مجـــلـة الحـــق للعلوم الشرعية والقانونية
Al-haq Journal for Sharia and Legal Sciences
تصدر عن كلية القانون – جامعة بني وليد – ليبيا
Website: https://www.al-haqjournal.ly/index.php/alhaq/index
العدد الرابع عشر ـ ديسمبر 2024 ـ الصفحات (267-276)
معامل التأثير العربي 1.67 لسنة 2024
ISSN 3005-3919

التكييف الفقهي والقانوني لعقد الإستصناع في القانون المدني الليبي

د. صلاح علي غرير الصوط *

الهيئة الليبية للبحث العلمي ،طرابلس ، ليبيا

salahgrair@gmail.com

Jurisprudential and legal adaptation of the Istisna contract in Libyan civil law

Dr Salah Ali Gorair Alsout *

Libyan Authority for Scientific Research, Tripoli, Libya

تاريخ الاستلام: 29-10-2024 تاريخ القبول: 25-11-2024 تاريخ النشر: 17-12-2024

الملخص

إن الحديث عن عقد الإستصناع له أهمية بالغة لاستخدمه في المصارف الإسلامية، وأحتاج الأمر إلى وضع الضوابط الشرعية لسلامة العقد، تتلخص مشكلة الدراسة في إيجاد مخرج شرعي لعقد الإستصناع في ظل اختلاف الآراء بين الفقهاء بين لمن أجاز هذا العقد وبين الاستغناء عنه بعقود أخرى متشابه وبيان موقف المشرع الليبي من عقد الإستصناع وكيف تمكن من صياغته في القانون المدني الليبي. تهدف هذه الدراسة الي 1_بيان الإستصناع لغة واصطلاحا وفي القانون الليبي؟ 2_بيان مشروعيته عند الفقهاء والقانون المدني الليبي؟ 3_كيف كيف القانون الليبي عقد الإستصناع وما الفرق بينه وبين بعض العقود المتشابه. استخدم الباحث المنهج الاستقرائي: من خلال التعرف على مفهوم الإستصناع في اللغة والاصطلاح، عن طريق استقرائه من جمع المادة العلمية من الكتب الفقهية والقانونية. المنهج الاستنباطي: بمعنى استنباط النتائج العامة للدراسة من خلال أخذ الأحكام والآراء من المذاهب الفقهية وفقهاء القانون المدني الليبي. أقسام البحث المبحث الأول مفهوم الإستصناع المطلب الأول الإستصناع لغة وشرعا المطلب الثاني مشروعية عقد الإستصناع عند الفقهاء وفي القانون الليبي المطلب الثالث تكييف عقد الإستصناع في القانون الليبي. ومن أهم نتائج البحث عدم جواز عقد الإستصناع عند الجمهور لعدم وجود دليل صريح في الكتاب والسنة وخالفهم في تلك الحنفية قالو بجوازه لحاجة الناس إليه كما أن المشرع الليبي تحدث عن عقد المقاولة الذي يتشابه في بعض أركانه وشروطه مع عقد الإستصناع خلاصة البحث أجاز الحنفية عقد الإستصناع لحاجة الناس إليه كما كان يعمل بهذا العقد في كل العصور دون نكير من أحد ولا يوجد مانع شرعي لهذا العقد، كما أن المشرع الليبي تحدث في القانون المدني عن عقد المقالة التي يتعامل به الناس في هذا العصر.

الكلمات المفتاحية: الإستصناع ، المستصنع ، المستصنع له، التكييف الفقهي ، التكييف القانوني.

Abstract

The Istisna'a contract is of significant importance due to its use in Islamic banks, and it is essential to establish legal controls for its integrity. The problem of the study is summarized in finding a legal way out for the Istisna'a contract in light of the difference in ideas among jurists between those who permitted this contract and those who dispensed with it in other similar contracts, and clarifying the position of the Libyan legislator on the Istisna'a contract and how he was able to formulate it in Libyan civil law. This study aims to: 1- Explain Istisna'a in language and terminology and in Libyan law? 2- Explain its legitimacy according to jurists and Libyan civil law? 3- How does Libyan law define the Istisna'a contract and what is the difference

between it and some similar contracts? The researcher used the inductive approach: by identifying the concept of Istisna'a in language and terminology, by inducting it from collecting scientific material from jurisprudential and legal books. The deductive approach: meaning deducing the general results of the study by taking rulings and opinions from the jurisprudential schools and Libyan civil law jurists. Research Sections The first topic: The concept of Istisna' The first requirement: Istisna' in language and Islamic law The second requirement: The legitimacy of the Istisna' contract according to jurists and in Libyan law The third requirement: The classification of the Istisna' contract in Libyan law. The most important results of the research are that the Istisna'a contract is not permissible according to the majority of scholars due to the lack of explicit evidence in the Qur'an and Sunnah. The Hanafis disagreed with them and said that it is permissible due to people's need for it. The Libyan legislator also spoke about the contract of contracting, which is similar in some of its pillars and conditions to the Istisna'a contract. Summary of the research: The Hanafis permitted the Istisna'a contract due to people's need for it, as this contract was used in all ages without anyone objecting to it, and there is no legal impediment to this contract. The Libyan legislator also spoke in the civil law about the article contract that people deal with in this age.

