحو التالي:
   أ- ..... % نقداً عند التوقيع على العقد.
   ب- ..... % عند نهاية المرحلة الأولى في .....
   ت- ..... % عند نهاية المرحلة الثانية في .....
   ث- ..... % عند نهاية المرحلة الثالثة في .....
   ج- .....
   ح- .....
6. يلتزم البنك بتأمين محل العقد تأميناً شاملاً من الحريق والحوادث حتى نهاية العمل وتسليمه.
7. يقدم الطرف الأول شيكات للوفاء بالمبلغ/ الأقساط المنصوص عليها في البند (5)
8. يقدم البنك ..... ضماناً لإنجاز العمل في موعده.
9. التزم البنك بأن يظل لمدة .....مسئولاً عن سلامة المحل (المستصنع) وأن يقوم بإصلاح أي خلل يحدث في أثناء الفترة المذكورة.
10. مكان تسليم المصنوع هو ..... وتقع على الطرف الأول مسئولية تكاليف الترحيل.
11. إذا تأخر البنك عن إتمام العمل في أجله المذكور في البند (3) من هذا العقد فانه يدفع مبلغ.....

عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل بعد المدة المحددة المشار إليها في البند (3) من هذا العقد ما لم يكن التأخير ناتجاً عن أسباب خارجة عن إرادته أو بسبب تقصير من المستصنع (لطرف الأول).

12. إذا نشأ نزاع حول تفسير أو تنفيذ هذا العقد فيجوز أن يحال ذلك النزاع إلى لجنة تحكيم تتكون من ثلاثة أعضاء يختار كل طرف عضواً واحداً منهم ويجتمع العضوان لاختيار العضو الثالث ليكون رئيساً للجنة التحكيم، وفي حالة فشلهما في اختيار العضو الثالث أو عدم قيام أحد طرفي العقد باختيار محكمه في ظرف سبعة أيام من تأريخ إخطاره يحال الأمر للمحكمة المختصة لتعين الشخص أو الأشخاص المطلوب تعيينهم، على أن تعمل اللجنة. وتحكم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ونصوص هذا العقد، وتكون قراراتها سواء اتخذت بالإجماع أو بالأغلبية نهائية وملزمة للطرفين.

وقع عليه:

الطرف الأول (المستصنع) .....

(الطرف الثاني) الصانع .....

ع/ البنك.....

الشهود:

1/ ....

2/ .....

(نموذج عقد استصناع مصرفي) "2"

أبرم هذا العقد في:

اليوم ..... من شهر ..... سنة ..... 14 هـ

اليوم ..... من شهر ..... سنة 2م

بين كل من:

أولاً: السيد / السادة بنك ..... فرع .....

ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد (بالبنك) الطرف الأول (المستصنع).

ثانياً: السيد / السادة ..... ويسمى فيما بعد

لأغراض هذا العقد بالطرف الثاني (الصانع) حيث إن البنك يرغب في صناعة .....

وحيث إن الطرف الثاني قبل القيام بذلك فقد أبرما بينهما عقد الاستصناع الآتي:

1. طلب البنك من الطرف الثاني القيام بصناعة المذكور أعلاه بمواصفاته في الجدول/ الجداول الملحقة بهذا العقد وبالأسعار المحددة فيه على أن تكون المواد والعمل منه.
2. قبل الطرف الثاني (الصانع) القيام بما ورد في (1) أعلاه.
3. التزم الطرف الثاني) الصانع (بإنجاز العمل وتسليمه:

أ - في مدة أقصاها .....

ب- على مراحل على النحو التالي:

- المرحلة الأولى هي ..... بتاريخ .....
- المرحلة الثانية هي ..... بتاريخ .....
- المرحلة الثالثة هي ..... بتاريخ .....

4. التزم الطرف الثاني) الصانع (في تنفيذه -للعمل- بمراعاة الأصول المتعارف عليها في مثل هذه الأعمال.
5. التزم البنك بأن يدفع الثمن المتفق عليه وهو مبلغ .....

..... نقداً عند التوقيع على العقد أو مقسطاً على النحو التالي:

أ - ..... % قسطاً أول عند التوقيع على العقد.

