ضوابط عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي

(دراسة فقهية مقارنة)

هذه الرسالة قدمت لاستيفاء شرط من شروط الدراسة

للحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد الطالب :

علي معتوق علي صالح

رقم التسجيل:

15780043

جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية

كلية الدراسات العليا – قسم الشريعة والقانون

العام الجامعي

2016م

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الآية القرآنية

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩﴾[النساء:59]

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الإهـــداء

إلـــــــى الوالديـــن الكريميـــــن حفظهما الله

إلـــــــى أخوتـــي الأعـــزاء وأخواتي الكريمـــات

إلى أساتذتي الأفاضل بجامعة مولانا مالك إبراهيم

إلـــــــى زملائـــي فـــي مسيرتـــي الدراسيـــة

إليهم جميعـــاً أهـــــدي جهـــدي المتواضـــع

الباحث

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شكر وتقدير

يقول الرسول الأكرم – صلى الله عليه وسلم – (لا يشكر الله من لا يشكر الناس) ،في هذا المقام أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير البالغ لهذه الجامعة الإسلامية العريقة جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج: مسؤولين وأساتذة وموظفين ونخص منهم بالذكر :-

- فضيلة الأستاذ الدكتور: **موجيا راهرجو**، مدير جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج.
- فضيلة الأستاذ الدكتور: **بحر الدين**، عميد كلية الدراسات العليا لجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج.
- سماحة الدكتورة: **توتك حميدة**، رئيس قسم الشريعة والقانون بكلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك ابراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج.
- سماحة الدكتور: **عباس عرفان، المشرف** الأول الذي أفاد الباحث في بحثه هذا خطوة بخطوة.
- سماحة الدكتور: **عون الرفيق، المشرف** الثاني الذي قدم للباحث الدعم والمشورة في بحثه.
- وتحية تقدير لكل من ساهم في تأسيس قسم الاقتصاد الإسلامي في هذه الجامعة، وأسال الله أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم وأن يجزيهم خير الجزاء بفضله.

الباحث

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه، وبياناتي كالآتي:

الاسم : علي معتوق على صالح

رقم القيد : 15780043

المرحلة : الماجستير تخصص الشريعة والقانون

الجهة : كلية الدراسات العليا جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

أقر بأن هذه الرسالة بكافة أجزائها أحضرتها من بحثي وكتبتها بنفسي إلا مواضع منقولة عزوتها إلى مصادرها.

هذا، وحررتُ هذا الإقرار بناء على رغبتي الخاصة، ولم يجبرني أحد على ذلك.

مالانج 25 يناير 2017م

الطالب المقِرّ

علي معتوق علي صالح

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مستخلص البحث

عنوان الرسالة: ضوابط عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي (دراسة فقهية مقارنة).
إعداد الطالب / علي معتوق علي صالح،15780043 – سنة 2016م، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا قسم الشريعة والقانون–جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

إن حكم النزاع في عقد الاستصناع قد فصّل فيه الفقه الإسلامي، وبيّن أحكامه، وشرح افتراضياته، وقد عكف الفقهاء على تبيانه، وعقدوا له مؤتمرات ووضعوا له بنود يتم العمل بها داخل المصرف الإسلامي، مثل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية (أيوفي) التي عرّفت عقد الاستصناع بقولها " هو عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها، فلا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة هو أن الأشياء التي لا تدخلها صنعة الإنسان (الأشياء الطبيعية) كالمنتجات الزراعية من الحيوان والثمار والخضار ونحوها لا تدخل في حقيقة الاستصناع الذي هو بيع مواد اشترط فيها الصنعة"، أما القانون الليبي فقد أدخل عقد الاستصناع في عقد المقاولة، وذلك لقرب العقد بينهما، فقد عرف القانون الليبي المدني عقد المقاولة بقوله " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

وتكمن أهداف الدراسة في معرفة ضوابط عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي، وأسباب النزاعات في عقد الاستصناع في ليبيا، ومعرفة الحلول الفقهية والقانونية للنزاعات التي تحصل في عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي.

أما المنهجية المتبعة في هذا البحث، هو المنهج المقارن المكتبي، وقد قام الباحث بأخذ مصادره من كتب الفقهاء الشرعيين والقانونين على حد سواء.

أما النتائج التي خرجت من البحث فيما يخص ضوابط عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي فهي أن عقد الاستصناع لا يدخل تحت أي من العقود المسماة الأخرى المتعارف عليها، بل هو، عقد مستقل عقد له شخصيته المستقلة، وله أحكامه الخاصة، وأن محل عقدالاستصناع هو العين والعمل جميعا كما ذهب إليه صاحب المحيط البرهاني من الحنفية، أما فيما يخص سبب النزاعات التي قد تؤدي إلى النزاع العقدي في ليبيا، أن من أسبابها ملحقات العقد، والأعمال المعيبة، الاختلاف والأعمال الإضافية، التأخير وتحديد الزمن، الظروف الكامنة (عقبات مخفية)، التقصير في توثيق العمل على نحو كافٍ، الفشل في تقييم الوقائع، وفيما يخص الحلول الفقهية والقانونية للنزاعات التي تحصل في عقد الاستصناع هي نجاح الوسائل البديلة لحل المنازعات، رغم كل ما قيل في حقها ونظرا لحداثة التعامل بها ومعها، يبقى في الغالب الأعم رهينا بمدى الاستعداد الذي يمكن أن تبديه الأطراف المتنازعة في التفاوض والتصالح، وتسوية النزاع، وتنفيذ المقررات المتوصل إليها ومدى استيعابها لجدوى هذه العدالة اللينة، السريعة والفعالة والتي لا تتطلب شكليات مفرطة في الحصول على رضي الأطراف، وإنما المهم هو أن يكون هناك اتفاق على اللجوء لهذه الوسائل من طرف المتنازعين.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ABSTRAK

Ali Matuq Ali Saleh. 15780043, 2016. ***Kriteria Akad Istiṣnā' dalam Fiqih Islam dan Hukum Perdata Negara Libya (studi fiqih perbandingan).*** Tesis. Program Studi Al-Akhwal Al-Syakhsiyah, Program Pascasarjana, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

Kata Kunci: **Akad Istiṣnā', Fiqih Islam, Hukum Perdata Negara Libya**

Fiqih Islam telah menjelaskan secara terperinci tentang bagaimana menentukan hukum saat terjadi konflik dalam akad *istiṣnā'*, serta menjelaskan ketentuan hukum dan segala kemungkinannya. Para ahli fiqih telah berusaha untuk menjelaskannya dengan melaksanakan berbagai konferensi dan membuat poin-poin yang kemudian digunakan dalam kegiatan perbankan Islam, seperti lembaga audit akuntansi dan keuangan (accounting and auditing financial institution/AAFI) yang mendeskripsikan akad *istiṣnā'* sebagai akad ketika membeli sesuatu tertentu yang masih harus dibuat terlebih dahulu. Oleh karena itu akad *istiṣnā'* tidak boleh dilakukan untuk barang yang tidak bisa dibuat oleh manusia seperti hasil pertanian, peternakan, buah-buahan, sayuran dan sejenisnya. Disamping itu hukum perdata Negara Libya memasukkan akad *istiṣnā'* dalam aturan hukum *muqāwalah*, hal ini disebabkan oleh kemiripan hukum diantara keduanya. Hukum perdata Negara Libya menjelaskan bahwa *muqāwalah* adalah akad yang mengharuskan salah satu dari dua pihak untuk membuat suatu barang atau melakukan suatu pekerjaan sesuai dengan biaya yang telah ditentukan oleh pihak yang lain.

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui kriteria akad *istiṣnā'* dalam fiqih Islam dan hukum perdata Negara Libya, mengatahui sebab-sebab terjadinya konflik dalam akad *istiṣnā'*, serta mengetahui solusi dari konflik tersebut sesuai dengan fiqih Islam dan hokum perdata Negara Libya.

Metodologi penelitian yang digunakan oleh peneliti adalah metode perbandingan pustaka, untuk memenuhi hal tersebut peneliti telah mengambil berbagai dasar hukum dari kitab-kitab fiqih syariah dan juga hukum perdata secara seimbang.

Penelitian ini menghasilkan beberapa kriteria tentang akad *istiṣnā'* diantaranya: akad *istiṣnā'* tidak berlaku pada akad-akad yang lain yang, akan tetapi itu adalah akad berbeda yang memiliki ketentuan dan hukum-hukum yang berbeda pula. Posisi akad *istiṣnā'* adalah pada benda dan pekerjaan, seperti yang telah tersurat dalam kitab *al muhit al burhani* (madzhab hanafi). Sedangkan mengenai hal-hal yang berpotensi menimbulkan konflik dalam akad *istiṣnā'* di Negara Libya, diantara sebabnya adalah akad yang serupa, proses pengerjaan yang cacat, adanya perbedaan atau tambahan dalam pekerjaan, keterlambatan dan penentuan waktu, kondisi yang tidak menguntungkan (penalty yang berat), kecerobohan dalam menvalidasi pekerjaan sesuai ketentuan, kegagalan dalam prediksi. Dari berbagai permasalahan tersebut didapatkan beberapa solusi berikut: adanya pengganti sebagai jalan keluar dari konflik yang terjadi, meskipun hal ini sepenuhnya menjadi hak pelaku akad. Pada umumnya permasalahan ini bergantung pada masa persiapan yang memungkinkan bagi tiap pihak yang berselisih untuk menunjukkan usaha perbaikan, meluruskan konflik, dan melaksanakan beberapa ketentuan yang harus dilakukan untuk menghasilkan keadilan diantara keduanya yang bersifat lunak, cepat dan efektif, yang tidak menimbulkan kerugian di antara keduanya. Yang terpenting adalah kedua pihak memiliki itikad untuk mencari jalan keluar saat terjadi konflik diantara keduanya.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ABSTRACT

Ali Matuq Ali Saleh. 15780043, 2016. ***The Criteria of Istiṣnā' Agreement Based on Islamic Fiqh and Libyan Civil Law (A Fiqh Comparative Study).*** Thesis. Magister of Sharia and Law, Postgraduate Program of Maulana Malik Ibrahim State Islamic University, Malang.

Keywords: *Istiṣnā'* agreement, Islamic Fiqh, Libyan Civil Law

Islamic fiqh has described how to determine law when a conflict occurs in an *istiṣnā'* agreement, and also to explain law and its possibilities. The fiqh experts try to explain them by holding conferences and making points to use in Islamic banking activities such as accounting and auditing financial institution (AAFI), which describe an *istiṣnā'* agreement for buying something which has to be made first. Therefore, it is not for goods which cannot be made by human such as agriculture, farm, fruits, vegetables etc. In addition, Libyan civil law put this kind of agreement into *muqāwalah* law, due to their similarities. *Muqāwalah* is an agreement in which one of the parties has to produce goods or do works based on cost determined by another party.

The study aims to find out the criteria of *istiṣnā'* agreement based on Islamic fiqh and Libyan civil law, to find out the causes of conflict in *istiṣnā'* agreement, and to find resolution for the conflict based on Islamic fiqh and Libyan civil law.

The researcher employs a library comparative method using various legal fundamentals from sharia fiqh textbooks and civil law equally.

The result of the study shows that: *istiṣnā'* agreement is not suitable for other agreements since an agreement will have its own regulation and law. *Istiṣnā'* agreement is for goods and works as stated in *al muhit al burhani* textbook of hanafi *madzhab*. Factors causing conflict in an *istiṣnā'* agreement in Libya are similar agreement, fail manufacturing process, work differences or extras, time delay and deadline, (hard penalty), recklessness in validating a certain work, and failure in fulfilling the prediction. To solve the problems, the researcher proposes: to provide an option to solve a conflict, even though it is fully the right of the parties involved in the agreement. Usually, the problems depend on the preparation which enables the conflicting parties to try to do improvement, to settle the conflict, and to carry out the regulation in order to create fairness between them. The most important thing is both parties have a good will to solve their conflict.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

جدول المحتويات

الآية القرآنية.....ب
الإهداء.....ج
الشكر والتقدير.....د
إقرار الطالب.....هـ
مستخلص البحث.....و
الفصل الاول.....2
الإطار العام والدراسات السابقة.....2
أ. خلفية البحث:.....2
ب. مشكلة البحث.....6
جـ. أسئلة البحث.....7
د. أهداف البحث.....7
هـ. أهمية البحث.....8
و. حدود البحث.....9
ز. مصطلحات البحث.....9
ح. الدراسات السابقة.....12
الفصل الثاني.....17
الاطار النظري.....17
المبحث الأول: مفهوم النزاعات العقدية وما يتعلق بها من أحكام العقد.....17
المبحث الثاني: مفهوم الاستصناع وحكمه.....36
المبحث الثالث: تكييف عقد الاستصناع في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي..45
الفصل الثالث:.....61

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

منهجية البحث.....61
1- نوع البحث.....61
2- مصادر جمع البيانات.....64
3-أداوت جمع البيانات.....65
4- أسلوب تحليل البيانات :.....66
5- هيكل البحث.....66
الفصل الرابع.....68
عرض البيانات.....68
المبحث الأول: ضوابط عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي....69
المبحث الثاني: أسباب النزاعات في عقد الاستصناع في ليبيا.....80
المبحث الثالث: الحلول الفقهية والقانونية للنزاعات التي تحصل في عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي.....88
الفصل الخامس.....97
الخاتمة.....97
المصادر والمراجع.....100

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الأول

الإطار العام والدراسات السابقة

أ-المقدمـــــــــــة

ب- مشكلة البحـــث

ج-أسئلة البحـــــث

د-أهداف البحـــــث

هـ-أهمية البحـــــث

و-حدود البحـــــث

ز-مصطلحات البحث

ح-الدراسات السابقــة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الاول

الإطار العام والدراسات السابقة

أ. خلفية البحث:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أما بعد :

فلم يعد الاستصناع عقدا لصناعة عقاراً أو خفّاً أو باباً، ولا أجيراً مشتركاً يخيط ثوباً أو يخرز نعلاً أو يصنع إناء، أو حتى عقاراً أو قصراً مشيداً، بل أصبح المتعاقدين أصحاب شركات عملاقة تبني عمائر تنطح السحاب، وحظائر ومصانع ضخمة تصنع الطائرات، والبواخر والغواصات، بعقود استصناعية.

ديم بين الناس، ويتزايد العمل به مع ازدياد الحرف وتقدم الصناعة وشيوع الآلة، وكان استعماله قليلاً في العصور الأولى، ثم شاع وانتشر وتعامل به الناس من غير إنكار وأجازه الفقهاء، وقرروا أحكامه، لأن الحاجة تدعو إليه.

وهو مشروع في الفقه الإسلامي، لكن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والشيعة الجعفرية يقولون بمشروعية الاستصناع قياساً على السَلَم (وهو اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً وفي المثمن آجلاً) وعدوه أحد أنواعه واشترطوا فيه شروط السلم، وطبقوا عليه أحكامه، ولا يرونه عقداً مستقلا، وعدّه الزيدية وبعض الحنفية مجرد عِدَةٍ لا عقداً. أما جمهور الحنفية فقالوا بمشروعية الاستصناع بوصفه عقداً مستقلاً، له أحكام خاصة، وأفردوه بالبحث في كتبهم، وفصلوا القول فيه، لذلك سيقتصر الحديث على أحكام الاستصناع الخاصة به في المذهب الحنفي.

قال الحنفية: إن مقتضى القياس ألا يجوز الاستصناع، لأنه بيع لمعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز، لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، لأنه يؤدي غالباً إلى الاختلاف والتنازع، وإن قيل: إنه إجارة فلا يصح أيضاً، لأنه استئجار على تحصيل عمل بشرط أن تكون المادة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

التي يصنع منها من حساب الصانع.

ثم قال الحنفية: يجوز الاستصناع استحساناً لتعامل الناس به من لدن رسول الله ﷺ، وتعارفهم عليه في سائر البلدان من غير إنكار، والعرف أحد مصادر الفقه الإسلامي فكان ذلك دليلاً على الجواز، ويترك به القياس، وصح في السنة النبوية أن رسول الله ﷺ استصنع خاتماً، وحصل الإجماع العملي على جواز الاستصناع، ولو كان المعقود عليه في الاستصناع معدوماً، لأنه محقق الوجود في العادة، فلا غرر فيه، وألحق بالموجود لمسيس الحاجة إليه، فعد كأنه موجود حكماً.

ولما احتاج هذا الميدان إلى تنظيم العلاقات، وبيان حقوق والتزامات الأطراف قام القانون بتنظيم ذلك وتفصيله في غيبة الفقه الإسلامي أو تغييبه، ولو حضر فلا والله ما هو بحائر، ولا جامد على قديم لا يناسب الحديث، وإنما عنده لكل جديد حكمه وبيانه، فما من حدث في قديم أو حديث أو مستقبل إلا وفي كتاب الله أو سنة رسوله حكمه وبيانه، إن بطريق مباشر أو غير مباشر، فسعة الفقه لا تضيق بمستجدات عصر مهما عظمت وتعقدت، ولو هي اليوم شركات عملاقة ترعى صناعات صغيرة أو كبيرة.

وقد شهد الثلث الأخير من القرن العشرين بعثا جديدا للاقتصاد الإسلامي على مختلف المستويات النظرية والتطبيقية، وكان من أبرز مظاهر هذا البعث ظهور "المصرفية الإسلامية"؛ التي نمت وتطورت مؤسساتها خلال هذه الفترة كما وحجما وانتشارا وتأثيرا، فبعد بدايات متواضعة ونماذج محدودة تطورت إلى "صناعة مالية" تشكل رقما مهما في اقتصاديات العديد من البلدان، واتسع نشاطها ليشمل كل القارات، وحازت بذلك على الاهتمام والاعتراف في المحافل الاقتصادية العالمية.

وقد قامت المصرفية الإسلامية على منظومة فكرية وتشريعية متكاملة مستمدة من مباديء الشريعة الإسلامية؛ التي تحظر الفائدة الربوية وتستبعدها من جميع أنواع التعاقدات والمعاملات المالية، وما يستتبع ذلك من إيجاد واستحداث صيغ وأدوات مالية بديلة متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقد رجع العلماء والخبراء في العمل المصرفي الإسلامي إلى فقه المعاملات المالية: بحثا ودراسة واجتهادا وتطويرا؛ فكان عملهم هذا بمثابة الإحياء لهذا القسم الثري من الفقه الإسلامي، وأثمر ذلك تطوير واستحداث تشكيلةٍ واسعة من الصيغ والأدوات المالية والمصرفية التي تختص بها المصرفية الإسلامية؛ فتعرفنا بذلك على المشاركة والمضاربة والإجارة والمرابحة؛ وغير ذلك من الصيغ التي تقوم بصورة عامة على المشاركة وتقاسم المخاطر بين أطراف العملية الاستثمارية وفق مبدأ "الغنم بالغرم"؛ كبديل عن آليات سعر الفائدة الربوية.

ومن هذه الصيغ التي كان للعمل المصرفي الإسلامي دور أساسي في تطويرها وبعثها من جديد: عقد الاستصناع الذي يعد أحد الأساليب التمويلية والاستثمارية المتميزة في الاقتصاد الإسلامي[1].

ولكن هذا العقد لا يخلوا من النزاعات التي تجتاحه في مرحلته العقدية، وذلك لأن المتعاقدين عند كتابة العقد يطلب رب العمل من الصانع أن يقوم بعمله بمواصفات معينه، وبجودة خاصة يكون عليها شريعة المتعاقدين، فأحياناً يرى رب العمل أن الصانع لم يقم بالكفاءة المطلوبة منه فيحدث التنازع بينهما، في حيث يرى الصانع أنه قام بالعمل المنوط منه، فيتحاكمون أحياناً إلى محكّم بينهما، أو يذهبون إلى القضاء للفصل بين النزاع المترتب على العقد.

فحكم هذا النزاع قد فصّل فيه الفقه الإسلامي، وبيّن أحكامه، وشرح افتراضياته، وقد عكف الفقهاء القدامى والحديثين على تبيانه، وعقدوا له مؤتمرات ووضعوا له بنود يتم العمل بها

[1] – ومن ذلك كتاب فقه المعاملات المالية المعاصرة، للأستاذ الدكتور سعد بن تركي الخثلان، دار الصميعي، الرياض ، ط 2 ، 1433 هـ / 2012 م ، وهو كتاب من 255 صفحة، تحدث فيه عن المعايير الشرعية بطريقة معاصرة، وقد ذكر في فصله السادس عقد الاستصناع والتوريد بطريقة عصرية مستدلاً بآراء الفقهاء والاحاديث الشريفة، وكذلك كتاب هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وهو كتاب صدر في البحرين، وله عدة طبعات منها سنة 2007، 2010، و2015، وهو مجلد ضخم ضم أكثر من 54 معياراً شرعيا، ويحتوي على أكثر من ألف صفحة، وقد تم إعداده من قبل مجموعة من العلماء المتخصصين في الفقه الإسلامي، والفقه الاقتصادي الحديث، ويعتبر هذا الكتاب مرجعاً للمصارف الإسلامية، كمصرف الراجحي في السعودية وغيره.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

داخل المصرف الإسلامي، مثل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية (أيوفي) التي عرّفت عقد الاستصناع بقولها " هو عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها، فلا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة هو أن الأشياء التي لا تدخلها صنعة الإنسان (الأشياء الطبيعية) كالمنتجات الزراعية من الحيوان والثمار والخضار ونحوها لا تدخل في حقيقة الاستصناع الذي هو بيع مواد اشترط فيها الصنعة" [2].

أما القانون الليبي فقد أدخل عقد الاستصناع في عقد المقاولة، وذلك لقرب العقد بينهما، فقد عرف القانون الليبي المدني عقد المقاولة بقوله " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[3].

وبخصوص تقديم المواد فقد ذكر القانون المدني الليبي في مادته (646) ما نصه "1. يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. 2. كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا[4].

وما يهمنا هو ما تم ذكره في الفقرة الثانية، وهي أن يتعهد المقاول أو الصانع بتقديم العمل والمادة معاً، وهذه الصورة تسمى عند الفقهاء، والاقتصاديين الإسلاميين، بعقد الاستصناع.

وسبب اختياري لهذا الموضوع هو أن عقد الاستصناع من العقود الشائعة بين الناس، وقد وضع له بنود وقنّن أحكامه لتموله المصارف الإسلامية والتقليدية، وكل عقد لا يخلوا من النزاعات التي تعتريه، وعلى هذا فسيقوم الباحث بتبيان ضوابط عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي.

---

(2) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معيار رقم 11 عقد الاستصناع، سنة 2007.

(3) القانون المدني الليبي، المادة رقم (645).

(4) المرجع السابق، المادة رقم (646).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب. مشكلة البحث

1 أن تكون مادة المستصنع في ملك الصانع حين العقد، مثلا لو استصنع رجل عمارة فإن كانت مواد البناء من الحديد والأسمنت والطوب وغيرها من المواد موجودة في ملك الصانع حين العقد فهذه صورة من صور الاستصناع، ينبغي علينا أن نركز عليها، لكنها ليست الصورة التي تم العقد عليها لأن العقد –على الأغلب– يتم على الهيئة بعد عملها، على المادة بعد عملها بعمل العامل أو بعمل الصانع.

2 وهناك صورة أخرى وهي أكثر تعاملات الناس عليها الآن، وهي أن مادة المستصنع ليست موجودة في ملك الصانع حين العقد، فيتعاقد معه على بناء عمارة من عشرة أدوار أو اثني عشر دورًا، لم يكن في ملك الصانع أو المقاول حين المقاولة لا أسمنت ولا حديد ولا طوب ولكنه يأتي بها بعد ذلك من السوق بعد أن يصرف إليه جزء من الثمن، وكذلك في استصناع المعدات الكبيرة أو الصغيرة من طائرات أو سفن فضائية أو سفن بحرية أو غيرها من المواد التي تستصنع. في الغالب أن المواد لا تكون في ملك الصانع حين العقد، وهي متعلقة بذمته، وهذا مما يترتب على أن أسعار المواد تتفاوت وتختلف بعد العقد ولا سيما إذا حدثت قوة قاهرة في البلد محل التعاقد، فتتضاعف أسعار المواد مما يجعل الصانع يتأخر في صنع العين الموصوفة، ويعلل ذلك بأن أسعار المواد ارتفعت بعد العقد مما ينتج عن ذلك تنازع بينهما يعطل العقد، ومدته المتفق عليها.

3 وهناك مشكلة أخرى تصادف العقد وهو إلى من يرفع التنازع، هل يرفع إلى القضاء الذي يحتاج إلى مدة طويلة للبث في الحكم، حيث إن نظر القضايا امام المحاكم وتداولها، –كما هو مشاهد– فإنها تضيع الحقوق بالتأجيلات وتبقى الحقوق في أدراج المحاكم لسنوات طويلة، أما أن يتم حل النزاع بتحكيم محكمين يتم اختيارهم من قبل المتعاقدين لكي يبتون في الحكم بصورة أسرع، إلا أن هذا النوع من حل النزاعات قد لا يرتضيه أحد المتعاقدين، وذلك لعدم وجود متخصصين في التحكيم وفن التفاوض، حيث أن التحكيم التجاري مازال وليد

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

اللحظة ويفتقر إلى محكمين متمرسين ينجزون ما تم توكيلهم به.