Keywords: Istisna'a, Manufacturer , Customer , Jurisprudential adaptation , Legal conditioning

المُقَدّمَة:

يُعدُّ الإستصناع من العقود القديمة والمعاملات الشائعة بين المجتمعات، إذ يساهم في تسهيل المعاملات اليومية بين الناس. وقد جاء الإسلام ليقر مشروعيته بوضع ضوابط شرعية تهدف إلى حماية المتعاقدين والحفاظ على أموال المسلمين. كما أن القانون الوضعي بدوره وضع ضوابط قانونية لتيسير التعاقد والحد من النزاعات بين أفراد المجتمع.

أولًا: مشكلة البحث

تتلخص مشكلة الدراسة في إيجاد مخرج شرعي لعقد الإستصناع في ظل اختلاف الآراء بين الفقهاء حول إجازة هذا العقد أو الاستغناء عنه بعقود أخرى متشابهة، مع بيان موقف المشرع الليبي من عقد الإستصناع وكيفية صياغته في القانون المدني الليبي.

ثانيًا: أسئلة البحث

ما الإستصناع لغةً واصطلاحًا وفي القانون المدني الليبي؟

ما مشروعيته عند الفقهاء وفي القانون المدني الليبي؟

كيف يتم تكييف عقد الإستصناع في القانون المدني الليبي؟ وما الفرق بينه وبين العقود المتشابهة؟

ثالثًا: أهداف البحث

1_ بيان مفهوم الإستصناع لغةً واصطلاحًا وفي القانون المدني الليبي.

2_ توضيح مشروعية الإستصناع عند الفقهاء وفي القانون المدني الليبي.

3_ تكييف عقد الإستصناع في القانون المدني الليبي والتمييز بينه وبين بعض العقود المشابهة.

رابعًا: منهجية البحث

سيعتمد الباحث على:

المنهج الاستقرائي :من خلال استعراض الدراسات والمقالات والبحوث المنشورة المتعلقة بموضوع البحث، بالإضافة إلى آراء الفقهاء وفقهاء القانون المدني الليبي لتكييف المسألة المعروضة.

المنهج الاستنباطي :لاستنباط النتائج العامة للدراسة من خلال تحليل الأحكام والآراء المستخلصة من المذاهب الفقهية وفقهاء القانون للوصول إلى النتائج المرجوة محل الدراسة.

خامسًا: الدراسات السابقة

1_ تناول الباحث الدكتور كمال الدين محمد فضل في ورقته العلمية بعنوان "التكييف الفقهي والقانوني لعقد الإستصناع وتطبيقاته المصرفية المعاصرة "موضوع التكييف الفقهي والقانوني لعقد الإستصناع في القانون

السوداني، مع التركيز على تطبيقاته في المصارف الإسلامية. ورغم إبداعه في هذا المجال، فإن هذا البحث سيتناول التكييف الفقهي والقانوني لعقد الإستصناع في القانون الليبي بشيء من التفصيل.

2_ تطرق الباحث الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد الزرقا في ورقته العلمية بعنوان "عقد الإستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة "إلى أهمية عقد الإستصناع وطرق تطبيقه في المصارف الإسلامية والمعاملات الاستثمارية. وقد أجاد في تناوله، ولكن هذا البحث سيركز على تكييف عقد الإستصناع في القانون المدني الليبي بشيء من التفصيل.

خامسا: الدراسات السابقة

1_ تناول الباحث الدكتور كمال الدين محمد فضل في ورقته العلمية بعنوان "التكييف الفقهي والقانوني لعقد الإستصناع وتطبيقاته المصرفية المعاصرة "موضوع التكييف الفقهي والقانوني لعقد الإستصناع في القانون السوداني، مع التركيز على تطبيقاته في المصارف الإسلامية. ورغم إبداعه في هذا المجال، فإن هذا البحث سيتناول التكييف الفقهي والقانوني لعقد الإستصناع في القانون الليبي بشيء من التفصيل.[1]

2_ تطرق الباحث الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد الزرقا في ورقته العلمية بعنوان "عقد الإستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة "إلى أهمية عقد الإستصناع وطرق تطبيقه في المصارف الإسلامية والمعاملات الاستثمارية. وقد أجاد في تناوله، ولكن هذا البحث سيركز على تكييف عقد الإستصناع في القانون المدني الليبي بشيء من التفصيل.[2]

سادسا: تقسمات البحث

المبحث الأول: مفهوم الإستصناع لغة واصطلاحا وفي القانون الليبي.

المطلب الأول: الإستصناع لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: الإستصناع في القانون الليبي.

المبحث الثاني: مشروعية عقد الإستصناع عند جمهور الفقهاء.

المطلب الاول: مشروعية عقد الإستصناع عند جمهور الفقهاء وادلتهم.

المطلب الثاني: مشروعية عقد الإستصناع عند الحنفية وادلتهم.

المطلب الثالث: تكييف عقد الإستصناع في القانون المدني الليبي والفرق بينه وبين العقود المتشابه.

المطلب الأول: تكييف عقد الإستصناع في القانون المدني الليبي.