ب- ..... % عند نهاية المرحلة الأولى في .....

ج- ..... % عند نهاية المرحلة الثانية في .....

د- ..... % عند نهاية المرحلة الثالثة في .....

6. يلتزم الطرف الثاني) الصانع (بتأمين محل العقد تأميناً شاملاً حتى نهاية العمل وتسليمه.
7. يقدم البنك شيكات للوفاء بالمبلغ / الأقساط المنصوص عليها في البند (5).
8. يقدم الطرف الثاني (الصانع) ..... ضماناً لإنجاز العمل في موعده.
9. التزم الطرف الثاني) الصانع (بأن يظل لمدة ..... مسئولاً عن سلامة المحل (المستصنع) وأن يقوم بإصلاح أي خلل يحدث في أثناء الفترة المذكورة.
10. مكان تسليم المصنوع هو ..... وتقع على (البنك) مسئولية تكاليف الترحيل.
11. إذا تأخر الطرف الثاني) الصانع (عن إتمام العمل في أجله المذكور في البند) (3) من هذا العقد فإنه يدفع مبلغ عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل بعد المدة المحددة المشار إليها في البند (3) من هذا العقد ما لم يكن التأخير ناتجاً عن أسباب خارجة عن إرادته أو بسبب تقصير من المستصنع (البنك)

12. إذا نشأ نزاع حول تفسير أو تنفيذ هذا العقد فيجوز أن يحال ذلك النزاع إلى لجنة تحكيم تتكون من ثلاثة أعضاء يختار كل طرف عضواً واحداً منهم ويجتمع العضوان لاختيار العضو الثالث ليكون رئيساً للجنة التحكيم، وفي حالة فشلهما في اختيار العضو الثالث أو عدم قيام أحد طرفي العقد باختيار محكمه في ظرف سبعة أيام من تأريخ إخطاره يحال الأمر للمحكمة المختصة لتعين الشخص أو الأشخاص المطلوب تعيينهم، على أن تعمل اللجنة. وتحكم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ونصوص هذا العقد، وتكون قراراتها سواء اتخذت بالإجماع أو بالأغلبية نهائية وملزمة للطرفين.

وقع عليه:

الطرف الأول (المستصنع) .....

(الطرف الثاني) الصانع .....

ع/ البنك .....

الشهود:

1/ ..... 2/.....

∴

خاتمة:

في الختام أسال الله تعالى أن تكون مثل هذه البحوث خطوة يفترض أنها تتويج لبحوث جادة في الشريعة الإسلامية والقانون والاقتصاد والمعاملات المصرفية، فالإسلام دين متكامل ينظر إلي حياة الإنسان بجانبها المادي والروحي؛ لم يترك أمراً إلا وعرض له بالتنظيم السليم الذي يصفي الحقوق ويوفي الالتزامات في إطار العدل والاستقرار.

النتائج:

1. لعقد الاستصناع المصرفي دور هام في تنشيط النواحي الاقتصادية والمصرفية، والناظر في حقيقة عقد الاستصناع المصرفي والآثار المترتبة عليه يجد أن لهذا العقد أهمية عظيمة للفرد والمجتمع، وتبرز الأهمية من خلال.

(أ) أنه عقد فيه تيسير كثير على المسلمين لأنه لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثمن هو تغطية كاملة لجانبيين مهمين هما عقد السلم الذي لا يشترط فيه وجود المسلم فيه، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور. وعقد بيع الأجل الذي لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولكن كان لابد من وجود المثمن (المبيع) وتسليمه إلى المشترى، فأباح الإسلام عقد الاستصناع الذي هو عقد وارد على الذمة من حيث العين والعمل.

(ب) التعامل بقصد الاستصناع المصرفي رفقاً بكل من الصانع والمستصنع ويلعب المصرف دور الوسيط بينهما.

(ت) إن عقد الاستصناع المصرفي له دور بارز في تطوير الصناعة، وتنمية المجتمع الصناعي، فكثير من المصانع ليس لها من السيولة ما يكفي لتطويرها، فعقد الاستصناع المصرفي يحقق لها ذلك.