4 من المشاكل الواقعية التي تعتري عقد الاستصناع (المقاولة) في ليبيا، هو أن الصانع أو المقاول يتعذر عن الوفاء بالعقد لأسباب أمنية تتعلق بالوضع السياسي في البلاد مما يسبب في تأخر الوفاء بموعد الاستحقاق، وأحياناً أخرى عندما يكون المواد من الصانع أو المقاول، عندما كان هناك استقراراً في سعر صرف الدولار، وبعد شهور من العمل يرتفع سعر الدولار أضعافاً مضاعفة، مما يسبب في تعذر المقاول عن شراء المواد، وذلك أن سعر المصنوع سيكون أكثر مما اتفق عليه، وهذا يسبب في نزاع بين المقاول ورب العمل.

ج. أسئلة البحث

س1. ماهي ضوابط عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي؟.

س2. ماهي أسباب النزاعات في عقد الاستصناع في ليبيا ؟.

س3. ماهي الحلول الفقهية والقانونية للنزاعات التي تحصل في عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي؟.

د. أهداف البحث

1. شرح ضوابط عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي؟.
2. معرفة أسباب النزاعات في عقد الاستصناع في ليبيا ؟.
3. معرفة الحلول الفقهية والقانونية للنزاعات التي تحصل في عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي؟.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هـ. أهمية البحث

تتمثل أهمية الموضوع فيما يلي:

أولاً: الأهمية النظرية

إن دراسة عقد الاستصناع ضرورية لكل باحث في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي؛ لما يتميز به من خصوصية عن سائر العقود، فقد جمع هذا العقد بين خاصيتين: خاصية بيع السلم في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد سيصنع فيما بعد، وخاصية البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمانيا، لا يجب تعجيله كما في السلم.

وكذلك لقربه من عقد المقاولة في القانون الليبي وذلك في حالة ما إذا كان المواد من الصانع أو من رب العمل كما سيأتي تفصيله لاحقاً.

ثانيا: الأهمية العملية

أدى التطور الهائل في الحياة الاجتماعية والاقتصادية إلى نشأة العديد من الصناعات والابتكارات التي تخدم الإنسان فردا ومجتمعا في مختلف المجالات والحقول الحياتية: في الصناعة والزراعة والطب والهندسة والإسكان...الخ، وللاستفادة من هذا التطور الكبير الذي نشهده في حياتنا المعاصرة؛ لابد من تطوير قطاعات إنتاج وتوزيع السلع والخدمات لتأمين احتياجات المنتجين والمستهلكين بأقل التكاليف، وهنا تبرز أهمية الاستصناع في مواكبة وتدعيم هذا التطور الهائل والنمو الكبير في الميادين الصناعية والتكنولوجية، فهو يتيح للمستثمر دخول مجالات الاستثمار بقوة من خلال عقد الاستصناع، وهوما يسمح أيضا للمصارف الإسلامية من دخول مجالات استثمارية هامة- ما كانت لتدخلها بالصيغ الأخرى- توظف من خلالها ودائعها وفوائضها، واتسعت أهمية الاستصناع في هذا العصر عندما وظفه البنك الإسلامي للتنمية في تمويل التنمية في الدول الإسلامية بإنجاز العديد من مشاريع البنية الأساسية كالطرق والسدود والسكك الحديدية وشبكات الكهرباء والمياه ومرافق التعليم والصحة...الخ.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وتتمثل أهمية الدراسة كذلك في أنه يرتكز على محاولة نجاح عقد الاستصناع، وذلك بوضع حلول جذرية للتنازع إن حصل بين المتعاقدين في عقد الاستصناع، لكي نتحصل على النتيجة المرجوة منه في بناء الاقتصاد، ورفع الكفاءة الاجتماعية بين البشر.

و. حدود البحث

الحد الموضوعي: ينحصر اهتمام هذه الخطة بدراسة ضوابط عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي، ومعرفة أسباب النزاعات التي تحصل في عقد الاستصناع في ليبيا كنموذج على هذه النزاعات، وكذلك الحلول العملية فيما إذا حدث نزاع بين المتعاقدين، وكذلك معرفة ماهية عقد الاستصناع من حيث تعريفه وأهميته والأدلة على جوازه، وبيان أقسامه ومعرفة أركانه وشروطه، أما القانون محل الدراسة فسيكون قانون عقد الاستصناع المنصوص في القانون المدني الليبي.

الحد الزماني: هذه الدراسة قد كتبت في سنة 2016، الموافق 1437هـ.

ز. مصطلحات البحث

1. الضبط

الضبط لغة: (ضبط) الشيء حفظه بالحزم وبابه ضرب . ورجل (ضابط) أي حازم لزوم الشيء وحبسه ، وقال ليث: الضبط لزوم شيء لا يفارقه في كل شيء ، وضبط الشيء حفظه بالحزم ، والرجل ضابط أي حازم ورجل ضابط وضبطي : قوي شديد[5].

الضبط اصطلاحا: ''الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته''[6].

وعرفها الشريف الجرجاني بأنه: ''قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها''[7]

2. العقد اصطلاحاً :

[5] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، باب الضاد، الجذر ضبط.

[6] المصباح المنير، 72/2.

[7] التعريفات للجرجاني، ص76.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول [8].

والمراد بالعقد هنا الانعقاد، فعقد البيع مثلاً يقصد به التزام وتعهد كل من البائع والمشتري بالمبادلة المالية [9].

3. عقد الاستصناع

تعريف الاستصناع في اللغة :

الاستصناع استفعال من صنع ، فالألف والسين للطلب ، يقال : استغفار لطلب المغفرة ، والصنع : يقول الرازي : "(الصنع) : بالضم مصدر قولك صنع إليه معروفاً وصنع به صنيعاً قبيحاً أي : فعل"[10] ، والصناعة – بكسر الصاد : حرفة الصانع ، واصطنعه : اتخذه ، قال تعالى : " **واصطنعتك لنفسي** "[11] ، يقول ابن منظور : " ويقال اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما "[12] واستصنع الشيء : دعا إلى صنعه ، فالاستصناع لغة : طلب الفعل [13].

تعريف الاستصناع في الاصطلاح :

اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستصناع ، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع وتكييفه – كما سيأتي إن شاء الله[14] – حيث أدخله الجمهور ضمن السلم ، أما الأحناف فعدوه عقداً مستقلاً ، لكنهم اختلفوا في تعريفه ، ومرجع ذلك الاختلاف إلى إدخال بعض القيود أو إخراجها ، ومن تلك التعريفات :

---

(8) مجلة الأحكام العدلية ، قديمي كتب خانة ، كراتشي ، باكستان، 29. درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ج1، ص91.

(9) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ج1، ص91.

(10) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي .مختار الصحاح ، صفحة : 371 .

(11) سورة طه . آية : 41 .

(12) ابن منظور . لسان العرب ، ج 8 ، صفحة : 209 .

(13) انظر : لسان العرب :ج:8 ، صفحة : 209 . مختار الصحاح صفحة : 371 . القاموس المحيط :ج:1 ، صفحة :954 .

(14) انظر : صفحة : 6 وما بعدها .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- تعريف الكاساني : " **هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل** "[15].

وهنا قد بيّن كونه عقداً ، لكن لم يذكر اشتراط تحديد الثمن ، فلم يكن جامعاً.

- تعريف ابن الهمام : " الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أولا يعطي شيئا فيعقد الآخر معه "[16].

وهو تعريف بالرسم لا الحد ، حيث عرف الاستصناع بذكر بعض صوره .

- تعريف السمرقندي : " هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع "[17].

وهو تعريف مختصر جيد ، لكن يلاحظ عليه عدم ذكر الثمن واشتراطه.

- تعريف مجلة الأحكام العدلية : " مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً "[18].

4. الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية : ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة في شعبها المختلفة لتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة[19].

فبعد أن تمايزت العلوم الإسلامية، واستقرت مصطلحاتها وتحددت، أصبح معنى الفقه أخص من معنى الشريعة، فأحكام الفقه جزء من أحكام الشريعة، فبينهما عموم وخصوص وجهي، فقد صار الفقه يُراد به العلم بأحكام العبادات والمعاملات دون باقي الأحكام، أما الشريعة فتشمل بمعناها بالإضافة إلى أحكام العبادات والمعاملات أحكام العقائد والأخلاق.

---

(15) علاء الدين الكاساني . بدائع الصنائع ، ج : 5 ، صفحة : 2 .

(16) كمال الدين ابن الهمام السيواسي . شرح فتح القدير ، ج : 7 ، صفحة : 114 .

(17) علاء الدين السمرقندي . تحفة الفقهاء ، ج 2 صفحة : 326 .

(18) محمد الزحيلي . قضاء المظالم في الفقه الإسلامي ، ج 7 صفحة 53 .

(19) مناع خليل القطان ، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية، دون طبعة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية : السعودية ، سنة 1985م ، ص9.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وعلى هذا فإن بحثي سيكون في الشريعة الإسلامية لما له شمول في الأحكام والعبادات، فموضوع التحكيم هو موضوع لا يزال يدرج تحت مواضيع عدة ، ولا يمكن حصره في الفقه الإسلامي فقط، ولذلك كان موضوع دراستي في الشريعة الإسلامية من حيث استدلالي بنصوصها سواء كان القرآن الكريم ، أو السنة المطهرة .

ح. الدراسات السابقة

1. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، عقد الاستصناع التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به دراسة فقهية تأصيلية[20].

هذه الدراسة عن عقد الاستصناع من الناحية الفقهية للتعريف به وبيان مشروعيته، وأحكامه على هدى ما ورد في القرآن المجيد والسنة المطهرة، وأقوال الفقهاء الأجلاء الذين سبقونا في هذا المضمار وقد كان هذا العقد مثار خلاف بين المذاهب الفقهية وحتى داخل المذهب الواحد، هل هو بيع سلم؟ فتجب فيه شروط السلم؟ أم هو بيع مطلق فيجب فيه البيع من شروط؟ أو هو وعد بالبيع وليس بعقد؟ ثم المبيع هو العين التي تصنع؟ أو المبيع هو العمل؟ إلى غير ذلك من التساؤلات التي تدور حول هذا العقد ومكانته ومشروعيته والتي أجاب عنها هذا الكتاب بالتفصيل بإسلوب ميسر لا هو بالايجاز المخل ولا بالتفصيل الممل.

(20) ناصر أحمد إبراهيم النشوي، عقد الاستصناع التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به دراسة فقهية تأصيلية، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، سنة 2007.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2. كاسب بن عبد الكريم بدران، عقد الاستصناع أو "عقد المقاولة" في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة[21].

هذا الكتاب يعتبر من الكتب القيمة في مجال فقه المعاملات، فقد تحدث فيه المؤلف عن الاستصناع بالتفصيل وعلاقته بالعقود الأخرى كعقد السلم، والبيع، والإجارة، وقد أشاد بكتابه الشيخ عثمان الصالح رئيس تحرير مجلة البحوث الإسلامية، مقال في كتب جريدة الجزيرة السعودية عام 1398هـ،، وأثنى عليه، حيث قال ما نصه "قرأت هذه الرسالة التي حوت ما لذ وطاب في هذا الباب – تقع في أكثر من " 250 صفحة من القطع الكبير، أخذها من عشرات المراجع وعشرات الأبواب والمباحث ومكتباتنا الإسلامية في أمس الحاجة إليها".

وقد أطلع الباحث على هذا الكتاب ووجد فيه أن المؤلف قد قسم فيه خطة إلى ثلاثة فصول، تحدث في الفصل الأول عن العمل والاستصناع، تكلم فيه عن أهمية العمل في الشريعة الإسلامية ومكانة الاستصناع من العمل، ثم أعطى لمحة تاريخية عن الاستصناع والهدف من المعاملات في الإسلام، ثم عرّج في الفصل الثاني عن حرية المكلف في انشاء العقود، هل هي حرية مطلقة أم مقيدة، وتحدث في الفصل الثالث عن جواز التعاقد على المعدوم، هل يجوز أم لا؟ ورأي النظام الوضعي في ذلك.

(21) كاسب بن عبد الكريم بدران، عقد الاستصناع أو "عقد المقاولة" في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، الطبعة : الثانية ، ، السعودية: جامعة الملك فيصل –كلية التربية، 1404 هـ / 1984 م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

3. سفيرا خورون نيسا، تنفيذ عقد الاستصناع على صيغ التمويل في بنك الادخار الإسلامي (BTN) شريعة فرع مالانج، من خلال الفتاوى الصادرة عن الهيئة الشرعية الوطنية [22](DSN).

تحدثت فيه الباحثه عن العقد وشروطه وأركانه، وانهاء العقد، ثم درج إلى تعريف الاستصناع، وعن كيفية عمل الاستصناع، وأركانه وشروطه، ثم تحدث في الباب الثالث عن الاستصناع الموازي، والفتاوى الخاصة به الصادرة عن الهيئة الوطنية الشرعية Dewan Syariah national (DSN) ثم تحدث في الفصل الرابع عن التمويل ومفهومه، وموقف الشريعة من التمويل بالفائدة، وقد قام الباحث بدراسة ميدانية في هذا الصدد عن بنك BTN شريعة، فرع مالانج، حيث ذكر معلومات عن البنك ورؤيته اتجاه الصيرفة الإسلامية، ومنتجاته التمويلية، ووصف الاستصناع من وجهة نظر بنك BTN شريعة مالانج، من خلال الفتاوى الصادرة عن الهيئة الشرعية الوطنية DSN، مما استخلص نتائجه المتعلقة بميدان الدراسة.

4. **محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء[23].**

هذا الكتاب من 262 صفحة، فقد تحدث فيه عن الأعمال المادية بالمقابلة إلى الأعمال القانونية، ولكن لم يتناولها المشرع في نطاق عقد واحد، بل راعى الظروف التي تتم فيها هذه الأعمال، ففرق بين العمل الذي يتم تحت إدارة وإشراف صاحب المصلحة فيه، ونظمه باسم عقد العمل، والعمل الذي يقوم به الفرد مستقلاً دون أن يخضع في ذلك لإدارة أو إشراف شخص آخر، وهذا هو عقد المقاولة. ثم ما لبث المشرع أن قيد نطاق المقاولة فنظم صوراً

(22) رسالة تخرج (بكالوريوس) قسم القانون التجاري الإسلامي، كلية الشريعة، مالانج: جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، 2015.

(23) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، الإسكندرية: منشأة المعارف، سنة 2008.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

خاصة منها تنظيماً مستقلاً، بحيث خرجت هذه الصور من الإطار العام للمقاولة، لتدخل في إطار خاص بها، وهكذا عرف المشرع عقد الوديعة (المواد من 718-729)، وعقد الحراسة (المواد 729-738)، وعقد النقل (المواد من 90- 104من قانون التجارة)، وعقد السمسرة (المواد من 66-75 من قانون التجارة)، وتتحدد الدراسة لعقد المقاولة بالنطاق الذي حدده المشرع لها، أي بالمواد 646-668 الواردة في القسم الأول من المجموعة المدنية، الكتاب الثاني، الباب الثالث الخاص بالعقود الواردة على العمل ورغم أن هذه المواد تنطبق على جميع المقاولات أياً كان محلها، باستثناء ما وضع له المشرع اسما ونظاماً خاصاً، فإن كثير من الأعمال التي تدخل في نطاق المقاولة يتميز بأحكام خاصة به، بحيث يمكن القول بأنه إلى جانب الأحكام العامة التي تنطبق على كل المقاولات، توجد أحكام خاصة تنفرد بها بعض صور المقاولة، ومن هذه الصور مقاولات النشر والإعلان وتقديم المسرحيات والعروض التمثيلية والموسيقية والسينمائية، ومقاولات المباني التي حرص المشرع أن يورد نصوصاً بها في سياق تنظيمه لعقد المقاولة بصفة عامة. ونقسم خطة الدراسة لعقد المقاولة على ثلاثة أبواب رئيسية: الباب الأول في أركان المقاولة، والثاني في آثارها، ونخصص الباب الثالث والأخير للكلام عن انقضاء المقاولة.

أما الفرق بين دراسة الباحث والدراسات السابقة، هو أن الباحث ستكون دراسته في عن ضوابط عقد الاستصناع (المقاولة) دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي، وسيأتي فيها الباحث بآراء فقهاء القانون المدني الليبي بالإضافة إلى المواد القانونية الدالة عليه من القانون المدني المذكور، وهي التي خلت منها الدراسات السابقة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثاني

الاطار النظري

المبحث الأول: مفهوم النزاعات العقدية وما يتعلق بها من أحكام

المطلب الأول: مفهوم النزاعات التي قد تطرأ على العقد

الفرع الأول: مفهوم النزاعات لغة واصطلاحاً

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق عند التنازع العقدي

المطلب الثاني: مفهوم العقد وأركانه

الفرع الأول: مفهوم العقد لغة واصطلاحاً

الفرع الثاني: أركان العقد

الفرع الثالث: أقسام العقد

المبحث الثاني: مفهوم الاستصناع وحكمه

المطلب الأول: مفهوم الاستصناع لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: حكم الاستصناع في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

المطلب الثالث: شروط عقد الاستصناع وآثار انتهائه

المبحث الثالث: تكييف عقد الاستصناع بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

المطلب الأول: تكييف عقد الاستصناع (المقاولة) في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: تكييف عقد الاستصناع (المقاولة) في القانون المدني الليبي

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثاني

الاطار النظري

المبحث الأول: مفهوم النزاعات العقدية وما يتعلق بها من أحكام العقد

المطلب الأول: مفهوم النزاعات التي قد تطرأ على العقد

الفرع الأول: مفهوم النزاعات لغة واصطلاحاً

أولا: النزاع في اللغة

النزاع لغة: (نَازَعَهُ مُنَازَعَةً) جَاذَبَهُ فِي الْخُصُومَةِ. وَبَيْنَهُمْ (نَزَاعَةٌ) بِالْفَتْحِ أَيْ خُصُومَةٌ فِي حَقٍّ. وَ (التَّنَازُعُ) التَّخَاصُمُ. وَ (نَازَعَتِ) النَّفْسُ إلَى كَذَا (نِزَاعًا) اشْتَاقَتْ. وَ (انْتَزَعَ) الشَّيْءَ فَانْتَزَعَ أَيِ اقْتَلَعَهُ فَاقْتَلَعَ[24].

وعلى هذا فإن أدبيات النزاع تعكس ثراءً واضحاً فيما تقدمه من تعريفات لمفهوم النزاع، كما تتعدد أيضاً بؤر الاهتمام، ونقاط التركيز التي يوليها المتخصصون أهمية كبيرة عند تناولهم للمفهوم بالدراسة والتحليل. وفى إطار استعراض بعض التعريفات اللغوية التي تقدمها دوائر المعارف والقواميس اللغوية لمفهوم النزاع، فإن دائرة المعارف الأمريكية تعرف النزاع بأنه عادة ما يشير إلى "حالة من عدم الارتياح أو الضغط النفسي الناتج عن التعارض أو عدم التوافق بين رغبتين أو حاجتين أو أكثر من رغبات الفرد أو حاجاته"[25]. أما دائرة معارف العلوم الاجتماعية فإن اهتمامها ينصرف إلى إبراز الطبيعة المعقدة لمفهوم النزاع، والتعريف بالمعاني

---

(24) مختار الصحاح، كلمة نزع.

(25) " The Encyclopedia Americana International Edition, " Danbury , Connecticut: Gerolier Incorporated , 1992: 537.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والدلالات المختلفة للمفهوم في أبعاده المتنوعة. فمن المنظور النفسي، يشير مفهوم النزاع إلى "موقف يكون لدى الفرد فيه دافعٌ للتورط أو الدخول فى نشاطين أو أكثر، لهما طبيعة متضادة تماما"، وهنا يؤكد موراى على أهمية مفهوم النزاع فى فهم الموضوعات المتعلقة بقدرة الفرد على التكيف الإنسانى وعمليات الاختلال العقلى أيضاً[26].

ثانيا: النزاع اصطلاحا

المنازعات: هو حل المنازعات التي تجري بين المتعارضين؛ لتحقيق حق أو لإبطال باطل"[27]

أما النزاع فى مفهوم كوزر فإنه يتبلور فى ضوء القيم والأهداف التى تمثل الإطار المرجعى لأطراف الموقف النزاعى. وعلى ذلك يرى كوزر أن النزاع يتحدد فى "النضال المرتبط بالقيم والمطالبة بتحقيق الوضعيات النادرة والمميزة، القوة والموارد، حيث تكون أهداف الفرقاء هى تحييد أو إيذاء أو القضاء على الخصوم"[28].

إضافة إلى ما سبق، فإن هناك رؤى أخرى تسعى إلى توجيه الاهتمام نحو الأبعاد النفسية المتعلقة بعلاقات القبول والرفض بين أطراف الموقف النزاعى. ومن هنا تتجه تلك الرؤى إلى تعريف النزاع فيها بأنه "ذلك العداء المتبادل بين الأفراد والجماعات أو الشعوب أو الدول فيما بينها على مختلف المستويات"[29].

(26) Edward J. Murray , "Conflict : The Psychological Aspects ", in IESS, pp. 220 –225

(27) علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت : لبنان ، سنة 1983م ، ص135.

(28) أحمد فؤاد رسلان: نظرية الصراع الدولى " القاهرة : الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1968: :18

(29) عبد المنعم المشاط، ماهر خليفة : تحليل وحل الصراعات : الإطار النظرى" القاهرة : المركز القومى لدراسات الشرق الأوسط ، يناير 1995: 4.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق عند التنازع العقدي

أولا: عرض النزاع في المحاكم

فقد جاء في القانون المدني الليبي في مادته (10) مانصه" القانون الليبي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها"[30].

وعلى هذا فإن الدوائر القضائية هي المعنية بفصل النزاع الحاصل بين المتعاقدين، أما في حالة ما إذا كان المتعاقدين أجنبيين فقد نصت المادة (11) على أنه " 1- الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في ليبيا وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.2- أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في ليبيا، فإن القانون الليبي هو الذي يسري"[31].

ثانيا: التحكيم عند التنازع

من أهم قضايا التحكيم معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك لأن القانون المذكور هو الأساس في إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع وإنهائه، ولا صعوبة بالنسبة للقاضي في كل دولة إذ يتعين عليه تطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته وبالتالي يطبق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة.

---

(30) القانون المدني الليبي، باب القانون المدني الليبي مرجع عند التنازع، المادة العاشرة.

(31) المرجع السابق.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ولكن الأمر يختلف تماما بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطته من اتفاق التحكيم وبمعنى آخر إن مصدر سلطة المحكم إرادة الطرفين فهو يمارس مهمته التي يجد لها أساسا في العقد عند النظر في النزاع المعروض أمامه عند تحديده واختياره للقانون أو القواعد الموضوعية التي تحكم موضوع النزاع، ويبحث عن هذا القانون من خلال إرادة الخصوم الصريحة أو الضمنية.

وتعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف قد يكون صريحا وذلك بذكره في اتفاق التحكيم.

وقد لا يفصح أطراف النزاع عن إرادتهم في تحديد القانون أو القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ويتعين في هذه الحالة على المحكم أن يبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف لكي يتمكن من تحديد القانون الذي سيطبقه هذا النزاع.

ومن المبادئ الراسخة في التحكيم التجاري الدولي أن القانون الذي يختاره الأطراف له الصدارة في التطبيق على كافة القوانين الأخرى القابلة للتطبيق متى كان القانون لا يتعارض مع القواعد الآمرة في النظم القانونية ذات العلاقة، وقد نص قانون المرافعات الليبي في المادة (1/739) على أنه (1 يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة)[32].

وتأخذ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم بهذا المبدأ، ومثال ذلك الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن لسنة 1965) المادة (42/أ)[33] والاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 في جنيف المادة (1/7)[34].

---

(32) قانون المرافعات الليبي، الباب الرابع: التحكيم، المادة 739، الفقرة الأول.

(33) تنص المادة على أنه (عند عدم اتفاق الأطراف تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون هذه الدولة وكذلك مبادئ القانون الدولي في الموضوع).

(34) تنص المادة على أنه (للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة غياب إشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق فيجب على المحكمين تطبيق قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة للحالة المعروضة).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

كما أن قواعد الهيئات الدولية للتحكيم قد أشارت إلى حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات الدولية، ومنها مثلا لائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المادة (3/13)[35].

وبما أن دراستنا في هذا المبحث تقتصر على القواعد الموضوعية ذات الطابع الوطني فإنني أكتفي هنا بهذه الإشارة.

فإن إرادة الأطراف لها دور كبير في مجال العقود الدولية وبالتالي فإن هذه الإرادة لها نفس الدور في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود. سواء أكان هذا الاتفاق مشروطا في العقد بشرط التحكيم أم أنه في اتفاق خاص. إذ قد يتم الاتفاق بين طرفي العقد على أن يحكم موضوع النزاع قانون دولة معينة، وقد يتفق الأطراف على خضوع جزء معين من النزاع لقانون معين. أو يتم الاتفاق على تطبيق بعض أحكام القانون المختار دون البعض الآخر وفي مثل هذه الحالة نكون بصدد ما يسمى بالاختيار الإيجابي، وقد يتفق الأطراف على استبعاد تطبيق قانون معين أو جزء معين من القانون المختار، وهذا ما يعرف بالاختيار السلبي للقانون[36].