المطلب الثاني: الفرق بين الإستصناع وغيره من العقود المتشابه.

المبحث الأول: مفهوم الإستصناع واصطلاحا وفي القانون الليبي

سوف نتحدث في هذا المبحث عن الإستصناع في اللغة وإصطلاح الفقهاء وكذلك مفهوم الإستصناع في القانون المدني.

المطلب الأول: الإستصناع لغة واصطلاحا

أولا: الإستصناع لغة: "الإستصناعُ لُغةً: صَنَعَه يَصنَعُه صُنْعًا، فهو مَصنوعٌ وصُنْعٌ: عَمِلَه، قال تعالى:(صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ) [النمل: 88] والاصطناعُ: افتعالٌ مِن الصَّنيعةِ، وهي العطيَّةُ والكَرامةُ والإحسانُ". [3]

"واستصنع الشي: دعا إلى صنعه، والصناعة: حرفة الصانع، وعمله الصنعة. والصناعة ما تستصنع من أمر، صنع اليد وصناع اليد من قوم صنعي الأيدي". [4]

ثانيا: إصطلاحا الفقهاء: "الإستصناع هو عقد يشترى به شيء مما يصنع صنعا يلتزم البائع بتقديمه مصنوعا بمواد من عنده بأوصاف معينة، وبثمن محدد يدفع عند التعاقد، أو بعد التسليم أو عند أجل معين".[5]

---

[1] ورقة علمية مقدمة إلى مجلة الجزيرة تفكر المجلد 18 العدد 1 لسنة 2018م.

[2] ورقة علمية مقدمة إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب لسنة 2000.

[3] العلامة أبى الفضل لابن منظور (لسان العرب) المجلد الثامن وإصدار دار بيروت ص 208، العلامة محمّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي (تاج العروس من جوهرة القاموس المجلد 21 ناشر وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت لسنة 2001 ص 363.

[4] العلامة أبى الفضل لابن منظور (لسان العرب) المجلد الثامن وإصدار دار بيروت ص 209.

[5] عبد العزيز محمد عزام، كتاب فقه المعاملات، الناشر مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر لسنة 1996، الطبعة الأولى ص 262،263.

الإستصناع اصطلاحا: "أن يقول إنسان لصانع: اصنع لي الشيء الفلاني ويذكر جنسه وصفاته، والمواد من عند الصانع، مقابل كذا وكذا من المال أعطيك إياه الآن، أو بعد التسليم، أو عند أجل معين. فيقبل الصانع ذلك".[1]

عرفته هيئة المحاسبة والمراجعة المالية (إيوفي): "أنه عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها".[2]

الإستصناع: "عقد الإستصناع – وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط".[3]

تعريف الإستصناع عند المعاصرين" أنه طلب عمل شي خاص، علي وجه مخصوص، مادته من الصانع، فإذا قال شخص لأخر من أهل الصنائع: اصنع لي الشي الفلاني بالأوصاف التالية بكذا درهما وقبل الصانع ذلك، كان ذلك استصناعا".[4]

المطلب الثاني: الإستصناع في القانون المدني الليبي

حيث جاء في الباب الثالث من القانون المدني الليبي الفصل الأول المقاولة والتزام المرافق العامة المادة (645) تعريف المقاولة وعرفه المشرع: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين على أن يصنع فيه شيء أو اداء عملا لقاء أجر يتعهد بيه المتعاقد الآخر.[5]

ونستخلص من خلال ما تم استعراضه من التعريفات في الاصطلاح والقانوني المدني الليبي يتبين لنا أن أركان عقد الإستصناع يتكون من المستصنع والصانع مستصنعا إليه والمصنوع المستصنع فيه والمقابل المادي يسمي الثمن وقد عبر القانون المدني الليبي على عقد الاستصناع بعقد المقاولة.

فالمستصنع هو الطرف الذي طلب شي معين لصنعه.

مستصنعا إليه أو الصانع هو الطرف الثاني الذي سوف يقوم بصناعة المطلوب لأجل المستصنع.

المستصنع فيه أو المصنوع هو محل الصنع بشيء محدد ومتفق عليه بين المستصنع والصانع.

ولم يتطرق المشرع الليبي إلى عقد الإستصناع صراحةً وإنما استخدم لفظ عقد المقاولة ويأخذ حكم عقد الإستصناع.

المبحث الثاني: مشروعية عقد الإستصناع عند الفقهاء.

سوف نتحدث في هذا المبحث عن مشروعية عقد الإستصناع عند جمهور الفقهاء وادلتهم حيث اختلف العلماء في عقد الإستصناع إلى قولين الجمهور ومذهب الحنفية.

المطلب الأول: مشروعية عقد الإستصناع عند جمهور الفقهاء وادلتهم.

أولا: قول الجمهور: المالكية[6] والشافية[7] والحنابلة[8]، يرون هؤلاء: أن عقد الإستصناع محرم شرعا بمعني غير جائز إلا عندما تتوفر فيه شروط عقد السلم، وهيا تحديد مدة معينة لتسليم المبيع وكذلك دفع الثمن في محل العقد وكذلك يكون المبيع من جنس معين ومحدد.