2. لاقت صيغ التمويل والاستثمار الإسلامي في العالم قبولاً ورواجاً، وأثبتت فعالية ومرونة للتطبيق والاستجابة لرغبات المستثمرين وطالبي التمويل المختلفة ويمكن الاستفادة من عقد الاستصناع المصرفي لتوفير التمويل النقدي دون الوقوع في الربا المحرم.

3. يعد ابتكار صيغة عقد الاستصناع وتطويرها إحدى إسهامات المسلمين في الحضارة الإنسانية بلا توقف عن العطاء ولعل السبب في ذلك يرجع لاجتهادات يتبعها إسهامات في مجالات أخري يحتاجها عالمنا اليوم بما تحمل من رسالة سماوية تكفل الخير للإنسان وعمارة الأرض خاصة في ظل الأزمات المالية التي يشهدها العالم اليوم نتيجة لارتفاع سعر الفائدة والاستغلال والاحتكار والغش وعلى رأسها الربا.

4. تمثل صيغ التمويل الإسلامي المستخدمة في النظام المصرفي معظم صيغ التمويل الإسلامي المعروفة، ومن بينها عقد الاستصناع المصرفي فهو صيغة مستخدمة في التمويل وظلت هذه الصيغ الإسلامية تمثل مرجعية التعامل في النظام المصرفي الإسلامي.

5. عقد الاستصناع المصرفي من عقود الصيغ الإسلامية القائمة على الديون ويمكن بها أن تستطيع البنوك بإمكاناتها الضخمة أن تنشئ مدنًا سكنية، وأخرى صناعية، تحقق أرباحاً طيبة، وفى الوقت نفسه تيسر للناس الحصول على المسكن والمصنع، وتختار العقد الذي يناسب كل حالة والدولة بأجهزتها المختلفة وإمكاناتها الضخمة والأراضي الشاسعة الواسعة التي تملكها، تستطيع، ويمكن أن تقوم الدولة أيضا بدور المتصنع، فتساهم في بناء المدارس والمصانع والمنشئات الأخرى، ويكون ذلك استثمارًا طيبًا لهذه الأموال.

6. عقد الاستصناع المصرفي ما هو إلا عقد سلم في الفقه الإسلامي، ولأهمية صيغة عقد السلم في عصرنا الحاضر كأداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة. وقد تعددت مجالات تطبيق عقد السلم المصرفي في المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر

التوصيات:

1. زيادة الاهتمام بالجانب الروحي (المعنوي) في نشاطات المصارف في دعم صغار المنتجين، وصغار الحرفين، ودعم الكوارث، والتعاون على البر والتقوى والتعاون ودعم الكوارث واثأر الحرب وبناء المدارس والمستشفيات والمراكز التعليمية والصحية، مع عدم الإخلال بالجانب المادي "الاستثماري"، ولا يتم ذلك إلا بتضافر الجهود والاستفادة من هذه العقود المصرفية وفى مقدمتها عقد الاستصناع المصرفي.

2. العالم الإسلامي بصفة عامة والسودان بصفة خاصة بمجموع ثرواته ليس عالماً فقيراً بل هو غني ومتكامل وكل ما يحتاج إليه هو إيجاد قنوات الاتصال المتمثلة في توفير الأدوات الاستثمارية القادرة على اجتذاب أموال المواطنين من الأفراد والمؤسسات والشركات للمساهمة في تمويل المشروعات المختلفة التي يحتاج إليها البلد الإسلامي وإمكانية تطوير الأدوات المالية الإسلامية فأوصى بإضافة نصوص جديدة تتضمن عقد الاستصناع المصرفي في القانون المصرفي ليصبح له القدرة على تنويع التمويل المصرفي وفقا لأحكام الشرع والقانون.

3. أنّ العمل المصرفي بحاجة دائمة إلى تجديد وابتكار خدمات ومنتجات مصرفية وتسويقية جديدة وذلك لأن حاجات العملاء المادية والمعنوية متجددة بصفة مستمرة ولذلك لوجود المنافسة القوية بين البنوك على كسب أكبر قدر ممكن من العملاء، فأوصي بمراجعة القوانين المصرفية بصفة دورية ومستمرة لتنقية القانون من شوائب الربا والاستغلال والغش والحيل التي كثرت في هذا الزمن.