ولكن في جميع هذه الأحوال نجد أن لإرادة الأطراف دورا أساسيا في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو استبعاد تطبيق قانون معين. ومع ذلك فإن هذا الدور للإرادة يبقى بحاجة إلى تفسير، وذلك من حيث بيان أساسه القانوني والذي يمكن أن نجده في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ حرية الإرادة.

ولما كان المحكم في مجال المنازعات الدولية ذات الطبيعة الخاصة يلعب دور القاضي في مجال المنازعات ذات الطابع الوطني، فإن السؤال الذي يثار هنا ما دور المحكم في حالة ما إذا

---

(35) إذ تنص المادة على أنه (للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدداه، طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الشأن).

(36) محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 185-188.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

كانت إرادة أحد الطرفين المتنازعين معيبة بعيب من عيوب الإرادة؟ وهناك مسألة أخرى لا تقل أهمية، وهي أن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على قضاء التحكيم قد يكون من قبل الطرف الأقوى في العلاقة، وهذا ما يحصل غالبا في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي بحيث يكون قانون الإرادة هو في الواقع قانون الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية، مما يهدد التوازن العقدي. وغالبا ما يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للطرف الأقوى في العلاقة، وفي هذه الحالة تثار مسألة مدى أهمية إمكانية تطبيق أحكام وقواعد عقود الإذعان، بمعنى هل بإمكان المحكم أن يعدل من الشروط التعسفية حماية للطرف الضعيف في العلاقة؟

ويحصل أحيانا أن تطرأ بعض الظروف الاستثنائية التي تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا وقد تلحق به خسارة جسيمة، فما دور المحكم في مواجهة مثل هذا الاحتمال؟ هل يستطيع المحكم أن يوازن بين مصلحتي الطرفين المتعاقدين، ويرد الالتزام المرهق إلى الحدود المعقولة، وفق مقتضيات العدالة كما تقضي بذلك أحكام القوانين الوطنية؟.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وعلى هذا فإن الفرق بين القانون الواجب التطبيق بين المحاكم والتحكيم هو كما موضح في الشكل رقم (1)

المطلب الثاني: مفهوم العقد وأركانه

الفرع الأول: ماهية العقد

يعرف العقد بأنه، توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء إثر قانوني مشروع.

وقد فرق الفقهاء بين العقد والاتفاق فيعتبرون العقد أخص من الاتفاق، حيث يعتبرون الاتفاق (جنس) والعقد (نوع).. فكل عقد يكون اتفاق، وأما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئا لالتزام او ناقلا له. فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

غير ان هذه التفرقة ليس لها قيمة علمية أو أهمية تذكر.. لهذا يذهب الشراح إلى أن العقد هو " توافق إرادتين او أكثر لإحداث إثر قانوني مشروع سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام او نقله او تعديله او إلغاؤه.

ومن التعريف _ السابق ذكره _ للعقد نجد انه من المهم فيه أن يوجد اتفاق على إحداث إثر قانوني، فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر، فلا يكون هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود.

ولمعرفة ما إذا كانت الارادة قد اتجهت الى احداث هذا الاثر القانوني ام لا، يجب الرجوع الى النية والظروف والملابسات المصاحبة لصدور الارادة. فالمجاملات لا تعتبر التزامات بالمني القانوني كدعوة صديق الى عشاء، فاذا عدل الصديق _ الداعي _ عن الدعوة، او تخلف المدعو عنها بعد قبوله، أو يرتب ذلك أي مسئولية على أي منهما لا نتفاءل الرابطة التعاقدية في هذه الحالة.

ولكن في حالة قصد المتعاقدان _ الداعي والمدعو _ تقديم الطعام، فان ذلك يكون التزام قانوني يرتب على الاخلال به المسئولية العقدية.[37]

ويجدر بنا هنا الاشارة الى مجال العقد، حيث انه ليس كل اتفاق يراد به احداث إثر قانوني يكون عقد.

لذلك يتحدد مجال العقد بالاتفاقات المنشئة للالتزامات بين اشخاص القانون الخاص، وفي دائرة المعاملات المالية والمتعلقة بالتركة المالية، وتخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام[38].

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م، المجلد الأول، ص118

(2) أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005 م، ص 11

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفرع الثاني: أركان العقد

الركن هو ما لا يقوم الشيء الا به، فالعقد يقوم على الإرادة (أي تراضي المتعاقدين)، وهذه الإرادة لابد إن تتجه إلى غاية مشروعه (وهذا هو السبب)

لذلك أركان العقد هي: التراضي _ المحل _ السبب.

اولا: التراضي: –

يوجد التراضي بوجود ارادتين متوافقتين، ويكون وجوده صحيحا وذلك بصحة الارادتين المتوافقتين.

فالتراضي اذن هو تطابق ارادتين (تطابق ايجاب وقبول)، والمقصود بالإرادة هنا الارادة التي تتجه لأحداث إثر قانوني معين هو انشاء الالتزام.

كيفية اتمام التعاقد: [39]

التعاقد يتم: 1) بتعبير كل من المتعاقدين عن ارادته. 2) وبتوافق الارادتين، وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتا، ويكون ذلك في الاتفاق الابتدائي والعربون.

التعبير عن الارادة: يصدر التعبير عن الإرادة من الاصيل في التعاقد وقد يصدر عن نائب عنه.

أ) التعبير الصادر من الاصيل: في الاصل ان الرضا الذي يتم به انعقاد العقد يجب ان يصدر من المتعاقدين أنفسهما، وتنصرف اليهما اثار العقد.

والتعبير عن الارادة في العقود الرضائية لا يخضع لشكل خارجي معين، ولذا يصح ان يكون التعبير عن الارادة صريحا او ضمنيا ..[40]

التعبير الصريح والتعبير الضمني:

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م، المجلد الأول، ص142 – 146.

(2) أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005 م، ص64

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يكون التعبير عن الارادة صريحا إذا كان أسلوب الإفصاح عنها _ كلاماً او كتابة او إشارة او نحو ذلك _ أسلوب موضوعا في ذاته للكشف عن الارادة حسب ما هو متعارف به ومألوف بين الناس.

ويكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا بين للكشف عن الارادة، ولكن لا يمكن تفيره دون ان يفترض وجود هذه الإرادة، كالمستأجر الذي يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية فترة الإيجار ويصدر منه فعل يفهم منه انه يريد تجديد الإيجار.

الارادة الظاهرة والإرادة ألبانه:

إذا تطابقت الارادة الباطنية (الداخلية) مع الارادة الظاهرة (الخارجية)، فيتساوى الأخذ بأي منهما، مادام الاثنتان متطابقتين ولم يختلفا.

ولكن في حالة اختلاف الارادتين _ الظاهرة والباطن _ كشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته.

ان القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الارادة ألبانه والارادة الظاهرة فلم يجمد في الوقوف عند الارادة ألبانه، بل تزحزح قليلا نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل.

فالقانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الارادة ألبانه بنظرية الارادة الباطنية.[41]

التعبير عن الإيجاب [42]: يتخذ التعبير عن الإيجاب عاده مظهرا صريحا سواء كان ذلك بالقول او بالكتابة او بالإشارة او باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكل في دلالته على حقيقة المقصود.

ولا يشترط في الإيجاب ان يكون موجها الى شخص معين بالذات بل الإيجاب يصح ولو كان موجها لشخص غير معين كالإيجاب الموجه الى الجمهور عن طريق النشرات، إذا لم يكن

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م، المجلد الأول، ص146-148.

(2) أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005 م، ص 47

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

هناك شك في حقيقة المقصود منه باعتباره إيجابا، إما إذا كان هناك شك في اعتباره إيجابا فانه يعتبر تفاوضا.

التعبير عن القبول [43] : قد يكون التعبير عن القبول صريحا او ضمنيا، والتعبير الضمني يكون عادة في القبول.

وتجد الاشارة هنا الى التفرقة ما بين التعبير الضمني و " السكوت "، فالتعبير الضمني يعتبر عمل ايجابي يستخلص من بعض الوقائع، إما السكوت فهو عمل سلبي لا يمكن ان يعبر عن الارادة، فهو لا يتضمن أبدا إيجابا؛ لأنه عدم والعدم لا يدل او ينبئ بشيء.

الا ان السكوت يعتبر قبولا في حالة كونه " سكوت ملابس "، حيث ان السكوت مظهر سلبي بحت للتعبير عن الارادة، فالساكت لا يعبر بالمعنى الايجابي عن اية ارادة وهذا معنى (لا ينسب لساكت قول)، فان هذه العبارة تنصرف الى الإيجاب، لان الإيجاب لا يمكن استخلاصه من مجرد السكوت، إما القبول فيمكن استخلاصه من الظروف الملابسة.[44]

مما سبق ذكره، يتبادر للذهن سؤال، هو: متى يكون التعبير منتج لأثره؟

ان التعبير عن الارادة _ سواء كان صريحا او ضمنيا، وسواء اعتد به بالإرادة الظاهرة او ألبانه _ فانه لا ينتج أثره الا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه.[45]

القبول في عقود المزاد[46] : وما يهم هنا هو تعريفها في الفقه الإسلامي " بيع من يزيد "، هو تحديد متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول؟، وقد أجابت على ذلك المذكرات الإيضاحية القانون المدني الليبي بقولها " ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي التي تجري بطريق المزايدة، فافتتاح المزايدة على الثمن ليس الا دعوة للتقدم بالعطاءات، والتقدم بالعطاء هو الإيجاب، إما القبول فلا يتم الا برسو المراد.

---

(1) أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005 م، ص 47

(2) أكمل المشرع الليبي عبارة (لا ينسب لساكت قول) بقوله (ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان).

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م، المجلد الأول، ص152

(4) أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005 م، ص49

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويراعى ان العطاء الذي تلحق به في الإيجاب وفقا لحكم النص يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا، او موقوفا، ويسقط كذلك إذا اقفل المزاد دون ان يرسو على أحد.

وان من تقدم بعطاء يعتبر عطاؤه هنا إيجابا، وهو ايجاب ملزم، ويبقى مقيدا بعطائه إلى أن يسقط هذا العطاء بعطاء أزيد أو حتى تنتهي جلسة المزاد دون ان يرسى عليه المزاد، وفي حالة ان رسى عليه المزاد فقد تم البيع على ما ذكر.

وبالنسبة للمزادات التي يشترط فيها صاحب الشأن أن له الحق في قبول ورفض أي عطاء، لا يتم إرساء المزاد إلا بعد ان يستعمل صاحب الخيار حقه.

القبول في عقود الإذعان:[47] إذا كان في انعقاد العقد ان أحد الطرفين يكون من القوة من الناحية الاقتصادية بحيث يفرض ارادته على الطرف الأخر، فيعرض عليه شروطا يتعين عليه قبولها او رفضها دون مناقشة، فهذا النوع من العقود تسمى بـ " عقود الإذعان ". كما هو الحال بالنسبة لشركات أو مؤسسات المياه والكهرباء.

ويعتبر العقد من عقود الإذعان إذا توافرت فيه هذه الخصائص: [48]

اولا: ان يتعلق العقد بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات الاولية بالنسبة للمستهلكين او المنتفعين.

ثانيا: احتكار الموجب لهذه السلع او المرافق احتكارا قانونيا او فعليا ا.

ثالثا: ان يكون الإيجاب موجها الى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمده غير محدودة

رابعا: ان تكون الشروط واضحة ومطبوعة ليتسنى قراءتها

(5) المرجع السابق، ص49

(6) ذكرتها المذكرات الايضاحية للقانون المدني.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانيا: المحل:

تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل.

الشروط الواجب توفرها في محل الالتزام:

1- موجودا إذا كان شيئا أي محلا لالتزام بنقل حق عيني أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل.

2- معينا أو قابلا للتعيين

3- قابلا للتعامل فيه (مشروع) [49].

4- ثالثاً: "السبب"[50]

ينقسم لقسمين:

1- موضوعي

2- شخصي

- الموضوعي:

وهو الذي لا يختلف من عقد لآخر فهو واحد في كل العقود مثل: البائع باع السلعة ليأخذ الثمن والمشتري اشتراها ليحصل على السلعة.

- الشخصي:

وهو الباعث على التعاقد ويختلف من شخص لآخر ويشترط فيه ان يكون مشروعاً، أي لا يخالف النظام العام والآداب ولا أحكام الشريعة الإسلامية، ويبطل العقد إذا ظهرت النية عند التعاقد ولو لم تظهر فلعقد صحيح.

مثال:

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م، المجلد الأول، ص408

(4) د. بهاء الدين العلايلي، النظرية العامة للعقود في القه الإسلامي والقانون، دار السواف ، 2005م، المجلد الأول.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شخص اشترى العنب بقصد عصره خمرا، فاذا ظهرت نيته للبائع فالعقد باطل وإذا لم تظهر فالعقد صحيح وشرعا وقانونا العقد صحيح.

الفرع الثالث: أقسام العقد

تنقسم العقود إلى أقسام متعددة ، تبعاً لاعتبارات مختلفة :

فتنقسم أولاً : بحسب اعتبار الشارع لها ، وترتب آثارها عليها وعدمه إلى : صحيحة ، وغير صحيحة .

فالعقد الصحيح : ما توافرت فيه الأركان والشروط ، ولم يتصل به من الأوصاف ما يخرجه عن المشروعية ، ويكون سبباً صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه [51] .

والعقد غير الصحيح : ما كان الخلل في صيغته أو ركنه أو محله أو في العاقد ، أو في أي وصف اتصل به يخرجه عن مشروعيته ، أي ما كان الخلل في أصله أو وصفه .

مثاله : عقد المجنون ، وعقد الفضولي ، والتعاقد على الخمر من المسلم [52] .

والحنفية يفرقون بين الفاسد والباطل :

فالعقد الباطل : هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، على معنى أن العقد ليس له وجود ولا انعقاد ، كأن يكون العاقد مجنوناً ، أو صبياً غير مميز ، أو بيع شيءمن الطريق العام [53] .

والعقد الفاسد : هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه .

فهو العقد الذي وجدت أركانه ومحله وتحقق معناه ، ووجد القصد إليه ، لكن اتصل به وصف منهي عنه شرعاً ، يخرج العقد عن مشروعيته ، كبيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع [54] .

---

(51) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، محمد يوسف موسى ، دار الفكر العربي ، مدينة نصر، مصر ، 1417هـ (408) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ، بدران أبو العينين بدران ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان (482) .

(52) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (482) ، درر الحكام (93/1) .

(53) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، (408) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (483) ، درر الحكام (94/1) .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والحاصل : أن حكم العقد الصحيح ترتب آثاره عليه بلا نزاع ، وحكم الباطل أنه لا يعتبر منعقداً ولا موجوداً فلا يترتب عليه أي أثر [55] ، ولا فرق عند الجمهور بين الفاسد والباطل .

وحكم العقد الفاسد هو ثبوت الملك في الجملة كالبيع الصحيح ، وذلك لأن أركان العقد وهي العاقدان والمحل صحيحة ، والخلل فيه جاء من أمر آخر [56] .

ولكن العقود عند الحنفية ليست سواء في الفساد والبطلان :

فالعقود الناقلة للملكية ، والعقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من

المتعاقدين ، كالبيع والرهن والشركة والهبة والقرض والمزارعة والحوالة والمساقات، والإجارة ، هي التي تكون فاسدة وباطلة .

أما العقود غير المالية والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع ، وكذلك التصرفات ذات الإرادة المنفردة كالطلاق والوقف والإقرار والعبادات فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل [57] وكذلك النكاح لا فرق فيه بين الفاسد والباطل لجلالة هذا العقد وخطره ، وقداسة العلاقة التي ينشئها الزوجان ، وما يقوم على هذا العقد من الأسرة [58] .

وتنقسم ثانياً : بحسب الاكتفاء بإرادة المتعاقدين أو اشتراط شيء آخر معها إلى عقود عينية ، وعقود غير عينية .

"فالعقود التي لا يكفي لأجل ترتب الآثار على العقد فيها مجرد الصيغة المستوفية للشرائط بل تحتاج إلى قبض العين ، كالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض والصرف ، تسمى العقود العينية .

---

(54) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (409) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (482) .

(55) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (410) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (483) .

(56) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (410 – 411) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (483) .

(57) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (484) .

(58) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (411 – 412) .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أما العقود التي لا يتوقف تمامها وترتب الآثار عليها على شيء غير الصيغة ، فهي تتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب فتسمى العقود غير العينية ، وهي تشمل ما عدا العقود السبعة السابقة" [59] .

وتنقسم ثالثاً : بحسب موضوعها والغرض المقصود منها إلى عقود تمليكات ، وإسقاطات ، وإطلاقات ، وتقييدات ، وشركات ، وتوثيقات ، واستحفاظات .

وهناك عقود تدخل في أكثر من مجموعة واحدة ، لأن لها أكثر من خاصية .

الأولى : عقود التمليكات : وهي التي يراد بها تمليك عين أو تمليك منفعة ، وسواء كان التمليك بعوض أو بغير عوض ؛ فإن كان بعوض سميت العقود عقود معاوضات ، وإلا فهي عقود تبرعات [60] .

الثانية : عقود الإسقاطات : وهي ما كان المقصود فيها إسقاط حق من الحقوق ، وهي نوعان :

أ – إسقاطات محضة : أي بلا بدل من الطرف الآخر ، كالعفو عن القصاص لوجه الله ، والنزول عن الشفعة ، والإبراء من الدائن للمدين عن دينه ، وكالطلاق المجرد عن المال .

ب – إسقاطات نظير بدل أو عوض يدفعه الطرف الآخر ؛ كالعفو عن القصاص نظير تعويض يدفعه الجاني [61] .

الثالثة : عقود الإطلاقات : وهي العقود التي يكون المقصود منها إطلاق يد الإنسان في تصرف لم يكن ثابتاً له من قبل ذلك .

---

(59) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (487) .

(60) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (430) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (486 – 487) .

(61) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (431) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (488) .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مثل : عقد الوكالة الذي به يقوم الوكيل بعمل أو أعمال للموكل وباسمه ، وإذن الوصي للصغير المميز في القيام ببعض الأعمال الخاصة بالصبي نفسه من زراعة أرضه أو شراء ما يلزمه مما فيه نفع له [62] .

الرابعة : عقود التقييدات : وهي التي يكون المقصود منها تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كان مباحاً له .

مثل : عزل الولاة والقضاة ، وعزل ناظر الوقف والوصي والقيم على المحجور عليه [63] .

الخامسة : عقود التوثيقات : وتسمى عقود الضمان أو التأمينات بلغة القانون: وهي التي يكون المقصود منها ضمان الديون لأصحابها ، ومن هذه العقود : الرهن الذي يقدمه المدين للدائن ضماناً للسداد ، والكفالة التي يتقدم بها أجنبي عند الدائن عن المدين ليأمن الدائن على دينه عند الآخر [64] .

السادسة : عقود الشركات : وهي عقود الغرض منها الاشتراك في العمل والربح بين أطرافها ، على أن العمل ربما لا يكون موزعاً على الجميع كما هو معروف ، كعقود المزارعة ، والمساقاة ، والمضاربة [65] .

السابعة : عقود الاستحفاظات : وهي العقود التي تحدث بين الشخص وغيره لقصد حفظ المال فقط ، كعقد الإيداع ، وعقد الحراسة [66] .

وتنقسم رابعاً : من حيث اتصال أحكامها بها أو تأخرها عنها إلى : منجزة ، ومضافة ، ومعلقة .

---

(62) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (431) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (488 – 489) .

(63) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (431) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (489) .

(64) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (432) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (489) .

(65) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (431) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (489) .

(66) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (489) .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فالعقود المنجزة : هي التي تكفي فيها صيغة الإيجاب والقبول لترتب آثارها عليها في الحال ، إن كان العقد لا يحتاج في تمامه لقبض المعقود عليه ، مثل : البيع والإجارة .

أما إذا كان موضوع العقد مما يجب فيه القبض مثل الهبة والقرض والعارية والرهن ، فإن مجرد صدور الصيغة لا يتم بها العقد ، بل لابد من قبض المعقود عليه ليكون تاماً مفيداً لأحكامه ملزماً لآثاره .

والأصل في العقود أن تكون ناجزة في الحال ، لا مضافة لزمن يأتي ولا معلقة على شرط ، ما عدا الوصية ، لإضافتها إلى ما بعد وفاة الموصي ، وكذلك الإيصاء : وهو الوصية بإقامة وصي على من تحت ولايته من الأبناء ، وهما لا يفيدان آثارهما إلا بعد موت الموصي [67] .

والعقود المضافة : ما دلت صيغتها على إنشائها من حين صدورها ، على ألا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل معين ، مثاله : ما يحدث عادة بين مالكي الدور أو الأراضي وبين المستأجرين ، من تأجير ما يملكون على أن تبدأ الإجارة من يوم معين يتراضى عليه طرفا العقد. وقد لا يحتاج إلى التصريح بالإضافة كما في الوصية [68] .

والعقود المعلقة : هي التي ربط وعلق وجودها على حصول أمر آخر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها .

والشرط في الأمر المعلق أن يكون معدوماً على خطر الوجود ، أما إذا كان متحقق الوجود حين التعليق كان الكلام تنجيزاً في صورة تعليق .

والتعليق على المستحيل يبطل العقد ، لأنه ينبئ عن عدم الإرادة .

---

(67) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (416 - 418) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (489 – 490 - 491) .

(68) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (418) ، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (493) .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فإذا وقع الأمر المعلق عليه ، وتحقق الشرط المعلق عليه ، تحقق العقد وترتبت آثاره عليه[69] .

وتنقسم خامساً : من حيث تسميتها ووضع الشارع أسماءاً خاصة لها ، وتكفل التشريع ببيان أحكامها ، وعدم ذلك ، إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة .

والعقود المسماة : هي ما كان لها اسم خاص بها ، كالبيع ، والرهن ، والإجارة ، إلى غير ذلك .

والعقود غير المسماة : هي العقود التي تجدُّ ، وتنشؤ تبعاً للحاجة ، ولم تكن موجودة أو مشهورة من قبل ، ولم يصطلح على اسم لها ، ولم يرتب لها الشرع أحكاماً تخصها ، وهي عقود كثيرة لا تنحصر .

والصحيح أن هذه العقود صحيحة ما لم ينه عنها أو تخالف قواعد الشريعة ، لأن الأصل في العقود الإباحة [70] .

وما يهمنا من هذه التقسيمات ، هو التقسيم الأول ، وكون الصحيح ينقسم إلى لازم وغير لازم .

فالعقد اللازم : هو كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبداً ، أو يقبله ولكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل بينهما اتفاق على ذلك [71] .

كالبيع والإجارة والمزارعة والخلع والصلح والحوالة .

والعقد غير اللازم : هو كل عقد يستطيع أحد طرفيه أن يفسخه بدون توقف على رضى الآخر [72] . كالزواج للزوج ، وكالرهن للمرتهن دون الراهن ، وكالوكالة ، والعارية ، والوديعة .

واللزوم قد يكون بالنسبة لطرف واحد ، وقد يكون بالنسبة للطرفين [73] .

---

(69) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (491 – 492) ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (419) .

(70) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (502 – 503 – 504 – 505) .

(71) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (501) ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (414) .

(72) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (501) ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (414) .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثاني: مفهوم الاستصناع وحكمه

المطلب الأول: مفهوم الاستصناع لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف الاستصناع لغة

الاستصناع استفعال من صنع ، فالألف والسين للطلب ، يقال : استغفار لطلب المغفرة ، والصنع : يقول الرازي : "(الصنع) : بالضم مصدر قولك صنع إليه معروفاً وصنع به صنيعاً قبيحاً أي : فعل"[74] ، والصناعة – بكسر الصاد : حرفة الصانع ، واصطنعه : اتخذه ، قال تعالى : " واصطنعتك لنفسي "[75] ، يقول ابن منظور : " ويقال اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما "[76] واستصنع الشيء : دعا إلى صنعه ، فالاستصناع لغة : طلب الفعل [77].

الفرع الثاني: تعريف الاستصناع في الاصطلاح :

اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستصناع ، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع وتكييفه – كما سيأتي إن شاء الله[78] – حيث أدخله الجمهور ضمن السلم ، أما الأحناف فعدوه عقداً مستقلاً ، لكنهم اختلفوا في تعريفه ، ومرجع ذلك الاختلاف إلى إدخال بعض القيود أو إخراجها ، ومن تلك التعريفات :

- تعريف الكاساني : " **هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل** "[79] .وهنا قد بيّن كونه عقداً ، لكن لم يذكر اشتراط تحديد الثمن ، فلم يكن جامعاً.

---

(73) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (501) .

(74) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي .مختار الصحاح ، صفحة : 371 .

(75) سورة طه . آية : 41 .

(76) ابن منظور . لسان العرب ، ج 8 ، صفحة : 209 .

(77) انظر : لسان العرب :ج:8 ، صفحة : 209 . مختار الصحاح صفحة : 371 . القاموس المحيط :ج:1 ، صفحة :954 .

(78) انظر : صفحة : 6 وما بعدها .

(79) علاء الدين الكاساني . بدائع الصنائع ، ج : 5 ، صفحة : 2 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- تعريف ابن الهمام : " الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أولا يعطي شيئا فيعقد الآخر معه "[80] .