رأي الجمهور من الفقهاء إن في القواعد العامة القياس لا يجوز به عقد الإستصناع، أن من يريد الحصول على مصنوع على وصف معين أن يتعاقد على صيغة الإجارة أو صيغة السلم، هذا يدل على أن الإستصناع عند الجمهور أحد أقسام السلم، وينطبق عليه شروط السلم.

---

[1] عبد العزيز محمد عزام، كتاب فقه المعاملات، الناشر مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر لسنة 1996، الطبعة الأولى ص 263.

[2] المعايير الشرعية النص الكامل للمعاير الشرعية صادر هيئة المحاسبة والمراجعة المالية (إيوفي) المعيار الشرعي رقم (11) الإستصناع والإستصناع الموازي ت (2017) ص 318

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (65) (3/7) لسنة 1992م العدد السابع، ج2 ص223

[4] عزيزة الحسني العلوي، أثار عقد الإستصناع المصرفي في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ورقة بحثية مقدمة للمؤتمر الدولي للاقتصاد الإسلامي والأعمال 2023، ص 4.

[5] القانون المدني الليبي والقوانين المكملة له والباب الثالث العقود الواردة على العمل الفصل الأول المقاولة والتزام المرافق العامة ص (157).

[6] لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، الناشر دار إحياء الكتب العربية الجزء 3، ص217.

[7] يحي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، الناشر دار الفكر، الجزء الثالث عشر ص 221/220.

[8] محمد بن مفلح المقدسي، الفروع وتصحيح الفروع، الناشر دار الكتب العلمية بيروت، الجزء السادس، ص 147، 321/319.

ثانيا: أدلة وأسباب عدم صحة عقد الإستصناع عند جمهور الفقهاء.

يقول المالكية والشافعية والحنابلة، قليل من الحنفية: أن عقد الإستصناع على الصفة في التعريف غير جائز ومحرم شرعا، ولأن البضاعة المبيوعة مؤجلة في الذمة فلا يجوز البيع إلا مع تعجيل دفع الثمن مقدما ولأن رسول الله ﷺ "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ والكالئ هو الدين"[1] فلا يجوز بيع الدين بالدين لنهي النبي عنه.

- كما أن من شروط الإستصناع عمل شخص معين، هو الصانع ولا نعلم أيسلم الصانع إلي الأجل أو لا يكون من عقود الغرر التي نهى عن استخدامها.

- كما أن عقد الإستصناع من بيع المعدوم المتفق على تحريمه، لحديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال له لا تبع ما ليس عندك.[2]

صيغ مشابهة لعقد الإستصناع عن الجمهور

اتفق جمهور الفقهاء من يريد الحصول على المصنوع بوصف معين، فيمكن أن يتعاقد عليه بأحد الصيغتين الإجارة أو السلم:

- فالإجارة: يقوم طالب السلعة بتقديم المادة الخام بنفسه، ويتفق مع الصانع لتنفيذ السلعة المطلوبة حسب الأوصاف التي يريدها، يتم الاتفاق على ثمن العمل، كما يجوز لع تقديم الثمن كاملا أو تأجيله أو تقسيطه، لأن في عقد الإيجار لا يجب أن تكون معجلة، حيث هذه الصيغة ملزمة للطرفين ولا يجوز أحد فسخها بمفرده.[3]

والسلم: هي التعاقد على شراء سلعه موصوفه في الذمة بوصف معين غير محددة بعينها ويحدد أجل معين لتسليمها، حتى يكون عقد السلم صحيح الشروط والأركان وجب دفع الثمن في مجلس العقد فور الاتفاق دون تأجيل، غير أن فقهاء المالكية أجاز التأخير اليسير الذي لا يتجاوز ثلاثة أيام بعد الاتفاق المشروط أو غير المشروط.

ولسلامة عقد السلم لا يجوز الاتفاق في العقد صناعة السلعة من البائع نفسه، فيجوز صناعتها من البائع أو غيره، لصحة العقد يجب أن تكون السلعة مطابقة للشروط المتفق عليها يوم التسليم فقط.[4]

كما اشترط جمهور المالكية لصحة عقد السلم عدم تعيين المادة الخام التي ستُصنع منها السلعة، وإنما يمكن تحديد صنف المادة وجنسها بشكل عام فقط. فعلى سبيل المثال، يقول له: "أريد أن تكون هذه الأبواب مصنوعة من هذا النوع من الخشب"، فيكون هذا جائزًا[5].

يكون عقد السلم صحيحًا وملزمًا للطرفين إذا تم وفقًا للشروط المذكورة، ولا يمكن فسخه إلا باتفاق الطرفين. وإذا قدم البائع المبيع في الأجل المحدد، سليمًا من العيوب ومطابقًا للشروط المتفق عليها، وجب على المشتري استلام البضاعة حتى لو لم تكن من صنع البائع نفسه.

المطلب الثاني: مشروعية عقد الإستصناع عند الحنفية وادلتهم

أولا: مشروعيته عن الحنفية: جمهور الفقهاء من الحنفية يرون أن عقد الإستصناع جائز شرعا استحسانا لا قياسا، وذلك لحاجة الناس إليه، وفي العصور الماضية عمل الناس به وكما أن الناس لا يستغنون عنه في أي مكان وزمان.