4. يتطلب التطور العمل في صيغ التمويل المصرفية في السودان المحافظة على أموال المودعين إدخال بعض الأحكام والتعديلات على قانون تنظيم العمل المصرفي 1991م المعدل ى العام 2003م أهمها:

(أ) يجب الاستفادة من نصوص التشديد من القانون الجنائي لوقف الجرائم على الجهاز المصرفي وذلك من أجل المحافظة على حقوق المساهمين وتنمية الجهاز المصرفي.

(ت) ضرورة تأهيل المراقبين الشرعيين وتدريب الموظفين لفهم تطبيق الصيغ الإسلامية. وعلى رأسها عقد الاستصناع المصرفي

(ث) أن تتواصل المبادرات من السلطة القضائية ووزارة العدل والمحامين والمصرفيين والفقهاء وأعضاء الهيئة العليا للرقابة الشرعية في السودان لتطوير القوانين المصرفية لمجابهة أي تطورات.

5. توسيع الإطار التشريعي لقوانين العمل المصرفي وإعادة النظر في كل القوانين المصرفية واللوائح المفسرة لها وذلك بغرض ضمان مواكبتها للأسس الشرعية والمبادئ والأحكام العامة في القوانين الوضعية والتطورات التي حدثت في الاقتصاد، وذلك في وضع تشريع شامل يشمل كل المسائل المتعلقة بالعمل المصرفي.

6. للاعتبار الذي تقتضيه سياسة مصرفية متكاملة تحقق قدر من التلاؤم بين القانون والتشريعات الحديثة، أوصى بمزيد من الدراسات في مواضيع قوانين العمل المصرفي، على وجه العموم وعقود الاستصناع المصرفي على وجه الخصوص.

7. لابد من جمع حصيلة ما توفر لدينا من معلومات وبيانات في هذه الدراسة المتواضعة، للاستفادة منها في سياسة مصرفية محلية، وإقليمية، ودولية.

المراجع :

1. القرآن الكريم.
2. أحمد بن حنبل (ت241هـ)، مسند الأمام بن حنبل، دار صادر، بيروت، ب ت.
3. أحمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية. الجزائر، بانته، 1428- 1429هـ- 2007- 2008م.
4. أحمد بن محمد بن أحمد العدوى الشهير الدردير (ت1201هـ)، الشرح الصغير عل أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك مع حاشية الصاوي، وبهامش حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، خرج أحاديثه وفهرسها الدكتور مصطفى كمال وصفى، طبع على نفقة صاحب السمو زايد بن سلطان رئيس دولة الإمارات، دار المعارف بمصر 1393هـ.
5. أحمد بن محمد بن على بن المغرى الفيومي (ت770هـ): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، صححه مصطفى السقا، مطبعة الباقر الحلبي وأولاده، مصر/ بدون تاريخ.
6. أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب، طبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه بمصر. روضة الطالبين وعمدة المتيين، تحقيق وإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الكر بيروت، ط1، 1415هـ-1995م.
7. أبى إسحاق إبراهيم الفيروز أبادي (ت476هـ): التنبيه في فقه الأمام الشافعي، تحقيق/ عادل عبد الموجود، شركة دار الأرقم، بيروت، ط،1، 1997/1418م.
8. أبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح (ت762هـ) المبدع شرح المقنع، المكتبة الإسلامية، ط/ المكتب الإسلامي، بدون تاريخ.
9. أنور الدين على بن أبى بكر بن سليمان الهيثمي (ت807هـ): مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق، محمد عبد القادر أحمد عطا، منشورات محمد على بيضون، دار الكتب العليمة، بيروت/ لبنان، 1422هـ/2001م.
10. أبوبكر احمد بن الحسين بن على البيهقي (ت458هـ): السنن الكبرى، دار الفكر، بدون تاريخ.
11. الجريدة الرسمية الديمقراطية الجزائرية، أمر رقم (58075) 1395هـ، 1975م.
12. أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت321هـ): معاني الآثار، أو معانا شرح الآثار في مشكل الحديث، حققه محمد زهري النجار، دار الكتب العليمة، ط1407/2هـ-1987م.
13. حسام الدين خليل، عقد الاستصناع، كأحد البدائل للأوعية الادخارية البنكية، مركز القرضاوي للوسطية والتجديد، فهرست مكتبة الملك فهد الوطنية، ط2، 1419هـ - 1988م.
14. أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي (ت450هـ)، الحاوي الكبير، دار الكتب العليمة، بيروت، لبنان، الناشر، محمد على يبيضون، 1419هـ/1999م.
15. ابن الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت261هـ): صحيح مسلم، تحقيق/محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1412هـ/1991م. صحيح مسلم.
16. سعد السبر، الاستصناع (المقاولات) فقه مقارن، المعهد العالي للقضاء 1429هـ.
17.شوقي، أحمد دنيا، الجعالة الاستصناع، ط البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للتدريب، جدة. ط2، 1419هـ-1998م.

18. صديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود، ط4، الناشر مؤسسة الرسالة 1314هـ- 1994م.
19. صلاح الحسن حاج عبد الله، قراءة في صيغة بيع الاستصناع، مجلة النماء، العدد الثاني، مجلة شهرية يصدرها بنك التنمية التعاوني السوداني، نوفمبر2005م.
20. أبن عابدين (ت1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهور "بحاشية بن عابدين"، لخاتمة المحققين، مع تكملة أبن عابدين لنجل المؤلف، دارسة وتحقيق، عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمد معوض، قدم له بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ/1994م.
21. أبوعبدالله محمد بن إسماعيل (ت 256هـ)، صحيح البخاري، الجامع الصحيح، المسند، طبعة معتمدة من النسخة الأصلية المعتمدة من النسخة اليونانية، اعتنى بها أبوعبدالله عبد السلام محمد، مكتبة الرشيد، ط1، 1425هـ/2002م
22. أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القيرواني (ت275هـ): سنن المصطفى أو سنن ابن ماجة، أبوعبدالله محمد بن يزيد القزويني، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1395هـ.
23. أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب بن دينار (ت279هـ): سنن النسائي "المجتبى"، من السنن المشهور، اعتنى به بيت الأفكار الدولية، بدون تاريخ، ومطبوع أخر بشرح الأماميين السيوطي والسندي، السيد محمد السيد وآخرين، ضبط أصوله مصطفى محمد حسين، دار الحديث، القاهرة، جامعة الأزهر، ط1420،1هـ-1999م.
24. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ى شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3 الجديدة، 2009م.
25. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م.
26. عبد الوهاب خلاف (ت 1375هـ): علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، 1423هـ/2003م.
27.عبد الكريم عمر الشيباني، عقد الاستصناع، بحث في صيغ التمويل الإسلامية المعاصر، مصرف الجمهورية/ مصر.
28.علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني (ت587هـ)، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل عبد الموجود، الناشر محمد علي يبيضون، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط1418،1هـ - 1997م.
29. على أحمد السالوس، فقه البيع والاستثياق والتطبيق المعاصر، دراسة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون، إصدار المجمع الإسلامي رقم (14) الناشر مؤسسة بيروت، لبنان، مكتبة دار القرار، مصر، دار الثقافة، ط1425هـ -2004م.
30. على بن عمر بن مهدي(ت385هـ) سنن الدارقطني، علق عليه مجدي بن منصور، دار الكتب العربية، بيرو/لبنان، 1417هـ-1996م.
31. على محي الدين القرة داغي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة بالمملكة العربية السعودية، ذي العقدة 1412هـ، مايو 1992م.