وهو تعريف بالرسم لا الحد ، حيث عرف الاستصناع بذكر بعض صوره .

- تعريف السمرقندي : " هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع "[81] .

وهو تعريف مختصر جيد ، لكن يلاحظ عليه عدم ذكر الثمن واشتراطه.

- تعريف مجلة الأحكام العدلية : " مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً "[82] .

المطلب الثاني: حكم الاستصناع في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

الفرع الأول: حكم الاستصناع في الشريعة الإسلامية

اختلف الاستصناع في حكم عقد الاستصناع بين مبيح وحاظر، وقد كان هذا الاختلاف بسبب اختلافهم في تكييف عقد الاستصناع ، **حيث يرى جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة** : أن الاستصناع ملحق بالسلم ؛ فيشترط فيه ما يشترط في السلم ، **وأما الأحناف**: فيرون أن الاستصناع عقد مستقل بذاته وله خصائصه وأحكامه .

ومن هذا المنطلق اختلف العلماء في حكم عقد الاستصناع كعقد مستقل بذاته إلى قولين :

- **القول الأول** : عدم جواز عقد الاستصناع إذا كان على غير وجه السلم.

وهو قول جمهور العلماء من الأحناف والمالكية والشافعية .

---

(80) كمال الدين ابن الهمام السيواسي . شرح فتح القدير ، ج : 7 ، صفحة : 114 .

(81) علاء الدين السمرقندي . تحفة الفقهاء ، ج 2 صفحة : 326 .

(82) محمد الزحيلي . قضاء المظالم في الفقه الإسلامي ، ج 7 صفحة 53 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- **القول الثاني** : جواز عقد الاستصناع .

وهو قول الأحناف .

أدلة القول الأول :

1. ما رواه ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ .

وجه الدلالة : دل الحديث على عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ[83] – وهو الدين بالدين – ، وفي عقد الاستصناع بيع دين بدين ؛ لأن السلعة في ذمة الصانع والثمن في ذمة المستصنع ، وقد أجمع العلماء على منعه .

ويرى الباحث: بأن الحديث ضعيف، وسبب ضعفه: أن موسى بن عبيدة تفرد به عن نافع وهو ضعيف ، قال أحمد : لا تحل الرواية عن موسى بن عبيدة ، ولا أعلم هذا الحديث لغيره ، وقد ضعفه الإمام الشافعي والبيهقي [84] ، وأما ادعاء الإجماع ، فعلى فرض التسليم إلا أنه لا ينطبق على جميع الصور التي يشملها الدين بالدين ، وقد اضطرب النقل في الصورة التي ينطبق عليها الإجماع ، فلا يجوز حينها التمسك بالإجماع على عدم جواز الاستصناع لكونه دينا بدين.

2. أن الاستصناع بيع معدوم ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم المرء عن بيع ما ليس عنده[85] .

3. وجود الجهالة في السلعة المستصنعة ؛ لكونها قد تزيد وقد تنقص فيضر بأحد الطرفين .

---

[83] رواه الدارقطني . كتاب البيوع – باب الجعالة – عن ابن عمر رضي الله عنهما.حديث رقم (269) سنن الدارقطني ج3 صفحة 71 .

[84] انظر : توضيح الأحكام شرح بلوغ المرام لابن بسام ، جزء : 4 ، صفحة : 45 .

[85] سبق تخريجه صفحة : .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويرى الباحث : أن ما يحتمل وجوده من الجهالة مغتفر إذا كان يسيراً ، كما في السلم ، وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجره[86] ، مع أن مقدار الحجامة وكمية الدم المستخرج غير معروفة عند التعاقد .

أدلة القول الثاني :

1. ما ثبت في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما– أن النبي–صلى الله عليه وسلم– 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 ... "[87] الحديث .

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم 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[88] .

2. ما ثبت في الصحيحين من حديث سهل قال : أرسل رسول الله –صلى الله عليه وسلم– إلى فلانة – امرأة قد سماها سهل – :**مري غلامك النجار أن يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس** ، فأمرته فعملها من طرفاء الغابة ثم جاء بها

---

(86) رواه البخاري– باب ذكر الحجام – عن ابن عباس رضي الله عنهما.حديث رقم (1997) صحيح البخاري ج2 صفحة 741 ، ورواه مسلم – باب حل أجرة الحجامة – عن ابن عباس رضي الله عنهما . حديث رقم (1202) صحيح مسلم . ج3 صفحة 1205 .

(87) رواه البخاري– باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه – عن ابن عمر رضي الله عنهما.حديث رقم (5538) صحيح البخاري ج5 صفحة 2205 ، ورواه مسلم – باب تحريم خاتم الذهب على الرجال ونسخ ما كان من إباحته في أول الإسلام – عن ابن عمر رضي الله عنهما . حديث رقم (2091) صحيح مسلم . ج3 صفحة 1656 .

(88) رواه البخاري– باب خواتيم الذهب – عن ابن عمر رضي الله عنهما.حديث رقم (5528) صحيح البخاري ج5 صفحة 2202 ، ورواه مسلم – باب لبس النبي e خاتما من ورق نقشه محمد رسول الله ولبس الخلفاء له من بعده – عن ابن عمر رضي الله عنهما . حديث رقم (2091) صحيح مسلم . ج3 صفحة 1656 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فأرسلت إلى رسول الله ﷺ فأمر بها فوضعت ها هنا... "[89] الحديث .

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب من المرأة أن تأمر غلامها بصنع المنبر ، فدل على مشروعيته ونوقش : باحتمال أن يكون صناعته على سبيل التبرع لا على سبيل التعاقد .

3. التعامل من غير نكير على مر العصور في المباني والأحذية والأثاث ونحوها ، **وهو يتضمن إجماعاً عملياً** .

ونوقش: بعدم التسليم للإجماع، بدليل مخالفة جمهور العلماء للقول بمشروعية الاستصناع.

4. **ومن المعقول** : فإن حاجة الناس إلى الاستصناع كبيرة [90] ، وفي الشرع مراعاة لحاجات الناس بل هو من مقاصده ؛ لما في ذلك من التيسير عليهم والرفق بهم ، كما في التيمم والمسح على الخفين وعقد السلم وغير ذلك ، فجاز الاستصناع استحساناً .

ونوقش : بأن الحاجة تندفع بما أباحه الله من العقود ، كالسلم .

ويرى الباحث: بأن الحاجة إلى الاستصناع كبيرة ، وقد سبق بيان شيء من ذلك ، وفي ترك ضرر بالمسلمين ، فليس كل ما يباع جاهزاً مناسب ، بل ليس كل ما يحتاجه المرء يجده جاهزاً ، خاصة وأن الباعة لا يصنعون ما يقل شراؤه ؛ لما في ذلك من الخسارة بكساد البضاعة وعدم وجود مشترٍ لها ، 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 .

---

[89] رواه البخاري– باب الجلوس على المنبر عند التأذين – عن سهل بن سعد رضي الله عنه.حديث رقم (875) صحيح البخاري ج1 صفحة 310 ، ورواه مسلم – باب جواز الخطوة والخطوتين في الصلاة – عن سهل بن سعد رضي الله عنه . حديث رقم (544) صحيح مسلم . ج1 صفحة 386 .

[90] سبق بيان شيء من ذلك ، صفحة : 5 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يقول الكاساني عنه : " فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة واستئجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا "[91] .

الترجيح :

الراجح هو القول بجواز عقد الاستصناع ، لما يأتي :

1. قوة أدلة أصحاب القول الثاني .
2. أن الحاجة داعية للاستصناع ، وفي منعه من إلحاق الحرج بالناس ما لا يخفى .
3. ضعف أدلة المانعين بما ورد من مناقشتها .

وقد رجح القول بجوازه المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في مؤتمره السابع المنعقد بجدة لعام 1412 هـ .[92]

الفرع الثاني: حكم عقد الاستصناع (المقاولة) في القانون المدني الليبي

قد اطلع الباحث على القانون المدني الليبي، ومواده فلم يجد مصطلح الاستصناع في تلك البنود، بل وجد مصطلح المقاولة، لأن التكييف القانوني لعقد الاستصناع يدخل في عقد المقاولة، فعقد الاستصناع –المقاولة– في القوانين المدنية المعاصرة من العقود المسّماة، أي وضعت له اسماً خاصا وتكفلت ببيان القواعد المنظمة له، سواء في التشريع المدني أو القوانين الأخرى، لتميزه عن غيره من العقود، وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصرة تعريفات متعددة لعقد المقاولة.

---

[91] علاء الدين الكاساني . بدائع الصنائع . ج : 5 ، صفحة : 3 .

[92] الاستصناع لسعود الثبيتي ، صفحة : 645-660 ، عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا ، صفحة :18 ، والجعالة والاستصناع لشوقي دنيا ، صفحة : 28-30 ، بيع المرابحة لمحمد الأشقر صفحة : 161-163 ، الاستصناع لعبدالرحمن العثمان ، صفحة : 13 - 24 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فقد عرفته المادة (645) من القانون المدني الليبي بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

وأتى في المادة (646) في بند تقديم المادة من فقرتين مانصه" 1 – يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. 2-كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا.

في هذه الفقرة النص صراحة على جواز عقدي المقاولة والاستصناع في القانون الليبي، فقد ذكرت الفقرة الأولى عقد المقاولة بقولها انه يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله دون المادة التي يستخدمها في عقد المقاولة، وهذا النوع من العمل يسمى كذلك في الفقه الاسلامي بعقد المقاولة، أما في الفقرة الثانية فقد نص ضمنياً على جواز عقد الاستصناع، وذلك بقوله أن المقاول يجوز له أن يتقدم بالعمل والمادة معاً، وهذا هو عقد الاستصناع الذي سيقوم الباحث بتبيان أحكامه.

المطلب الثالث: شروط عقد الاستصناع وآثار انتهائه

الفرع الأول: شروط عقد الاستصناع

يشترط لعقد الاستصناع شروط خاصة – إضافة إلى شروط البيع – ، هي:

1. أن يكون المصنوع معلوماً : بتحديد مواصفات الشيء المطلوب صناعته تحديداً وافياً يمنع التنازع عند التسليم .
2. أن يكون المصنوع مما تدخله الصناعة ، فلا يصح في البقول والحبوب ونحو ذلك .
3. أن يكون الشيء المصنوع مما يجري التعامل فيه ؛ لأن الاستصناع جائز استحساناً ، فلا يصح فيما لا تعامل فيه، وذلك يختلف بحسب الأعراف السائدة في كل مكان وزمان ، فلا يقاس مكان على مكان ولا زمان على زمان ، وأما إذا كان الشيء المطلوب صنعه مما لم تجر به العادة بصناعته فإنه يمكن التوصل إليه بطريق السلم .
4. أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع ، فإذا كانت من المستصنع

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فإنه يكون عقد إجارة لا عقد استصناع .

5. بيان الثمن جنساً وعدداً بما يمنع التنازع ، فالجنس : كريال سعودي ، والعدد : كالألف.
6. بيان مكان تسليم المبيع إذا احتيج إلى ذلك .
7. ألا يكون فيه أجل ، وفي هذا الشرط خلاف يحتاج إلى تفصيل وتوضيح[93].

الفرع الثاني: آثار عقد الاستصناع وانتهائه[94]:

أ- آثار عقد الاستصناع[95] :

- **بالنسبة للصانع** : فيثبت للصانع ملك الثمن ؛ نظرا للزوم العقد ، ويستحقه كاملاً إذا قدم العين المصنوعة كما طُلب منه .
- **بالنسبة للمستصنع** : فيثبت للمستصنع ملك المبيع في ذمة المستصنع إن جاء به كما طلبه منه . بقول الكاساني : " **وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم** "[96] وقد سبق بيان أن الملك في الاستصناع ملك لازم [97] .

ب. انتهاء عقد الاستصناع :

من المعلوم أن جميع العقود والبيوع تبدأ بالتعاقد ، ويختلف انتهاؤها ، فبم ينتهي عقد الاستصناع فيستحق الصانع الثمن ، ويستحق المستصنع المبيع ؟

ينتهي عقد الاستصناع بما يلي :

أ- وفاء كل من المتعاقدين بالالتزامات التي أوجبها العقد :

---

(93) مداني أحمد، نحو تطبيق عملي مقترح لتمويل المشاريع الصغيرة والمتوسطة بالاستصناع في الجزائر، الملتقى العلمي الأول حول ":بحث في سبل تطوير البدائل التمويلية للمشاريع الصغيرة والمتوسطة في الجزائر"25/24 نوفمبر 2008، ص7.

(94) قمنا بالجمع بين آثار الاستصناع وانتهائه لما يجمعهما من كونهما بعد العقد ، فناسب الجمع بينهما .

(95) ونعني بآثار عقد الاستصناع ما يترتب على العاقدين من عقد الاستصناع .

(96) علاء الدين الكاساني، *" بدائع الصنائع"* ، ج : 5 ، ص : 3 .

(97) أنظر: *"بدائع الصنائع"* للكاساني ج:5 ، ص : 3 ، و*"عقد الاستصناع"* لكاسب البدران ص : 197 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- **من جهة الصانع :**

1) القيام بالصنع للمطلوب كما طلبه المستصنع .

2) تسليم المطلوب صنعه إلى المستصنع .

- **من جهة المستصنع :**

3) استلام المطلوب صنعه كما طلبه .

4) دفع الثمن للصانع .

ب- إقالة أحد المتعاقدين للآخر .

ج- موت أحد المتعاقدين ، وقالوا بذلك : لشبه الاستصناع بالإجارة ، حيث إن الاستصناع إجارة ما دام الصانع يعمل في العين ، فإذا سلمها فهو بيع ، لكنه سبق بيان أن الاستصناع بيع من بدايته إلى نهايته ، فعلى هذا لا ينفسخ عقد الاستصناع بموت أحد المتعاقدين ، ويلزم ورثة الصانع بتسليم المبيع ، ويلزم ورثة المستصنع بقبولها ، على أن انفساخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين محل خلاف بين العلماء ، والراجح هو عدم انفساخها بذلك[98] .

[98] أنظر : *"المغني"* لابن قدامة : ج : 5 ، ص : 301 ، و*"الإنصاف"* للمرداوي : ج : 6 ، ص : 61 ،و *"حاشية الروض المربع"* لعبد الله الطيار ، ج : 7 ، ص : 127 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث: تكييف عقد الاستصناع في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

المطلب الأول : تكييف عقد الاستصناع في الشريعة الإسلامية.

تمهيد:

عقد الاستصناع عقد من عقود البيع[99] بلا خلاف كما أن السلم عقد من عقود البيع إلا أن السلم عقد مستقل يأخذ شروط العقد العامة إضافة للشروط الخاصة به.

لكن هل الاستصناع عند الفقهاء هو عقد مستقل من كل جوانبه كبقية العقود الأخرى، كالسلم مثلا ، وهذا ما سنفصله – إن شاء الله– فيما بعد.

وبالتدقيق نجد أن تكييف عقد الاستصناع مختلف فيه عند الفقهاء حتى في المهب الواحد أنفسهم فمنهم من يرى أن الاستصناع عقد بيع ، إلا أنه فقد بعض مستلزمات البيع[100]، وأخذ شبها بالإجارة[101]فهو بيع المطلوب صنعه عند رؤيته بعد إتمام صنعه.

والبعض الآخر عده إجارة محضة، وكيّفه البعض الآخر على أنه إجارة ابتداء بيع انتهاء.

فعلى أي الطرق والسبل سنسير في ترتيب الحكم فيما لو حصل نزاع أو خلاف حول هذا التعاقد بين الطرفين.

هذا ما سنبينه – إن شاء الله تعالى – فيما يلي من الآراء.

الفرع الأول: الاستصناع بيع

يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع بيع ، وأصحاب هذا الرأي يرونه بيعا بمعنى أنه نوع من البيع لكن ليس على إطلاقه.

---

(99) كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام، شرح فتح القدير، الطبعة الأولى، القاهرة: مكتبة بولاق، سنة 1316هـ، ج5، ص2679.

(100) محمد عارف الجويجاني، المعاملات الضرورية في المعاملات الشرعية، الطبعة الأولى، سوريا: مكتبة الترقي، سنة1345، ج5، ص810.

(101) المرجع السابق.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قال السرخسي:[102]، اعلم بأن البيوع أربعة : بيع عين بثمن ، وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم ، وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما ، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل ، والعين هو الصبغ بيع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل ، وهو الاستصناع ، فالمستصنع فيه مبيع عين.

فهذا الأخير ، عده السرخسي بيعا ، ألا أنه ليس على إطلاقه بدليل أن السرخسي وغيره كما سنبينه فيما بعد ، ذكروا أن للاستصناع شبها بالإجارة فأخرجوه عن البيع المطلق ، وكذلك فإن السرخسي ساوى بين السلم والاستصناع في كونه بيع ومن هذه المساواة يستدل على أنه لا يريد به البيع المطلق ، فالسلم بيع إلا أن له اسم مستقل وشروط خاصة به غير الشروط العامة ، وكذلك الإجارة على العمل ليست ببيع على الإطلاق. وفي البدائع[103]، وعند الكلام عن الاستصناع قال : هو بيع لكن للمشتري خيار الرؤية.

الأمور التي خالف فيها الاستصناع البيع المطلق:

ذكر فقهاء الحنفية شيئين مهمين خالف الاستصناع فيها البيع المطلق وهما:

أولا : إثبات الرؤية في الاستصناع[104]

فخيار الرؤية لا يثبت في البيع على إطلاقه، بل لا بد من شروط لإثبات هذا الخيار سنوردها في موضعها – إن شاء الله، أما الاستصناع فإنه يثبت فيه خيار الرؤية على إطلاقه بدون شرط.

ثانيا : اشتراط العمل في الاستصناع[105]

والمعروف أن البيع لا يشترط فيه العمل إن تم على أنه بيع مطلق، ولهذا خالف الاستصناع الذي هو بيع يشترط فيه الصنع.

---

(102) شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المبسوط، الطبعة الثانية، بيروت: دار المعرفة، ج15، ص84.

(103) البدائع، ج6، 2677.

(104) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج15، ص85.

(105) المرجع السابق.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

رأي صاحب العناية:

أما صاحب العناية ، فقد عده بيعا محضا[106]، ومعناه في الظاهر أنه يريد به البيع المطلق الذي لا يفقد شيئا من مستلزماته.

أما الذي يراه الباحث فإن كلام صاحب العناية عن الاستصناع بأنه بيع محض لا يمنع من أن يكون الاستصناع قد فقد شيئا من مستلزماته البيع المطلق.

إلا أن صاحب العناية لم يذكرها لأنها مذكورة في أغلب الأحوال عند الكلام عن تعريف الاستصناع فلا حاجة لتكرارها، فهو في النهاية يتفق مع رأي الكاساني والسرخسي السابق الذكر.

رأي المخالفين في كون الاستصناع بيعا:

عورض الرأي السابق القائل بأن الاستصناع بيع، بعدة اعتراضات نوردها فيما يلي:

الأول:[107] لو كان الاستصناع بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين ، كما تقولون لكنه يبطل بموت أحدهما ،

الجواب : أجيب عن هذا الاعتراض بأن للاستصناع[108]شبها بالإجارة من جهة واحدة وهي أن في الاستصناع طلب الصنع وهو العمل ، فأشبه الإجارة، وكذلك للاستصناع شبها بالبيع من حيث أن المقصود من الاستصناع العين المستصنع.

فلشبهه بالإجارة، قلنا يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان، كذلك أثبتنا خيار الرؤية، ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع المطلق.

---

(106) أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، العناية مع شرح الفتح القدير، الطبعة الأولى، القاهرة: بولاق، سنة1316هـ، ج8، ص355.

(107) المرجع السابق.

(108) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير (بابن عابدين)، حاشية رد المحتار على الدر المختار – شرح تنوير الأبصار –، الطبعة الثانية، القاهرة: مكتبة الحلبي، 1386هـ، ج5، ص224.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانيا :واعترض أيضا[109]، بأن اعتبار الاستصناع بيعا مخالفة لأمر الشارع، لأن الاستصناع بيع للمعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز شرعا.

الجواب :وأجيب عن هذا الاعتراض[110] بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما في الأمور التالية:

1. في التذكية :فإن الناسي للتسمية عند الذبح، تعتبر التسمية موجودة لعذر النسيان مع أنها معدومة حقيقة.
2. الطهارة للمستحاضة :فإن الطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات، لئلا تتضاعف الواجبات، فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل.

ثالثا :اعترض أيضا[111]على أصحاب الرأي القائل بأنه بيع، بأن الاستصناع إنما يصح اعتباره بيعا في حالة كون المعقود عليه هو العين المستصنع، وعندنا في الاستصناع يكون المعقود عليه هو الصنع "العمل " لا العين.

الجواب :وأجيب[112] عن هذا الاعتراض : بأن المعقود عليه هو العين لا العمل فلو أن الصانع جاء بالمستصنع فيه مفروغا وذلك بأن صنعه شخص آخر غيره، ولم يكن من صنعته، أو من صنعته لكن قد صنعه قبل العقد لا بعده، وأخذه المستصنع لموافاته للشروط المطلوبة جاز.

الفرع الثاني: الاستصناع إجارة محضة

بعد أن بين الباحث أن الاستصناع عقد بيع له صفة خاصة تميزها عن البيع المطلق نرد في كلمات على الرأي القائل، بأن الاستصناع عقد إجارة.

---

(109) المرجع السابق.

(110) العناية مع فتح القدير، مرجع سابق، ج5، ص355.

(111) المرجع السابق.

(112) المرجع السابق.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فقد ورد هذا القول في معرض بيان صاحب العناية لحقيقة عقد الاستصناع إذ ورد فيه، إن بعضهم يرى أن الاستصناع " إجارة محضة"[113] وأنهم استدلوا لهذا القول بشبه إلى مرتبة الدليل.

فقد ربطوا بين الاستصناع وبين فعل الصباغ، فإن فعل الصباغ، هو : الصبغ " العمل " في العين بصبغها ، وأن ذلك هو نظير الاستصناع وأن عمل الصباغ إجارة محضة.

هذه هي الشبهة التي حدث ببعض الحنفية إلى القول بأن الاستصناع إجارة محضة.

الرد :وقد رد هذه الشبهة صاحب العناية[114] فقال : إن هناك فرقا بين الاستئجار على الصبغ وبين الاستصناع، فعمل الصباغ محله العين وهو الصبغ، أما الاستصناع فليس كذلك فافترقا.

فلا يقاس الاستصناع على استئجار الصباغ لصبغ الثوب ، . فهذا قياس مع الفارق ووجه الفرق كما ذكرنا ، هو أن الصبغ " أي عمل الصباغ " أصل والصبغ " أي المادة الخام " آلته ، فكان المقصود فيه العمل ، وذلك إجارة وردت على العمل في عين يملكها المستأجر ، أما ها هنا في الاستصناع فالأصل فيه هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع ، ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفة إلا بالعمل ، فأشبه العقد هنا الإجارة في حكم واحد لا غير ، ولذلك ، افترق عمل الأجير عن الاستصناع ، وهناك فروق أخرى تميز الإجارة عن الاستصناع نذكر منها ما يلي[115]:

في إجارة الصانع للعمل: يعتبر الصانع من قبيل الأجير المشترك، وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنعته فهو يقدم عملا لا عينا، وأما الاستصناع فإن الصانع يقدم فيه مادة وعملا بها، ولهذا لو تعاقد على أن تكون العين من صاحب العمل والعمل من الصانع كان العقد

(113) المرجع السابق.

(114) العناية مع الفتح القدير، مرجع سابق، ج16، ص356.

(115) مصطفى كمال وصفي، الإجارة، بحث مطبوع على الآلة الكاتبة في مكتبة موسوعة الفقه الإسلامي في وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، فقرة 372.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عقد إجارة لا استصناع.

وأن دفع إليه بعض المعمول وأمره أن يزيده من عنده ما بقي لإتمامه، فهذا جائز ويكون قرضا، ولو أمره أن يزيد إليه شيئا مجهولا، فإن العقد لا يصح ، إلا إذا كان ما أمره بزيادته – وإن كان مجهولا – من الأمور المعلومة عند الصناع فإنه يصح.

وذلك كأن يدفع للصانع ثوبا ليصبغه بعصفر ، فهذا يجوز مع أن قدر العصفر غير معلوم،كل ذلك يختلف باختلاف العرف في كل بلد.

الإجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع:

قبل بيان الفرق بين الإجارة والاستصناع لا بد من كلمة تعريفية للإجارة على الصنع :فقد جاء في المبسوط أن الاستئجار للصناعة هو[116] بيع عمل العين فيه تبع.

فرق السرخسي بين الاستصناع والاستئجار للصناعة فقال[117] إذا أسلم حديدا إلى حداد ليصنعه إناء مسمى بأجر مسمى ، فإنه جائز ولا خيار فيه إذا كان مثل ما سمى . لأن ثبوت الخيار للفسخ ليعود إليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا . فإنه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه.

فأما في الاستصناع: المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن، فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه ، ولأن الحداد هناك " في مثال الحداد المستأجر للصنع " يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه".