يقول الحنفية عقد الإستصناع جائز استحسانا لا قياسا فلو كان قياسا فهو من بيوع المعدوم الغير جائزة، كما إن الاستحسان ليس دليل الحنفية فقط فقد استدلوا من الكتاب والسنة على جوازه.[6]

الحنفية تقول: أن عقد الإستصناع جائز شرعا، استحسانا، وذلك يستثنى من القاعدة العامة والتي تقول إنه غير جائز، وتتلخص هذه القاعدة في عدم جواز بيع المعدوم، والتي يدل عليها بالحديث المشهور عن الصحابي حكيم بن حزام أن الرسول صلي الله عليه وسلم قال له: " لا تبيع ما ليس عندك".[1]

---

[1] أخرجه الدارقطني (4/ 40، رقم 3060) والحاكم في المستدرك (2/ 65، رقم 2342) من طريق الخصيب بن ناصح، ثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ».

[2] الحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الناشر دار الفكر ط الثالثة، الجزء 4، ص539.

[3] شمس الدين أبو الفرج المقدسي الشرح الكبير الناشر دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت لسنة 1983 الجزء 3، ص 217.

[4] الصاوي المالكي، الشرح الصغير الناشر دار المعارف، الجزء 3، ص 287.

[5] بزاوية سيدي محمد، الإستصناع المعاصر في الفقه الإسلامي من خلال تجربة البنك الإسلامي للتنمية، مجلة أبعاد اقتصادية، المجلد (14) العدد (1) لسنة 2024، ص 67

[6] الشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، الناشر دار إحياء الكتب العربية الجزء 3، ص217.

ثانيا: أدلة مذهب الحنفية

-الاستحسان أحد الوجوه عندهم: حيث يقولون إن الناس كانوا وما يزالون يتعاملون بهذا العقد، من العصور البعثة إلى يومنا هذا من غير أنكر من أحد.

-الإجماع العملي يعتبر أيضا أحد وجوه الاستدلال لدى الحنفية هو حجة لديهم فتعامل الناس بهذا العقد خلال العصور السابقة بلا نكير يدل على إنهم استحسنوه ووجدوا فيه ما يحقق مصلحتهم، هذا يؤكد الإجماع.

العملي قول النبي ﷺ "ماراه المسلون حسنا فهو عند الله حسن"[2]

كما إن الناس استحسنوا هذا العقد لتحقيق مصلحتهم وقضاء حوائجهم فساروا عليه فهو حسن.

كما أن الحاجة تدعو إليه، فالإنسان يحتاج إلى مصنوع شيء معين بوصف معين من جنس خاص فيحتاج لهذا العقد لتحقيق حاجته.[3]

((المعقول هو قول الكاساني: لقد توفر في عقد الإستصناع عقدين جائزين الإجارة والسلم وهي استأجر الصانع لصانعة شيء معين بشرط أن يكون المصنوع منه هذا هو الإيجار وفي السلم يكون بيع شيء موصوف في الذمة، وما اشتمل على عقدين صحيحين يكون جائز وصحيح وهذا قياس دقيق.

وكما قال الكاساني القياس على عقد (الإستصناع) لا يجوز، لأن ذلك يدخلك في بيع مالا تملك وهذا غير جائز بإتفاق الفقهاء ونهى النبي ﷺ عن بيع الإنسان مالا يملك وأجازها في السلم. ويجوز (الإستصناع) استحسانا لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون بذلك في سائر العصور من غير نكير، وقد قال عليه الصلاة والسلام: لا تجتمع أمتي على ضلالة)).[4]

كما اتفق الحنفية على أن أدلة مشروعية عقد الإستصناع لم يتوقف على الإستحسان فقط، أنما يوجد دليل من الكتاب والسنة والإجماع.

دليل الحنفية من الكتاب:

"قول الله تعالى : { ثُمَّ أَتۡبَعَ سَبَبًا (92) حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ بَيۡنَ ٱلسَّدَّيۡنِ وَجَدَ مِن دُونِهِمَا قَوۡمٗا لَّا يَكَادُونَ يَفۡقَهُونَ قَوۡلٗا (93) قَالُواْ يَٰذَا ٱلۡقَرۡنَيۡنِ إِنَّ يَأۡجُوجَ وَمَأۡجُوجَ مُفۡسِدُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَهَلۡ نَجۡعَلُ لَكَ خَرۡجًا عَلَىٰٓ أَن تَجۡعَلَ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَهُمۡ سَدّٗا (94) قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيۡرٞ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجۡعَلۡ بَيۡنَكُمۡ وَبَيۡنَهُمۡ رَدۡمًا (95) ءَاتُونِي زُبَرَ ٱلۡحَدِيدِۖ حَتَّىٰٓ إِذَا سَاوَىٰ بَيۡنَ ٱلصَّدَفَيۡنِ قَالَ ٱنفُخُواْۖ حَتَّىٰٓ إِذَا جَعَلَهُۥ نَارٗا قَالَ ءَاتُونِيٓ أُفۡرِغۡ عَلَيۡهِ قِطۡرٗا (96) فَمَا ٱسۡطَٰعُواْ أَن يَظۡهَرُوهُ وَمَا ٱسۡتَطَٰعُواْ لَهُۥ نَقۡبٗا (97) }"[5]

في هذه الآية استدل الحنفية على قول الله تعالى حين طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم السد مقابل مال يدفع له من أموالهم مقابل هذا العمل وهذا هو عقد الإستصناع.