32. فخر الدين عثمان بن على الزيلعي (ت742هـ): تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، وبهامشه حاشية الأمام العلامة شهاب الدين أحمد الشبلي، دار الكتاب الإسلامي، ط1، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، مصر، 1314هـ، الطبعة الثانية، أعيد طبعه بالأوفست.
33. فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن على الرازي (ت606هـ): مختار الصحاح، عنى بترتيبه محمد خاط، الهيئة المصرية للكتاب، بدون تاريخ.
34. أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور(ت711هـ): لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت/ لبنان 1375هـ-1956م.
35. أبو القاسم سليمان بن أحمد (ت360هـ): المعجم الكبير، تحقيق حمدي السلفي، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العراق، بدون تاريخ.
36. قاسم بن عبد الله القونوي الرومي الحنفي (ت978هـ): أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، علق عليه يحي مراد، منشورات، محمد على يبيضون، دار الكتب العليمة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ..
37. قانون المعاملات المدنية السوداني 1984م.
38. قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني 2003م.
39. كمال الدين محمد عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواس المعروف ابن الهمام (ت861هـ)، فتح القدير مع العناية وبهامشه شرح العناية على الهدية، الناشر دار الكتب. العلمية بيروت/لبنان بدون تاريخ.
40. كاسب عبد الكريم بدران، عقد الاستصناع المصرفي في الفقه الإسلامي.
41. مجلة الأحكام العدلية، على حيدر، تعريب المحامي/ فهمي الحسين، دار الكتب العليمة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
42. مجلة الفقه الإسلامي العدد السابع، في الفترة من 1412هـ، 1992م. مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة.
43. محمد أبو النور زهير، أصول الفقه، الكتبة الأزهرية للتراث، 1425هـ/2004م.
44. محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ)، الأم، الطبعة الأولى، الطبعة الأميرية الكبرى، مصر 1321هـ.
45. محمد بن أحمد أبى سهل السرخسي (ت483هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، بدون تاريخ.
46.محمد بن أحمد علاء الدين بن منصور (ت540هـ): تحفة الفقهاء، حققه وعلق عليه ونشره لأول مرة، محمد زكى عبدا لبر، ط1،1379هـ/1959م، مطبعة دمشق.
47. محمد بن إسماعيل بن صلاح الصنعائي (ت1142هـ): سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الاحتكام، دار الجيل، بيروت، لبنان، المطبعة الأميرية، بدون تاريخ، ومطبوع أخر جميعه إحياء التراث الإسلامي، ط1، 1418هـ،1997م، دولة قطر.
48. محمد بن أحمد علاء الدين بن منصور (ت540هـ)، تحفة الفقهاء، حققه وعلق عليه ونشره لأول مرة محمد زكى عبدا لبر، 1379،1هـ/1959م، مطبعة دمشق.
49. محمد بن عيسى الترمذي (ت279هـ): سنن الترمذي، دار إحياء الحديث، بيروت، لبنان، تحقيق، احمد محمد شاكر وآخرون، بدون تاريخ.

50. محمد بن عيسى الترمذي (ت279هـ): سنن الترمذي، دار إحياء الحديث، بيروت/ لبنان، تحقيق/احمد محمد شاكر وآخرون، بدون تاريخ.
51. محى الدين يحي بن شرف أبى كريا النووي (ت676هـ)، المجموع شرح المهذب تحقيق وإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ-1995م.
52. موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدام المقدسي (ت620هـ)، المغنى، بتصحيح محمد خليل هراش، بدون تاريخ.
53. المراشد الفقهية، الهيئة العليا للرقابة الشرعية على الرقابة المصارف في السودان الصادرة في الفترة من 1422هـ- 2000م-2003م، بنك السودان، المطبعة الوطنية ط1، 1427هـ- 2006م.
54. الموسوعة الفقهية الكويتية، طبعة أوقاف الكويت، بدون تاريخ.
55. مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، جدة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1416هـ-1995م.
56. الموسوعة الفقهية الكويتية، طبعة أوقاف الكويت.
57. ناصر أحمد إبراهيم النشوى، عقد الاستصناع وحكم التعامل به، ط1، 2007م، مطبعة شركة الجلال للطباعة، العامرية، الناشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
58. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته الشرعية، دار الفكر/ دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط4، المعدلة، 1422هـ/2002م.
59. أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت520هـ): المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق، سعيد أحمد أعراب، بعناية عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التراث العربي، دار القران الكريم، ط1/1408هـ-1988م.