وفرق الكاساني بين الاستصناع والاستئجار للصنع[118] فقال : أن أسلم إلى حداد حديدا ليعمل له إناء معلوما بأجر معلوم أو جلدا إلى خفاف ليعمل له خفا معلوما بأجر معلوم ، فذلك جائز لا خيار فيه ، لأن هذا ليس باستصناع ، بل هو استئجار فكان جائزا ،

---

(116) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج15، ص84.

(117) المرجع السابق.

(118) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة: مكتبة الإمام، ج6، ص2678.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فإن عمل كما أمر استحق الأجر ، وإن فسد فله أن يضمنه حديدا مثله، لأنه لما أفسده فكأنه أخذ حديدا واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تملك بالضمان.

فهذه تختلف الإجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافا بائنا، ولو شابه الإجارة من جهة كون العقد يبطل بموت أحد العاقدين مثلا.

الفرع الثالث: الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء

يرى بعض فقهاء الحنفية بأن الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء، جاء في فتح القدير نقلا عن الذخيرة[119]، الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم.

بدليل أنهم قالوا : إذا مات الصانع يبطل[120]، ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع.

وهنا يطرح **سؤال؟**، فإن قيل لو انعقد الاستصناع إجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى!

الجواب:

وأجيب بأنه[121]، إنما لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه، والإجارة تفسخ بهذا العذر ، ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته ، وكذا رب الأرض ، لأنه لا يمكنه المضي بهذه الإجارة إلا بذلك والمستصنع لو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة في الآخرة كشراء ما لم يره ، ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ، ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم.

وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع بعد رؤيته أجبر على

(119) فتح القدير، مرجع سابق، ج5، 357-358.

(120) إن بطلان عقد الاستصناع بموت أحد العاقدين أرجعه الحنفية إلى كون الاستصناع له شبه إجارة، فهل يبطل عقد الاجارة بموت أحد المتعاقدين؟. أجاب عن هذا ، عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على مسائل الخلاف، القاهرة: الإدارة، ج2، ص66، فقال :لا تنفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين إذا لم يتعذر استيفاء المنافع خلافا لأبي حنفية لقول النبي:" من ترك مالا أو حقا فلورثته".

(121) ابن همام، فتح القدير، مرجع سابق، ج5، ص357.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

دفعه له ، لأنه بالآخرة بائع.

الترجيح:

والذي ظهر للباحث مما سبق في مسألة تكييف عقد الاستصناع ، أن الاستصناع نوع بيع، إلا أنه فقد مستلزمات البيع المطلق والتي كان من الواجب أن توجد إن اعتبرناه بيعا مطلقا ، وهذه المستلزمات هي- :

1. ثبات خيار الرؤية في العقد.
2. اشتراط العمل على الصانع.
3. عدم وجوب تعجيل الثمن، فيجوز في الاستصناع عند الحنفية أن يدفع الثمن مقدما أو يدفع بعض الثمن أو لا يدفع[122]، وهذا غير موجود ولا معهود في البيع المطلق على رأي الجمهور من الفقهاء، ولأن الاستصناع لا يلزم فيه تعجيل الثمن ، فيكون الاستصناع عند الحنفية عقدا صحيحا في جميع هذه الحالات " حالة دفع الثمن مقدما ، وغير الدفع " ويجوز أن يكون الأجل لشهر أو أقل على رأي أبي حنفية ، وأكثر من شهر على رأي الصاحبين.

وبذلك كان الاستصناع عقدا مستقلا مسمى وهو عقد بيع اسمه "عقد الاستصناع " كما أن السلم عقد بيع اسمه عقد السلم.

يضاف إليه أن للاستصناع شبها بالإجارة من جهة كون الصنعة " العمل المطلوب " فيه تكون من الصانع ، وأن العقد يبطل بموت أحد العاقدين.

المطلب الثاني: تكييف عقد الاستصناع (المقاولة) في القانون المدني الليبي

الفرع الأول: عقد الاستصناع (المقاولة) في مواد القانون المدني الليبي

سبق أن أورد الباحث فكرة عامة عن الاستصناع في النظام الوضعي والتعريف بعقد الاستصناع وحكمه، وهنا سنتكلم عن تكييفه في القانون المدني الليبي ، وعند فقهاء القانون

(122) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، م391. علي حيدر، شرح الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج1، ص360-361.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الوضعي.

ففي القانون المدني الليبي يعتبر عقد الاستصناع داخلا ضمن عقد المقاولة، لأن المقاولة في القانون المدني الليبي هي:[123] عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

فالمقاولة في المدني الليبي ذات شقين:

الأول : أن يتعهد بمقتضى العقد هذا أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا وهذا هو الاستصناع عند الحنفية ، ويؤكد كون هذا الشق من التعريف يراد به الاستصناع ما جاء في المدني الليبي[124]، 2- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا ، وهو الذي نقصده من دراستنا للاستصناع إذ لو لم تكن المادة والعمل من الصانع لكان العقد إجارة إذا توفرت أحكام الإجارة فيه.

الثاني :أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وهذه هي الإجارة في الفقه الإسلامي[125]، ويوضح ذلك ما ورد في المدني الليبي[126]، "1-يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله" .

فالمادة في هذا الشق أصبحت من المستصنع أو رب العمل كما عبر عنه المدني الليبي وتدخل ضمن الإجارة على العمل.

الفرع الثاني: فقهاء القانون الوضعي:

في هذه اللمحة التي سأوردها أتكلم عن رأي فقهاء القانون الوضعي كدافيد في رسالته

---

(123) القانون المدني الليبي، المادة رقم (645).

(124) المادة رقم (646).

(125) الصديق محمد الأمين الضرير، نظرية الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة1386هـ، ص460.

(126) المادة (645).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عقد الاستصناع[127]، ومحمد لبيب شنب في كتابه "شرح أحكام عقد المقاولة[128]"، والسنهوري في كتابه " الوسيط " ، وكل هؤلاء قد أوردوا رأي فقهاء النظام الوضعي الآخرين دون تنظيم خاص بعقد الاستصناع ، بل في عقد المقاولة بصورة عامة خلا دافيد.

قال دافيد[129]: "ويمكن أن ندهش أمام شيوع عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد في التقنين المدني الفرنسي ، فعلى هذا لم يكن التقنين المدني الفرنسي وهو الذي أخذ منه أغلب واضعي النظم الوضعية في البلاد المجاورة لفرنسا.

وعرفه دافيد، بأنه العقد الذي بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئا بالمادة التي يقدمها، وأن يسلم هذا الشيء عندما ينتهي في مقابل ثمن إلى من طلبه، فهنا وجد عنصران رئيسيان في هذا العقد وهما :العمل ، والمادة ، فعقد الاستصناع عند دافيد له طبيعته الخاصة ويختلف اختلافا كبيرا عن العقود الأخرى ، فهو عقد مستقل[130].

ومع هذا ، فقد أورد آراء فقهاء النظام الوضعي المختلفة حول تكييف عقد الاستصناع لاختلافهم فيه.

ونجد السنهوري في موضوع التمييز بين عقد المقاولة والبيع يورد ما يلي:[131] يظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع فهي ترد على العمل والبيع يقع على الملكية ، فالمقاول الذي يتعهد ببناء مترل ، يبرم عقد المقاولة ، أما إذا بنى المترل لحسابه ثم باعه بعد ذلك ، فالعقد بيع ، ولا شك أن العقد إذا اقتصر المقاول فيه على التعهد بتقديم العمل على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها فيجوز ذلك ، ولكن إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول

(127) دافيد فرانسكوا، عقد الاستصناع، رسالة دكتوراه مطبوعة في باريس سنة1937م، مطبوعة على الآلة الكاتبة، القاهرة: مكتبة المعهد الفرنس، ص5.

(128) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، القاهرة: دار النهضة العربية، سنة1962م، ص15.

(129) رسالة عقد الاستصناع لدافيد، مرجع سابق، ص4.

(130) رسالة عقد الاستصناع لدافيد، مرجع سابق، ص1.

(131) عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، القاهرة: مكتبة جرينرج، سنة1952، ج7، ص22.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

على العمل يتمحض عقد المقاولة لا شبهة فيه ، وإنما الشبهة تقوم في الفرض الآخر الذي يتعهد به المقاول بتقديم العمل والمادة معاً[132] ، فقد يقع أي يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتبا أو مكتبة ويقدم النجار الخشب من عنده ، فهل يبقى العقد في هذه الحالة وغيرها . عقد مقاولة أو يكون عقد واقع على شيء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار ، هذا تساؤل أورده السنهوري وهناك تساؤلات أوردها غيره[133]، ونورد فيما يلي أهم الآراء:

الفرع الثالث: حول تكييف عقد الاستصناع في النظام الوضعي

أثارت مسألة تكييف عقد الاستصناع خلافا كبيرا في الفقه والقضاء عند أصحاب النظام الوضعي أوردها محمد لبيب شنب عند البحث عن تكييف عقد الاستصناع وأوردها أيضا السنهوري ، وذكرها دافيد في رسالته ، والآراء هي ما يلي- :

أولاً: الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل[134]

يستدل أصحاب هذا الرأي إلى ما يواجهه المتعاقدان عند إبرام العقد فيرون أن العقد عند إبرامه ليس هو العمل المكلف به ، بل هو الشيء المصنوع[135]، ويبدو أن هذا هو الراجح في القانون الروماني[136]، كما أن شراح القانون البحري يرجحون هذا الرأي بالنسبة لعقد بناء السفينة ، وهو يتفق مع وجهة نظر الفقه الإسلامي كما جاءت به كتب المذهب الحنفي.

المناقشة : ناقش لبيب شنب هذا الرأي فقال : إن هذا الرأي يعيبه أنه لا ينظر سوى إلى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد هو نقل الملكية للشيء المصنوع ، ويمهل التزام المقاول

(132) ويسمى العقد بعقد الاستصناع عند دافيد – انظر رسالته ص221.

(133) أحكام عقد المقاولة – محمد لبيب، مرجع سابق، ص16.

(134) رسالة الاستصناع لدافيد، مرجع سابق، ص24.

(135) لبيب، أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص17.

(136) جاء في مدونة جستنيان في الفقه الروماني ص230 ترجمة عبد العزيز فهمي "أنه إذا اتفق تبنوس مع أحد الصاغة على أن يأتي الصائغ بذهب منه ويصنع له خاتما بوزن مخصوص وشكل معين ، وأن يكون للصائغ في نظير هذا مبلغ عشرة دنانير مثلا ، فقد جرى التساؤل عن هذا الاتفاق " أبيع هو أم إجارة ؟" وقد ارتأى كاسيوس أن يتضمن عقدين بيعا للذهب وإجارة للعمل ، أنظر لبيب، شرح أحكام المقاولة، مرجع سابق، ص17.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بصنع هذا الشيء ، حين نجد أنه هذا الأخير ليس مجرد التزام تابع وثانوي إذا ما قيس بنقل الملكية ، بل أنه جوهر عقد الاستصناع ، فقيام المقاول بالعمل الذي هو صنع الشيء ، ركن من أركان الاستصناع ، والدليل على ذلك أنه إذا أتى الصانع بشيء كان قد صنعه من قبل العقد فرضى به المستصنع ، فإن ملكية هذا الشيء وإن انتقلت إليه ، فذلك لا يكون بمقتضى عقد الاستصناع ، بل بمقتضى عقد آخر[137]، نعقد بتراضيهما على هذا الشيء ، وفضلا عما تقدم . فإن اعتبار الاستصناع بيعا بسيطا لا يحل المشاكل التي يثيرها ، والمتعلقة بتنفيذ العمل المطلوب.

فهذا الرأي ، أثار كلاما كثيرا يحتاج إلى بيان رأي الشريعة فيه أولا ، وثانيا لمعرفة موقع هذا الرأي من أقوال فقهاء الحنفية فيه ، أما الأول ، فإن قولهم : إن التزام الصانع هو أمر رئيسي ، وليس بثانوي هو أمر تكلم فيه فقهاء الحنفية واختلفوا فيه فمن قائل أن التزام الصانع بالصنع يكون بعد رؤية المستصنع للمستصنع فيه ، وقال به أكثر فقهاء الحنفية ، وهناك رأي آخر جاء به صاحب الدرر يقول أن الالتزام بالعقد يبدأ من أول التعاقد إلى نهايته.

وأما قولهم ، أنه إذا أتى بالمصنوع قبل العقد وأعطاه للمستصنع ، فهذا الأمر أثاره أيضا الحنفية بقولهم : لو جاء به مفروغا لا من صنعته لجاز.

أما الثاني : فهو يقرب كثيرا إلى رأي الحنفية ، لكن إلى درجة القول بأنه متفق مع رأي الحنفية[138]، لأنهم اختلفوا حول التزام الصانع بالصنع وعدمه وهم اعتبروا الالتزام هذا ، مهم جدا ، واعتبروا عمل الصانع ركن من أركان الاستصناع وهذا لم يقل به أحدا من فقهاء الحنفية قط، وهذا الرأي ، هو المهم ، لذا قدّمه الباحث على غيره.

---

(137) رسالة الاستصناع لدافيد، ص4. الوسيط للسنهوري، ج7، ص26.

(138) جاء في نظرية الغرر للضرير، مرجع سابق، ص460 " فذهب بعضهم إلى أن " الاستصناع" عقد بيع مستقل واقع على شيء مستقبل ، وهذا الرأي متفق مع مذهب الحنفية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانياً: الاستصناع عقد مقاولة واقع على العمل[139]

وأصحاب هذا الرأي يرون أن الاستصناع يكون عقد مقاولة دائما ، والمادة تابعة للعمل فقط ، إن أن تملك رب العمل للشيء المصنوع ليس إلا نتيجة لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، وهذا الرأي متفق مع رأي أحد فقهاء الحنفية وهو أبو سعيد البردعي[140]، القائل: بأن الاستصناع يقع على العمل دون المادة " العين " ولكن هذا الرأي في الفقه الإسلامي مرجوح ، والصحيح : أن الاستصناع بيع لا إجارة "مقاولة " .

ثالثا: الاستصناع عقد مقاولة إن كانت المادة أقل قيمة

من العمل وعقد بيع إن كان العمل أقل قيمة من المادة وأصحاب هذا الرأي ، يرون أن الاستصناع عقد مقاولة على أن العمل هو الأساس فيه ، ويكون بيعا لأن المادة المبيعة هي الأساس ، فهو " عقد مختلط[141]، بين البيع والمقاولة ، فإن كان العمل هو الأساس والمادة تابعة ، يكون مقاولة وبيع ، وإن كانت المادة هي الأساس والعمل تابع لها ، فهو بيع ومقاولة إذ لا يعتبر عقدا بسيطا مقاولة فقط ، أو بيعا فقط ، لأن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي يثيرها عقد الاستصناع.

ولكن هذا الرأي وإن بدى أنه يسد النقص الذي قد يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين فقط ، فهو يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع كما هو الأمر فيما تختص بطبيعة العوض وتحديده ، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدي إلى التحكم في أغلب الأحيان[142].

---

(139) رسالة الاستصناع لدافيد، مرجع سابق، ص21.

(140) وأبو سعيد البردعي : هو أحمد ابن حسين البردعي نسبة إلى بردعة من مقاطعات أذربيجان قتل في واقعة القرامطة مع الحجاج سنة317، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص225.

(141) أحكام المقاولة لشنب، ص16 وما بعدها، رسالة دافيد، ص37.

(142) أحكام عقد المقاولة، شنب، مرجع سابق، ص16.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وهذا الرأي له شبه برأي أحد الحنفية القائل بأن الاستصناع له شبه بالإجارة وشبه بالبيع ، لكن هذا الرأي في النظام الوضعي يختلف عن رأي الحنفية ، لأن الاستصناع في النظام الوضعي ينظر إليه على أنه مقاولة ، فيأخذ حكمها وبنفس الوقت يأخذ حكم البيع على حدة ، وهذا لم يقل به أحد من الحنفية.

رابعاً: الاستصناع عقد مقاولة ابتداء وبيع انتهاء[143]

يرى أصحاب هذا الرأي ، كما نقله لنا دافيد أن الاستصناع عقد مقاولة ما دام الشيء لم يتم صنعه بعد ، فإذا انتهى هذا الصنع تحول العقد إلى بيع للشيء المصنوع ، وتنقل ملكيته إلى المشتري.

واعترض على هذا الرأي ، بقولهم : إن تكييف العقد إنما يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك ، ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه عن وضعه إذا ما نفذ ، فضلا عن أن المقاول يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشيء مما يدل على أن المقاولة تظل وتستمر ولا تنتهي بمجرد إتمام هذا الصنع.

وهذا الرأي ، له شبه بقول بعض الحنفية[144]، القائل بأن الاستصناع إجارة ابتداء بيع انتهاء ، لكن قبل التسليم لا بعد التسليم.

الرأي الراجح عند فقهاء النظام الوضعي

أولاً: الراجح عند السنهوري

يرى السنهوري[145]، أن الرأي الراجح عنده ، هو ما جاء في الفرع الثالث السالف الذكر ، والقائل " : أن العقد يكون مقاولة أو بيعا بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل " ، وضرب السنهوري مثالين لزيادة قيمة المادة على العمل ومثالا آخر لزيادة العمل على المادة

(143) رسالة الاستصناع لدافيد، ص35.

(144) ابن همام، فتح القدير، مرجع سابق، ج5، ص356-357.

(145) الوسيط للسنهوري، ومابعدها، ج7، ص26.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فقال عنه أن الأمر ظاهر في الأمثال المتقدمة حيث تصغير قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان ، فتكون تابعة للعمل ، ويكون العقد مقاولة.

وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل في السيارة التي تحتاج إلى إصلاحات طفيفة ، فيكون العقد بيعا.

ولكن كثيرا ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل ، ولو كان أقل قيمة منه ، وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذي يورده الحائك لصنع الثوب ، فيصبح العقد في هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر.

ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه.

ثانياً: الراجح عند دافيد:

ويرى دافيد[146]بأن الاستصناع عقد مستقل أو ما يسمى في النظم الوضعية " عقدا غير مسمى".

مناقشة السنهوري لدافيد:

وناقش السنهوري دافيد[147]، فقال : هناك رأي يذهب إلى أن الاستصناع ليس مقاولة ، ولا بيعا ، بل هو عقد غير مسمى " دافيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس " ، ولا مانع من القول بأن هناك عقدا له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ولكن ذلك لا يعني أنه عقد " غير مسمى " ، فاسمه معروف وهو " عقد الاستصناع " ولا يمنع أن يكون عقد الاستصناع هذا ، ليس مزيجا من " البيع والمقاول

(146) رسالة عقد الاستصناع لدافيد،ص4، وما بعدها.

(147) السنهوري، الوسيط في الحاشية، مرجع سابق، ج7، ص270.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثالث

منهجية البحث

أولاً: نوعية البحث

ثانياً: مصادر البيانات

ثالثاً: طريقة جمع البيانات

رابعاً: طريقة تحليل البيانات

خامساً: هيكل الدراسة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثالث:

منهجية البحث

1- نوع البحث

أ- المنهج المقارن :

نظراً لتوافق طبيعة هذه الدراسة مع المنهج المقارن فلذا سيعتمده الباحث المنهج الأساسي في هذا البحث، والمنهج المقارن مناسب مجال البحوث القانونية خصوصًا حيث تحتل المقارنة مكانة هامة حيث يساهم استخدامها لإعداد البحوث القانونية في بلورة وصياغة وتطوير ما يسمى اليوم "القانون المقارن" الذي هو ثمرة مجهود بدأ منذ القرن السابع عشر ميلادي وتواصل عبر البحوث العلمية الهادفة إلى التعرف على قوانين مختلف دول العالم بهدف محاولة التقريب بينها وإثرائها من بعضها البعض [148].

ويمكن تعريف المنهج المقارن بأنه "هو ذلك المنهج الذي يعتمد على المقارنة في دراسة الظاهرة حيث يبرز أوجه الشبه والاختلاف فيما بين ظاهرتين أو أكثر، أو هي عملية عقلية تتم بتحديد أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين حادثتين اجتماعيتين أو اقتصاديتين، أو أكثر تستطيع من خلالها الحصول على معارف أدق نميز بها موضوع الدراسة أو الحادثة في مجال المقارنة والتصنيف وهذه الحادثة يمكن أن تكون كيفية قابلة للتحليل أو كمية لتحويلها الى كم قابل للحساب وتكمن أهميتها في تمييز موضوع البحث عن الموضوعات الأخرى وهنا تبدأ معرفتنا له.

وبشكل عام يمكن القول إنه تشمل طريقة المقارنة على إجراء مقارنة بين ظاهرتين اجتماعيتين أو اقتصاديتين أو طبيعيتين، بقصد الوصول الى حكم معين يتعلق بوضع الظاهرة في

(148) القانون المقارن علم قانوني أسسه المفكر والفيلسوف الفرنسي (Montesquieu) في القرن 18 م بالتحديد سنة 1748م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المجتمع والحكم هنا مرتبط باستخدام عناصر التشابه أو التباين بين الظاهرتين المدروستين أو بين مراحل تطور ظاهرة ما.

وبالتالي فالمقارنة نوع من البحث يهدف الى تحديده أوجه التشابه والاختلاف بين ظاهرتين أو أكثر أو بالنسبة لظاهرة واحدة ولكن ضمن فترات زمنية مختلفة.

على الرغم من أن المنهج المقارن هو منهج مستقل بحد ذاته ولكن معظم الدراسات المقارنة لا يمكن أن تتم دون الاعتماد على مناهج أخرى مساندة مثل المنهج التحليلي حتى أن الكثير من الباحثين يقيمون دراساتهم على منهج يطلق عليه المنهج التحليل المقارن دلالة على اعتماد المقارنة على بيانات تحليلية ويمكن أن يعتمد على المنهج التاريخي للمقارنة أو المنهج التجريبي أن البعض ذهب الى أن المنهج المقارن "هو منهج شبه تجريبي يختبر كل من العناصر الثابتة والعناصر المتغيرة لظاهرة ما في أكثر من مجتمع أو أكثر من زمان"[149].

وحتى يؤتي المنهج المقارن ثماره في المجال القانوني، يلزم الباحث التحديد الدقيق لموضوع المقارنة، والقوانين التي ستتم المقارنة بينها.

كما يلزمه أن يكون على علم ومعرفة كافية بلغة تلك القوانين ، كما يجب أن يختار عدداً محدداً منها حتى تأتي المقارنة دقيقة وفعالة، وأن تكون المراجع المتعلقة بموضوع المقارنة متوافرة لدى الباحث، بشكل يمكنه من إجراء الدراسة المقارنة، ويستحسن أن يكون النموذج المقارن المختار أكثر تقدماً من النظام الأصلي وذلك لتعظيم الفائدة من الدراسة المقارنة [150].

وبعض الباحثين يذكرون المنهج المكتبي كنوع من أنواع المناهج العلمية ومن الخطأ أن يسمى منهجا قائما بذاته لان استخدام المكتبة أمر لازم وضروري مع كل منهج بحث فمراجعة الدراسات السابقة وتحديد الإطار النظري للبحث لا يتوقع أن يقوم بهما الباحث إلا من خلال

(149) د.جميل صليبا ، أساليب البحث العلمي ، الطبعة الثانية ، منشورات عويدات : بيروت ،لبنان ، سنة 1987، ص497.

(150) علي ضوى، منهجية البحث القانوني، منشورات مجمع الفاتح للجامعات، ليبيا، 1989، ص 41 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

استخدام المكتبة بغض النظر عن إي منهج يطبقه، سواء كان بحث تاريخي أو تجريبي أو حتى وصفي"[151].

ب- المنهج الاستقرائي

كما يستخدم الباحث المنهج الاستقرائي في هذه الدراسة الذي يهتم هذا المنهج باستقراء الأجزاء ليستدل منها على حقائق تعم على الكل، باعتبار أن ما يسري على الجزء يسري على الكل. فجوهر المنهج الاستقرائي هو الانتقال من الجزئيات إلى الكليات أو من الخاص إلى العام . والاستقراء هو الطريق نحو تكوين المفاهيم والوصول إلى التعميمات، عن طرق الملاحظة ودراسة الفروض والبراهين وإيجاد الأدلة[152].

والمنهج الاستقرائي معروف بهذا الاسم في مجال العلوم الاجتماعية كعلم الاقتصاد وعلم الاجتماع. وفي مجال العلوم القانونية يعبر عن المنهج الاستقرائي عادةً بالمنهج التأصيلي، ولعل أهم مجالاته ما يتعلق باستقراء اتجاهات أحكام القضاء في موضوع معين لبيان القاعدة التي تحكم الموضوع.

وعلى هذا فسيقوم الباحث بتبيان عقد الاستصناع (المقاولة) في الشريعة الإسلامية، وذلك عن طريق الاتيان بآراء الفقهاء الإسلاميين، مستدلاً بمشروعيته، والتكييف الفقهي عليه، بالإضافة إلى القانون المدني الليبي، وذلك بذكر المواد القانونية في أحكام المقاولة، والتحكيم.

---

(151) هند عبد العزيز ربيعة، منهج البحث الوصفي الوثائقي، قسم إدارة وتخطيط تربوي، جامعو محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، سنة 1443هـ، ص18، بتصرف.