كذلك قوله فيما بعد: "{قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيۡر}"[6] ما ورد في الآية الكريمة لجوابه لم يكن اذكر وإنما اقترح عليهم صيغة أخري وهي أن يقوموا بتقديم الدعم له من القوة البشرية والإمكانيات المتاحة ليتمكن من أداء عمله بما لديه من الخبرة الفنية والعمل الدقيق.

وردت هذه القصة دون إنكار لعقد الإستصناع الوارد فيها هذا يدل على جواز ومشروعيته، فهو كتاب الهداية لا يذكر فيه ما هو منكر دون التنبيه على نكرانه.

دليل الحنفية من السنة:

استدل الحنفية بجواز عقد الإستصناع من السنة النبوية حيث إستصنع النبي ﷺ خاتم كما ورد في صحيح البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنه "إن النبي ﷺ اصطنع خاتمًا من ذهب وكان يلبسه فجعل فصه في

---

[1] رواه أحمد في مسنده والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً بلفظ «سألت ربي ألا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها» ورواه ابن ماجه عن أنس مرفوعاً بلفظ «إن أمتي لا تجتمع على ضلالة» وله روايات كثيرة (مجمع الزوائد: ١٧٧/ ١، ٢١٨/ ٥، المقاصد الحسنة للسخاوي: ص٤٦٠).

[2] التخريج: أخرجه أحمد (3600) واللفظ له، والطبراني (118/9) (8582).

[3] عبدالجليل قاسم وآخرون، عقد الإستصناع التكيف الشرعي والجانب التطبيقي "بنك البلاد السعودي إنموذجا" ورقة بحثيه مقدمة لمجلة الاقتصاد الإسلامي لسنة 2022 ص 84، 85.

[4] وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفقه الإسلامي وأدلته، الناشر دار الفكر دمشق ط الرابعة، ص 3644.

[5] سورة الكهف من الآية (92 إلى 97). قال ابن عباس خرجا أي أجرا عظيما (صفوة التفاسير).

[6] سورة الكهف من الآية (94)

باطن كفه. فصنع الناس خواتيم، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه فقال: إني كنتُ أَلْبَسُ هذا الخاتَمَ وأجعلُ فَصَّهُ من داخل" فرمى به ثم قال: "واللهِ لا ألبسُه أبدًا" فنبذ الناس خواتيمهم[1].

الدليل من الإجماع:

اعتاد الناس على إبرام عقد الإستصناع منذ زمن النبي صلي الله عليه وسلم إلى اليوم دون أنكار من أحد من أهل العلم مثلا في صناعة الملابس والأواني والمباني والسيوف والأثاث والسروج في أغلب احتياجاتهم اليومية ولا يستطيعون الاستغناء عنه.

كما أن إعتياد الناس عليه وتحريم التعامل به يعتبر حرج على الناس، كما هو معروف الحرج ممنوع في الإسلام لقوله الله عز وجل {هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ۚ....78}.[2]

كما أن الاجماع على عقد الإستصناع عمليا، وأن عدم جوازه من بعض المذاهب الفقهية في دراساتهم حيث لا يخلو الأمر أن جميع أهل العلم والعلماء تعاقد على صيغة الإستصناع في أحد جوانب الحياة وفي معاملاتهم اليومية فهذا العقد يحتاجه الجميع لقضاء حوائجهم.[3]

من خلال ما ذُكر من آراء مختلفة بين المذاهب الفقهية حول جواز هذا العقد أو عدمه، يتبين أن رأي مذهب الحنفية يتماشى مع ما هو سائد في وقتنا الحاضر، نظرًا لحاجة الناس إليه في تحقيق مصالحهم وتلبية احتياجاتهم. كما أن الدين الإسلامي دين يُسر، لا عُسر، ويحث على تسهيل الأمور المعيشية على الناس دون مشقة، مع الالتزام بعدم مخالفة حدود الله.

المبحث الثالث: تكييف عقد الإستصناع في القانون المدني الليبي والفرق بينه وبين العقود المتشابه.

المطلب الأول: تكييف عقد الإستصناع في القانون المدني الليبي.

كما ذكرنا سابقا أن عقد الإستصناع لم يذكر صراحةً

في القانون المدني الليبي وإنما تم تكييفه بعقد المقاولة العامة الذي أخذ بعض أحكام عقد الإستصناع وعقد السلم والإيجار وكيفهما.

حيث نص المشرع الليبي في "المادة (646) بشأن تقديم المواد

1_" يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المواد التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

2_ كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا.

مادة (647) ضمان المقاول

إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل.

مادة (648) تقديم رب العمل للمواد

1_إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلي المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها وأن يودي حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها، فاذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، التزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل.

2_وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ويكون ذلك على نفقته. هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره.

مادة (649) إخلال المقاول بشروط التزامه

1_ إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول أخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة 212.

---

[1] الراوي: عبد الله بن عمر | المحدث: البخاري | المصدر: صحيح البخاري الصفحة أو الرقم: 5866 | خلاصة حكم المحدث: [صحيح] التخريج: أخرجه مسلم (2091) باختلاف يسير صحيح البخاري، كتاب الإيمان والنذور. فتح الباري (11/ 537).

[2] سورة الحج الآية (78).

[3] كتاب الفقه الميسر - الفرق بين الإستصناع والإجارة - المكتبة الشاملة الحديثة ص 84.

2_ على إنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقه لتنفيذ من عيب مستحيلا"[1].

وعليه، واستنادًا إلى ما ورد في المادة (646) من القانون المدني الليبي، في الفقرة الأولى، أجاز المشرع أن يقتصر دور المقاول على تقديم العمل فقط دون تقديم المواد الخام التي سيُنفذ بها العمل. وفي هذه الحالة، يخرج العقد من نطاق عقد الإستصناع إلى عقد الإيجار، لأن الصانع سيحصل على أجره مقابل العمل فقط.

وفي الفقرة الثانية، أجاز المشرع أن يقوم المقاول بتقديم العمل والمواد التي سيُصنع منها الشيء المطلوب. وفي هذه الحالة، يُعد العقد عقد استصناع، لأن المقاول سيقوم بتقديم كل من العمل والمواد الخام.

أما في المادة (647) من القانون ذاته، فقد نص المشرع على أن يضمن المقاول أو الصانع المواد الخام التي يُقدمها في حال كانت من ضمن مسؤوليته. واشترط أن تكون هذه المواد ذات جودة عالية ومطابقة للمواصفات المطلوبة من قِبل صاحب العمل. وتُعد هذه المادة منسجمة مع أحكام عقد الإستصناع.

وفي المادة (648) من نفس القانون، أوصى المشرع الليبي بأن يلتزم المقاول أو الصانع بتنفيذ العمل على أكمل وجه، مع ضرورة المحافظة على المواد الخام التي يُقدمها صاحب العمل أو المستصنع. كما أكد على وجوب إرجاع المواد المتبقية بعد انتهاء العمل. وتنطبق هذه المادة على عقد الإيجار، وليس على عقد الإستصناع، لأن صاحب العمل هو من يُقدم المواد الخام ويدفع أجر العمل للمقاول.

وفي المادة (649)، تناول المشرع الإجراءات التي يمكن لصاحب العمل اتخاذها إذا وجد خللًا أو أخطاءً في تنفيذ العمل. فأجاز له أن يُنبه الصانع إلى الخطأ، أو أن يطلب من مقاول أو صانع آخر استكمال العمل. وفيما يتعلق بعقد الإستصناع، فإن هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء. إذ يرى بعضهم أنه يجوز رد السلعة إلى الصانع إذا كان العيب جوهريًا، بينما يرى آخرون أن المستصنع يمكنه قبول السلعة بعد إجراء التعديلات اللازمة عليها، إن أمكن ذلك.

من خلال نصوص المواد وما تم تفسيره من قِبل الباحث، يتبين أن المشرع الليبي قام بصياغة عقد المقاولة بشكل يجمع بين أحكام عقد الإستصناع وعقد الإيجار في عقد واحد. إذ تشير بعض نصوص عقد المقاولة إلى أحكام الإستصناع وفق الشريعة الإسلامية، بينما تشير نصوص أخرى إلى أحكام عقد الإيجار وفق أحكامه الشرعية.

المطلب الثاني: الفرق بين الإستصناع وغيره من العقود المتشابه.

أولا: الفرق بين الإستصناع والإجارة:

يختلف عقد الإستصناع عن عقد الإجارة بأن الإجارة عقد على عمل الأجير دون التزامه بتقديم مواد الصنع، أما الإستصناع فيلتزم فيه الصانع بتقديم المواد والعمل جميعا.

ثانيا: الفرق بين الإستصناع والمقاولة:

ويختلف الإستصناع عن المقاولة تعتبر المقاولة إجارة إذا اقتصرت على العمل وكانت المواد من العميل (المستأجر)، أما إذا شملت المقاولة عمل المقاول وتقديم المواد فهي استصناع.

ثالثا: الفرق بين الإستصناع والسلم:

يختلف الإستصناع عن السلم بأن الإستصناع عقد على عين موصوفه في الذمة اشترط فيها العمل فلا يجري إلا فيما يتطلب صناعة، أما السلم فهو عقد على عين موصوفه في الذمة لم يشترط فيها العمل.

كما أنه استحدث في المصارف والبنوك الإسلامية ضيع حديثة من غقود الإستصناع مثل الإستصناع لتمويل العقاري وذلك عن طريق بناء شقق لصالح المصارف لغرض بيعها أو أنشاء الطرق والجسور، كذلك الإستصناع للتمويل الصناعي لصالح البنوك الإسلامية عن طريق التعاقد مع مصانع لصناعة السيارات لغرض بيها بطريقة المرابحة الإسلامية[2]

[1] القانون المدني الليبي والقوانين المكملة له والباب الثالث العقود الواردة على العمل الفصل الأول المقاولة والتزام المرافق العامة ص (157،158).

[2] _ العيز إبراهيم، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية/ السعودية جدة سنة 2022 العدد 42 ص (87،88)

الخاتمة

أولا: النتائج

1_ أجاز مذهب الحنفية الإستصناع لحاجة الناس إليه، وكذلك لعمل الناس به في كل العصور.

2_ لم يُجِز جمهور المالكية والشافعية والحنابلة عقد الإستصناع لعدم وجود نص صريح عليه في الكتاب أو السنة. وقالوا إنه يمكن الاستغناء عن عقد الإستصناع بعقود الإيجار والسلم.

3_ كما أجازه مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 65 (3/7) لسنة 1992م، وكذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، التي أصدرت المعيار الشرعي رقم (11) بشأن الإستصناع والإستصناع الموازي.

4_ يعتبر عقد الإستصناع من العقود الملزمة إذا توفرت فيه الشروط والأركان، وكانت الصنعة مطابقة للمواصفات. يجوز تقديم الثمن مقدمًا أو تأخيره حتى استلام العين المصنوعة. كما أكد الفقهاء المعاصرون أهمية تحديد الأجل في عقد الإستصناع لتجنب النزاع والخصام بين المتعاقدين.

5_ أجمع جمهور الفقهاء على أن عقد الإستصناع عقد ملزم، وليس مجرد وعد، حتى عند غير الحنفية من المذاهب الثلاثة التي لا تجيزه إلا على أنه سلم إذا توافرت فيه شروط السلم.

6_ لم يتحدث المشرع الليبي صراحة عن عقد الإستصناع، وإنما تحدث عن عقد المقاولة، الذي تتفق بعض أركانه وشروطه مع عقد الإستصناع.

7_ يجب على المشرع الليبي إضافة عقد الإستصناع صراحة بأركانه وشروطه الشرعية المتفق عليها في القانون المدني الليبي، من أجل تثبيت حقوق الناس الذين يتعاملون بهذا العقد بشكل يومي.

8_ التشابه بين بعض الشروط والأركان في عقد الإستصناع وغيره من العقود مثل الإيجار والسلم لا يغني عن عقد الإستصناع في المعاملات.

التوصيات

1_ يوصى الباحث بإصدار قانون ينظم عقد الإستصناع بشروطه واركانه وفقا للشرعية الإسلامية.

2_ يجب العمل بعقد الإستصناع في التمويل المصرفي للمصارف الإسلامية لتوفقه مع الشريعة الإسلامية.

المراجع:

1_ القران الكريم

2_ العلامة أبى الفضل لابن منظور (لسان العرب) المجلد الثامن وإصدار دار بيروت ص 208.

3_ العلامة محمّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي (تاج العروس من جوهرة القاموس المجلد 21 ناشر وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت لسنة 2001 ص 363.

4_ الصاوي المالكي، الشرح الصغير الناشر دار المعارف، الجزء 3، ص 287.

5_ الحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الناشر دار الفكر ط الثالثة، الجزء4، ص539،

6_ شمس الدين أبو الفرج المقدسي الشرح الكبير الناشر دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت لسنة 1983 الجزء 3، ص 217.،

7_ مجموعة مؤلفين كتاب فقه المعاملات الجزء الأول ص 262، 263.

8_ عبد العزيز محمد عزام، كتاب فقه المعاملات، الناشر مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر لسنة 1996، الطبعة الأولى ص 263.

9_ المعايير الشرعية النص الكامل للمعاير الشرعية صادر هيئة المحاسبة والمراجعة المالية (إيوفي) المعيار الشرعي رقم (11) الإستصناع والاستصناع الموازي ت (2017) ص 318.

10_ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (65) (3/7) لسنة 1992م العدد السابع، ج2 ص223.

11_ أ. د. عَبد الله بن محمد الطيّار وآخرين، كتاب الفقه الميسر، الناشر مدار الوطن للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية ط. الأولى لسنة 2011، ص 84.

12_ القانون المدني الليبي والقوانين المكملة له والباب الثالث العقود الواردة على العمل الفصل الأول المقاولة والتزام المرافق العامة ص (157،158).
13_ وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفقه الإسلامي وأدلته، الناشر دار الفكر دمشق ط الرابعة، ص 3644.
14_ العيز إبراهيم (عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة في البنوك التشاركية-دراسة فقهية مقارنة بالقانون) ورقة منشور بمجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية العدد 42 لسنة 2022م ص 87,88.
15_ عبدالجليل قاسم وآخرون، عقد الإستصناع التكيف الشرعي والجانب التطبيقي "بنك البلاد السعودي إنموذجا" ورقة بحثيه مقدمة لمجلة الاقتصاد الإسلامي لسنة 2022 ص 84، 85.
16_ عزيزة الحسني العلوي، أثار عقد الإستصناع المصرفي في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ورقة بحثية مقدمة للموتمر الدولي للاقتصاد الإسلامي والأعمال 2023، ص 4.
17_ بزاوية سيدي محمد، الإستصناع المعاصر في الفقه الإسلامي من خلال تجربة البنك الإسلامي للتنمية، مجلة أبعاد اقتصادية، المجلد (14) العدد (1) لسنة 2024، ص 67.