(152) أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 م ، ص 35.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2- مصادر جمع البيانات

حيث تتعدد مصادر الحصول على البيانات في هذه الدراسة وسيعتمد الباحث على مصدرين اساسيين هما :-

أ- **المصادر الرئيسية للبيانات :-**

1-**الكتب الفقهية للفقهاء الاربعة وغيرهم** في مجال عقد الاستصناع، والمقاولة، وبعض الكتب في التحكيم واقضاء، لاتصالها بموضوع الدراسة من خلال المنازعات التي قد تطرأ على المتعاقدين، وكل ما له صل بالدراسة من هذه المصادر بحيث يتم جمع البيانات والمعلومات المودعة في بطون تلك المصادر.

2-**المراجع القانونية العامة والليبية في القانون المدني الليبي** خصوصاً في مجال هذه الدراسة وموضوعها وهو (عقد الاسصناع أو المقاولة، والتحكيم والقضاء في قانون المرافعات المدنية الليبي) ، من حيث التقصي في البيانات المتعلقة بهذا الموضوع من كل جوانبه من ناحية قانونية مقارنة.

ب- المصادر الثانوية للبيانات :-

وهي تشمل البيانات والمعلومات التي يتم الاستعانة بها من المراجع المساعدة في تجلية وتوضيح هذا البحث وجزئياته وعلى سبيل المثال يورد الباحث مجموعة من المراجع المبثوثة في المكتبات المختلفة ومن بينها مكتبة الجامعة الإسلامية الحكومية مالانج وغيرها من المكتبات الاخرى وكذلك ما هو موجود منها على شبكة المعلومات الدولية من كتب ورسائل ماجستير وبحوث ودراسات قانونية وفقهية وغيرها ومثال على ذلك :-

- كتاب هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، معيار رقم 11 عقد الاستصناع، سنة 2007.
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- ابو السعود ،المدخل الى القانون ، فرج ،توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية ،الدار الجامعية ،1993م
- الفضل، منذر ، النظرية العامة للالتزامات ، ج 1، ط3 ،عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1995
- معوض ، فؤاد محمد، دور القاضي في تعديل العقد، ط 1، دمنهور ، مصر، مطابع حلبي.

3–أداوت جمع البيانات

يستخدم الباحث في جمع المعلومات لكتابة هذا البحث الأدوات التالية :

أ–الوثائق :

طريقة جمع البيانات أو المنهج الذي يستخدمه في عملية جمع البيانات هي الطريقة الوثائقية ، وهي طريقة عملية لجمع الحقائق والمعلومات عن طريق الوثائق الموجودة في مكان معين من الكتب ، وهو منهج يتطلب تحديد مشكلة البحث ، وتجميع الحقائق والمعلومات المتعلقة بالبحث[153]، وطريقة الوثائق في هذا البحث تحتوي على الكتب التي بحث فيها عن تأثر ، وما يتعلق به مما له أثر في حل مشكلة هذا البحث وتتبع الوثائق التي لها صلة بموضوع العذر والجائحة والأثار المترتبة عليهما في عقدي البيع والإجارة ، وكل الاعتماد على الكتب القديمة والحديثة في مجالي الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي حتى نتمكن من دراسة هذا الموضوع دراسة فقهية ومقارنة .

ب– القراءة والتحليل :

وهذا ناتج عن الأول إذ أنه يظهر في كل مرحلة من مراحل البحث ، حتى يتمكن الباحث من الاطلاع والقراءة المعمقة والتدقيق لفهم الأقوال وإدراك معانيها لمعرفة المقصود منها، لكي يتمكن الباحث من الوصول إلى نتائج هذا البحث .

(153) عبد الرحمن بن عبد الله الواصل ، البحث العلمي ومناهجه ، ط:2 ، المملكة العربية السعودية ، سنة1999م ، ص25 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

4- أسلوب تحليل البيانات :

يقوم الباحث بجمع مصادر البيانات من بطون كتب علماء أهل الفقه في الشريعة الإسلامية ، والقانون الليبي في هذا البحث ، ثم يقوم بتحريرها ، وبناء على نوعية البيانات التي تحصل عليها الباحث بالأسلوب الوصفي ، حيث قام الباحث في عملية تحليل البيانات لهذا البحث بطريقة تحليل المضمون ، الذي تحصل عليها الباحث من بطون الكتب المتعلقة بموضوع البحث ، سواء كانت القديمة أو المعاصرة بوضوح ؛ لكي يسهل فهمها للقارئ .

ويتبع الباحث الخطوات التالية في عملية تحليل البيانات لهذه الدراسة :-

1-عرض البيانات المتعلقة بالدراسة

2-تصنيف البيانات حسب مقتضيات الدراسة ولغرض المقارنة

3-تحليل البيانات عن طريق عقد المقارنات لكل مسألة من مسائل الدراسة

4-مناقشة النتائج بعد عقد المقارنات للمسائل

5-التوصل الى النتائج من المقارنات لموضوع ومسائل هذه الدراسة

5- هيكل البحث

لقد رأي الباحث أن متطلبات الدراسة العلمية عموما وحسب المنهج المطبق في هذه الدراسة سواء المقارن أو الاستنباطي خصوصا أن نتبع في معالجة الموضوع محل الدراسة للهيكل البحثي على النحو الاتي :-

الفصل الأول : الاطار العام والدراسات السابقة :-

ويحتوي على هذا الفصل على :- المقدمة- مشكلة البحث - اسئلة البحث - اهداف البحث - اهمية البحث - حدود البحث - مصطلحات البحث - الدراسات السابقة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثاني : الاطار النظري

ويحتوي على ثلاث مباحث وهي المبحث الأول: مفهوم النزاعات العقدية وما يتعلق بها من أحكام، المبحث الثاني: مفهوم الاستصناع وحكمه، المبحث الثالث: تكييف عقد الاستصناع في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي، ويحتوي كل مبحث من المباحث السابقة على مطالب وتحتوي المطالب على فروع ونقاط.

الفصل الثالث : منهجية البحث:-

وهو يحتوي على نوع البحث ويستخدم الباحث المنهج المقارن للمقارنة بين التشريعين الإسلامي السماوي في موضوع العذر والجائحة والمدني الوضعي القانون المدني الليبي. كما يحتوي الفصل على مصادر جمع البيانات وأدوات جمع البيانات وأسلوب تحليل البيانات وأخيرا هيكل البحث .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الرابع

عرض البيانات

المبحث الأول: ضوابط عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي

المبحث الثاني: أسباب النزاعات في عقد الاستصناع في ليبيا

المبحث الثالث: الحلول الفقهية والقانونية للنزاعات التي تحصل في عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الأول: ضوابط عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي

المطلب الأول: خصائص وأركان وشروط عقد الاستصناع

أولا: خصائص عقد التمويل بالاستصناع

1 – يتشابه الاستصناع والبيع في كونهما مبادلة سلعة بثمن ويختلفان في عدم تعيين المبيع لكونه في ذمة البائع.

2 – يشبه الاستصناع الإجارة في أن العمل مشروط بالعقد ويزيد الاستصناع في أن مواد التصنيع من الصانع.

3 – يتشابه الاستصناع والسلم في كونه بيعاً لمبيع غير معين في ذمة البائع، ويختلفان في أن السلعة في الاستصناع مصنوعة، وفي السلم كل أنواع السلع.

4– لا يتغير الثمن بزيادة مشروطة في العقد طبقاً لتغير أسعار المواد أو الأجور في السوق وذلك لجهالة الثمن ولكن يجوز أن يتغير الثمن بإدخال تعديلات علي المصنوع حسب اتفاق الطرفين .

5– يجوز للصانع طلب ضمانات من المستصنع مقابل الثمن أو الجزء المؤجل منه[154] .

ثانياً: أركان عقد التمويل بالإستصناع

أركان الاستصناع عند الجمهور ستة وهي

الصانع: هو البائع الذي يلتزم في عقد الاستصناع بتقديم المصنوع للعميل عند حلول الأجل سواء باشر الصنع بنفسه أو عن طريق صانع آخر.

المستصنع: وهو طالب أو مشتري السلعة والملتزم بموجب العقد بقبول المصنوع إذا جاء مطابقاً للمواصفات.

(154) طارق الطيرة، صيغة التمويل بالاستصناع، مقال في الانترنت http://tamweal.blogspot.co.id/2013/11/blog-post.html

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

محل العقد: وهي هو كل ما يتم صناعته في عقد الاستصناع ويمكن أن يكون أصلاً رأسمالياً أو مبان أو آلات أو أجهزة أو سلعاً استهلاكية أو إنتاجية أو تصميم برامج الحاسب الآلي، وما ماثل ذلك.

الثمن: وهو الثمن المتفق عليه بين الصانع والمستصنع كثمن للسلعة المصنعة.

الإيجاب: يصدر من طالب الصنعة أو مشتري السلعة ويطلق عليه { المستصنع } .

القبول : يصدر من الجهة الممولة ويطلق عليه { الصانع }[155] .

وقد اختلف فقهاء الأحناف في محل العقد، هل هو العين أو العمل ؟ على قولين : القول الأول : أن المعقود عليه هو العمل ، وبه قال بعض الأحناف . القول الثاني : أن المعقود عليه هو العين المصنوعة ، وبه قال جمهور الأحناف.

ويرى الباحث أن المرجح هو القول بأن المعقود عليه هو العين ، ويكون العمل تابعاً ، وتتضح ثمرة الخلاف فيما لو استصنع رجل آخر شيئاً ، فجاء به وقد صنعه شخص آخر وفق ما يريد المستصنع فإنه على القول الراجح يجبر المشتري على أخذها ، وتبرأ ذمة الصانع حتى ولو لم يخبره بصانعها ، ولا يكون للمشتري الخيار في الرد ، على أنه لا بد أن يكون الصانع الآخر مجيداً للصنعة متقناً لها كالأول أو مقارباً له ، هذا إذا لم يشترط المستصنع أن يكون الصانع هو من يقوم بصنعها ؛ لتميزه – مثلا – ودقة صنعته ، فهنا يكون الشرط صحيحاً ويلتزم به الصانع ، أو تدل قرينة على أن ذلك الصانع مقصود كارتفاع سعر صناعته عن بقية الصناع حوله ، لكن لا بد أن يُعلم أن العمل له تبعيته في العين ، بمعنى أنه لو اتفق مع شخص على أن يصنع عيناً بأوصاف معينة ، فجاءه بسلعة تباع في السوق ، فإن للمستصنع الخيار لعدم وجود عمل بعد الاتفاق ، بل العمل كان قبلُ ، وذلك لأن السعر يختلف اختلافاً واضحاً بين سلع السوق والسلع التي تطلب استصناعاً ، كما أن المعروف أن الصانع يأتيه بسلعة صّنعت بعد الاتفاق ، ومعلومٌ أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

(155) سعد السبر، الاستصناع (المقاولات)، بحث علمي في فقه المقارن مستوى أول معهد العالي للقضاء، سنة 1429هـ، ص7.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثالثا: شروط عقد التمويل بالإستصناع :

يشترط لعقد الاستصناع شروط خاصة – إضافة إلى شروط البيع – ، هي :

1. أن يكون المصنوع معلوماً : بتحديد مواصفات الشيء المطلوب صناعته تحديداً وافياً يمنع التنازع عند التسليم
2. أن يكون المصنوع مما تدخله الصناعة ، فلا يصح في البقول والحبوب ونحو ذلك.
3. أن يكون الشيء المصنوع مما يجري التعامل فيه ؛ لأن الاستصناع جائز استحساناً، فلا يصح فيما لا تعامل فيه كل المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع ، فإذا كانت من المستصنع فإنه يكون عقد إجارة وليس عقد استصناع.
4. بيان الثمن جنساً وعدداً بما يمنع التنازع ، فالجنس : كالدينار الليبي أو الدولار الامريكي، والعدد : كالألف والمليون .
5. بيان مكان تسليم المبيع إذا احتيج إلى ذلك .
6. ألا يكون فيه أجل ، وفي هذا الشرط خلاف يحتاج إلى تفصيل وتوضيح[156] .

اشتراط الأجل في عقد التمويل بالاستصناع

إذا كان عقد الاستصناع مطلقاً من غير تحديد مدة معينة، فهو صحيح بلا خلاف.

إذا كان الأجل المضروب أقل من شهر – أي لم يبلغ المدة التي يصح بها السلم عند الأحناف – فهو عقد استصناع بلا خلاف ؛ لأن ذكر الأجل هنا للاستعجال لا للاستمهال.

إذا كان الأجل المضروب شهراً أو أكثر، ففيه الخلاف، هل يصير سلماً أم يبقى استصناعاً؟ اختلف الأحناف في هذا على أقوال، أبرزها قولان:

القول الأول : أنه يشترط ألا يكون في الاستصناع أجل ؛ فإن ضرب له أجل صار سلماً ، وهو قول أبي حنيفة .

(156) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، بيروت: دار الفكر، سنة 1985م، ص633.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

القول الثاني: أن عدم ضرب الأجل ليس بشرط، فيصح الاستصناع سواء ضرب فيه الأجل أو لم يضرب، وهو قول الصاحبين: أبي يوسف ومحمد بن الحسن[157] .

ويرى الباحث أن المرجح هو القول الثاني لقوة أدلته وتوجهها ، لكن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قرر اشتراط تحديد الأجل فيه قطعاً للنزاع والخصومة ، وما قرره المجمع أوجه ؛ إذ إن من مقاصد الشريعة في المعاملات قطع المنازعات ، ولذلك يشترط الفقهاء في كل عقد شروطاً لقطع النزاع بين الطرفين ، بل إنهم في عقد الاستصناع نفسه قد اشترطوا شروطاً لذلك : كتحديد العين المصنوعة بما تنضبط به ، وهذا لا يقل أهمية عن تحديد الأجل، فإن المستصنع كما أنه يحتاج إلى أوصاف معينة في العين المصنوعة ، فهو محتاج إلى أن تكون تحت يده في أقرب وقت ، وفي عدم تحديد الأجل تأخير له ومماطلة ، كما أن في تحديد الأجل حض للصانع على سرعة إنهاء عمله ، فكان تحديد الأجل أمر مهم ، إضافة إلى أن عادة الناس قد اختلفت في ذلك فأصبح الناس يحددون الأجل عند التعاقد ، خاصة وأن الأمور تيسرت عما كان سابقاً ، فأصبحت الأدوات متوفرة في كل مكان وتوفيرها أصبح أكثر سهولة ويسرا ، لكنه قد يعفى عن التقدم أو التأخر اليسير الذي لا يضر بالطرفين[158] .

المزايا التي يمكن منحها للمتعامل بعقد التمويل بالإستصناع:

تمنح للعميل بعض المزايا لجذب أكبر عدد ممكن من المتعاملين بعقود الإستصناع وكذلك لظروف المنافسة التي تواجهها المصارف الإسلامية في الوقت الحاضر، ومنها :

{1}- أن تقسط الثمن بأقساط مريحة وعلي فترة جيدة حسب نوع الإستصناع .

{2}- أن تعطي فترة سماح إن أمكن في حالة أن المتعامل مع المصرف قرر التسديد قبل إنتهاء مدة العقد .

(157) أبو زيد، بحث في عقد الاستصناع، المكتبة الشاملة، ص19،

(158) أبوزيد، الاستصناع، المرجع السابق، ص21.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

{3}- أن يراعي أن تكون الدفعة المقدمة ميسرة نوعاً ما ، مع سهولة وسرعة الإجراءات .

{4}- أن تقدم الاستشارات الهندسية للمتعامل ما أمكن ذلك .

{5}- صيغ الاستثمار الإسلامية تساهم مساهمة فعالة في منح حياة اجتماعية كريمة للمجتمع المسلم[159] .

المطلب الثاني: صفات وآثار وتطبيقات ومخاطر عقد الاستصناع

أولاً: الصفات المتعلقة بعقد التمويل بالإستصناع:

يمكن أن يمول المصرف صنع كل سلعة مباحة تنضبط بالوصف في الذمة عن طريق عقد الاستصناع، ويجوز أن يتضمن عقد الاستصناع خدمات التركيب أو التدريب على تشغيل الأصل أو صيانته أو أي خدمات أخرى مرتبطة بالمصنوع.

يكون عقد الاستصناع المصرفي ملزماً لطرفيه بمجرد توقيعه، ويجب أن يكون الثمن محدداً جنساً {كالدينار الليبي أو الدولار الامريكي}وعدداً {كالألف والمليون} للطرفين ، ويجوز أن يكون الثمن في عقد الاستصناع المصرفي نقداً حاضراً يدفعه العميل عند التعاقد أو عند الاستلام ديناً مؤجلاً يدفعه المستصنع دفعة واحدة أو على أقساط حسب الاتفاق .

إذا ثبت مبلغ الاستصناع ديناً في ذمة المستصنع فلا يجوز أن يتغير إلا إذا تغيرت المواصفات بالاتفاق مع العميل بما يمنع التنازع.

كل المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من عند الصانع فهي مسؤوليته ولا يجوز أن يساهم المستصنع في توفير تلك المواد أو بعضها منها، فإذا كانت من المستصنع فإنه يكون عقد إجارة لا عقد استصناع[160] .

---

(159) عبد الكريم عمر الشيباني، أحد صيغ التمويل الإسلامي المعاصر عقد الاستصناع، ليبيا: مصرف الجمهورية، ص11.

(160) شوقي أحمد دنيا، الجعالة والاستصناع، البنك الإسلامي للتنمية- المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ص31.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانياً: الآثار المترتبة علي عقد التمويل بالاستصناع:

بالنسبة للصانع: فيثبت للصانع ملك الثمن؛ نظرا للزوم العقد، ويستحقه كاملاً إذا قدم العين المصنوعة كما طُلب منه.

بالنسبة للمستصنع : فيثبت للمستصنع ملك المبيع في ذمة المستصنع إن جاء به كما طلبه منه بقول الكاساني : " وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم "[161].

انتهاء عقد التمويل بالإستصناع

من المعلوم أن جميع العقود والبيوع تبدأ بالتعاقد ، ويختلف انتهاؤها ، فبم ينتهي عقد الاستصناع فيستحق الصانع الثمن ، ويستحق المستصنع المبيع ؟ وينتهي عقد الاستصناع بما يلي :

وفاء كل من المتعاقدين بالالتزامات التي أوجبها العقد :

فالصانع: يسلم المطلوب منه مطابقاً للمواصفات المتفق عليها مع المستصنع ويتقاضي ثمن صنعته .

والمستصنع: يستلم ماطلبه من الصانع مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد مع الصانع وتصبح ملكه إقالة أحد المتعاقدين للآخر[162] .

موت أحد المتعاقدين، وقالوا بذلك: لشبه الاستصناع بالإجارة، حيث إن الاستصناع إجارة ما دام الصانع يعمل في العين ، فإذا سلمها فهو بيع ، لكنه سبق بيان أن الاستصناع بيع من بدايته إلى نهايته ، فعلى هذا لا ينفسخ عقد الاستصناع بموت أحد المتعاقدين ، ويلزم ورثة الصانع بتسليم المبيع ، ويلزم ورثة المستصنع بقبولها ، على أن انفساخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين محل خلاف بين العلماء ، والراجح هو عدم انفساخها بذلك[163].

---

(161) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت: دار الكتاب العربي، سنة 1982، ج5، ص3.

(162) أبوزيد، الاستصناع، المرجع السابق، ص25.

(163) المغني" لابن قدامة : ج : 5 ، ص : 301 ، و"الإنصاف" للمرداوي : ج : 6 ، ص : 61 ،و "حاشية الروض المربع" لعبد الله الطيار ، ج :

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثالثاً: تطبيقات عقد الاستصناع :

ويمكن استخدام البيع بالاستصناع في كل ما يصنع صنعا كما في الأمثلة التالية:

أ – يمكن أن تشتري الشركة بطريق الاستصناع سلعا وبضائع منضبطة بالوصف المزيل للجهالة من الأشياء القيمية كسفينة أو سجاجيد لفرش مسجد أو قصر ذات مواصفات خاصة ليس لها أمثال في السوق إلى أجل معين وتدفع ثمنها نقدا عند توقيع العقد أو مؤجلا أو مقسطا وتبيع بعقد آخر سلعا وبضائع تتعهد بصنعها بنفس المواصفات في السلع التي اشترتها استصناعا وإلى أجل بعد الأجل الأول الذي ستتسلم فيه ما استصنعته على أن يدفع المشتري من الشركة الثمن لها كذلك نقدا أو مؤجلا أو مقسطا وللشركة في كلا العقدين (حيث تكون بائعة أو مشترية) أن تأخذ وتعطي الضمانات التي تراها كافية .

ب – وكذلك تستطيع الشركة أن تشتري وتبيع بالطريقة الآنفة الشرح نفسها سلعا وبضائع من الأشياء المثلية التي يكثر أمثالها في السوق ويحل بعض أفرادها محل بعض في الوفاء كالكراسي والأدوات ذات المواصفات العالمية الموحدة (ستاندرد) وكذا التي ليست عالمية ولكنها يصنع منها كميات كبيرة للاستعمال أو للاستهلاك بمواصفات واحدة موجودة في الأسواق كالمنسوجات المتجانسة والأواني النموذجية والرقائق المعدنية من حديد أو ألومنيوم أو سواهما إلى غير ذلك من الأموال والأشياء المثلية التي لا تحصى .

فكل هذه الأنواع تستطيع الشركة أن تدخل فيه بعقد استصناع بصفة (بائعة) مع من يريد شراء كميات كبيرة منه وتعقد عقد استصناع بصفة (مشترية) مع جهة أخرى لتصنع لها المقادير التي التزمت بها في العقد الأول وبالمواصفات نفسها وفى كلا الحالين لها أن تتفق مع الطرف الآخر (البائع الصانع أو المشترى المستصنع) على أن يكون الثمن معجلا أو مؤجلا أو منجما، وتجعل وقت تسليم المصنوعات في حالة كونها مشترية قبل موعد التسليم في العقد الذي هي فيه بائعة على أنه في كل الحالات يجب أن لا تتم الإجراءات والعقود بصورة تجعل

---

7 ، ص : 127 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

العملية حيلة على التمويل الربوي وغنى عن البيان أن ما اشترته الشركة بعقد استصناع أو سلم يجوز لها بعد أن تستلم البضاعة أن تبيعه بيعا عاديا بثمن نقدي أو مقسط أو مؤجل بأجل واحد[164].

رابعاً: مخاطر الاستثمار بصفة عامة :

بما أن الاستثمار يعني المستقبل فإن متخذ القرار الاستثماري يعمل دائماً في ظل عدم التأكد التام، ولو كان خلافاً لذلك لم كان هناك خسائر أبداً ولا أصبح اتخاذ القرار الاستثماري لا معنى له، وفقد مضمونه كون القرار يكون في حالة الاحتمالية.

غير أن واقع الحال يقر ببداهة عدم المعرفة التامة وصعوبة تحديد عائد الاستثمار بدقة والذي يكون على وجهين.

الأول توقع موضوعي: الذي يتوفر فيه لمتخذ القرار الاستثماري معلومات تاريخية "سلسلة زمنية: تبين له سير الاستثمار خلال فترة زمنية وتساعده في وضع احتمالات متعددة "أو توزيع احتمالي" وذلك في المستقبل.

الثاني التوقع الشخصي: وهو في المجالات الاستثمارية الجديدة وبالتالي يجتهد متخذ القرار بالقياس وهذا له مخاطر غير متوقعة أحياناً.

وفي كلتا الحالتين فإن ابتعاد التوقعات عن الواقع يعني وجود خسارة، وظهور مخاطر تعتمد على درجة دراية وخبرة وفنية متخذ القرار، وبذلك يمكن أن يكون مفهوم المخاطر Risk بأنها المدى أو التشتت النسبي لتقلب العائد عن معدل العائد الذي سيتم الحصول عليه مستقبلاً، وهذا المفهوم يشير أن هناك فرق بين المخاطر وعدم التأكد[165].

---

(164) حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، قطر: جامعة حمد بن خليفة، ص40-41.

(165) حنفي عبد الغفار، بورصة الأوراق المالية (أسهم – سندات- وثائق استثمار- خيارات)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص 197.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مخاطر عقد التمويل بالاستصناع

المصرف عندما يكون هو الصانع فإنه يقوم بالبيع بالتقسيط عند الانتهاء من العمل وتسليم ما تم صنعه، والمخاطر هنا هي مخاطر الثمن في البيع بالتقسيط ، ولكن توجد مخاطر لا يستطيع المصرف أن يتحملها، ذلك إذا كان الاستصناع في المباني، فإن من يقوم بالبناء يكون ضامناً للمبنى مدة قد تزيد عن عشر سنوات، ولذلك لم يقبل المصرف الاستثمار في هذا المجال ما دام هذا الضمان موجوداً ، وبحمد الله تعالى أمكن التغلب على هذه العقبة، حيث إن الاستصناع الموازي فيه هذا الضمان أيضاً، فأضيف في العقد أن شركة المقاولات -أي الصانع للمصرف- تضمن المبنى للمصرف أو لمن يحدده المصرف، وفي العقد الآخر يذكر أن عميل المصرف -أي المستصنع- يقبل قبولاً غير قابل للنقض أو الإلغاء ضمان المصرف للمشروع، أو أي طرف آخر يقبل هذا الضمان، وعند التعاقد بعد الانتهاء من المشروع يتم نقل هذا الضمان، بحيث يكون الإلزام والالتزام بين العميل وشركة المقاولات، وتنتهي مسؤولية المصرف عن جميع العيوب الظاهرة والخفية ، وتبقى المخاطرة عندما يكون المصرف هو المستصنع ولمواجهتها، ومنعها أو التقليل من آثارها ، وضعت الشروط التالية[166] :

- يلتزم المقاول بتقديم كفالة مصرفية غير مشروطة لتنفيذ العمل.

المطلوب بموجب بنود الشروط العامة للعقد، وتحدد مدة كافية لصلاحية الكفالة.

ويقوم أيضاً بالتأمين على الموقع والمشروع ضد جميع الأخطار.

مع النص على غرامات التأخير في حالة تأخر المقاول عن إتمام تنفيذ وتسليم المشروع في الموعد المحدد فإنه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير، ما لم تكن هناك أسباب قهرية خارجة عن الإرادة.

(166) أبوزيد، الاستصناع، المرجع السابق، ص28.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وجواز هذه الغرامات لأنها ليست مرتبطة بدين، ومقدرة بقدر إزالة الضرر، وقد يكون من غير الجائز تحديد الغرامة بمبلغ لا يرتبط بالضرر الفعلي، وذكر من قبل موضوع الضمان والمسؤولية عن العيوب الظاهرة والخفية، وبهذا كله أمكن التقليل من مخاطر الاستصناع بما يبقى فرصة كبيرة للربح دون الخسارة.

مخاطر الصرف: للصرف ضوابطه الشرعية المعروفة، والبنوك الربوية لا تلتزم بها، حيث يمكن أن تضارب في البورصة، وتشتري وتبيع بالأجل.

والمشكلة التي صادفت المؤسسات الإسلامية هي مخاطر تغير أسعار الصرف، فقد تكون المؤسسة تتعامل بعملة معينة كالدولار مثلاً، وتدخل في استثمارات بعملة أخرى، كالاستثمار في دولة عملتها غير الدولار، أو الشراء أو البيع مع الأجل.

فإذا فرضنا أن المؤسسة اشترت سيارات من اليابان، والثمن يدفع بعد شهرين بالين الياباني، تريد أن تعرف الثمن بالدولار، حيث تخشى مخاطر تقلب سعر الصرف، البنوك الربوية تقوم في الحال بتثبيت السعر، وذلك بالاتفاق مع من يقبل المخاطرة، فيسلم الينّ في وقتها بسعر صرف الدولار في الحال، فإن ارتفع سعر الينّ خسر، وإن انخفض ربح، وقد تشتري الين في وقت شراء السيارات، وتودعه بفائدة ربوية مدة الآجل، ومعلوم أن أي تأجيل في الصرف، يعتبر من الربا المحرم، ولذلك فالمؤسسات الإسلامية لا تستطيع أن تسلك هذا المسلك،، ولا أن تودع بفائدة ربوية، ومثل الشراء كذلك البيع، فإذا باعت بالأجل بعملة غير الدولار، فهي تعرف ربحها الآن تبعاً لسعر الدولار، ولكن عندما تتسلم العملة في الأجل المحدد قد لا تربح وقد تخسر، إذا تغير سعر الصرف تغيراً كبيراً، كما أنه قد يزداد ربحها إذا كان تغير السعر لصالحها ، وقد لا يكون الأمر متصلاً بالبيع والشراء، وإنما بأي نوع آخر من أنواع الالتزام الآجل، والتزامها لغيرها أو التزام غيرها لها ، وإذا كانت المؤسسة الإسلامية لا تتعامل بالربا، سواء أكان في الصرف أم في غيره فكيف تتصرف لتجنب هذه المخاطر؟

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وكان أقرب حل لها هو عن طريق البيع والشراء، فإذا كان المصرف ملتزماً بدفع مليون جنيه استرليني في تاريخ معين، فإنه يستطيع أن يشتري بثمن حال سلعة تباع بمليون جنيه استرليني إلى أجل لا يتأخر عن موعد التزامه بالمبلغ المذكور، وفي الموعد يتسلم المبلغ من المشتري ثم يسلمه للدائن. وقد يقل المبلغ قليلاً عن المليون، أو يزيد قليلاً، ولا مخاطرة في ذلك، أما إذا كان المبلغ مثل الدين الذي التزمه به المصرف، فيمكن من البداية أن يقوم بحوالة الدين ، هذا إذا كان المبلغ المذكور ديناً على المصرف، أما إذا كان المبلغ ديناً للمصرف على غيره، ويخشى عند تسلمه في الموعد مخاطرة الصرف، حيث سيقوم بصرف الاسترليني بالدولار الذي يتعامل به، وقد ينتج عنه خسارة كبيرة، فعندئذ الأمر مختلف ، والمخرج هو أن يشتري بالاسترليني شراءً آجلاً، والآجل لا يسبق موعد تسلم المصرف المليون، بل قد يتأخر عنه، حتى يتسنى للمصرف التسلم أولاً قبل موعد أدائه الثمن الآجل، وحينئذ لا يتعرض لمخاطر الصرف، حيث يتسلم الدين، ثم يسلم المبلغ نفسه للبائع الدائن ، ومن الواضح أن السلعة التي اشتراها بالاسترليني يستطيع أن يبيعها بالدولار، بيعاً حالاً أو آجلاً، أو بعملة مرتبطة بالدولار كالدينار الليبي[167].

(167) عبد الكريم عمر الشيباني، أحد صيغ التمويل الإسلامي المعاصر عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص20.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثاني: أسباب النزاعات في عقد الاستصناع في ليبيا

تمهيد:

لمعرفة أسباب النزاعات العقدية في عقد الاستصناع (المقاولة) في ليبيا، يجب أولاً أن نقوم بعرض بعض القضايا العقدية لمعرفة أسباب النزاعات التي نشأت بها، سواء كانت قضايا مدنية في المحاكم، أو كانت قضايا تحكيمية، سواء كانت في ليبيا أو في بعض الدول العربية لتشابه القوانين المدنية بين البلدان العربية، فأسباب النزاعات تأتي عندما يتنصل كل من المتعاقدين عن مسؤوليته التقصيرية حول العمل المنوط به، فقد نصت مواد القانون المدني الليبي عن أحكام المسؤولية التقصيرية، والضمان المخوّل به المقاول والمهندس المعماري ورب العمل، وذلك في المواد 647 إلى المادة 666، ولتشعب هذه المواد ووردها على أكثر من حكم، رأى الباحث أن يستخلص هذه المواد في القضايا الآتي ذكرها: .

المطلب الأول: نماذج من القضايا القضائية والتحكيمية في عقود الاستصناع (المقاولة)

قضية رقم (1)

اتفق صاحب العمل (أ) مع المهندس (ب) على أن يقوم الأخير بتنفيذ أعمال هيكلة بناء وتشطيبه. نص العقد على اللجوء إلى التحكيم بشأن أي خلاف بين الفريقين. حسب أحكام القانون الليبي، فإن حقوق المهندس لا تسمع الدعوى بها (تتقادم) بعد انقضاء (5) سنوات من تاريخ استحقاقها، إذا لم تتم المطالبة بها خلال تلك المدة. وحسب هذا القانون أيضاً، فإن مدة التقادم العامة هي (15) سنة من تاريخ استحقاق الحق. تقدم المهندس (ب) بدعوى تحكيمية ضد صاحب العمل (أ) بعد انقضاء مدة الخمس سنوات، ولكن قبل انقضاء مدة الخمسة عشر سنة. أثار (أ) الدفع بالتقادم، إلا أن (ب) أنكر ذلك مدعياً أن مدة التقادم هي (15) سنة وليس (5) سنوات[168].

(168) القضية رقم 2005/3819، تاريخ 2006/2/27 / محكمة الاستئناف طرابلس.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إن النظر إلى القضية السابقة نرى أن التنازع الذي حصل بين صاحب العمل والمهندس، هو بسبب مدة التقادم التي طرأ على العقد، فالمهندس له صلاحيات في العقد، مثل إصدار التعليمات للمقاول، وتوضيح الأحكام الغامضة في العقد، واحتفاظه بالتصاميم الخاصة بالبناء، وإصدار تصاميم تكميلية للمقاول ؛ وموافقته على برنامج عمل المقاول، وطلبه تعديل هذا البرنامج، ومصادقته على ممثلي المقاول في الموقع وسحب هذه المصادقة في أي وقت، والحق بأن يطرد من الموقع أي شخص معين من المقاول، وطلب فحص المواد المستخدمة في تنفيذ الأعمال، وتفقدها في الموقع، ورفضها واستبدال غيرها بها، وفحص وقياس الأعمال المنفذة أو أي جزء منها، وطلب إخراج أي مواد من الموقع يرى أنها غير مطابقة للمواصفات، والطلب من المقاول وقف تنفيذ الأعمال لمدة مؤقتة، وإصدار شهادة تسلم الأعمال كلياً أو جزئياً، وإصدار الأوامر التغييرية للمقاول، وتقدير قيمة الأعمال المنفذة نتيجة ذلك، والمصادقة على دفعها، وعدم إخراج أي آلة من الموقع إلا بموافقته، والمصادقة على شهادات الدفع الشهرية والنهائية للمقاول، إلا أنه اشترط المهندس مع صاحب العمل في العقد على أن أي تنازع يحدث في العقد يجب أن يكون دون مدة التقادم، ألا وهي 5 سنوات، ولكن بعد انقضاء الخمس سنوات، رفع المهندس دعوى تحكيمية على صاحب العمل، بحجة أن هناك شرط عام في العقود وهو أن مدة التقادم فيها هي 15 عشر سنة، إلا أن صاحب العمل رفض ذلك، بحجة أن الشرط المنصوص هو 5 سنوات فقط، والمؤمنون عند شروطهم.

قضية رقم (2)

توجب المادة (67) من الشروط العامة لعقد الفيديك القديمة (طبعة 1988)، على أن الخلاف بين صاحب العمل والمقاول، يجب أولاً عرضه على المهندس المشرف / الاستشاري. وعلى المهندس أن يبدي رأيه خلال مدة معينة (84 يوم). فإذا أصدر المهندس رأيه خلال هذه المدة ولم يرتض به أحد الطرفين، يجب عندئذ محاولة تسوية الخلاف بالطرق الودية. فإذا

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

انقضت مدة معينة (56 يوم)، ولم يتوصل الطرفان إلى تسوية ودية، يجوز لأي منهما اللجوء للتحكيم. حصل الخلاف فطلب صاحب العمل إحالته إلى التحكيم، إلا أن المقاول اعترض على ذلك، بحجة أن الخلاف لم يعرض على المهندس الاستشاري قبل اللجوء إلى التحكيم، إلا أن صاحب العمل أنكر هذا الاعتراض. ومن حيث النتيجة تم تشكيل هيئة التحكيم التي أصدرت قراراً لصالح صاحب العمل. اعترض المقاول على القرار وطالب بإبطاله أمام المحكمة المختصة (الاستئناف مثلاً) التي صادقت عليه، مع العلم أنه لم يثر أمام تلك المحكمة الدفع المتعلق بالادعاء بعدم إحالة الخلاف أولاً للمهندس الاستشاري. طعن المقاول بقرار المحكمة أمام محكمة التمييز / النقض، وكان من وجهة نظره أنه كان يتوجب على محكمة الاستئناف التحقق فيما إذا أحيل الخلاف أولاً للمهندس أم لا[169].

قضية رقم (3)

نص عقد المقاولة بين صاحب العمل (أ) والمقاول (ب)، على إحالة أي خلاف بينهما حول العقد المذكور يحال إلى التحكيم أمام مهندس، إذا كان هذا الخلاف يتعلق بأي أمر من الأمور الفنية. أما إذا تعلق الخلاف بأي أمر آخر، فيحال للقضاء وليس للتحكيم. استحق لـ (ب) بعض المبالغ المالية في ذمة (أ) الذي رفض دفعها له. لجأ (ب) إلى القضاء للمطالبة بمستحقاته، إلا أن (أ) أثار الدفع بوجوب إحالة الخلاف إلى التحكيم لوجود شروط تحكيم في العقد. رد (ب) على هذا الدفع، بأن شرط التحكيم لا يشمل الخلاف المذكور لأنه لا يتعلق بأمر من الأمور الفنية[170].

في القضية السابقة كان للمقاول مبالغ مستحقة على صاحب العمل تتعلق بمبالغ مالية يطلبها المقاول من رب العمل، وقد اشترطوا سابقاً في العقد أنه إذا كان هناك تنازع فني في

(169) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2000/1902 تاريخ 2000/1/11

(170) الدعوى رقم 93/1053، تاريخ 1993/12/14محكمة الاستئناف طرابلس.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

العقد فسيتم إحالته إلى لجنة تحكيمية يرتضيها الطرفين، وكذلك بحضور المهندس المشرف على العمل، أما إن كان التنازع في أمر آخر، فسيتم اللجوء إلى القضاء، وعند التنازع المالي، قام المقاول برفع دعوى قضائية على رب العمل وذلك لاستحقاقات مالية يطلبها منه، إلا أن رب العمل تحجج بأن التنازع يجب أن يكون إلى لجنة تحكيمية وليس أمام القضاء، إلا أن المقاول تمسّك بما هو منصوص عليه في العقد، وهو أن أي تنازع في غير الأمور الفنية يجوز أن يتم رفعها أمام القضاء، وفي ذلك يكون المقاول له الحق في ذلك، وعلى صاحب العمل أن يقف أمام القضاء للوفاء بالالتزامات المستحقة عليه من المقاول.

قضية رقم (4)

تضمن عقد بين صاحب العمل (أ) والمهندس (ب)، نصاً على أن (ب) يستحق نصف أتعابه من (أ) عند البدء بتنفيذ المشروع، والنصف الآخر بعد الانتهاء منه وتسليم الأعمال. وعند البدء بالتنفيذ، دفع (أ) لـ (ب) جزءاً مما يستحقه الأخير، على أن يدفع له الباقي فيما بعد. وجاء في العقد أيضاً أن أي خلاف بين الفريقين حول تفسير العقد يحال إلى التحكيم. انتهى تنفيذ المشروع ولم يدفع (أ) لـ (ب) بقية أتعابه، وأنكر عليه ذلك مدعياً أن (ب) لا يستحقها لأنه لم يقم بالأعمال المطلوبة منه حسب العقد. أقام (ب) دعوى قضائية ضد (أ) يطالبه بالأتعاب، إلا أن (أ) أثار الدفع بوجوب إحالة الخلاف إلى التحكيم. رد (ب) على ذلك بأن هكذا خلاف، غير مشمول باتفاق التحكيم، مما يعني اختصاص القضاء بنظره[171].

قضية رقم (5)

تم إبرام عقد مقاولة بين صاحب العمل (أ) والمقاول (ب)، تضمن شرطاً بإحالة أي خلاف للمهندس الاستشاري لبيان رأيه فيه. فإذا أبدى رأيه وكان هذا الرأي غير مقبول لأي من الطرفين، يحق لذلك الطرف إحالة الخلاف إلى التحكيم. تم تنفيذ المشروع، وأبرم الطرفان

(171) الطعن رقم 9 لسنة 42 ق، تاريخ 1976/1/6 / محكمة النقض المصرية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

اتفاقية مخالصة نهائية، تتضمن وجوب دفع مبالغ شهرية من (أ) إلى (ب) وفق شروط معينة، علماً بأن اتفاقية المخالصة، لا تتضمن اتفاق أو شرط تحكيم. حصل خلاف بين الفريقين حول تنفيذ اتفاقية المخالصة. أقام (ب) دعوى قضائية ضد (أ) دون اللجوء للمهندس الاستشاري، مطالباً بالمبالغ المستحقة له، فأثار (أ) دفعين: **الأول**: كان يجب إحالة الخلاف إلى المهندس قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم. **الثاني**: أن شرط التحكيم في عقد المقاولة هو الواجب التطبيق، وبالتالي يجب إحالة الخلاف إلى التحكيم وليس القضاء[172].

قضية رقم (6)

اتفق صاحب عمل مع مقاول على تنفيذ مشروع معين. وجاء في العقد أنه في حال الخلاف بين الطرفين، يحال الخلاف إلى التحكيم أمام هيئة ثلاثية: يختار كل منهما محكماً عنه، ويتم تعيين المحكم الثالث من المحكمين الاثنين، وفي حال عدم اتفاقهما تعين نقابة المهندسين مهندساً ليكون هو المحكم (الثالث). حصل الخلاف، فعيّن كل منهما محكماً من جانبه، وقام المحكمان بتعيين محام كمحكم ثالث، واعترض صاحب العمل فوراً على هذا التعيين لسببين: **الأول**: أن تعيين المحكم الثالث كان يجب أن يتم من نقابة المهندسين. **الثاني**: وفي جميع الأحوال، يجب أن يكون هذا المحكم الثالث مهندساً. ومع ذلك اجتمعت هيئة التحكيم، ومن حيث النتيجة أصدرت حكمها لصالح المقاول. طعن صاحب العمل بالحكم أمام القضاء استناداً للسببين المشار إليهما[173].

(172) الطعن رقم 295 لسنة 93 تاريخ 1994/1/30 / محكمة تمييز دبي.

(173) لقضية بالطعن رقم 941 لسنة 71 ق، تاريخ 2003/3/25/ محكمة النقض المصرية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني: الأسباب العملية للنزاعات في عقد الاستصناع (المقاولة) في ليبيا

مما سبق يتبين لنا أن أسباب النزاعات تكمن في الآتي:

1. ملحقات العقد:

- العقد نفسه.
- مخططات الترخيص الصادرة من الوحدات الإدارية.
- المخططات والرسومات والخطط والجداول الزمنية
- المواصفات والمعايير.
- جداول الكميات وجداول الأسعار.

كل وثيقة من الوثائق السابقة تحل نزاعاً محتملاً وبالتالي فإن العناية بهذه الوثائق والتدقيق في محتوياتها ومطابقته سوف تقلل من احتمال حدوث النزاع.

2. الأعمال المعيبة:

العبارة تدل على نفسها فعندما يقوم المقاول أو المتعهد بتوقيع العقد فإن الأعمال القياسية التي تنص عليها العقد ووثائقه يجب أن تنفذ على أرض الواقع وبالطريقة التي يتوقعها المالك من حيث الجودة في العمل وتأدية الوظيفة المطلوبة ولضمان تنفيذها بالشكل الأمثل يمكن الرجوع إلى الكودات والمعايير الخاصة بذللك، والمنصوص عنها بدفتر الشروط، وسواه لان المالك له الحق التعاقدي باستلام هذه الأعمال بدقة، بحيث يحدد الكودات ودفاتر الشروط والمعايير الأخطاء المعيارية والانحرافات المسموح بها، والالتزام بهذه المعايير أثناء التنفيذ سيقلل فرص حصول النزاع[174].

3. الاختلاف والأعمال الإضافية:

يقصد بالاختلافات أو الأعمال الإضافية هي تلك الأعمال الضرورية غير المنصوص عليها في العقد الأصلي وسواء تم طلبها من قبل المالك لاعتبار ما أو من المتعهد حسب ظروف العمل في الموقع.

(174) منير محمود بدوي، مفهوم الصراع دراسة في الأصول النظرية، ص22.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فإن هذه الأعمال من الممكن ألا تشكل خلافاً مشروعاً فيما لو تمت مع الأخذ بعين الاعتبار السعر وزمن التنفيذ والمطالبة وتأثير زمن التنفيذ على زمن تسليم المشروع وخصوصاً أن القانون يعتبر أن المقاول يتحمل أعباء تأخير المشروع.

4. **التأخير وتحديد الزمن:**

قليلة جداً هي العقود الخاصة بالتشييد التي تبدأ وتنتهي في الوقت المتوقع والمنصوص عنه في العقد، والسبب في ذلك عوامل طبيعية في بعض الأحيان تعيق العمل أو تمنع الوصول إلى الموقع، إضافة إلى عوامل كامنة غير ظاهرة وكذلك الأعمال الإضافية.

ولتخفيض فرص حصول نزاع بين المنفذ والمالك، يقع على عاتق المنفذ مسؤولية اخطار المالك بزمن التأخير وأن يتأكد أن المالك قد أعلم به وقبله ضمن وثائق رسمية تضاف إلى وثائق المشروع.

5. **الظروف الكامنة (عقبات مخفية):**

الظروف الكامنة هي تلك العناصر التي لا تستطيع رؤيتها أثناء الفحص العادي لموقع العمل مصل اختلاف نوعية التربة، ووجود الصخور في بعض المواقع والمياه الجوفية إضافة إلى الأسيد مثلاً في الخزانات القديمة أو وجود الآثار ويجب اخطار المالك بذلك فوراً واستشارة الاختصاصيين بكل مجال من هذه المجالات والشيء الأساسي احتساب هذا الزمن بوثائق مكتوبة.

6. **التقصير في توثيق العمل على نحو كافٍ:**

المحكِّمون يعتبرون أن عدم التوثيق هو سبب رئيسي في نشوء نزاعات التشييد، وهنا يجب على المالك أو من يمثله منح مزيد من الوقت للتوثيق لإيصال فكرته الصحيحة إلى المنفّذ.

7. **الفشل في تقييم الوقائع:**

العديد من النزاعات تعود إلى الفشل في تقييم الوقائع، إن يومية الموقع الجيدة والتي

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

تحتوي على كامل المعلومات ذات الصلة هي مصدر ممتاز للوقائع وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بالنزاع.

فالبيانات المدونة بشكل يومي يجب أن تشمل جميع العاملين في الموقع من العمالة المباشرة إلى المقاولين الفرعيين بالإضافة إلى زوار الموقع، كبدء تلزيم العمل وتسجيل كامل التعليمات المتعلقة والأفعال المتخذة لتنفيذ هذه التعليمات، المواد الداخلة والخارجة من المشروع، وكذلك السيارات الداخلة والخارجة منه[175].

(175) أنس كيلاني، التحكيم واجراءاته، مركز الفارابي للتدقيق والتحكيم، دمشق، ص34.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث: الحلول الفقهية والقانونية للنزاعات التي تحصل في عقد الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي.

تمهيد

لقد عرف سابقاً ثنائية كوسيلة لحل النزاع حيث كانت تمارس هذه الثنائية من طرف أفراد محددين؛ لما لهم من خبرة وحكمة وسمعة طيبة لمواجهة المشاكل وحلها بطرق سلمية انطلاق من شهادة الشهود، والحياد والقياس والاستقلالية.

وقد تطورت هذه الوسائل لنجاعتها حتى أصبحت البديل في ظل القوانين الوضعية وخصوصا قانون الشغل لما يحويه من نزاعات ناتجة عن طبيعته وعدم موازنته بين أطراف العلاقة التعاقدية.

ونظرا لما تتسم به هذه الثنائية من تسوية للنزاعات والتصالح بين الأطراف المتنازعة، وما تلعبه قدر الإمكان من إبعاد الأطراف المتنازعة عن أنظار القضاء وجمود نصوصه وعن تكلفهم عناء البحث والتدقيق في ذلك، كان لا بد من دراسة هذا الشأن في إطار التشريع الليبي، فما هي الوساطة؟ وما هو التحكيم؟ وما مدى انعكاسهما على استمرار العلاقة الشغلية؟

فقد نص القانون المدني الليبي في مادته (739) في قانون المرافعات المدنية مانصه: " يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة"، وفي هذا النص السابق، رأى المشرع أن في كل نزاع عقدي يجوز للمتعاقدين أن يلجؤوا إلى التحكيم لفض النزاعات فيما بينهم.

ورأى الباحث أن مدار ما في الفقه الإسلامي والقانون الليبي من حلول فقهية في النزاعات العقدية تكمن في الوساطة والتحكيم، وعليه فسيقوم الباحث بتبيان دورهما وماهيتهما.

المطلب الأول: دور الوساطة ونجاعة التحكيم في الميدان الاجتماعي

تعتبر الوساطة والتحكيم وسائل بديلة لحل النزاعات كما أنها آلية لخدمة المقاولة وتنمية لعمل الاستثمار ومرونة في مساطر العلاج بين أطراف النزاع بعد عجز القوانين الحالية في حل

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المشاكل المتعلقة بالقطاعات التمويلية؛ فما دور الوساطة في النسيج الاجتماعي؟ (المطلب الأول) وما مدى تأثير التحكيم في التخفيف على العبء القضائي؟ (المطلب الثاني)

الفرع الأول: دور الوساطة في النسيج الاجتماعي

تعرف الوساطة بأنها "وسيلة اختيارية وودية وسرية لحل النزاعات؛ تتم عبر تدخل طرف ثالث محايد لحل النزاع يسمى الوسيط يتوفر على الحياد وعدم التمييز ومشروط بذلك قبوله الأطراف[176]".

من خلال هذا التعريف يمكن القول بملائمة الوساطة للواقع لما تمليه من اعتبارات مرتبطة في الأساس بقلة تكلفة هذه الآلية مقارنة بالدعوى القضائية وإلى جانب كون النسيج الاقتصادي يتشكل أساسا من مقاولات صغرى ومتوسطة تتميز بهشاشة بنيانها وضعف قدراتها المالية مما لا يمكنها من مواجهة التكاليف المرتفعة للنزاعات التي قد تنشب بينها وبين شركاتها والتي ينظر فيها القضاء الرسمي عادة أو الخاص "التحكيم" ولتفعيل دور الوساطة في المجال التشريعي نجد المشرع الليبي قد أولاها أهمية خاصة حينما أفرد لها وللتحكيم فصلا كاملا شملت عدد مواده 14 مادة (342-356)[177].

وبما أن الوساطة وسيلة غير رسمية، يمكن للأطراف المتنازعة من خلالها الاعتماد على حل معقول يراعي مصالحهم ويضمن إلى حد ما توازن حقوقهم خاصة بالنسبة للنزاعات التجارية ذات الأهمية، أو بالنسبة للنزاعات غير التجارية، كما أن مجال تطبيقها عادة يكون أوسع من مجال التحكيم لمراعاته خصوصيات النزاع وعدم المساس بعقد الشغل واستمرار نشاط المقاولة[178].

---

(176) عمر مشهور الجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، الأردن: جامعة اليرموك، ندوة علمية بتاريخ 28\12\2004م، ص5.

(177) القانون رقم 2004 – 017 صادر بتاريخ 6 يوليو 2004 المتضمن لمدونة الشغل الليبية.

(178) إدريس الكراوي، ونور الدين إفاية ، النخبة الاقتصادية المغربية ، دراسة حول الجيل الجديد من المقاولين ، منشورات جمعية البحث في التواصل ما بين الثقافات ، الطبعة الأولى ، ص: 19

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويتم عرض النزاع على لجنة الوساطة بعد عدم التوفيق الكلي أو الجزئي بين الأطراف أمام مفتش الشغل المعني في الإقليم طبقا للشروط المنصوص عليها، ولا يجوز عليها النظر إلا في نقاط النزاع المذكورة في المحضر القائم بالتوفيق والتي لا تزال موضع خلاف، وفي كل النقاط التي نتجت عن أحداث لاحقة لهذا المحضر كنتيجة للنزاع المنظور كما يجوز للجنة اللجوء من تلقاء نفسها في أي وقت إلى مساعي الخبراء أو أي شخص آخر مؤهل لتقديم معلومات أو إيضاحات حول الموضوع، وبالمقابل تلتزم اللجنة بالمحافظة على السر المهني، ولا يجوز أن تتعدى الوقت المسموح لها به لفض النزاع مع تحرير محضر بجميع العمليات التي قامت بها مفصلة فيها نقاط الخلاف ونقاط الاتفاق محيلة إياه في الأجل القانوني إلى لجنة التحكيم التي يبقى لها النظر فيه قانونيا.

فما مدى تأثير التحكيم على النقاط السابقة؟ وهل له من دور في تخفيف اكتظاظ ملفات النزاع المعروضة على أنظار القضاء؟ هذا ما سنتناوله في المطلب الموالي

الفرع الثاني: تأثير التحكيم على العبء القضائي

يتميز التحكيم بأنه قضاء خاص مصدره في الغالب الاتفاق لأنه ينشأ من حرية الأطراف ومن ثم تكون مهمة المحكم كمهمة القاضي والقرار الذي يصدر عن المحكم مثله القرار الصادر عن القاضي إلا أن الأول لا يعتبر قضاء عاما بل قضاء خاص.

ولأهمية التحكيم فقد اتجهت المعاهدات والاتفاقيات الدولية لتفعيله على المستوى الدولي، إذ وضعت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والوساطة والتوفيق والصلح لحسم النزاعات، يرجع إليها قبل اللجوء إلى التحكيم، كما فعلت باتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار إضافة إلى نظام المصالحة والتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية[179].

وتزداد أهمية التحكيم في قانون العلاقات الاقتصادية لما يوفره من سرعة للبت في المنازعات

---

[179] يوسف الزوجال ، التحكيم في القانون المغربي بين الماضي والحاضر والمستقبل ، مقال منشور في موقع العلوم القانونية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وسرية تامة تجعل الأطراف يطمئنون إليه لكونه يحافظ على أسرارهم الداخلية والمهنية كما يتميز التحكيم بالسرعة في البت بكفاءة وحنكة ودراية المحكمين في ميدان النزاع القائم، كما يعهد بإجراء التحكيم إلى حكم يختاره الأطراف باتفاق بينهم ضمن قائمة حكام تصدر بقرار من الوزير المكلف بالشغل، بعدها تشكل لجنة التحكيم التي ينبغي أن لا تنظر إلا في موضوعات النزاع الموضعة في محضر عدم التوفيق الكلي أو الجزئي أو التي نتجت عن أحداث لاحقة لهذا المحضر كأثر مباشر للنزاع كما أن من خصوصيات التحكيم أن الأطراف ليسوا ملزمين ذوات بحضورهم بل يجوز لهم أن يكونوا ممثلين أمام اللجنة المذكورة، ويتمتع مجلس التحكيم بنفس الصلاحيات التي تتمتع بها لجنة الوساطة في اللجوء في أي وقت إلى خبير أو من يستند عليه في الرأي بعد اتخاذ الإجراءات ببت المحكم في القضية، وبالتالي يبقى للأطراف حق الطعن فيه في الآجال المحددة قانونا علما أن القرار غير قابل للطعن بالاستئناف وقابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا حسب القانون الليبي[180].

وبناء على ما سبق يمكن القول بجدوائية التحكيم كمؤسسة تحاول التخفيف قدر الإمكان من وطأة وحدة النزعات اليومية التي تبقى متراكمة علي القضاء، إلا ان التساؤل يبقي مطروحا حول العوائق التى تحد عادة من اللجوء إليه رغم إيجابياته الواضحة؟ فما مدى جدية الحلول المقترحة في مواجهة ذلك؟ هذا ماستناوله في المبحث الموالي.

المطلب الثاني: العوائق والإيجابيات

إذا كان اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات أمر مألوفا فى إطار العلاقات التجارية والاستثمار الدوليين بالنسبة للأطراف لحاجتها إلى رؤوس الأموال والخبرة الفنية، إلأ أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للعلاقات الداخلية التى يحصل النزاع بشأنها لاعتمادهم على الوسائل البديلة، إلا أن هذه الأخيرة تبقى لها عوائق (المطلب الأول) كما أن لها إيجابيات (المطلب الثانى).

---

(180) . أنظر المادة 355 من مدونة الشغل الليبية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفرع الأول: عوائق الوساطة والتحكيم

هناك فرق جوهري بين التحكيم والوساطة، حيث أن هذه الأخيرة تهدف للتوصل لحل ودي بصيغة الاطراف بأنفسهم بفضل تدخل طرف ثالث محايد وهو الوسيط، على عكس المحكم الذي يفصل في النزاع بإصدار حكم يفرض على أطراف النزاع، وانطلاقا من تشخيص لمختلف الاختلالات التي تعاني منها العدالة بصفة عامة، والقضاء على وجه الخصوص (أي عدم الاستقلالية)، فإن تدخله سواء في مرحلة تفعيل هذه الوسائل أو في مرحلة التنفيذ يكون مطبوعا بالمعيقات التي تعترى هذا الجهاز غير الفعال مما يؤثر على السير العادي لهذه الوسائل[181].

والجدير بالذكر أن القضاء الفعال يلعب دورا إيجابيا في مختلف مراحل مسلسل الوسائل البديلة، إذ يتولى تذييل العقبات التي تعترض مسار هذه الآليات ويمارس رقابته التي تشكل صمام الأمان لحمايته.

إضافة إلى ذلك هناك جهل تام من قبل غالبية مسؤولي المقاولات بوجود هذا الثنائي (الوساطة والتحكيم) كوسيلة بديلة عن القضاء الرسمي، وفي هذا الصدد وإذا كانت ثقافة الخصومة متجذرة لدي أطراف النزاع، فإن المحامين مجهوداتهم تبقي ضعيفة ومحدودة في حث موكليهم للجوء إلى اعتماد الطرق البديلة لتسوية النزاعات[182]، وبالفعل فإن التوجه الغالب لدي المحامين هو عدم انخراطهم بكيفية شبه عامة في كل حل خارج الجهاز القضائي اعتقاد منهم أن ممارسة الوساطة والتحكيم من شأنه أن يؤدي إلي تراجع مهمتهم أو تراجع حجم مداخلهم، ويبدوا ان هذا التصور مجانب للصواب لأن ما يهدد مصالح المحامين ليس هو اعتماد الوسائل الودية بل عدم الكفاءات القانونية وعدم القدرة على مجابهة المنافسة.

وإذا كان هذا من أهم العوائق التى تقف أمام هذه الثنائية البديلة والمختصرة للوقت

---

(181) . إدريس الكراوي ونور الدين إيفاية، مرجع سابق، ص 93

(182) . إسماعيل بلعبد، مدي إمكانية تفعيل الوساطة في الواقع العربي، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال، ص 12 .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلوب، فهل من إيجابيات تضفى عليها الاستمرارية مستقبلا؟ ذلك ماسنتناوله في المطلب الموالى.

الفرع الثاني: إيجابيات الوساطة والتحكيم

إن اللجوء إلى الوساطة أمر اختياري، وبالتالي لا يمكن القيام بأي إجراء دون موافقة أطراف النزاع، كما يمكنهم في أي وقت الانسحاب من عملية الوساطة، كما أن التحكيم نظام يتسم بحل المنازعات خلال مدة معينة ومحددة سلفا يختار خلالها الأطراف الإجراءات التي يرتضون تطبيقها عليهم حتى يصدر حكما أو صلحا يلزمون به، لذا سنأخذ كل من إيجابيات الوساطة(1) وكل من إيجابيات التحكيم(2).

1 . ايجابيات الوساطة:

من بينها:

. الخصوصية، حيث تكفل الوساطة محافظة طرفي النزاع بينهم دون تفشييها

. محدودية التكاليف، أي ان التكاليف المالية أقل من كلفة التقاضي أو التحكيم

. تحقيق مكاسب مشروعة للأطراف

. المرونة لعدم وجود إجراءات وقواعد مرسومة ومحددة

. المحافظة علي العلاقات الودية بين أطراف النزاع

. استغلال الوقت والحصول على حلول سريعة

. تجاوز عقبات النزاع اثناء جلسات الوساطة

. توفير ملتقي للأطراف قبل بدء المحاكمة.[183]

. تنفيذ أتفاقية التسوية رضائيا عكس الحكم القضائي الذي يتم تنفيذه جبرا، وإذاكان هذا من اهم إيجابيات الوساطة فما هي أهم إيجابيات التحكيم.

2 . إيجابيات التحكيم:

---

[183] . دليل الوساطة، ماخوذ من الموقع الإلكتروني، WWW. SFCJ.programmes/ marocca/pdf

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

للتحكيم فوائد كثيرة منها على سبيل المثال:

. البعد عن إجراءات التقاضي المطولة التي قد تصل إلى سنوات لأنه مشروط بمدة معينة

. يخضع في جميع إجرائه إلى أتفاق الأطراف حتي اختيار المحكمين

. القضاء يمتنع عن نظر الدعوي إذا وجد مشارطة تحكيم، وبالتالي ضمان سرعة إنجاز الفصل في الدعوى عن طريقه[184].

. محاولة تجنب ضياع الوقت أمام أنظار القضاء

. قلة التكاليف والنفقات

. سرية المنازعات.

وتأتي أهمية أخري للتحكيم في كونه يساعد بشكل أساسي في انتعاش الحياة التجارية وتشجيع المستثمر على الدخول في استثمارات كبيرة وفي علاقة تجارية واسعة دون الخوف من مجرد ضياع الحقوق وإطالة أمد التقاضي.[185]

وإذا كان ما سبق من أهم مميزات وإيجابيات الوساطة والتحكيم كثنائية مرغوب في اللجوء إليها، فإن الصلح الذي يتمخض عنهما عادة يكتسي قوة الشيء المقضي به بين الاطراف، ويمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية، لهذه الغاية فإن رئيس المحكمة المختصة محليا للبت في موضوع النزاع هو المختص بإعطاء الصيغة التنفيذية.[186]

---

(184) . تركي المعمري، التحكيم التجاري في القانون العماني، مدونة المحامات للإستثمارات القانونية، الصفحة 139 .

(185) . تركي المعمري، مرجع سابق، ص 152 .

(186) . عبد السلام زوير، التحكيم التجاري في القانون المدني، مقال منشور في منتديات أستار تايمز.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الخلاصة

مما سبق يرى الباحث أن الوساطة والتحكيم تمر بمراحل لإنجاحها، وهي كما هي موضحة في الشاكل التالي[187]:

(187) الشكل من تصميم الباحث.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

من خلال الشكل السابق يرى البحث أن الغاية من توقيع عقد معين هو التوصل إلى نتائج جيدة، لا تبدو الأمور كذلك بشكل دائم فالنزاع بين أطراف العقد غالباً مايحدث، فعندما يكون الوصول إلى حل النزاع متعذراً، يكون الحل بمساعدة طرف ثالث، تعرف علمياً باسم التوسيط أو المصالحة أو التحكيم، وهذه العملية تتم بمراحل كما هو مذكور في الشكل السابق، تبدأ بترشيح الوسيط أو المحكم، وتنتهي بالاجتماع النهائي، ليتم التقرير على موافقة الأطراف المتنازعة أو الإقرار بفشل التوصل إلى حل بين الأطراف المتنازعة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الخامس

الخاتمة

مما سبق يرى الباحث أن أغلب عقود المقاولات تكون مصحوبة بالوثائق التي تبين أوصاف المعقود عليه من التصميم والمقايسة ودفتر الشروط، وهذا مما يضيق أسباب النزاع ويعين على الوفاء بالعقد ويدفع كلبس أو سوء تأويل، ويلتزم المقاول بإنجاز العمل المطلوب وتسليمه لصاحبه في الزمان والمكان المحددين حسب، الشروط المتفق عليها، كما يلتزم بضمان سلامة العمل وخلوه من العيوب وصلاحيته للانتفاع به بعد تسليمه لمدة يتفق عليها في العقد، ويلتزم صاحب العمل بتسلم العمل بعد إنجازه من قبل المقاول ودفع البدل المتفق عليه، وتنتهي المقاولة إما بتنفيذ مقتضى عقد المقاولة (إنجاز العمل وتسليمه)، أو بفسخ المقاولة عن طريق التراضي أو التقاضي أو استحالة التنفيذ أو موت المقاول إن كان مشروطاً في العقد أن يعمل بنفسه ، ولا يلزم المقاول بأي تعديل أو إضافة إلى العمل ما لم يوجد اتفاق جديد على البدل المستحق لهذه الإضافات أو التعديلات ، وكما يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً يلتزم من خلاله كل من أخل بالعقد التعويض عن الضرر المالي الفعلي وما لحق بالمضرور من خسارة حقيقية وما فاته من كسب مؤكد، ما لم يكن إخلاله بسبب خارج عن إرادته.

أولاً: النتائج:

1. **فيما يخص ضوابط عقد الاستصناع (المقاولة) عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي:**

- عقد الاستصناع لا يدخل تحت أي من العقود المسماة الأخرى المتعارف عليها، بل هو، عقد مستقل عقد له شخصيته المستقلة، وله أحكامه الخاصة.
- محل عقدالاستصناع. هو العين والعمل جميعا كما ذهب إليه صاحب المحيط البرهاني من الحنفية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- عقدالاستصناع يمثل المخرج الشرعي لتوفير السيولة النقدية للمصانع والحرفيين بديلا عما تقدمه البنوك الربوية من الإقراض الربوي المحرم الذي هو عماد الاوعية الإدخارية البنكية.
- إن عقدالاستصناع ملزم للعاقدين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.
- ضرب الأجل في عقدالاستصناع لايجعله سلما كما ذهب إليه الصاحبان لأن عقد ضرب الاجل فيه ضروري لاستقرار المعاملات ونفي الغرر والجهالة عن العقد.
- عقدالاستصناع لا ينتهي بالموت إذا لم يكن قد شرط فيه المستصنع على الصانع أن يعمل بيده، ويلزم ورثته أن يقيموا من الصناع من يتحقق به تنفيذ االعقد كما هو الشأن في العقود اللازمة كالإجارة وغيرها التي لا تنفسخ بموت أحد العاقدين.
- يجوز أن يتضمن عقدالاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.
- عقدالاستصناع يرفع الحرج عن الناس ولاسيما في صناعات العصر التي تكون بالملايين أو المليارات والتي لا يستطيعون فيها تقديم رأس المال في مجلس العقد كما أن تقديمه فيه من المخاطر الشيء الكثير الذي قد يجعل المستصنع في جهد ومشقة بحيث يخشى على ضياع ماله المدفوع من الإنكار والغش في المصنوع.

2. **النتائج الأتية فيما يخص أسباب النزاعات في عقد الاستصناع (المقاولة) في ليبيا:** أن سبب النزاعات التي قد تؤدي إلى النزاع العقدي في ليبيا، أن من أسبابها ملحقات العقد، والأعمال المعيبة، الاختلاف والأعمال الإضافية، التأخير وتحديد الزمن، الظروف الكامنة (عقبات مخفية)، التقصير في توثيق العمل على نحو كافٍ، الفشل في تقييم الوقائع.

3. **النتائج الأتية فيما يخص الحلول الفقهية والقانونية للنزاعات التي تحصل في عقد**

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الاستصناع عند الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي: إن نجاح الوسائل البديلة لحل المنازعات، رغم كل ما قيل في حقها ونظرا لحداثة التعامل بها ومعها، يبقى في الغالب الأعم رهينا بمدى الاستعداد الذي يمكن أن تبديه الأطراف المتنازعة في التفاوض والتصالح، وتسوية النزاع، وتنفيذ المقررات المتوصل إليها ومدى استيعابها لجدوى هذه العدالة اللينة، السريعة والفعالة والتي لا تتطلب شكليات مفرطة في الحصول على رضي الأطراف، وإنما المهم هو أن يكون هناك اتفاق على اللجوء لهذه الوسائل من طرف المتنازعين.

فرهان تطبيق هذه الطرق مقبول ونجاح التجربة رهبن بتوعية الفاعلين في الحقل القضائي والقانوني ، والمجتمع المدني والمشاركة الإيجابية للإعلام، وتوافق صيغتها مع التقاليد المحلية الخاصة، ومدى تفهم الجهة التشريعية لهذه الثورة القضائية الإيجابية والناجعة، التي تهدف للبحث عن مصالح الأطراف في أسرع وقت وبأقل تكلفة محافظة على الأسرار بذلك نرى أن ركوب قاطرة الوسائل البديلة لحل المنازعات، أصبح مطلبا، إنسانيا، اقتصاديا، واجتماعيا ملحا وممكنا، غايته تلافي تراكم الملفات بمحاكمنا إذا تكاتفت الجهود وتوافرت النوايا الحسنة.

ثانيا: التوصيات:

1. العمل على ترسيخ ثقافة اللجوء إلى هذه الطرق (الوساطة– التحكيم)، ويتعلق الأمر بهذه الحالة على المواطنين والقضاء على حد سواء.
2. إقامة الملتقيات والندوات على هذه الطرق على المستوى الوطني أم الدولي، لتبادل الخبرات والأخذ من تجارب الدول السابقة.
3. يرى الباحث أن هذا الموضوع كبير، ولم يسعفه الوقت لتتبع كافة مراجعه، فينصح زملائه أن يكملوا ما بدأه، وأن يرموا ما لم يأت به الباحث.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب العلمية والرسائل

ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي . المغني . بدون طبعة . مكتبة القاهره : القاهرة . سنة 1968م .

ابن منظور، لسان العرب . دار إحياء التراث العربي . بيروت . لبنان . الطبعة الثالثة . 1419هـ.

أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية. ط1. دار النهضة العربية. القاهرة. 1999 م .

أحمد فؤاد رسلان: نظرية الصراع الدولى " القاهرة : الهيئة المصرية العامة للكتاب . 1968.

أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي. العناية مع شرح الفتح القدير. الطبعة الأولى. القاهرة: بولاق. سنة1316هـ.

أنور السلطان. مصادر الالتزام في القانون المدني. دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005 م.

بهاء الدين العلايلي. النظرية العامة للعقود في القه الإسلامي والقانون. دار السواف ، 2005م. المجلد الأول.

توضيح الأحكام شرح بلوغ المرام لابن بسام . جزء : 4 . صفحة : 45 .

جميل صليبا . أساليب البحث العلمي . الطبعة الثانية . منشورات عويدات : بيروت ،لبنان ، سنة 1987.

حاشية الروض المربع،، تحقيق د. عبد الله الطيار، د. إبراهيم الغصن، د. خالد الشيقح، وخرج أحاديثه د. عبد الله الغصن. الرياض: دار الوطن، سنة 1416هـ.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

دافيد فرانسكوا. عقد الاستصناع. رسالة دكتوراه مطبوعة في باريس سنة1937م. مطبوعة على الآلة الكاتبة. القاهرة: مكتبة المعهد الفرنس.

درر الحكام شرح مجلة الأحكام . علي حيدر . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان. ج1.

الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر . مختار الصحاح . تحقيق : محمود خاطر . الطبعة الأولى . مكتبة لبنان ناشرون : بيروت . 1995م.

رسالة تخرج (بكالوريوس) قسم القانون التجاري الإسلامي. كلية الشريعة. مالانج: جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية. 2015.

سعود بن مسعد الثبيتي، الاستصناع : تعريفه-تكييفه-حكمه-شروطه أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، الطبعة الأولى، بيروت: دار ابن حزم، 1995.

شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسي. المبسوط. الطبعة الثانية. بيروت: دار المعرفة.

شوقي أحمد دنيا، الجعالة والاستصناع تحليل فقهي اقتصادي، السعودية: مكتبة ملك فهد.

الصديق محمد الأمين الضرير. نظرية الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. سنة1386هـ.

عبد الرازق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. القاهرة: مكتبة جرينرج. سنة1952.

عبد الرحمن بن عبد الله الواصل . البحث العلمي ومناهجه . ط:2 . المملكة العربية السعودية . سنة1999م .

عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد بن إبراهيم البسام، توضيح الأحكام في بلوغ المرام، الطبعة الخامسة، مكة المكرمة: مكتبة الأسدي، 2003.

عبد المنعم المشاط. ماهر خليفة : تحليل وحل الصراعات : الإطار النظرى" القاهرة : المركز القومى لدراسات الشرق الأوسط . يناير 1995.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

عبد الهادي الفضلي. خلاصة علم المنطق. تعريف التحليل: الانترنت.

عبد الوهاب البغدادي. الإشراف على مسائل الخلاف. القاهرة: الإدارة.

العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي . فتح الباري شرح صحيح البخاري . تحقيق محب الدين الخطيب . دون طبعة . دار المعرفة : بيروت . 1379هـ.

علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. القاهرة: مكتبة الإمام.

علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، سنة 1956.

علي بن محمد الجرجاني . التعريفات . الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية بيروت : لبنان . سنة 1983م.

علي ضوى. منهجية البحث القانوني. منشورات مجمع الفاتح للجامعات. ليبيا. 1989.

الفيروز آبادي . القاموس المحيط . مؤسسة الرسالة . بيروت . لبنان . الطبعة السادسة . 1419هـ.

القانون المدني الليبي. باب القانون المدني الليبي مرجع عند التنازع. المادة العاشرة.

كاسب بن عبد الكريم بدران. عقد الاستصناع أو "عقد المقاولة" في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة. الطبعة : الثانية . السعودية: جامعة الملك فيصل –كلية التربية. 1404 هـ / 1984 م.

كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام. شرح فتح القدير. الطبعة الأولى. القاهرة: مكتبة بولاق. سنة 1316هـ.

مجلة الأحكام العدلية ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية . تحقيق : نجيب هواويني . دار نور محمد كارخانه تجارتِ كتب آرام باغ : كراتشي . دون سنة نشر .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

محمد الأشقر، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، الطبعة الثانية، عمان: دار النفائس، سنة1995.

محمد الزحيلي . قضاء المظالم في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار مكتبتي للتوزيع والنشر، سنة 1998.

محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير (بابن عابدين). حاشية رد المحتار على الدر المختار – شرح تنوير الأبصار –. الطبعة الثانية. القاهرة: مكتبة الحلبي. 1386هـ.

محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي. تحفة الفقهاء . الطبعة الثانية، بيروت: دار الكتب العلمية. سنة1994.

محمد عارف الجويجاني. المعاملات الضرورية في المعاملات الشرعية. الطبعة الأولى. سوريا: مكتبة الترقي. سنة1345.

محمد فوزي سامي. التحكيم التجاري الدولي. مرجع سابق.

محمد لبيب شنب. شرح أحكام عقد المقاولة. القاهرة: دار النهضة العربية. سنة1962م.

مداني أحمد. نحو تطبيق عملي مقترح لتمويل المشاريع الصغيرة والمتوسطة بالاستصناع في الجزائر. الملتقى العلمي الأول حول ":بحث في سبل تطوير البدائل التمويلية للمشاريع الصغيرة والمتوسطة في الجزائر"25/24 نوفمبر 2008.

مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، السعودية: مكتبة الملك فهد، سنة 1420.

مصطفى كمال وصفي. الإجارة. بحث مطبوع على الآلة الكاتبة في مكتبة موسوعة الفقه الإسلامي في وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت.

مناع خليل القطان . وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية. دون طبعة . جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية : السعودية . سنة 1985م .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ناصر أحمد إبراهيم النشوي. عقد الاستصناع التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به دراسة فقهية تأصيلية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. سنة 2007.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. معيار رقم 11 عقد الاستصناع. سنة 2007.

ثانيا: الكتب الأجنبية

“ The Encyclopedia Americana International Edition, “ Danbury , Connecticut: Gerolier Incorporated , 1992.

Edward J. Murray , “Conflict : The Psychological Aspects “, in IESS, pp.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG